

T.C.
İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

İSLÂM HUKUKUNDA VE TÜRK HUKUKUNDA ADAM
ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU
(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Emrah GÖKMEN

Danışmanlar:

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU

İkinci Tez Danışmanı: Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ

İSTANBUL

2022

T. C.
İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

İSLÂM HUKUKUNDA VE TÜRK HUKUKUNDA ADAM
ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Emrah GÖKMEN

Danışmanlar:

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU

İkinci Tez Danışmanı: Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ

İSTANBUL

2022

TEZ ONAY SAYFASI

T. C.
İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı, İslâm Hukuku Bilim Dalı'nda 200920YL12 numaralı Emrah GÖKMEN'in hazırladığı “*İslâm Hukukunda ve Türk Hukukunda Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*” konulu yüksek lisans tezi ile ilgili tez savunma sınavı, 22/08/2022 günü (14:30 – 16:30) saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin başarılı olduğuna oy birliği ile karar verilmiştir.

Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU
İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi
(Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu Başkanı)

Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ
İstanbul Üniversitesi
(Eş Danışman)

Prof. Dr. İbrahim Kafi DÖNMEZ
İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Hacer YETKİN
Marmara Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Hatice BOYNUKALIN ŞENKARDEŞLER
İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi

BEYAN

Bu tezin yazılmasında bilimsel ahlak kurallarına uyulduğunu, başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunulduğunu, kullanılan verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, tezin herhangi bir kısmının bu üniversite veya başka bir üniversitedeki başka bir tez çalışması olarak sunulmadığını beyan ederim.

Emrah GÖKMEN

22/08/2022

ÖZ

İSLÂM HUKUKUNDA VE TÜRK HUKUKUNDA ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

Adam çalıştırmanın sorumluluğu konusu Türk hukukunda çokça işlenmiş olmasına rağmen, İslâm hukuku bakımından konunun farklı akit türlerindeki örneklerini kuşatan ve bunu modern hukukla mukayese eden bir yaklaşımla ele alan bir çalışmaya rastlayamadık. Türk hukukundaki çalışmalarda, oldukça sınırlı ölçüde ve genellikle de Mecelle üzerinden konu aktarılmaya çalışılmıştır. Ancak temel kavramlar üzerinde İslâm hukuk doktrininde de ortak bir kanaat bulunmadığından, yalnızca Mecelle'ye dayalı bu açıklamalar İslâm sorumluluk hukuku rejimini yansıtmak hususunda çeşitli açılardan yetersiz ve eksik kalmaktadır. Bu çalışmada hem İslâm sorumluluk hukukunun temel kavramları verilmekte hem gerekçeleriyle birlikte konuya dair teorik bir çerçeve çizilmekte; adam çalıştırmanın sorumluluğu, çizilen bu teorik çerçeve içerisinde izah edilmektedir. Adam çalıştırmanın sorumluluğu öncelikle mukayeseli olarak İslâm hukukunda ve Türk hukukunda konunun teorisi üzerinden ele alınmakta, sonrasında bu sorumluluğun doğduğu haller bölümünde verilen örnek olaylar üzerinden konu somutlaştırılmaktadır.

Anahtar kelimeler: Kusursuz Sorumluluk, Tesebbüb, Gasp ve İtlâf, Haksız Fiil, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Mukayese.

ABSTRACT

THE LIABILITY OF THE EMPLOYER IN ISLAMIC LAW AND TURKISH LAW

Although the issue of the liability of the employer has been extensively covered in Turkish law, we could not find a study that covers the examples of different types of contracts in terms of Islamic law and that deals with it with an approach that compares it with modern law. In the studies in Turkish law, the subject has been tried to be conveyed to a very limited extent and generally through Majalla. However, since there is no common opinion in the Islamic legal doctrine on the basic concepts, these explanations based only on Majalla are insufficient and incomplete in various aspects to reflect the Islamic liability law regime. In this study, both the basic concepts of Islamic liability law are given and a theoretical framework is drawn on the subject with its justifications and the employer liability is explained within this theoretical framework. The liability of the employer is first discussed comparatively through the theory of the subject in Islamic law and Turkish law, and then the subject is embodied through the case studies given in the cases where this liability arises.

Keywords: Strict Liability, Causing (Tasabbub), Usurpation and Destruction, Tort, The Liability of the Employer, Comparison.

ÖNSÖZ

İnsanların gerek günlük işlerini gerekse de ticari faaliyetlerini yürütmeye kendi emekleri yanında çeşitli gerekçelerle başkalarının emeğine de ihtiyaç duymaları kaçınılmazdır. Tarihsel süreçte ilk işgücü kaynağı kölelikdir. Kölelerin yetersiz kalması sonucunda köle olmayanların da emeklerinden çeşitli hukukî işlemlere dayalı olarak yararlanma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu da iş görme akitlerinin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Sanayi Devrimiyle birlikte kölelik ortadan kalkmış, ondan doğan işgücü ihtiyacı işçi sınıfıyla karşılanmıştır. Eski dönemlerden beri hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirilen işçi-işveren ilişkileri, Sanayileşme sürecinin etkisiyle özel olarak iş akdi ekseninde oluşan “iş hukuku” adıyla müstakil bir hukuk dalının doğmasına neden olmuştur.

Başkasının emeğinden yararlanan kimselerin, çalıştırdıkları kişilerin kendi işlerini görürken başkalarına verdikleri zararlardan sorumlu olup olmayacakları ve bu sorumluluğun sınırı bu alanın en önemli sorunlarından biridir.

Roma hukukuna dayalı hukuklar açısından yaklaşık iki bin yıldır sorumluluğun önemli ölçüde kusura dayandırılmasına rağmen liberal düşüncenin ve Sanayi Devrimi’nin etkisiyle bu ölçütün yetersiz kaldığı anlaşılmıştır. Bu süreçle birlikte kusursuz sorumluluğa ilişkin kurallar tekrar hukuk sistemine girmeye başlamıştır. Bunlardan biri de adam çalıştıranın sorumluluğudur.

İslâm hukuku açısından haksız fiilden kaynaklanan zararların tazmininde kusursuz sorumluluğa daha yakın bir sorumluluk anlayışı benimsendiği için herhangi bir köklü değişiklik ihtiyacının hissedilmediği söylenebilir. Bununla birlikte sorumluluğun şartlarında ve sonuçlarında bazı gelişmeler ortaya çıkmıştır.

Adam çalıştıranın sorumluluğunun İslâm hukuku ve Türk hukuku üzerinden mukayeseli olarak ele alındığı bu çalışma, bir giriş ve dört bölümden oluşmaktadır. Giriş bölümünde çalışmanın konusu, amacı, önemi, kavramları, planı, yöntemi, sınırları ve literatürdeki yeri üzerinde durulmuştur. İlk bölümde asıl konuya hazırlık mahiyetinde “Genel Olarak Sorumluluk ve Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Sorumluluk Hukukundaki Yeri”, ikinci bölümde bu sorumluluğun doğması için gereken şartların yer aldığı “Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Şartları”, üçüncü bölümde örnekleriyle birlikte “Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Doğduğu Hâller” ve son bölümde bu

sorumluluğun doğması hâlinde gündeme gelecek olan “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Hukukî Sonuçları” incelenmektedir.

Şüphesiz bir ilmî çalışma görece uzunca bir zaman ve yoğun emeğin ürünüdür. Yazarın haricinde bir çalışmanın yapılması ve yayınlanmasına kadarki süreçte pek çok şahıs ve kurumun emeği geçer. Bu çalışmada da öyle olmuştur.

Engin hoşgörüsü, desteği ve tecrübesiyle yardımlarını hiçbir zaman esirgemeyen saygıdeğer danışmanım Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU’na, çalışma konumuzun belirlenmesinden başlayarak çalışmanın mukayeseli olarak sürdürülmesi, akademik gelişimimde bana kattıkları ve bu yönde gösterdiği ilgi ve emek dolayısıyla eş danışmanım çok kıymetli hocam Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ’a çok teşekkür ederim.

Bu çalışma esnasında bir araya gelerek birçok konuyu müzakere etme imkânı bulduğum, bana değerli vakitlerini ayıran ancak ismini burada sayamadığım tüm hocalarıma teşekkür ederim. Kendisine her danıştığım da özveriyle ilgilenerek değerli katkılar sağlayan kıymetli hocam Prof. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ’e, değerli vakitlerini ayırarak tezle ilgili düşüncelerini paylaşan kıymetli hocalarım; Prof. Dr. Mehmet Âkif AYDIN, Prof. Dr. Kemal YILDIZ, Dr. Öğr. Üyesi Muhammed SULU ve Dr. Ravza CİHAN’a teşekkürü bir borç bilirim. Jürimde yer alarak değerli görüşlerini paylaşan kıymetli hocalarım Dr. Öğr. Üyesi Hatice BOYNUKALIN ŞENKARDEŞLER ve Dr. Öğr. Üyesi Hacer YETKİN’e çok teşekkür ederim.

Kurum bazında, ilmî çalışmalarımızda sağladığı kolaylıklar ve destek dolayısıyla başta dekanımız Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY olmak üzere mensubu olmaktan onur duyduğum Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi ailesine müteşekkirim. Huzurlu bir çalışma ortamı sunan İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Kütüphanesi yönetimi ve personeline, zengin ve köklü hukuk kitaplarıyla beslendiğim İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi yönetimi ve personeline ve Arapça literatür başta olmak üzere birçok kaynaktan istifade etme imkânı tanıyan İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM) yönetimi ve personeline de teşekkürü bir borç bilirim.

Aile insanın en önemli desteğidir. Beni büyütüp bugünlere getiren ve dualarından eksik etmeyen çok değerli annem Kader GÖKMEN, babam Türkay GÖKMEN ve babaanneme çok teşekkür ederim. Manevî desteğini her daim yanı başımda hissettiğim, çalışmam yönünde daima teşvikkâr ve fedakâr davranan güler yüzlü çok kıymetli eşim Stj. Av. Sabahat Nur GÖKMEN ve bu süreçte manevî desteğini fazlasıyla hissettiğim

başta kayınvalidem değerli Mediha SARGIN olmak üzere eşimin ailesine çok teşekkür ederim. Bu çalışmanın onlar için bir rahmet vesilesi olmasını Rabbimden niyaz ederim.

Son olarak bu çalışmayı, Türkiye’deki mukayeseli hukuk çalışmalarına ithaf ediyorum. Umarım bir gün Türkiye’deki mukayeseli hukuk çalışmaları gereken değeri görür ve bu çalışmalarda İslam hukuk sistemine hak ettiği yer ayrılır.

Gayret bizden, başarı Allah’tandır.

Emrah GÖKMEN

İSTANBUL, 2022



İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
BEYAN.....	iii
ÖZ	iv
ABSTRACT.....	v
ÖNSÖZ	vi
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR LİSTESİ	xviii
TABLolar VE ŞEKİLLER LİSTESİ	xix

GİRİŞ..... 1

1. Çalışmanın Konusu, Amacı, Önemi ve Kavramları 1
2. Çalışmanın Planı, Yöntemi ve Sınırları 5
3. Literatür Taraması ve Çalışmanın Literatürdeki Yeri..... 7

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK SORUMLULUK VE ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN SORUMLULUK HUKUKUNDAKİ YERİ 13

1. Eski Toplumlarda Sorumluluk..... 13
 - 1.1. Sami Kültür..... 13
 - 1.2. Roma..... 17
 - 1.3. İslâmiyet Öncesi Araplar 21
 - 1.4. İslâmiyet Öncesi Türkler 22
2. Sorumluluğun Kavramsal Çerçevesi 24
 - 2.1. İslâm Hukukunda 24
 - 2.1.1. Zimmet..... 24
 - 2.1.2. Uhde..... 25
 - 2.1.3. Cebr..... 25
 - 2.1.4. Garâmet..... 25
 - 2.1.5. Damân..... 25
 - 2.1.6. Mes'ûliyet 27
 - 2.2. Türk Hukukunda 28
3. Sorumluluk Türleri 29
 - 3.1. Sorumluluğun Konusu Açısından (... ile Sorumluluk) 29

3.1.1. Şahıs ile Sorumluluk	29
3.1.2. Malvarlığı ile Sorumluluk	30
3.2. Sorumluluğun Kaynağı Açısından (...den Sorumluluk)	31
3.2.1. Genel Olarak	31
3.2.2. Damânu'l-akd (Akitten Doğan Hukukî Sorumluluk)	34
3.2.2.1. Genel Olarak	34
3.2.2.2. İslâm Hukukunda	34
3.2.2.3. Türk Hukukunda	35
3.2.2.4. Değerlendirme	36
3.2.3. Damânu'l-ittlâf (Haksız Fiilden Doğan Hukukî Sorumluluk)	37
3.2.3.1. Genel Olarak	37
3.2.3.2. İslâm Hukukunda	37
3.2.3.2.1. İtlâf	38
3.2.3.2.2. Gasp	39
3.2.3.3. Türk Hukukunda	40
3.2.3.4. Değerlendirme	41
3.2.4. Damânu'l-ilzâm (Kanundan Doğan Hukukî Sorumluluk)	41
3.2.4.1. İslâm Hukukunda	41
3.2.4.2. Türk Hukukunda	43
3.2.4.3. Değerlendirme	44
3.3. Sorumlu Olan Şahıs Açısından	44
3.3.1. Kendi Fiilinden Sorumluluk	44
3.3.2. Başkasının Fiilinden Sorumluluk	45
3.4. Sorumluluğun Niteliği Açısından	48
3.4.1. Dinî Sorumluluk	48
3.4.2. Hukukî Sorumluluk-Cezaî Sorumluluk Ayrımı	49
3.4.2.1. Genel Olarak	49
3.4.2.2. Hukukî Sorumluluk	51
3.4.2.3. Cezaî Sorumluluk	51
3.4.2.4. Hukukî Niteliği Tartışmalı Olan Bazı Müesseseler	52
3.4.2.4.1. Diyetin Hukukî Niteliği	52
3.4.2.4.2. Sirkatin Hukukî Niteliği	53
3.4.2.4.3. Gaspın Hukukî Niteliği	54
3.5. Sorumluluğun Kusura Dayanıp Dayanmaması Açısından	55
3.5.1. Kusura Dayanan (Sübjektif) Sorumluluk	55

3.5.1.1. Genel Olarak	55
3.5.1.2. Kusur İlkesinin Ortaya Çıkışı	58
3.5.1.3. Kusur İlkesinin Sorgulanması.....	58
3.5.2. Kusura Dayanmayan (Objektif) Sorumluluk	62
3.5.2.1. Genel Olarak	62
3.5.2.2. Kusura Dayanmayan Sorumluluğun Ortaya Çıkışı	63
3.5.2.3. Kusura Dayanmayan Sorumluluğu Açıklayan Düşünceler	65
3.5.2.3.1. Menfaat-Zarar Dengesi	65
3.5.2.3.2. Objektif Özen Gösterme	66
3.5.2.3.3. Hukukî Alan Hâkimiyeti.....	67
3.5.2.3.4. Tehlike	67
3.5.2.3.5. Fedakârlığın Denkleştirilmesi.....	67
3.5.2.3.6. Hakkaniyet	68
3.5.2.3.7. Hukuka Aykırılık	69
3.5.2.3.8. Anormallik	70
3.5.2.3.9. İspat Sorunu	70

İKİNCİ BÖLÜM

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI 71

1. Genel Olarak	71
2. Adam Çalıştırmanın Kavramsal Çerçevesi.....	71
2.1. Genel Olarak	71
2.2. Adam Çalıştıran	73
2.3. Çalışan	75
2.4. Çalıştırma İlişkisi	76
2.5. Zarar Gören (Mağdur)	78
3. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Şartları	79
3.1. Genel Şartlar	80
3.1.1. Fiil.....	82
3.1.1.1. Genel Olarak Fiil Kavramı	82
3.1.1.2. Fiilin Türleri.....	83
3.1.1.2.1. İcrai Fiil (Yapma)-İhmali Fiil (Yapmama) Ayrımı	83
3.1.1.2.2. Diğer Fiil Ayrımları	85
3.1.1.3. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda Fiil.....	86
3.1.2. Zarar.....	86

3.1.2.1. Genel Olarak Zarar Kavramı	87
3.1.2.2. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda Zararın Türleri	87
3.1.2.2.1. Maddî Zarar-Manevî Zarar Ayrımı.....	87
3.1.2.2.1.1. Maddî Zarar	87
3.1.2.2.1.1.1. Fiilî Zarar	88
3.1.2.2.1.1.2. Yoksun Kalınan Kâr	88
3.1.2.2.1.2. Manevî Zarar.....	89
3.1.2.2.2. Diğer Zarar Ayrımları	89
3.1.2.2.3. İslâm Hukukunun Zarar Türlerine Yaklaşımı.....	90
3.1.3. İlliyet Bağı	94
3.1.3.1. Genel Olarak İlliyet Bağı Kavramı	94
3.1.3.2. İlliyet Bağı Teorileri ve Sebeplerin İctimâî	94
3.1.3.3. İslâm Hukukunda İlliyet Bağı: Mübâşeret ve Tesebbüb	97
3.1.3.3.1. Genel Olarak Mübâşeret ve Tesebbüb Kavramları.....	97
3.1.3.3.2. Mübâşeret ve Tesebbüb Hâllerinin Sorumluluktaki Rolü	98
3.1.3.3.2.1. Genel Olarak	98
3.1.3.3.2.2. Mübâşir ile Mütesebbibin Bir Arada Bulunması Hâlinde Sorumluluk ve İstisnaları	99
3.1.3.3.2.3. Mütesebbiblerin Bir Arada Bulunması Hâlinde Sorumluluk	102
3.1.3.3.3. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda Mübâşeret ve Tesebbüb ..	102
3.1.3.4. Türk Hukukunda Uygun İlliyet Bağı Teorisi.....	105
3.1.3.5. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda İlliyet Bağı	106
3.1.3.6. İlliyet Bağını Kesen Sebepler	107
3.1.3.6.1. Mücbir Sebep	108
3.1.3.6.2. Zarar Görenin Kusuru	109
3.1.3.6.3. Üçüncü Kişinin Kusuru	111
3.1.4. Hukuka Aykırılık ve Kusurun Etkisi	112
3.1.4.1. Genel Olarak Hukuka Aykırılık.....	113
3.1.4.2. Teaddî	115
3.1.4.2.1. Kavram Olarak Teaddî.....	116
3.1.4.2.2. Kapsam Olarak Teaddî	116
3.1.4.2.2.1. Teaddînin Hukuka Aykırılık Olduğu Görüşü	117
3.1.4.2.2.2. Teaddînin Hukuka Aykırılıkla Birlikte Kusuru da Kapsadığı Görüşü.....	118
3.1.4.2.2.3. Değerlendirme	119

3.1.4.3. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık	124
3.1.4.4. Hukuka Uygunluk Sebepleri.....	125
3.1.4.4.1. Hakkın Kullanımı	125
3.1.4.4.2. Zarar Görenin Rızası.....	126
3.1.4.4.3. Yetkili Makamın İzni.....	127
3.1.4.4.4. Zorunluluk Hâli.....	127
3.1.4.4.5. Meşru Müdafaa	128
3.1.4.5. Kusur ve Sorumluluğa Etkisi	128
3.1.4.5.1. Genel Olarak Kusur Kavramı	129
3.1.4.5.2. Kusurun Türleri.....	130
3.1.4.5.2.1. Kasıt	130
3.1.4.5.2.2. İhmal	131
3.1.4.5.3. Kusurun Fonksiyonları	132
3.1.4.5.4. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunda Kusurun Etkisi	133
3.2. Özel Şartlar	134
3.2.1. Çalışanın Adam Çalıştırana Bağımlılığı	134
3.2.1.1. Genel Olarak	134
3.2.1.2. Bağımlılık İlişkisi Kavramı	135
3.2.1.3. Bağımlılık İlişkisinin Tespiti	136
3.2.1.3.1. Genel Olarak	136
3.2.1.3.2. Bağımlılık İlişkisinin Tespitini Güçleştiren Gelişmeler	136
3.2.1.3.3. Bağımlılık İlişkisinin Tespitinde Başvurulabilecek Ölçütler ve Değerlendirme	137
3.2.2. Zararın Çalışanın İş Görmesi Esnasında ve İş Dolayısıyla Meydana Gelmesi (Fonksiyonel Bağ)	140
3.2.2.1. Fonksiyonel Bağ Kavramı	140
3.2.2.2. Fonksiyonel Bağın Özü: Zarar-Menfaat Dengesi	140
3.2.2.3. Fonksiyonel Bağın Tespiti	142
3.2.2.4. Bağın Kesilmesi: Ecîrin Teaddîsi	143
3.2.3. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Durumlar.....	144
3.2.3.1. Genel Olarak	144
3.2.3.2. Çalışanı Seçmede Özen	147
3.2.3.3. Çalışana Talimat Vermede Özen	148
3.2.3.4. Çalışanı Denetleme ve Gözetlemede Özen.....	149
3.2.3.5. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Diğer Durumlar	149

3.2.3.5.1. İlliyyet Karînesinin Çürütülmesi	149
3.2.3.5.2. İşletme Düzenine İlişkin Karînenin Çürütülmesi	150
3.2.3.5.3. Sorumsuzluk Anlaşması	151
3.2.3.5.3.1. Genel Olarak	151
3.2.3.5.3.2. İslâm Hukukunda	151
3.2.3.5.3.3. Türk Hukukunda	153
3.2.3.5.3.4. Değerlendirme	154
4. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Hukukî Niteliği	155
4.1. İslâm Hukukunda	155
4.2. Türk Hukukunda	155
4.3. Değerlendirme	157

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN DOĞDUĞU HÂLLER..... 161

1. Genel Olarak	161
2. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Genel Norm Niteliği ve Özel Hüküm-Genel Hüküm İlişkisi.....	162
3. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun İş Görme Akitleriyle İlişkisi	163
4. İcâre Akdi	164
4.1. Tanımı, Kapsamı ve Konusu	164
4.2. İcâre-i Âdemî (Hizmet Sözleşmesi).....	165
4.2.1. İslâm Hukukunda	165
4.2.1.1. Türleri	165
4.2.1.1.1. Ecîr-i Hâs	166
4.2.1.1.2. Ecîr-i Müşterek	166
4.2.1.2. Ecîrlerin Sorumlulukları	166
4.2.1.3. Ecîrlerin Bağımlılık İlişkisi Özelinde Değerlendirilmesi	168
4.2.2. Türk Hukukunda	168
4.2.3. Örnek Olaylar	169
4.3. İstisnâ` Akdi (Eser Sözleşmesi).....	180
4.3.1. İslâm Hukukunda	180
4.3.2. Türk Hukukunda	181
4.3.3. Bağımlılık İlişkisi Özelinde Değerlendirilmesi	181
4.3.4. Örnek Olaylar	182
5. Çıraklık Akdi	185

5.1. Genel Olarak	185
5.2. İslâm Hukukunda	186
5.3. Türk Hukukunda	187
5.4. Bağımlılık İlişkisi Özelinde Değerlendirilmesi	188
5.5. Örnek Olaylar	188
6. Ebeveyn-Çocuk İlişkisi	193
6.1. Genel Olarak	193
6.2. İslâm Hukukunda Hidâne	194
6.3. Türk Hukukunda Ev Başkanının Sorumluluğu	196
6.4. Velâyet ile Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Hükümleri Arasındaki İlişki....	198
6.5. Bağımlılık İlişkisi Özelinde Değerlendirilmesi	198
6.6. Örnek Olaylar	198
7. Bağımlılık İlişisinin Kamu Hukukundan Kaynaklandığı Hâller	202
7.1. Genel Olarak	202
7.2. Kamu Görevlilerinin Fiillerinden Devletin Sorumluluğu	204
7.2.1. Genel Olarak	204
7.2.2. Hekimlerin Fiillerinden Devletin Sorumluluğu	205
7.2.3. Hâkimin Fiillerinden Devletin Sorumluluğu	209
7.3. Modern Dönemde Ortaya Çıkan Bazı Hâller	210
7.3.1. Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu	210
7.3.2. Noterlerin Çalıştırdıkları Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğu	211
7.4. Bağımlılık İlişkisi Özelinde Değerlendirilmesi	214
7.5. Örnek Olaylar	215
8. Ortaklık İlişkisi	218
8.1. Genel Olarak	218
8.2. İslâm Hukukunda Mudârebe Akdi (Emek-Sermaye Ortaklığı)	218
8.2.1. Genel Olarak Ortaklık Türleri ve Mudârebe Akdinin Tanımı	218
8.2.2. Bağımlılık İlişkisi Özelinde Değerlendirilmesi	219
8.3. Türk Hukukunda Adi Ortaklık	220
8.3.1. Tanımı ve Unsurları	220
8.3.2. Bağımlılık İlişkisi Özelinde Değerlendirilmesi	221
8.4. Örnek Olaylar	222
9. Vekâlet Akdi	222
9.1. Tanımı ve Unsurları	222
9.2. Bağımlılık İlişkisi Özelinde Değerlendirilmesi	223

10. Değerlendirme	223

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN HUKUKÎ SONUÇLARI.. 225

1. Tazminat	225
1.1. Genel Olarak	225
1.2. Tazminat Kavramı	226
1.3. Tazminatın Türleri ve Kapsamı	226
1.3.1. Tazminatın Türleri	226
1.3.1.1. Genel Olarak	226
1.3.1.2. Maddî Tazminat	227
1.3.1.3. Manevî Tazminat	227
1.3.2. Tazminatın Kapsamı	229
1.4. Tazminatın Belirlenmesi.....	231
1.4.1. Genel Olarak	231
1.4.2. Tazminat Şeklinin Belirlenmesi.....	232
1.4.2.1. İslâm Hukukunda	232
1.4.2.2. Türk Hukukunda	234
1.4.3. Tazminatın Belirlenme Anı	235
1.4.3.1. Genel Olarak	235
1.4.3.2. İslâm Hukukunda	235
1.4.3.3. Türk Hukukunda	236
1.4.3.4. Değerlendirme	236
1.4.4. Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Dikkate Alınan Sebepler	237
1.4.4.1. Genel Olarak	237
1.4.4.2. Zarar Görenin Rızası.....	237
1.4.4.3. Zarar Görenin Kusuru	237
1.4.4.4. Üçüncü Kişinin Kusuru	238
1.4.4.5. Zarar Veren Kusuru	238
1.4.4.6. Beklenmedik Hâl ve Mücbir Sebep	239
2. Müteselsil Sorumluluk.....	239
2.1. Genel Olarak	239
2.2. İslâm Hukukunda	240
2.3. Türk Hukukunda	241
2.4. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunda Müteselsil Sorumluluk.....	242

2.4.1. Adam Çalıştıranların Müteselsil Sorumluluğu	242
2.4.2. Adam Çalıştıran ile Çalışanın Müteselsil Sorumluluğu	243
2.4.3. Adam Çalıştıran ile Üçüncü Kişinin Müteselsil Sorumluluğu	245
2.5. Müteselsil Sorumluluğun Hükümleri.....	245
2.5.1. İç İlişki ve Dış İlişki.....	245
2.5.2. Adam Çalıştıranın Çalışana Rücu Hakkı	246
3. Dava	247
3.1. Genel Olarak	247
3.2. Taraflar.....	247
3.3. İspat Yüğü.....	248
3.3.1. Genel Olarak	248
3.3.2. İslâm Hukukunda	248
3.3.3. Türk Hukukunda	250
3.4. Türk Hukukunda Görevli ve Yetkili Mahkeme	251
4. Zamanaşımı.....	251
4.1. Genel Olarak	251
4.2. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunda Zamanaşımı.....	252
4.2.1. Genel Olarak	252
4.2.2. İslâm Hukukunda	252
4.2.3. Türk Hukukunda	253
4.2.4. Değerlendirme	254
4.3. Zamanaşımı Süreleri	254
4.3.1. İslâm Hukukunda	254
4.3.2. Türk Hukukunda	255
4.4. Zamanaşımının Hukukî Niteliği	256
4.4.1. Genel Olarak	256
4.4.2. İslâm Hukukunda	256
4.4.3. Türk Hukukunda	257
SONUÇ.....	258
KAYNAKLAR	263
ÖZGEÇMİŞ	289

KISALTMALAR LİSTESİ

Kısaltma	Bibliyografik Bilgi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
b.	Bin/İbn
Bkz./bkz.	Bakınız
c.	Cilt
çev.	Çeviren
E.	Esas numarası
eBK	818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu
ed.	Editör
haz.	Hazırlayan
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
Hz.	Hazreti
İFAV	Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları
İSAM	İslam Araştırmaları Merkezi
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	Karar numarası
m.	Madde
M.S.	Milattan sonra
nşr.	Neşreden
ö.	Vefat tarihi
s.	Sayfa
sav	Sallallahu aleyhi ve sellem
SBE	Sosyal Bilimler Enstitüsü
sy	Sayı
T.	Tarih
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu
TDV	Türkiye Diyanet Vakfı
thk.	Tahkik eden
TMK	Türk Medeni Kanunu
t.y.	Basım tarihi yok
vb.	Ve benzeri
vd.	Ve devamı
ve diğer.	Ve diğerleri
vr.	Varak
Yarg.	Yargıtay
y.y.	Basım yeri yok

TABLÖLAR VE ŞEKİLLER LİSTESİ

Tablo 1: Mukayeseli Olarak Adam alıştırının Sorumluluğunun Doğduğu Haller224

Şekil 1: Damân Türleri Arasındaki Tedâhülün Adam alıştırının Sorumluluğundaki Kavramlar ile Gösterimi 33

Şekil 2: Adam alıştırının Sorumluluğunun Şartları..... 80

Şekil 3: Haksız Fiil Sorumluluğunun Unsurları 82

Şekil 4: Adam alıştırının Sorumluluğuna İlişkin Kavramlar 103

Şekil 5: Mukayeseli Olarak Haksız Fiil Temelinde Adam alıştırının Sorumluluğu160

GİRİŞ

1. Çalışmanın Konusu, Amacı, Önemi ve Kavramları

İnsanların bir arada yaşamasının ve birbirlerinin emek ve hizmetlerine ihtiyaç duymasının doğal sonucu olarak ortaya çıkan “adam çalıştırma” olgusunun insanlık tarihi kadar uzun bir geçmişi vardır. Başkalarının iş gücünden yararlanmak pek çok toplumda var olagelmıştır. Tarihin ilk dönemlerinde birçok medeniyette varlığını sürdüren köleliğin yerini, Sanayi Devrimi sonrasında işçi sınıfının ortaya çıkmasıyla birlikte işçiler almıştır. Sanayi Devrimiyle işçi sınıfı çoğalmış, çalışma alanları genişlemiş ve birçok işkolu ortaya çıkmıştır. Teknoloji devrimiyle bilgi toplumuna geçilmiştir. Teknoloji devriminin güncel gelişmelerinden biri olan yapay zekâyı haiz robotların emeğinden istifadenin de önü açılmaktadır. Çalışanların bu çeşitliliği karşısında onları çalıştıranların hukukî sorumluluğunun belirlenmesi de günümüzde daha karmaşık bir hâl almaya başlamıştır. Adam çalıştıranın, çalışanın fiillerinden hangi koşullar altında sorumlu tutulabileceği ve bu sorumluluğun sınırları hem İslâm hukukunda hem de Türk hukukunda hukukî tartışmalara konu olmuştur. İşte bu çalışmada bir başkasını çalıştıranın, çalıştırdığı kişinin fiili sonucu meydana gelen zarardan ne ölçüde sorumlu tutulabileceği ve bu sorumluluğun mahiyeti konusu İslâm ve Türk hukuk literatürleri üzerinden mukayeseli olarak ele alınmaktadır.

Bu çalışmada üç temel amaç güdülmüştür. İlk olarak, bir konu özelinde dahi olsa İslâm hukuk sistemi ile Kara Avrupası hukuk sistemini benimseyen Türk hukukunu birlikte ele alarak benzerliklerini ve farklılıklarını ortaya koymaktır. İkinci olarak, İslâm hukukunun gerek klasik dönem kaynaklarına gerekse modern dönemde kaleme alınan eserlerine dayanarak günümüz borçlar hukukunun önemli meselelerinden biri olan adam çalıştıranın sorumluluğu hakkında hukukî çözüm önerileri sunmaktır. Son olarak, bilhassa İslâm hukukunda sorumluluk konusunda yapılacak akademik çalışmalar için güncel sorumluluk hukuku meselelerine dair teorik zeminde bir katkı sağlamaktır.

İslâm hukukunda sorumluluk hukukuyla ilgili çalışmalar konuyu genel olarak itlâf ve gasp bağlamında ele almışlardır. Çalışmamızın konusu olan adam çalıştıranın sorumluluğu alanında müstakil bir çalışma mevcut değildir. Benzer başlığı taşıyan bir

çalışma¹ tespit edilse de bu çalışma meseleyi borçlar hukukundan ziyade iş hukuku mantığıyla ele almıştır. Bu nedenle bu çalışmanın adam çalıştırmanın sorumluluğu olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Türk hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğu konusu akademik ilgiye çokça mazhar olmuş ise de bu çalışmalarda İslâm hukukuyla mukayese yok denecek kadar azdır; olanlar da bunu özetmekle veya genel bir atıf yapmakla yetinmektedir.² İşte bu noktada çalışmamız; iki hukuk sisteminin kaynaklarını, yaklaşımını ve birikimini çalışma konumuz özelinde mukayeseli olarak sunmayı hedeflemektedir. Kanaatimizce bu çalışmayla birlikte İslâm hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğu konusu biraz daha netleşmiş olacak ve bu alandaki sorumluluk hukukunun genel ilkeleri ve teorisini belirlemek mümkün olacaktır.

Çalışmamızda sıklıkla geçen veya sıklıkla geçmemekle birlikte çalışmanın literatürdeki yerini anlamlandırmada önemli olabilecek bazı kavramlara dair kısa açıklamaların yapılması, çalışma konusunun ve amacının daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Bu yüzden ki burada, İslâm borçlar hukuku, İslâm hukuk doktrini ve mukayeseli/karşılaştırmalı hukuk adlandırmaları hakkında kısa bir açıklama yapmaya ihtiyaç vardır.

- a. *İslâm Borçlar Hukuku*: Klasik dönemde İslâm hukuku konuları ibâdât, muâmelât ve ukûbât olmak üzere üç temel kategoride yer alır.³ Bu üçlü tasnifte muâmelât, ceza hukuku dışında kalan hukukî ilişkileri ve hükümlerini kapsar.⁴ Borçlar hukuku ve ticaret hukuku doğrudan, eşya hukuku ve miras hukuku ise dolaylı olarak muâmelât içerisinde yer alır.⁵
- b. *İslâm Hukuk Doktrini*: Doktrin, “hukukla uğraşanlar tarafından belirli bir hukuki kurum, konu veya sorun hakkında ileri sürülen kanaat, fikir, görüş ve çözüm yollarının tümü”dür.⁶ Bilimsel görüşler, geniş anlamda ve dar anlamda olabilir. Dar anlamda bilimsel görüş ile hukukî bilimsel görüşler yani hukuk doktrini, geniş

¹ Bkz. Suat Erdem, “İslâm Hukukunda İstihdâm İlişkisi ve İstihdâm Edenlerin Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi SBE, 2007.

² Örnek için bkz. Dila Okyar Karaosmanoğlu, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (TBK M.66)”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2019, s. 36-38; Necla Yılmaz, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi SBE, 2014, s. 3.

³ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul: İz Yayınlık, 2016, II, 19.

⁴ Bilal Aybakan, “Muâmelât”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2005, XXX, 318.

⁵ Aybakan, “Muâmelât”, XXX, 318.

⁶ O. Gökhan Antalya, *Hukuk Metodolojisi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 381.

anlamda bilimsel görüş ile de hukuk alanı dışındaki tüm bilimsel görüşler kastedilir.⁷ Hukuk doktrinin amacı, “somut uyuşmazlık konularına çözümler sunmak, hukuku sistemleştirmek, temel prensipleri oluşturmak ve genişletmek, hukukun uygulanması metotlarını araştırmak” ve temel olarak “hukuk kurallarının bilimsel yorumlarını yapmak”tır.⁸ Hukuk doktrininde yapılan çalışmaların hukuk düzeninin meydana getirilmesinde, korunmasında ve geliştirilmesinde önemli fonksiyonları vardır.⁹ Çalışmamızın da içerisinde yer aldığı mukayeseli hukuk ve hukuk tarihi, hukuk doktrini içerisinde önemli bir yere sahiptir.¹⁰

“İslâm hukuk doktrini”, doktrin terimi bağlamında yapılan açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda, İslâm hukukçularının belirli bir hukukî konu üzerine ileri sürdükleri çözüm önerilerini, kanaatlerini, vardıkları sonuçları kapsayan kısaca görüşlerini içeren bir kullanımdır. İslâm hukukçuları da kendi içerisinde klasik dönem ve modern dönem şeklinde ikiye ayrılarak incelenebilir. Klasik dönem İslâm hukuku eserlerinin müellifleri’nin (*fukahâ*) ortaya koyduğu görüşler “İslâm hukukunun klasik doktrini”ni, modern dönem İslâm hukuku eserlerinde müelliflerin ortaya koyduğu görüşler ise “İslâm hukukunun modern doktrini”ni ifade edecektir. İslâm hukukunun modern doktrininde yapılan çalışmalar, klasik dönem İslâm hukuku eserlerinin yani İslâm hukukunun klasik doktrinin gözden geçirilerek ve geliştirilerek yeniden ve farklı bir üslupla ortaya konulması anlamına geldiğinden, bu eserlerdeki bilimsel görüşlerde bilimin genel bir özelliği olan birikerek ilerlemenin bulunduğu söylenebilir. Böylelikle modern dönemde kaleme alınan farklı formdaki bu eserlerde İslâm hukukunun modern doktrinin varlığından söz edilebilir. Nitekim gerek yüksek lisans gerek doktora tezleri bunun en canlı örneklerini oluşturur. “İslâm hukuk doktrini” şeklindeki kullanım çeşitli çalışmalarla yaygınlaşmaktadır. Ancak mevcut literatürde yukarıda tanımladığımız hâliyle herhangi bir somut tanıma rastlanmaz. Çalışmamızda “İslâm hukuk doktrini” ile hem klasik dönem İslâm hukuku hem modern dönem İslâm hukuku eserlerinde müelliflerce ileri sürülen görüşler kastedilmektedir.

⁷ Antalya, *Hukuk Metodolojisi*, s. 381.

⁸ Antalya, *Hukuk Metodolojisi*, s. 383.

⁹ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1983, s. 111.

¹⁰ Antalya, *Hukuk Metodolojisi*, s. 382.

c. *Mukayeseli/Karşılaştırmalı Hukuk*: Mukayeseli/karşılaştırmalı hukuk,¹¹ “çeşitli hukuk düzenleri arasında, bu düzenlerin anlam ve üslûpları yönünden ilişki kurulmasını ya da çeşitli hukuk düzenlerinde, karşılaştırma yapabilmeye elverişli hukukî kavram veya kurumlar ya da hukukî çözümler arasında benzerlik veya farklılık bakımlarından ilişki kurulmasını konu alan bir hukuk disiplini.”¹² Karşılaştırmalı hukuk, tarihsel süreçte uzun bir süre bir araştırma metodu olarak kabul görmüş fakat giderek kendine özgü konu ve yöntemleri ile hukuk ilminin bağımsız bir disiplini hâline gelmiştir.¹³

Karşılaştırmalı hukuk, genel hukuk bilgisinin ilerlemesiyle birlikte bu hukuk bilgisinin gelişiminde önemli bir rol oynar.¹⁴ Rene David tarafından da belirtildiği üzere, “Her hukukçu, son tahlilde kendi hukukunu geliştirmek, iyileştirmek, onun gelişimine katkıda bulunmak sorumluluğu altındadır.”¹⁵ Çağımızın sosyal, siyasal ve teknolojik devrimlere sahne olduğunu belirten Özsunay, böylesine değişken bir dünyada “kendi köşesine çekilerek yaşayabilmenin” imkânsız olduğu kadar amaca da aykırı olduğunu vurgular.¹⁶

Karşılaştırmalı hukukta “görevsel denklik ilkesi” temel bir ilkedir. Buna göre, “Her karşılaştırmalı hukuk analizinin çıkış noktasını, karşılaştırılmalari istenilen kural, kavram ve kurumların üstlendikleri görevler bakımından denk olmaları (=görevsel denklik) teşkil eder.”¹⁷ Karşılaştırmalı hukuk incelemelerinde hukuk düzenleri bakımından yalnızca olanın incelenmesi yetmez; “olması gereken hukuk”a (*de lege ferenda*) ilişkin açıklamaların da göz önünde bulundurulması gerekir.¹⁸ Karşılaştırmalı hukuk çalışmaları için hukuk sistemleri/çevrelerine ilişkin farklı tasnifler yapılsa da genel

¹¹ İngilizcede: *Comparative law*.

¹² Ergun Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, İstanbul: İÜHF Yayınları, 1976, s. 4; Başka bir tanım: “...mukayeseli hukuk, muhtelif hukuk nizamlarında aynı meseleyi tanzim eden hukuk kaideleri veya aynı problem için muhtelif hukuk nizamlarında kabul edilmiş olan hal suretleri arasında tayin edilecek bir gayeye göre ayniyet, benzerlik veya tehalüf zaviyesinden izafet tesisidir.” Bkz. Davran, *Mukayeseli Medenî Hukuk Dersleri*, s. 8.

¹³ İki görüş hakkında detaylı bilgi ve ilgili süreç hakkında detaylı bilgi için bkz. Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, s. 8-21.

¹⁴ Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, s. 107.

¹⁵ Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, s. 107.

¹⁶ Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, s. 129-30.

¹⁷ Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, s. 139-40.

¹⁸ Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, s. 150-151.

olarak kabul edilen tasnif Kara Avrupası Hukuk Sistemi, Anglo-Sakson/Common Law Hukuk Sistemi ve İslâm Hukuk Sistemi olmak üzere üçtür.¹⁹

2. Çalışmanın Planı, Yöntemi ve Sınırları

Çalışmamızda, İslâm hukukunda ve Türk hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğunun nasıl ele alındığı incelenecek ve ikisi arasında mukayese yapılacaktır. Adam çalıştırmanın sorumluluğunun dayandığı hukukî zeminin daha iyi anlaşılabilmesi için çalışmamızın “Genel Olarak Sorumluluk ve Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Sorumluluk Hukukundaki Yeri” başlığını taşıyan ilk bölümünde eski toplumlarda sorumluluğa, sorumluluğun kavramsal çerçevesine ve sorumluluk türlerine yer verilecektir. Çalışmamızın “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Doğması” başlığını taşıyan ikinci bölümünde adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğması için aranan genel ve özel şartlar ayrı ayrı incelenecektir. Bunun ardından üçüncü bölümde “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Doğduğu Hâller” ele alınacaktır. “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Hukukî Sonuçları” başlığını taşıyan dördüncü bölümde adam çalıştırmanın sorumluluğundan doğan hukukî sonuçlar incelenecektir.

Çalışmamızda kaynakların taranması ve bunların işlenmesi usulüne dayanan bir araştırma yöntemi benimsenmiştir. Mukayeseye konu edilen klasik dönem İslâm hukuku metinleri ve modern dönem İslâm hukuku çalışmaları ile Türk hukuku çalışmaları esas alınmış ve buralardaki görüşler arasında karşılaştırmalar yapılmıştır. Klasik dönem İslâm hukukunda Hanefî mezhebi dikkate alınmış fakat gerekli görülen yerlerde diğer mezheplere de değinilmiştir. Çalışma konumuzun teorik çerçevesinin çizilmesi esas hedef olmakla birlikte, konunun somutlaştırılması adına klasik İslâm hukuku eserlerinde geçen çeşitli örnek olaylar ile Yargıtay kararlarına mümkün olduğunca yer verilmiştir.

Çalışmamızın mukayeseli olması nedeniyle İslâm hukuku ile Türk hukukunun birlikte ele alınmasında izlenen yöntemin ayrıca tayin edilmesi gerekir. Bu konuda kural olarak önce İslâm hukukunun klasik doktrini ile modern doktrinine, sonra da Türk hukukuna yer verilmiştir. Türk hukukunun dahil olduğu Kara Avrupası hukuk sisteminin kökeni olan Roma hukukuna da mukayesenin zenginleştirilmesi amacıyla yer yer değinilmiştir. Çalışmanın genelinde benimsenen tutum, her iki hukuk düşüncesini

¹⁹ Farklı tasnifler hakkında detaylı bilgi için bkz. Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, s. 290-316.

mümkün olduğu ölçüde bir arada ele almaktır. Ancak farklılık arz eden hususların varlığı hâlinde bunlar ya ayrı bir başlık açılarak ya da konu içerisinde belirtilmek suretiyle açıklanmıştır.

Çalışmamızda tazmin yükümlülüğünün yerine getirilmesine dayanan hukukî sorumluluk esas alınmakta, konunun cezaî sorumluluğa tekabül eden yön ve meseleleri ise kapsam dışı bırakılmaktadır. Hem cezaî sorumluluğu hem hukukî sorumluluğu karşılayan örneğin diyet gibi meseleler klasik kaynaklarda ukûbat başlığı altında incelenmiş olmasına rağmen, borçlar hukuku mantığıyla incelendiği ve tazminat yükümlülüğü mahiyetinde olduğu için konumuz kapsamında değerlendirilmiştir. Hem İslâm hukukunda²⁰ hem Türk hukukunda²¹ devletin (beytü'l-mâl) kamu görevlilerinin (muvazzaf) fiilinden doğan tazmin yükümlülüğü konusu işlenmektedir. Bu yükümlülüğün kaynağı idare hukuku, sorumluluğun niteliği de idarî sorumluluk²² olduğu için çalışma konumuzun kapsamı dışında kalır. Ancak yine de konunun borçlar hukukunu ilgilendiren yönleri -örneğin tam yargı davalarında inceleme esnasında borçlar hukuku kuralları gözetilmesi-²³ nedeniyle borçlar hukukunu ilgilendirdiği kadarıyla konuya temas edilmektedir. Bu doğrultuda, idarenin gerçek kişiler gibi hareket ederek özel hukuka tâbi işlemleri sonucunda hukukî sorumluluğunun doğduğu bazı hâllere örnek kabilinden çalışmamızda yer verilmektedir. Aynı bağlamda İslâm hukukundaki çeşitli kamu görevlilerinin (şurta, hekim, kâdî gibi) fiillerinden beytü'l-mâlin sorumluluğuna ilişkin de bir çerçeve sunulmaktadır.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, sorumluluk hukuku açısından akit dışı sorumluluk çerçevesinde kaldığından, çalışma konumuz borcun kaynakları açısından *damânu'l-ittlâf* (haksız fiilden doğan sorumluluk) ile sınırlandırılmıştır. Böyle olduğu için

²⁰ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Muhammed Mahmud Ali Tavâlebe, “el-Mes’ûliyye el-medeniyye ve’l-cinâiyye an fi’li’l-gayr fi’l-fikhi’l-İslâmî”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Amman, Câmiatü Ürdün Külliyyetü Dirâsâtü’l-ulyâ, 2003, s. 117-123.

²¹ Detaylı bilgi için bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2003, s. 734-735.

²² “İdarî sorumluluk, idarenin bir kişiye verdiği zararın, idarenin mal varlığından bazı değerlerin zarar gören kişinin mal varlığına cebri olarak aktarılmasıyla tazmin edilmesi demektir.” Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, s. 935.

²³ Ahmet İstek, *Tam Yargı Davalarında Maddi Tazminat*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s. 191-194; Nazım Taha Koçak, *Tam Yargı Davaları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 363.

Konuyla ilgili Türk Borçlar Kanunu’nun 55. maddesinin 2. fıkrası şöyledir: “*Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.*”

çalışmamızın ana konusunu haksız fiil sorumluluğunun bir türü olarak adam çalıştırmanın sorumluluğu teşkil eder. Bilindiği üzere haksız fiil sorumluluğunda, kusura dayanan sorumluluk-kusura dayanmayan sorumluluk ayrımı yapılır. İslâm hukuku ve Türk hukukunun bu ayrıma dair yaklaşımları arasında farklılıklar bulunduğu için konumuzu başlangıçta bu iki sorumluluk türünden birine dahil etmemenin çalışmanın hedeflerine daha fazla hizmet edeceği düşünüldüğünden, başlıkta da böyle bir nitelendirmeden kaçınılmıştır.

Haksız fiiller de kendi içerisinde “şahıslara yönelik haksız fiiller ve mallara yönelik haksız fiiller” olarak ele alınır. Çalışmamızda klasik İslâm hukuku eserlerinde cinâyât ve ukûbât gibi bölümlerdeki şahsa yönelik haksız fiiller kapsam dışı bırakılmakta, gasp ve itlâf gibi başlıklar altında ele alınan mala yönelik haksız fiillere odaklanılmaktadır. Ancak Türk hukukunda şahıs varlığına yönelik görülebilecek kimi haksız fiillerin, bedensel zarar kalemleri adı altında maddî tazminata konu olabildiği ve böylelikle malvarlığını ilgilendirdiği hususu dikkate alınmış ve bu durumu somutlaştırmak amacıyla hekimlerin fiillerinden sorumluluk konusu örnek olarak incelenmiştir.

3. Literatür Taraması ve Çalışmanın Literatürdeki Yeri

Bu çalışmada kullanılan kaynakların temel olarak üç başlıkta toplanması mümkündür: Klasik dönem İslâm hukuku eserleri, modern dönem İslâm hukuku çalışmaları ve Türk hukukunda yapılan çalışmalar.

Hanefî mezhebinde Muhammed eş-Şeybânî'nin (ö. 189/805) *el-Asl*²⁴ isimli eserinden başlayarak klasik dönem İslâm hukuku literatürü çalışmamızın vazgeçilmez kaynakları arasındadır. Bunlardan Üsrûşenî (ö. 637/1240) ve İmâdüddîn el-Mergînânî'nin (ö. 593/1197) *fusûl* ismini taşıyan eserlerinin birleştirilmesi ve zenginleştirilmesiyle oluşturulan Şeyh Bedreddin'e (ö. 823/1420) ait *Câmiu'l-fusuleyn*²⁵ isimli eserin 33.bâbı, İbn Nuceym'in (ö. 970/1563) *el-Eşbâh ve'n-Nezâîr*²⁶ isimli eseri ve Üsrûşenî'nin başlatıp İmâdî, Şeyh Bedreddin ve Çelebi'nin geliştirdiği *fusûl* edebiyatının

²⁴ Ebû 'Abdullâh Muhammed b. el-Hasen Şeybânî, *el-Asl*, c. I-XII, Beyrut: Dâru İbn Hâzm, 2012.

²⁵ Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusuleyn*, çev. Hacı Yunus Apaydın ve diğer., Ankara: T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Kütüphaneler ve Yayımlar Genel Müdürlüğü, 2012.

²⁶ İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâîr alâ Mezhebi Ebî Hanîfe en-Nu'mân*, Beyrut: Dârü'l-Mektebe el-İlmiyye, 1985.

bir devamı niteliğinde²⁷ olan Gânim el-Bağdâdî'nin (ö. 1030/1620) *Mecmau'd-damânât*²⁸ isimli eseri tazmin sorumluluğu açısından ayrı bir önem taşır. Mezhep doktrinleri arasında mukayesede Hanefî mezhebi dışında Şâfiî mezhebinde Şâfiî'nin (ö. 204/820) *el-Ümm*²⁹ ve *er-Risâle*³⁰ isimli eserleri, Mâlikî mezhebinde Sahnûn'un (ö. 240/854) *el-Müdevvene*³¹ isimli eseri ile Hanbelî fakihlerden İbn Kudâme'nin (ö. 620/1223) *el-Muğni*³² isimli eseri kullanılmıştır.

Modern dönem İslâm hukuku çalışmalarına gelince, sorumluluk hukukuna dair yazılan Türkçe tez çalışmalarında ilk genel kapsamlı çalışma, Kemal Yıldız'ın doktora tezidir.³³ Söz konusu eser, İslâm sorumluluk hukuku alanında çalışma yapan kişilerin temel referans kaynağıdır. Bu eserde âkile örneği nispeten detaylı bir şekilde incelenmiş olmakla birlikte, çalışma konumuzun da içerisinde yer aldığı güncel örneklerle yer verilmemiştir.

Sorumluluk hukuku akdî sorumluluk ve akit dışı sorumluluk olarak ikiye ayrılacak olursa akdî sorumluluk kısmında Ahmet Akman'ın tez çalışması,³⁴ akit dışı sorumluluk kısmında Mehmet Şener,³⁵ Mehmet Canbulat,³⁶ Ercan Eser,³⁷ Mustafa

²⁷ Bu tespit için bkz. Kamil Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, İstanbul: Timaş Akademi, 2021, s. 103.

²⁸ Gânim b. Muhammed Bağdâdî, *Mecmaü'd-damânât fî mezhebi'l-İmami'l-A'zam Ebî Hanîfe en-Nu'man*, Kahire: Darü's-Salam, 1999.

²⁹ Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris Şâfiî, *el-Ümm*, Beyrut: Dâru İhyai't-Türasi'l-Arabi, 2001.

³⁰ Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris Şâfiî, *er-Risâle*, Mısır: Mektebetü'l-Halebî, 1940.

³¹ Saîd b. Habîb et-Tenûhî Sahnûn, *el-Müdevvene*, c. I-IV, Beyrut: Darül-Kütübî'l-İlmiyye, 1994.

³² Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed Mahmud İbn Kudâme, *el-Muğni alâ Metni'l-Mukni*, Beyrut: Dâru'l-fikr, 1992.

³³ Kemal Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, İstanbul: İFAV Yayınları, 2013.

³⁴ Bu tez çalışması kitap olarak yayınlanmış olup çalışmamızda bu hâlden yararlanılmıştır. Ahmet Akman, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

³⁵ Mehmet Şener, "Gasp ve İtlafdan Doğan Mâlî Sorumluluk", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, 1983.

³⁶ Mehmet Canbulat, "İslam Hukukunda Gasp ve İtlaf", Yayınlanmamış YL Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi SBE, 1994.

³⁷ Eser Ercan, "İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi SBE, 2007.

Ünal,³⁸ Burak Ergin,³⁹ Kamil Yelek,⁴⁰ ve Muhammed Emin Kızılay'ın⁴¹ tez çalışmaları sayılabilir. Akit dışı sorumlulukta Kamil Yelek tarafından doktora tez çalışması olarak hazırlanıp yakın bir zamanda kitaplaştırılan çalışma, klasik dönem Hanefî literatüründe ve sonraki dönem vâkıât literatüründe sorumluluk hukukunun değişiminin ve gelişiminin izini sürmesi⁴² bakımından alana önemli katkılar sunmaktadır. Modern dönem İslâm hukuku çalışmalarının bir kısmında “adam çalıştırmanın sorumluluğu” şeklinde bir başlığa yer verilmiş olsa da buradaki açıklamalar oldukça sınırlı kalmıştır.⁴³ Ali Bardakoğlu tarafından hazırlanan doktora tez çalışmasının bir kısmında işverenin tazmin mesuliyeti başlığı altında konu oldukça sınırlı olarak işlenmiştir.⁴⁴ Recep Özdirek tarafından hazırlanan *İslam Hukukunda İşçilerin Verdikleri Zararın Tazmini* isimli eser, işçilerin tazmin yükümlülüğünü incelemesi ve icâre akdi özelinde konuyu sistematikleştirmesi bakımından alana katkı sunan bir çalışmadır.⁴⁵ Ancak bu çalışmada çalışma konumuzun da içerisinde yer aldığı güncel örneklerle yer verilmemektedir. Şeyh Bedreddin'e (ö. 823/1420) ait *Câmiu'l-fusuleyn* isimli eserin 33.bâbı üzerine Kemal Yıldız tarafından doçentlik çalışması olarak hazırlanan *Câmi'u'l-Fusûleyn'in Kaynakları ve Hanefî Mezhebi Uygulamasında Tazmînât*⁴⁶ isimli eser de yararlanılan eserler arasındadır.

³⁸ Bu tez çalışması kitap olarak yayınlanmış olup çalışmamızda bu hâlden yararlanılmıştır. Mustafa Ünal, *İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

³⁹ Burak Ergin, “17. Yüzyıl Osmanlı Hukukunda Tesebbüb Halinde Damân”, Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi SBE, 2019.

⁴⁰ Bu tez çalışması kitap olarak yayınlanmıştır. Ancak incelememiz sonucunda kitap hâliyle tez hâli arasında farklılıklar bulunduğu görüldüğünden esas olarak kitap hâli dikkate alınmakla birlikte kitapta yer almayan yerler için tez hâline atıf yapılmıştır. Kamil Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, İstanbul: Timaş Akademi, 2021; Kamil Yelek, “Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku”, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE, 2019.

⁴¹ Muhammed Emin Kızılay, “Tanzimat Sonrası Osmanlı Uygulamasında Haksız Fiil Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi SBE, 2021; Bu çalışma daha sonra kitap olarak basılmıştır. Çalışmamızda öncelik kitap hâline verilmiş fakat tez hâliyle kitap hâli arasındaki farklılıklar nedeniyle her iki hâlinin de çalışmamızda yer alması gerekmiştir. Bkz. Muhammed Emin Kızılay, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Sorumluluk Hukuku -Haksız Fiil Sorumluluğu-*, İstanbul: Marmara Üniversitesi İFAV Yayınları, 2022.

⁴² Bu bağlamda varılan başarılı çıkarımlara örnekler için ayrıca bkz. Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, s. 126, 151, 182, 187, 192, 204, 215, 218.

⁴³ Örnek için bkz. Ercan, “Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk”, s. 37-39; Şener, “Gasp ve İtlaf”, s. 70-72; Ünal, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, s. 232-236.

⁴⁴ Ali Bardakoğlu, “İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi -Özellikle Personel İstihdamı-”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum, Atatürk Üniversitesi SBE, 1982, s. 263-268.

⁴⁵ Recep Özdirek, *İslam Hukukunda İşçilerin Verdiği Zararın Tazmini*, İstanbul: yy, 2009.

⁴⁶ Kemal Yıldız, *Câmi'u'l-Fusûleyn'in Kaynakları ve Hanefî Mezhebi Uygulamasında Tazmînât*, İstanbul: Hâcegân Akademi Kitaplığı, 2013.

Konumuzla ilişkili bir başka çalışma Suat Erdem tarafından hazırlanan “İslâm Hukukunda İstihdâm İlişkisi ve İstihdâm Edenlerin Sorumluluğu” isimli doktora tezidir.⁴⁷ Bu çalışmada konunun daha ziyade borçlar hukuku bakımından ele alınacağı belirtilmesine⁴⁸ rağmen, çalışmanın büyük bir bölümünde hizmet akdi özelinde iş hukuku incelemesi yapılmıştır.⁴⁹ Üçüncü bölümün ikinci kısmında ise “İstihdam İlişkisinden Doğan Zararlardan İstihdâm Edenlerin Sorumluluğu” başlığı altında hacim itibarıyla dar bir alanda konu açıklanmaya çalışılmıştır.⁵⁰ Ayrıca bu çalışmada daha ziyade konunun teorisinin yapıldığı fakat konuya ilişkin örneklerle yer verilmediği görülmüştür. Tüm bunlara rağmen bu çalışmadan, İslâm sorumluluk hukukundaki sorumluluk anlayışının ortaya konulması ve yorumlanmasında yararlanılmıştır. Bizim çalışmamız adam çalıştırmanın sorumluluğunu bir borçlar hukuku meselesi olarak hem teorik düzlemde hem de örnek olaylar üzerinden detaylı bir şekilde ele alması yönüyle bu çalışmadan farklılaşmaktadır.

Modern dönemde Arapça olarak yazılan İslâm hukuku eserlerinde genellikle *damân* başlığını taşıyan zengin bir literatürün⁵¹ olduğu görülür. *Damân* literatüründeki yazarlar, kendi ülkelerindeki modern kanunların sistematığı ve meseleleri ile döneminin toplumsal ihtiyaçlarını dikkate alarak başkasının fiilinden sorumluluk, metbû’dan tâbi’nin sorumluluğu gibi konuları işlemişler ve bu bakımdan adam çalıştırmanın sorumluluğuna dair hem genel olarak İslâm hukukunun klasik dönem müktesebatını değerlendirmişler hem de bu müktesebat ile kendi ülkelerindeki mer’î kanunlar arasında mukayese yapmışlardır.⁵² Dolayısıyla bu literatür de çalışmamız bakımından temel kaynaklar arasında yer almıştır. Bunların yanı sıra Muhammed Mahmud Ali Tavâlebe

⁴⁷ Suat Erdem, “İslâm Hukukunda İstihdâm İlişkisi ve İstihdâm Edenlerin Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi SBE, 2007.

⁴⁸ Erdem, “İslâm Hukukunda İstihdâm İlişkisi”, s. 4.

⁴⁹ Sayfa aralığı için bkz. Erdem, “İslâm Hukukunda İstihdâm İlişkisi”, s. 47-210.

⁵⁰ Erdem, “İslâm Hukukunda İstihdâm İlişkisi”, s. 264-285.

⁵¹ Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Fi’lû’d-dâr ve’d-damân fîhi*, Dimaşk: Dâru’l-Feth, 1974; Ali el-Hafif, *ed-Damân fî’l-fikhi’l-İslâmî*, Kahire: Dâru’l-Fikr, 2010; Vehbe Zuhaylî, *Nazariyyetü’d-Damân ve Ahkâmü’l-Mes’ûliyyeti’l-Medeniyye ve’l-Cinâiyye fî’l-Fikhi’l-İslâmî Dirâse Mukârene*, Dimaşk: Dâru’l-Fikr, 2018; Muhammed Ahmed Sirâc, *Damânu’l-udvân fî’l-Fikhi’l-İslâmî*, Beyrût: el-Müessesetü’l-Câmiyye li’d-Dirâsât ve’n-Neşr, 1993; Muhammed Fevzi Feyzullah, *Nazariyyetü’d-damân fî’l-fikhi’l-İslâmî’l-âm*, Kuveyt: Mektebetü darü’t-türâs, 1983; Ali Abdülhakim Sâfî, *ed-Damân fî’l-fikhi’l-İslâmî: dirâse mukârene li-esbâbihî ve mecâlâtihî fî’l-ukûd*, Tahran: el-Mecmaü’l-Âlemî li’t-Takrîb Beyne’l-Mezâhibi’l-İslâmiyye, 2010.

⁵² Zuhaylî, *Nazariyyetü’d-Damân*, s. 216-222; Sirâc, *Damânu’l-udvân*, s. 421 vd.; Zerkâ, *el-Fi’lû’d-dâr*, s. 69, 120 vd.

tarafından “el-Mes’ûliyye el-medeniyye ve’l-cinâiyye an fi’li’l-gayr fi’l-fıkhi’l-İslâmî”⁵³ başlığıyla hazırlanan doktora tezi, Sâlim el-Cühâfi’nin “el-Mes’ûliyye el-medeniyye ve’l-cinâiyye an fi’li’l-gayr beyne’s-şerîa ve’l-kanun”⁵⁴ isimli makalesi, Süheyr Müntasır’ın *Mes’ûliyyetü’l-metbû’ an ameli’t-tâbi’: esâsuhâ ve nitâkuhâ*⁵⁵ isimli eseri ve Seyyid Emîn’in *el-Mes’ûliyye et-taksîriyye an fi’li’l-gayr fi’l-fıkhi’l-İslâmî el-mukâren*⁵⁶ isimli eseri modern dönemde yazılmış ve günün problemlerini de dikkate alarak sistematik bir biçimde üst başlık itibarıyla başkasının fiilinden sorumluluğun ele alındığı yararlanılan eserlerdendir.

Çalışmamızın mukayeseli olması amaçlandığı için Türk hukukunda “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”⁵⁷ ve sorumluluk hukuku⁵⁸ literatürleri ile borçlar hukuku içeriğindeki diğer eserlere sıklıkla müracaat edilmiştir. Türk hukukunda yapılan tez çalışmalarında tespit edilebildiği kadarıyla, adam çalıştırmanın sorumluluğu üzerine yapılmış Nazlı Hilal Çelik’e ait olan ve kitaplaştırılan⁵⁹ çalışma, Seda Kara Kılıçarslan tarafından hazırlanıp kitaplaştırılan çalışma⁶⁰ ile Dila Okyar Karaosmanoğlu tarafından

⁵³ Muhammed Mahmud Ali Tavâlebe, “el-Mes’ûliyye el-medeniyye ve’l-cinâiyye an fi’li’l-gayr fi’l-fıkhi’l-İslâmî”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Amman, Câmîatü Ürdün Külliyyetü Dirâsâtî’l-ulyâ, 2003.

⁵⁴ Sâlim Cühâfi, “el-Mes’ûliyye el-medeniyye ve’l-cinâiyye an fi’li’l-gayr beyne’s-şerîa ve’l-kânûn”, Tunus, Câmîatü Zeytûniyye el-Ma’hedü’l-a’lâ li-usûli’d-dîn, 2009.

⁵⁵ Süheyr Müntasır, *Mes’ûliyyetü’l-metbû’ an ameli’t-tâbi’: esâsuhâ ve nitâkuhâ*, y.y.: Dârü’n-Nehdati’l-Arabiyye, 1990.

⁵⁶ Seyyid Emîn, *el-Mes’ûliyye et-taksîriyye an fi’li’l-gayr fi’l-fıkhi’l-İslâmî el-mukâren*, Kahire: Dâru’l-izze li’n-neşr ve’t-tevzî, 2001.

⁵⁷ Örnek olarak bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, c. II, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018; Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul: Özel İktisadî ve Ticarî Bilimler Yüksek Okulu Yayınları, 1971; A. Samim Gönensay, *Borçlar Hukuku*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1948; Selâhattin Sulhi Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, c. I, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976; Mustafa Reşit Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 1992; Necip Kocayusufpaşaoğlu ve diğer., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, c. I, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008.

⁵⁸ Örnek olarak bkz. Halûk Tandoğan, *Türk Mes’ûliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’ûliyet)*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010; Henri Deschenaux ve Pierre Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, çev. Salim Özdemir, Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1983; Halûk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 1981; Zahir İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949; Mustafa Kılıçoğlu, *Sorumluluk Hukuku*, c. I, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2002; Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.

⁵⁹ Nazlı Hilal Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.

⁶⁰ Seda Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.

hazırlanan çalışma⁶¹ olmak üzere üç doktora tez çalışması ve Ali Yüksel tarafından hazırlanan çalışma,⁶² Necle Yılmaz tarafından hazırlanan çalışma,⁶³ Kübra Erdoğan tarafından adam çalıştırmanın sorumluluğunun şartlarına odaklanan çalışma⁶⁴ ve son olarak yakın dönemde erişime açılan Güler Göksu tarafından hazırlanan çalışma⁶⁵ olmak üzere çeşitli yüksek lisans tez çalışmaları bulunmaktadır. Ayrıca bu konu, çeşitli makalelerde de ele alınmıştır.⁶⁶ Bunun haricinde Türk hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğunun Yargıtay kararlarına da sıkça konu olduğu görülmüştür.⁶⁷ Görüldüğü üzere bu konu, günümüz hukukunda hem teorik hem pratik açıdan sürekli gelişim içindedir ve üzerine yeni çalışmalar yapılmaya devam edilmektedir. Literatür taramasından da anlaşıldığı üzere, literatürde adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında her iki hukuk düzeninin mukayesesinin yapılmadığı bir vâkıa olup bu çalışmanın mevcut literatüre katkısını özellikle bu husus oluşturmaktadır.

⁶¹ Dila Okyar Karaosmanoğlu, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (TBK M.66)”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2019.

⁶² Ali Yüksel, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, Yayınlanmamış YL Tezi, Sakarya, Sakarya Üniversitesi SBE, 2001.

⁶³ Necle Yılmaz, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi SBE, 2014.

⁶⁴ Kübra Erdoğan, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Şartları”, Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi SBE, 2019.

⁶⁵ Güler Göksu, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE, 2021.

⁶⁶ Örnek olarak bkz. Şakir Berki, “İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 11, sy 3 (1956): 59-77; Sıtkı Tunçer, “Borçlar Kanununa Göre ‘İstihdam Edenlerin Mesuliyeti’”, *Adalet Dergisi* 45, sy 9 (1954): 1084-90; İpek Sağlam, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012.

⁶⁷ Bu çalışmada yer alan Yargıtay kararları www.lexpera.com.tr ve www.karararama.yargitay.gov.tr adreslerinden alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK SORUMLULUK VE ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN SORUMLULUK HUKUKUNDAKİ YERİ

Ana hatlarıyla sorumluluk ve adam çalıştırmanın sorumluluğunun sorumluluk hukukundaki yerinin ele alındığı bu bölümde temel amaç, asıl konuya hazırlık sadedinde ve konunun daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacak bilgilere yer verilmesidir. Bu bölümde öncelikle eski toplumlarda sorumluluğa dair kısa bir bilgi verildikten sonra sorumluluğun kavramsal çerçevesi izah edilecek ve asıl konumuz olan adam çalıştırmanın sorumluluğunun, sorumlulukla ilgili olarak yapılan tasniflere göre nereye tekabül ettiği üzerinden sorumluluk hukukundaki yeri tespit edilecektir.

1. Eski Topumlarda Sorumluluk

Sorumluluk hukukunun tarihsel gelişim seyri söz konusu olduğunda, farklı toplumlarda sorumluluk hukukunun nasıl geliştiği, sorumlulukla ilgili ne tür düzenlemelere yer verildiği ve nasıl bir sorumluluk anlayışının benimsendiği gibi birçok hususa değinilmesi gerekir. Burada İslâm hukuku ve Türk hukuku bakımından ileride ele alınacak konular hakkında bir bakış açısı oluşturacağı düşünüldüğü için Sami kültür (Ârâmler, İbraniler), Roma toplumu, İslâmiyet öncesi Araplar ve İslâmiyet öncesi Türkler ayrı alt başlıklar hâlinde ele alınacaktır.

1.1. Sami Kültür

Sami kültür içerisinde Ârâmler, Yahudiler ve Araplar yer alır. Burada örnek olarak Hammurabi Kanunları ve Yahudi hukuku incelenecek, İslâmiyet öncesi Arap toplumu tarihsel akışa uygun olması bakımından ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

Hammurabi Kanunu Babil Krallığı'nda Kral Hammurabi tarafından yapılmış olup o döneme kadar olan kanunlar ile örf ve adetlerin devamı niteliğindedir.⁶⁸ Ancak Hammurabi Kanunu'nu diğer kanunlardan ayıran özelliklerin başında, yaptırımların ağırlığı ve bu kanunun daha uzun ve sistematik oluşu gelir.

⁶⁸ Emin Bilgiç, “Eski Mezopotamya Kavimlerinde Kanun Anlayışı ve An’anesi”, *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi*, sy 1 (2018): 113; Elif Genca, “Eski Mezopotamya’da Hukuk Hareketleri ve Düzenlemeler (Sümer, Babil ve Eski İsrail Hukuku)”, Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE, 2009, s. 29; İbrahim Erol Kozak, *Genel Hukuk Tarihi*, Konya: Palet Yayınları, 2015, s. 69.

Hammurabi Kanunu'nda hükümler birbiriyle ilişkili biçimde sıralandığı için bir tasnif yapılması mümkündür. Meslek adamları, ücretleri ve sorumlulukları ile ilgili olarak 215 ila 277. maddeler arasında çeşitli hükümler düzenlenmiştir.⁶⁹ Bu kapsamda; doktor, veteriner, berber, inşaatçı gibi mesleklerle ve bu mesleklerin sorumluluklarına yer verilmiştir. Örneğin hekimin sorumluluğunda, hekimin bileğinin kesilmesi gibi cezaî nitelikte ağır yaptırımlar vardır.⁷⁰ 215-240. maddelerin “meslek adamlarına ait suçlar” şeklinde isimlendirilmesi ve buradaki “suç” vasfı, cezaî sorumluluk-hukukî sorumluluk ayrımının bulunmayışından kaynaklanır.

Babil toplumunun iktisadi hayatında tarım başat rol oynadığı için tarıma yönelik haksız fiiller ağır yaptırımlara tâbi tutulmuştur. Bu husus, toplumla hukuk arasındaki bağı göstermesi açısından da ayrıca önemlidir. Aynı şekilde, kölelerin toplumda üstlendiği rol gereği onlara ilişkin ayrı hükümlere yer verilmiştir.⁷¹

Hammurabi Kanunlarında sorumluluğun türünü tespiti imkân tanıyan hükümler yanında kusurun türlerinden biri olan ihmale⁷² ilişkin örnekler, sorumluluk hukukuna hâkim olan ilkelerden aynî sorumluluğun⁷³ bir istisnası olarak kişinin borcu nedeniyle köleleştirilebilmesi⁷⁴ ve verilen zararın miktarının birkaç kat fazla misliyle tazmin edilmesi uygulamaları görülür.⁷⁵ Hammurabi Kanunlarında mücbir sebep de dikkate alınmıştır.⁷⁶

Hammurabi Kanunlarında yapıyı yapan mimarın sorumluluğuna ilişkin çeşitli düzenlemeler vardır. Evin yıkılması hâlinde mimara uygulanacak yaptırım; ölen ev sahibiye ölüm⁷⁷, ev sahibinin oğluysa kısastır.⁷⁸ Yapıyı yapan mimarın heba olan her

⁶⁹ Bkz. Mevrure Tosun ve Kadriye Yalvaç, *Sumer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı*, Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1975, s. 86.

⁷⁰ Hammurabi Kanunu m. 218.

⁷¹ Hammurabi Kanunu m. 219, 220, 226, 227.

⁷² Hammurabi Kanunu m. 53, 55.

⁷³ Buna göre borçlu, edimini ifa etmezse şahsıyla kural olarak sorumlu tutulamaz; alacaklı borçlunun yalnızca malvarlığına müracaat edebilir. Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 1, 119.

⁷⁴ Hammurabi Kanunu m. 54.

⁷⁵ Hammurabi Kanunu m. 56-57. Bu durum, modern hukuktaki tazminatın zenginleşme ve cezalandırma aracı olarak kullanılamayacağı yönündeki ilkelerle çelişmektedir. Bu ilkeler hakkında detaylı bilgi için bkz. IV. Bölüm, 1.4.1.

⁷⁶ Hammurabi Kanunu m. 266.

⁷⁷ Hammurabi Kanunu m. 229.

⁷⁸ Hammurabi Kanunu m. 230.

malı tazmin etmesi, tazminat hukuku bakımından önemlidir.⁷⁹ Mimarın sorumluluğuna benzer biçimde, gemi yapanın sorumluluğu da düzenlemiştir.⁸⁰

Hammurabi Kanunlarında gemilerle ilgili sorumluluk hükümlerine de rastlanılır. Gemi sahibinin, gemisini bir gemiciye kiraya vermesi hâlinde gemicinin ihmali sonucu bir zararın meydana gelmesi⁸¹ ve gemicinin ihmali sonucu gemideki malların telef olması⁸² hâlleri düzenlenmiştir. Ayrıca denizde meydana gelen kazalarda akıntıya karşı ve akıntıyla giden gemilerin çarpışması durumunda gemisi batan gemi sahibi diğer gemi sahibinin uğradığı zararları tazmin eder.⁸³

Hammurabi Kanunu'nda sahihsiz hayvanın verdiği zararlar hederdir.⁸⁴ Ayrıca hayvan sahibi, öküzünün insanları süsebilir olduğunu bilmesine rağmen boynuzlarını sivirtmekte ihmal gösterirse birinin ölmesine karşılık olarak diyet benzeri bir miktar para öder.⁸⁵

Hammurabi Kanunlarında sonucu itibariyle bir ceza hukuku meselesi olarak ele alınmış olsa da adam çalıştırma ilişkisinin izlerinin bulunduğu bazı hükümlere rastlanılır.⁸⁶ Yine adam çalıştırma kapsamında çoban çalıştırmaya dair hüküm vardır.⁸⁷ Çobanlık ilişkisinde, çobanın ihmali varsa zararı çoban tazmin eder.⁸⁸ Burada adam çalıştıranın sorumluluğunda aranan genel şartlardan illiyet bağı ve özel şartlardan fonksiyonel bağ gündeme gelir.⁸⁹ Bu şartların eksikliği nedeniyle adam çalıştıranın sorumluluğuna gidilemediği için zararı tazminle yükümlü olan çalışandır.

Sami kültürün diğer temsilcisi İbraniler'de Tevrat özelinde sorumluluk hukuku değerlendirmesi yapılabilir.⁹⁰ Yahudi hukukunun uzun süre Kenan ilinde hâkimiyet süren

⁷⁹ Hammurabi Kanunu m. 232.

⁸⁰ Hammurabi Kanunu m. 235.

⁸¹ Hammurabi Kanunu m. 236.

⁸² Hammurabi Kanunu m. 237.

⁸³ Hammurabi Kanunu m. 240.

⁸⁴ Hammurabi Kanunu m. 250.

⁸⁵ Hammurabi Kanunu m. 251.

⁸⁶ “Eğer bir adam, bir adamı tarlasının başında dursun diye kiralarsa, tohumluk ve yemliği önceden verirse (ve) ona sığır emanet eder, tarlayı işlemek üzere onunla sözleşme yaparsa ve eğer o adam tohumu veya yemi çalarsa, elinde yakalanırsa bileği kesilecektir.” Hammurabi Kanunu m. 253.

⁸⁷ “Eğer, kendisine gütmek üzere sığır ve koyun sürüsü verilen bir çoban, ihanet edip (hayvanların) damga değiştirir veya para karşılığı (onları) verirse, bu ispat edilecek, çaldığı sığır ve koyunun 10 katını sahiplerine ödeyecektir.” Hammurabi Kanunu m. 265.

⁸⁸ Hammurabi Kanunu m. 267.

⁸⁹ İlgili kavramlara ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. II. Bölüm, 3.1.3. ve 3.2.2.

⁹⁰ Eski İsrail Hukuku üzerine yapılmış müstakil bir çalışma için bkz. Hâmede Topçuoğlu, *Eski İsrail Hukuku*, Ankara: AÜHF Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü Yayınları, 1948.

Babil uygarlığından ve dolayısıyla hukuk yapma bakımından Hammurabi Kanunu'ndan etkilendiği belirtilir.⁹¹ Tevrat ile Hammurabi Kanunları arasındaki ilişkinin keyfiyeti, yani hangisinin diğerinden etkilendiği ve hangisinin diğerini şekillendirdiği hakkında tıpkı İslâm hukuku ile Roma hukuku arasında yapıldığı gibi bir tartışma vardır ve bu konuda doktrinde üç farklı görüş ileri sürülmüştür.⁹²

Tevrat'ta başkasına zarar veren haksız fiile beş ayrı örnek verilmektedir. Bunlar; birisinin kuyu kazması ve bunun sonucunda bir hayvanın buraya düşerek ölmesi,⁹³ hayvanın başkasının tarlasına girerek tarlasına zarar vermesi,⁹⁴ yangının komşusuna sıçraması,⁹⁵ bir kişinin hayvanının insanlara veya diğer hayvanlara zarar vermesi⁹⁶ ve bir kişinin komşusuna veya onun malına zarar vermesi⁹⁷ şeklindedir. Tevrat'taki haksız fiillerin meydana geliş biçimleri incelendiğinde sorumluluğun üç kaynağının olduğu görülür: Bir şahsa veya mala doğrudan zarar vermek,⁹⁸ kusurlu davranışla bir zararın meydana gelmesine neden olmak⁹⁹ ve haksız zilyetlik.¹⁰⁰

⁹¹ Genca, "Eski Mezopotamya'da Hukuk Hareketleri", s. 56.

⁹² Görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Genca, "Eski Mezopotamya'da Hukuk Hareketleri", s. 68-72; Ayrıca bkz. Topçuoğlu, *Eski İsrail Hukuku*, s. 34. Birinci görüş, Tevrat'ın özellikle Antlaşma kitabı kısmının doğrudan doğruya Hammurabi Kanunu'ndan alındığını; ikinci görüş, Tevrat'ın doğrudan doğruya Hammurabi Kanunu'ndan alınmadığını ancak Tevrat'ın Hammurabi Kanunu'na örneklik teşkil ettiğini; üçüncü görüş, hem Tevrat'ın hem Hammurabi Kanunu'nun birbirinde bağımsız birer metin olduklarını ileri sürmektedir.

⁹³ Çıkış, 21/33-34; Kozak, *Genel Hukuk Tarihi*, s. 273.

⁹⁴ Çıkış, 22/5; Kozak, *Genel Hukuk Tarihi*, s. 273.

⁹⁵ Çıkış, 22/6; Kozak, *Genel Hukuk Tarihi*, s. 273.

⁹⁶ Çıkış, 21/28-32, 35-36; Kozak, *Genel Hukuk Tarihi*, s. 274.

⁹⁷ Çıkış, 21/18-19, 22-25.

⁹⁸ Bu şekildeki haksız fiil, İslâm hukukunda mübâşeretle itlâfa karşılık gelir. Mübâşeretle sorumlulukta eylemle zarar arasındaki illiyet bağının varlığı yeterli görülerek objektif bir sorumluluk anlayışı yer aldığından hareketle Tevrat düzenlemelerinin bu kısmında objektif sorumluluğunun görüldüğü söylenebilir. Mübâşeret kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. II. Bölüm, 3.1.3.3.1.

⁹⁹ "Kusurlu" davranışla başkasının zarar görmesine neden olmak kısmı İslâm hukukundaki tesebbüben itlâf bahsiyle tam manasıyla örtüşmez çünkü tesebbübde teaddî şart olsa da teammüd aslî unsur değildir. Mübâşeret, doğrudan bir fiille zararı meydana getirmek olarak, tesebbüb de zararın meydana gelmesine dolaylı olarak yol açmak şeklinde izah edilebilir. İslâm hukukçularının sorumluluk anlayışlarında doğrudan zarar verilmesi durumunda zarar ile fiil arasındaki yakınlık nedeniyle hukuka aykırılık başlangıç itibarıyla aranmamıştır ancak dolaylı zararda hukuka aykırılık öncelikle bakılan bir unsur olarak yerini almıştır. Teammüd de kusur, kast gibi unsurları içermekte olup genel itibarıyla İslâm sorumluluk nazariyesinde objektiflik ön planda tutulduğundan tesebbüb hâlinde dahi teammüde bakılmamıştır. Türk hukuku bakımından mukayese yapıldığında; dolaylı sorumluluk hâlinin Türk hukukunda bulunmamasına karşın, Yahudi hukukunda sorumluluğun kusura dayandırılması yönüyle aralarında benzerlik bulunduğu söylenebilir.

¹⁰⁰ Seyyar Suleymanov, "Tevrat'taki Emir ve Yasakların Tespit ve Tahlili", Yayınlanmamış YL Tezi, Bursa, Uludağ Üniversitesi SBE, 2008, s. 87.

Tevrat'ta mala yönelik meydana gelen zararların tazmininde, kast varsa zarar iki katıyla ödenir.¹⁰¹ Aksi hâlde tazmin yükümlülüğü malın aynen iadesiyle sınırlıdır.¹⁰² Buna dayalı olarak Yahudi hukukunda kastın, tazminat miktarının artırılmasında rol oynayan bir etmen olduğu ifade edilebilir.

1.2. Roma

Roma hukukunda sorumluluk, İslâm hukukundaki gibi münferit düzenlemeler şeklinde olduğu için Roma hukukunda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin çeşitli hâller vardır.¹⁰³ Roma özel hukukunda haksız fiiller, *Ius civile* tarafından tanınıp müeyyidelendirilen haksız fiiller ile praetor hukuku tarafından tanınıp müeyyidelendirilen haksız fiiller olarak ikiye ayrılır.¹⁰⁴ *Ius civile*'de *furtum* (hırsızlık ve mala karşı işlenen pek çok suçu içine alan bir kavram), *rapina* (gasp), *damnum iniuria datum* (haksız olarak mala verilen zararlar) gibi düzenlemeler ve özel kanunlarda düzenlenen hâller yer almaktaydı.¹⁰⁵ *Damnum iniuria datum*, *Ius Civile*'nin tanıdığı dört haksız fiilden birisidir ve “Özgür bir kimsenin menkul bir mala dokunarak, fiilî temas ile (*corpore corpori*) hukuka aykırı (*iniura*)¹⁰⁶ bir zarar (*damnum*) vermesi” anlamındadır.¹⁰⁷ Bunun sonucunda *actio legis aquiliae* davası açılmaktaydı.¹⁰⁸ Daha sonraları praetorlar tarafından bunlara ek olarak

¹⁰¹ Çıkış, 22/4, 7; Suleymanov, “Tevrat’taki Emir ve Yasakların Tespit ve Tahlili”, s. 89.

¹⁰² Çıkış, 21/33; 22/5-6; Suleymanov, “Tevrat’taki Emir ve Yasakların Tespit ve Tahlili”, s. 89.

¹⁰³ “...Kanunda yer alan her haksız fiil, varlığını tesadüfen meydana gelen ihtiyaçlara borçluydu.” Pervin Ayazlı, “Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar (Damnum Iniura Datum)”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE, 1994, s. 1; Modern hukuklardan İngiliz hukukunda da haksız fiil ile ilgili olarak genel bir nazariye yer almayıp tek tek haksız fiiller düzenlendiğinden “haksız fiil hukuku” (tort law) ifadesi yerine “haksız fiiller hukuku” (law of torts) ifadesi kullanılmaktadır. Pervin Somer, *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı*, İstanbul: Derin Yayınları, 2008, s. 9; Ayrıca bkz. Canbulat, “Gasb ve İtlaf”, s. 34.

¹⁰⁴ Somer, *Mala Verilen Zarar*, s. 14; Türkân Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, s. 146.

¹⁰⁵ Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları, 2016, s. 109-111; Şahin Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, Konya: Sayram Yayınları, 2020, s. 195; Nurcan İpek, *Roma Hukukunda Gasp (Rapina)*, İstanbul: Der Yayınları, 2001, s. 27; Fulya İlçin Gönenç, “Haksız Fiil Sorumluluğunun Gelişmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 14, sy 4 (2009): 22.

¹⁰⁶ Roma hukukunda iniura birden fazla anlama gelmektedir: Iniura kelimesinin eski ve dar anlamı maddî tecavüz fiillerini, iniura kelimesinin sonraki ve daha geniş manası ise hukuka ve adalete aykırı her türlü fiili ifade eder. Detaylı bilgi için bkz. Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Iniura*, İstanbul: Kutulmuş Matbaası, 1969, s. 4-16.

¹⁰⁷ Somer, *Mala Verilen Zarar*, s. 3.

¹⁰⁸ Detaylı bilgi için bkz. Ayazlı, “Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar”, s. 122 vd.; “Roma hukukunda haksız fiil neticesinde doğan dava, eski devirlerde, sadece bir ceza davası, bir *actio poenalis* niteliğini taşırdı. Fakat daha ileri devirlerde bazı hallerde ya yalnız bir tazminat davası veya ceza davasından ayrı olarak bir tazminat davası da açılabilirdi. Tazminat davasına *actio reipersecutoria* denirdi. Nihayet

hile (*dolus*), ikrah (*metus*) ve hileli şekilde alacaklılardan mal kaçıрма (*fraus creditorum*) gibi haksız fiiller tanınmıştır.¹⁰⁹

Roma hukukunda modern hukukun aksine olarak suç (*crimen*) ile haksız fiil (*delictum*) ayrı olarak ele alınmaz; suçların tamamı aynı zamanda bir haksız fiil anlamına gelir.¹¹⁰ Bununla birlikte Roma hukukunda hukuka aykırı fiiller, kamu suçları (*delictum publicum*) ve haksız fiiller (*delictum privatum*) olarak ikiye ayrılır.¹¹¹ Böylece toplumsal menfaati ilgilendirenler kamu hukukuna konu edilerek kamu tarafından kovuşturulurken, şahsî menfaatleri ilgilendirenler ise özel hukuka konu edilerek şahıslar tarafından takip edilir.¹¹²

Roma hukukunda haksız fiiller için öngörülen yaptırımlar sırasıyla; şahsî öç, kısas, ihtiyari diyet (tarafların bir miktar para verilmesi hususunda anlaşmaları) ve zorunlu diyet (kanun tarafından miktar tayin edilmesi) şeklindedir.¹¹³ Roma hukukunda zarar verenin borçlanması, tazminat değil cezanın ödenmesi niteliğindedir.¹¹⁴ Ancak zamanla ceza davalarının yanında tazminat davaları açma hakkının da tanınmasıyla birlikte *Iustinianus* döneminde (M.S. 527-M.S. 565) hem ceza hem tazminat niteliğindeki karma davalar ortaya çıkmıştır.¹¹⁵

Klasik dönemden itibaren kusur ilkesine doğru hızlı gidiş, *Iustinianus* döneminde prensip düzeyinde kusurun benimsenmesiyle sonuçlanmıştır.¹¹⁶ Roma hukukunda kusur ilkesinin baskın olduğu söylenebilirse de bazı kusura dayanmayan sorumluluk hâlleri de

Justinianus devrinde bazı davalar vardı ki, bunlarla hem haksız fiil failinin cezalandırılması hem de zarar görenin mamelekindeki azalmanın giderilmesi gayesi güdüldü; bu gibi davalara postklâsik devrin kaynaklarında muhtelit, karma dava anlamında *actio mixta* denmiştir.” Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 144.

¹⁰⁹ Somer, *Mala Verilen Zarar*, s. 14; Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 146.

¹¹⁰ Ayazlı, “Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar”, s. 14-15; Somer, *Mala Verilen Zarar*, s. 11; İpek, *Roma Hukukunda Gasp*, s. 23; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 299.

¹¹¹ Ayazlı, “Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar”, s. 15; Somer, *Mala Verilen Zarar*, s. 12; İpek, *Roma Hukukunda Gasp*, s. 23-24.

¹¹² Ayazlı, “Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar”, s. 16-17; İpek, *Roma Hukukunda Gasp*, s. 24-25.

¹¹³ Gönenç, “Haksız Fiil Sorumluluğunun Gelişmesi”, s. 19-20; Günhan Gönül Koşar, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020, s. 10-11.

¹¹⁴ “Haksız fiil (*delictum*) sonucu zarar gören kimse açtığı dava ile zararın tazminini değil, failin cezalandırılmasını isterdi. Bu ceza (*poena*) da genellikle para cezasıydı. Yani zarar veren kişinin haksız fiil neticesi doğan borcu, zararı tazmin değil, bir cezanın ödenmesi borcudur.” Somer, *Mala Verilen Zarar*, s. 13; İpek, *Roma Hukukunda Gasp*, s. 25-26; Roma’dan farklı olarak İslâm hukukunda mala yönelik verilen zararlar sadece tazminat amacını güden davalara konu edilmektedir. Bkz. Selim Kaneti, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, İstanbul: Kazancı Kitap, 2007, s. 46.

¹¹⁵ İpek, *Roma Hukukunda Gasp*, s. 26; Gönenç, “Haksız Fiil Sorumluluğunun Gelişmesi”, s. 21.

¹¹⁶ Belgin Erdoğan, “Klasik Roma Hukuku’nda Kusursuz Sorumluluk Örneği: *Custodia*”, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010, I, 895; Somer, *Mala Verilen Zarar*, s. 46-47.

vardır.¹¹⁷ İlk defa XII Levha Kanunu'nda düzenlenen ancak Klasik hukuk dönemine kadar uzanan ve özgür kişilere, aile evlatlarına ve başkasına ait mallara zarar veren hayvanı tutan kimseye yöneltilen *Actio de Pauperie* davası¹¹⁸ bunun örneklerindendir.¹¹⁹ Bu sorumlulukta¹²⁰ *noxal* sorumluluğuna ilişkin kurallara müracaat edilmiştir.¹²¹

Roma hukukunda *custodia* (gözetim)¹²² olarak bilinen ve doğrudan doğruya özen yükümlülüğüne dayanan sorumluluk türü de sebep sorumluluğu içerisinde görülebilir.¹²³ *Custodia*, umulmayan hâllerde (*causus*) dahi sorumluluğun devam ettiği en ağır sorumluluk ölçütüdür.¹²⁴ *Custodia* sorumluluğu genel olarak yukarıda da saydığımız *furtum*, *damnum iniuria datum* gibi hususları içerir.¹²⁵ Temizleyicilerin, terzilerin, örücülerin ve müteahhitlerin (*conductor operis*) hasar dolayısıyla sorumlulukları *custodia*'ya kadar çıkabilir.¹²⁶ Yine *Gaius*, aynı metinde gemi işletenlerin, hancıların ve

¹¹⁷ “Romanın klasik devrinde kusursuz mesuliyet, Iuustinianus hukukunda ise -zamanımızda olduğu gibi- kusur mesuliyeti ölçüsü daha geniş nisbette tatbik edilmekte idi. Son zamanlarda, kusursuz mesuliyet ölçüsüne doğru yeni bir temayül belirmiştir.” Ziya Umur, *Roma Hukuku*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1974, s. 507.

¹¹⁸ Bu davanın açılabilmesi için evcil hayvanın kendisinden beklenilemeyecek vahşilikte ve barışçıl doğasının dışında hareket ederek zarara neden olması gerekmektedir. Hayvan tutucusunun katı kusursuz sorumluluğunu sınırlandıran bu düşünce “*contra naturam* ilkesi” olarak ifade edilmiştir. Bu ilkeyle hayvan tutucusunun sorumluluğu belirli ölçüde sınırlandırılmıştır. Tunay Yüce, “Roma ve Türk Hukuklarında Hayvanın Yol Açtığı Zararlardan Dolayı Hayvanın Tutucusunun Sorumluluğu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, sy 2 (2017): 406-408; Bu davanın kapsamı hakkında detaylı bilgi için bkz. Gökçe Türkoğlu Özdemir, “Roma Hukukunda Hayvanların Yolaçtıkları Zararlardan Doğan Sorumluluk”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, sy 2 (2006): 76-80.

¹¹⁹ Türkoğlu Özdemir, “Hayvanların Yolaçtıkları Zararlardan Doğan Sorumluluk”, s. 71-72, 75; Yüce, “Hayvanın Tutucusunun Sorumluluğu”, s. 396; Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 167.

¹²⁰ Türk hukukunda hayvan bulunduranın sorumluluğu objektif özen yükümlülüğüne dayalı bir kusursuz sorumluluk hâlidir. Gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen hayvan bulunduran, hayvanın verdiği zararlardan sorumlu objektif olarak tutulmaktadır. Karşılaştırma imkânı vermesi açısından, hayvan bulunduranın sorumluluğu TBK'nın 67/I'de şöyle düzenlenmiştir: “*Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.*”

¹²¹ Türkoğlu Özdemir, “Hayvanların Yolaçtıkları Zararlardan Doğan Sorumluluk”, s. 75; Bu davanın noxal sorumluluğu doğurduğu yönünde görüşler olmasına karşın çeşitli açılardan her iki kurumun farklı olduğu ileri sürülmektedir. *Actio de Pauperie* davasının noxal karakteri hakkında detaylı bilgi için bkz. Yüce, “Hayvanın Tutucusunun Sorumluluğu”, s. 408-411.

¹²² “*Custodia* (gözetim) sorumluluğu, satım, ariyet, istisna gibi bir sözleşmeye dayanarak başkasına ait bir malı elinde tutan kişinin mala gelecek zararlardan kusuruna bakılmaksızın sorumlu tutulmasıydı. ...*Custodia* sorumluluğunda esas olan sonuçtu. ...*Custodia* sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde borçlu, kendisine bırakılan şeyin dikkatli ve devamlı bir nezaretle (gözetimle) önlenmesi mümkün olan zararından sorumlu tutuluyordu.” Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 34.

¹²³ Erdoğan, “*Custodia*”, s. 896; Abdurrahman Savaş, “Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi”, *İÜHF Mecmuası* 80, sy 2 (2022): 556.

¹²⁴ Hilâl Zilelioğlu, “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 39/1 (1987), 244.

¹²⁵ Özcan Karadeniz, *Roma'da İş İlişkileri*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1976, s. 183, 184.

¹²⁶ Karadeniz, *Roma'da İş İlişkileri*, s. 183.

genel ahır sahiplerinin hasar dolayısıyla sorumluluklarını temizleyici ve terzilerin sorumluluklarına eş tutar ve *custodia* sorumluluğu altında ele alındıklarını belirtir.¹²⁷ Bu hâllerde *actio locati* başta olmak üzere birçok dava imkânı tanınmıştır.¹²⁸ Iustinianus döneminde kusur ölçütü olan “utilitas” (yarar ölçütü) *custodia* hâllerini de kapsamıştır.¹²⁹ Klasik dönemde benimsenen objektif sorumluluğun yerini Klasik-sonrası dönemde subjektif sorumluluk aldığından,¹³⁰ *custodia* kavramını yerine *diligentia* (özen) kavramı ikame edilmiştir.¹³¹

Roma hukukunda kölelerin ve aile evlatlarının haksız fiilleri sebebiyle efendi veya babasının sorumlu tutulması *noxal* sorumluluğudur.¹³² Zarar görenin kölenin efendisi ya da aile evladının *pater familias*’ı aleyhine dava açma hakkı vardır. *Actio noxalis*¹³³ denilen dava sonrasında zarar görenin zararının tazmini için gereken miktarı ya efendi veya *pater familias* öder ya da buna karşılık olarak köle veya evladı üzerindeki hâkimiyet hakkından vazgeçer ve onları zarar görene terk ederek (*noxae deditio*) sorumluluktan kurtulurdu.¹³⁴ Aile reisliği ve sahiplik kaynaklı bu iki müessesenin mülkiyete dayanması yönüyle adam çalıştırmanın sorumluluğundan ayrıldığı belirtilmektedir.¹³⁵ Bu görüşe katılmamız mümkün görünmemektedir. Çünkü bunlar her ne kadar kaynak itibarıyla farklı hususiyetlere dayansalar da asıl üzerinde durulması gereken, aralarında adam çalıştırma ilişkisinin bulunup bulunmadığıdır. Çalışmamızda da görüleceği üzere, adam çalıştırma ilişkisinin özünü bağımlılık/tâbiyet unsuru¹³⁶ oluşturur. Bu nedenle bu tür

¹²⁷ Mehmet Yeşiller, “Roma Hukuku’nda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin Receptum Sorumluluğu”, *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 3, sy 1 (2013): 179; Karadeniz, *Roma’da İş İlişkileri*, s. 185; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 272.

¹²⁸ Detaylı bilgi için bkz. Karadeniz, *Roma’da İş İlişkileri*, s. 185-186.

¹²⁹ Erdoğan, “Custodia”, s. 907.

¹³⁰ Savaş, “Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci”, s. 544, 560; Zilelioğlu, “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütleri”, s. 259.

¹³¹ Zilelioğlu, “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütleri”, s. 243, 261; Karadeniz, *Roma’da İş İlişkileri*, s. 184; Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 35; Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 29; Savaş, “Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci”, s. 560.

¹³² Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 164-167; İpek, *Roma Hukukunda Gasp*, s. 81.

¹³³ Bu davanın uygulama alanı zamanla genişlemiştir: “Gaius, Institutiones’inde bu durumu şöyle ifade etmektedir: “Actio noxalis’ler ya kanunlarla veya pretor beyannamesiyle ihdas edilmişlerdir: kanunlarla, meselâ hırsızlık için XII Levha Kanunu ile ve mala verilen zararlar için Aquilia kanunu ile; pretor beyannamesiyle, meselâ şahsiyete tecvüz ve gasp edilen maller için.” Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 165-166.

¹³⁴ Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 214.

¹³⁵ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 24.

¹³⁶ İslâm hukukunda aynı unsuru ifade eden farklı kelimeler mevcut ise de kavram birliği oluşturmak açısından çalışmamız boyunca Modern hukukta yaygın biçimde kullanılan “bağımlılık” kavramı tercih

ilişki biçimlerinin adam çalıştırma ilişkisine vücut vermesi mümkündür.¹³⁷ Nitekim praetorlar ilk defa XII Levha tarafından düzenlenen *ius civile* himaye vasıtalarının kapsamlarını genişleterek, başkasının fiilinden sorumluluk kapsamında değerlendirilebilecek şekilde aile reisi veya kölenin sahibini sorumlu tutmuştur.¹³⁸

1.3. İslâmiyet Öncesi Araplar¹³⁹

İslâmiyet öncesi Arap toplumunda hak sahibinin hakkını alabilmesi için güçlü olması bir zorunluluktur. Bunun en temel nedeni de düzenli bir birlikten yoksunluk, yani merkezi bir yönetimin bulunmamasıydı. İnsanlar arasındaki ilişkileri tanzim etmesi beklenen hukukî düzenin yerini akraba ilişkilerine dayanan bir ilişki biçimi olarak asabiyet almaktaydı.¹⁴⁰ Sorumluluğun güce dayalı olarak cebren yerine getirilmesinin yanı sıra, borç sebebiyle köleleştirme gibi uygulamalar bulunmaktaydı.¹⁴¹ Bu uygulamanın İslâmiyet öncesi Arap toplumunda kişi ile sorumluluğun hâkim anlayış olduğunu gösterdiği söylenebilir.¹⁴²

İslâmiyet öncesi Arap toplumunda sorumlulukta kural, kişinin kendi fiillerinden sorumluluğu olsa da akrabalarından sorumluluk, asabiyet anlayışının bir gereği olarak yaygındı. Bunun bir örneği olarak, bir kişinin diğerine verdiği zarar sebebiyle malî tazminatı kendisinin ödeyememesi hâlinde kabilesinin/akrabalarının ödemesi yoluna başvurulması olup bu durum “âkile” olarak adlandırılmaktaydı.¹⁴³ Bu başvurunun öncelikli koşulu güç sahibi olmaktı. Ebeveynin sorumluluğu ile kabilenin sorumluluğu, açık bir biçimde bu bağın ortadan kalktığı topluluk önünde ilan edilmedikçe devam etmekteydi.¹⁴⁴

edilmektedir. Bağımlılık kavramının tanımı şöyledir: “Bağımlılık, işçinin, iş edimini, işverenin emir ve talimatı doğrultusunda ifa etmesi bağlamında tezahür eden hukuki konumu şeklinde tanımlanabilir.” Bkz. Hamdi Mollamahmutoğlu, *Hizmet Sözleşmesi*, Ankara: y.y., 1995, s. 20; Tâbiyyet’in “bağlılık, bağımlı olma” anlamına geldiği yönünde ayrıca bkz. Ali Şafak, *Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ankara: Rehber Yayıncılık, 1992, s. 558.

¹³⁷ Detaylı bilgi için bkz. II. Bölüm, 2.4.

¹³⁸ Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 167.

¹³⁹ “İslamiyet Öncesi Araplar” deyimi İslamiyet’in Araplar üzerindeki belirleyici rolünü ifade etmek üzere kullanılan bir deyimdir. P. M. Holt, Ann K. S. Lambton, ve Bernard Lewis, ed., *The Cambridge History of Islam*, Cambridge: Cambridge University Press, 1970, s. 3.

¹⁴⁰ Cevâd Ali, *el-Mufasssal fî Târihi’l-Arab Kable’l-İslâm* (Bağdat: Câmiatü Bağdat, 1993), V, 472; Ebû’l-Ayneyn Bedrân, *Târihu’l-Fıkhi’l-İslâmî ve Nazariyyetü’l-Mülkiyye ve’l-Ukûd*, Beyrut: Dârü’n-nehda’l-Arabiyye, t.y., s. 24, 25; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 50.

¹⁴¹ Ali, *el-Mufasssal*, V, 487.

¹⁴² Şahıs ile sorumluluk hakkında ayrıca bkz. I. Bölüm, 3.1.1.

¹⁴³ Burada gerektiği ölçüde âkileye temas edilmiş olup âkileye ilişkin detaylı açıklamalar çalışmamızın ilerleyen kısmında yapılacaktır. Bkz. I. Bölüm, 3.3.2.

¹⁴⁴ Ali, *el-Mufasssal*, V, 488; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 51.

İslâmiyet öncesi Arap toplumunda günümüz hukukunda kusura dayanmayan sorumluluk olarak adlandırılan türdeki sorumluluğa benzer uygulamalar bulunmaktaydı. Eğer iki kişi arasında bir tâbi-metbû ilişkisi varsa tâbinin verdiği zararlardan metbû sorumlu tutulmaktaydı. Örneğin, tabiiyet ilişkisinin olduğu köle-efendi ilişkisinde kölelerin fiillerinden efendilerin sorumluluğu gündeme gelmekteydi. Çünkü örf gereği köleler efendilerinin velâyeti altında olup tabiiyet ilişkisi içerisinde işlerini ifa etmekteydiler. Tâbi-metbû ilişkisi, velinin kasıt unsuru bulunmayan öldürme ve yaralamalarda suçlunun diyet ödeme borcunu üstlenmesi¹⁴⁵ anlamına gelen âkilenin sorumluluğunda olduğu üzere kapsam itibariyle daha geniş olsa dahi, çalışmamız özelinde adam çalıştırmanın sorumluluğu olarak görülebilir.

Hukukî sorumluluğun aksine olarak, İslâmiyet öncesi Arap toplumunda cezaî sorumluluk metbûya değil, tâbiye yüklenmekteydi.¹⁴⁶ İster hataen ister teammüden cezaî sorumluluk doğuran bir zarar meydana getiren tâbi, kendi fiilinden sorumlu tutulmaktaydı.

Tâbi-metbû ilişkisinin özel bir görünümü olan veli bakımından farklılık arz eden husus, velâyeti altında olanlardan sorumlu olmasına ek olarak, yaşama hakkını dahi içerisine alan bir genişlikte velâyeti altında bulunanlar üzerinde tasarruf yetkisini haiz olmasıdır.¹⁴⁷ Nitekim velinin velâyeti altındakiler üzerindeki geniş tasarruf yetkisi uygulamasının bir benzeri Roma toplumunda da bulunmakta olup burada velinin çocuğunun yaşam hakkına son verebilme yetkisi dahi bulunmaktaydı.¹⁴⁸

1.4. İslâmiyet Öncesi Türkler

İslâmiyet öncesi Türkler başlığı altında Hunlar, Göktürkler, Uygurlar ve Moğollar; tamamının Türklerin ortak ananevî hukukî esaslarına dayanmaları hasebiyle birlikte ele alınmaktadır. Kaynaklardan süzülen sınırlı bilgiler ışığında, eski Türklerde daha çok ceza hukukuna ilişkin sorumluluk hükümlerinin bulunduğu söylenebilir.

¹⁴⁵ Hamza Aktan, “Âkile”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1989, II, 248.

¹⁴⁶ Ali, *el-Mufasssal*, V, 490.

¹⁴⁷ Ali, *el-Mufasssal*, V, 488-489; Bedrân, *Târîhu'l-Fıkhi'l-İslâmî*, s. 28, 29; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 51.

¹⁴⁸ Özcan Karadeniz, *Roma Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012, s. 163.

Eski Türk devletlerinde cezalandırma yetkisi devlete aitti ve kişilerin suçluyu kendilerinin cezalandırması anlamına gelen *ihkâk-ı hak* bulunmamaktaydı.¹⁴⁹ Suçlar, ağır suçlar ve hafif suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktaydı.¹⁵⁰ Ağır suçların cezası ölüm cezasıydı.¹⁵¹ Hafif suçlar için malî cezanın yanı sıra araba tekerliği altında ezilmek, yüzü dağlamak gibi bedenî cezalara yer verilmekteydi.¹⁵² Malî ceza, bedenî cezanın fidesinden oluşmaktaydı.¹⁵³ Cezalarda mutata olan malî ceza olup bunun miktarı deve, at, öküz, koyun üzerinden hesap edilmekteydi.¹⁵⁴ Eğer zarar veren malî cezayı ödemekten acizse alacaklıya teslim edilir ve alacaklı, alacağını alana kadar zarar veren borçluyu istihdam ederdi.¹⁵⁵

Eski Türklerde suçların cezaları oldukça ağırdı.¹⁵⁶ Örneğin soygun, hırsızlık, hayvan kaçırma gibi suçlar için ölüm cezası öngörülmekteydi.¹⁵⁷ Öldürmeden sonra hayvanların hırsızlığı en ağır suç olarak görülmekteydi.¹⁵⁸ Hayvanların haricindeki taşınır malların hırsızlığının cezası beş parmağın kesilmesi idi.¹⁵⁹ Ancak hırsız, her parmağı için on baş hayvan fide verebilirdi.¹⁶⁰ Moğollar'da Cengiz Han'ın "Uluğ Yasası"nda ölüm, sopa ile dövmek ve sürgün şeklinde üç tür ceza¹⁶¹ ile öldürme, evli bir kadının ırzına tasallut ve hırsızlık şeklinde üç tür suç¹⁶² yer almaktaydı.

Eski Türklerde başkasının fiilinden sorumluluk bağlamında gözetim yükümlülüğünün ihlâline dayalı sorumluluğa ilişkin düzenlemeler mevcuttu. Gözetimine dikkat edilmeyen bir gayri mümeyyiz veya köpeğin verdiği zararlar, gözetimde dikkatsizlik gösteren akrabaya veya köpeğin sahibine yüklenmekteydi.¹⁶³ Bununla

¹⁴⁹ A. Reha Yılmaz ve Abdullah Demir, *Umumi Hukuk Tarihi*, Gaziantep: Zirve Üniversitesi Yayını, 2012, s. 187; İlhan Akbulut, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Timaş Yayınları, 2018, s. 42; Mahmud Esad, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012, s. 122; Sadri Maksudi Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947, s. 285.

¹⁵⁰ Akbulut, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 42.

¹⁵¹ Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk*, s. 286.

¹⁵² Yılmaz ve Demir, *Umumi Hukuk Tarihi*, s. 187; Akbulut, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 42.

¹⁵³ Mahmud Esad, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, s. 122.

¹⁵⁴ Mahmud Esad, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, s. 124.

¹⁵⁵ Mahmud Esad, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, s. 125.

¹⁵⁶ Akbulut, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 60.

¹⁵⁷ Akbulut, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 60.

¹⁵⁸ Mahmud Esad, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, s. 126.

¹⁵⁹ Mahmud Esad, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, s. 126.

¹⁶⁰ Mahmud Esad, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, s. 126.

¹⁶¹ Akbulut, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 65.

¹⁶² Mahmud Esad, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, s. 121.

¹⁶³ Mahmud Esad, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, s. 126.

birlikte hayvanların diğer hayvanlara verdikleri zararlar hakkında herhangi bir malî ceza öngörülmemiştir.¹⁶⁴

2. Sorumluluğun Kavramsal Çerçevesi

2.1. İslâm Hukukunda

İslâm hukukunda sorumluluk anlamına gelmek üzere pek çok kavram kullanılmaktadır. Bu kavramlar; zimmet, uhde, cebr, garâmet ve damândır. Bunlar eş anlamlı olmayıp sorumluluğun farklı tür ve görünümelerini ifade ederler. Bu bakımdan öncelikle bu kavramların hangi açılardan ve ne ölçüde sorumluluğu karşıladığı ortaya konulmalı, sonrasında bu açıklamalara dayalı olarak modern hukukta kullanılan sorumluluk anlamını karşılayan kavram tespit edilmelidir. Bundan sonra Türk hukukunda sorumluluk kavramının anlamları açıklanmalı ve çalışma konumuzu ilgilendiren sorumluluk kavramı tespit edilmelidir.

2.1.1. Zimmet

Zimmet, kişinin hak sahibi ve yükümlü olmasını sağlayan mahaldir.¹⁶⁵ Zimmet borçların doğduğu bir kap olarak tasavvur edilir.¹⁶⁶ Bu yönüyle Türk hukukundaki hak ehliyetine benzer.¹⁶⁷ Ancak zimmet ile hak ehliyeti aynı şeyler değildir; aralarında sebep-sonuç ilişkisi vardır: Kişinin kendisindeki bu itibari kap nedeniyle haklara sahip olabilir.¹⁶⁸ Kişi zimmetiyle birlikte doğar ve sağ doğumla birlikte hak ve borçlara ehil olur.¹⁶⁹ Sorumluluklara ehil olmak bakımından zimmet ile hak ehliyeti arasında bir bağlantı kurulabilirse de değinilen sebep-sonuç ilişkisi nedeniyle zimmet hukukî sorumluluğu ifade etmek üzere kullanılamaz.

¹⁶⁴ Mahmud Esad, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, s. 126.

¹⁶⁵ Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed Şemsü'l-eimme es-Serahsî, *Usûl*, Beyrut: Dâ'rul-ma'rife, t.y., II, 333; Heyet, *el-Mevsûatü'l-fıkhiyye*, Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf ve's-Suûnu'l-İslâmiyye, 1993, XXVIII, 274-279.

¹⁶⁶ Mehmet Akif Aydın, "Deyn", İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1994, IX, 267.

¹⁶⁷ Eyyüp Said Kaya ve Hasan Hacak, "Zimmet", İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2013, XXXIV, 424-426.

¹⁶⁸ Hüseyin Tekin Gökmenoğlu, *İslâm'da Şahsiyet Hakları*, Ankara: TDV Yayınları, 1996, s. 60.

¹⁶⁹ Kaya ve Hacak, "Zimmet", XXXIV, 425; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, 1985, s. 31.

2.1.2. Uhde

Uhde, satışa konu olan malın (mebi') istihkakı veya onda ayıp tespiti hâlinde mebiin bedelini müşteriye tazmin etme sorumluluğudur.¹⁷⁰ Uhde sorumluluğu Türk hukukundaki zapt ve ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğa karşılık gelir.¹⁷¹ Görüldüğü üzere belirli ve dar bir alana ilişkin sorumluluğu ifade eden uhde, hukukî sorumluluğun tamamını ifade etmekten uzaktır.

2.1.3. Cebr

Cebr, “izâle edileni yerine getirmek”¹⁷² veya elden çıkarılmış her şeyi imkânlar dahilinde karşılamaktır.¹⁷³ Telef edilen malın mislinin bulunmaması hâlinde bu malın cebredilmesi¹⁷⁴ gündeme gelir ki, buna tazmin denilir.¹⁷⁵ Bu yönüyle cebrin, hukukî sorumluluğun kıymet itibariyle tazmin kısmına işaret ettiği söylenebilir.

2.1.4. Garâmet

Garâmet, borcu ödemenin veya ödenmesi gereken borcun adıdır.¹⁷⁶ Garâmet kavramıyla borç, tazmin ve malî ceza anlamları anlaşılabilir fakat genellikle borç anlamı için deyn, tazmin anlamı için damân ve malî ceza anlamı için garâmet tercih edilir.¹⁷⁷

2.1.5. Damân

İslâm hukukçuları damânı “kefâlet” ve “malî sorumluluk” anlamlarında kullanmışlardır.¹⁷⁸ Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezhebinde eser yazan müelliflerin “kefâlet” konusu için “kitâbu'd-damân” veya “bâbu'd-damân” şeklinde başlıklar kullandıkları

¹⁷⁰ Seyyid Şerîf Cürcânî, *et-Ta'rifât*, Beyrut: Âlemu'l-kütüb, 1987, mad. “Uhde”.

¹⁷¹ Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 37.

¹⁷² Alâüddin Ebû Bekr b. Mes'ûd Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi' fî tertîbi's-şerâi*, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1986, VII, 143; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 527.

¹⁷³ Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 40.

¹⁷⁴ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-Sanâ'i'*, VII, 150, 155, 158.

¹⁷⁵ Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 40.

¹⁷⁶ Ali Bardakoğlu, “Garâmet”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1996, XIII, 359.

¹⁷⁷ Bardakoğlu, “Garâmet”, XIII, 359 vd.

¹⁷⁸ Merginani, *el-Hidâye*, III, 231-252; Muhammed Ahmed Süleyman, *Damânu'l-Mütlefât fî'l-Fıkhi'l-İslami*, Kahire: Mektebetü'l-mücelledi'l-Arabi, 1985, s. 29-32; Subhi Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mücebât ve'l-ukûd*, Beyrut: Daru'l-ilm, 1983, I, 25, 132, 166; Heyet, *el-Mevsûatü'l-fikhiyye*, XXVIII, 450-453; Hamza Aktan, “Daman”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1993, VIII, 450-453; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 35.

görülür.¹⁷⁹ Damân, “damânu’l-mebî” tamlaması içerisinde kullanıldığında ise hasar sorumluluğu anlamındadır.¹⁸⁰

Kefâlet ve damân arasındaki ilişki, kendisine bağlı¹⁸¹ olan kişinin (tâbi) fiilinden kendisine bağlı olunan kişiyi (metbû) sorumlu tutmak; eş deyişle, zararın tazminini talep etme hususunda kendisine tâbi olunanın (metbû) zimmetini kendisine tâbi olanın (tâbi) zimmetine katmak şeklindeki kefâlet tanımıyla iç içe ve mantık örgüsü dahilinde ele alındığında daha açık bir şekilde görülebilir.¹⁸² Ancak kefâlet ile damân arasında, kefâletin şahsa yönelik olması (şahsî teminat), damânın malvarlığı ile sorumluluk olması (aynî teminat) bakımından farklılık bulunmaktadır.¹⁸³

Hamevî’nin (ö. 1098/1687) eserinde geçtiği hâliyle damân, helak olan şeyin mislini yahut kıymetini geri vermektir.¹⁸⁴ Zerkâ’ya (1907-1999) göre damân, “başkasının verdiği zararı giderme yükümlülüğü (iltizâm)” anlamındadır.¹⁸⁵ Damân, Mecelle’nin 416. maddesinde “*Bir şeyin misliyyattan ise mislini, kıyemiyattan ise kıymetini vermektir.*” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁸⁶ Modern dönem İslâm hukukçuları tarafından kaleme alınan “nazariyyetü’l-damân” türündeki eserlerde damân, tazmin yükümlülüğü doğuran sorumluluğu (hukukî sorumluluk) ifade eder. Bu tür eserlerde “esbâbu’l-damân” (hukukî sorumluluğu doğuran sebepler) bölümü altında sayılan hususlar çalışmamızın ilerleyen kısmında Türk hukukuyla birlikte ele alınacaktır.¹⁸⁷

¹⁷⁹ el-Hafîf, *ed-Damân fi’l-fikhi’l-İslâmî*, s. 8; Sirâc, *Damânu’l-udvân*, s. 44; Feyzullah, *Nazariyyetü’l-damân*, s. 13; Abdullah Benli, “İslâm Hukukunda Manevî Tazminat”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kayseri, Erciyet Üniversitesi SBE, 1997, s. 64.

¹⁸⁰ Daman kavramının gelişimi için bkz. Aktan, “Damân”, VIII, 450-453; İslâm hukukunda hasar ve intikali için ayrıca bkz. Akman, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet*, s. 217-218; akitlerde daman (hasar sorumluluğu) hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Sâfî, *ed-Damân fi’l-fikhi’l-İslâmî*, s. 164 vd.

¹⁸¹ Tâbi ve metbû kavramlarının Türkçe karşılıkları verilirken “bağlılık” ifadesi tercih edilmiştir. Buradaki bağlılık ile ileride ele alınacak olan “bağımlılık” aynı anlamlara gelmektedir. Bkz. II. Bölüm, 3.2.1.

¹⁸² “Ancak damân, velinin veya metbûnun üzerinde sürekli biçimde kalmaz. Borcun ödenmesinde aralarında rücu ilişkisi saklıdır.” el-Cühafî, “El-mes’ûliyye an fi’li’l-gayr”, s. 134; es-Sâfî, *ed-Damân fi’l-fikhi’l-İslâmî*, s. 25.

¹⁸³ Ebi Ammar Yasir b. Ahmed b. Bedr en-Neccâr ed-Dimyâtî, *el-Câmi’ li-ahkâmi’l-kefâle ve’l-damânât ale’l-mezâhibi’l-erbaa*, Riyad: Dâru Küñûzi İşbiliyâ, 2015, I, 26; Abdullah Kahraman, *İslâm Borçlar Hukukunda Kefâlet Sözleşmesi*, İstanbul: İFAV Yayınları, 2008, s. 50.

¹⁸⁴ Ebu’l-‘Abbâs Ahmed b. Muhammed Mekkî el-Hanefî Hamevî, *Ğamzu ‘Uyûni’l-Basâîr fi Şerhi’l-‘Eşbâh ve’n-Nezâîr*, Beyrut: Dâru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, 1985, II, 211.

¹⁸⁵ Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Medhalü’l-fikhiyyü’l-âm*, Dimaşk: Dâr’ül-Kalem, 2012, II, 1035.

¹⁸⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2020, I, 616.

¹⁸⁷ Bkz. I. Bölüm, 3.2.

Tüm bu açıklamalar ışığında damânın, klasik dönem İslâm hukuk doktrininde kefâlet ve hasar sorumluluğu anlamlarında kullanılırken, modern dönem İslâm hukuk doktrininde “meydana gelen zararı gidermek” anlamında kullanıldığı ve bu hâliyle de Türk hukukundaki hukukî sorumluluğa karşılık geldiği söylenebilir.¹⁸⁸ Buraya kadar değinilen kavramlar hukukî sorumluluğun bir yönüne işaret ederken damân, hukukî sorumluluğu da kapsayan bir genişliktedir. Bu yönüyle damân, diğer kavramlara nazaran hukukî sorumluluğu ifade etmeye daha elverişlidir. Bir hadiste “*Damân teaddî edenedir.*”¹⁸⁹ buyrulur. Buradaki damân ile tazmin sorumluluğunun ifade edildiği söylenebilir. Bu hadisteki “teaddî” kavramı çoğunlukla hukuka aykırılığı, hatta hukuka aykırılıkla birlikte kusuru da içeren bir ifade olup haksız fiilin bir unsurudur.¹⁹⁰

Sonuç itibariyle çalışmamız boyunca damân kavramı, Hanefî mezhebi terminolojisinde bu kavrama yüklenen sorumluluk anlamı esas alınarak İslâm hukukunun modern doktrininde tespit edildiği üzere, “tazmin yükümlülüğünü gerektirme”¹⁹¹ şeklinde kullanılacaktır. Bu şekilde kayıtlanan dar anlamda damân, Türk hukukundaki tazmin yükümlülüğünün karşılığı olarak kullanılmaktadır.¹⁹²

2.1.6. Mes’ûliyet

Hem İslâm hukukunda hem Türk hukukunda kullanılan ve sorumluluk anlamını karşılayan Arapça kökenli “mes’ûliyet” kavramına da burada değinilmelidir. Mes’ûliyet, “sûâl” kökünden türemiş olup ıstılah anlamı itibariyle bir borç veya yükümlülük veya bir suçlama altında kalmayı gerektiren hâl ve hareketlerin hesabını verme hâlinde bulunmaktır.¹⁹³

Mes’ûliyet kavramı, modern dönem İslâm hukuku eserlerinde “*el-Mes’ûliyye an fi’li’l-gayr*”, “*el-Mes’ûliyye an fi’li’l-ecir*”, “*mes’ûliyyeti’l-metbû an’it-tâbi*” gibi

¹⁸⁸ Yıldız, *Câmi’u’l-Fusûleyn’in Kaynakları*, s. 102-103; ayrıca bkz. Halil Cin ve Ahmed Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1996, 2, 216.

¹⁸⁹ Ebû Bekr ‘Abdurrezzâk b. Hemmâm es-Şan’ânî Abdurrezzâk, *el-Muşannef*, nşr. Heyet, Kahire: Dâru’t-Te’sîl, 2015, s. 44. “الضَّمَانُ عَلَى مَنْ تَعَدَّى”

¹⁹⁰ Kavram hakkında detaylı bilgi için bkz. II. Bölüm, 3.1.4.2.

¹⁹¹ Zuhaylî, *Nazariyyetü’l-Damân*, s. 22.

¹⁹² Damân kavramının kapsamının daha geniş olmakla birlikte, günümüz hukuk dilinde “mesuliyet” (sorumluluk) için damân kavramının kullanılması hakkında ayrıca bkz. İbrahim Kâfi Dönmez, *Fıkıh ve Fıkıh Tarihi İncelemeleri*, Ankara: İSAM Yayınları, 2018, s. 89; Doktrinde daman’ın sorumluluk anlamına geldiği görüşü için ayrıca bkz. Fahrettin Atar, *İslâm İcra ve İflâs Hukuku*, İstanbul: MÜ İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1990, s. 67; Bilal Aybakan, *İslam Hukukunda Borçların İfası*, İstanbul: Marmara Üniversitesi İFAV Yayınları, 1998, s. 23; Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 2, 216.

¹⁹³ Hilmi Ergüney, *Türk Hukukunda Lügat ve İstılahlar*, İstanbul: Yenilik Basımevi, 1973, s. 304.

başlıklarda geçerken, Türk hukukunda birçok sorumluluk hukuku müessesesinde sorumluluk kavramını karşılamak üzere mesuliyet kavramının tercih edildiği görülmektedir. Örneğin çalışma konumuz olan adam çalıştırmanın sorumluluğu, 818 sayılı eBK'da "istihdam edenlerin mesuliyeti"¹⁹⁴ başlığı ile düzenlenmiş ve doktrinde bu başlığı taşıyan birçok çalışma yapılmıştır.¹⁹⁵

İslâm hukukunun tatbik edildiği ülkelerden Ürdün'de, 43 sayılı ve 1976 tarihli Medenî Kanunda "*el-fi'lü'd-dâr*" başlığını taşıyan üçüncü faslın üçüncü kısmında, "*el-mes'ûliyye an fi'li'l-gayr*" başlığıyla konunun düzenlendiği görülmektedir. İslâm hukukunun tatbik edildiği bir diğer ülke olan Suudi Arabistan'da, 67 sayılı ve 1980 tarihli Medenî Kanunda "*el-fi'lü'd-dâr*" başlığını taşıyan 6.2.1.1.3. numaralı kısmın 6.2.1.1.3.1.1.2. numaralı alt başlığı, "*el-mes'ûliyye an amel'il-gayr*" şeklindedir.

2.2. Türk Hukukunda

Türk hukukunda sorumluluk iki anlamda kullanılır. Bunlardan ilkinde göre sorumluluk, borcun bir yaptırımı olup "edimini ifa etmeyen borçlunun malvarlığının devlet organları aracılığıyla alacaklının elkoymasına tabi tutulması"dır.¹⁹⁶ Bu anlamdaki sorumluluk, borçla birlikte daima aranır ve borcun bir sonraki aşamadaki yaptırımıdır. Sorumluluğun diğer anlamı, belirli bir zararın tazminiyle yükümlü tutulma¹⁹⁷ olarak karşımıza çıkmaktadır ki, adam çalıştırmanın sorumluluğu konusu ele alınırken damân kavramının karşılığı olarak değerlendirilecek olan anlam budur. Bu anlamdaki sorumluluğu konu edinen çeşitli sorumluluk hâllerini düzenleyen disiplin daha sonraları "sorumluluk hukuku"nu oluşturmuştur.¹⁹⁸

Sonuç itibarıyla İslâm hukukunda sorumluluk anlamını ifade etmek üzere zimmet, uhde gibi farklı kavramların bulunduğu ancak tazmin sorumluluğunu (hukukî sorumluluk) ifade etmek için en uygun kavramın damân olduğu anlaşılmaktadır.¹⁹⁹ İslâm

¹⁹⁴ Bu düzenleme hakkında detaylı bilgi için bkz. II. Bölüm, 2.1.

¹⁹⁵ Örnek olarak bkz. Şakir Berki, "İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 11, sy 3 (1956): 59-77; Kemal Reisoğlu, *İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti*, Ankara: Ankara Yeni Cezaevi Matbaası, 1958; Sema Çıttan, "İstihdam Edenin Mes'uliyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, sy 3 (1966): 507-511.

¹⁹⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 86.

¹⁹⁷ Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 1; İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 7; Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Yayınları, 2020, s. 30; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 47.

¹⁹⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 549.

¹⁹⁹ Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-Damân*, s. 15-16.

sorumluluk hukukuna dair yazılan modern dönem eserlerinin de bunu tercih ettikleri görülür. Ancak burada damân, dar anlamıyla kullanılmaktadır. Bu itibarla Türk hukukundaki “belirli bir zararın tazmin edilmesi” anlamındaki sorumluluk ile İslâm hukukundaki dar anlamda damân, çalışmamız boyunca sorumluluktan anlaşılması gereken anlamı verecektir.

3. Sorumluluk Türleri

Sorumluluk hukukunun tarihsel gelişimine ve sorumluluğun kavramsal çerçevesine kısaca değinildikten sonra, farklı açılardan sorumluluğun türlerinden bahsedilmesi yararlı olacaktır. Bu yüzden bu başlık altında sorumluluk türleri; sorumluluğun konusu, sorumluluğun kaynağı, sorumlu olan şahıs, sorumluluğun niteliği ve sorumluluğun kusura dayanıp dayanmaması açılarından ayrı ayrı incelenecektir. Bu inceleme sonucunda çalışmamızın konusu olan adam çalıştıranın sorumluluğunun bu ayrımlarda nerelere tekabül ettiği gösterilecektir.

3.1. Sorumluluğun Konusu Açısından (...ile Sorumluluk)

Burada “...ile sorumluluk” ile kastedilen, sorumluluğun konusudur. Sorumluluğun konusu da şahıs ile sorumluluk ve malvarlığı ile sorumluluk²⁰⁰ olmak üzere iki türdür.²⁰¹ Buradaki “...ile sorumluluk” borçlunun malvarlığına cebri icra yoluyla el konulması anlamındaki sorumlulukla ilgilidir.²⁰²

3.1.1. Şahıs ile Sorumluluk

Şahıs ile sorumluluk, alacaklının borçlunun şahsına el koymasını ifade eder.²⁰³ Tarihsel süreçte şahıs ile sorumlulukta alacaklı borçluyu hapsedebilmekte, köleleştirebilmekte ve

²⁰⁰ Malvarlığıyla sorumluluk-şahıs varlığıyla sorumluluk ayrımı İslâm borçlar hukukunda yer alan kefâlet akdini çağrıştırmaktadır. Kefâlet akdi, mala kefâlet ve şahsa kefâlet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mala kefâlet malvarlığı ile sorumluluğu kapsayabilirse de bir kimsenin şahsını belirli bir yerde hazır bulundurma anlamındaki şahsa kefâletin şahıs varlığıyla sorumlulukla bağdaşmadığı ifade edilebilir. Kahraman, *İslâm Borçlar Hukukunda Kefâlet Sözleşmesi*, s. 144 vd.

²⁰¹ Tunçomağ, *Borçlar Hukukun Genel Esasları*, s. 12-13.

²⁰² Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 21; Kocayusufpaşaoğlu ve diğer., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, I, 26-27; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 91.

²⁰³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 88.

hatta öldürebilmekteydi.²⁰⁴ Eski toplumlarda yaygın biçimde görülen şahıs ile sorumluluk uygulaması zaman içerisinde yerini malvarlığıyla sorumluluğa bırakmıştır.

3.1.2. Malvarlığı ile Sorumluluk

Hem İslâm hukukunda hem Türk hukukunda kural olarak²⁰⁵ malvarlığı ile sorumluluk benimsenmiştir. Buna göre borçlu, edimini ifa etmezse şahsıyla kural olarak sorumlu tutulamaz; alacaklı borçlunun yalnızca malvarlığına müracaat edebilir. Borcun ödenmemesi hâlinde alacaklı devlet organları yardımıyla borçlunun malvarlığından borcunun tahsili için harekete geçebilir.²⁰⁶

“...ile sorumluluk” da kendi içerisinde borçlunun bütün malvarlığıyla mı yoksa malvarlığının bir kısmıyla mı sorumlu tutulacağına göre sınırsız sorumluluk-sınırlı sorumluluk olarak ikiye ayrılır.²⁰⁷ Kural olarak (aksi akitle veya kanunla kararlaştırılmadıkça) borçlu bütün malvarlığıyla sorumludur, yani malvarlığı ile sınırsız sorumluluk esastır.²⁰⁸

Tüm bu açıklamalara dayalı olarak adam çalıştırmanın sorumluluğu, sorumluluğun konusu açısından malvarlığı ile sorumluluğa girer. Adam çalıştırın, çalışanın hukuka aykırı fiiliyle üçüncü kişilere verdiği zarardan malvarlığı ile sorumludur.

²⁰⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 88.

²⁰⁵ Kural olarak ifadesini kullanmamızın nedeni, bugün dahi bazı istisnai hâllerde -örneğin borçlunun borcunu ödememesi üzerine hapsen tazyikinde- aynı sorumluluğun uygulanmamasındandır. Türk hukuku bakımından kamu alacağının tahsili için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Hakkında Kanunu’nun (AATUHK) 60. maddesinde ve özel borç ilişkilerinden doğan alacakların tahsili için 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun (İİK) 76. maddesinde tazyik hapsine yer verilmiştir. Bu açıklamalara dayalı olarak bugün için şahıs ile sorumluluğun bulunmadığı yönündeki ifadeye katılmamaktayız. Bu yönde ayrıca bkz. Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 36; İslâm hukukunda da borçlunun borcu için hapsedilmesi (hapsen tazyik) uygulaması belirli koşullar altında kabul edilmektedir. Atar, *İslâm İcra ve İflas Hukuku*, s. 234; Hapisle tazyik için İslâm hukukunda borçlunun malî durumunun müsait olması gözetilmiştir. Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 2, 187.

²⁰⁶ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 1, 119; Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 2, 187.

²⁰⁷ Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 13-14.

²⁰⁸ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 21-22; Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 185.

3.2. Sorumluluğun Kaynağı Açısından (...den Sorumluluk)

3.2.1. Genel Olarak

Burada “...den sorumluluk” ile kastedilen, sorumluluğun kaynağıdır.²⁰⁹ Bu tür sorumluluk, tazmin yükümlülüğü anlamındaki sorumlulukla ilgilidir.²¹⁰ Sorumluluğun kaynağı temel olarak akde dayanan sorumluluk ve akde dayanmayan sorumluluk şeklinde iki grupta incelenebilir.²¹¹ Akde dayanmayan sorumluluk geniş anlamda haksız fiilleri (İngilizcede *tort*) ifade etmekte olup hem kusur sorumluluğunu hem kusursuz sorumluluğu içerir.²¹²

Adam çalıştırmanın sorumluluğunda çalışanın hukuka aykırı fiiliyle üçüncü bir kişiye zarar vermesi söz konusu olduğu için zarar gören üçüncü kişi ile adam çalıştırıcı arasında herhangi bir akdî ilişki yoktur. Bu nedenle adam çalıştırıcının sorumluluğu, sorumluluğun kaynağı açısından akde dayanmayan sorumluluk kapsamındadır. Akde dayanmayan sorumluluk içerisinde ise haksız fiillerde yer alır.

Hukukî sorumluluğun İslâm hukuku ve Türk hukuku bakımından kaynağına göre incelenmesinden önce, İslâm hukukunda sorumluluğun kaynaklarına karşılık olarak kullanılan kavramlara ve doktrinde yapılan farklı tasniflere kısaca değinilmesi yerinde olur.²¹³ İslâm hukukunun modern doktrininde hukukî sorumluluğun kaynaklarını ifade

²⁰⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 550; Çelik, *Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu*, s. 1.

²¹⁰ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 21; Kocayusufpaşaoğlu ve diğer., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, I, 26.

²¹¹ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 441; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 26; Mustafa Tiftik, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Tazminatın Kapsamı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1994, s. 33; Sami Narter, *Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 5; Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 32.

²¹² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 549; TBK sistematigi de bu görüşle aynı yönde olmasına karşın haksız fiil kavramının kusur sorumluluğuna hasredilmesi gerektiğine dair aksi yönde görüşler de bulunmaktadır: “Kusursuz sorumluluk halleri haksız fiil sorumluluğunun bir çeşidi midir? Bu sorunun dokunduğu mes’ele, daha çok bir terim mes’elesidir. Fakat doğrusu, haksız fiil terimini sadece kusurlu sorumluluk haline hasretmektir. Çünkü kusursuz sorumluluk doğuran fiillerden bazıları hukuka aykırı olmayıp, tam aksine hukuka uygundur. Sonra kusursuz sorumluluğun hatta bir insan fiili olmaksızın da ortaya çıkması mümkündür. Fakat buna rağmen kitabımızın sistematigine uygun düştüğü için, biz de BK. muzun yolundan giderek, kusursuz sorumluluğu haksız fiiller kısmında incelemeyi uygun bulduk.” Bkz. Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 187.

²¹³ Fikir vermesi açısından Roma’da borcun kaynaklarının gelişmiş hâlinde dörde ayrılarak; akit, akit benzeri, haksız fiil ve haksız fiil benzeri olarak incelendiğini belirtebiliriz. Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 40.

etmek üzere *damânu'l-akd*, *damânu'l-yed*,²¹⁴ *damânu'l-itlâf*²¹⁵ ve *damânul'ilzâm* şeklinde veya ilzâm yerine *haylûle* şeklinde²¹⁶ dörtlü tasniflere;²¹⁷ *damânu'l-akd*, *damânu'l-yed* ve *damânu'l-itlâf* şeklinde üçlü tasniflere²¹⁸ veya *damânu'l-fi'l* ve *damânu'l-akd* şeklinde ikili tasniflere²¹⁹ yer verildiği görülmektedir.

Dörtlü tasnifte yer alan *damânu'l-yed*'in esasen müstakil bir başlık hâlinde ele alınmasının doğru olmayacağı, çünkü kişinin *yed*'inin durumunun orta bir kategori olarak diğer kategorilerdeki sorumluluklara ilişkin ek bir değerlendirme özelliği gösteren özel bir durum olduğu ifade edilebilir.²²⁰ Bir başka deyişle *damânu'l-yed*, müstakil bir kategori olmayıp gerek *damânu'l-akd* gerekse *damânu'l-itlâf* hâllerinde tazminat yükümlülüğünün tespitinde başvurulacak bir değerlendirme kriteridir. Başkasının malını elinde bulundurma fiili, tazminata konu olduğunda mal sahibinin veya hukukun izniyle elde bulundurulursa emânet eli (*yed-i emânet*), bir malı mâlik olma ve yararlanma amacıyla izinsiz olarak elde bulundurulursa tazminat eli (*yed-i damân*)²²¹ olarak isimlendirilir.²²² Meydana gelen zarardan sorumluluk için *yed-i emânet*te kusur aranırken, *yed-i damân*da kusur bulunmasa bile sorumluluk doğar.²²³

Buraya kadar yapılan açıklamalara dayalı olarak İslâm hukuku bakımından kaynağına göre sorumluluk türlerinin; *damânu'l-akd*, *damânu'l-itlâf* ve *damânu'l-ilzâm* olmak üzere üç kategoride ele alınması daha isabetli görünmektedir. Örneğin icâre-i âdemî/iş akdi yapılması hâlinde ecîrlerin sorumluluklarının belirlenmesinde *yed-i emîn* mi yoksa *yed-i damân* mı oldukları dikkate alınır. Dolayısıyla burada ecîrin sorumluluğu

²¹⁴ Çalışmamızda sıklıkla geçen *yed* kelimesi ile kastedilen tasarruf sahası, hâkimiyet alanıdır. *Yed*, modern hukuktaki “zilyet” kelimesi ile anlam ve fonksiyon itibarıyla örtüşür. *Yed* için “bir şeyi elde bulundurma” tanımı yapılabilir.

²¹⁵ İtlâf: “Telef etmek, yok etmek, öldürmek demektir. Şer’î ıstılahda, bir kimsenin diğerinin malını herhangi suretle imhâ etmesidir ki ‘zarar izâle olunur’ kaidesi gereğince zemânı müstelzimdir.” Hilmi Ergüney, *Türk Hukukunda Lügat ve İstılahlar*, İstanbul: Yenilik Basımevi, 1973, s. 242.

²¹⁶ es-Sâfî, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslami*, s. 49.

²¹⁷ Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, s. 27.

²¹⁸ es-Sâfî, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslami*, s. 50.

²¹⁹ es-Sâfî, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslami*, s. 31.

²²⁰ Bu durum bilahare vereceğimiz örnek olay üzerinden de görülebilecektir. Bu bağlamda, “Bu sorumluluk akitten doğduğu için akdî mesuliyet kapsamında değerlendirilmektedir.” şeklindeki bir ifadeye katılmamız mümkün gözükmemektedir. İfade için bkz. Kızılay, “Haksız Fiil Sorumluluğu”, s. 41.

²²¹ *Yed-i damân*'ın akit dışı sorumluluğu ifade etmek üzere kullanımı da vardır: “Kişinin eli altında bulunan maldan sorumluluğunu ifade etmek için kullanılan bu terim, kişinin bir malı o malın sorumluluğunu da gerektirecek şekilde elinde bulundurmasını ifade etmektedir.” Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 40.

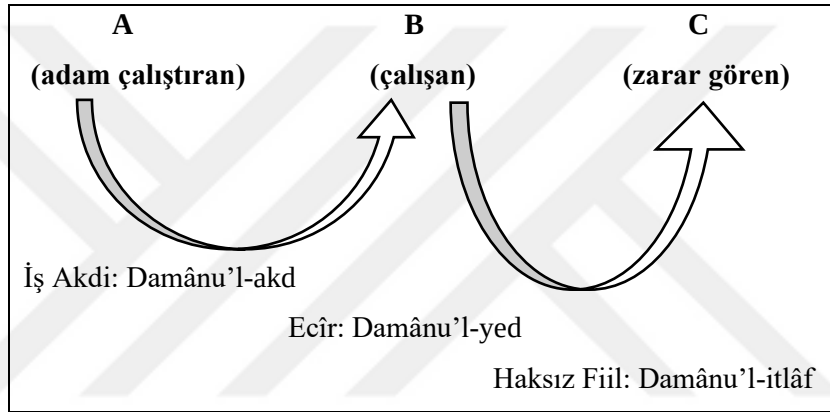
²²² Yelek, “Gasp ve İtlâf”, s. 37-40.

²²³ Özdirek, *İşçilerin Verdiği Zarar*, s. 31.

belirlenirken hem damânu'l-akd hem damânu'l-yed aynı anda değerlendirilmelidir. Bu örneğin devamında ecîr haksız fiille bir başkasına zarar vermiş olsun, bu hâlde: Akdî temelde kurulan bir adam çalıştırma ilişkisi bulunması bakımından damânu'l-akd, ecîrin emin sıfatını haiz olup olmamasına göre damânu'l-yed ve haksız fiille telef edilmesi nedeniyle de damânu'l-itlâf ile ilgilidir. Dolayısıyla bu kategoriler arasında net bir ayrım yerine iç içe geçmişlikten (*tedâhül*) söz etmek yanlış olmayacaktır.²²⁴

Şekil 1

Damân Türleri Arasındaki Tedâhülün Adam Çalıştırmanın Sorumluluğundaki Kavramlar ile Gösterimi



Buradaki damân tasnifi dikkate alınarak İslâm hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğuna dair bir değerlendirme yapılabilir. Adam çalıştırma ilişkisi klasik İslâm hukuku eserlerinde çoğunlukla icâre akdi çerçevesinde ele alınır. Ancak adam çalıştırmanın sorumluluğunun kaynağı akit değil haksız fiildir. Damânu'l-itlâfa ek olarak damânu'l-yed de adam çalıştırmanın sorumluluğunun belirlenmesinde dikkate alınır. Öyle ki damânu'l-yed, adam çalıştırmanın sorumluluğundaki fonksiyonel bağın tespitinde göz önünde bulundurulur ve oradaki özel hâliyle “ecîrin teaddîsi” olarak adlandırılır.²²⁵

Türk hukukunda kaynağına göre sorumluluk türleri hakkında ortak bir kanaat mevcut değildir. Farklı tasnifler içerisinde İslâm hukuku ile mukayeseye elverişli olan sorumluluk sebepleri; haksız fiil, kanun ve sözleşme olarak sayılabilir.²²⁶ Sorumluluğun

²²⁴ Hafif, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 11.

²²⁵ Bkz. II. Bölüm, 3.2.2.4.

²²⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 552-553; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, ve Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020, s. 60; Borcun

kaynağı kanun olduğunda ne kusura ne akde bakılır. Adam çalıştırmanın sorumluluğunun yer aldığı kusura dayanmayan sorumluluk hâllerinin kaynağı da kanundur.²²⁷ Bu tasnif dikkate alınarak her iki hukuk düzeninin kaynağına göre hukukî sorumluluk türleri; akit, haksız fiil ve kanun olmak üzere üç başlık altında incelenecektir.

3.2.2. Damânu'l-akd (Akitten Doğan Hukukî Sorumluluk)

3.2.2.1. Genel Olarak

Akdin taraflarının akitten doğan borçlarını ihlâl etmeleri hâlinde akitten doğan sorumlulukları gündeme gelir.²²⁸ İslâm hukukunda ve Türk hukukunda akdî sorumluluğun doğması için aranan unsurlar; zarar, borca aykırılık, uygun illiyet bağı ve kusur olmak üzere dördtür.²²⁹ Bu başlıkta öncelikle İslâm hukukunda ve Türk hukukunda akitten doğan hukukî sorumluluk ele alınacak, sonrasında bu sorumluluk özelinde ikisi arasında karşılaştırma yapılacaktır.

3.2.2.2. İslâm Hukukunda

İslâm hukukunun klasik doktrininde akit kavramının kapsamı net değildir. Fukahânın çoğunluğu tek taraflı iradeyle tamamlanan tasarrufları da akit kavramı içerisine dahil etmişlerdir.²³⁰ Onlara göre bir tasarruf veya borçlanma olayının gerçekleşmesi hususunda yapılan tek taraflı veya çift taraflı irade beyanı “akid” kavramıyla ifade edilir. Bu nedenle damânu'l-akd veya iltizam kavramı malî taahhüt (*cuâle*), ibrâ, vasiyet gibi tek taraflı kurulan akitlerin yanı sıra karşılıklı rızayla kurulan bey' (satım), icâre (kiralama) gibi çift taraflı akitleri de kapsar.²³¹ Bu durumda akit ile tasarrufun eş anlamlı olarak kullanıldığı

kaynaklarının akit, haksız fiil ve haksız iktisap olarak tasnifi hakkında bkz. Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 19; Borç ilişkisinin esas kaynağı kanun kabul edilerek kanunun borç ilişkisinin kaynağı olarak gördüğü hâlleri; sözleşme (akit), haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme olarak ayrılması suretindeki tasnif için ayrıca bkz. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 33; Kocayusufpaşaoğlu ve diğer., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, I, 70; Borcun kaynaklarının; tek taraflı hukuki işlem, sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve gerçek vekâletsiz iş görme gibi kanunda öngörülen hâller olarak tasnif eden yaklaşım için bkz. Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 92-93.

²²⁷ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 3.

²²⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1035.

²²⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 536, 1052; Borca aykırılık kavramı ifa imkânsızlığı, kötü ifa ve temerrüt hâllerini kapsamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.1051-1052; Kavramlar farklı olsa da varılan neticenin aynı olduğu hakkında bkz. Yelek, “Gasp ve İtlaf”, s. 36; Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Akman, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet*, s. 113-188.

²³⁰ Hayreddin Karaman, “Akid”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1989, s. 252; Mehmet Akif Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İstanbul: İz Yayıncılık, 1996, s. 221.

²³¹ Feyzullah, *Nazariyyetü'd-damân*, s. 25; el-Hafif, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 16; Aktan, “Damân”, VIII, 451; Özdirek, *İşçilerin Verdiği Zarar*, s. 26.

görülür.²³² İslâm hukukunun modern doktrininde ise tek taraflı hukukî işlem ile akit açık bir şekilde ayrı borç kaynakları olarak kabul edilir.²³³ Son olarak Mecelle’de akit, “*Tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki icap ve kabul irtibatından ibarettir.*” şeklinde tanımlanmıştır.²³⁴ Bu tanımdan akit kavramının tek taraflı hukukî işlemi kapsam dışı bıraktığı anlaşılır.²³⁵ Sonuç itibariyle İslâm hukukunda “akid” kavramıyla asıl olarak anlaşılan iki taraflı işlemler olup bu anlam akdin ıstılah manası olarak meşhur olmuştur.²³⁶

Sorumluluk doğurması bakımından akitler damân akitleri, emanet akitleri ve karma akitler olarak tasnif edilmektedir.²³⁷ Damân akitleri; bey’ (satış), kısmet, mal karşılığı yapılan sulh, karz ve ikâle gibi akitler olup bir sözleşmeye dayalı olarak malı kabzedenden kişinin sorumluluğunu ifade eder.²³⁸ Emanet akitleri, muhafaza veya yardımlaşma gibi bir ilişkiye dayalı olarak malın bırakıldığı yerde emanet hükümlerine tâbi olmasıdır.²³⁹ Emanet akitlerinde malı elinde bulunduran kişi emîn sıfatını haiz bulunduğundan, kusurun bulunmaması kaydıyla meydana gelen zararlardan sorumlu olmaz.²⁴⁰ Müşterek akitlerde hem damân hem emanet hükümleri caridir.²⁴¹ Örnek olarak kira akdinde malın fiziksel varlığı emanet, malın menfaati damân hükümlerine tâbidir.²⁴²

3.2.2.3. Türk Hukukunda

Türk hukukunda akit, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan bir hukukî işlemdir.²⁴³ Bir akitte her iki tarafın borcu olabileceği gibi, yalnızca tek tarafın

²³² Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*, Konya: Tekin Kitabevi, 2014, s. 2.

²³³ Emine Gümüş Böke, *İslâm Hukukunda Tek Taraflı Hukukî İşlemler*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013, s. 101.

²³⁴ Mecelle, m. 103.

²³⁵ Karaman, “Akid”, II, 251.

²³⁶ Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*, s. 2.

²³⁷ Yelek, “Gasp ve İtlaf”, s. 32; Özdirek, *İşçilerin Verdiği Zarar*, s. 26.

²³⁸ Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Medhal ilâ Nazariyyetü'l-İltizâmü'l-Âmme*, Dımaşk: Dar’ül-Kalem, 1999, s. 641-642; Aktan, “Damân”, VIII, 451; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 45; Yelek, “Gasp ve İtlaf”, s. 33.

²³⁹ Yelek, “Gasp ve İtlaf”, s. 33.

²⁴⁰ Yelek, “Gasp ve İtlaf”, s. 33.

²⁴¹ Yelek, “Gasp ve İtlaf”, s. 34.

²⁴² Yelek, “Gasp ve İtlaf”, s. 34.

²⁴³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 211; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 1, 271; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 168; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 35.

borcu da olabilir.²⁴⁴ Ancak her hâlıkârda bir akdin meydana getirdiği çeşitli yükümlölükler bulunduğundan, akit aynı zamanda bir sorumluluk kaynağıdır.

Roma hukukunda akit (*contractus*), “iki veya daha fazla tarafın aynı maksatla, birbirleri ile mütabık olarak, *ius civile* ’nin tesbit ettiği kalıplar içinde yaptıkları ve taraflar arasında, hukuk nizamının tasvip ettiği bir borç münasebetini (*obligatio*) doğurmağa müteveccih irade beyanları” olarak tanımlanır.²⁴⁵ Roma hukukunda *contractus* ile *ius civile* tarafından borçlandırdığı kabul edilen ve *actio* ile yaptırıma bağlı tutulan akitler anlaşılmaktaydı.²⁴⁶ Bu durum akitlerle ilgili genel hükümler sevk eden Türk hukukundaki yaklaşımdan farklılık arz eder.

3.2.2.4. Değerlendirme

İslâm hukukunun klasik doktrinindeki akit kavramı Türk hukukundan daha kapsamlıdır. Türk hukukunda akdin karşılıklı rızaya dayalı hukukî işlem olarak tanımlanmasına karşın, İslâm hukukunun klasik doktrinindeki çoğunluk görüş uyarınca akit hem Türk hukukundaki akit anlamını hem de tek taraflı iradeyle yapılan tasarrufları kapsar. Ancak İslâm hukukunun modern dönemindeki ve Mecelle’deki yaklaşımların Türk hukukuyla örtüştüğu ifade edilebilir.

İslâm hukuku eserlerinde damânu’l-akd kapsamında yalnızca akde konu olan malın başına gelebilecek zararlardan sorumluluk kastedilir.²⁴⁷ Bunun haricinde ifanın gereği gibi yapılmaması gibi hususlar “mûcebu’l-akd” veya “mukteza’l-akd” kısımlarında ele alınır.²⁴⁸ Damânu’l-akd, Türk hukukundaki akit sorumluluğu kavramından daha dar bir içeriğe sahiptir çünkü İslâm hukukunda “mûcebu’l-akd” olarak isimlendirilen hâller de Türk hukukunda söz konusu kavramın kapsamı dahilindedir.²⁴⁹

²⁴⁴ “Sözleşmenin türüne göre her iki taraf da her zaman borç altına giriyorsa, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme, buna karşılık asıl borç bir tarafa ait olup da belirli hâllerde diğer taraf da borç altına giriyorsa, buna da eksik iki taraflı sözleşme denir.” Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 38.

²⁴⁵ Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügati*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1975, s. 48.

²⁴⁶ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 125; Pervin Somer, *Roma Hukukunda İstisna Akdi Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı*, İstanbul: Derin Yayınları, 2008, s. 35.

²⁴⁷ Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 44-45.

²⁴⁸ Yelek, “Gasp ve İtlaf”, s. 32.

²⁴⁹ Yelek, “Gasp ve İtlaf”, s. 31-32; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 44-45.

3.2.3. Damânu'l-itlâf (Haksız Fiilden Doğan Hukukî Sorumluluk)

3.2.3.1. Genel Olarak

Kişilerin mal edinmesi ve bu mallar üzerinde tasarrufta bulunabilmeleri mülkiyetin masuniyeti (dokunulmazlığı) hakkının hukuk düzenince tanınmasıyla mümkün olur. Bu dokunulmazlık ihlâl edilip kişilerin malvarlığına haksız biçimde zarar verilirse haksız fiil sorumluluğu doğar. Haksız fiil bu yönüyle sorumluluğun bir kaynağıdır.

Haksız fiillerde fail ile zarar gören arasında daha önceden kurulmuş herhangi bir hukukî ilişki bulunmamakta, haksız fiil sonrasında söz konusu borç ilişkisi bir sorumluluk şeklinde ortaya çıkmaktadır.²⁵⁰ Diğer bir anlatımla, hukukî ilişkilerde önce bir borcun doğması ve sonrasında borca aykırılık nedeniyle sorumluluğun gündeme gelmesi şeklinde iki kademeli bir durum söz konusuyken, haksız fiillerde doğrudan sorumluluğun doğduğu tek kademeli bir ilişki bulunmaktadır.²⁵¹ Örneğin, otomobilini hukuka aykırı bir şekilde (söz gelimi yasal hız limitinin üzerindeyken) süren şoförün bir kimseye çarpması hâlinde, haksız fiil kaynaklı olarak hukukî sorumluluğu doğar.²⁵² Bu örnekte taraflar, yaralama olayı gerçekleşmeden önce birbirlerini tanımamakta, yaralama olayıyla birlikte aralarında kendiliğinden bir borç ilişkisi doğmaktadır.²⁵³

3.2.3.2. İslâm Hukukunda

Damânu'l-itlâf, kişinin kendi hâkimiyet alanında bulunup bulunmamasına bakılmaksızın bir mala verdiği zararlardan sorumlu tutulmasıdır.²⁵⁴ Başka bir ifadeyle haksız bir fiilden doğan tazminat sorumluluğuna damânu'l-itlâf denilmektedir.²⁵⁵ Buradaki “damânu'l-itlâf” tamlamasındaki itlâf kavramı geniş anlamda haksız fiil olarak kullanılır. İslâm

²⁵⁰ Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 162.

²⁵¹ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 474.

²⁵² Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Reşad Kaynar, *Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, İstanbul: Nazir Akbaşı Matbaası, 1957, s. 95.

²⁵³ Velidedeoğlu ve Kaynar, *Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, s. 95.

²⁵⁴ el-Hafîf, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 19; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 49.

²⁵⁵ el-Hafîf, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 38; Feyzullah, *Nazariyyetü'd-damân*, s. 71; Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-Damân*, s. 65; Aktan, “Damân”, VIII, 451; Özdirek, *İşçilerin Verdiği Zarar*, s. 29.

hukuk literatüründe haksız fiili ifade etmek üzere damânu'l-yed,²⁵⁶ damânu'l-udvân,²⁵⁷ vad-u yed,²⁵⁸ damânü'l-gasp²⁵⁹ gibi kavramlar da kullanılmıştır.

İslâm hukukunda haksız fiil sorumluluğu gasp ve itlâf konuları özelinde ele alınmıştır. Haksız fiil teorisinin oluşturulmasında her iki kavram oldukça önemlidir. Burada her iki hukuk düşüncesi bakımından ortak bir haksız fiil sorumluluğu teorisi oluşturulacağından, öncelikle gasp ve itlâfa ilişkin genel ve farklı bazı hususlara değinilmesi isabetli olacaktır.

3.2.3.2.1. İtlâf

Sözlükte t-l-f kökünden türeyen itlâf, bir şeyi telef etmek, yok etmek veya helak etmek anlamlarına gelir.²⁶⁰ İslâm hukukunun klasik doktrininde Hanefî mezhebinde itlâf kavramının hem mala yönelik haksız fiilleri hem şahsa yönelik haksız fiilleri kapsayan genişlikte bir kavram olduğu;²⁶¹ mala yönelik olanların gasp, cinâyât ve itlâf bahislerinde, şahsa yönelik olanların ise cinâyât²⁶² bahislerinde ele alındığı görülür.²⁶³ İslâm hukukunun modern doktrininde itlâf, başkasına ait bir malın, kısmen veya tamamen yok edilmesi veya âdeten kendisinden beklenen faydanın eksilmesi ya da bu faydanın kaybolmasına neden olan haksız fiillerdir.²⁶⁴

İtlâfta üç nokta ön plana çıkar: Bir kimsenin malına tazmin yükümlülüğü doğuracak şekilde zarar vermek, bu zararın hukuka aykırı olarak meydana gelmesi ve zararın failin doğrudan (mübâşeret) veya dolaylı (tesebbüb) fiili sonucu ortaya çıkması.²⁶⁵ Bunlardan ilki burada ele alınmakta olup sonraki ikisi ise çalışmamızın ilerleyen

²⁵⁶ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, IV, 210.

²⁵⁷ Sirâc, *Damânu'l-udvân*, s. 64; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, VI, 158.

²⁵⁸ İbn 'Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr 'alâ'd-Durri'l-Muhtâr*, Beyrût: y.y., 1992, VI, 609.

²⁵⁹ Ebu'l-Me'âlî Maḥmûd b. Aḥmed b. Abdulaziz b. 'Omar b. Mâze el-Ḥanefî İbn Mâze, *el-Muḥîtu'l-Burhânî fi'l-Fıkhî'n-Nu'mânî*, Beyrût: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 2004, V, 463.

²⁶⁰ Ebu'l-Fazl Cemâleddin Muhammed İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, Beyrut: Dâru Sâdır, ty, IX, 18.

²⁶¹ Mehmet Akif Aydın, "İtlâf", İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2001, XXIII, 466.

²⁶² Cinâyet kelimesinin geniş anlamda (genel) ve dar anlamda (özel) kullanımı ile ilgili olarak ayrıca bkz. Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, s. 170.

²⁶³ Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, s. 168-169.

²⁶⁴ Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, s. 167.

²⁶⁵ Mehmet Akif Aydın, "Eski Hukukumuzda Bir Haksız Fiil Türü Olarak İtlâf", *MÜ Hukuk Araştırmaları Dergisi* V (1990), 68.

bölümlerinde detaylı bir biçimde ele alınacağı için şimdilik yalnızca bu kısma atıfla yetinilmektedir.²⁶⁶

İtlâf fiilinde tazminin gerekli olması bazı şartların varlığına bağlıdır. Bunlar; itlâf edilen şeyin mülkiyette bulunması, itlâf edilen şeyin mütekavvim olması ve itlâf edenin tazmine ehil olmasıdır.²⁶⁷ İtlâf edenin tazmine ehil olması, tazmin sorumluluğunun telef edene yüklenebilir olması demektir. Eğer ilgili tarafa tazmin sorumluluğu yüklenemezse o zaman bir başkasının sorumluluğu gündeme gelir.²⁶⁸ Örneğin hayvanlar tazmin ehlinden olmadıkları için bunların fiilleri sonucu meydana gelen zararlardan hayvan sahibinin veya bakıcısının sorumluluğuna gidilir.

3.2.3.2.2. Gasp

Sözlükte gasp, bir şeyi haksız yere zulmen almaktır.²⁶⁹ Istılahta gasp, koşullarına ilişkin ihtilaflardan arındırılmış olarak, bir kimsenin mütekavvim ve değerli bir malını, izni olmaksızın açıktan ve zorla almaktır.²⁷⁰ İslâm hukukunda haksız fiil teorisinde yer alan gaspı haksız fiilin unsurlarından ayırt eden gasp fiili, mağsûb mal ve açıkça ve zorla almak şeklinde üç unsur bulunmaktadır.²⁷¹

İslâm hukukçuları “gasp fiili” ifadesiyle üç farklı hâli anlarlar: malikin zilyetliğini gidermek (*izâle-i yed-i muhukka*), gâsıbın zilyetliğini tesis etmek (*isbât-ı yed-i muhtıla*) ve her ikisinin bir arada bulunması.²⁷² Gasp fiilinin içeriğini tayine yönelik İslâm hukukunun klasik doktrininde farklı görüşler mevcuttur.²⁷³ Gasp fiilinden söz edebilmek için el koymanın hukuka aykırı surette gerçekleşmesi gerekir; hukuka uygunluk

²⁶⁶ Zararın hukuka aykırı olarak meydana gelmesi hukuka aykırılık şartı olarak ele alınmaktadır. Bkz. II. Bölüm, 3.1.4.1 ve 3.1.4.2. Zararın failin doğrudan veya dolaylı fiili sonucu meydana gelmesi de illiyet bağı şartı olarak ele alınmaktadır. Bkz. II. Bölüm, 3.1.3.

²⁶⁷ Her bir şart hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, s. 170-172; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 452.

²⁶⁸ “Meydana gelen zararlarda mübâşir hukuken sorumlu tutulabilecek bir kişi değilse veya zarar başkasının dolaylı fiilinden kaynaklanıyorsa, bu durumda tessebbüb halleri gündeme gelir.” Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, s. 175.

²⁶⁹ İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, I, 648.

²⁷⁰ Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Ensar Yayınları, 2019, s. 154; Tanımlar hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Aydın, *Araştırmalar*, s. 238-239.

²⁷¹ Mustafa Eroğlu, *İslam Hukukunda Gasb ve Tazmini*, Konya: Tekin Kitabevi, 2005, s. 91.

²⁷² Aydın, *Araştırmalar*, s. 239; Hafif, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 91; Eroğlu, *Gasb ve Tazmini*, s. 77; ayrıca bkz. Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 2, 217.

²⁷³ Bu görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Aydın, *Araştırmalar*, s. 239-240; Eroğlu, *Gasb ve Tazmini*, s. 78, 81, 83; Meydani, *el-Lübâb*, s. 386; Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, s. 143, 146-151; Yunus Araz, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*, Bursa: Emin Yayınları, 2016, s. 227-245.

sebeplerinden²⁷⁴ birinin varlığı hâlinde gasp fiilinden söz edilemez. Örneğin zarar görenin rızasıyla malına el konulmuşsa gasp fiili mevcut değildir. Gasp fiilinde suç unsuru varsa cezaî sorumluluk, sadece hukuka aykırılık varsa hukukî sorumluluk gündeme gelir.²⁷⁵

İslâm hukukunun klasik doktrininde Hanefilerde tercihe şayan görüşe göre gaspa konu olan malın (mağsûb) mütekavvim, muhterem (dokunulmaz) ve menkul olması aranır.²⁷⁶ Bu şartlar çerçevesinde gayrimenkullerde gaspın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirlenir.²⁷⁷ İslâm hukukunun modern doktrininde Zerkâ mağsûbu, “insanlar arasında iktisadî bir değeri olan maddî bir varlıktır” şeklinde tanımlar.²⁷⁸ Buna göre maddî iktisadî değeri olmayan kan vb. nesneler ile maddî bir varlığı olmayan menfaatler mal kapsamı dışında kaldıklarından gaspa konu olmazlar.²⁷⁹

“Açıktan ve zorla alma” şartı²⁸⁰ gaspa özgüdür. Bu şart aynı zamanda gaspı hırsızlıktan ayırt eder.²⁸¹ “Açıktan ve zorla alma” şartı, hukuka aykırı olarak alma ve alma fiilinin de açıktan yapılması olmak üzere iki unsurdan oluşur.²⁸²

3.2.3.3. Türk Hukukunda

Türk hukukunda haksız fiil, hukuka aykırı olan yani kanun veya örf ve âdet ile belirlenmiş bir kuralı ihlâl ederek başkasının zarara uğraması sonucunu doğuran fiildir.²⁸³ Haksız fiil sorumluluğu ise herkese karşı uyulması gereken bir hukukî görevin ihlâli yüzünden doğan zararı tazmin yükümlülüğüdür.²⁸⁴ Bir fiil yalnızca umumi hukuk kâidesine aykırı olduğu için haksızlık vasfını kazanmaz; mutlak bir hakkın ihlâli de haksızlığa vücut verir.²⁸⁵

²⁷⁴ Bkz. II. Bölüm, 3.1.4.4.

²⁷⁵ Detaylı bilgi için gaspın hukukî niteliğine ilişkin değerlendirmelerimize bkz. I. Bölüm, 3.4.2.4.3. Ayrıca bkz. Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 145.

²⁷⁶ Aydın, *Araştırmalar*, s. 244-250.

²⁷⁷ İslam hukukunun klasik doktrinindeki görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Hafif, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 90; Eroğlu, *Gasb ve Tazmini*, s. 78.

²⁷⁸ Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Fıkhu'l-İslâmî fî Sevbîhi'l-Cedîd*, Dımaşk: y.y., 1968, III, 118; Aydın, *Araştırmalar*, s. 244.

²⁷⁹ Aydın, *Araştırmalar*, s. 244.

²⁸⁰ Roma hukukunda da benzer bir durum vardır: “... rapina’yı furtum’dan ayıran en önemli özellik, rapina’nın cebir ve şiddet ile işlenmiş olmasıdır.” İpek, *Roma Hukukunda Gasp*, s. 44.

²⁸¹ Eroğlu, *Gasb ve Tazmini*, s. 89; Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 149.

²⁸² Eroğlu, *Gasb ve Tazmini*, s. 89-90.

²⁸³ Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 162; Aytekin Ataay, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981, I, 281.

²⁸⁴ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 475; Tercier, Pichonnaz, ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 635.

²⁸⁵ Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku*, Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 1950, s. 548.

“Haksız fiil” tamlamasındaki “haksızlık” hukuk düzeninin medenî, idarî veya cezaî nitelikteki açık ve emredici hükümlerine aykırılıktır.²⁸⁶

Haksız fiil, geniş anlamda haksız fiil ve dar anlamda haksız fiil olarak ele alınır. Geniş anlamda haksız fiil hem kusura dayanan sorumluluğu hem kusura dayanmayan sorumluluğu kapsar. Dar anlamda haksız fiil ise kusura dayanan sorumluluğa tekabül eder. Haksız fiilin unsurlarına ilişkin detaylı açıklamalar çalışmamızın adam çalıştırmanın sorumluluğunun şartlarını konu edinen “Genel Şartlar”²⁸⁷ kısmında yapılacağından şimdilik oraya atıfla yetinilmektedir.

3.2.3.4. Değerlendirme

İslâm hukukunda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler İslâm hukukunun kazuistik yapısı gereği derli toplu değildir. İtlâf ve gasp bahislerinden elde edilen veriler ışığında haksız fiil sorumluluğuna ilişkin bir teori oluşturulmaktadır. Türk hukukunda ise haksız fiil sorumluluğu genel bir hükümle (TBK m. 49) düzenlenmiştir. Bunun dışında İslâm hukukunda Türk hukukundan farklı olarak haksız fiile konu olan şeye dair bazı ek hususların -malın mütekavvim olması, menfaatin mal kabul edilip edilmemesi sorunu gibi- bulunduğu görülmüştür.

3.2.4. Damânu'l-ilzâm (Kanundan Doğan Hukukî Sorumluluk)

3.2.4.1. İslâm Hukukunda

İslâm hukukunda Şâri`in mükelleflere bir borç yüklemesi veya onlardan malî nitelikte bir ödemeyi yapmayı istemesi hâllerinde damânu'l-ilzâm veya kanundan doğan sorumluluktan bahsedilir.<sup>288</sup> Şâri`in özel hükmüyle mükelleflere yüklediği sorumluluklar; ibadet, borçlar, aile, ceza gibi alanlara ilişkin olabilir. Örneğin ihramlıların avlanması, kefaretlar, nafaka, diyet²⁸⁹ ve erş yükümlülükleri bunlardandır.²⁹⁰ Konumuz özelinde çocuğun fiillerinden velinin sorumluluğu, çalışanın fiillerinden çalıştırmanın sorumluluğu gibi konularda *riâyet* ve *rakâbe* tarzında yükümlülükler kanun tarafından öngörülerek

²⁸⁶ Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, çev. Cevat Edege, Ankara: Olgaç Matbaası, 1983, 1-2, 363; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, s. 547.

²⁸⁷ Bkz. II. Bölüm, 3.1.

²⁸⁸ Özdirek, *İşçilerin Verdiği Zarar*, s. 31.

²⁸⁹ Diyetin hukukî niteliği başta olmak üzere diyet hakkında detaylı bilgi için bkz. I. Bölüm, 3.4.2.4.1.

²⁹⁰ Hafif, *ed-Damân fî'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 12. Burada sayılan örnekler nafaka hariç ibadet meseleleriyle ilgilidir. Her birinin kaynaklarının kanun olması hasebiyle burada örnek kabilinden sayılmıştır.

sorumlu tutulan kişinin peşinen bu yükümlülüklerle aykırı davrandığı varsayılır.²⁹¹ Bu varsayım, “sorumluluk karînesi” olarak isimlendirilir ve bu karînenin sorumluluğun yüklendiği kişi tarafından çürütülmesi beklenir.²⁹²

İslâm hukukunun modern doktrinde iltizam içerisinde niyâbet sebebiyle iltizam da incelenmektedir.²⁹³ Sözlükte başkasının yerine geçmek, onun adına hareket etmek anlamındaki niyâbet, terim olarak hukukî konuda başkası adına iş görmektir.²⁹⁴

Niyâbetin modern hukuktaki karşılığı temsildir.²⁹⁵ Temsil, temsil olunan adına ve hesabına iş yapmayı ifade etmekte olup temsilci; temsil olunan adına ve hesabına iş yapıyorsa doğrudan temsil, kendi adına fakat temsil olunan hesabına iş yapıyorsa dolaylı temsil olarak adlandırılır.²⁹⁶

Niyâbet üç unsurdan oluşur: başkasının adına herhangi bir işi üstlenen kişi olarak “nâib”, asıl yetkili veya yükümlü kişi olarak “menûb-u anı” ve niyâbete konu olan iş olarak “menûb-u fı”.²⁹⁷ Niyâbetin varlığından söz edebilmek için bu unsurlarla ilgili aranan bazı şartlar vardır.²⁹⁸

Niyâbet sebebiyle iltizamın kaynağı, çocuktan velinin sorumlu tutulması şeklinde şer’ın icbâr ifade eden hükmü olabileceği gibi, vekâlet akdinde bir kişinin vekil kılınması şeklinde ihtiyari de olabilir.²⁹⁹ Her ne kadar temsil denildiğinde ilk akla gelen vekâlet akdi olsa dahi vekâlet olmaksızın da temsilden söz edilebilir.³⁰⁰ Klasik İslâm hukuku eserlerinde genişçe yer bulan temsilin akdî şekli olan vekâlet akdinin yanı sıra, velâyet ve vesayet gibi temsilin kanunî şekilleri vardır.³⁰¹

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğduğu tüm hâllerde adam çalıştırıcı, çalışanını kendi yerine geçirdiği için arka planda bir niyâbet ilişkisi tasavvur edilir. Bu

²⁹¹ Hafif, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 47.

²⁹² Sorumluluk karînesi ve bu karînenin nasıl çürütülebileceğiyle ilgili detaylı bilgi çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde verilmiştir. Bkz. II. Bölüm, 3.2.3.

²⁹³ Hafif, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 24.

²⁹⁴ Bilal Aybakan, “Niyâbet”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2007, XXXIII, 161.

²⁹⁵ Temsil hakkında detaylı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu ve diğer., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, I, 620 vd.

²⁹⁶ Aybakan, “Niyâbet”, XXXIII, 161-162; Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu ve diğer., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, I, 630-631.

²⁹⁷ Ahmet Az, “Temel İbadetlerde Niyâbet Meselesi”, Adana, Çukurova Üniversitesi SBE, 2015, s. 17-18.

²⁹⁸ Bu şartlarla ilgili detaylı bilgi için bkz. Az, “Niyâbet”, s. 18-19.

²⁹⁹ Hafif, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 24.

³⁰⁰ Aybakan, “Niyâbet”, XXXIII, 162.

³⁰¹ Murtaza Köse, “İslam Hukukunda Temsil Kavramı ve Vekâlet-Temsil İlişkisi”, *EKEV Akademi Dergisi* 34 (2008), 225.

durumda çalışanın fiili çalıştırmanın fiili gibi kabul edilerek³⁰² riâyet ve rakâbe yükümlülüklerine aykırılık sebebiyle sorumluluk çalıştırana yüklenir.³⁰³ Niyâbet ilişkisinin adam çalıştırma ilişkisinde görünümü ayrıca hâkimiyet fikriyle de ilgilidir.³⁰⁴

3.2.4.2. Türk Hukukunda

Türk hukukunda sorumluluk doğuran borç kaynakları TBK’da sayılanlarla sınırlı değildir; diğer kanunlarda öngörülen hâllerde de sorumluluk kanundan kaynaklı olarak doğabilir.³⁰⁵ Kanundan doğan sorumlulukta borcun sebebi, şartları ve kapsamı kanunda öngörülür.³⁰⁶

Kanundan doğan sorumluluk çoğu zaman taraflar arasında bozulan dengeyi yeniden tesis etmeyi amaçlar.³⁰⁷ Örneğin Türk Medeni Kanunu’nun 364. maddesinde düzenlenen yardım nafakası böyledir.³⁰⁸ İslâm hukukunda da nafaka yükümlülüğünü ifa etmeyen bunu tazminle yükümlü olup bu yükümlülüğün kaynağı kanundur (*şer*).³⁰⁹ Öyleyse nafaka hem Türk hukuku hem İslâm hukuku bakımından kanundan doğan borç kaynağına bir örnektir.³¹⁰

³⁰² İngiliz hukukunda da benzer biçimde baş hâkim Holt’un önüne gelen benzer olaylar üzerinde düşünmesi sonucunda “çalışma yardımcısının fiili iş gördürenin fiilidir” kuralına vardığı yönündeki açıklamalar için ayrıca bkz. Conard, *Anglo-Amerikan Hukukuna Giriş*, s. 97.

³⁰³ Abdul Basir Mohamad, “Vicarious Liability: A Study of the Liability of Employer and Employee in the Islamic Law of Tort”, *Arab Law Quarterly* 15, sy 2 (2000): 202; İslâm hukukunda fukahânın, tâbî’nin eyleminden metbû’nun sorumlu olmasıyla ilgili olarak vardığı neticeyi şöyle özetleyebiliriz: “Her zanaatta ecîrin fiili ustasına muzaf addedilir. Ustanın emriyle iş sınırları (*hudûdu’l-me’zûn*) dahilinde ecîrin itlâf ettiği her şeyi ustası tazmin eder. Çünkü ecîr, ustanın nâibi konumundadır ve ecîrin fiili yoktur. Öyle ki ecîrin fiili ustanın kendi eylemi sayılır. Ecîr ifsadı veya zarar vermeyi istemesi (teaddî) halindeyse; zararı ecîr tazmin eder, ustası tazmin etmez.” Tavâlebe, “el-Mes’ûliyye an fi’li’l-gayr”, s. 139; Çalışanın teaddîsi olmaksızın meydana gelen zarardan adam çalıştırana sorumlu olur. Çalışan, yaptığı işi kendisini çalıştırana adına yaptığından o işi sanki çalıştırana yapmış gibi değerlendirilir. Şener, “Gasp ve İtlâf”, s. 70.

³⁰⁴ Hâkimiyet fikri kusura dayanmayan sorumluluğu açıklayan düşünceler kısmında ayrıca açıklanmıştır. Bkz. I. Bölüm, 3.5.2.3.

³⁰⁵ Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 33; Kocayusufoğlu ve diğer., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, I, 70; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 56.

³⁰⁶ Tercier, Pichonnaz, ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 68.

³⁰⁷ Tercier, Pichonnaz, ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 68.

³⁰⁸ “Madde 364- Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür.”

³⁰⁹ Feyzullah, *Nazariyyetü’l-daman fi’l-fikhi’l-İslâmî’l-am*, s. 21-23; Mustafa Kelebek, *İslâm Borçlar Hukuku ve Ebû Yûsuf’un Öncelikleri*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2014, s. 164; Hafif, *ed-Damân fi’l-fikhi’l-İslâmî*, s. 12.

³¹⁰ Mahmesânî, *en-Nazariyyetü’l-âmme*, II, 551.

3.2.4.3. Değerlendirme

İslâm hukuku ilahi menşeli olduğu için kaynak itibarıyla Şâri`in vaz` ettiği hükümler kanun niteliği taşır. Türk hukukunda ise kanun yapma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisindedir (TBMM). İslâm hukukunda Kur'an ve Sünnet çerçevesinde kalan ve bu çerçeveden süzülen hükümler günümüz için birer kanun hükmü değeri taşıyabilir. Özellikle çalışma konumuz olan adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında genel nitelikli kimi ayet ve hadislerden hareketle, günün koşullarını da dikkate alarak bugün bu tür sorumluluğun düzenlenmesi sonrasında bu düzenlenmenin bir kanun hükmü değerini haiz olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır.

3.3. Sorumlu Olan Şahıs Açısından

3.3.1. Kendi Fiilinden Sorumluluk

Gerek İslâm hukukunda³¹¹ gerek Türk hukukunda³¹² kural, kişinin kendi fiilinden sorumlu tutulmasıdır. Bu kural özellikle ceza hukuku sahasında daha katı bir uygulama alanına sahiptir.³¹³ Borçlar hukuku sahasında ise istisnai düzenlemelere yer verilerek bir kişi, -hakkaniyet, özen yükümlülüğünün ihlâli, hâkimiyet ve yararlanma esası gibi belirli mülahazalara dayalı olarak- başkasının fiilinden sorumlu tutulabilmektedir.³¹⁴

³¹¹ İslâm hukukunda ferdi mesuliyet hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Emîn, *el-Mes'ûliyye an fi'li'l-gayr*, s. 127 vd.; el-Hafif, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 46; Sirâc, *Damânu'l-udvân*, s. 49; Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 121-122; Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 2, 224; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 477, 479-480. Konuyla ilgili Zümer suresi 7. ayet şöyledir: “Hiç kimse başkasının günah yükünü yüklenmez.” (وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ)

³¹² Türk hukukunda şahsî sorumluluk için ayrıca bkz. Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 1, 118; Kemaleddin Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1967, s. 241.

³¹³ Bu durum 1982 Anayasası m. 38/VII'de “Ceza sorumluluğu şahsidir.” hükmüyle, Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 20/I'de “Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.” hükmüyle düzenlenmektedir. Başkasının fiilinden sorumluluğun tamamen hukukî sorumlulukla ilgili olup cezaî hüviyetinin bulunmadığı hakkında ayrıca bkz. Hamdi Halim, “Başkasının Fiilinden Dolayı Mesuliyet”, *Hukuki Bilgiler Mecmuası* I, sy 12 (1927): 775.

³¹⁴ “Başkasının fiilinden sorumluluk istisnai mesuliyet olarak değerlendirilir. Çünkü asıl olan (kural) kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Ancak adaletin gerçekleştirilmesi ve insanların mallarının ve canlarının muhafazası için bu kurumun düzenlenmesi gerekmiştir.” Cühâfi, “el-Mes'ûliyye an fi'li'l-gayr”, s. 134; “Esas bu olmakla beraber, toplumun ekonomik, sosyal, teknik ve medenî yönlerden gelişmesi bilhassa istihdam sahasının oldukça artması ve bir de adâletin gereği olan, başkasının haklarını koruma ve zararın izalesi gibi faktörler, ferdi sorumluluk prensibinden bazı istisnaların olabileceği fikrini oluşturmuştur.” Nitekim bu istisnalar “zarar izale olunur” prensibini gerçekleştirmeye yönelik adımların atılmasını temin etmiştir. Şener, “Gasp ve İtlaf”, s. 67-68; Şener ile aynı doğrultudaki açıklamalar için ayrıca bkz. Canbulat, “Gasp ve İtlaf”, s. 129; Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 208.

3.3.2. Başkasının Fiilinden Sorumluluk

Başkasının fiilinden sorumluluk,³¹⁵ bir kişinin kendisinin herhangi bir hukuka aykırı hareketi olmaksızın başkasının haksız fiilinden sorumlu tutulmasıdır.³¹⁶ Somutlaştırmak gerekirse A kişinin, B'nin C'ye karşı işlediği haksız fiilden -kendisinin herhangi bir dahili hareketi bulunmamasına rağmen- sorumluluğudur.³¹⁷ Burada sorumluluk, zarar veren âmili koruma, kontrol ve gözetim yükümlülükleri dolayısıyla bu yükümlülüğün ait olduğu kişilere yüklenebilir.³¹⁸ İşçinin fiillerinden işverenin sorumluluğu, çocuğun fiilinden velinin sorumluluğu, hayvanın verdiği zarardan hayvanı bulunduranın sorumluluğu gibi pek çok hâl bunun örneklerindendir. Bu ayrım bakımından adam çalıştırmanın sorumluluğu (İngilizcede *vicarious liability of a master*), adam çalıştırmanın çalışanın fiilinden sorumlu tutulması esasına dayandığından, başkasının fiilinden sorumluluk kısmında yer alır.³¹⁹

İslâm hukukunun klasik doktrininde, her ne kadar başkasının fiilinden sorumluluk dönemin koşulları gereği hususî olarak ele alınmamış olsa da fukahânın verdiği örneklerden başkasının fiilinden sorumluluk konusunda belli kriterler doğrudan veya dolaylı bir şekilde çıkarılabilmektedir.³²⁰ Bu bağlamda İslâm hukukunda başkasının fiilinden sorumluluğun ilk örnekleri olarak âkile³²¹ ve kasâme³²² müesseseleri bulunmaktadır.

Âkile, kasıt unsuru bulunmayan bir öldürme veya yaralamada fâil adına diyet ödemeyi üstlenen veya fâile ödeme hususunda yardımcı olan şahıslar topluluğudur.³²³

³¹⁵ Başkasının fiilinden sorumluluk için Anglo-Amerikan hukukunda “vicarious liability” ifadesi kullanılmaktadır. Alfred F. Conard, *Anglo-Amerikan Hukukuna Giriş*, İstanbul: Baha Matbaası, 1959, s. 96; Türk hukuk doktrininde kendi fiilinden sorumluluk-başkasının fiilinden sorumluluk ayrımını ifade etmek üzere doğrudan sorumluluk-dolayısıyla sorumluluk şeklindeki isimlendirme de önerilmiştir. Bkz. Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 459.

³¹⁶ William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, St. Paul: West Publishing Co., 1941, s. 471; Halim, “Başkasının Fiilinden Dolayı Mesuliyet”, s. 777.

³¹⁷ Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, s. 471.

³¹⁸ Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 122.

³¹⁹ Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 68.

³²⁰ Mohamad, “Vicarious Liability”, s. 197-198; Bu nedenle İslam hukukunda başkasının fiilinden sorumluluğun kabul edilmediği yönündeki ifadeye katılmamız mümkün gözükmemektedir. Bu ifade için bkz. Yılmaz, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, s. 3.

³²¹ Bu bağlamda detaylı bir inceleme için bkz. Tavâlebe, “El-mes’ûliyye an fi’li’l-gayr”, s. 116-117.

³²² Hitit Kanunlarında ve Tevrat’ta da benzer uygulamanın varlığı hakkında bkz. Abdurrahman Savaş, “Hitit, Roma, İslam ve Yahudi Hukukları Üzerine Mukayeseli Bir Çalışma”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy 18 (2011): 248-249.

³²³ Aktan, “Âkile”, II, 248-249; Bilmen, *Kâmus*, III, 7.

Âkilenin sorumluluğu, cana ve vücut bütünlüğüne yönelik fiillerdedir; mallara verilen zararlarda ise kabul edilmez.³²⁴ Âkile; kişinin mensup bulunduğu ehli divanı, asabesi, Beytü'l-mâl³²⁵ veya azat edilmiş bir şahsın efendisi olabilir.³²⁶ Âkile, İslâm öncesi Arap toplumunun toplumsal yapısının dayandığı kabilecilik anlayışının bir yansımasıdır³²⁷ ve İslâm döneminde bu hukukî müessese ibka edilmiştir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunda çalışanın ödeme güçlüğü ile âkilenin sorumluluğunda zarar veren kişinin ödeme güçlüğü arasında belli bir benzerlik vardır. Bu benzerliğe rağmen âkile müessesesinin asıl işlevi, bir tür sosyal yardımlaşma ve dayanışma³²⁸ olduğundan, bu yönüyle bir sorumluluk hukuku müessesesi olan adam çalıştırmanın sorumluluğundan ayrılır.

Kasâme, fâili meçhul veya üzerinde katl eseri bulunan kâtilin bulunduğu cinayetlerde, cezaî ve malî sorumluluğu belirlemek amacıyla cinayetin işlendiği bölge insanlarından elli kişinin veya maktulün yakınlarının belirli bir şekilde yemin etmesidir.³²⁹ Kasâme ile gözetilen husus, bir toplulukta bir cinayetin meydana gelmesi hâlinde oranın halkının gerekli özen ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle kusura dayanmayan biçimde sorumlu tutulmasıdır. Kasâme uygulaması İslâm öncesi Araplarda da mevcut olup İslâm hukuku bu uygulamayı ibka etmiştir. Kasâme, saha itibariyle ceza hukukunu ilgilendirse de ödenen diyetin hukukî niteliğinin her iki alanı ilgilendirdiği,³³⁰ hukuk mantığı itibariyle bir tür malî (parasal) ceza ve tazminat işlevinde olduğu³³¹ gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, başkasının fiilinden sorumluluğun bir diğer örneği sayılabilir.

³²⁴ Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 192.

³²⁵ Divan uygulaması hakkında detaylı bilgi için bkz. Nurit Tsafir, *Collective Liability in Islam*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 44-50, 63-84.

³²⁶ Bilmen, *Kâmus*, III, 53.

³²⁷ Benzer ifadeler için bkz. Nurit Tsafir, *Collective Liability in Islam*, s. 1.

³²⁸ Detaylı açıklamalar için bkz. Hasan Hacak, “İslâm Hukukunda Sigorta ve Fıkıh Bilginlerinin Sigortaya Yaklaşımının Genel Bir Değerlendirmesi”, *M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy 30 (Ocak 2006): 21-50; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 192.

³²⁹ Ali Bardakoğlu, “Kasâme”, İstanbul: TDV Diyanet İslâm Ansiklopedisi, 2001, XXIV, 528; Bilmen, *Kâmus*, III, 18.

³³⁰ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 443; Yunus Araz, “İslâm Hukukunda Manevî Zararların Malî Tazmini”, *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy 5 (2016): 120.

³³¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 444.

Kasâme ile adam çalıştırmanın sorumluluğu arasında, özen ve gözetim yükümlülüğünün ihmaline dayandırılmaları açısından bir benzerlik vardır.³³² Kasâmede özen ve gözetim yükümlülüğüne aykırı davranan bölge halkının fiili teaddî hükmünde sayılarak sorumluluk bölge halkına yüklenmektedir.³³³

Gerek âkilede³³⁴ gerekse kasâmede dikkat çeken özellik, kolektif sorumluluk anlayışıdır.³³⁵ Öyle ki her ikisinde bir arada yaşamının getirdiği külfetler, kişiler arasında paylaştırılarak kolektif biçimde zararın tazmini hedeflenir.³³⁶ Benzer biçimde teknik tehlikelerin arttığı, sosyal ilişkilerin karmaşıklaştığı modern toplumda sorumluluğun yaygınlaştırılması ihtiyacı sonucu sigorta fikri gelişim göstermiş ve sigorta türleri arasında en çok sorumluluk sigortası tercih edilmiştir.³³⁷ Sigorta özelinde ferdî sorumluluk, yerini kolektif sorumluluk anlayışına bırakmaktadır.³³⁸ Nitekim sigortada riziko (zarar), sigortalılar arasında paylaşılır.³³⁹ Sonuç itibarıyla İslâm hukukundaki âkile ve kasâme uygulamaları ile modern hukuktaki sigorta uygulamaları arasında kolektif sorumluluk anlayışına sahip olmaları açısından paralellik bulunduğu ifade edilebilir.³⁴⁰

Başkasının fiilinden sorumlu tutulma şartı olarak tâbi ile metbû arasında zararın meydana gelmesinde sebepte etkili bir bağ bulunması gerekir. Bu etkili bağ, İslâm hukukunun modern doktrininde Arapça karşılığı olarak “*alâka müessira*” kelimesiyle ifade edilir.³⁴¹ Bu alâkanın, veli ile gayri mümeyyiz çocuk arasındaki gözetim (*rakâbe*) alâkası gibi, şer’î (kanuna dayalı) nitelikte veya müste’cir ile ecîr arasında icâre akdi muktezasınca olabileceği ya da âmir ile me’mûr arasındaki alâka şeklinde gayri şer’î (iradeye dayalı) olabileceği belirtilmektedir.³⁴² Burada sayılan alâka türleri, çalışmamızın

³³² Kasâmede “asayışı sağlama sorumluluğunu ihlal” etmiş sayılma durumu söz konusudur. Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 133.

³³³ Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 134.

³³⁴ “Âkile üyelerinin diyete katılım uygulaması ile mâlî mesuliyet risklerini bir arada güvence altına aldıkları düşünülürse bu uygulama çağımızda sorumluluğun sosyalleşmesi açısından önemlidir.” Hadi Sağlam, “İslâm Hukuk Tarihindeki Âkile Bugünün Sigortası mıdır?”, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* XV, sy 1 (2011): 290.

³³⁵ Aynı yönde: “Âkilenin diyet ödemesi bugün benzer örnekleri Batı hukukunda da görülen haksız fiillerdeki tazminat bedelinin ödenmesinde yardımlaşma esasının devreye girmesi olarak değerlendirilebilir.” Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Beta Yayınları, 2019, s. 175.

³³⁶ Eren Paydaş, “Hukuk Sosyolojisi Açısından Kasâme Kurumu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, sy 2 (2016): 604-605.

³³⁷ Yüksel, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, s. 14-15.

³³⁸ Yüksel, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, s. 15; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 51.

³³⁹ Yüksel, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, s. 15.

³⁴⁰ Aynı yönde bkz. Sağlam, “Âkile Bugünün Sigortası mıdır?”, s. 290.

³⁴¹ el-Cühafi, “El-mes’ûliyye el-medeniyye”, s. 134.

³⁴² el-Cühafi, “El-mes’ûliyye el-medeniyye”, s. 134.

“adam çalıştıranın sorumluluğunun doğduğu hâller” başlığı altında detaylı biçimde ele alınacaktır.³⁴³

3.4. Sorumluluğun Niteliği Açısından

3.4.1. Dinî Sorumluluk

Dinî sorumluluk, insanın yaratıcısına karşı sorumluluğudur. Dinî sorumluluğun kaynağı din kurallarıdır. Bu sorumluluğun başında ibadet sorumluluğu gelir. Dinî sorumluluk inanma ihtiyacından türemiş olup diğer sorumluluk türlerinin eksiklerini tamamlayıcı bir fonksiyondadır.³⁴⁴ Din kurallarına riayetsizliğin sonucu, din kurallarının doğası gereği, maddî yaptırımlar da bulunmakla beraber, daha ziyade manevî yaptırımlar şeklinde tezahür eder.³⁴⁵ Ancak din kuralının aynı zamanda hukuk kuralı hâline getirilerek maddî yaptırım özelliği kazanması³⁴⁶ ve hatta din kurallarının kimi hâllerde hukuk kurallarından daha etkili olması da mümkündür.³⁴⁷

Dinî sorumluluk ifadesi, dünyevî sorumluluk³⁴⁸-uhrevî sorumluluk³⁴⁹ ayrımını çağırır. Uhrevî/manevî sorumluluk inananlar için Allah’a, inanmayanlar için ise vicdanlarına, insanlık hislerine karşı duyulan elem ve ızdıraplardır ki, şahsiyetinin değerini bilen kişiler için bu sorumluluk türü hukukî sorumluluk türüne üstündür.³⁵⁰ Kişinin ne zaman dinî sorumluluğunun doğacağıyla ilgili tartışmalar -ehliyet bahsi bakımından İslâm hukuk usulünü ilgilendirse de- kalamî nitelikte olup konumuz kapsamı dışındadır.

Büyük kısmı İslâm hukukçuları tarafından şekillendirilmekle birlikte, İslâm hukukunun İlahi menşeli olması nedeniyle İslâm hukukunda kişiler için maddî ve manevî olmak üzere çift müeyyide söz konusudur. Bu durum İslâm hukukunun akide-hukuk-ahlak bütünlüğünü temin ederek hukuka saygıyı artırır.³⁵¹

³⁴³ Bkz. III.Bölüm.

³⁴⁴ Kemal Yıldız, “Sorumluluk”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2009, XXXVII, 380.

³⁴⁵ İbrahim Paçacı, “İslâm Hukukunda Medenî Müeyyideler”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi SBE, 1998, s. 4.

³⁴⁶ Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükmeleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018, s. 3, 7.

³⁴⁷ Paçacı, “Medenî Müeyyideler”, s. 4.

³⁴⁸ “Bir insanın dünyada deruhte ettiği şeylerden dolayı sorguya çekilerek cezalandırılmasıdır.” Bilmen, *Kâmus*, III, 19.

³⁴⁹ “Bir mükellefin dünyada yapmış olduğu şeylerden dolayı ahiret aleminde suale, cezaya maruz kalmasıdır.” Bilmen, *Kâmus*, III, 19.

³⁵⁰ Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 177.

³⁵¹ Paçacı, “Medenî Müeyyideler”, s. 13.

Türk hukukunda ise sistem itibariyle sorumluluk maddî müeyyideye dayandırılır. Ancak sosyolojik açıdan halkın büyük çoğunluğu tarafından din kurallarının bir şekilde dikkate alınması³⁵² göz önüne alındığında, değişen oranlarda da olsa manevî müeyyidenin varlığından söz etmek mümkün gözükmemektedir.³⁵³

3.4.2. Hukukî Sorumluluk-Cezaî Sorumluluk Ayrımı

3.4.2.1. Genel Olarak

“Eski Toplumlarda Sorumluluk” kısmında da görüldüğü üzere,³⁵⁴ cezaî sorumluluk-hukukî sorumluluk ayrımının keskin biçimde yapılması yeni bir olgudur.³⁵⁵ Geriye dönük olarak kaynakların incelenmesi esnasında bu hususun dikkate alınması elzemdir. Ancak hem pedagojik açıdan sağladığı kolaylık hem bugünkü hukuk düzeninin benimsediği bu anlayışın hukuk birikimi bakımından taşıdığı değer ile mukayeseye daha fazla imkân tanınması nedenleriyle çalışmamızda da özel hukuk-kamu hukuku ayrımından³⁵⁶ türeyen bu ayrım tercih edilmiştir.³⁵⁷ Ancak belirtilmelidir ki, bu ayrımın temelinde yatan düşünce mutlak olmayıp bu ayrımın mutlak biçimde uygulanabilmesi de söz konusu değildir.³⁵⁸

³⁵² “Ülkemizde vatandaşların resmi nikâhını yaptıktan sonra ayrıca dini nikâh yapturmaları buna örnek olarak verilebilir. Ayrıca Müslümanların dini duyarlılıkları nedeniyle faize mesafeli duruşları ve tasarruflarını faizli bankalardan uzak tutmaları atıl bir sermayenin birikmesine sebep olmuştur. Gerek ülkemizde gerekse farklı birçok İslam ülkesinde bu kaygıları taşıyan Müslümanların pasif tasarruflarını finansal sisteme dâhil etmek için ülkemizdeki nitelendirmesiyle katılım bankacılığı devreye konulmuştur. Müslümanların dünyada finansal sisteme hakim olan kapitalizme entegre olmamaları İslam’ın felsefî mer’iyeti açısından kayda değer bir yaklaşımdır.” Şahban Yıldırım, “İslam Hukukunun Felsefî Mer’iyeti”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy 33 (2019): 181.

³⁵³ “Çağdaş kimi hukuk felsefecilerinin temel tezi; pozitif hukuk dışında sosyal hayatı düzenleyen normların varlığının kabulüdür. Bu tezin İslam hukuku açısından uygunluğunu ifade etmek gerekir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, İslam hukukunun devlet doktrini olarak uygulanmadığı dönemlerde de İslam hukuk normları toplum hayatını düzenlemekte idi. ...Gerçek şu ki; İslam hukuk normları devlet doktrini olarak pozitif hukuk şeklinde düzenlenmese de bu hukuk, varlığını sürdürecektir bir dinamizme sahiptir. Aslında bu durumu; hukuk felsefesi açısından ‘ekstraetatik’ yani devlet dışı hukuksal uygulamaların var olabileceği tezin en güzel örneğini İslam hukukunun tarih içindeki uygulamalarında görebilmekteyiz.” Yıldırım, “İslam Hukukunun Felsefî Mer’iyeti”, s. 181.

³⁵⁴ Bkz. I. Bölüm, 1.

³⁵⁵ Fahri Çalkın ve Muhsin Tuğsavul, *Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları*, İstanbul: İstanbul Cumhuriyet Matbaası, 1948, s. 15.

³⁵⁶ Bu ayrım hakkında detaylı bilgi için bkz. Ergun Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976, s. 27-28, 36.

³⁵⁷ Benzer bir yaklaşım için ayrıca bkz. Dönmez, *Fıkıh ve Fıkıh Tarihi İncelemeleri*, s. 87; Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 37.

³⁵⁸ Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2021, s. 12; Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1962, s. 150-151.

Kamu hukuku-özel hukuk ayrımı dikkate alındığında cezaî sorumluluk, kamu hukuku altında yer alan ceza hukuku disiplininin konusunu, hukukî sorumluluk ise özel hukuk altında yer alan borçlar hukuku, medeni hukuk gibi hukuk disiplinlerinin konusunu oluşturur. Birebir örtüşmese bile İslâm hukukunda da bu ayrıma benzer biçimde Allah hakları (*hukûkullah*)-kul hakları (*hukûku 'l-ibâd*) ve her ikisinin birlikte bulunduğu karma haklar ayrımı yapılmaktadır.³⁵⁹ Ne var ki, İslâm hukukunda yapılan bu ayrımda cezaî sorumluluk ile hukukî sorumluluğu kesin olarak Allah hakkının veya kul hakkının altına dahil etmek mümkün değildir çünkü bunlar arasında iç içelik söz konusudur. İslâm hukukunun dinî karakteri dolayısıyla bu ayrım, hak sahibi bakımından yapılmış bir ayrımı yansıtır.³⁶⁰ İslâm hukukunun modern doktrininde, Allah'a ve kula izafe edilmiş haklardan birinin ihlâlüne bir ceza yaptırımı öngörülmüşse cezaî sorumluluğun, kişiye ait haklardan birinin ihlâlüne tazminat yaptırımı bağlanmışsa hukukî sorumluluğun söz konusu olacağı belirtilmektedir.³⁶¹

Diğer yandan cezaî sorumluluk ile hukukî sorumluluğun aynı olayda birleşmeleri mümkündür.³⁶² Örneğin İslâm hukukundaki hırsızlık, malın elinde bulunması kaydıyla iadesi bakımından hukukî sorumluluk hükümlerine, had cezasına konu olması bakımından ise cezaî sorumluluk hükümlerine tâbidir. Başka bir örnekte, sarhoş hâldeyken veya hız sınırlarını aşarak otomobil kullanan kişinin kaza yapması durumunda bu kişi, trafik kurallarını ihlâl etmesi nedeniyle cezaî sorumluluk hükümlerine, bir başkasına zarar vermesi nedeniyle hukukî sorumluluk hükümlerine göre sorumludur.

Hukukî sorumluluğu cezaî sorumluluktan ayıran bazı hususlar vardır. Bunlardan ilki, hukukî sorumlulukta zararın ortaya çıkmasının, cezaî sorumlulukta ise zarar olmasa bile kanuna aykırılığın şart olarak aranmasıdır.³⁶³ Amaçlar açısından bakıldığında hukukî sorumluluk haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme sonucu meydana gelen bir zararın

³⁵⁹ Gökmenoğlu, *Şahsiyet*, s. 1; Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Menduh Kayıklık, “İslam Hukukunda Hak ve Sorumluluk İlişkisi”, Yayınlanmamış YL Tezi, Adana, Çukurova Üniversitesi SBE, 2007, s. 24-35.

³⁶⁰ Gökmenoğlu, *Şahsiyet*, s. 20.

³⁶¹ Bilal Aybakan, “Zarar”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2013, XLIV, 134.

³⁶² Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 3.

³⁶³ İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 6; Çalkın ve Tuğsavul, *Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları*, s. 13

tazmin edilmesine, cezaî sorumluluk ise suçları önleme ve suçluyu ıslâh etmeye dayanır.³⁶⁴

3.4.2.2. Hukukî Sorumluluk

Bir kimsenin, bir başka kişinin malvarlığına yönelik verdiği zararı tazmin etme yükümlülüğüne hukukî sorumluluk denilir.³⁶⁵ Hukukî sorumluluk bir taraftan insanların özgürlük alanlarının dış müdahalelere karşı muhafazası suretiyle özgürlüğün genişlemesini kapsarken, diğer taraftan sınırların aşılması hâlinde bir müeyyide anlamına gelir.³⁶⁶ Hukukî sorumluluk hem kusur sorumluluğunu hem kusursuz sorumluluğu içerisine alır.³⁶⁷

Hukukî sorumluluk için olmazsa olmaz unsur zarardır; zarar olmadan hukukî sorumluluğun doğması mümkün değildir.³⁶⁸ Nitekim hukukî sorumluluğun gayesi bir zararın tazminidir; bir fiille bir zarar meydana getirilmedikçe -fiil ne derece haksız olursa olsun- o fiilin faili için hukukî sorumluluk söz konusu olmaz.³⁶⁹

Adam çalıştırmanın sorumluluğu çalışanın üçüncü kişiye verdiği zararın tazminini konu edindiği için hukukî sorumluluk hâllerinden biridir. Bu nedenle bu çalışmada hukukî sorumluluk çerçeve yapılmakta, konular hukukî sorumluluk perspektifinden ve hukukî sorumlulukla ilgili olduğu ölçüde ele alınmaktadır.

3.4.2.3. Cezaî Sorumluluk

Cezaî sorumluluk, ceza hukuku alanında kalan bir sorumluluktur. Kamusal haklara ve toplumsal hayatın vazgeçilmez maslahatlarına yönelik haksız fiiller³⁷⁰ kanun tarafından düzenlenmesiyle birlikte cezaî sorumluluğa konu olur. Kişi kanunda düzenlenen “suç”lardan birini işlediğinde cezaî sorumluluğu doğar. Bunun için de cezaî sorumluluğun doğması için kanuna aykırılık yeterlidir.

³⁶⁴ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 443; Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 2; Aybakan, “Zarar”, XLIV, 134.

³⁶⁵ İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 5; Ünal, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, s. 66; Tahir Kanık, “Başkasının Fiilinden Mesuliyet”, *Adalet Dergisi* 48, sy 10 (1957): 871.

³⁶⁶ İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 5.

³⁶⁷ İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 6.

³⁶⁸ Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 348; Hüseyin Hatemi ve Gökhan Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, s. 6.

³⁶⁹ Gönenç, *Borçlar Hukuku*, s. 166.

³⁷⁰ Sirâc, *Damânu'l-udvân*, s. 11.

Buraya kadar anlatılanlardan sorumluluğun niteliği açısından üç grup altında toplanabildiği görülür. Cezaî sorumluluk ile hukukî sorumluluğun birbirinden ayrılması modern döneme ait bir husustur. Ancak bugün dahi cezaî sorumluluk ile hukukî sorumluluğun iç içe geçebildiği birçok durum bulunmakta³⁷¹ ve bunlara ilişkin hükümler sevk edilmektedir. Her suçun aynı zamanda haksızlık içeren bir insan hareketi olması nedeniyle haksız fiile konu olacağı fakat her haksız fiilin ceza hukukunca yaptırım öngörülmedikçe suç teşkil etmeyeceği belirtilmektedir.³⁷² Bu çerçevede haksız fiilin suça göre daha genel olduğu söylenebilir. Nitekim zarar yüzlerce farklı durumdan kaynaklanabilir.³⁷³ Öte yandan suç ve haksız fiil yaptırım bakımından farklılaşır.³⁷⁴ Özet olarak her suç bir haksız fiildir ancak her haksız fiil bir suç değildir.³⁷⁵ Cezaî sorumluluk-hukukî sorumluluk ayrımının somutlaştırılması adına klasik dönem İslâm hukukundaki diyet, hırsızlık (*sirkat*) ve itlâfla birlikte ele alınan gaspın hukukî niteliklerinin tespiti konumuz açısından önemlidir.

3.4.2.4. Hukukî Niteliği Tartışmalı Olan Bazı Müesseseler

3.4.2.4.1. Diyetin Hukukî Niteliği

Diyet, öldürme şeklinde gerçekleşen cinayette öldürülenin nefesine bedel ve uzuvlarda işlenen cinayette de yaralanan veya kesilen uzva bedel olarak öldüren kimse veya onun âkilesi üzerine lazım gelen bir miktar maldır.³⁷⁶

Malî bedel türleri içerisinde incelenen diyetin hukukî niteliği konusunda üç farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre diyet, yalnızca cezadır.³⁷⁷ İkinci görüşe göre

³⁷¹ Aynı zamanda suç teşkil eden haksız fiiller hakkında bkz. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 363-365; Çalkın ve Tuğsavul, *Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları*, s. 12.

³⁷² Zekeriyâ Yılmaz, “Suç-Haksız Fiil Ayrımı, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Şahsî Hak Davası” 3/21 (2008), 67.

³⁷³ Sirâc, *Damânu’l-udvân*, s. 52-53; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 26.

³⁷⁴ Detaylı bilgi için bkz. Yılmaz, “Suç-Haksız Fiil Ayrımı”, s. 68.

³⁷⁵ Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 86.

³⁷⁶ Bilmen, *Kâmus*, III, 12; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 107.

³⁷⁷ Muhammed b. Aḥmed b. Ebî Sehl Şemsü’l-’Eimme Seraḥsî, *el-Mebsût*, Beyrût: y.y., 1993, XXVI, 61; Bu görüştekiler hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Benli, “Manevi Tazminat”, s. 222-223.

diyet hem ceza hem tazminattır.³⁷⁸ Üçüncü görüşe göre diyet, yalnız medenî müeyyide³⁷⁹ niteliğindedir.³⁸⁰

Şahsa yönelik haksız fiillerden birine maruz kalan kimseye gördüğü zarar mukabilinde bir diyet ödenir. Bu hâllerde diyet ceza niteliği taşımaktayken, bir paranın ödenmesi ve dolayısıyla zararın tazmini fonksiyonunu yerine getirmesi bakımından sonuç itibarıyla bir tazminat niteliği de taşımaktadır.³⁸¹ Ayrıca, bir kul hakkı olarak görülmesi, zararları telâfi amacı, hak sahibinin talebi üzerine takibata başlanması, hak sahibinin hakkından feragat edebilmesi, diyet davasında tarafların sulh olabilmeleri, borçlunun ölmesi hâlinde diyetin düşmeyerek terekeden karşılanması gibi açılardan diyetin tazminat özelliğinin ağır bastığı görülür.³⁸² Özetle diyet, ceza yönü olmakla birlikte tazminat yönü ağır basan bir müeyyide niteliğindedir.³⁸³

3.4.2.4.2. Sirkatin Hukukî Niteliği

Sirkat³⁸⁴, “başkasının malını gizlice almaktır.”³⁸⁵ Sirkat, *sirkatı süğra* (küçük hırsızlık) ve *sirkatı kübra* (büyük hırsızlık/eşkiyalık) olmak üzere iki türlüdür.³⁸⁶

Sirkat esas itibarıyla had cezasını gerektirdiğinden, *ukûbat* (ceza hukuku) bölümünde³⁸⁷ ele alınmıştır. Ancak çalınan malın hırsızın elinde mevcut olması hâlinde

³⁷⁸ Ali Kaya, “İslâm Hukukunda Cismani Zararların Tazmini”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bursa, Uludağ Üniversitesi SBE, 1991, s. 122; Aktan, “Damân”, XIII, 451; Ali Bardakoğlu, “Diyet”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1994, IX, 475; Talha Yıldız, “Mecelle ve Code Civil’deki Haksız Fiil Mukayesesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, sy 27 (Temmuz 2016): 848; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 387; Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 236.

³⁷⁹ İbrahim Paçacı, “‘Diyet’ Bir Cezâ mıdır? (Cezâî ve Medenî Müeyyide Açısından ‘Diyet’)”, *Mütefekkir Dergisi*, sy 2 (2014): 100; Kâşif Hamdi Okur, *İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk: Âkile Örneği*, İstanbul: İSAM Yayınları, 2017, s. 91-92.

³⁸⁰ Bu görüşlerin gerekçeleriyle ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz. Okur, *Sosyal Sorumluluk*, s. 82-85.

³⁸¹ Savaş, “Mukayeseli Bir Çalışma”, s. 248, 249; Ayrıntılı değerlendirmeler için ayrıca bkz. Ferit H. Saymen, *Manevî Zarar ve Tazmini Sureti*, İstanbul: Cumhuriyet Matbaası, 1940, s. 100.

³⁸² Kaya, “İslâm Hukukunda Cismani Zararların Tazmini”, s. 122-125.

³⁸³ Aynı görüşte bkz. Kaya, “İslâm Hukukunda Cismani Zararların Tazmini”, s. 126; Dönmez, *Fıkıh ve Fıkıh Tarihi İncelemeleri*, s. 89.

³⁸⁴ Sirkat günümüzde hırsızlık olarak Türk Ceza Kanunu’nda “malvarlığına karşı işlenen suçlar” başlığı altında düzenlenir. Bu düzenleme cezaî sorumluluk yönüne işaret etmekte olup hırsızlıkta çalınan malın tazmini bağlamında hukukî sorumluluk ayrıca değerlendirilir. Detaylı bilgi için bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 382 vd.

TCK’nin hırsızlığı düzenleyen 141. maddesi şu şekildedir: “Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis verilir.”

³⁸⁵ Bilmen, *Kâmus*, III, 22.

³⁸⁶ Bilmen, *Kâmus*, III, 22; Roma hukukunda da ilk başlarda yalnızca hırsızlık (*furtum*) düzenlenmişken zamanla hırsızlıktan ayrı olarak eşkiyalığı, yağmacılığı da içine alacak şekilde gasp (*rapina*) düzenlemesi yapılmıştır. Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 150.

³⁸⁷ Hırsızlığın suç yönü *hukûkullah* (Allah’a karşı işlenmiş) kapsamında değerlendirilmiştir.

bunun iadesi³⁸⁸ veya bazı müelliflere göre elinde olmasa dahi misliyle tazmini esasları söz konusu olduğu için sirkatin, hukukî sorumluluk boyutu yönüyle ele alınıp muâmelât hükümlerine tâbi tutulması da mümkündür.³⁸⁹

Öte yandan had cezasının uygulanmasıyla birlikte mislen tazmin olgusunun sağlanması, İslâm hukukunun klasik doktrinde Hanefîlerdeki had cezası ve tazminin bir arada bulunamayacağı yönündeki genel kabulden kaynaklanır.³⁹⁰ Bu nedenle sirkatte tazmin yükümlülüğü ancak herhangi bir nedenden dolayı ceza uygulanmadığı hâllerde gündeme gelir.³⁹¹ Sonuç itibarıyla hırsızlığın, asıl itibarıyla bir ceza hukuku meselesi olarak düzenlendiği fakat hırsızlığa konu olan malın tazmini bakımından bir borçlar hukuku meselesi teşkil ettiği söylenebilir.

3.4.2.4.3. Gaspın Hukukî Niteliği

İslâm hukukunda gaspın ortak tanımını vermek mezheplerin ve hatta mezhep içindeki fakihlerin gözettileri farklı şartlar³⁹² nedeniyle zorluk arz eder.³⁹³ Fakat Aydın tarafından Hanefîlerdeki hâkim görüşe göre verilen gasp tanımı burada zikredilebilir: “Gasp dokunulmazlığı olan mütekavvim ve taşınabilir³⁹⁴ bir malı, sahibinin veya yetkili bir kimsenin izni olmaksızın açıkça ve zorla alarak malikin zilyetliğini gidermek ve yerine haksız bir zilyetlik kurmaktır.”³⁹⁵

Gasp, cezaî sorumluluk bağlamında ta’zir suçları kategorisinde yer alır ve zamana ve zemine göre devlet başkanı veya hâkim tarafından cezanın şekli belirlenebilir.³⁹⁶

³⁸⁸ Şâfiîler, Hanbelîler ve Mâlikîler’e göre böyledir. Hanefîler malın tazmininin gerekmediği görüşündedirler. Detaylı bilgi için bkz. Mustafa Demiray, *Hak Zâil Olmaz*, İstanbul: Klasik Yayınları, 2009, s. 224-225.

³⁸⁹ Had uygulanmış hırsızın çaldığı malı tazmin borcunun eksik borç bağlamında değerlendirmesi için bkz. Mustafa Demiray, *Hak Zâil Olmaz*, s. 224-226. İslâm hukuk doktrininde Mahmesânî, H. Karaman ve M. Akif Aydın bunun bir eksik borç teşkil ettiği görüşünü savunmaktadırlar. Ayrıca bkz. Aydın, *Araştırmalar*, s. 393.

³⁹⁰ Mecelle’nin 86. maddesi de bu görüşü düzenlemektedir: “Ücret ile damân müctemi’ olmaz.”

³⁹¹ Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 232.

³⁹² Gasp fiiliyle ilgili bilgiler için ayrıca bkz. I. Bölüm, 3.2.3.

³⁹³ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Canbulat, “Gasb ve İtlaf”, s. 35-46.

³⁹⁴ Söz konusu kelime fukahâ arasında gayrimenkullerin gaspa konu olup olamayacağı bağlamında tartışmalıdır. Bkz. Mehmet Akif Aydın, “İslâm Hukukunda Gasp”, *İslâm Tetkikleri Dergisi*, 1995, s. 167-168, 171-176; Ayrıca bkz. Canbulat, “Gasb ve İtlaf”, s. 38-39; Benzer bir düşüncenin Roma hukukunda da vardı: “Furtum’a konu olabilecek eşya menkul eşyadır. Her ne kadar Roma hukukunda bir ara gayrimenkullerin de furtum’a konu olabileceği düşünülmüş ise de, böyle bir ihtimal daha klâsik devirden itibaren tamamen reddedilmiş bulunuyordu.” Bkz. Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 147.

³⁹⁵ Aydın, “Gasp”, s. 164.

³⁹⁶ Aydın, “Gasp”, s. 186.

Haksız fiil olarak gaspın hukukî sonucu iade ve tazmin olduğundan bu yönüyle gasp, hukukî sorumluluğa konu olur.³⁹⁷ Görüldüğü üzere İslâm hukukunda gasp hem cezaî sorumluluğa hem hukukî sorumluluğa konu olabilmektedir. Benzer biçimde bugünkü bakış açısıyla Roma hukukundaki *rapina* da özel hukuk alanına giren bir fiil olmasına rağmen, kamu menfaatlerini tehdit eden yapısı (silahlı veya silahsız insanların kamu güvenliğini tehdit etmesi) nedeniyle özel haksız fiil olarak kabul edilmekteydi.³⁹⁸

3.5. Sorumluluğun Kusura Dayanıp Dayanmaması Açısından

3.5.1. Kusura Dayanan (Sübjektif) Sorumluluk

3.5.1.1. Genel Olarak

Kusura dayanan (sübjektif) sorumluluk, bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışla diğer bir kimseye vermiş olduğu zararın giderilmesi esasına dayanan sorumluluk türüdür.³⁹⁹ Kusura dayanan sorumlulukta borçlu, yalnızca kusurlu fiiliyle verdiği zararlardan sorumludur.⁴⁰⁰ Burada borçlunun hukuka aykırı fiilinin nedenine bakılmakta, kısacası kusurunun olup olmadığı araştırılmaktadır.⁴⁰¹

Kusura dayanan sorumluluğun benimsendiği bir hukuk sisteminde “kusur olmadan sorumluluk olmaz ilkesi” (*nulla indemnitas sine culpa*) geçerlidir.⁴⁰² Alman hukukçu Jhering de bu minvalde “tazminat borcunu doğuran zarar değil, kusurdur”⁴⁰³ demektedir. İlk bakışta tatmin edici gözükse de bu ilkenin detaylı bir inceleme sonucunda hakkaniyet ilkesiyle birçok açıdan çeliştiği görülebilmektedir.⁴⁰⁴ Örneğin ayırt etme (*temyiz*) gücü olmayan kimsenin meydana getirdiği zararda, temyiz gücü olmayan bir kimsenin kusurundan da söz edilemeyeceği gerekçesiyle bu kişinin sorumluluğu

³⁹⁷ Aydın, “Gasp”, s. 186.

³⁹⁸ İpek, *Roma Hukukunda Gasp*, s. 29. Roma’da haksız fiillerin kamu suçu ve özel haksız fiiller olarak ayrılması hakkında bkz. I. Bölüm, 1.2.

³⁹⁹ Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, II, 1059.

⁴⁰⁰ “Kusur prensibi ferdiyetçi bir düşünceye istinat etmekte, zarar bir ferdin kusuruna dayandırılmadıkça zarara uğrayanı himayesiz bırakmaktadır.” Yüksel, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, s. 14.

⁴⁰¹ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 43.

⁴⁰² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 554; “Davranış kusurlu değilse, zararlı bir sonuç doğmuş olsa bile, sorumluluk söz konusu olmaz.” Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağlı Teorisi*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1975, s. 131.

⁴⁰³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 554.

⁴⁰⁴ Süleyman Yılmaz, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler”, *AÜHF Dergisi* 59, sy 3 (2010): 553; Kusurun yetersizliğiyle ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 556-557; Ayrıca bkz. İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 43-44.

gündeme gelmeyecektir.⁴⁰⁵ Oysaki hukukî sorumlulukta asıl olan zararın giderilmesidir, bütün gayretler de “zararın tazmini ve zararın önlenmesi” içindir.⁴⁰⁶ Zarar verenin kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle meydana gelen zararın tazmin edil(e)mediği bu gibi hâllerde zararın giderilmesinden bahsedilemez.⁴⁰⁷

Türk hukukunda hakkaniyet sorumluluğu öngörülerek kanuna dayalı kusura dayanmayan sorumluluk hâli⁴⁰⁸ düzenlenmiş olmasına rağmen bu hâl, ayırt etme gücü olmayan zarar verenin maddi durumunun çok iyi olmasına dayalı olarak kurgulandığı⁴⁰⁹ için pek çok durumu kapsam dışı bırakmaktadır.⁴¹⁰ Bununla birlikte Türk hukukunda kanunda kusura dayanmayan sorumluluğun düzenlendiği hâllerde, söz gelimi adam çalıştıranın sorumluluğunda, ayırt etme gücü olmayan kimsenin de adam çalıştıran olarak sorumlu tutulması mümkündür.⁴¹¹ Özet olarak Türk hukukunda “modern ekonominin zaruretlerine cevap vermek üzere, istisnai olarak kabul edilmiş kusursuz mes’uliyet halleri bir tarafa bırakılırsa, kusur olmadıkça, fiil mahiyeti itibariyle haksız dahi olsa,

⁴⁰⁵ Hatice Tolunay Ozanemre, “Ayırt Etme Gücünden Yoksunun ‘Haksız Fiil’ Sorumluluğu”, Yayınlanmamış YL Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi SBE, 2004, s. 12.

⁴⁰⁶ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 472.

⁴⁰⁷ Türk hukukunda kusur sorumluluğunun benimsenmesi nedeniyle kusurun olmadığı fakat zararın meydana geldiği ihtimal; *casuma sentit dominus* (tesadüfen ortaya çıkan bir sonuca, sonuç kimde meydana gelmişse o katlanır) ilkesiyle ifade edilmektedir. Mustafa Kılıçoğlu, *Sorumluluk Hukuku*, I, 4; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 55; Tercier, Pichonnaz, ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 635; Dolayısıyla bu tarz hallerde zararın her ihtimalde giderilmesi gerektiği yönündeki kâideden sapılmış olunmaktadır. Buradan hareketle Türk hukukunda belirli bir alanda, “zarar her zaman giderilir” ilkesi uygulanamamaktadır denebilir. Ayrıca bkz. Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 1; Bu durum Türk hukuk doktrininde “kusurun olumsuz etkisi” olarak geçmektedir. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 555; “Kusur ilkesinin olumlu tarafı kusurlu olan kimsenin fiile ile meydana getirdiği zarardan sorumlu olmasıdır. Ancak kusur yoksa sorumluluğunda olmayacağı şeklinde bir olumsuz tarafı da barındırır.” Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: AÜHF Yayınları, 1979, s. 297; İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 23.

⁴⁰⁸ İlhan Helvacı, “Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukukî Sorumluluğu Üzerine” LV, sy 4 (1997): 151; Zahir İmre “zenginlik ilzam eder” (richesse oblige) düşüncesinin hakkaniyet prensibinin benimsenmesiyle kabul edildiğini söylemektedir. İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 87.

⁴⁰⁹ Ozanemre, “‘Haksız Fiil’ Sorumluluğu”, s. 10-11; Ayrıca bkz. Safa Reisoğlu, “Temyiz Kudretinden Mahrumiyet Halinde Haksız Fiil Mesuliyeti ve Bir ‘Cour de Justice’ Kararı”, *Adalet Dergisi* 47, sy 10 (1956): 1004-1005.

⁴¹⁰ “Oysa hakkaniyet ölçüsü, bazı hallerde uğranılan zararın tamamının tazminine imkan vermez. Zira, hakkaniyet sorumluluğunda zarar verenin ekonomik durumu elverdiği ölçüde zarar tazmin edilir.” Mehmet Ünal, *Türk Medenî Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 69. Bu bağlamda, Türk hukuku bakımından mutlak ifadelerle yer veren Şener’in şu satırlarının isabetli olmadığı kanaatindeyiz: “Görülüyor ki, İslâm hukuku ile Türk Borçlar Hukuku, temyiz gücünden yoksun kişinin sorumluluğunu kabul etmekte; bunu birincisi (İslâm h.) hak kazanma (vücûp) ehliyetine, diğeri de hakkâniyet sorumluluğuna bağlamaktadır. Böylece her iki hukukta da ika edilen zararın tazmini ciheti benimsenmektedir.” Bkz. Şener, “Gasp ve İtlaf”, s. 69.

⁴¹¹ Ozanemre, “‘Haksız Fiil’ Sorumluluğu”, s. 68.

zararı tazmin borcu yoktur.”⁴¹² Bu bilgiler ışığında kusur ilkesi, ferdiyetçi ve liberal bir yaklaşımın çıktısıdır.⁴¹³

Kusur ilkesinin olumlu yanları olduğu gibi olumsuz yanları da vardır: Kusurlu bir davranışla başkasına zarar verenin sorumlu tutulması olumlu, kusuru olmadan zarar verenin meydana getirdiği zararın tazmin edilmemesi ise olumsuz yönünü gösterir.⁴¹⁴

İslâm hukuk doktrininde ise meydana gelen zararın giderimi öne alındığı için ayırt etme gücü dikkate alınmaz; zenginlik ölçütü gibi hususlara bakılmaksızın hukukî sorumluluk mutlak olarak doğar.⁴¹⁵ Nitekim İslâm hukukunda, mal ve değerlere atfedilen önem ile bunların korunması ana esaslar arasındadır.⁴¹⁶

⁴¹² Reisoğlu, “Temyiz Kudretinden Mahrumiyet”, s. 1091.

⁴¹³ “Klasik haksız fiil sorumluluğu anlayışı kusura merkezi bir rol verir, sorumluluğun kurulması kusur temelinde değerlendirilir. Bunun temel nedeni liberal hukuk sistemlerinin irade özerkliği ilkesi üzerine inşa edilmiş olmasıdır. İrade özerkliğinin sorumluluk hukukundaki sonucu ise seçimlerimizin sonuçlarına katlanmamızdır.” Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 55-56; Aynı sürecin sözleşmeler bağlamında yorumu şöyledir: “Özellikle liberal ekonomik anlayışın en parlak dönemini yaşadığı 1770-1870 yılları, sözleşme kurumuna şekli bir önem atfedilerek tarafların anlaşmaya varması yeterli görülmüş; varılan anlaşmanın adil olup olmadığı dikkate alınmamıştır. Kısacası, liberalizmin altın çağında sözleşme özgürlüğü kavramı, şekli anlamıyla kabul görmüş; yani tarafların hukuken sözleşme özgürlüğüne sahip olması yeterli görülerek sözleşmenin içerik bakımından adil olup olmamasıyla ilgilenilmemiştir. Zira liberal sözleşme düşüncesine göre özgür sözleşme tarafları, menfaatlerini zaten ön planda tutacakları ve kendileri için en iyi olanı amaçlayacaklarından dışarıdan bir müdahaleye lüzum yoktur. Bu husus, ‘sözleşme ile kararlaştırılan şey adildir’ (Qui dit contractuel, dit juste) şeklinde ifade edilmektedir. Liberal düşüncenin benimsendiği benzer bir başka ilke ise ‘irade mantığının önünde gelir’ (stat pro ratione voluntas) ilkesidir.” Bkz. Fahri Erdem Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021, s. 22-23; Polanyi’nin şu satırları da durumu özetler mahiyettedir: “Emeği diğer yaşam faaliyetlerinden ayırıp piyasa kurallarına boyun eğmeye zorlamak, bütün organik varoluş biçimlerini yok etmek ve onların yerine yeni bir düzen, parçalara ayrılmış, bireyci bir düzen koymak anlamına geliyordu. Böyle bir yıkım planına en iyi sözleşme özgürlüğü ilkesinin uygulanması hizmet edebilirdi.” Bkz. Karl Polanyi, *Büyük Dönüşüm Çağımızın Siyasal ve Ekonomik Kökenleri*, çev. Ayşe Buğra, İstanbul: İletişim Yayınları, 2020, s. 231; Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 187, 228; İrade hürriyeti hakkında İslâm düşüncesindeki Cebriye, Mutezile ve Ehl-i Sünnet düşüncelerinin yaklaşımları hakkında bilgi için ayrıca bkz. Nihat Dalgın, “Cezai Sorumlulukta Kasıt”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy 10 (1998): 213-214.

⁴¹⁴ Fırat Korkmaz, *Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 105-107; Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 2; Ercan, “Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk”, s. 29.

⁴¹⁵ Ercan, “Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk”, s. 23; Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 380; Selim Kaneti, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980, s. 46; Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 1948, s. 191.

⁴¹⁶ Ali Himmet Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku*, Ankara: Diyanet İşleri Reisliği Yayınları, 1955, s. 94; Dalgın, “Cezai Sorumlulukta Kasıt”, s. 210.

3.5.1.2. Kusur İlkesinin Ortaya Çıkışı

Kusur ilkesi Roma hukuku kökenlidir. Roma hukukunda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde az da olsa kusura her zaman yer verilmiştir.⁴¹⁷ Kusur zaman içerisinde hukukî düzenlemelerde daha fazla yer alarak genel bir kural hâlini almıştır.⁴¹⁸ Roma hukuku 13. yüzyıldan itibaren birçok Avrupa ülkesinde ortak hukuk olarak benimsenmiş ve bu ülkelerin kendi hukukunda bulunmayan hükümler için Roma hukuku kurallarını uygulamaları nedeniyle Roma hukukundaki ilke ve anlayışlar bu ülkelerde de uygulama alanı bulmuştur.⁴¹⁹ Bundan sonra kusur ilkesi, 17. ve 18. yüzyıllarda doğal hukuk doktrininde de yer almıştır.⁴²⁰ 19. yüzyılın sonunda gerçekleşen kanunlaştırma faaliyetlerinde her ülke kendi kanunlarını yaparken kanunlara hâkim olan ilkelere Roma hukukundan yararlanmıştır.⁴²¹ Tüm bu tarihsel gelişim ışığında kusura dayanan sorumluluk 19. yüzyıla birlikte bir kural hâlini almıştır.

3.5.1.3. Kusur İlkesinin Sorgulanması

Kusura dayanan sorumluluk (kusur) ilkesi tartışmalara neden olmaktadır.⁴²² Her ne kadar adam çalıştırmanın sorumluluğu özelinde bu tutuma yönelik çeşitli eleştiriler yöneltile bile,⁴²³ kusur ilkesinin yetersizliği bu ilkeye yöneltile eleştirilerden çıkarılabilmektedir. Bu başlıkta sorumluluk hukuku alanında isim yapmış bazı hukukçuların kusur ilkesiyle ilgili görüşlerine yer verilmesi yararlı olacaktır.

İlk olarak Mustafa Kılıçoğlu'nun konuyla ilgili görüşleri şöyledir:

Kusur sorumluluğu ilkesi sorumluluğu kişisel kusur olarak sınırlayarak, tamamen pasif olan kişiye zarar vermektedir. Oysa ki adalet düşüncesi herkesin fiilen sorumluluğunu taşımasını gerektirir. *Zarara uğratan kusursuz ise zarara uğrayan daha çok kusursuzdur.* Ortada bir zarar var ise ve sorumluluğu rastlantıya yükleyecek olursak o takdirde

⁴¹⁷ Korkmaz, *Kusur İlkesinin Değerlendirilmesi*, s. 95.

⁴¹⁸ Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 39.

⁴¹⁹ Karadeniz, *Roma Hukuku*, s. 94; Korkmaz, *Kusur İlkesinin Değerlendirilmesi*, s. 95; Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 9.

⁴²⁰ Korkmaz, *Kusur İlkesinin Değerlendirilmesi*, s. 95.

⁴²¹ Korkmaz, *Kusur İlkesinin Değerlendirilmesi*, s. 95.

⁴²² W. V. H. Rogers, *The Law of Tort*, London: Sweet&Maxwell, 1994, s. 112; Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012, s. 101; Bilgehan Çetiner, Andreas Furrer, ve Markus Müller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021, s. 310.

⁴²³ İş gördüren kimsenin çalışanın fiilinden sorumlu tutulmasının adaletsizlik anlamına geldiği, bu durumun halkın sağduyusuna (common sense) aykırı olduğu, kapitalistlerin menfaati bağlamında sermayeye zarar verdiği gibi karşıt tezler ileri sürülmüştür. Detaylı bilgi için bkz. Conard, *Anglo-Amerikan Hukukuna Giriş*, s. 98-99.

toplumsal yönü yetersiz bir hukuk olarak ortaya çıkacaktır. Gerçekte ise zarara kusur işlemeyen yani kusursuz neden olmuş kişiler arasında zararı en kolay karşılayabilecek kişi seçilmeli ve zarar ona yüklenmelidir. Sonuç olarak zarar giderimi iktisadi koşullara bağlı olarak düzenlenmelidir. Bu yol ile ayırt etme gücünden (temyiz kudretinden) yoksun olanlar da sorumlu tutulabilir. Kusur işlenmemiş olsa da, hakkaniyet gereği sorumluluk kabul etme görüşünde toplumsal düşüncenin ağırlığı yadsınamaz.⁴²⁴

Mustafa Kılıçoğlu'nun "Zarara uğratan kusursuz ise zarara uğrayan daha çok kusursuzdur." cümlesi, kusur ilkesinin yetersizliğini vurgulamaktadır. Bu cümleyi şu satırlarla açmamız mümkündür:

Fâilin bir kusuru bulunmadığı durumlarda zararın ortaya çıkması halinde ya fâil kusuru bulunup bulunmamasına bakılmaksızın sorumlu tutulacak ya da kusuru bulunmadığı için sorumsuzluğu kabul edilecek ve mağdur kendi zararı ile baş başa bırakılacaktır. Kusur bulunmadığı taktirde mağdurun zararına katlanmak mecburiyetinde olması ise kusur nazariyesinin en zayıf noktasıdır. Burada iki kişi vardır. Birisi kusuru bulunmasa bile fiili yapan kişi diğer ise mağdurdur. *Eğer korunacak biri varsa mağdurun korunması daha öncelikli gelir.* Çünkü oluşan zararda mağdurun bir fiili ve davranışı söz konusu değildir. Halbuki fâil kusuru bulunmasa bile aktif bir davranışı ile bu zarara sebebiyet vermiştir. *Adalet ise herkesin yaptığı davranışlarının sonucuna katlanmasıdır.*⁴²⁵

Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri eserinin yazarı Zahit İmre'nin görüşleri de zikredilmeye değerdir. Ona göre kusur cezalandırıcı bir nitelik arz etmekte ve bu nedenle ceza hukukunun konusunu oluşturmaktadır.⁴²⁶ Nitekim tazminat zararları ilgilien ceza, hukuka aykırılıkla ilgilidir.⁴²⁷ Kusur ilkesi söz konusu olduğunda zarar yeterli görülmez; failin kusurlu olması ve bu kusurun da zarar gören tarafından ispat edilmesi aranır. Bu yönüyle kusur ilkesi, sosyal düşünceye ve dolayısıyla toplumsal adalete aykırıdır.⁴²⁸ Bunların yanı sıra kusur ilkesinin, kişinin zihin ve ruh dünyasıyla ilgili gerektirdiği tespit ve bunun ispatı çeşitli güçlükler barındırır. Bu nedenle de sorumluluğun kusura bağlanması isabetli değildir.⁴²⁹

Sorumluluk hukuku alanında bir başka hukukçumuz Halûk Tandoğan, yeni gelişmeler karşısında zarar görenlerin hukukî korumadan mahrum bırakıldıkları, kusuru

⁴²⁴ Kılıçoğlu, *Sorumluluk Hukuku*, I, 9 vd.

⁴²⁵ Erdem, "İslâm Hukukunda İstihdâm İlişkisi", s. 258; İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 38-41.

⁴²⁶ İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 38-39.

⁴²⁷ İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 22.

⁴²⁸ İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 23, 41.

⁴²⁹ İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 39, 41.

kanıtlanamama rizikosunun zarar görene yüklendiği ve genel kural olan zarar-menfaat dengesi ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçeleriyle kusur ilkesini eleştirir.⁴³⁰

Haksız Fiil Hukuku isimli eserin yazarı Başak Baysal’ın konuya ilişkin yorumu şu şekildedir:

Haksız fiil hukukunda “kusur” unsurunun rolü de tarihsel süreçte farklılaşmıştır. Sorumluluğun temelinde bilinçli bir irade ve bu iradenin sonuçlarına katlanılmasına ilişkin düşünce, başka bir deyiş ile “kişinin kusuru” yatar; bu nedenle kusur aslında özgür irade sahibi bireyin seçiminin sonuçlarına katlanması olarak da ele alınabilir. 19. yüzyılın sonundan itibaren liberal ekonomi öğretisinin de etkisi ile sosyal ilişkiler iradi bir temelde ele alınmış, haksız fiil sorumluluğunda da iradi temel “kusur” ögesi etrafında şekillenmiştir. Sanayi devriminden itibaren ise kusur unsuruna verilen bu temel rol tartışmaya açılmıştır. Kusura dayanmayan sorumluluk hâlleri giderek artmış, kanunda veya yargı kararlarında daha çok yer bulmuştur. Sanayi devrimi ve günümüze damgasını vuran bilgi çağı, sorumluluğun kusura dayanmasının en önemli gerekçesidir. Bunun yanı sıra kusurun ispatının zorluğu da bazı durumlarda -örneğin seri üretimin yapıldığı sorunlarda zarar gören lehine kusura dayanmayan sorumluluğun genişlemesine yol açmıştır. Ancak kusur ilkesinden bugün için de vazgeçilememiştir. İşte bu kusur ile kusursuz sorumluluk arasında gidip gelen sarkacın denge konumunu bulması için, günümüz ihtiyaçları da dikkate alınarak sorumluluk hukuku ilkelerinin titizlikle yeniden belirlenmesi gerekmiştir. Bugün sorumluluğun temelinde kusur ilkesinin mi, risk (garanti) ilkesinin mi yer alması gerektiği temel bir tartışmadır. Ne de olsa bugünün toplumu artık bir risk toplumdur (*risk society*), risk modern toplumun yaşam biçimi hâline gelmiştir. Kişilerin güvenliğe olan düşkünlükleri ve gelecek kaygıları artmış, geleceğe güvenle bakmak için çareler aranmaya başlanmıştır. Haksız fiil hukuku da bu kaygıların giderilmesindeki çarelerden biridir. Ancak bu noktada kusur ögesi yetersiz kalmaktadır. Risk toplumunun doğuşu kusursuz sorumlulukların artışına da sebep olmuştur. “*Modern yaşamın şartları tehlikelidir*” mottosu ile hukukçuların görevinin faciaları tespit etmekten öte bunların sonuçlarını gidermeye çalışmak olduğu savunulmuştur.⁴³¹

Baysal’ın değerlendirmeleri şöyle devam etmektedir:

... Bununla birlikte bugün genel ilke olan kusur sorumluluğuna getirilen istisnalarda önemli bir artış bulunmaktadır. Yaşadığımız risk toplumu ve maruz kaldığımız tehlikeler bunun en önemli gerekçesidir. Kusursuz sorumluluk hâllerindeki artış ve buna duyulan ihtiyaç sorumluluğun hangi unsurunun merkezi bir rol kazandığına ilişkin tartışmaları da doğurmuştur. Özellikle tazmin edilebilir zararın, zarar gören lehine genişletilmesi ihtiyacı ile “zarar” unsuruna temel bir rol yüklenmeye başlanmıştır. Bu yeni eğilimde, ilk olarak zararın tazmin edilmesinin hakkaniyete uygun düşüp düşmediği belirlenmekte, daha sonra *zarar kavramının ve tanımının sınırları alabildiğine genişletilerek* zarar gören lehine tazminat hakkı doğması sağlanmaktadır. *Tazminat hukukunun temel amacının zarar göreni korumak ve onun zararlarının kolaylıkla tazmin edilmesini sağlamak olduğu* giderek artan bir şekilde savunulmaktadır; bu görüşe göre tazminatın amacı suçluluk duygusunun giderilmesi değil, güvenliğin sağlanmasıdır.⁴³²

⁴³⁰ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 2, 3; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 147.

⁴³¹ Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 8-9.

⁴³² Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 57-58.

Çetin Aşçıoğlu tarafından paylaşılan düşünceler de bu bağlamda zikre değerdir:

Hukukî sorumluluğun kaynağı yalnız kusur değildir. Toplumdaki sosyo ekonomik gelişmeler, kusura dayanan sorumluluğun yetersiz olduğunu ortaya çıkarmıştır. Özellikle, *kusurun kanıtlanmasının zorlaşması* veya *kusurun hiç bulunmaması* yahut *çoğunlukla ödeme gücü bulunmayan işçi, çırak gibi çalıştırılanlarda bulunması* sosyal amaçlı sorumluluk ilkesinin; kusursuz sorumluluğun kabul edilmesine yol açmıştır. Bu ilkenin kabul edilmesinde sosyal amaçlı düşünce; zararı, belirli şeyleri elinde bulunduran veya belirli işletmeleri çalıştıranlara (kusursuz olsalar bile) yüklemekle, *zarar görenleri korumak* kısaca, “*nimet külfet*” dengesinin oluşturulması gereğinden kaynaklanmıştır.⁴³³

Fikret Eren de *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* kitabında kusur sorumluluğunu açıklarken şu satırlara yer vermektedir:

Bugün aynı kültür değerlerini paylaşan hukuk düzenlerinde kusur sorumluluğu, sorumluluğun genel kuralını oluşturmakta, diğer sorumluluk türleri (kusursuz sorumluluk, sebep ve tehlike sorumluluğu gibi) ise, bu kuralın istisnasını meydana getirmektedir. Ancak, kusur sorumluluğu kural olmakla birlikte, çağdaş toplum düzeni ve uygarlık, teknik ve sosyal gelişmeler sonucunda, o kadar çok tehlike ve sebep sorumluluğu halleri kabul etmiştir ki, gerçek bir değerlendirme yapıldığında *istisnanın kural olmaya başladığını* söylemek mümkündür. Gerçekten, son yıllarda çeşitli batı ülkelerinin kabul ettiği özel kanunlara dayalı tehlike sorumluluğu halleri, hem kapsam, hem de uygulama alanı yönünden kusur sorumluluğunun uygulama alanını son derece sınırlandırmıştır. Buna rağmen, kusur sorumluluğu önemini tam olarak kaybetmiş de değildir.⁴³⁴

Selâhattin Sulhi Tekinay ve diğer. tarafından hazırlanan *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* kitabında haksız fiil sorumluluğu için kural olarak failin kusuruna ihtiyaç duyulmasının adalet ve toplumsal düşünceleri tatmin etmediği ve sorumluluk için mutlaka kusurun aranmasının bazı hâllerde modern teknik ve makineleşmenin gerektirdikleriyle bağdaşmadığı belirtilmektedir.⁴³⁵

Halûk Nami Nomer de doktora tezinde hukuk kurallarını sosyal refahı artırmak için bir araç hâline getiren hukuk ve ekonomi öğretisinin açmazlarına ilişkin şu tespitte bulunmuştur: “Kanaatimce, sırf iktisadi açıdan olaylara bakan bu görüşe karşı çekimser davranmak gerekir. Özellikle kişiye gelen zararlar bakımından, iktisadi açıdan bir değerlendirme yapmak insanlık onuru ile bağdaşmaz.”⁴³⁶ Nitekim Başak Baysal’ın H. N.

⁴³³ Çetin Aşçıoğlu, *Doktorların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu*, Ankara: Olgaç Matbaası, 1982, s. 95-96.

⁴³⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 554.

⁴³⁵ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 497.

⁴³⁶ Haluk N. Nomer, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE, 1996, s. 75-76.

Nomer'in açıklamalarının devamında yaptığı değerlendirme de şöyledir: "Hukukun amacı ekonomik etkinliğin sağlanması değil adaletin sağlanması olarak görülmelidir."⁴³⁷

Deschenaux&Tercier *Sorumluluk Hukuku* isimli kitaplarında şu satırlara yer vermektedir:

"Tümüyle bireyci ve liberal olan sanayi öncesi topluma özgü kusur sorumluluğu, günümüz sorunlarını çözmekten uzaktır. Toplumsal ilişkiler giderek karmaşıklaşmakta ve teknolojinin yarattığı tehlikeler de artmaktadır. Bu nedenle kusur sorumluluğunun temel ilkeleri bile gözden geçirilmektedir. Objektif sorumluluğun giderek önem kazanması, bu nedenle doğal karşılanmalıdır."⁴³⁸

Sonuç itibariyle sorumluluk hukukunun tarihsel gelişimi içerisinde ilk dönemlerde hâkim olan kusura dayanmayan sorumluluk anlayışının bugünün hâkim anlayışı olan kusura dayanan sorumluluğu -sorumluluk hukukunda isim yapmış kişiler tarafından belirtilen gerekçelere dayalı olarak- aşındırdığı görülmektedir. Kusura dayanmayan sorumluluğa yönelişin bir ilke hâlini alıp almayacağını bugünden kestirmek kolay olmamakla birlikte, kusura dayanmayan sorumluluğun giderek daha fazla önem kazanacağını ve böylelikle kusura dayanan sorumluluğun alanını epey bir sınırlandıracağını söylemek yanlış olmayacaktır.

3.5.2. Kusura Dayanmayan (Objektif) Sorumluluk

3.5.2.1. Genel Olarak

Kusura dayanmayan (objektif) sorumluluk Türk hukuk doktrinde objektif sorumluluk,⁴³⁹ sonuç veya sebep sorumluluğu⁴⁴⁰ olarak ifade edilir.⁴⁴¹ Kusura dayanmayan sorumluluk, zarara sebep olma düşüncesine dayanmakta ve sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında illiyet bağının varlığı yeterli kabul edilerek bu bağ

⁴³⁷ Baysal, *Zarar Görenin Kusuru*, s. 28.

⁴³⁸ Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 7.

⁴³⁹ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 497.

⁴⁴⁰ "Sebec sorumluluğu deyimini de şu düşünceye dayanıyor: Kusursuz sorumlulukta, failin bir zarara sebebiyet vermesi, yani onun fiili ile zarar arasında maddi bir 'sebec olma' bağının bulunması yeterlidir." Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 497; Yüksel, "Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu", s. 4.

⁴⁴¹ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 7, 8, 96; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 462; "...Gerçi sorumlu kişi, zararı kendisi vermemiştir. Fakat zarara sebec olmuştur. Bu nedenle, günümüzde kusursuz sorumluluk hallerine sebec sorumluluğu adı verilmektedir. Bu tür sorumluluğa objektif sorumluluk adını veren yazarlar da mevcuttur." Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, Konya: Sayram Yayınları, 2019, s. 155.

kurulduğunda sorumluluk doğmaktadır.⁴⁴² Başka bir deyişle, zararın neden ileri geldiği düşünülmeksizin bir zarar ortaya çıkması hâlinde borca aykırı davranan veya zarar veren kişi sorumlu tutulabiliyorsa kusura dayanan bir sorumluluk hâli vardır.⁴⁴³

Kusura dayanan sorumlulukta kusura dayanan sorumluluktan farklı olarak, dış dünyaya yansıyan objektif nitelikteki olaylar dikkate alınır ve kişinin iç iradesine bakılmaz.⁴⁴⁴ Böylelikle kusura dayanan sorumlulukta failin kusuru olmaksızın sorumlu tutulamayacağı savunulurken, kusura dayanan sorumlulukta mağdurun uğradığı zararın giderilmesi ön plandadır.⁴⁴⁵ Ayrıca kusura dayanan sorumlulukta kusur bir kurucu unsur iken, kusura dayanan sorumluluk kaynağını kanundan alır.⁴⁴⁶ Ancak kusura dayanan sorumlulukta kusur tamamen değerlendirme dışı da değildir. Bu hâllerde kusurun çeşitli etkilerinin olması mümkündür. Bu nedenle çalışmamızda “kusurun etkisi” başlığına yer verilerek konumuz özelinde kusurun ne gibi etkilerinin olduğu üzerinde durulacaktır.⁴⁴⁷

3.5.2.2. Kusura Dayanmayan Sorumluluğun Ortaya Çıkışı

Kusura dayanmayan sorumluluğun ortaya çıkışının uzun bir tarihi geçmişi vardır. İlk topluluklarda kısas ilkesi hâkim olduğundan, zarar gören kişinin zarar verene karşı, uğradığı zarara karşılık olarak zarar verme hakkına sahip olduğu kabul görmekteydi.⁴⁴⁸ Bu hâlde sorumluluk bir tür öç alma (intikam) işlevini üstlenmekteydi. Zamanla devlet gücünün artmasıyla birlikte kişisel öç alma yerini devlet eliyle tanzim edilmiş diyet ödeme borcuna bırakmıştır.⁴⁴⁹

Toplum düzeninde meydana gelen gelişmeler ve modern devletlerin kurulması sonucunda cezaî sorumluluk ile hukukî sorumluluk ayırt edilmiştir. Toplum düzenini tehdit eder nitelikteki eylemlerin cezalandırılması kamu düzeninden görülmüş ve onları

⁴⁴² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 556; Cevdet Yavuz, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre ‘Kusursuz Sorumluluk’ Halleri ve İlkeleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 14, sy 4 (2008): 35; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 42; Erdem, “İslâm Hukukunda İstihdâm İlişkisi”, s. 256; Paçacı, “Medenî Müeyyideler”, s. 140.

⁴⁴³ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 43.

⁴⁴⁴ Erdem, “İslâm Hukukunda İstihdâm İlişkisi”, s. 259.

⁴⁴⁵ Ali Bardakoğlu, “Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın Hukukî Sorumluluğu”, *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 6 (1989), 43.

⁴⁴⁶ Paçacı, “Medenî Müeyyideler”, s. 140; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 3-4.

⁴⁴⁷ Bkz. II. Bölüm, 3.1.4.5.

⁴⁴⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 575.

⁴⁴⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 575.

cezalandırma devletin yetkisine hasredilmiştir. Böylelikle sorumluluk hukuku yalnızca üçüncü kişiye verilen zararı tazmin ettirme amacını taşır hâle gelmiştir.⁴⁵⁰ Sorumluluk hukukunda ilk olarak kusur ilkesi kural olarak benimsenmiş, Sanayi devrimi sonrasında tehlikelerin büyüklüğü karşısında kişilerin kusurlarının aranmasının zararı telâfi hususunda yetersiz kalması nedeniyle kusursuz sorumluluk hâlleri ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu nedenle kusura dayanmayan sorumluluk ilkesi, sanayileşmiş bir toplumun ürünüdür.⁴⁵¹

19. yüzyılda görülen kodifikasyon hareketleriyle birlikte Kara Avrupası medeni kanunlarında haksız fiile ilişkin hükümler müstakil başlık altında incelemeye tâbi tutulmuştur.⁴⁵² Zaman içerisinde, kusur ilkesinin benimsenmesinin ardından belirli durumlara özgü olmak üzere istisnaen kusura dayanmayan sorumluluk anlayışı kabul edilmeye başlanmıştır. Türk hukukunda da bu anlayışın yansımaları görülmüş olup⁴⁵³ TBK'nın 65-69. maddelerinde düzenlenen hükümler bu anlayışın örnekleridir.

Özel hukuk alanında kusursuz sorumluluk düşüncesinin gelişmesiyle ilgili olarak Süheyl Donay tarafından sunulan düşünceler listesi burada anlatılanları ve anlatılacakları nispeten derli toplu bir şekilde vermesi bakımından önemlidir:

1. Sınai ve teknik alandaki gelişmeler ve özellikle 18. ve 19. asırdaki güçlü sanayileşme hareketi, büyük fabrikaların kurulması, yaşamı modernleştiren yeni aygıtların yapılması bireyi yeni tehlikelerle karşı karşıya bırakmıştır.

⁴⁵⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 575.

⁴⁵¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 576; Bu cümleyi şu satırlar açıklamaktadır: “Sebepl sorumluluğu, endüstri devrimiyle birlikte ortaya çıkan teknik buluşların, makineleşmenin ve karmaşık sosyal ilişkilerin biçimlendirdiği modern toplum ve uygarlığın zorunlu kıldığı bir sorumluluk türüdür. Başka bir deyişle, sebep sorumluluğu, her şeyin makineleştiği işbölümü ve ekonomik birimlerinin geniş ölçüde organize olduğu gelişmiş sanayi toplumunun bir ürünüdür. Sebepl sorumluluğunun kabulü, kusur sorumluluğunu öngören liberal hukuk devletinden, adalet ve hakkaniyet fikrine dayanan sosyal hukuk devletine geçişin ve sosyal gelişmenin bir sonucudur.” Yüksel, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, s. 4.

⁴⁵² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 575.

⁴⁵³ Kara Avrupası hukuk sistemi içerisinde yer alan Türk hukuku, Medeni hukuk sahasındaki kanunlardan TMK ve TBK'yi İsviçre'den almıştır. Bu resepsiyon, aynı zamanda iktisadi arka planın da alınmasını beraberinde getirmiştir. Konuyla ilgili tespitler şöyledir: “Kapitalizm, iktisadi bakımdan ferdiyetçi ve hürriyetçi bir sistemdir... Hülâsa, İsviçre’de kapitalist iktisat sistemi carî olduğu için bu memleketin medenî hukukunda bu sisteme aykırı hükümler bulamayız; zira her memleketin medenî hukuku ile iktisadî sistemi birbirine sıkı sıkıya bağlıdır ve bu hal burada açık olarak görülmektedir.” Bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukukunun Umumî Esasları*, İstanbul: İstanbul Matbaacılık, 1951, s. 16-19; Joseph Unger'den nakledilen şu satırlar da sorumluluk hukukunda hâkim olan rejimin değişimine işaret etmesi bakımından değerlidir: “Mesuliyet hukuku, özellikle belirli bir kültürel dönemin ahlaki inançlarının, sosyal ve iktisadi şartlarının ürünü ve yansımasıdır. Bu inanışların ve şartların değişmesi, mesuliyet hukukunun da değişimine sebebiyet vermelidir.” Bkz. Mesut Serdar Çekin, *Tehlike Sorumluluğu*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016, s. 1.

2. Çoğu kez zararın büyüklüğü karşısında fail veya yanında çalıştırdığı kişinin kusuru önemsiz kalmıştır.
3. Giderim talebinin kabulü için, kusurun kanıtlanması gerekir; halbuki olayların çoğunda kusurun kanıtlanması hemen hemen imkânsızdır.
4. *Casum sentit dominus* esası, yani failin kusuru bulunmaması halinde zararın tesadüfe bırakılarak, sadece mağdurlara yükletilmesi hakkaniyet duygularına ve hukuk mantığına aykırıdır.⁴⁵⁴

3.5.2.3. Kusura Dayanmayan Sorumluluğu Açıklayan Düşünceler

Doktrinde kusura dayanmayan (objektif) sorumluluğu temellendirme sadedinde çeşitli düşünceler ileri sürülmüştür. Bunlar; menfaat-zarar dengesi, objektif özen gösterme, hukukî alan hâkimiyeti, tehlike, fedakârlığın denkleştirilmesi, hakkaniyet, hukuka aykırılık, anormallik ve ispat sorunudur. Bu başlık altında sırasıyla bu düşünceler açıklanacak ve çalışma konumuzu açıklayan düşüncelere o düşünce izah edilirken işaret edilecektir.

3.5.2.3.1. Menfaat-Zarar Dengesi

Menfaat-zarar dengesi⁴⁵⁵ düşüncesine göre bir işten yarar sağlayan kimse, yararlanması ölçüsünde o iş sebebiyle ortaya çıkabilecek muhtemel zararları gidermelidir.⁴⁵⁶ Mademki adam çalıştıran, çalıştırdığı kişinin emeğinden çıkar sağlamaktadır, öyleyse çalışanlarının zarara yol açan fiillerinin sonuçlarına da katlanmalıdır.⁴⁵⁷ Çalıştırılan kişilerin ekonomik ve sosyal açılardan zayıf kişiler olmaları zararın tazmininde birtakım zorluklar meydana getirdiğinden, zarar ve menfaat dengesi ilkesi bu gibi hâllerde daha fazla önem kazanmış ve kusura dayanmayan sorumluluğun hukuk düzenleri tarafından öngörülmesinde önemli rol oynamıştır.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ Süheyl Donay, “Ceza Hukukunda Objektif veya Kusursuz Sorumluluk”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981, s. 114.

⁴⁵⁵ Latince: *Cuis commoda, eius incommoda*.

⁴⁵⁶ Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 244; John Dwight Ingram, “Vicarious Liability of The Employer of an Apparent Servant”, *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal* 41, sy 1 (2005): 1.

⁴⁵⁷ Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 67; Çıttan, “İstihdam Edenin Mes’uliyeti”, s. 510; Tunçer, “İstihdam Edenlerin Mesuliyeti”, s. 1084; Sağlam, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 151.

⁴⁵⁸ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 2, 5; Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 67; İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 44; Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 7; Yüksel, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 5; Özcan Atalay, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, sy 1 (1979): 13; Eren ve Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, II, 1035.

Bu düşüncenin izleri İslâm hukukunda da bulunur. İslâm hukukunda zarar-menfaat dengesi ilkesini ifade eden bazı kâideler şöyledir: “*el-harâcu bi’d-damân*,⁴⁵⁹ *el-ğurmi bil-ğünmi*,⁴⁶⁰ *en-niğmetü bi-kadri’l-nikme ve bi’l-aks*”.⁴⁶¹ Tüm bu kâidelerden çıkan ortak düşünce, bir şeyin menfaatlerinden istifade eden tarafın, o şeyin zararlarını da üstlenmesi yönündedir.

Roma hukukunda menfaat-zarar dengesi ilkesiyle irtibatlı olarak “utilitas prensibi” yer alır. Bu prensibe göre somut olayda menfaat ile hükmedilecek tazminat arasında doğru orantı kurularak menfaatin azlığı veya çokluğuna göre hükmedilecek tazminatın miktarı takdir edilir.⁴⁶²

Türk hukukunda da menfaat-zarar dengesi ilkesine ilişkin düşünceler paylaşıldığı⁴⁶³ ve bu ilkenin yargı kararlarında yer aldığı görülür. Yargıtay HGK.’nın 27.3.1957 T. 1/3 nolu kararının (2) nolu açıklamasında menfaat-zarar dengesi ilkesi adam çalıştıranın sorumluluğu bağlamında değerlendirilmekte ve “*Bu esası, (Nimet külfete göredir) şeklinde de anlatabilir; gerçekten, bir kimseyi işinde kullanarak onun emeğinden faydalar sağlayan kimsenin, kullanılan adamın işini gördüğü sırada sebebiyet verdiği zararlardan da mesul tutulması yani elde ettiği nimete karşılık külfete de katlanması hakkaniyete uygundur.*” şeklinde izah edilmektedir.

3.5.2.3.2. Objektif Özen Gösterme

Objektif özen gösterme düşüncesine göre bir kimse, kendisiyle birlikte yaşayanlara veya emir ve talimat altında bulunanlara gerekli özeni göstermekle yükümlü olduğu ölçüde, meydana gelen zararlardan da sorumludur.⁴⁶⁴

⁴⁵⁹ “Mecelle”, m. 85. Ayrıca Bkz. Sahnûn, *el-Müdevvene*, III, 352; eş-Şâfiî, *er-Risâle*, s. 555; Ebû ‘Abdullâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî Ahmed b. Hanbel, *el-Müsneid*, y.y.: Cem‘iyyetu’l-Meknez, 2010, VIII, 2671; Ebû Ca‘fer Ahmed b. Muhammed el-Mısırî et-Tahâvî, *Şerhu Me‘âni’l-Âsâr*, y.y.: Âlemu’l-Kutub, 1994, IV:21; Ebu’l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Ruşd el-Kurtubî İbn Rüşd, *el-Beyân ve’t-Taḥsîl ve’s-Şerḥ ve’t-Tevciḥ ve’t-T’alîl li’Mesâilî’l-Mustehṛace*, Beyrut: Dâru’l-Ğarbi’l-İslâmî, 1988, s. 362; “Bir şey telef olduğu takdirde hasarı kime ait ise anın damânında demek olup ol kimsenin bu veçhile damânı ol şey ile intifâa mukâbil olur.” Mustafa Yıldırım, *Mecelle’nin Külli Kaideleri*, İzmir: İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2012, s. 180.

⁴⁶⁰ Mecelle, m. 87.

⁴⁶¹ Mecelle, m. 88.

⁴⁶² Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 36-37; Utilitas prensibinin, kusurun derecesine göre sorumluluğun belirlenmesinde rol oynaması hakkında ayrıca bkz. Umur, *Roma Hukuku*, s. 506.

⁴⁶³ Örnek olarak bkz. Kadriye Bakırcı, “İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet Bakış Açılarında ‘Adam’ Çalıştıranın Sorumluluğu”, *Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar*, Ankara: TBB Yayınları, 2019, s. 48; Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 244.

⁴⁶⁴ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 498.

İslâm hukukunda bu düşünce ile Hz. Peygamber'in “*Hepiniz idareciniz ve her biriniz idaresi altındakilerden sorumludur. (...) (Hâsılı) her biriniz birer idarecidir ve elinin altındakilerden mesuldür.*”⁴⁶⁵ hadisi arasında bir bağ kurulması yanlış olmayacaktır. Bu hadisteki “elinizin altındakiler” ifadesinin kapsamına çalışan da girebileceğinden, hadisten dolayı olarak çalışanın fiillerinden çalıştırının sorumlu tutulacağı çıkarımı yapılabilir.⁴⁶⁶

3.5.2.3.3. Hukukî Alan Hâkimiyeti

Hukukî alan hâkimiyeti düşüncesi, bir eşyanın veya kişinin, eşyanın sahibi veya kişiyi çalıştıran kimse tarafından egemenlik altında bulunmasını ifade eder.⁴⁶⁷ Bu düşünceye göre çalışan, adam çalıştırının hukukî alan hâkimiyeti altındadır. Adam çalıştıran, çalışanın yaptığı hareketleri belirleme imkânına sahiptir. Bu nedenle adam çalıştıran gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.⁴⁶⁸ Adam çalıştıran gerekli önlemleri almazsa sorumluluğu doğar.

3.5.2.3.4. Tehlike

Tehlike düşüncesine göre bir kişinin bir eşyaya malik olması yahut bir kişiyi istihdam etmesi nedeniyle bazı risk ve tehlikelerin vuku bulması muhtemeldir. Bu durumun hukuktaki ismi “tehlike fikri, tehlike esası veya risk sorumluluğu” şeklindedir.⁴⁶⁹ Buna göre meydana gelen risk ve tehlikeleri karşılamakla mükellef olan kişi, eşyaya malik olmakta yahut adam çalıştırmakta menfaati olmalıdır. Bu düşünce, sonucu itibariyle ilk olarak ifade ettiğimiz menfaat-zarar dengesi ilkesine çıkar.

3.5.2.3.5. Fedakârlığın Denkleştirilmesi

Fedakârlığın denkleştirilmesi,⁴⁷⁰ hukuken koruma altında olan bir varlığa, hukuken korunan üstün bir çıkar gereği, hukuka uygun bir müdahale ile zarar verilmesi hâlinde bu zararın tazmin edilerek fedakârlığın denkleştirilmesi gerektiği yönündeki düşünceyi ifade

⁴⁶⁵ Buhârî, “Cum‘a”, 11; Tirmizî, “Cihâd”, 27. (كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ)

⁴⁶⁶ Aynı yöndeki açıklamalar için ayrıca bkz. Mohamad, “Vicarious Liability”, s. 199.

⁴⁶⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 558; Yavuz, “Kusursuz Sorumluluk”, s. 38.

⁴⁶⁸ Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştırının Sorumluluğu*, s. 9; Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, s. 472.

⁴⁶⁹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 3.; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 128; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 154, 155, 196.

⁴⁷⁰ Mecelle’de fedakârlığın denkleştirilmesiyle ilgili inceleme için bkz. İlhan Ulusan, *Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 71-78.

eder. Fedakârlığın denkleştirilmesinde, bir fedakârlık ve bu fedakârlığın üstün çıkar sahibi tarafından denkleştirilmesi olguları yer alır.⁴⁷¹

Adam çalıştırma, hukuk düzeni tarafından tanındığından, adam çalıştıran kişi açısından hukuken korunan üstün bir çıkarı ifade etmektedir. Çalıştırılan kişinin fiili sonucu zarar verilen eşya hukuken koruma altında olan bir eşyadır ve onun da esas itibariyle bir maliki vardır. Çalışanın fiili sonucu meydana gelen zararın giderilmesi için hukuk düzeninin tanıdığı adam çalıştırma ve bir şeye malik olma hâlleri arasında fedakârlıkların denkleştirilmesi söz konusu olur.

3.5.2.3.6. Hakkaniyet

Kusura dayanmayan sorumluluğun düzenlenmesinde en fazla etkili olan düşünce hakkaniyettir.⁴⁷² Hakkaniyet düşüncesine göre kişi, bazı hâllerde kusuru olmadan dahi zarara sebebiyet verebilir. Kusurunun olmamasına bakılarak kişinin sorumlu tutulmaması durumunda, somut olay adaletinin gerçekleşmediği görülür. Bu gibi hâllerin olumsuzluklarını gidermek adına kusura dayanmayan sorumluluğun düzenlenmesi gereklilik arz etmiştir. İslâm sorumluluk hukukunda mübâşeret yoluyla verilen zararların yanında tesebbüben verilen zararların öngörülmesi benzer bir anlayışın yansıması olarak görülebilir.⁴⁷³

Hakkaniyet düşüncesine göre adam çalıştıran, kusuru olmasa da çalıştırdığı kişinin eylemleri sonucunda vermiş olduğu zararlardan zarar görenlerin zararlarını tazmin etme noktasında sorun yaşamamaları⁴⁷⁴ gibi gerekçeler ile hakkaniyete dayalı olarak sorumlu tutulmalıdır. Öyle ki, zarar rizikosunu önleme imkânından yoksun bir kişiyi zararı tazminle yükümlü tutmak, sorumluluk hukukunun zararı önleme amacıyla bağdaşmaz.⁴⁷⁵ Ayrıca adam çalıştıranın talimatı altındakiler (çalışanlar) sayesinde

⁴⁷¹ Ulsan, *Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi*, s. 8.

⁴⁷² Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 94; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 671-673 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 4.

⁴⁷³ Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 63-138, 167-198.

⁴⁷⁴ “Ekonomik güç dengesi karşılaştırıldığında, adam çalıştırana nazaran çalışanın gücü daha zayıftır. Çalışanın yapmış olduğu işin oluşturabileceği zarar potansiyeli, onun kendisinden tek başına tazmin etmesi beklenemeyecek kadar çoktur. Dolayısıyla zarar gören üçüncü kişinin taleplerine cevap vermekten uzaktır. Zaten genel durumun aksine adam çalıştırana oranla ekonomik açıdan daha zayıf çalışanın zarara yönelik tazminat talebi ile karşı karşıya kalması adalet duygusuna uyan bir yaklaşım olmayacağı gibi, adam çalıştıranın menfaatine yapılan bir iş için böyle bir fedakârlığı çalışandan beklemek haksızlık olacaktır.” Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 11.

⁴⁷⁵ Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 10.

ekonomik çıkar sağladığı açıktır. Böyle bir durumda fayda elde edeni sorumlu tutmayıp zarara katlanmasını mağdurdan beklemek adaletli görünmemektedir.⁴⁷⁶ Adam çalıştıranın sorumluluğunun doğmasında asıl sebebin çalışanın çalıştırılması olduğu ve bu hâlden yararlananın da adam çalıştıran olduğu dikkate alındığında, sorumlu tutulması gereken kişi adam çalıştırandır.⁴⁷⁷ Nitekim zarar veren ile zarar görenin ekonomik durumlarının karşılaştırılması hâlinde hakkaniyet ve adalet duyguları, zarar görene oranla daha güçlü bir konumda olması nedeniyle zarar verenin -kusursuz olmasına rağmen- sorumlu tutulabileceği sonucuna götürür.⁴⁷⁸ Aynı husus, Yargıtay'ın 27.03.1957 tarihli, 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında (İBK) “zararın günahsız olan mağdura çektirilmesinden ise adam kullanana çektirilmesinin hakkaniyete daha uygun olacağı...” şeklinde geçer.

3.5.2.3.7. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık, hukuka uygunluğun olumsuz hâli olduğu için genellikle hukuka uygunluk üzerinden ele alınır. İslâm hukukunda “*Cevaz-ı şer’î damân’ı engeller.*”⁴⁷⁹ olarak belirtilen ve hukuken izin verilmiş bir şeyin sorumluluğu ortadan kaldıracığı anlamına gelen bir küllî kâide bulunmaktadır. Bu kâidenin istisnasını “*Iztırar gayrın hakkını iptal etmez.*”⁴⁸⁰ kâidesi oluşturur. Türk hukukunda da aynı şekilde hukuka uygunluk sebeplerinden biri mevcutsa hukuka aykırılık ortadan kalkar.⁴⁸¹ Yine benzer biçimde zorunluluk hâlinde, zorunluluk hâlinin bir hukuka uygunluk sebebi olması⁴⁸² nedeniyle fiil, hukuka uygun hâle gelir. Buna karşın fedakârlığın denkleştirilmesi ve hakkaniyet gibi düşüncelere dayalı olarak haksız fiil oluşmamasına rağmen verilen zarar tazmin edilir;⁴⁸³ zorunluluk hâli sadece cezaî sorumluluğu ortadan kaldırır.⁴⁸⁴ Bu bilgiler

⁴⁷⁶ Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 10.

⁴⁷⁷ Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s.11; Kanık, “Başkasının Fiilinden Mesuliyet”, s. 875.

⁴⁷⁸ Yüksel, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 5-6.

⁴⁷⁹ Mecelle, m. 910.

⁴⁸⁰ Mecelle, m. 33.

⁴⁸¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 22; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 118.

⁴⁸² Bununla ilgili olarak bkz. II. Bölüm, 2.1.5.3.

⁴⁸³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 31; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 128-131; Zorunluluk halinin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi bağlamında ele alınması hakkında ayrıca bkz. Ulusan, *Fedakârlığın Denkleştirilmesi*, s. 10, 343-344.

⁴⁸⁴ TCK m.25/II: “Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya

ışığında, hukuka uygunluk yoksa hukuka aykırılık hâli devam eder. Adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından hem adam çalıştırmanın hem çalışanın fiilleri hukuka aykırı olduğu sürece adam çalıştırmanın sorumluluğu ortadan kalkmaz.

3.5.2.3.8. Anormallik

Özen yükümlülüğünün ihlâli, anormallik düşüncesinin temelidir.⁴⁸⁵ Normal olmayan hâllerde sorumlu tutulacak kişi, böyle durumların meydana gelmesinde etkisi bulunan kişidir. Eğer adam çalıştırıcı özen yükümlülüğünü ihlâl ederek anormal durumların ortaya çıkmasına neden olmuşsa meydana gelecek zarardan da sorumlu tutulmalıdır.

3.5.2.3.9. İspat Sorunu

İspat sorunu düşüncesine göre büyük işletmeler göz önüne alındığında adam çalıştırıcının çalıştırdığı kişinin kimliğinin tespiti kolay değildir.⁴⁸⁶ Sanayileşme sonucunda çalışma koşulları içerisinde birçok işçinin çalıştığı işletmelerde zararın hangi çalışanın fiili sonucu meydana geldiğini tespit etmek zarar görenin zararını giderme perspektifinden⁴⁸⁷ bakıldığında önemsizleşmektedir. Türk hukuk doktrinde belirtildiği üzere, bu gibi hâllerde “kolektif özensizlik”ten söz edilmekte ve ispat sorunu gündeme gelmektedir.⁴⁸⁸ Zarar verenin somut biçimde tespit edilememesi adam çalıştırıcının sorumluluğunun doğmasına engel olmaz; zararın kaynağının adam çalıştırıcının iş sahasına ait olduğunun ispatı yeterlidir.⁴⁸⁹ Bu gerekçelere dayalı olarak genel ispat kuralından sapılarak adam çalıştırıcı ilk etapta sorumludur.⁴⁹⁰

*başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” Zorunluluk halinin hukukî niteliğiyle ilgili olarak doktrinde ileri sürülen görüşler için bkz. Veli Özer Özbek ve Koray Doğan, “Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukukî Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, sy 2 (2007): 196.*

⁴⁸⁵ Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 94.

⁴⁸⁶ Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu*, s. 12; Kusuru ispat güçlüğüyle ilgili olarak ayrıca bkz. İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 42-43; Adam çalıştırıcının sorumluluğunun ispat hukukundaki işleviyle ilgili ayrıca bkz. Karaosmanoğlu, “Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu”, s. 29-30; Kanık, “Başkasının Fiilinden Mesuliyet”, s. 872.

⁴⁸⁷ “Modern sorumluluk hukukunun başlıca amaçlarından birisi, odak noktası, öncelikle zarar göreni ele almak ve onu uğradığı zararı imkan ölçüsünde karşılamak, gidermektir.” Yüksel, “Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu”, s. 14.

⁴⁸⁸ Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu*, s. 158 vd.; İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 42-43.

⁴⁸⁹ Zarife Şenocak, “Adam Çalıştırıcının Sorumluluğunda (TBK mad. 66) Özel Sorunlar”, *Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar*, Ankara: TBB Yayınları, 2019, s. 64.

⁴⁹⁰ Sorumluluk karînesi olarak adlandırılan bu durum hakkında detaylı bilgi için bkz. II. Bölüm, 2.2.3.1.

İKİNCİ BÖLÜM

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

1. Genel Olarak

İslâm hukukunun klasik literatürü kazuistik metodla oluştuğundan, buradaki kaynaklarda adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin sınırları çizilmiş bir hükümler koleksiyonundan bahsetmek mümkün değildir. İslâm hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğu konusu, çoğunlukla *icâre-i âdemî* (hizmet/iş akdi) başlığı altında “ecîrlerin verdikleri zararların tazmini” tarzındaki alt başlıklarda incelenmiştir. Adam çalıştırmanın sorumluluğu haksız fiil temelli olduğu için İslâm hukukunda genel olarak haksız fiil sorumluluğunu ifade eden *gasp* ve *itlâf* bahisleri de önem kazanmaktadır. Tüm bunlar dikkate alınarak bu çalışmada İslâm hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğu konusunun sistematik bir şekilde ele alınması hedeflenmiştir. Bu bakımdan çalışmamız bir nevi bir doktrin denemesidir. İşte bu bölümde İslâm hukukunun klasik eserlerinde geçen konuyla ilgili olan/olabilecek çeşitli örnekler incelenmek suretiyle adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin genel prensiplere ulaşılmaya çalışılacaktır. Ayrıca adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğması için aranan birtakım genel ve özel şartlar belirlenecektir. Bu belirleme yapılırken Türk hukuku özelinde modern hukuk tasnifinden yararlanılmıştır. Kanaatimizce genel olarak İslâm hukukunda da modern hukukun genel ve özel şartlara ilişkin tasnifi kullanılabilir. Hukuk düşüncesinin bir borçlar hukuku meselesinde benzer sonuçlara varması tabii bir durumdur. Bu nedenle, konunun İslâm hukukunda ve Türk hukukunda arz ettiği durum, ortak başlıklar altında ancak her iki hukuk düşüncesinin sorumluluk anlayışlarındaki farklılıklara da değinilerek izah edilecektir. Bu farklılığa ilişkin ayrı bir değerlendirmeye tüm şartların incelenmesinden sonra yer verilecektir. Ancak tüm bunlardan önce adam çalıştırmanın sorumluluğundaki temel bazı kavramlara ilişkin bir çerçeve sunulması yerinde olur.

2. Adam Çalıştırmanın Kavramsal Çerçevesi

2.1. Genel Olarak

Bu başlık altında adam çalıştırma ilişkisinde yer alan bazı temel kavramlardan bahsedilecektir. Günümüz hukukî düzenlemesindeki kavramsallaştırmayı sorgulayan çeşitli çalışmalar yapılmakta ve bunlarda kavramların yerinde olup olmadığı ve kapsamı

iyi bir şekilde ifade edip edemediği üzerinde durulmaktadır.⁴⁹¹ Burada çalışma konumuzu doğrudan ilgilendirmeyen bu tartışmalara detaylı biçimde girilmeyip hâlihazırdaki hukuk metinlerinde benimsenen terminolojinin konunun anlaşılmasına hizmet edecek ölçüde açıklanmasıyla yetinilecektir.

Adam çalıştırmadaki temel kavramlardan önce bu kavramların temeli olan hukukî düzenlemeye değinilmesi gerekir. Adam çalıştıranın sorumluluğu, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun (eBK) 55. maddesi ile 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 66. maddesinde düzenlenmiştir. eBK m. 55 hükmü şöyledir: *“Başkalarını istihdam eden kimse, maiyyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mes'uldür. Şu kadar ki, böyle bir zararın vukubulması için hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamayacağını isbat ederse mes'ul olmaz.”*

TBK m. 66 hükmü de şöyledir: *“Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.”*

İki hukukî düzenleme arasında dilde sadeleşme ve ek hükümlere yer verilmesi bakımlarından farklılık vardır. TBK ile birlikte adam çalıştıranın sorumluluğuna işletmenin çalışma koşullarının tehlike doğurmaya müsait olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı ve adam çalıştıranın tazminatı ödemesini takiben kusuru oranında çalışana rücu edebilmesi düzenlenmiştir.⁴⁹²

⁴⁹¹ “Dolayısıyla 6098 sayılı BK’nda değişiklik yapılmalı, işçi-işveren ilişkisi çağrışımı yapan ve cinsiyetçi olan 66. maddedeki “adam çalıştıran” terimi “iş yaptıran” olarak düzeltilmeli, 66. ve 116. maddelerdeki “çalışan” terimi yerine “yardımcı kişi” terimi kullanılmalıdır. Ayrıca BK’nun 66. maddesindeki “başkaları” terimi de “üçüncü kişi” olarak düzeltilmelidir.” Bakırcı, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 44.

⁴⁹² Bkz. TBK m. 66/III ve IV.

2.2. Adam Çalıştıran

Çalıştırma ilişkisi içerisinde kendisine bağlı bir kişiye (çalışan) menfaati için iş gördüren kişi adam çalıştırandır.⁴⁹³ Daha kapsayıcı bir tanım yapmak gerekirse adam çalıştıran, bir kimseyi ücretli veya ücretsiz, sürekli veya süreksiz bir şekilde işinde çalıştıran gerçek veya tüzel kişi (şirket, Devlet)'dir.⁴⁹⁴ Yargıtay'ın adam çalıştıran tanımı, “*Genel olarak, zarar yapan kimsenin hizmetinden yararlanan, ona bu hizmetinde emir ve talimat veren ve onu denetlemek durumunda bulunan kimse*” şeklindedir.⁴⁹⁵

eBK m. 55'te “istihdam eden” tabiri kullanılırken, TBK m. 66'da “adam çalıştıran” ifadesi tercih edilmiştir. Adam çalıştıran” ifadesindeki “adam” kavramının kullanımına yönelik kadın haklarının daha fazla ön plana çıkması sonucunda kadınlar tarafından çeşitli eleştiriler ileri sürülmektedir.⁴⁹⁶ Belirtilmelidir ki “istihdam eden” ifadesi, “adam çalıştıran” ifadesine kıyasla buradaki hukukî müesseseyi daha iyi açıklar. Çünkü istihdam eden bu bağlamda hem erkek hem kadın her iki cinsi de kapsamaktadır. Bununla birlikte mevcut literatürdeki yaygın kullanım gereği çalışmamız boyunca “adam çalıştıran” şeklindeki ifade tercih edilmiştir.

İslâm hukukunda “sâhibu'l-amel” ve “müste'cir” adam çalıştıranın karşılığı olarak kullanılır.⁴⁹⁷ Roma hukukunda ise “conductor” ifadesi adam çalıştıranı karşılar.⁴⁹⁸

Adam çalıştıran kavramıyla kimi zaman iç içe geçse de bazı açılardan farklılık arz eden kavram işverendir. Bu bağlamda adam çalıştıran kavramının işveren kavramından daha geniş kapsamlı olduğu⁴⁹⁹ ve hatta bir işin yapılması esnasında çalışanlara başvuran

⁴⁹³ Mustafa Reşit Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 1989, s. 452.

⁴⁹⁴ Berki, “İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti”, s. 60; Tufan Öğüz, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Açısından ‘Emir-Talimat Altında Çalışma’ ve ‘Zarar ile Görülen İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması’ Unsurları Hakkında Değerlendirme”, *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013, s. 838.

⁴⁹⁵ Yrg. 11. HD, 24.02.1975 T., E. 1974/4177, K. 1975/1246. Karar için bkz. Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 330.

⁴⁹⁶ Bakırcı, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 44 vd.

⁴⁹⁷ İlgili kavramlar için bkz. Ali Bardakoğlu, *İşçi ve İşveren Münâsebeti* (yy, ty), s. 34.

⁴⁹⁸ Buna ek olarak “dominus” da kullanılmaktadır. Karadeniz, *Roma'da İş İlişkileri*, s. 129; Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 106; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 237.

⁴⁹⁹ Tercier, Pichonnaz, ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 641; Yüksel, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 16; Beyza Önde, “İşçinin Haksız Fiilinden İşverenin Sorumluluğu ve Hakları”, Konya, KTO Karatay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2021, s. 21; İnci Erbilin, “Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi* 92, sy 4 (2018): 174.

tüm kişileri kapsadığı⁵⁰⁰ belirtilmektedir. Örneğin araba kullanan bir kişi, yoldan geçen birisini çağırırsa ve çağrılan kişi (çalıştırılan), yardıma çağırان kişiye (adam çalıştıran) yardım ederken üçüncü bir kişiye zarar verse, yardıma çağırان kişi adam çalıştıran sayıldığı için zarara uğrayan üçüncü kişiye karşı sorumludur.⁵⁰¹ İşveren kavramı ile adam çalıştıran kavramları arasındaki diğer farklar, işveren olmak için bir iş sözleşmesinin varlığının şart olması ve bu iş sözleşmesinin zorunlu unsurlarından ücretin varlığının işveren bakımından aranmasıdır.⁵⁰²

Adam çalıştıran gerçek veya tüzel kişi olabilir.⁵⁰³ Kamu tüzel kişileri de özel hukuk ilişkisine dayanmak kaydıyla adam çalıştıran olabilirler.⁵⁰⁴ Ancak kamu tüzel kişileri, kamu görevlilerinin fiillerinden özel hukuk ilişkisine dayalı bir durum yoksa kamu hukuku kurallarına göre sorumludurlar.⁵⁰⁵

Adam çalıştıran sayısının birden fazla olması mümkündür. Adam çalıştıranların tümünü ilgilendiren bir işin icrası esnasında zararın meydana gelmesi hâlinde adam çalıştıran kişiler müteselsilen sorumlu tutulurlar.⁵⁰⁶ Bu durum çalışmamızın adam çalıştıranın sorumluluğunun hukukî sonuçlarının incelendiği üçüncü bölümde müteselsil sorumluluk hâllerinden biri olarak ayrıca ele alınacaktır.⁵⁰⁷

Adam çalıştıranın birden fazla olmasıyla ilgili başka bir durum da adam çalıştıranın çalışanını başka bir kişinin emrine tahsis etmesi (işçiyi kiralaması) hâlinde sorumluluğun nasıl belirleneceğiyle ilgilidir.⁵⁰⁸ Bu konudaki baskın görüş, çalışanın kendisine tahsis edildiği adam çalıştıranın, tahsis eden adam çalıştırana nazaran daha iyi gözetim imkânı bulunduğundan hareketle meydana gelen zarardan tahsis edilen adam çalıştıranın sorumlu tutulması yönündedir.⁵⁰⁹ Azınlıkta kalan görüşlerden birine göreyse adam çalıştıranın sorumluluğundaki özen yükümlülüğünün unsurları bölünerek tahsis eden adam çalıştıran çalışanı seçmedeki özen eksikliğinden, tahsis edilen adam çalıştıran

⁵⁰⁰ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 330.

⁵⁰¹ Bu örnek için bkz. Yüksel, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 16.

⁵⁰² Önde, “İşçinin Haksız Fiilinden İşverenin Sorumluluğu”, s. 21-22.

⁵⁰³ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 630; Erbilen, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 174.

⁵⁰⁴ Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 45-46; Berki, “İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti”, s. 61; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 506; Erbilen, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 174.

⁵⁰⁵ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 330-331.

⁵⁰⁶ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 60; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 331; Erbilen, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 175.

⁵⁰⁷ Bkz. IV. Bölüm, 2.2.1.

⁵⁰⁸ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 60.

⁵⁰⁹ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 61.

da çalışanı gözetimdeki eksikliğinden dolayı sorumlu tutulabilir.⁵¹⁰ Kanaatimizce de özen yükümlülüğünün bölünmesinin somut olayın özellikleri çerçevesinde mümkün olması hâlinde sorumluluğun da bölünerek adam çalıştıranların müteselsil olarak sorumlu tutulması hakkaniyetli bir çözüm yolu olarak görünmektedir. Örneğin tahsis eden adam çalıştıran, çalışanı işe alırken onun kabiliyetlerini ve yaşam tarzını yeterince araştırmamışsa çalışanı seçmede bir özen eksikliğinden söz edilir. Tahsis edilen adam çalıştıranın da söz gelimi çalışanın kendisine tahsis edildiği bir zaman diliminde çalışana yanlış talimat vermesi veya gerekli talimatları vermemesi gibi hâllerde talimat vermedeki özen eksikliği gündeme gelir. Sonuç itibarıyla her iki adam çalıştıran, çalışanın fiili sonucu meydana gelen zarardan özen yükümlülüklerinin ihlâline dayalı olarak birlikte sorumlu olabilirler.

2.3. Çalışan

Çalışan, adam çalıştıran ile bağımlılık ilişkisi içerisinde, onun gözetimi altında ve talimatlarına bağlı olarak iş gören kişidir.⁵¹¹ Tüzel kişiler, adam çalıştıran olabilseler de çalışan olamazlar.⁵¹² Aynı şekilde devlet memurları da çalışan olamazlar; bunlarla ilgili kamu hukuku kurallarına müracaat edilmelidir.⁵¹³

İslâm hukukunda çalışanı ifadede “ecîr”, “âmil” ve “sâni” kelimeleri kullanılır.⁵¹⁴ Bunlardan ön plana çıkan kavram ecîrdir.⁵¹⁵ Roma hukukunda ise “locator” bu anlamdadır.⁵¹⁶

Çalışan, adam çalıştırana bağımlı bir şekilde iş görür ve uzmanlık bilgisi olsa dahi buna adam çalıştıranın talimatı dışına çıkacak şekilde başvuramaz. İşin sahibinin talimatıyla bağımlılık, adam çalıştıranın sorumluluğunda esaslı ve özel koşullardan biridir.⁵¹⁷

⁵¹⁰ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 61.

⁵¹¹ Karaosmanoğlu, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 90; Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 69; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 624.

⁵¹² Berki, “İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti”, s. 62; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 504; Modern doktrin ve uygulamada tüzel kişilerin de çalışan olabilecekleri yönünde ayrıca bkz. Karaosmanoğlu, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 90.

⁵¹³ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 504.

⁵¹⁴ Bardakoğlu, *İşçi ve İşveren Münâsebeti*, s. 31.

⁵¹⁵ Ecîr türleri ve bağımlılık ilişkisi bağlamında incelenmesi için bkz. II. Bölüm, 4.2.1.1. ve 4.2.1.3.

⁵¹⁶ Daha sık tercih edilen kavram budur. Bunun dışında; *operarius*, *opera* ve *mercennarius* gibi kullanımlara da rastlanmaktadır. Karadeniz, *Roma’da İş İlişkileri*, s. 129; Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 106; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 237.

⁵¹⁷ Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 167.

2.4. Çalıştırma İlişkisi

Adam çalıştırmanın sorumluluğundan bahsedebilmek için adam çalıştırıcı ile çalışan arasında bir çalıştırma ilişkisi bulunmalıdır.⁵¹⁸ Türk hukuk doktrinde çalıştırma ilişkisi, bir kimsenin kendisine bağımlı başka bir kişinin emeğinden kendi amaçları için yararlanmasıdır.⁵¹⁹ Başkasının emeğinden yararlanmanın devamlı surette olması gerekmez; geçici olarak yararlanma da yeterlidir.⁵²⁰ Çalıştırılan kişinin herhangi bir karşılık alıp almaması çalıştırma ilişkisinin tespitinde önemli değildir.⁵²¹ Kamu kurum ve kuruluşları özel hukuktan doğan bir ilişki içerisindeyse adam çalıştırma ilişkisinden bahsedilirken; kamu personelinin çalıştırılmasında kamu çalıştırma ilişkisi mevcut olacağı için bu durumda kamu hukukuna dayalı sorumluluk prensipleri uygulama alanı bulur.⁵²²

Çalıştırma ilişkisinin birçok kaynağı vardır.⁵²³ Çalıştırma ilişkisi genellikle hizmet sözleşmesi şeklinde karşımıza çıksa da çalıştırma ilişkisi için bu bir zorunluluk değildir.⁵²⁴ Çalıştırma ilişkisinin fiilî bir ilişkiye, aile hukuku ilişkisine veya hatır ilişkisine dayandığı hâller bulunmaktadır.⁵²⁵ Burada asıl olarak fiilî bağın varlığı aranmakta ve yeterli görülmektedir.⁵²⁶ Öyle ki arada herhangi bir hukukî ilişki olmasa bile bir kişinin emeğinden yararlanmak da adam çalıştırma ilişkisini meydana

⁵¹⁸ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 58; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 341.

⁵¹⁹ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 56; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 341; Aytekin Ataay, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*, I, 343; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 338; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 470.

⁵²⁰ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 60; Şebnem Kılıç, “Adam Çalıştırıcının Hukuki Sorumluluğu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, sy 145 (2016): 1033; Tunçer, “İstihdam Edenlerin Mesuliyeti”, s. 1087.

⁵²¹ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 60.

⁵²² Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 341.

⁵²³ Çalıştırma ilişkisinin kaynakları çalışmamızın “adam çalıştırıcının sorumluluğunun doğduğu haller” başlığını taşıyan bölümünde detaylı olarak ele alınacaktır. Bkz. III. Bölüm

⁵²⁴ Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 111-112; Çelik, *Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu*, s. 22; Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 210; Erbilen, “Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu”, s. 175; Çetiner, Furrer, ve Müller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 382; “Başkasının hizmetinden yararlanma, yani adam çalıştırma ilişkisi çoğu kez sözleşmeye (örneğin hizmet) dayanır. Ne var ki adam çalıştırıcının sorumluluğu için arada bir sözleşme ilişkisinin varlığının aranması mutlak değildir. Yardımcı bir insan gücünden eylemli olarak yararlanmakla Borçlar Kanunun 55. maddesi anlamında adam çalıştırma ilişkisini ve sorumluluğunu yaratır. Örneğin bir kimsenin bir araç sahibinin arabasını yardım olsun diye itirmesi, bir çocuğun yardım amacıyla bir çiftçinin ürününü toplaması, Borçlar Kanunun 55. md. anlamında adam çalıştırma ilişkisini ortaya çıkaracaktır.” Yarg. 4. HD. 12.11.1984 T. 7360/8310.

⁵²⁵ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 56; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 341.

⁵²⁶ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 503.

getirmektedir.⁵²⁷ Hatta çalışan ile çalıştıran arasında zımnî tavzifin (örtülü görevlendirme) yeterli olacağı da belirtilmektedir.⁵²⁸

Bu açıklamalardan hareketle adam çalıştırma ilişkisi için ayırt edici unsur, tabiiyet/bağımlılıktır.⁵²⁹ Örneğin babasının iş yerinde çalışan bir çocuk bakımından bağımlılık unsurunun sağlandığı gerekçesiyle adam çalıştırma ilişkisinin bulunduğundan söz edilir.⁵³⁰ Başka bir örnekte, bir öğrencinin yaz tatilini boş geçirmemek amacıyla bir elektrikçinin yanında ücret almaksızın yardım etmek ve elektrikçiliği öğrenmek için çalışırken yangına sebebiyet vermesi hâlinde zarar gören üçüncü kişilerin, adam çalıştıran olarak elektrikçiye zararlarını tazmin ettirmesi mümkündür.⁵³¹ Adam çalıştırma ilişkisinin özünü oluşturan adam çalıştıran ile çalışan arasındaki bağımlılık ilişkisi çalışmanın ilerleyen bölümlerinde detaylı bir şekilde ayrıca ele alınacaktır.⁵³²

Çalıştırma ilişkisiyle ilgili olarak ele alınması gereken bir diğer husus, çalıştırma ilişkisinin konusudur (görülen iş). Gerçek veya tüzel bir kişi, gerçek bir diğer kişiye kanun, ahlak ve adaba aykırı olmayan herhangi bir işin görülmesine ilişkin görev vermişse adam çalıştıran konumundadır.⁵³³ Bu ifadeden hareketle, adam çalıştıran ile çalışan arasındaki çalıştırma ilişkisinin konusu kanun, ahlak ve adaba aykırı olmamalıdır. Örneğin A, B'yi bir başkasını öldürmek için çalıştırırsa B'nin haksız fiili sonucu meydana gelen zarardan A'nın adam çalıştıranın sorumluluğu bağlamında herhangi bir hukukî sorumluluğu olmaz.⁵³⁴ Bununla birlikte öldürme fiilini doğrudan doğruya gerçekleştiren mübâşir konumundaki çalışan meydana gelen zararlı sonuçtan (ölüm veya yaralama) asıl fail olarak sorumluyken, çalışmada birini öldürme düşüncesi oluşturan itici güç (azmettiren/müşevvik) konumundaki adam çalıştıran ise meydana gelen zarardan katkısı

⁵²⁷ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 58.

⁵²⁸ “A, B nin diğer işçileri tarafından fabrikaya getirilmiş B, A yı çalışırken görmüş, ses çıkarmamış ise A. nin yapacağı zarardan istihdam eden sıfatıyla mes’ul olur.” Berki, “İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti”, s. 60.

⁵²⁹ Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 243; Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 232; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 470; “BK’nun 55. maddesi gereğince adam çalıştıranın sorumluluğunda temel unsur, bağımlılık ilişkisidir.” Yarg. 4. HD., E. 2006/12772 K. 2007/14555 T. 20.11.2007; “Adam çalıştırma ilişkisi için çalıştırılanın, çalıştıranın buyruğu altında olması, onun gözetiminde işi yapması ve onun talimatıyla bağlı bulunması gerekir.” Yarg. 21. HD., E. 2017/1264 K. 2018/9092 T. 10.12.2018.

⁵³⁰ Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, s. 158.

⁵³¹ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 504.

⁵³² Bkz. II. Bölüm, 3.2.1.

⁵³³ Berki, “İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti”, s. 62.

⁵³⁴ Berki, “İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti”, s. 61.

oranında sorumludur.⁵³⁵ Böylelikle burada tazmin yükümlülüğünün paylaştırılması söz konusudur. Belirtilmelidir ki asıl fail, müşevvik gibi kavramlar ceza hukukundaki doğrudan fail, azmettiren kavramlarıyla paralellik arz etse de borçlar hukukunda bu kavramların anlam çerçevesi ceza hukukuyla tam anlamıyla örtüşmek zorunda değildir; bu kavramlar borçlar hukuku esaslarına göre belirlenir.⁵³⁶ Nitekim “hukuk hâkiminin bağımsızlığı ilkesi”⁵³⁷ olarak bilinen ilke uyarınca bu nitelendirmelerde hukuk hâkimi, ceza hukuku kurallarıyla bağlı değildir.⁵³⁸

Görülen iş, adam çalıştıranın kendi işi olmalıdır.⁵³⁹ Görülen işin adam çalıştıranın meslekî faaliyeti veya ev işleriyle ilgili olabileceği gibi, eğlence ve vakit geçirmek üzere yapılan bir iş olması da mümkündür.⁵⁴⁰

2.5. Zarar Gören (Mağdur)

Mağdur, “gadr” masterından ismi meful olup zarara uğrayan kimse demektir.⁵⁴¹ Mağduriyet de hukuk düzenin ihlâliyle ortaya çıkan durumun adıdır.

İslâm hukukunda haksız fiillerde mağdurun hakları, söz gelimi mülkiyet hakkının korunması, ön planda tutulmuştur. Bu nedenle de zarar ile fiil arasındaki illiyet bağının tesisi haksız fiil sorumluluğunun doğması için yeterli görülmüştür. Modern hukukta ise 19. yüzyıl gelişmelerinin etkisiyle mağdurdan ziyade sanık dikkate alınmıştır.⁵⁴²

Adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından zarar görenin, adam çalıştıran ve çalışan dışında üçüncü bir kişi olması gerekir. TBK m. 66/I’de “Çalışanın ... *başkalarına*

⁵³⁵ Burada zararlı sonucu meydana getiren haksız fiilin ceza hukukuna göre de bir suç olması durumu söz konusudur. “Sorumludur” ifadesiyle kastedilen bu haksız fiilin hukukî sorumluluk yönüdür. Nitekim çalışmamızda mutlak anlamda “sorumluluk” ifadesiyle hukukî sorumluluk kastedilmiştir.

⁵³⁶ Ümit Özkan, “Haksız Fiilden Doğan Mütelsel Sorumluluk”, Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi SBE, 2003, s. 67-68.

⁵³⁷ Bu ilke her iki hukuk dalındaki amaçlar, haksız fiille suçun unsurlarının kabul ve oluşumu, her iki hukuk dalında yargılama usulü ile delillerin takdirinin farklılığından doğmuştur. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 934.

⁵³⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 933-934.

⁵³⁹ Çıttan, “İstihdam Edenin Mes’uliyeti”, s. 507; Ögüz, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Hakkında Değerlendirme”, s. 842.

⁵⁴⁰ Çıttan, “İstihdam Edenin Mes’uliyeti”, s. 507.

⁵⁴¹ Ergüney, *Türk Hukukunda Lügat ve İstilahlar*, s. 280.

⁵⁴² Muhammet Açıkgözoğlu, *Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı*, Ankara: Adil Yayınevi, 2000, s. 33.

verdiği zarar” ile kastedilen budur. Zarar gören, gerçek veya tüzel kişi olabilir.⁵⁴³ Zarar gören, adam çalıştırmanın başka bir çalışanı da olabilir.⁵⁴⁴

Zarar görenin üçüncü kişi olmasından, adam çalıştırın ile zarar gören arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmaması gerektiği anlaşılır. Aksi hâlde TBK m. 66 hükmü yerine TBK m. 116 hükmünün uygulanması gündeme gelir.⁵⁴⁵

Aynı anda hem akdî sorumluluğun hem akit dışı sorumluluğun doğduğu kimi hâller de vardır.⁵⁴⁶ Türk hukuk doktrinde “iki sorumluluğun yarışması” olarak isimlendirilen bu türdeki hâllerde davalı, hangisini seçeceği hususunda serbesttir; davasını TBK m. 66’ya veya TBK m. 116’ya dayandırabilir.⁵⁴⁷ Örneğin özel bir hastanede tedavi görmek üzere gelen bir hastaya hatalı bir tıbbî müdahale yapılması sonucu hastanın zarar görmesi hâlinde, hem adam çalıştırının sorumluluğuna hem yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gidilebilir.⁵⁴⁸ Böyle bir durumda yardımcı kişilerin fiillerden sorumluluğa gitmenin zarar gören için daha avantajlı hükümler içerdiği belirtilmektedir.⁵⁴⁹ Çünkü kurtuluş kanıtı getirme imkânı TBK m. 66’da varken, TBK m. 116’da bulunmamaktadır.⁵⁵⁰

3. Adam Çalıştırının Sorumluluğunun Şartları

Adam çalıştırının sorumluluğunun doğması için birtakım genel ve özel şartlar aranmaktadır. Genel şartlar; fiil, zarar, illiyet bağı ve hukuka aykırılıktır. Adam çalıştırının sorumluluğu için aranan özel şartlar ise çalışanın adam çalıştırana bağımlılığı, zararın çalışanın işi gördüğü esnada ve iş dolayısıyla meydana gelmesi ile adam çalıştırının sorumluluğunu ortadan kaldıran durumların bulunmamasıdır.

⁵⁴³ Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 44.

⁵⁴⁴ Erdoğan, “Şartlar”, s. 36; Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştırının Sorumluluğu*, s. 81; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 630; “İş sahibi bir işçinin işini yaparken, diğer bir işçiye verdiği zarardan da yine BK. 55’e göre sorumlu tutulur. Çünkü iş sahibi yönünden her işçi, diğer işçiler karşısında üçüncü kişi sayılır.” Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 235; Erbilen, “Adam Çalıştırının Sorumluluğu”, s. 173; Kılıç, “Adam Çalıştırının Hukuki Sorumluluğu”, s. 1062; Kanık, “Başkasının Fiilinden Mesuliyet”, s. 879; Aksi yönde bkz. Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 473.

⁵⁴⁵ Erdoğan, “Şartlar”, s. 35-36; Semih Yünlü, *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019, s. 210; Mine Yağcı, *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m.116)*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018, s. 7; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 333; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 472.

⁵⁴⁶ Buradaki yarışma kümülatif değil, alternatiftir. Yünlü, *Yardımcı Kişiler*, s. 215.

⁵⁴⁷ Yağcı, *Yardımcı Kişiler*, s. 69; Yünlü, *Yardımcı Kişiler*, s. 211; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 145-146.

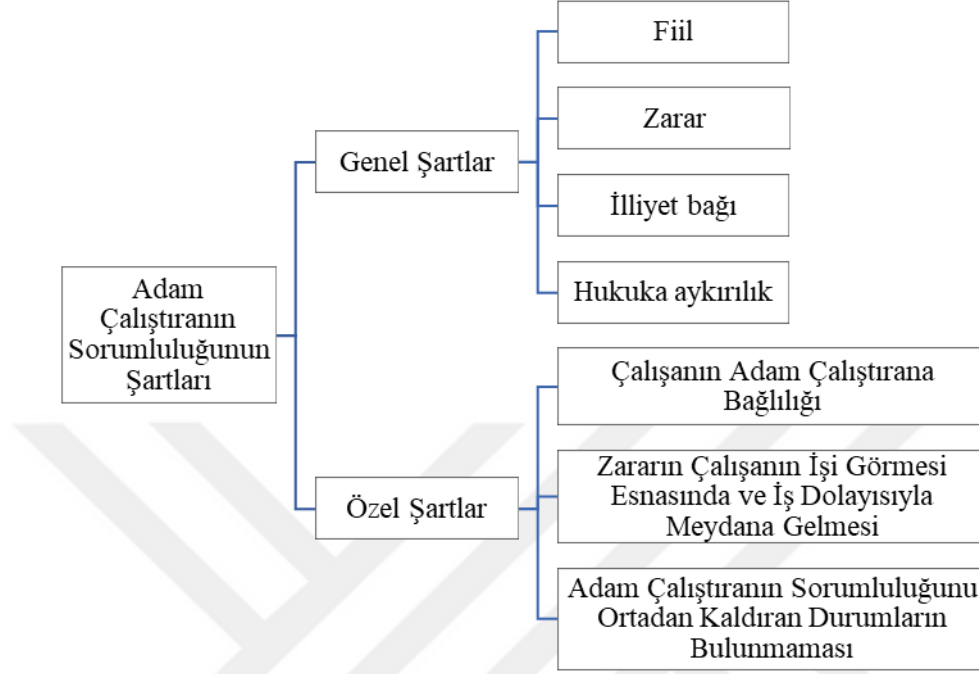
⁵⁴⁸ Örnek için bkz. Yünlü, *Yardımcı Kişiler*, s. 220.

⁵⁴⁹ Hangi açılardan daha avantajlı olduğu ile ilgili olarak bkz. Yünlü, *Yardımcı Kişiler*, s. 221-225.

⁵⁵⁰ Çelik, *Adam Çalıştırının Sorumluluğu*, s. 61.

Şekil 2

Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Şartları



3.1. Genel Şartlar

Adam çalıştıranın sorumluluğunun kaynağı haksız fiildir. Bu nedenle adam çalıştıranın sorumluluğunda aranan genel şartları haksız fiilin unsurları oluşturur. Burada ilk olarak İslâm hukukunda ve Türk hukukunda genel olarak haksız fiil sorumluluğunun unsurlarına kısaca değinilecek, ardından adam çalıştıranın sorumluluğunda bu unsurlardan hangilerinin arandığı tespit edilmeye çalışılacaktır.

İslâm hukukunun klasik doktrinde günümüz hukukundaki hâliyle haksız fiil sorumluluğunun şart ve unsurları toplu hâlde ele alınmaz. Ancak fukahânın hukukî sorumluluğa ilişkin meseleleri ele alırken verdikleri örneklerden yola çıkılarak haksız fiil sorumluluğunda aranan unsurların genel olarak tespiti mümkündür. İslâm hukukunun klasik doktrindeki sorumluluk anlayışı mübâşeret ve tesebbüb kavramları etrafında ele alındığı için sorumluluğun unsurları da buna göre şekillenir. Mübâşeret hâlinde fiil, zarar

ve illiyet bağı unsurlarının varlığı aranırken, tesebbüb hâlinde ise teaddî bu unsurların yanında ek bir unsur olarak gözetilir.⁵⁵¹

İslâm hukukuna dair modern dönem araştırmalarında Türk hukukuyla benzer tasnifler yapılmaktadır. Abdurrezzâk es-Senhûrî'nin (1895-1971) tasnifi zarar, zararla fiil arasındaki illiyet bağı ve kusur şeklindedir.⁵⁵² Subhi Mahmesânî (1906-1986) zararlı fiil, zarar ile fiil arasındaki illiyet bağı, hukuka aykırılık ve kusur olmak üzere dörtlü bir tasnif yapmaktadır.⁵⁵³ Türkçe kaleme alınan İslâm hukuku eserlerinin bazısında modern hukuktaki beşli tasnife yer verildiği görülmektedir.⁵⁵⁴

Türk hukukunda haksız fiilin unsurlarına ilişkin tasnif genellikle fiil, zarar, illiyet bağı, hukuka aykırılık ve kusur olmak üzere beş başlıktan oluşmaktadır.⁵⁵⁵ Ancak hukuka aykırılık ve fiil unsurları “hukuka aykırı fiil” şeklinde birlikte ele alındığında, haksız fiilin unsurları dört başlıkta toplanabilmektedir.⁵⁵⁶ Haksız fiillerin kusur, hukuka aykırılık, nedensellik ve zarar olmak üzere kurucu dört unsurdan oluştuğu da belirtilmektedir.⁵⁵⁷

Tüm bu bilgiler ışığında, İslâm hukukunda ve Türk hukukunda haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından adam çalıştırmanın sorumluluğunda arananlar; fiil, zarar, illiyet bağı ve hukuka aykırılıktır. Türk hukukunda haksız fiilin bir unsuru olan kusur, adam çalıştırmanın sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk hâli olması nedeniyle burada bir şart değildir. Çalışma konumuz özelinde hem İslâm hukukunda hem Türk hukukunda kusur aranmadığı için bu yönüyle bu durum, her iki hukukta konumuzu ortak başlıklarda inceleme imkânı sunmaktadır. Bununla birlikte kusur, şart olarak olmasa da adam çalıştırmanın sorumluluğundaki etkileri bakımından ele alınacaktır. Ayrıca İslâm hukukunun illiyet bağı ve hukuka aykırılık başta olmak üzere Türk hukukundan ayrıldığı yönler müstakıl başlıklar hâlinde ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

⁵⁵¹ Mübâşeret ve tesebbüb kavramları illiyet bağının bir şart olarak arandığını göstermektedir. Bu iki kavram fiil ile zarar arasındaki illiyet bağını ifade ettiğinden fiil ve zarar şartları örtülü birer şart olarak kendisini göstermektedir. Bunun yanında teaddî teriminin verilen örneklerde mübâşeret ve tesebbüb hallerine göre farklı şekillerde arandığı da dikkate alındığında teaddînin de ayrı bir şart olarak tesebbüb hallerinde gözetildiği görülmektedir. Aynı yönde bkz. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 55; Ergin, “Tesebbüb Halinde Damân”, s. 38; Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 145

⁵⁵² es-Senhûrî, *el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî'l-Cedîd*, Beyrut: Dâru İhyâi't-Turâsî'l-Arabî, ty, s. 776-915.

⁵⁵³ Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-âmme*, s. 169-194.

⁵⁵⁴ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 390-393; Paçacı, “Medenî Müeyyideler”, s. 119.

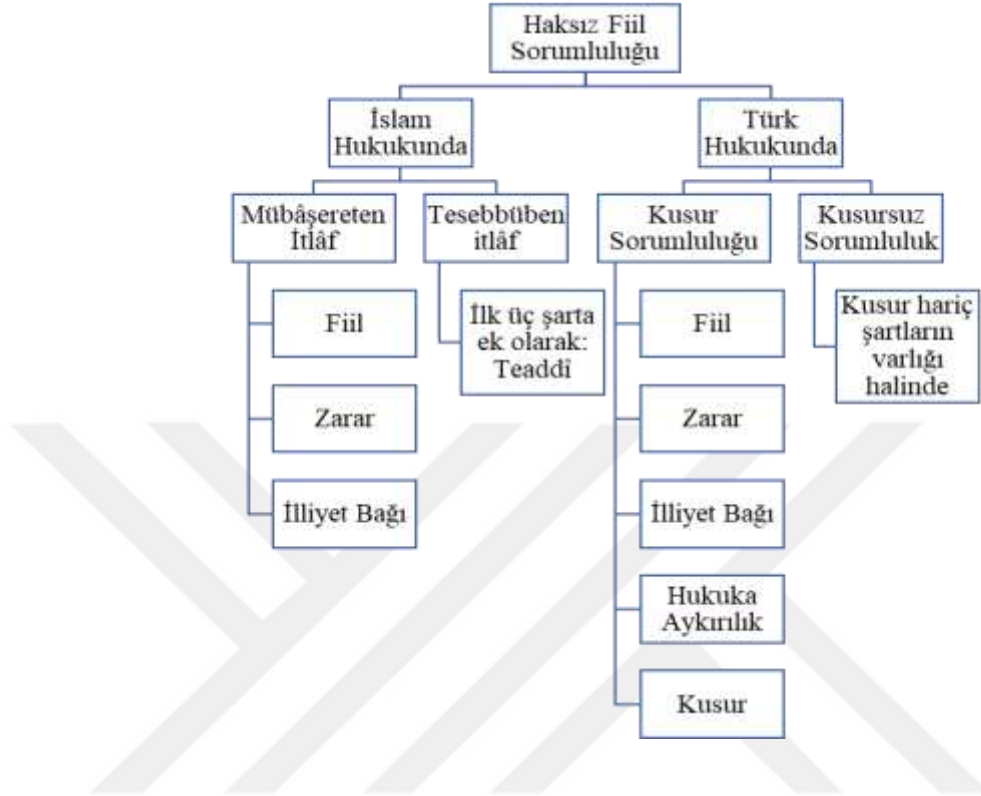
⁵⁵⁵ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 61; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 160; Eren ve Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, II, 1061.

⁵⁵⁶ Örnek olarak bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 12.

⁵⁵⁷ Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 3.

Şekil 3

Mukayeseli Olarak Haksız Fiil Sorumluluğunun Unsurları



3.1.1. Fiil

3.1.1.1. Genel Olarak Fiil Kavramı

Sözlükte fiil (الفعل), insan hareketi anlamında olup bir işten kinayedir.⁵⁵⁸ Fiil, bir iradeye dayanan yapma veya yapmama tarzındaki hareketler olarak dış dünyada veya ferдин hukukî alanında bir değişiklik meydana getirir.⁵⁵⁹

İslâm hukukunda hükme konu olan fiil *mahkûm fih* olarak isimlendirilir ve bu konu usul eserlerinde incelenir.⁵⁶⁰ “el-Mahkûmü fih” ister bir işin yapılması ister bir işin yapılmaması şeklinde olsun fiil olarak adlandırılır.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ Heyet, *el-Mevsûatü'l-fıkhiyye*, XXXII, 188.

⁵⁵⁹ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 146.

⁵⁶⁰ Abdülkerim Zeydan, *el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkıh*, İstanbul: el-Mektebetü'l-İslâmî, 1979, s. 57; Vehbe Zuhayli, *Usûlü'l-fıkhi'l-İslâmî*, Dımaşk: Daru'l-Fikr, 1986, I, 132; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 64.

⁵⁶¹ Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 64; Istılahî tanımı ise şöyledir: “Şâriin talebinin, tahyîrinin veya vaz'ının taalluk ettiği fiil veya durumdur.” Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 365.

Türk hukukunda fiil, bir insanın yapma ya da yapmama şeklindeki iradi davranışdır.⁵⁶² Haksız fiillerde diğerinin hakkı genellikle müspet bir fiille ihlâl edilirken, kimi hâllerde ise kanun tarafından birtakım kişileri veya malları gözetim yükümlülüğü öngörülerek kişinin gözetimde ihmali nedeniyle fiili haksız sayılır.⁵⁶³

3.1.1.2. Fiilin Türleri

İslâm hukukunun klasik ve modern doktrinlerinde fiilin türlerine ilişkin yalnızca icrai fiil-ihmalî fiil ayrımının varlığı tespit edilebilmektedir.⁵⁶⁴ Bu ayrıma ek olarak Türk hukuk doktrininde fiil türlerine ilişkin yapılan diğer ayrımların konumuzun anlaşılmasına yardımcı olacağı düşünüldüğünden, burada bu ayrımlara kısaca değinilecektir.

Türk hukukunda fiil, farklı başlıklar altında birçok açıdan incelenmiştir. Bir şey yapma-yapmama açısından icrai fiil-ihmalî fiil ayrımı, hukuka aykırı olup olmamasına göre hukuka aykırı fiil-hukuka uygun fiil ayrımı ve son olarak kusur açısından kusurlu fiil-kusursuz fiil ayrımları yapılmıştır.⁵⁶⁵

Bu başlık altında fiilin türlerinden özellikle icrai fiil-ihmalî fiil üzerinde durulacak, diğer fiil türlerine ikinci alt başlıkta yer verilecektir. Bundan sonra fiilin aslî ayrımı olan icrai fiil-ihmalî fiil ayrımı çerçevesinde adam çalıştırmanın sorumluluğunda fiil değerlendirilecektir.

3.1.1.2.1. İcrai Fiil (Yapma)-İhmalî Fiil (Yapmama) Ayrımı

Zararlı sonucu meydana getiren fiillerden en sık rastlanılanı, bir şey yapma şeklindeki aktif bir davranışla gerçekleşen icrai fiildir. İcrai fiillere örnek olarak tokat atmak, vazoyu kırmak, ateş ederek birisini yaralamak verilebilir.

Bir şey yapması gerekirken eylemsiz kalan kişinin fiili ise ihmalî fiildir. İhmalî davranışın fiil olarak kabul edilip edilemeyeceği hukuk tarihinde tartışılmıştır. Roma hukukunda başlangıçta zarar verici fiilin mutlaka icrai surette (*committendo*) yani doğrudan doğruya olması gerektiği ve ihmâlî (*ommittendo*) zararı meydana getirmede

⁵⁶² Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 13; Eren ve Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, II, 1062; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 366.

⁵⁶³ Arsebük, *Borçlar Hukuku*, s. 545; Ataay, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*, I, 282; Kaneti, *Hukuka Aykırılık Unsuru*, s. 150.

⁵⁶⁴ Sirâc, *Damânu'l-udvân*, s. 112; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 65-66; Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, s. 36; Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 47.

⁵⁶⁵ Eren, *Uygun İliyet Bağlı Teorisi*, s. 131.

yeterli görülmediği bilinmektedir.⁵⁶⁶ Roma hukukunda daha sonraları bu dar yorumun aşılması, ölüme sebebiyet vermenin (*causam mortis praebere*)⁵⁶⁷ yeterli görüldüğü belirtilmektedir.⁵⁶⁸ Roma hukukunda durum böyleyken, bugün için Türk hukukunda bir fiilin icra edilmemesinin bir zarara illet olması, bu zararın meydana gelmesine engel olmamanın, icrai bir fiille bir zarara sebep olmaya denk olması düşüncesine dayandırılarak izah edilmektedir.⁵⁶⁹

Türk hukukunda yapmama (ihmal)⁵⁷⁰ şeklindeki fiilden sorumlu tutulabilmek için zararın meydana gelmesine engel olabilme imkânının yanı sıra, zararın meydana gelmesine engel olma yönünde kanunî bir mecburiyetin bulunması da bir gerekliliktir.⁵⁷¹

İslâm hukukunda da fiilin bazı hâllerde yapmama şeklinde olması mümkündür.⁵⁷² İhmali fiilin sorumluluk doğurması için failin ihmali fiilinin zararın illeti olması gerekir.⁵⁷³ Failin ihmali fiili zararın sonuçlanmasına neden olmaktaysa -örneğin yardım etme yükümü olmayan bir kimse boğulmak üzere olan bir kişiye yardım etmemiş ve bu kişi boğulmuşsa- İslâm hukukunda ihmali fiil sahibinin her ne kadar dinî sorumluluğu⁵⁷⁴ olsa bile, tazminle yükümlü olmadığı belirtilmektedir.⁵⁷⁵ Aynı olayda Türk hukuku bakımından da herhangi bir hukukî sorumluluk doğmaz.⁵⁷⁶ Çünkü hukuk, icrai bir davranışta bulunsaydı sorumlu tutacağı bir kimseyi ancak bu yönde davranma hususunda bir yükümlülüğünün bulunması hâlinde sorumlu tutar.⁵⁷⁷

⁵⁶⁶ Somer, *Mala Verilen Zarar*, s. 35; Konuyu daha iyi anlayabilmek için: “Doğa düzeninde kuşkusuz eylemsizlik, bir olgunun nedeni olamaz. Çünkü ‘eylemsizlik’ dış dünyanın akışında herhangi bir değişiklik yaratmaz. Bununla birlikte hukuk düzeninde, belli bir davranış gösterilmesi gereken durumlarda bu davranışın gösterilmeyip hareketsiz kalınmış olması, zararın bir nedeni olabilir.” Bkz. Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 12.

⁵⁶⁷ Bu kavram İslâm hukuku bakımından “tesebbüben şahsa yönelik itlâf” olarak nitelendirilebilir.

⁵⁶⁸ Somer, *Mala Verilen Zarar*, s. 36.

⁵⁶⁹ Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 174-175.

⁵⁷⁰ Olumsuz davranış için “ihmal” adının verilmesinin kusurun bir unsuru olan ihmal ile karıştırılmaya müsait olması nedeniyle “olumsuz davranış” veya “yapmama” kavramlarının kullanılması önerisi hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Eren, *Uygun İlliyyet Bağ Teorisi*, s. 135.

⁵⁷¹ Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 175; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 367.

⁵⁷² Aydın, “Eski Hukukumuzda İtlâf”, s. 69.

⁵⁷³ Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 48.

⁵⁷⁴ Detaylı bilgi için bkz. I. Bölüm, 3.4.1.

⁵⁷⁵ Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 48.

⁵⁷⁶ Eren, *Uygun İlliyyet Bağ Teorisi*, s. 137.

⁵⁷⁷ Eren, *Uygun İlliyyet Bağ Teorisi*, s. 137.

3.1.1.2.2. Diğer Fiil Ayrımları

Türk hukuk doktrininde icrai fiil-ihmalî fiil ayrımının yanı sıra hukuka aykırı fiil-hukuka uygun fiil ve kusurlu fiil-kusursuz fiil ayrımlarının yapıldığı görülmektedir.⁵⁷⁸ Bu iki ayırım, icrai fiil-ihmalî fiil ayrımında olduğu gibi sonuca ilişkin bir değerlendirmeyi içermeyip aksine yalnızca fiilin nitelendirmesiyle ilgilidir. Burada önce bu ayrımlara ilişkin kısa bir bilgi verilecek, sonrasında bu ayrımların çalışma konumuzu ilgilendiren yönlerine işaret edilecektir.

Fiilin hukuka aykırılık vasfı özellikle kusur sorumluluğunda önemlidir. Kusur sorumluluğunda fiil ile zarar arasında illiyet bağı kurulabilse dahi fiilin hukuka aykırılık vasfı bulunmamaktaysa sorumluluktan söz edilemez.⁵⁷⁹

Kimi hâllerde fiil hukuka uygun olmasına rağmen meydana gelen zarardan sorumluluk doğabilir.⁵⁸⁰ Bunun en tipik örneği tehlike sorumluluğudur. Tehlike sorumluluğunda işletme sahibi, hukukun izin verdiği bir işi yapmasına rağmen bu işin devamı sırasında meydana gelen zarardan kusursuz biçimde sorumludur.

Kusurlu fiil, kusur sorumluluğunda bir sorumluluk şartıdır; fiilin kusur vasfı mevcut değilse sorumluluk doğmaz. Kusurlu fiilin kusursuz sorumlulukta etkili olduğu tek husus, zarar verenin kusurlu fiilini ifade eden munzam kusurdur.⁵⁸¹ Adam çalıştırmanın sorumluluğunda munzam kusur, adam çalıştırmanın sorumluluk karînesini çürütmek üzere delil getirip sorumluluktan kurtulabilmesi imkânını engeller.⁵⁸²

Kusurlu fiil zarara sebep olan kişiye göre; zarar verenin kusurlu fiili, zarar görenin kusurlu fiili ve üçüncü kişilerin kusurlu fiili olmak üzere üçe ayrılır. Zarar verenin kusurlu fiili, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda Kusurun Etkisi”⁵⁸³ başlığında detaylı olarak incelenecektir. Zarar gören⁵⁸⁴ ve üçüncü kişinin⁵⁸⁵ kusurları tamsa, yani zarar verenin illiyet bağına kesebilecek seviyedeyse zarar verenin sorumluluktan kurtulma nedenidir.

⁵⁷⁸ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 131; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 64.

⁵⁷⁹ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 138.

⁵⁸⁰ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 139.

⁵⁸¹ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 131-132.

⁵⁸² Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 156-157.

⁵⁸³ Bkz. II. Bölüm, 3.1.4.5.4.

⁵⁸⁴ Bkz. II. Bölüm, 3.1.3.6.2.

⁵⁸⁵ Bkz. II. Bölüm, 3.1.3.6.3.

Ayrıca zarar veren,⁵⁸⁶ zarar gören⁵⁸⁷ ve üçüncü kişinin kusurları tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınır.⁵⁸⁸

Kusurun sübjektif veya objektif unsurundan birini sağlamayan fiil, kusursuz fiil olarak nitelenir.⁵⁸⁹ Kusurun sübjektif unsuru ayırt etme gücüyle ilgilidir. Ayırt etme gücü olmayan kimsenin kusur sorumluluğu anlayışı perspektifinden herhangi bir sorumluluğu yoktur.⁵⁹⁰ Kusurun objektif unsuru, fiilin kınanmayı gerektirmemesi veya objektif olarak kusurluluk derecesine ulaşmamasıdır.⁵⁹¹ Bu hâlde kusurun objektif unsuru eksik olduğu için fiilin kusur vasfına sahip olmadığı söylenir.

3.1.1.3. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunda Fiil

Fiilin çeşitli açılardan üç farklı şekilde tasnif edildiğinden söz edilmişti. Burada bu tasniflerden icrai fiil-ihmalî fiil ayrımı esas alınarak bir değerlendirme yapılacak; diğer fiil ayrımları “Hukuka Aykırılık ve Kusurun Etkisi”⁵⁹² başlığı altında hukuka aykırılık ve kusur bakımlarından ayrı ayrı ele alınacaktır.

Adam çalıştıranın sorumluluğu objektif özen yükümlülüğüne dayalı haksız fiil temelli kanundan doğan bir sorumluluktur. Çalışanın, adam çalıştıranın işini görürken üçüncü bir kişiye zarar vermesi hâlinde adam çalıştıranın sorumluluğu gündeme gelir. Buna göre çalışanın üçüncü kişiye yönelik zarar veren fiili icrai fiile girerken, adam çalıştıranın kanunî ödevi olan objektif özen yükümlülüğünü ihlâl etmesi şeklindeki fiiliyse ihmalî fiil kapsamındadır.

3.1.2. Zarar

Haksız fiil sorumluluğunun en temel ve kurucu unsuru zarardır.⁵⁹³ Zarar yoksa hukukî sorumluluk da yoktur.⁵⁹⁴ Nitekim hukukî sorumlulukla amaçlanan, meydana gelen bir

⁵⁸⁶ Bkz. IV. Bölüm, 1.4.4.5.

⁵⁸⁷ Bkz. IV. Bölüm, 1.4.4.3.

⁵⁸⁸ Bkz. IV. Bölüm, 1.4.4.4.

⁵⁸⁹ Eren, *Uygun İlliyyet Bağlı Teorisi*, s. 133-134.

⁵⁹⁰ Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 147.

⁵⁹¹ Eren, *Uygun İlliyyet Bağlı Teorisi*, s. 134; Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 156.

⁵⁹² Bkz. II. Bölüm, 3.1.4.

⁵⁹³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 587; Erdoğan, “Şartlar”, s. 34.

⁵⁹⁴ Eren ve Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, II, 1067; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 320; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 133.

zararın izâlesidir.⁵⁹⁵ Burada zarar başlığı altında, kavram olarak zarar ve adam çalıştırmanın sorumluluğunda zararın türleri ele alınacaktır.

3.1.2.1. Genel Olarak Zarar Kavramı

Arapça “darr” (الضرر) veya “durr” (الضرر) lafızlarından türeyen zarar, sözlükte faydanın zıddı ve kişinin herhangi bir hakkının eksiltilmesi anlamlarına gelir.⁵⁹⁶ Hukukî bir terim olarak zarar, kişinin rızası olmaksızın⁵⁹⁷ malvarlığında meydana gelen maddî veya manevî azalma ve bu azalma nedeniyle oluşan mağduriyettir.⁵⁹⁸

3.1.2.2. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda Zararın Türleri

Zararın türleri bakımından Türk hukuk doktrinde pek çok ayırım yapılmıştır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında öncelikle ve özellikle inceleyeceğimiz zarar türü, zedelenen hakkın niteliğine göre yapılan maddî veya manevî nitelikteki zarardır.⁵⁹⁹

3.1.2.2.1. Maddî Zarar-Manevî Zarar Ayırımı

Maddî zarar-manevî zarar şeklindeki ayırım mamelek hakları⁶⁰⁰ ve gayri mamelek hakları ayırımından türemiştir.⁶⁰¹ Buna göre maddî zararlar mamelek haklarına, manevî zararlar ise gayri mamelek haklarına girer.

3.1.2.2.1.1. Maddî Zarar

Şahsın malı yahut cismi üzerinde bir haksız fiil neticesinde meydana gelen zarar maddî zarardır.⁶⁰² Türk hukukunda maddî zarar kendi içerisinde fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr olarak ikiye ayrılmaktadır.

⁵⁹⁵ Sirâc, *Damânu 'l-udvân*, s. 48, 118.

⁵⁹⁶ İbn Manzûr, *Lisânu 'l-Arab*, IV, 482; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 128.

⁵⁹⁷ Kişinin rızası varsa bu ya ivazsız temlik ya da bir istihlâk yahut bir masraftan ileri gelmektedir. Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 166.

⁵⁹⁸ Aybakan, “Zarar”, XLIV, 133; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 616; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 39; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 521; Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 198; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 109; Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, 1-2, 77; Tercier, Pichonnaz, ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 638.

⁵⁹⁹ Aybakan, “Zarar”, XLIV, 131; Nomer, “Maddi Tazminatın Belirlenmesi”, s. 6; Ataay, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*, I, 85; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 109.

⁶⁰⁰ Tanımı: “Mülkiyet hakkı, mülkiyetten başka diğer aynı haklar, telif hakkı gibi gayri maddî haklar, alacak hakları gibi devir ve miras yoluyla intikâl edebilen malvarlığına ilişkin haklardır, şahsiyet ve aile haklarına mukabil kullanır.” Bkz. Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 342-343.

⁶⁰¹ Saymen, *Manevî Zarar ve Tazmini Sureti*, s. 13.

⁶⁰² Mahmesânî, *en-Nazariyyetü 'l-âmmeh*, s. 170; Bilmen, *Kâmus*, VIII, 272; Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 198; Tercier, Pichonnaz, ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 638.

3.1.2.2.1.1.1. Fiilî Zarar

Fiilî zarar (*damnum emergens*), zarar görenin malvarlığındaki aktifin azalması veya pasifin artması şeklinde gerçekleşen fiilî azalmadır.⁶⁰³ Örneğin evin yakılması, atın öldürülmesi ve ürünün tahrip edilmesi gibi durumlarda malvarlığı doğrudan doğruya azaldığı için fiilî bir zarar söz konusudur.⁶⁰⁴

3.1.2.2.1.1.2. Yoksun Kalınan Kâr

Yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) ise fiilî zarardaki malvarlığının azalmasının aksine olarak, malvarlığı aynı kalmasına rağmen haksız fiil nedeniyle elde edilmesi muhtemel bir kârdan kısmen veya tamamen mahrum kalınmasıdır.⁶⁰⁵ Yoksun kalınan kâr farazî bir değerlendirmeye dayanır.⁶⁰⁶ Örneğin at zehirlenmeseydi, atı zehirlenen kişinin arabasıyla bir süre yük taşıyacağı ve atı zehirlendiği için bu kazançtan mahrum kaldığı göz önüne alınarak burada yoksun kalınan bir kârdan söz edilir.⁶⁰⁷ Yoksun kalınan kârın istenebilmesi için fiil ile kazanç kaybı arasında kuvvetle muhtemel olduğunu kabul ettirecek derecede illiyet bağının tesisi gerekir.⁶⁰⁸

Adam çalıştırmanın sorumluluğunda yoksun kalınan kâra örnek olarak çalışanın, adam çalıştırmanın işini görürken kullandığı araçla taşımacılık faaliyetiyle iştigal eden üçüncü bir kişinin aracına çarpması verilebilir. Burada zarar gören üçüncü kişinin aracını tamir ettirene kadar geçen sürede işini icra edemeyeceği görülür. Bir başka örnekte çalışan, bir kişinin ölümüne neden olmuştur.⁶⁰⁹ Burada kişinin ölmesi nedeniyle geride kalan yakınlarının kaybettikleri destek nedeniyle uğradıkları zarar vardır. Her iki örnekteki olumsuz durum yoksun kalınan kâr niteliğindedir ve adam çalıştırın bunları tazmin eder.

⁶⁰³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 593; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 146; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 41; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 174; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 77; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 321.

⁶⁰⁴ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 560.

⁶⁰⁵ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 147; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 41; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 593-594; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 175; Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 199; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 77.

⁶⁰⁶ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 147; Topuz, *Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, s. 50, 52.

⁶⁰⁷ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 561.

⁶⁰⁸ Detaylı bilgi için bkz. Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 148-149.

⁶⁰⁹ Örnek için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 594.

3.1.2.2.1.2. Manevî Zarar

İnsanın manevî yönüne, şeref ve haysiyet gibi insan onurunu oluşturan unsurlara çeşitli yollarla zarar vermek manevî zararı oluşturur.⁶¹⁰ Manevî zararlar esas itibariyle iktisadî bir tesiri bulunmayan ve bir elem, keder ve ızdırap şekillerinde ortaya çıkan zararlardır.⁶¹¹

Adam çalıştıranın sorumluluğunda manevî zarara örnek olarak çalışanın kırdığı vazounun sahibinin, vazounun hatırası nedeniyle duyduğu elem verilebilir. Burada adam çalıştıran hem vazounun maddî değerini hem de vazosu kırılan kişinin duyduğu elem dolayısıyla manevî zararını tazmin eder. Bir başka örnekte çalışan, üçüncü kişinin ölümüne neden olmuştur. Burada ölüm nedeniyle ölen kişinin ailesinin duyduğu elem, acı ve ızdırap manevî zarar niteliğindedir.

3.1.2.2.2. Diğer Zarar Ayrırımları

Türk hukuk doktrininde maddî zarar-manevî zarar haricinde yapılmış farklı zarar ayrımları da vardır. Örneğin illiyet bağı ölçüt alınarak yapılan bir zarar ayrımı, doğrudan zarar ve dolaylı zarar şeklindedir. Doğrudan zarar, fiil ile zarar arasına başka bir neden girmeksizin fiil nedeniyle ilk olarak gerçekleşen ve fiilin doğrudan doğruya sonucu olan zararlardır.⁶¹² Dolaylı zarar, doğrudan zarara bağlı biçimde zarar gören üzerinde doğan diğer ek zararlardır.⁶¹³

Doğrudan zararın İslâm hukukundaki mübâşeretle itlâf ile benzerlik gösterdiği söylenebilir. Çünkü mübâşeretle itlâfta da fiil ile zararlı sonuç arasına başkaca bir neden girmemekte ve zarar doğrudan doğruya kişi/nesne üzerinde gerçekleşmektedir. Dolaylı zararın da İslâm hukukundaki tessebbüben itlâf ile benzerlik gösterdiği ileri sürülebilir.⁶¹⁴ Ancak tessebbüben itlâfın zarar verenin fiili ile zarar arasındaki bağı dolaylı olarak kurulmasına, dolaylı zararın ise zarar verenin fiilinin zarar gören üzerindeki dolaylı etkisine işaret ettiği göz önüne alındığında, her ikisinin farklı şeyler olduğu görülür.

⁶¹⁰ Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-âmme*, s. 170; Bilmen, *Kâmus*, VIII, 272; Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 199; Tercier, Pichonnaz, ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 638.

⁶¹¹ Saymen, *Manevî Zarar ve Tazmini Sureti*, s. 16.

⁶¹² Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 43; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 149.

⁶¹³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 43; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 150.

⁶¹⁴ Kaya, “İslâm Hukukunda Cismani Zararların Tazmini”, s. 24.

Bir diğer zarar türü olan yansıma zarar, doğrudan zarar görenin, gördüğü zarar sebebiyle zarar görenle ilişkisi dolayısıyla zarara uğrayan üçüncü kişinin zararını ifade eder.⁶¹⁵ Literatürdeki diğer zarar tasnifleri, normatif zarar; mevcut zarar, müstakbel zarar ve muhtemel zarar; ölüm ve bedensel zarar, eşyaya ilişkin zarar ve diğer zararlar şeklindedir.⁶¹⁶

3.1.2.2.3. İslâm Hukukunun Zarar Türlerine Yaklaşımı

Zararın maddî ve manevî olarak ikiye ayrılarak incelenmesine açık bir şekilde İslâm hukukunun klasik doktrinde rastlanmaz. Kanaatimizce bu durum, bu dönem İslâm hukukçularının zararı bir bütün olarak görmesinden ileri gelir. Gerçekten de zarar, çoğu olayda maddî ve manevî nitelikleriyle bir arada bulunur; maddî zarar ile manevî zarar birçok olayda iç içe geçer. Böyle bir bakış açısıyla konuya yaklaşıldığında, bu ayrımın yapılması yönünde bir gerekliliğin de söz konusu olmadığı ifade edilebilir. Burada önce bu ayrımın ilişkilendirilebileceği bir mesele olarak İslâm hukukunun klasik doktrindeki menfaatlerin tazminine değinilecek, sonrasında İslâm hukukunun modern doktrindeki durum ortaya konularak konu özelindeki tercihimiz belirtilecektir.

İslâm hukukunun klasik doktrinde Hanefîler, malî sorumluluğa yalnızca maddî varlığı olan şeylerin zararının konu olacağını ifade etmişlerdir.⁶¹⁷ Öyle ki bu görüşe göre, malî zararda tazmin yükümlülüğünün doğması için zarar verilen şeyin bir mal olması gerekir.⁶¹⁸ Bu nedenle menfaate ve şahsa yönelik zararlar, zarar kavramının kapsamının dışında bırakılmaktadır.⁶¹⁹ Hanefîler dışındaki Cumhur'a göre ise ayn ve menfaat arasında hukukî ve iktisadî bakımdan herhangi bir farklılık bulunmaz.⁶²⁰ Onlara göre menfaatler ancak aynlar ile var olurlar ki, insanların uygulamaları da bu yöndedir.⁶²¹

⁶¹⁵ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 43; Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 119-20.

⁶¹⁶ Detaylı bilgi için bkz. Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 152-205.

⁶¹⁷ İslâm hukuk doktrinde Şâfiîler, Hanefîler gibi düşünmemektedir: “...kendisinden gözetilen maksadın elde edilmesine elverişli her nesnenin kendisinden gözetilen maksat, o malın menfaatidir... Fakat şer’î hükümler, akli hakikatler üzerine binâ edilmemiş, aksine örfî inançlar üzerine bina edilmiştir. Onların, yok (ma’dûm) olarak zikrettikleri şey, örfen ve şer’an maldır ve hükümlerde ağır basan da şer’in ve örfün hükmüdür.” Ebü’l-Menâkib Şihâbeddin Zencânî, *Fıkhi Hükümlerin Usulî Dayanakları*, çev. Davut İltaş, Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2015, s. 194-195.

⁶¹⁸ Araz, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*, s. 62.

⁶¹⁹ Zuhaylî, *Nazarîyyetü’l-Damân*, s. 29.

⁶²⁰ Hasan Hacak, “Menfaat”, Ankara: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2004, XXXIX, 133; Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 153; Ayrıca bkz. Hasan Hacak, *Atomcu Evren Anlayışı*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2007, s. 125-126.

⁶²¹ Bu görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. Araz, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*, s. 122-127.

Hanefî düşüncesinde “menfaatlerin tazmine konu olamayacağı” tezi,⁶²² menfaatlerin “mal” kabul edilmemesine dayanmaktadır.⁶²³ İslâm hukukunun modern doktrinindeki bir çalışmada menfaatlerin mal kabul edilmemesi, Hanefîlerdeki eşya tasavvuruna hâkim olan atomcu evren tasavvuruyla izah edilmekte ve bu tasavvurda ayn’ların cevher, menfaatlerin ise araz olarak görüldükleri ifade edilmektedir.⁶²⁴ Buna göre menfaatler araz olduğundan ve arazlar da tek başına varlıklarını sürdüremediklerinden, ihrâzları (hâkimiyet altına alınabilmesi) mümkün değildir ve bu nedenle menfaatlerin hukukî bir değeri yoktur.⁶²⁵ Hanefîlerin teoride temellendirdikleri⁶²⁶ ve katı bir kavram hukukçuluğuna evrilen bu düşünce, o günün dünya tasavvuruyla uyum içerisindedir. Ancak bu düşünce bugün için menfaatlerin tazmin edilmemesi nedeniyle yaşanabilecek mağduriyetler başta olmak üzere pek çok probleme yol açtığı için tenkide tâbi tutulmaktadır.⁶²⁷

Ali Haydar Efendi’nin (1853-1935) menfaatlerin tazmin edilmemesi düşüncesinin, döneminin koşullarında yeterli olmaması nedeniyle yeniden değerlendirilmesi yönündeki temennisi, 1922 tarihli *Kitabü ’l-Büyu ’un Bazı Maddelerinin Tadilatı ve Esbâb-ı Mûcibesi* ile birlikte Mecelle’nin bu konuyla ilgili maddelerinin tadil edilerek Şâfiî mezhebinin görüşünün tercih edilmesiyle gerçekleşmiştir.⁶²⁸ Mecelle’nin 596. maddesinin tadil sonrası hâli şöyledir: “*Menfaatler de a’yân gibi mütekavvimdir. Buna göre bir kimse diğerinin taşınır ve taşınmaz bir malını kullansa veya kullanılmasına engel olsa emsal ücretini vermesi gerekir.*”⁶²⁹

Buraya kadar kısaca özetlenen bu anlayış, menfaatlerin tazmine konu olmaması başta olmak üzere, manevî zarar ve yoksun kalınan kâr kavramlarının değerlendirilmesinde de kendisini gösterir. Yalnızca hukuken koruma altına alınan

⁶²² Bu tez ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Araz, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*, s. 119-122.

⁶²³ Zencânî, *Usulî Dayanaklar*, s. 196; el-Hafîf, *ed-Damân fi ’l-fikhi ’l-İslâmî*, s. 48-49; Yunus Araz, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*, s. 69.

⁶²⁴ Hacak, *Atomcu Evren Anlayışı*, s. 103-107.

⁶²⁵ Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 152-153.

⁶²⁶ Bu düşünce, cevher ve arazdan oluşan atomcu evren tasavvuru ile izah edilmesinin yanı sıra, Hanefîlerin ilkel düşünmeye ve tespit ettikleri ilkelere bağlılıklarının da bir sonucudur. Hanefîlerin menfaatlerin tazmin edilemeyeceği sonucuna varmasında etkili olan iki kâide şunlardır: “*Bir şeyin nef’i, damânı mukabelesindedir*” (Mecelle, m. 85) ve “*Ücret ile damân müctemi’ olmaz*” (Mecelle, m. 86).

⁶²⁷ Sirâc, *Damânü ’l-udvân*, s. 49; Benli, “Manevi Tazminat”, s. 34; Rahmi Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi*, İstanbul: İFAV Yayınları, 1997, s. 142.

⁶²⁸ Süreç hakkında detaylı bilgi için bkz. Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 158-161.

⁶²⁹ Mehmet Erdoğan, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, İstanbul: İFAV Yayınları, 1994, s. 150; Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi*, s. 143-144.

(mütekavvim) bir malın tazmine konu olabileceği anlayışındaki genel Hanefî görüşü, maddî varlığa sahip olmayan acı, elem veren veya şerefe saldıran fiilleri tazmin edilebilir kapsamda görmez.⁶³⁰ Ancak Hanefî mezhebi içerisinde Ebû Yûsuf (ö. 182/798) acı ve elem dolayısıyla meydana gelen zararın istihsânen mütekavvim mal kabul edilerek tazmine konu olabileceği görüşündedir.⁶³¹ Ebû Yûsuf'un görüşü günün koşulları ile toplumsal gereklilikler dikkate alındığında tercihe şayan gözükmektedir.

Klasik dönem İslâm hukukunda saha itibariyle ceza hukukunu ilgilendiren ancak özü itibariyle konumuz özelinde veri sunabilecek *kazf* (zina isnadı) burada örnek olarak ele alınabilir. Sözlükte herhangi bir şeyi atmak anlamındaki kazf, ıstılah anlamı itibariyle ceza ehliyetine sahip bir kimsenin, muhsan (iffetli) bir kimseye, iffetini zedeleyecek veya onun nesebini reddedecek nitelikte zina ya da zinaya delalet eden kelimeleri isnat etmesidir.⁶³² İslâm hukukunda kazfin bir suç olarak düzenlenmesiyle korunan hukukî değer, her türlü fiilî veya sözlü saldırıya karşı insanın namus, şeref ve onurudur.⁶³³ Çünkü burada iftiraya uğrayan taraf açık bir haksızlığa uğradığı için utanır, üzülmür ve bu durumdan zarar görür.⁶³⁴ Borçlar hukuku perspektifinden bakıldığında bu değerler, birer manevî zarar konusu olarak görülebilir. Netice itibariyle kazfin, bir yandan bedene yönelik cezanın tatbiki nedeniyle ceza hukukunu ilgilendirirken, diğer yandan şahitliğin kabul edilmeyip kişinin fasık ve yalancı kabul edilmesi yönüyle de manevî tazminat rolüne bürünerek mağdurun mağduriyetini gidermek suretiyle manevî tazminat işlevini yerine getirdiği söylenebilir.⁶³⁵

İslâm hukukunun modern doktrinde İslâm hukukçularının maddî zarar-manevî zarar ayırımına gitmemiş olmalarını birçok olayda maddî ve manevî zararların beraber bulundukları, bir zararın sırf maddî veya manevî olarak ayırlamayacağı düşüncesiyle açıklayan Bilmen,⁶³⁶ (1883-1971) İslâm hukuku bakımından da zararın, maddî zarar ve

⁶³⁰ Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 241.

⁶³¹ Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 240-241, 243.

⁶³² Hamza Aktan, “Kazf”, Ankara: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2022, XXV, 148; Bilmen, *Kâmus*, III, 18; Yaşar Yiğit, “İnsan Onur ve Şerefine Korunması Açısından Kazf Suçu ve Cezasının Değerlendirilmesi”, *Marife: Dini Araştırmalar Dergisi* III, sy 1 (2003): 109.

⁶³³ Yiğit, “İnsan Onur ve Şerefine Korunması Açısından Kazf Suçu”, s. 116.

⁶³⁴ Osman Şekerci, *İslâm Ceza Hukukunda Ta'zir Suçları ve Cezaları*, İstanbul: Yeni Ufuklar Neşriyat, 1996, s. 50.

⁶³⁵ Benli, “Manevi Tazminat”, s. 202.

⁶³⁶ Ömer Nasuhi Bilmen, “İslâm Hukukunda Manevî Zararların Tazmini”, *İÜHF Mecmuası* 6, sy 4 (1940): 800; Şener, “Gasp ve İtlaf”, s. 53; Benzer tespitler Roma hukukundaki zarar ayırımları bakımından da

manevî zarar şeklinde ayrılabilceğini belirtir.⁶³⁷ Örneğin bir doktora, hastalarına karşı ilgisiz olduğu iftirası atılırsa bu doktor, bir kısım hastalarının müracaatlarından mahrum kalarak maddî zarara uğrar. Bu örnekte doktor, şahsiyetine yönelik saldırı nedeniyle manevî zarara, bu saldırı nedeniyle doktorun hasta sayısı eksildiği için de maddî zarara uğramıştır.⁶³⁸

İslâm hukukunun modern doktrinindeki bir çalışmada İslâm hukukunda tazminatın, zarar gören varlığın insan veya eşya oluşu, insana verilen zararların da miktarı ve niteliği dikkate alınarak diyet, erş, hükûmet’ül-adl, hükûmetü’l-elem gibi türlere ayrıldığı ifade edildikten sonra, bunlardan hükûmet’ül-elem’in manevî zarara karşılık geldiği ileri sürülmüştür.⁶³⁹ Bunun yanında diyet, erş, hükûmetü’l-adl gibi tazminat türleri maddî zarar olarak görülebilse de bunlar arasında manevî zararların da yer aldığı belirtilmiştir.⁶⁴⁰

Çalışmamızda da klasik dönemde zararın bütün olarak ele alınmasının arka planındaki düşünce, zamanın değişmesi, toplumsal ihtiyaçlar ve Türk hukukuyla mukayeseye elverişlilik hususları gözetilerek maddî zarar-manevî zarar ayrımı tercih edilmiştir.

Türk hukuk doktrininde ele alınan yoksun kalınan kârın, bir maddî zarar olması bakımından zamanın değişmesi ve toplumsal ihtiyaçlar kaynaklı zaruret gerekçesiyle İslâm hukuku bakımından da talep edilebileceği söylenebilir.⁶⁴¹ Nitekim Tanzimat sonrası dönemde özellikle vücut bütünlüğüne yönelik haksız fiillerde yoksun kalınan kârın tazmine konu olacağına ilişkin çeşitli kararnameler yayınlanmış olup bu yönde dava kayıtları da bulunmaktadır.⁶⁴²

yapılmaktadır. Buna göre zarar ayrımlarını terminolojik olarak ifade etmemek bunların bilinmediği ve uygulanmadığı anlamına gelmemektedir. Bkz. Topuz, *Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, s. 40.

⁶³⁷ Bilmen, “Manevî Zararların Tazmini”, s. 799.

⁶³⁸ Örnek için bkz. Bilmen, “Manevî Zararların Tazmini”, s. 800.

⁶³⁹ Kaya, “İslâm Hukukunda Cismani Zararların Tazmini”, s. 20.

⁶⁴⁰ Kaya, “İslâm Hukukunda Cismani Zararların Tazmini”, s. 20.

⁶⁴¹ Aynı yönde bkz. Şevket Pekdemir, *İslâm Hukukunda Sözleşmelerde Cezâî Şart*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2016, s. 128; Aksi yönde bkz. Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 109; Nuri Kahveci, “İslam Borçlar Hukukunda Tazminat”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum, Atatürk Üniversitesi SBE, 1997, s. 85.

⁶⁴² Detaylı bilgi için bkz. Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 131.

3.1.3. İlliyet Bağı

3.1.3.1. Genel Olarak İlliyet Bağı Kavramı

Arapçada “illet” (العلّة) kökünden türeyen illiyet, illet ile onun eseri arasındaki ilişkiyi ifade eder. Haksız fiil sorumluluğu özelinde illiyet, zararlı sonucu ortaya çıkaran fiil (illet/sebep) ile zarar (sonuç) arasındaki sebep-sonuç ilişkisidir.

İslâm hukukunun klasik doktrininde fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı, klasik kaynaklarda sıkça geçen mübâşeret ve tesebbüb kavramları üzerinden işlenir.⁶⁴³ İslâm hukukunun modern doktrininde ise illiyet bağı için bağlantı, bağ, ilgi ve ilişki anlamlarına gelen⁶⁴⁴ “râbıta” kullanılır.⁶⁴⁵

Türk hukukunda da meydana gelen zarar ile sorumluluğu doğuran olay ya da fiil arasındaki neden-sonuç ilişkisine illiyet bağı denir.⁶⁴⁶

3.1.3.2. İlliyet Bağı Teorileri ve Sebeplerin İctimâi

Türk hukuk literatüründe illiyet bağıyla ilgili olarak şart teorisi ve uygun illiyet bağı teorisi olmak üzere başlıca iki tür teori ileri sürülmektedir.⁶⁴⁷ Bunun yanında şart teorisi, ferdileştirici teoriler ve genelleştirici teoriler şeklinde üçlü bir tasnif de yapılmaktadır.⁶⁴⁸ İslâm hukukundaki illiyet bağı anlayışını açıklayan yaklaşım üçlü tasnif içerisindeki ferdileştirici teorilerde yer aldığı için çalışmamızda üçlü tasnif esas alınmaktadır. Uygun illiyet bağı teorisi Türk hukukunda hâkim olan illiyet bağı teorisi olup bununla ilgili detaylı açıklamalar ileride yapılacağı için burada yalnızca şart teorisi ve İslâm hukuku bakımından yakın sebep teorisi hakkında genel bilgi verilecektir.

“Şartların eşitliği teorisi” olarak da bilinen şart teorisi, tabiat ve felsefedeki sebep kavramından⁶⁴⁹ hareket eder ve zararlı sonucu meydana getiren sebepler arasında

⁶⁴³ Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 69; Zuhayli, *Nazarriyyetü'd-damân*, s. 31; Hafif, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 34.

⁶⁴⁴ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 473.

⁶⁴⁵ Zuhaylî, *Nazarriyyetü'd-Damân*, s. 31; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 457.

⁶⁴⁶ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 1; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 122.

⁶⁴⁷ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 45-47; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 607; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 401; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 328; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 278-279; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 123.

⁶⁴⁸ Bu tasnif hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 20 vd.

⁶⁴⁹ Felsefedeki sebep anlayışı şöyledir: “Felsefede (mantıkta) illiyet bağı sınırsız olarak devam eder. Her olayın sonuçları sınırsız olarak birbirini izler ve olayların daha sonraki cereyanında az çok etkisini gösterir.” Bkz. Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 13.

herhangi bir ayırım yapmaz.⁶⁵⁰ Örneğin A, yol kenarına bir taş bırakmakta, B de bu taş olarak yolun ortasına koymaktadır. Bu taş yoldan geçen bir arabanın kontrolünü kaybederek kaza yapmasına sebep olmaktadır. Şartların eşitliği teorisine göre bu olayda A da B ile birlikte meydana gelen zararı tazminle yükümlüdür.⁶⁵¹ Bu nedenle şart teorisine yöneltilen eleştirilerden en önemlisi, sorumluluğu sınırsız bir şekilde genişletmesidir.⁶⁵²

Ferdileştirici teoriler içerisinde yer alan yakın sebep teorisine göre hukukta uzak sebebe değil, yakın sebebe öncelik tanınır.⁶⁵³ Eş deyişle sonucu meydana getirmeye çok yakın ve doğrudan ilgili bir sebep varken çok uzak sebebe bakılmaz. Mecelle'nin 90. maddesindeki “*mübâşir ve mütesebbib müctemi*’ *oldukta hüküm mübâşire izâfe olunur*” şeklindeki kâide bu teoriyi çağırıştırır: Yakın sebep teorisi gereği mübâşir, doğrudan doğruya zarar verdiği için dolaylı olarak zarara yol açan müsebbipten önce gelir ve illiyet bağı mübâşir ile kurulur.

Yakın sebep teorisi çeşitli yönlerden eleştirilmektedir. Örneğin bir kişinin yanıcı bir maddeyi kalabalık bir ortamda havaya atması sonrasında bu maddenin düştüğü dükkânın sahibinin içgüdüsel olarak bu maddeyi komşusuna atması ve sonrasında o komşunun da diğer komşuya atması şeklinde devam eden zincirde sonuç itibarıyla bir başkasının yüzü yanmaktadır.⁶⁵⁴ Bu olayda yakın sebep teorisi uyarınca sorumluluk yanıcı maddeyi en son atana yüklenecek, ilk şahsın sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Buradan hareketle yakın sebep teorisinin kimi sakıncalarının bulunduğu söylenebilir.

İslâm hukukunda yukarıda değinilen kâidenin mutlak olarak uygulandığını söylemek doğru olmaz. Bu kâidenin çeşitli gerekçelerle istisnaları gündeme gelir. Örneğin mübâşirin sorumlu tutulabilecek kimse veya varlık olması hâlinde sorumlu tutulacağı, aksi hâlde mütesebbibin sorumluluğuna gidileceği hususu bunlardandır.⁶⁵⁵ Yukarıda verilen örnekte de hakkaniyet gerekçesiyle sorumluluğun sadece mübâşire

⁶⁵⁰ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 21-22.

⁶⁵¹ Benzer bir örnek ve konuyla ilgili İslâm hukuk doktrinindeki görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. es-Sâfi, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslami*, s. 120.

⁶⁵² Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 28-29; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 45; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 124.

⁶⁵³ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 36. Latince: *In jure non remoto sed proxima causa spectatur*.

⁶⁵⁴ Scott v. Shepherd davasından alınmıştır. Bkz. Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 39.

⁶⁵⁵ İstisnalar hakkında detaylı bilgi için bkz. II. Bölüm, 3.1.3.3.3.

yüklenemeyeceği göz önünde bulundurularak kâideye bir istisna getirilebileceği düşünülmektedir. Böylelikle bu teorinin yetersizliği somut olaylarda giderilebilir.

Zararlı bir sonucu meydana getirmeye elverişli birden fazla sebebin varlığı hâlinde sonucun birden çok sebebe bağlı olduğundan söz edilir ki, buna “sebeplerin ictimâî” denir.⁶⁵⁶ Sebeplerin ictimâînda zararlı sonucun nasıl ve kimler tarafından paylaştırılacağı bir sorundur. Sebeplerin ictimâî; ortak illiyet, yarışan illiyet ve seçimlik illiyet ve önüne geçen illiyetten oluşur.

Ortak illiyet, hiçbirisi tek başına zararlı sonucu meydana getirmeye yetmeyen birden fazla sebebin bir araya gelerek zararlı sonucu meydana getirmesidir.⁶⁵⁷ İslâm hukukunda ortak illiyet, mübâşeret ve tessebbüb hâllerinde veya her iki hâlin birleşmesiyle meydana gelebilir.⁶⁵⁸ Türk hukukunda ortak illiyet, “kusurlu ortak illiyet” ve “yalın ortak illiyet” olarak ikiye ayrılır.⁶⁵⁹ Faillerin kusurları bakımından birbirlerinden haberdar olması, kusurlu ortak illiyeti yalın ortak illiyetten ayırt eder. Yarışan illiyet, her biri tek başına zararlı sonucu meydana getirmeye elverişli birden fazla sebebin bir araya gelerek zararlı sonucu meydana getirmesidir.⁶⁶⁰ Seçimlik illiyet, zararlı sonucu meydana getiren birden çok sebep bulunmakla birlikte hangisinin zararı meydana getirdiğinin bilinmemesi hâlidir.⁶⁶¹

Önüne geçen (farazî) illiyet, zararlı sonucu meydana getirmeye elverişli birden fazla sebep olmasına rağmen bu sebeplerden yalnızca birinin fiilen zararlı sonucu meydana getirmesidir. Türk hukukunda bazı hâllerde farazî sebebe dayalı olarak sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmıştır. Adam çalıştırmanın sorumluluğunda adam çalıştıran, gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bile zararın meydana geleceğini ispatlamak

⁶⁵⁶ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 147; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 78; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 293.

⁶⁵⁷ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 149; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 78; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 293.

⁶⁵⁸ Örneğin bir kimsenin hukuka aykırı biçimde umuma açık bir yolda açtığı kuyuya bir başka kişiyi yaralayarak atan diğer kimse, kuyuyu kazan kişiyle birlikte sorumlu tutulmuştur. Bu örnekte kuyuyu kazan kişi mütesebbib, zarar göreni yaralayarak kuyuya atan kişi ise mübâşirdir. Her ikisinin zararın meydana gelmesinde ortak ve onusuz olmaz katkıları dolayısıyla birlikte sorumludurlar. Detaylı bilgi için bkz. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 80.

⁶⁵⁹ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 149; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 294.

⁶⁶⁰ Örneğin farklı fabrikalardan göle dökülen ve her bir fabrika için tek başına zararı meydana getirmeye yetecek ölçüdeki zehirli atık dolayısıyla fabrikalar müteselsil sorumludur.

⁶⁶¹ Örneğin bir sopa ve bıçakla bir kavgaya giren gruptakilerden kimin zararlı sonucu meydana getirdiği tespit edilememektedir. Buna rağmen sebepler görünüş itibarıyla bir birlik oluşturmakta ve aynı zamanda haksız fiil niteliğini taşımaktadır. Bu nedenle kavgada yer alarak zararın meydana gelişini kolaylaştıranlar müteselsil olarak sorumludur.

suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânına sahiptir. Borçlar hukukunda genel illiyet bağı olarak bilinen bu durumun, İslâm borçlar hukukunda da bulunduğu hareketle İslâm hukuku bakımından aynı ölçüde savunulabilir olduğu kanaatindeyiz.

3.1.3.3. İslâm Hukukunda İlliyyet Bağı: Mübâşeret ve Tesebbüb

Mübâşeret ve tesebbüb kavramları İslâm hukukundaki sorumluluk anlayışını yansıtmaları bakımından oldukça önemlidir. Adam çalıştırmanın sorumluluğunda adam çalıştırmanın mütesebbib, çalışanın da mübâşir konumunda olduğu dikkate alındığında konunun önemine binaen burada nispeten detaylı bir biçimde konu ele alınacaktır. Bu başlıkta genel olarak mübâşeret ve tesebbüb kavramları ele alınacak, sonrasında bu kavramların sorumluluktaki rolü ve adam çalıştırmanın sorumluluğunda mübâşeret ve tesebbüb üzerinde durulacaktır. Adam çalıştırmanın sorumluluğunda mübâşeret ve tesebbüb üzerinde durulurken bu sorumluluk türünün genel kâideden bir istisna olması nedeniyle önce mübâşeret ve tesebbübün aynı olayda bir araya geldiği olaylardaki ilgili kâideye, sonrasında da bu kâideye getirilen istisnalara yer verilecektir. Son olarak İslâm hukukundaki sorumluluk anlayışının dayandığı asıl unsurun izahı sonrasında İslâm hukuku ile Türk hukuku arasında sorumluluk anlayışı açısından kısa bir mukayese yapılacaktır.

3.1.3.3.1. Genel Olarak Mübâşeret ve Tesebbüb Kavramları

Mübâşereten itlâf, bir şeyi doğrudan doğruya telef etmektir.⁶⁶² Bir başka tanımıyla mübâşereten itlâf, zarar verenin fiili ile zarar arasına başkasının iradesine dayanan (ihtiyarî) herhangi bir fiil girmeksizin gerçekleşen itlâftır.⁶⁶³ Mübâşir de bir şeyi bizzat meydana getiren, bizzat fâil olan kimsedir.⁶⁶⁴ Örneğin bir kimsenin elbisesini yırtmak, evini yakmak veya yıkmak gibi hâllerde, araya başka bir fiil girmediğinden, mübâşereten itlâf söz konusudur.

Mübâşeret tanımının mefhumu muhalifinden hareketle, bir şeyi bizzat telef etmeyen, dolaylı olarak telefine sebep olan kimse de mütesebbib olmakta ve bu duruma tesebbübten itlâf denilmektedir. Bir başka tanımıyla mütesebbib, bir şeyin (zararın) ortaya çıkmasına hayatın olağan akışına göre (âdetin cereyanına nazaran) sebep olan bir işi

⁶⁶² Bilmen, *Kâmus*, III, 19.

⁶⁶³ Kemal Yıldız, “Mübâşeret”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2006, XXXI, 428.

⁶⁶⁴ Bilmen, *Kâmus*, III, 20.

meydana getiren kimsedir.⁶⁶⁵ Tesebbüben itlâfta fiil, doğrudan zarara yol açmamakla birlikte, zararın meydana gelmesine zemin hazırlamakta ve zarar, araya başka bir fiilin girmesi sonucu meydana gelmektedir.⁶⁶⁶ Örneğin bir kişinin içine düşerek onun telefine neden olan kuyuyu kazan kişi böyledir.⁶⁶⁷ Bu örnekte kuyuya düşen kişinin, düşme fiiliyle zarar arasındaki yakınlık dikkate alınarak mübâşeret olduğu, kuyuyu kazarak bu kişinin kuyuya düşmesine neden olan kişinin ise fiili ile zarar arasındaki bağlantının nispeten uzaklığı dikkate alındığında mütesebbib olduğu sonucuna varılmaktadır.

İslâm hukukunun modern doktrinde mübâşeret için “doğrudan illiyet bağı”, tesebbüb için de “dolaylı illiyet bağı”⁶⁶⁸ veya “sebep olma yoluyla itlâf”⁶⁶⁹ ifadeleri yer alır.

Başkasının fiilinden sorumluluk hâli olarak adam çalıştıranın sorumluluğu konusu, İslâm hukukunda tesebbüben itlâf kavramı ve sorumluluğu esasları çerçevesinde ele alınmaktadır.⁶⁷⁰

3.1.3.3.2. Mübâşeret ve Tesebbüb Hâllerinin Sorumluluktaki Rolü

3.1.3.3.2.1. Genel Olarak

İslâm hukukçuları mübâşeret ve tesebbüb şeklindeki illiyet bağlarından birinin bulunmadığı hâllerde sorumluluğun da bulunmayacağı hakkında ittifak hâlindeyken, tesebbübün somut örneklerde değerlendirilmesinde farklı görüşler ileri sürmüşlerdir.⁶⁷¹

Mübâşeret hâlinde fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı oldukça güçlüyken, tesebbüb hâlinde fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı daha zayıftır.⁶⁷² Fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının daha güçlü veya daha zayıf olarak nitelendirilmesi, İslâm hukukunda fiilde ayrıca teaddî vasfının aranıp aranmamasının tayininde rol oynamıştır.⁶⁷³

⁶⁶⁵ Bilmen, *Kâmus*, III, 20.

⁶⁶⁶ Aydın, “Eski Hukukumuzda İtlâf”, s. 68.

⁶⁶⁷ Bilmen, *Kâmus*, III, 20.

⁶⁶⁸ Ünal Yerlikaya, “Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddî Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddî-Hukuka Aykırılık-Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme”, *Diyanet İlmî Dergi* 53/3 (2017), 29.

⁶⁶⁹ Aydın, “Eski Hukukumuzda İtlâf”, s. 68.

⁶⁷⁰ Aydın, “Eski Hukukumuzda İtlâf”, s. 69.

⁶⁷¹ Canbulat, “Gasb ve İtlâf”, s. 115; İlgili örnekler için ayrıca bkz. Canbulat, “Gasb ve İtlâf”, s. 115-119.

⁶⁷² Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 70.

⁶⁷³ Erdem, “İslâm Hukukunda İstihdâm İlişkisi”, s. 230; Araz, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*, s. 47.

Buna göre, mübâşeret hâllerinde teaddî unsuru aranmazken, tesebbüb hâllerinde teaddî unsuru aranmaktadır.⁶⁷⁴

3.1.3.3.2.2. Mübâşir ile Mütesebbibin Bir Arada Bulunması Hâlinde Sorumluluk ve İstisnaları

Genel kural mübâşir ile mütesebbibin bir araya geldiği durumlarda hükmün mübâşire izâfe edilmesidir.⁶⁷⁵ Mecelle'nin 90. maddesinde bu kural, “*Mübâşir ile mütesebbib müctemi' olduğunda hüküm mübâşire izâfe olunur.*” şeklinde ifadesini bulmuştur. Ancak bu kuralın birçok istisnası bulunmaktadır.⁶⁷⁶ Yani her zaman için mübâşir ile mütesebbibin bir arada bulunduğu hâllerde mübâşirin mütesebbibe takdim edilerek sorumluluğun mübâşire yükleneyeceği söylenemeyebilir. Çünkü küllî kâideler ağlebî/çoğunluk hüküm ifade eder.⁶⁷⁷ Bu nedenle bu kâide, mübâşir ile mütesebbibin bir araya geldiği bir olayda sorumluluk çoğunlukla mübâşire yüklenir anlamındadır. Adam çalıştırmanın sorumluluğunda da mübâşir konumundaki çalışan bırakılarak sorumluluk, mütesebbib konumundaki adam çalıştırana yüklendiği için çalışma konumuz bakımından bu kuralın istisnalarına değinilmesi oldukça önemlidir.

İslâm hukukunun modern doktrininde Mustafa Ahmed ez-Zerkâ mübâşir ile mütesebbibin aynı olayda birleştiğinde hükmün mübâşire izâfe olunacağı şeklindeki kuralın istisnası olarak pek çok durum zikretmektedir.⁶⁷⁸ Aşağıdaki sıralamada Zerkânın

⁶⁷⁴ “Fiil ile zarar arasında kurulan en kuvvetli bağ mübâşeret halidir. Bu bağ çok kuvvetli olduğu için ayrıca fiilin kânûna aykırı olması şartı aranmamaktadır. Fiil ile zarar arasında kurulan ancak mübâşeret durumuna göre daha zayıf bir bağ olan tesebbüb hali zayıf bir bağ olduğu için mübâşeret durumundaki şartlara ilâveten ayrıca fiilin hukûka aykırı olması şartı da aranmaktadır.” Erdem, “İslâm Hukukunda İstihdâm İlişkisi”, s. 233; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 73-74; Temîmî, “Kâide: İzâ İctemea el-mübâşirü ve'l-mütesebbib”, *Mecelletü Câmîatü eş-Şârika* 13, sy 1 (2016): 222; Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi*, s. 136.

⁶⁷⁵ “Mübâşeret hüküm olarak illettir. Fakihler nezdinde de illet sebebe mukaddemdir ki, sebep illetin illetidir. Başka bir deyişle mübâşir, bizatihi failken mütesebbib sebep için fail, zarara götürendir.” İmâd Ahmed Ebû Sa'd, *Mes'ûliyyetü'l-mübâşir ve'l-mütesebbib: dirâse mukârene bi's-şerîati'l-İslamiyye ve'l-kânûni'l-medenî*, Amman: Dârü's-Sekâfe, 2011, s. 121; “Hükümlerde aslanan müessir illete izafe edilmektir. Çünkü illetler daha kuvvetli ve daha yakındır.” Abdüllatif Avad Muhammed el-Karnî, *Nazariyyetü's-sebebiyye fi'l-mes'ûliyye beyne'l-fikhi'l-İslami ve'l-kânûni: dirâse te'siliyye mukârene*, Beyrut: Menşûratü'l-Halebî el-Hukûkiyye, t.y., s. 293.

⁶⁷⁶ Temîmî, “Kâide: İzâ İctemea el-mübâşirü ve'l-mütesebbib”, s. 230; Ebû Sa'd, *Mes'ûliyyetü'l-mübâşir ve'l-mütesebbib*, s. 121; Ergin, “Tesebbüb Halinde Damân”, s. 37; Abdüsselam Tünci, *Müessesetü'l-mes'ûliyye fi's-şerîati'l-İslamiyye*, Trablus: Cem'iyyetü'l-Da'veti'l-İslamiyye el-Alemiyye, 1994, s. 279; Paçacı, “Medenî Müeyyideler”, s. 127.

⁶⁷⁷ Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, İstanbul: Litera Yayıncılık, 2018, s. 43.

⁶⁷⁸ Zerkâ, *el-Fi'lü'd-dâr*, s. 84; Temîmî, “Kâide: İzâ İctemea el-mübâşirü ve'l-mütesebbib”, s. 230-231; Benzer bir sıralama için bkz. Ebû Sa'd, *Mes'ûliyyetü'l-mübâşir ve'l-mütesebbib*, s. 122-125.

listesi esas alınmakla birlikte, İslâm hukukunun modern doktrinde diğerk hukukçular tarafından ileri sürülen ilâve istisnalar da listeye eklenecektir.⁶⁷⁹ Tesebbübün mübâşerete takdim edileceğı yönündeki kâidenin istisnaları şöyle sıralanmaktadır:

- Mübâşeret tesebbüb üzerine bina edilmişse,
- Kastın kötülüğü mübâşirin aksine olarak mütesebbipte çok daha fazlaysa,
- Tesebbüb, mübâşirin tağrîri (aldatılması) suretiyle yapılmış ve mübâşir de bu aldatmadan haberdar değilse,
- Tesebbüb ilişkisi, hıyânet hâlinde olduğı gibi mütesebbibin sorumluluğunu artırmayı gerektiriyorsa,
- Mübâşeret ilişkisi, ehliyet noksanlığı gibi mübâşirin sorumluluğunun hafifletilmesini gerektiriyorsa,
- Harekete iten güç (*dâfi* 'esas âmil) mütesebbibin kendisiyse,⁶⁸⁰
- Mübâşiri sorumlu tutmak mümkün değilse,⁶⁸¹
- Tesebbüb mübâşire yönelik ikrah sonucu olmuşsa,
- Failin mevcut olmadığı veya bilinmediğı hâllerde.⁶⁸²

Sayılan bu ve bu gibi hâllerde sorumluluk, zarara sebep olan fiilin failine (mütesebbib) yüklenir. İstisnaların sayısının bu denli fazlalığı karşısında bu kuralın sorgulanması gündeme getirilebilir. Bu kâidenin güncel teknolojik gelişmelerle birlikte şu şekilde anlaşılabilirliğini düşünmekteyiz: Mübâşir ile mütesebbib aynı olayda bir araya geldiğinde hukukî sorumluluk ancak başkaca bir neden bulunmuyorsa mübâşire yüklenir.

Kuralın istisnasını birkaç örnek üzerinden somutlaştırmak konunun anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Ebû Yûsuf tarafından verilen bir örnekte, bir kimsenin işçi kiralaması ve ona *bi-gayri emri sultân* (kamu yetkilisinin izni olmaksızın) Müslümanların yolunda (umumi yol) bir kuyu kazdırması hâlinde, bu kuyunun içerisine (yoldan geçen) bir başka kişinin düşmesi ve ölmesinin sonucunda sorumluluk, (kural olarak) mübâşereten itlâf gereğı ecîre yüklenmekteyken; Ebû Yûsuf, burada kıyası terk ettiklerini çünkü işçilerin

⁶⁷⁹ Bu ilâvelerin hangi hukukçuya ait olduğunu belirtmek üzere maddenin sonunda ek atf verilmiştir.

⁶⁸⁰ Vehbe Zuhayli, *Nazarriyetü'd-damân*, Dımaşk: Daru'l-Fıkr, 2018, s. 43; es-Sâfi, *ed-Damân fi'l-fıkhi'l-İslami*, s. 169; Sebebin bu durumda illet manasında (makamında) olduğı hakkında bkz. Tünci, *Müessesetü'l-mes'ulîyye*, s. 279.

⁶⁸¹ Paçacı, "Medenî Müeyyideler", s. 128.

⁶⁸² Paçacı, "Medenî Müeyyideler", s. 128.

bu durumu bilmemekte olduklarını ve böylece sorumluluğun (istihsânen) adam çalıştırmanın âkilesi üzerinde olması gerektiğini belirtmektedir.⁶⁸³ Görüldüğü gibi, burada hukuk düşüncesi bakımından Ebû Yûsuf'un genel kuralı bırakıp istihsânen sorumluluğu adam çalıştırana yüklemesinin arka planında önemli bir gerekçe bulunmaktadır. İşçilerin bu durumu bilmemeleri muhtemelen kuyu kazılan yerin umumi bir yol olmadığı veya kamu yetkilisinin izninin var olduğu yönündeki kanaatleri sebebiyledir. Burada klasik kaynaklarda geçen *tağrîr*⁶⁸⁴ durumu söz konusudur. Burada tesebbüb, mübâşirin aldatılması üzerine bina edilmiş olup mübâşir de bu aldatmadan haberdar değildir.

Yalancı şahitlerin şahitliğine dayalı olarak hüküm veren hâkim örneğinde, bu nedenle davayı kaybeden tarafın uğradığı zarara doğrudan yol açan kişi verdiği karar sebebiyle hâkim olsa da bu durum yargılama faaliyetinin bir gereği olduğundan ve uygun illiyet bağı araştırıldığında zararı meydana getiren asıl fiilin yalancı şahitlerin fiili olduğu anlaşıldığından, yalancı şahitler tesebbübten sorumlu tutulur.⁶⁸⁵ Bu örnekte hâkim, yalancı şahitlerin aleti (aracı) hükmündedir.

Verilen örnekte hâkim mübâşir, yalancı şahitler mütesebbib olmasına rağmen olayın özellikleri incelendiğinde, hâkimin fiilinin sorumluluk konusu olmadığı görülür ve sorumluluk mütesebbibe yüklenir. Oysa lafzî bir yorum yapılması durumunda mübâşir ve mütesebbibin bir arada bulunmasından hareketle mübâşir konumundaki hâkimin sorumlu tutulacağı söylenebilirdi.⁶⁸⁶ Netice itibarıyla mübâşir, sorumlu tutulmasına hükmedilebilecek bir kişi veya varlık olması hâlinde sorumludur.⁶⁸⁷ Böyle olmayan hâllerde ise sorumluluk mütesebbiptir.

⁶⁸³ Ya'kûb b. İbrâhîm el-Ensârî Ebû Yûsuf, *el-Harâc*, Kahire: el-Mektebetu'l-'Ezheriyye, ty, s. 175. Bu ifadenin orijinal hali şöyledir:

”وَأَيُّمَا رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَحَفَرَ لَهُ بُئْرًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ بَغَيْرِ أَمْرِ السُّلْطَانِ فَوَقَعَ فِيهَا رَجُلٌ فَمَاتَ؛ فَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ الضَّمَانُ عَلَى الْأَجِيرِ، وَلَكِنَّا نَرَكُنَا الْقِيَاسُ فِي ذَلِكَ لِأَنَّ الْأَجْرَاءَ لَا يَعْرِفُونَ إِذَا تُقَامَ ذَلِكَ فَالضَّمَانُ عَلَى عَاقِلَةِ الْمُسْتَأْجِرِ.”

⁶⁸⁴ Tağrîr: “Sözlükte ‘bir kimseyi yanıltmak, aldatmak, tehlikeye atmak’ anlamındaki tağrîr fıkıh terimi olarak satım, icâre vb. ivazlı akidlerde taraflardan birinin ya da onunla irtibatlı üçüncü kişinin söz veya davranışı ile diğer tarafı kasten aldatmasını ifade eder.” Bkz. H. Mehmet Günay, “Tağrîr”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2010, XXXIX, 375.

⁶⁸⁵ Örnek için bkz. Yıldız, *Câmi'u'l-Fusûleyn'in Kaynakları*, s. 105.

⁶⁸⁶ Klasik dönem İslâm hukuk doktrininde bu konunun bir diğer örneği olarak jurnalcilik konusu işlenmektedir. Zulmeden bir yönetime bir başkasını haksız yere şikâyet eden kimse (jurnalci) ile haksız şikâyet sonucu o kişinin mallarına el koyan yönetici aynı olayda bir araya gelmektedir. Jurnalci şikâyeti suretiyle zarara neden olduğundan mütesebbib, yönetici doğrudan zarara yol açtığından mübâşir konumundadır. Ancak zalim sultan “üzerine sorumluluk yüklenemeyecek bir varlık” olduğundan genel kuraldan sapmak gerekmiş ve sorumluluk nedenler zincirinde geriye gidilerek jurnalciye yüklenmiştir. Bunun arka planında zamanın değişmesi ve insanların mallarını koruma kaygısı gibi etmenler bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 129-130, 133.

⁶⁸⁷ Yıldız, *Câmi'u'l-Fusûleyn'in Kaynakları*, s. 104-105.

Bu örneğin bir benzeri, Türk hukukunda bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor düzenlemesinden kaynaklanan hukukî sorumluluğudur. Bu sorumluluk, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 285. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir: “*Bilirkişinin kasten veya ağır ihmal suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun, mahkemece hükme esas alınması sebebiyle zarar görmüş olanlar, bu zararın tazmini için Devlete karşı tazminat davası açabilirler.*”

Bilirkişi, gerçeğe aykırı biçimde düzenlendiği raporun hükme esas alınmasıyla birlikte üçüncü bir kişinin zarar görmesine neden olmakta ve buradan bir hukukî sorumluluk doğmaktadır. İslâm hukukunun sorumluluk terminolojisine göre bunu değerlendiresek; bilirkişi mütesebbib, kararı veren hâkim mübâşirdir. Hâkim her ne kadar kararı vermekle üçüncü kişinin zararını doğrudan doğruya meydana getiriyor gibi gözükse de zararın doğmasına gerçeğe aykırı rapor düzenleyerek dolaylı şekilde yol açan bilirkişi burada esas âmil konumundadır. Bu nedenle sorumluluk bilirkişiye aittir. Ancak bir farklılık olarak, Türk hukukunda kamu görevinin çeşitli nedenlerle aksamaması için tazminat davalarının devlete karşı açılması ve sonrasında devletin kusuru bulunan memura rücu etmesi şeklinde düzenlenmiştir.

3.1.3.3.2.3. Mütesebbiblerin Bir Arada Bulunması Hâlinde Sorumluluk

İslâm hukukunun sorumluluk anlayışında adam çalıştıranların birden fazla olması hâli “mütesebbiblerin ictimâi” olarak değerlendirilir. Adam çalıştıranın sorumluluğunda adam çalıştıranlar, çalışanı çalıştırmak suretiyle zararın meydana gelmesine dolaylı bir biçimde yol açmışlardır. Bu bakımdan adam çalıştıranlar mütesebbiptir. Adam çalıştıranlar bakımından tesebbüb suretinde kurulan bu illiyet bağı aynı olayda birleşmekte ve sonuç itibarıyla hangisinin sorumluluğuna gidileceği problemiyle karşılaşmaktadır. Bu problem çalışmamızın müteselsil sorumlulukta “Adam Çalıştıranların Müteselsil Sorumluluğu”nun ele alındığı kısımda incelenecektir.⁶⁸⁸

3.1.3.3.3. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunda Mübâşeret ve Tesebbüb

Adam çalıştıranın kavramsal çerçevesi kısmında; adam çalıştıran, çalışan, çalıştırma ilişkisi ve zarar gören (mağdur) kavramları açıklanmıştır.⁶⁸⁹ Bu kavramların İslâm

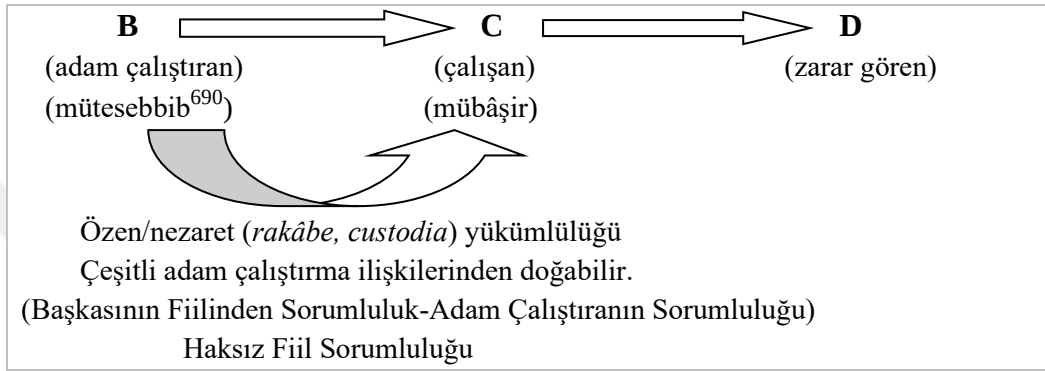
⁶⁸⁸ Bkz. IV. Bölüm, 2.4.1.

⁶⁸⁹ Bkz. II. Bölüm, 2.

hukukunda ve Türk hukukundaki sorumluluk anlayışı çerçevesinde değerlendirilmesi ise bu başlık altında yapılacaktır. Çünkü İslâm hukukunda adam çalıştıran ile çalışanın İslâm hukukuna özgü illiyet teorisi bağlamında değerlendirilmesi ancak bu kavramların izahından sonra mümkündür.

Şekil 4

Adam Çalıştıranın Sorumluluğuna İlişkin Kavramlar



Yukarıdaki şekle göre; B ile C arasında bir adam çalıştırma ilişkisi bulunmaktadır. Çalışan C, B'nin işini gördüğü sırada D'ye zarar vermiştir. D bu zararının giderimi için hukukî çözüm yolları aramaktadır.

İslâm hukuku terminolojisine göre C, zararı doğrudan meydana getiren kişi olarak mübâşirdir. B ise C ile aralarındaki adam çalıştırma ilişkisi ve C'nin B menfaatine iş görmesi göz önüne alındığında zararın meydana gelmesine dolaylı olarak yani C'yi çalıştırarak sebep⁶⁹⁰ olduğundan mütesebbib olarak isimlendirilir.

İslâm hukuku eserlerinde tasvîr edilen sorumluluk teorisine göre C mübâşir olduğundan fiili teaddî içermese dahi sorumludur.⁶⁹² B ise mütesebbib olduğu için ancak fiilinin teaddî içermesi hâlinde sorumlu olur.⁶⁹³

İslâm hukukunun sorumluluk anlayışında kural mübâşeret hâlidir. Bu husus mübâşeret ile tesebbüb hâllerinin aynı olayda bir araya gelmeleri hâlinde sorumluluğun

⁶⁹⁰ Başkasının fiilinden sorumluluğun tesebbübün görünüş biçimlerinden biri olduğu yönünde ayrıca bkz. Ebû Sa'd, *Mes'ûliyyetü'l-mübâşir ve'l-mütesebbib*, s. 255.

⁶⁹¹ Sebep kavramının fukahâ nezdinde dört farklı anlamda kullanıldığı hususunda Gazzalî'den nakledilen pasaj için bkz. es-Sâfî, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslami*, s. 39. Sebep kavramı çalışmamızda bu dört anlamdan ilki olan mübâşeretin karşıtı olarak kullanılmaktadır.

⁶⁹² es-Sâfî, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslami*, s. 107.

⁶⁹³ es-Sâfî, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslami*, s. 107.

mübâşerete izâfe olunacağı şeklindeki kâide üzerinden izah edilmişti. Aynı zamanda bu kâidenin birçok istisnasının olduğu üzerinde durulmuştu. Adam çalıştırmanın sorumluluğunda mübâşeret ve tesebbüb kavramları ele alındığında bu konunun, bu kâidenin bir istisnası olduğu görülür. Çünkü adam çalıştırmanın sorumluluğu, adam çalıştırma ilişkisinin mahiyetinden kaynaklanan teknik bir konudur ve buradaki genel kâide ile izah edilemez.

Adam çalıştırma ilişkisinin mahiyeti dikkate alındığında, menfaati için bir kimseyi çalıştıran olarak adam çalıştırmanın gördürdüğü iş esnasında ve işle ilgili meydana gelen zararı gidermesi gerekir. Çünkü menfaat aynı zamanda sorumluluğu gerektirir. Başka bir açıdan çalışanın çoğunlukla ekonomik açıdan güçsüzlüğü karşısında mağdurun zararının telâfisi ancak bu zararın adam çalıştıran tarafından üstlenilmesiyle mümkün olur. Böyle bir durumda mübâşirin sorumluluğuna gidilemediğinden bahisle de adam çalıştırmanın sorumlu olduğu sonucuna varılabilir. Bunlara ek olarak İslâm hukukunun sorumluluk anlayışında hâkim olan düşüncelerden biri olan mağdurun korunması için zararın bir şekilde ancak mutlaka giderileceği⁶⁹⁴ anlayışı da dikkate alındığında sorumluluğun adam çalıştırana yüklenmesi uygun düşer.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunda mübâşeretin yani çalışanın hukuka aykırı fiiliyle zarar vermesinin, tesebbübe yani adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü ihmali şeklindeki hukuka aykırı fiiliyle zarara neden olması üzerine bina edildiği söylenebilir. Ayrıca mütesebbib konumundaki adam çalıştıran, çalışanı kendi menfaati uğruna çalıştırdığı için çalıştırma fiili esnasında meydana gelen zarar bakımından harekete iten bir güç mesafesinde de görülebilir. Tüm bu gerekçeler ışığında mütesebbib konumundaki adam çalıştırmanın sorumlu tutulması daha isabetli bir yaklaşım olarak görünmektedir.

Türk hukuku perspektifinden meseleye bakıldığında, C'nin verdiği zarar nedeniyle B, adam çalıştırma ilişkisi dolayısıyla kusura dayanmayan biçimde sorumludur. Ayrıca zarar gören D'nin, C'ye genel haksız fiil hükümleri uyarınca başvurması mümkündür. Özetle, Türk hukuku bakımından B kusuruna bakılmaksızın adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine göre, C ise kusurlu olması şartıyla genel haksız fiil sorumluluğu hükümlerine göre sorumludur.

⁶⁹⁴ İslâm hukukunda külli kâidelerden biri “*Zarar izâle olunur.*” şeklindedir. Ne olursa olsun zararın giderilmesi gerektiğini ifade etmek üzere “*Zarar kadîm olmaz.*” ilkesi mevcuttur.

3.1.3.4. Türk Hukukunda Uygun İlliyet Bağı Teorisi

Türk hukuk doktrininde ve uygulamasında illiyet bağı teorileri arasında kabul gören teori, uygun illiyet bağı teorisidir.⁶⁹⁵ Uygun illiyet bağı, “somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağ” olarak tanımlanır.⁶⁹⁶ Şart teorisinde verilen örneğe uygun illiyet bağı teorisi açısından bakıldığında, zarar ile yakın ve makul bağ içerisinde bulunan fiil B’nin fiili (A’nın bıraktığı taşı alarak yola koyması) olduğu için sorumluluk yalnızca B’ye aittir; A sorumlu olmaz.

Uygun illiyet bağı teorisinde olayların olağan akışı dikkate alınarak objektif bir şekilde söz konusu fiilin ilgili zararı gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı araştırılır.⁶⁹⁷ Bu durum uygun illiyet bağının sorumluluğu kuran fonksiyonuyla ilgilidir. Nedensellik zincirinde yer alan tüm kişileri sorumlu tutmak hakkaniyet ilkesine aykırı bir yaklaşım olacağından, uygun illiyet bağı teorisiyle sorumlu tutulacak kişilerin kapsamı hakkında bir sınır çizilir.⁶⁹⁸ Bu durumda ise uygun illiyet bağının sorumluluğu sınırlandıran fonksiyonu görülür.

Türk hukukunda illiyet bağıyla irtibatlı olarak “hukuka aykırılık bağı”⁶⁹⁹ kavramı da uygun illiyet bağı içerisinde incelenmekte ve ona, uygun illiyet bağı teorisinin

⁶⁹⁵ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 51; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 45-47; İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 12; Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 133; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 125; “Haksız eylemin unsurlarından birisi ve en önemlisi de illiyet (nedensellik) bağıdır. Zararla eylem arasında nedensellik bağının mevcut olması demek; zararın, eylemin bir sonucu olarak ortaya çıkması, yani eylem olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin muhakkak olarak görülmesi demektir. Diğer bir deyimle, verilen zararın tazmin borcu doğurabilmesi için zararın, kendisine tazmin mükellefiyeti bağlanan bir olayın sonucu olarak görülmesi, bu ikisi arasında uygun bir neden-sonuç bağı bulunması gerekir. Eylemle zarar arasında böyle bir bağın var olup olmadığı herşeyden önce mantık kurallarına göre belirlenir. Bununla beraber mantıki illiyet bağı kesin ve belirli olduğu hallerde dahi eylemi işleyeni eylemin bütün sonuçlarından sorumlu tutmak adalet duygusuna aykırı olabilir. Bu konuda çeşitli nazariyeler ileri sürülmüştür. Bu nazariyelerden biri de (uygun illiyet nazariyesi)dir. Uygun illiyet nazariyesi hem bilimsel görüşlerde baskın görüş olarak benimsenmiş hem de İsviçre ve Türk uygulamasında kabul edilmiş bulunmaktadır.” Yarg. 4. HD., E. 1983/1998 K. 1983/2984 T. 21.03.1983.

⁶⁹⁶ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 52.

⁶⁹⁷ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 126-127; Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 26.

⁶⁹⁸ Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 31; Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 55, 58.

⁶⁹⁹ Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Halûk Tandoğan, “Hukuka Aykırılık Bağı”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu I. Sempozyumu*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980, s. 5-27.

eksikliklerini tamamlayıcı bir rol yüklenmektedir.⁷⁰⁰ İhlal edilen hukuk kuralının koruduğu menfaat ile ihlâl edilen menfaat arasındaki ilişki, hukuka aykırılık bağıdır.⁷⁰¹ Bu ilişki, amaçsal (gaî, teleolojik) yorumla belirlenir.⁷⁰² Hukuka aykırılık bağının aranma amacı sorumluluğu sınırlamaktır.⁷⁰³

3.1.3.5. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunda İlliyet Bağı

İslâm hukukundaki sorumluluk anlayışı açısından adam çalıştıranın sorumluluğunda illiyet bağı değerlendirildiğinde, ilk planda çalışanın zararlı sonucu doğrudan doğruya fiiliyle gerçekleştirmesi nedeniyle mübâşir olduğu, adam çalıştıranın da bir kişiyi çalıştırarak zararın meydana gelmesine dolaylı biçimde neden olduğu için mütesebbib olduğu tespiti yapılabilir. Bu isimlendirme mevcut hâliyle zararın nasıl (doğrudan/dolaylı) bir fiille meydana getirildiğiyle ilgilidir. Buradan hareketle mübâşir konumundaki çalışanın fiili ile üçüncü kişinin zararı arasında ve mütesebbib konumundaki adam çalıştıranın fiili ile üçüncü kişinin zararı arasında olmak üzere iki ayrı illiyet bağı vardır.

Türk hukukunda ise adam çalıştıranın sorumluluğunda illiyet bağı, zarar ile çalışanın fiili arasında, zarar ile çalışana verilen iş arasında ve zarar ile adam çalıştıranın fiili arasında olmak üzere üç grupta ele alınır.⁷⁰⁴ Adam çalıştırma ilişkisinin niteliği incelendiğinde, çalışana verilen iş ile zarar arasındaki illiyet bağının bu ilişkinin mahiyetinden çıkarılabildiği dikkate alınarak İslâm hukuku açısından da adam çalıştıranın sorumluluğunda illiyet bağının bu üçüncü türünün aranması yanlış olmayacaktır.

Bu üç tür illiyet bağının yokluğunun çeşitli sonuçları vardır. Zarar ile çalışanın fiili arasında illiyet bağı bulunmuyorsa çalışanın, zararın faili olmadığından söz edilir. Bu durumda çalışanın bir fiilinden söz edilemeyeceğinden, çalışanın fiilinden sorumluluğunu ifade eden adam çalıştıranın sorumluluğu doğmaz.⁷⁰⁵ Zarar ile çalışana verilen iş arasında illiyet bağı bulunmuyorsa adam çalıştıranın değil çalışanın sorumluluğu söz

⁷⁰⁰ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 111, 213; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 289.

⁷⁰¹ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 100; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 476; Tercier, Pichonnaz, ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 639.

⁷⁰² Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 99; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 476.

⁷⁰³ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 98; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 476; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 292.

⁷⁰⁴ Reisoğlu, *İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti*, s. 86-87.

⁷⁰⁵ Kılıç, "Adam Çalıştıranın Hukuki Sorumluluğu", s. 1041.

konusudur.⁷⁰⁶ Zarar ile adam çalıştırmanın fiili arasında illiyet bağı bulunmuyorsa adam çalıştırmanın bu durumu ispatı hâlinde sorumluluktan kurtulması gündeme gelir.⁷⁰⁷

Adam çalıştırmanın sorumluluğunda aranması gereken illiyet bağının, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğüne aykırılık ile zarar arasında mı yoksa çalıştırılanın fiili ile zarar arasında mı olacağı hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürülse de sonuç itibariyle fonksiyonel bağın da göz önünde bulundurulmasıyla birlikte illiyet bağının her ikisi arasında aynı anda aranması gerekir.⁷⁰⁸ Bu tartışmayla ilgili olarak İslâm hukuku bakımından şöyle bir değerlendirmenin yapılması mümkündür: Adam çalıştırmanın özen yükümlülüğü ile zarar arasındaki illiyet bağı tessebbübe, çalışan ile zarar arasındaki illiyet bağı mübâşerete girmektedir. İslâm hukukundaki “*Mübâşir ve mütesebbib müctemi’ oldukta hüküm mübâşire izâfe olunur.*”⁷⁰⁹ kâidesi, her iki illiyet bağı türünün aynı anda aranması gerektiği görüşüyle bağdaşmaktadır, denebilir.

Sonuç itibariyle hem İslâm hukukunda hem Türk hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğu özelinde illiyet bağı üç türdür: zarar ile çalışanın fiili arasındaki illiyet bağı, zarar ile çalışana verilen iş arasındaki illiyet bağı ve zarar ile adam çalıştırmanın fiili arasındaki illiyet bağı. Böylelikle adam çalıştırmanın sorumluluğunda gözetilen illiyet bağı çeşitlerine ve bunların yokluğunun sonuçlarına değinilmiştir. Bundan sonraki başlıkta bu illiyet bağı türlerini hangi hâllerin kesebileceği açıklanacaktır.

3.1.3.6. İlliyet Bağını Kesen Sebepler

Fiil ile zarar arasında kurulan illiyet bağını kesen⁷¹⁰ bazı sebepler bulunmaktadır. İslâm hukukunda gerek mübâşereten gerek tessebbüben illiyet bağının kurulabildiği hâllerde

⁷⁰⁶ Bu durum illiyet bağının adam çalıştırmanın sorumluluğu özelinde kazandığı özel bir görünümü ifade etmekte olup “fonksiyonel bağ” olarak isimlendirilmekte ve çalışmamızda özel şartlar altında ele alınmaktadır. Bkz. II. Bölüm, 3.2.2.

⁷⁰⁷ Bu durum adam çalıştırmanın sorumluluğunun özel ve olumsuz bir şartı olarak çalışmamızda ele alınmaktadır. Bkz. II. Bölüm, 3.2.3.

⁷⁰⁸ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 128-129; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 243-244; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 567-569; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 621.

⁷⁰⁹ Mecelle, m. 90.

⁷¹⁰ Türk hukuk doktrininde “illiyet bağının kesilmesi” ifadesiyle ilgili terim sorunu bulunduğu ifade edilmektedir. “Uygun olmayan illiyet bağı”, “uygunluğun yokluğu” ve “uygunluğun kesilmesi” olmak üzere iki türlü olabilir. Uygunluğun yokluğunda sebep ile zarar arasındaki bağ tabii illiyet bağı olup uygun illiyet bağı sıfatını haiz olmadığından hukuken dikkate alınan bir illiyet bağı değildir. İlliyet bağının kesilmesindeyse ilk sebep gerçekleşen zararı meydana getirmeye elverişli olmasına rağmen araya giren başka bir sebep ilk sebebi arka plana atarak somut olayda elverişsiz hale gelmektedir. “İlliyet bağının kesilmesi” ifadesiyle “uygunluğun” kesilmesi kastedilmektedir. Bunlara rağmen yerleşik terim olduğu için “illiyet bağının kesilmesi” şeklindeki kullanım tercih edilmektedir. Terim sorunu hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 171, 174.

meydana gelen zarardan zarar verenin sorumlu tutulabilmesi için illiyet bağıını kesen sebeplerden birinin bulunmaması gerekmektedir. İlliyet bağıını kesen sebepler; mücbir sebep, zarar görenin kusurlu davranışı ve üçüncü kişilerin kusurlu davranışından oluşmaktadır.⁷¹¹ Bu başlık altında sırasıyla bu hâller incelenecektir.

3.1.3.6.1. Mücbir Sebep

Mücbir sebep,⁷¹² borçlu veya sorumlu tarafından olmayan genel bir davranış normunun veya borcun ihlâlüne kesin biçimde yol açan ve kaçınılması mümkün olmayan olağanüstü olaylardır.⁷¹³ Öyleyse bir sebebin mücbir vasfını kazanabilmesi için öngörülemezlik,⁷¹⁴ önlenemezlik⁷¹⁵ ve haricilik⁷¹⁶ olmak üzere üç koşul gerekir.⁷¹⁷ Mücbir sebep deprem, sel gibi doğal afetlerden veya eşkıyalık, ihtilal, isyan gibi beşerî olaylardan⁷¹⁸ kaynaklanabilir.⁷¹⁹ Örneğin Rumeli Mahkemesi 21 numaralı kadı sicilinde rüzgar sebebiyle geminin batması sonucu gemideki malların telef olması nedeniyle açılan

⁷¹¹ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 174.

⁷¹² Arapçada: *el-Kuvvetü'l-Kâhira*. Zuhayli, *Nazarriyetü'd-damân*, s. 37. “Kuvvet” kelimesi güç, “kâhira” sıfatı ise galip ve baskın gelmektir. Bu durumda “el-kuvvetü'l-kâhira” tamlaması bir duruma veya şeye irade dışı ve cebren galip gelen anlamındadır.

Latince: *Vis Maior*. “Tabii veya insan fiiline bağlı, gerçekleşmesi borçlu ile ilgili olmayan ve ona yüklenemeyen, önlenmesi insan gücünün üstünde kalan hadise” olarak tanımlanır. Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 220; *Vis maior*, Roma hukukunda kusurla ilişkilendirilmiş ve kusuru ortadan kaldıran bir sebep olarak görülmüştür. Detaylı bilgi için bkz. Savaş, “Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci”, s. 557.

⁷¹³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 628; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 460 vd.; İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 201-202; Özdirek, *İşçilerin Verdiği Zarar*, s. 107; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 145.

⁷¹⁴ “Öngörülemezlik, olayın olağanüstü bir olay olarak ortaya çıkması gerektiğini, daha önceden tahmininin mümkün olamamasını ifade eder. Yargıtay bazı kararlarında bunu ‘ansızın gerçekleşen olay’, ‘önceden düşünülmesi mümkün olmayan olay’ gibi deyimlerle ifade etmektedir.” Özer Seliçi, “Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980, s. 64; “Önceden görülemeyen husus, olayın kendisi değil, doğuracağı sonuçlardır.” Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 183.

⁷¹⁵ Önlenmesine imkân olmaması, önüne geçilememesidir. Seliçi, “Mücbir Sebep Kavramı”, s. 65.

⁷¹⁶ “Bu unsur, sorumlunun kendi işletme rizikosu içinde kalan, kendi işletme faaliyetlerinden doğan rizikolardan kendisinin sorumlu tutulması gerektiği ilkesinden kaynaklanmaktadır. Böylece olay ile olayın meydana geldiği işletme arasında fonksiyonel bir bağ olmaması gerekir.” Seliçi, “Mücbir Sebep Kavramı”, s. 67.

⁷¹⁷ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 177-184; Baysal, *Zarar Görenin Kusuru*, s. 169; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 146.

⁷¹⁸ Beşerî olayların mücbir sebep kabul edilip edilmeyeceği Türk hukuk doktrininde tartışmalıdır. Hâkim kanaat mücbir sebep kavramını nisbi nitelikte olduğu yönündedir. Dolayısıyla mücbir sebebin mevcut şartlara, hukuki ilişkiye ve sorumlu kişinin faaliyetine bakılarak tayin edilmesi mümkündür. Bu bağlamda insan davranışlarının da mücbir sebep teşkil edebileceği sonucuna varılabilir. Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 141, 177-178.

⁷¹⁹ Serahsî, *el-Mebsut*, XI, 50.

davada rüzgar mücbir sebep kabul edilerek Mehmet Reis’e herhangi bir tazmin yükümlülüğü yükletilmemiştir.⁷²⁰

İslâm hukukunda gaspta, gâsıbın elinde, iradesi olmaksızın zayi olan malın gâsıp tarafından tazmin edilmesi gerekir.⁷²¹ Öyleyse gaspta mücbir sebep uygulama alanı bulmaz. Bu durum, gâsıbın yed-i damân olmasından ileri gelmektedir.⁷²² Bu durumun bir benzeri olarak, Türk hukukunda sözleşmeden doğan bir borcun ifasında temerrüde düşen tarafın temerrüt hâlindeyken mücbir sebep dahil meydana gelen zararlardan sorumluluğu söz konusudur. Gasp haricindeki zarar ve teleflerde ise mücbir sebep uygulama alanı bulunmaktadır.

3.1.3.6.2. Zarar Görenin Kusuru

Zarar görenin kusuru, aynı koşullardaki makul bir insanın kendi menfaati gereği zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçınması gereken bir davranış tarzının niteliğidir.⁷²³ Zarar görenin kusurunun illiyet bağıını keserek sorumluluğu kaldırması, objektif iyiniyet kurallarına dayanır. Buna göre hiç kimse kendi kusuruyla kendi aleyhine meydana getirdiği bir zararı bir diğerine yükleyemez.⁷²⁴

Zarar görenin kusurunun⁷²⁵ yoğunluk seviyesine göre iki farklı sonucu vardır. Bunlardan ilki, zarar görenin ağır kusuru (kastı veya ağır ihmali) varsa illiyet bağı ortadan kalkmasıdır.⁷²⁶ Zarar görenin kusurunun illiyet bağıını kesebilmesi için illiyet bağına etki edecek ölçüde olması, yani zararın meydana gelmesinde münhasır etki göstermesi gerekir.⁷²⁷ Örneğin zarar görenin, arabanın önüne kalp krizi geçirmesi nedeniyle düşmesi

⁷²⁰ Rasim Erol- Hüseyin Kılıç (haz.), *İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Mahkemesi 21 Numaralı Sicil*, İstanbul: İSAM Yayınları, 2011, s. 177, 179-180.

⁷²¹ Canbulat, “Gasb ve İtlaf”, s. 126.

⁷²² Yed-i damân haliyle ilgili açıklamalar için bkz. I. Bölüm, 3.2.1.

⁷²³ Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 214; Eren, *Uygun İliyet Bağı Teorisi*, s. 190; Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 234.

⁷²⁴ Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı*, 1-2, 97; Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi*, s. 190; Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 234-235. Buradaki kaidenin Latincesi şöyledir: *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*.

⁷²⁵ Zarar görenin kusurlu fiili gibi kusursuz fiilinin de illiyet bağıını kesip kesmeyeceği Türk hukuk doktrininde tartışmalıdır. “Zarargören yönünden kusursuz sorumluluk söz konusu olamaz. Bu nedenle, zarargören söz konusu olduğunda, daima kusur, yani kusurlu davranış aranır. Kusurlu olmayan bir davranış ise, illiyet bağıını kesemez.” Bkz. Eren, *Uygun İliyet Bağı Teorisi*, s. 193-197.

⁷²⁶ Mehlika Osmanoglu, “Birlikte Kusur”, *TBB Dergisi* 93, sy 2 (2019): 115; Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 234.

⁷²⁷ Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 431; Nuri Kahveci, “Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Hukuki Sonuçları”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi II*, sy 3 (2002): 133; Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 66.

ile kendisini arabanın önüne atması arasında belirgin bir farklılık bulunmaktadır. Kalp krizi geçirdiği için arabanın önüne düşmesinde zarar görenin herhangi bir kusurundan söz edilemezken, kendisini arabanın önüne atmasında zarar görenin ağır kusurunun varlığı açıktır.

Zarar görenin kusurunun diğer sonucu, tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmasıdır. Bu durum, zarar görenin kusurunun illiyet bağıını kesecek ölçüye ulaşmadığı hâllerde gündeme gelir.⁷²⁸ Bu durum, “tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınan sebepler” başlığı altında dördüncü bölümde ayrıca ele alınacaktır.⁷²⁹

İslâm hukuku bakımından kimsenin kendi aleyhine meydana getirdiği zararı diğerine yüklemeyeceği yönündeki kâide ile Mecelle’nin 100. maddesi ilişkili görünmektedir. Bu maddeye göre, “*Her kim ki kendi tarafından tamam olan şeyi nakz etmeye sa’y ederse sa’yı merduttur.*” Bu madde daha çok bir kişinin kendi kabulü veya işlemi sonucu ortaya çıkan hukukî durumu bozmasını konu edinir. Örneğin bir malı sattıktan ya da aldıktan sonra fuzulî olduğunu iddia eden kimsenin sözüne itibar edilmez.⁷³⁰ Ancak burada da dikkat edilen husus, objektif iyi niyet kuralları ihlâl edilerek hakkın kötüye kullanılmaması, daha özel hâliyle çelişkili davranmanın yasaklanmasıdır.⁷³¹

İslâm hukukunda da zarar görenin kusuru ölçüsünde borçlunun tazmin yükümlülüğü ortadan kalkar.⁷³² Bu durum İslâm hukuku açısından da zarar görenin kusurunun Türk hukukundaki gibi iki farklı sonucunun olduğuna işaret eder. Zarar görenin kusuru, zarar verenin fiili ile zarar arasındaki illiyet bağıını kesecek yoğunluktaysa zarar verenin sorumluluğu ortadan kalkar. Böyle olmayan hâllerdeyse zarar verenin tazmin yükümlülüğünden zarar görenin kusuru oranında indirim yapılır. Örneğin yayaların girmesine yasak bir yola girip kendi iradesiyle aracın önüne atlayarak zarar görmesine yol açan kişinin fiili, ona çarparak mübâşeretle zarar veren sürücünün

⁷²⁸ Osmanoğlu, “Birlikte Kusur”, s. 122, 126.

⁷²⁹ Bkz. IV. Bölüm, 1.4.4.3.

⁷³⁰ Yıldırım, *Mecelle’nin Külli Kaideleri*, s. 201.

⁷³¹ Yıldırım, *Mecelle’nin Külli Kaideleri*, s. 201.

⁷³² Abdürrezzâk Ahmed Senhûrî, *Masâdiru’l-hak*, Yay. y.y.: Dâru’l-Fikr, 1953, s. 131 vd.; Zuhaylî, *Nazariyyetü’l-Damân*, s. 251; Kaya, “İslâm Hukukunda Cismani Zararların Tazmini”, s. 94; Özdirek, *İşçilerin Verdiği Zarar*, s. 112; Akman, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet*, s. 184.

fiiliyle zarar arasındaki illiyet bağıını kestiğinden sürücünün sorumluluğundan bahsedilemez.⁷³³

Roma hukukunda zarar görenin kusuru *compensatio culparum* (ihmallerin birbirinden indirilmesi, mahsubu) olarak ifade edilir ve bu hâllerde zarar verenin sorumluluğu doğmaz.⁷³⁴ Öyleyse Türk hukukunda zarar görenin kusuru, tazminat miktarının belirlenmesinde tazminatın kaldırılması veya tazminatta indirim yapılması yönünde hâkimin takdir yetkisi kapsamında değerlendirmeye alınırken,⁷³⁵ Roma hukukunda zarar verenin kasıt harici verdiği zarar hâllerinde sorumluluğu tamamen ortadan kaldırmaktadır.⁷³⁶ Roma hukukunda Orta Çağ ile birlikte bu yaklaşım aşılılarak zarar görenin kusurunun varlığı hâlinde sorumluluğun paylaştırılması kabul edilmiştir.⁷³⁷ Bir diğer farklılık, Roma hukukunda zarar görenin kusurunun aynı zamanda hukuka aykırı olması aranırken, Türk hukukunda teknik anlamda kusurun varlığının yeterli görülmesidir.⁷³⁸

3.1.3.6.3. Üçüncü Kişinin Kusuru

Üçüncü kişi, zarar gören ve zarar veren ile bu ikisinin fiillerinden sorumlu olan kişiler (yardımcı kişiler, çalıştırılan gibi) dışındaki kişilerdir.⁷³⁹

Üçüncü kişinin kusurunun, yoğunluğuna göre iki ayrı sonucu vardır. Üçüncü kişilerin zararlı fiilleri, zarar veren kişinin zararlı fiilini kesin biçimde dışlayacak dereceye varmışsa⁷⁴⁰ fail sorumluluktan kurtulur ve üçüncü kişinin fiili, failin fiilindeki illiyet bağıını keser.⁷⁴¹ Üçüncü kişinin bu yoğunlukta olmayan kusurlu fiilleri ise ortak illiyet kapsamında değerlendirilir.⁷⁴²

⁷³³ Örnek için bkz. Yıldız, *Câmi 'u'l-Fusûleyn'in Kaynakları*, s. 108.

⁷³⁴ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 79; Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 34; Baysal, *Zarar Görenin Kusuru*, s. 1-2.

⁷³⁵ Zarar görenin kusurunun tazminatın belirlenmesinde dikkate alınması için bkz. IV. Bölüm, 1.4.4.3.

⁷³⁶ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 79-80.

⁷³⁷ Baysal, *Zarar Görenin Kusuru*, s. 3.

⁷³⁸ Baysal, *Zarar Görenin Kusuru*, s. 3, 34.

⁷³⁹ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 204.

⁷⁴⁰ İlliyet bağıını kesen sebeplerden üçüncü kişinin kusurunun zarar görenin kusurundan daha doğun olması aranmaktadır. Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 202.

⁷⁴¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 637; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 306.

⁷⁴² Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 204. Ortak illiyet hakkında bkz. II. Bölüm, 3.1.3.2.

İslâm hukukunun klasik doktrinindeki eserlerde yer alan örnekler incelendiğinde üçüncü kişinin kusuru illiyet bağıni kesen bir sebeptir.⁷⁴³ Örneğin bir kimsenin yolda açmış olduğu kuyuya bir başkasını iterek zarar görmesine neden olan üçüncü kişinin fiili, zararı tek başına meydana getirmeye yetecek yoğunlukta olduğu için kuyuyu kazan kişinin fiili ile zarar arasındaki illiyet bağıni kesmektedir.⁷⁴⁴ İslâm hukukunun modern doktrininde de üçüncü kişinin kusuru bazı hâllerde illiyet bağıni kesen bir sebeptir.⁷⁴⁵ Zarar görenin kusurunda verilen örneğin devamı olarak, yayayı yola üçüncü bir kişinin itmiş olması ihtimalinde, sürücünün fiiliyle zarar arasındaki illiyet bağı kesilmiş ve sorumluluk tesebbüben zarara yol açan üçüncü kişiye yüklenmiş olur.

3.1.4. Hukuka Aykırılık ve Kusurun Etkisi

Türk hukukunun dahil olduğu Kara Avrupası hukuk sisteminde hukuka aykırılık ve kusurun ayrı unsurlar olarak ele alındığı bilinmekte⁷⁴⁶ ve bu nedenle günümüz hukukunda kavramların kapsamına dair herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.⁷⁴⁷ İslâm hukukunun klasik doktrinindeki teaddî ve teammüd kavramları günümüz hukukundaki hukuka aykırılık ve kusur kavramlarıyla irtibatlı olsa da bu iki kavramın sınırlarının tam olarak çizilmesi, özellikle de teaddî'nin teammüdü de kapsayıp kapsamadığı⁷⁴⁸ hususu çok belirgin değildir. Bu sebeple hukuka aykırılık başlığı altında teaddî ve teammüd kavramlarının birlikte ele alınması gerekli görülmektedir.

Bu durum göz önünde bulundurularak bu başlık altında ilk olarak hukuka aykırılığa ilişkin genel bir çerçeve çizilecek, sonrasında özel olarak İslâm hukukunda hukuka aykırılığı ifade etmek üzere kullanılan teaddî kavramına ilişkin kısa bir teori sunulacak ve adam çalıştıranın sorumluluğunda hukuka aykırılık incelenecektir. Bundan sonra “kusurun etkisi”ni somutlaştırmak için kusura ilişkin kısa bir izah yapıldıktan sonra adam çalıştıranın sorumluluğunda kusurun etkisi ele alınacaktır.

⁷⁴³ Ebü'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kübrâ Şerhu Muhtasari'l-Müzenî fî Fıkhi Mezhebi'l-İmâmî's-Şâfiî*, Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1994, s. 211; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 90.

⁷⁴⁴ Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 149; Ünal, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, s. 157.

⁷⁴⁵ Senhuri, *Masâdiru'l-hak*, IV, 136; Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-âmme*, I, 208; Özdirek, *İşçilerin Verdiği Zarar*, s. 114.

⁷⁴⁶ Alman ve İsviçre hukukları aynı tutumu benimserken, Fransız hukuku böyle bir ayırım gözetmemiştir. Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 40.

⁷⁴⁷ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 477; Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 97-98.

⁷⁴⁸ Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku*, s. 94.

3.1.4.1. Genel Olarak Hukuka Aykırılık

Türk hukukunda TBK m. 49/I'de “...*hukuka aykırı bir fiille...*” ifadesiyle haksız fiilin hukuka aykırılığı bir şart olarak aranmıştır. Bununla birlikte herhangi bir tanımı yapılmamıştır. Bu nedenle Türk hukuk doktrininde hukuka aykırılığı tespiti yönelik objektif ve sübjektif teoriler ileri sürülmüştür.⁷⁴⁹ Bu ayrım pratik olmaktan ziyade teorik bir ayırmadır.⁷⁵⁰ Sübjektif teoriye göre fiilin kişiye tanınan hak sınırlarını aşması hâlinde hukuka aykırılık oluşurken, objektif teoriye göre fiilin objektif nitelikteki genel düzenleyici emredici kurallara aykırılığı hukuka aykırılığı oluşturur.⁷⁵¹ Başka bir deyişle, hukuka aykırılığın yetkisiz olarak işlenmiş fiil olduğu görüşü sübjektif teoriyi, hukukun koruduğu değerleri ihlâl etmek suretiyle hukuk düzeninin bir kâidesine uymayan fiil olduğu görüşü objektif teoriyi ifade eder.⁷⁵² Kişilerin hakları ve bu hakların sınırlarını belirleyen objektif genel normların aynı olması hâlinde, haklar ve hakların sınırlarını belirleyen objektif genel normlar arasında herhangi bir farkın olmayacağı ifade edilebilir. Türk hukukunda baskın görüş objektif hukuka aykırılık teorisidir.⁷⁵³ İslâm hukukundaki genel sorumluluk anlayışı (sebep sorumluluğu) göz önüne alındığında İslâm hukuku bakımından da objektif hukuka aykırılık nazariyesinin geçerli olduğu söylenebilir.

Hukuka aykırılığa ilişkin ortak bir tanım bulunmamasına rağmen Türk hukuk doktrindeki “...hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması hâlinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı her davranış”⁷⁵⁴ şeklindeki tanım tercih edilebilir. Gerçekten de bir fiilin hukuka aykırılığından söz edebilmek için öncelikle ileriye bölüme sayılacak olan hukuka uygunluk sebeplerinden biri olmamalıdır. Bunun yanı sıra fiil, genel davranış normlarını ihlâl etmelidir. Genel davranış normları, toplumda bireylerin yapması emredilen veya yasaklanan davranışlardır.⁷⁵⁵ Son olarak

⁷⁴⁹ Kaneti, *Hukuka Aykırılık Unsuru*, s. 77; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 14; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 657.

⁷⁵⁰ Kaneti, *Hukuka Aykırılık Unsuru*, s. 94.

⁷⁵¹ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 88-89; Kemal Yıldız, “Hukuka Aykırılık Kavramının Fıkıh İlmi Açısından Değerlendirilmesi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy 13 (2009): 308.

⁷⁵² Kaneti, *Hukuka Aykırılık Unsuru*, s. 84.

⁷⁵³ Kaneti, *Hukuka Aykırılık Unsuru*, s. 82; Tercier, Pichonnaz, ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 640; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 660; Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 104-105.

⁷⁵⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 660.

⁷⁵⁵ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 15.

fiilin mutlak hakları koruma altına alan temel koruma normlarını da ihlâl etmesi gerekir.⁷⁵⁶

İslâm hukukunda “*Zarar vermek de zarara zararla karşılık vermek de yoktur.*” (لَا أَمْوَالَكُمْ) وَلَا تَأْكُلُوا⁷⁵⁷ hadisi ile “*Mallarınızı aranızda haksızlıkla yemeyin.*” (وَلَا تَأْكُلُوا) ayeti bu bağlamda birer genel davranış normu teşkil edebilir. Haksız fiillerde bulunmak ve bu fiillerle bir diğerrinin malvarlığına zarar vermek İslâm hukukunda da yasaklanmıştır.⁷⁵⁸ İslâm hukukunda da “hükümlerin konulma gayeleri” olarak tanımlanabilecek *makâsıdu’ş-şerîa* ifadesi bulunmakta olup buna göre din, nefis, akıl, nesil ve mal olmak üzere beş temel değer vardır. Bu beş temel değer hukuk düzeninin öncelikle koruması gereken beş temel gayeyi de ifade eder.

Bahsedilen bu üç durumdan herhangi birinin sağlanamadığı ihtimalde yani; hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmadığı ya da genel davranış normlarına veya temel koruma normlarına aykırılığın bulunduğu bir hâlde, fiilin hukuka aykırı olduğundan bahsetmek mümkündür.

İslâm ve Türk hukuk doktrinlerinde fiilin hukuka aykırılık vasfını kazanma anına göre yapılan başlangıç itibariyle hukuka aykırılık-sonuç itibariyle hukuka aykırılık ayrımı vardır.⁷⁵⁹ Fiil bizatihi yasaklanmış ise başlangıç itibariyle, bizatihi yasaklanmış olmamakla beraber mutlak bir hakkın ihlâlüne neden olmaktaysa sonuç itibariyle hukuka aykırılıktan söz edilir.⁷⁶⁰ Bu bakımdan bu ayrımın hukuka aykırılığın çerçevesini oluştururken başvuru genel davranış normları ve temel koruma normlarıyla yakın bir ilgisi vardır. Başlangıç itibariyle hukuka aykırılık genel davranış normlarına aykırılıkla, sonuç itibariyle hukuka aykırılık ise temel koruma normlarına aykırılıkla özdeş görülebilir.

Sonuç itibariyle hukuka aykırılıkta, başlangıç itibariyle hukuka uygun bir fiilin, bir başkasının mülkiyet ve yaşam hakkı gibi mutlak haklarından birini ihlâl etmesi nedeniyle sonradan hukuka aykırı hâle gelmesinden bahsedilmektedir.⁷⁶¹ Bu ayrım

⁷⁵⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 666.

⁷⁵⁷ Muvatta, Akdiye, 26; İbn Mâce, Ahkâm, 17; İbn Hanbel, V, 326.

⁷⁵⁸ Araz, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*, s. 54, 60.

⁷⁵⁹ Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 94-95; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 15-16; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 665-667; Bu ayrım Türk hukukunda hukuka aykırı davranış ve hukuka aykırı sonuç teorileri olarak bilinmektedir. Bkz. Korkmaz, *Kusur İlkesinin Değerlendirilmesi*, s. 211.

⁷⁶⁰ Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 73.

⁷⁶¹ Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 73.

özelinde mübâşeret ve tesebbüb hâlleri değerlendirilebilir. Mübâşeret hâlinde başlangıç itibariyle fiilin hukuka aykırılığı aranmazken, netice itibariyle mutlak bir hakkın ihlâli suretiyle hukuka aykırılık sağlanmaktadır.⁷⁶² Tesebbüb hâlinde ise zaten başlangıç itibariyle hukuka aykırılık bir unsur olarak aranmaktadır. Öyleyse hukuka aykırılık mübâşeret hâlinde sonuç itibariyle mevcutken, tesebbüb hâlinde hem başlangıç hem sonuç itibariyle mevcuttur denebilir.

İslâm hukukunun klasik doktrininde hukuka aykırılığı ifade etmek üzere genellikle “teaddî” kavramının kullanıldığı görülmektedir.⁷⁶³ Bu nedenle teaddî başlığı açılarak bu başlık altında İslâm hukukunda hukuka aykırılığa ilişkin kısa bir teori oluşturmak ve sonrasında adam çalıştırmanın sorumluluğunda hukuka aykırılık unsuruna geçmek uygun olur.

3.1.4.2. Teaddî

Adam çalıştırmanın sorumluluğunda adam çalıştırmanın mütesebbib, çalışanın da mübâşir olduğu ve mübâşir ile mütesebbibin bir araya geldiği olaylarda mübâşirin sorumlu tutulması gerektiği yönündeki kâidenin istisnalarından birinin de adam çalıştırmanın sorumluluğu olduğunu daha önce ifade etmiştik. İşte burada adam çalıştırmanın sorumluluğunun tesebbüb üzerine bina edilen bir sorumluluk türü olmasını dikkate alarak tesebbüb hâllerinde aranan teaddî şartı üzerinde durmak istiyoruz.

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki teaddînin tanımı üzerinde İslâm hukuk doktrininde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bu nedenle teaddî terimini burada nispeten detaylı bir şekilde ele almamız gerekmektedir. Adam çalıştırmanın sorumluluğunu belirlemek bakımından da teaddî unsuru olmazsa olmaz bir şart olduğundan bu unsurun detaylı olarak ele alınması konumuz açısından önem taşımaktadır. Bu gerekçelere dayalı olarak burada teaddînin nasıl anlaşılabilirliğiyle ilgili görüşlere ve bu konudaki kanaatimize yer verilecektir.

⁷⁶² Kemal Yıldız, *Câmi’u’l-Fusûleyn’in Kaynakları*, s. 108.

⁷⁶³ Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 188 *وَ لَا تَعْدِي فِي إِقَافِ الدَّائِبَةِ أَوْ تَسْيِيرِهَا*; Şemsüddîn Ahmed b. Mahmûd el-Edirnevî Kâdizâde, *Netâicü’l-efkâr fî keşfi’r-rumûz ve’l-esrâr/Tekmiletü Fethi’l-Kâdîr*, Beyrut: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2003, X, 359 *وَ الْمُتَسَبِّبُ* فِي الْإِثْلَافِ “وَ الْمُتَسَبِّبُ فِي” *لَا يَضْمَنُ إِلَّا إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًا*; Bâbertî Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed, *el-Înâye Şerhü’l-Hidâye*, Beyrut: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2003, X, 352 *وَ الْمُتَسَبِّبُ إِنَّمَا يَضْمَنُ إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًا ، وَ لَا تَعْدِي* “وَ الْمُتَسَبِّبُ إِنَّمَا يَضْمَنُ إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًا” فِي إِقَافِ الدَّائِبَةِ أَوْ تَسْيِيرِهَا فِي مَلِكِهِ. Daha fazla örnek için ayrıca bkz. Yerlikaya, “Teaddî Kavramının Anlam Çerçevesi”, s. 30.

3.1.4.2.1. Kavram Olarak Teaddî

Teaddî,⁷⁶⁴ udvân ve i'tidâ kelimeleri; sınırı ve ölçüyü aşmak, hakkı çiğnemek, zulmetmek,⁷⁶⁵ tecavüz etme, geçme, haksızlıkta bulunma⁷⁶⁶ anlamlarında kullanılmaktadır. İslâm hukuk terminolojisinde teaddî, bir hakka veya cevaz-ı şer'e dayanmaksızın zararlı eylemde bulunmaktır.⁷⁶⁷

Günümüz hukuk terminolojisinde kazandığı anlam itibariyle teaddî, kanun veya hakkın sahibi tarafından izin verilmemiş, mubah olmayan bir ameldir.⁷⁶⁸ Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere hukuka aykırılık, temelde mubah olmayan bir ameldir ve kaynak itibariyle hukuk düzeninin öngördüğü kurallara veya bir başkasının haklarına riayetsizliğe dayanır. Örneğin bir kimsenin kuyu kazması, kişinin kendi mülkünde veya yetkili makamın iznine dayalı olarak insanların geçtiği yolda (*tarik-i âmm*) gerçekleşirse meydana gelen zarardan kuyuyu kazın kişi sorumlu olmaz.⁷⁶⁹ Mefhumi muhalifinden okuma yapıldığında, kanundan veya kişiden verilen iznin, “*Cevâz-ı şer'î damâna münâfidir.*”⁷⁷⁰ kâidesi gereği hukuka aykırılığa sebebiyet vermeyeceği söylenebilir ki, bunlar üst başlık itibariyle “hukuka uygunluk sebepleri” olarak isimlendirilir.⁷⁷¹

3.1.4.2.2. Kapsam Olarak Teaddî

Teaddî kavramının nasıl anlaşılacağı, İslâm hukukunda mübâşir ve mütesebbib hâllerindeki sorumluluğun şeklini belirleyen bir meseledir. İslâm hukukunda “teaddî” kavramının yalnızca fiilin objektif yönünü gösteren hukuka aykırılığı mı içerdiği, yoksa hukuka aykırılıkla birlikte fiilin sübjektif yönünü gösteren kusuru da kapsamına alıp almadığı hususunda İslâm hukuk doktrininde iki farklı yaklaşım bulunmaktadır.

Hukuka aykırılığın kusuru içerip içermediği, mala yönelik haksız fiil sorumluluğunda kusurun ayrı bir unsur olarak ele alınıp alınmadığı gibi sorular Roma hukukunda da sorulmaktadır. Romalı hukukçuların eserleri, görüşler ve Roma hukukî

⁷⁶⁴ Teaddî, geçmek, aşmak anlamına gelen عَدَى kökünden gelmektedir. عَدُو düşman anlamındadır. Kelimenin kök anlamıyla ilgili olarak dil bilgisinde, eylemin nesneyi aşmasını ifade etmek üzere “müteaddî fiiller” ifadesi kullanılmaktadır.

⁷⁶⁵ Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 91.

⁷⁶⁶ Şafak, *Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 581.

⁷⁶⁷ Emin, *el-Mes'ûliyye an fi'li'l-gayr*, s. 85-86.

⁷⁶⁸ Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-Damân*, s. 26; Ayrıca bkz. Suad Evhab bint Muhammed Tayyib, *el-İstisnâu fi kavâ'id-i'l-fıkhiyye*, Beyrut: Merkezü'l-İmâm es-Seâlibî, 2010, s. 404.

⁷⁶⁹ Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 84^b.

⁷⁷⁰ Mecelle, m. 910.

⁷⁷¹ Bkz. II. Bölüm, 3.1.4.4.

metinleri incelenerek İslâm hukukuna paralel biçimde bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Literatürde yapılan böyle bir çalışmada, “Romalı hukukçuların kusurlu hareketin (*culpa datum*) sonucunun hukuka aykırılık (*iniuria*) olduğu şeklinde bir değerlendirme yaptığı” sonucuna varılmıştır.⁷⁷² Bu yaklaşım, hareketteki kusurluluğun hukuka aykırılığı tespitinde bir ölçüt olarak ele alınmasını ifade etmektedir. Başka bir deyişle, bir kişinin hareketinin kusurluluğuna bakılarak fiilin hukuka aykırı olduğu yargısına varılmaktadır.

3.1.4.2.2.1. Teaddînin Hukuka Aykırılık Olduğu Görüşü

İlk görüş daha ziyade modern dönemde yazılmış Arapça ve Türkçe eserlerde savunulan görüştür. Buna göre teaddî, hukuka aykırılığa eşittir.⁷⁷³ Türk hukuk doktrinindeki bir çalışmaya göre de teaddî, hukuka aykırılık kavramına yakın ve uygundur.⁷⁷⁴

Klasik İslâm hukuku eserlerinde fiilin teaddî vasfına sahip olmasına bakılırken, Mecelle’nin 92 ve 93. maddelerinde failin müteammid olmasının aranması görünüşte bir çelişki arz etmektedir. İslâm hukuk doktrininde Mecelle’nin failin müteammid olmasını arayan maddesinin alındığı İbn Nüceym’in *Eşbâh* isimli eserinde teaddî ile teammüd kavramlarının aralarındaki fark ayırt edilmeksizin birbirini yerine kullanıldığı fakat bu ayrımın Bağdâdî’nin *Mecmau’d-damânât* isimli eserinde tashih edildiği ifade edilmiştir.⁷⁷⁵ Öyleyse Mecelle’deki teaddî yerine teammüd kelimesinin kullanımı doğru değildir.⁷⁷⁶

⁷⁷² Bahar Öcal, “Damnum Iniuria Datum’da Iniura ve Culpa İlişkisi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/1 (2011), 383.

⁷⁷³ Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 90-104; Aydın, *Araştırmalar*, s. 90; Aydın, “İtlâf”, XXIII, 468; Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 72; Ergin, “Tesebbüb Halinde Damân”, s. 30; Kahveci, “Tazminat”, s. 60-62; Benli, “Manevi Tazminat”, s. 71; Ercan, “Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk”, s. 86-98; Özdirek, *İşçilerin Verdiği Zarar*, s. 61; Ahmet Ekşi, *İslam Tıp Hukuku*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2011, s. 218-219; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 483, 485, 497; Okur, *Sosyal Sorumluluk*, s. 153-154; Ünal, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, s. 175.

⁷⁷⁴ İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 140.

⁷⁷⁵ Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 106-107; “Kendi mülkiyetinde kuyu kazar da içerisine bir insan düşürse bunu tazmin etmez ancak mülkiyetinde değilse tazmin eder.” şeklindeki örnek de buradaki tezi desteklemektedir. Çünkü burada hukuka aykırılık (teaddî) kıstas alınmıştır. Bkz. es-Sâfi, *ed-Damân fi’l-fikhi’l-İslami*, s. 113-114; “Mütesebbibin teammüdü olmadığı sürece tazminle yükümlü olmayacağı hususu Eşbâh ve Nezâir’in Gasb babında zikredilmiştir. Burada ‘teammüd’ kelimesinin tercih edilmesi pek muhtemeldir ki gaspın ancak kastla ve iradi biçimde işlenebilmesinden dolayıdır. Çünkü bir kişinin diğerinin malını hatayla gasbetmesi mümkün değildir.” Ebû Sa’d, *Mes’ûliyyetü’l-mübâşir ve’l-mütesebbib*, s. 102.

⁷⁷⁶ Bunun sebebinin muhtemelen iki kavramın temyiz edilememesi olduğu yönünde bkz. Emin, *el-Mes’ûliyye an fi’li’l-gayr*, s. 86.

İslâm hukukunun modern doktrinindeki bir çalışmada, mütesebbibin sorumluluğu için Mecelle'nin 93. maddesinde teammüdün, 924. maddesinde ise fiilin teaddî vasfına sahip olmasının aranması nedeniyle ortaya çıkan kavramsal kargaşanın nedenleri araştırılmıştır. Bu çalışmaya göre bu kavramsal kargaşanın iki nedeni olabilir. İlki, aynı kavramsal kargaşayı sürdüren eserlerin takip edilmesidir. İkincisi, Ebû Hanîfe'nin (ö. 150/767) tessebbüle ilgili içtihatlarındaki failin kastının, fiilin teaddî vasfını güçlendirmesi yönündeki görüşünün farklı yorumlanmasıdır.⁷⁷⁷ Aynı çalışmada, çalışmanın yoğunlaştığı Tanzimat Dönemi mahkemelerinde teaddînin değerlendirilmesinde objektif nitelikteki örf ve âdetin dikkate alınması teaddînin hukuka aykırılığı ifade ettiğini desteklemek amacıyla ileri sürülmektedir.⁷⁷⁸

3.1.4.2.2.2. Teaddînin Hukuka Aykırılıkla Birlikte Kusuru da Kapsadığı Görüşü

Günümüzde yapılan bazı monografiler özellikle klasik Hanefî literatüründe teaddî kavramının hangi kapsamda kullanıldığını tespitte yoğunlaşmıştır. Bu eserlerde yer alan ikinci görüş, teaddî kavramının hukuka aykırılığın yanı sıra pek çok örnekte kusuru da içerebildiğini savunmaktadır.

Bu görüşün tercih edildiği bir makalede, klasik Hanefî literatürde “teaddî olmadıkça sorumluluk olmaz” şeklinde sıklıkla geçen ifadelerin yerini Mecelle’de “teammüd olmadıkça sorumluluk olmaz” şeklindeki kâidenin alması ve “teaddî” yerine “teammüd”ün tercih edilmesi sorgulanmıştır. Bu sorgulamanın sonucunda, klasik literatür ile Mecelle arasında bir uyumsuzluğun olamayacağı kabulünden hareket edilerek kimi Mecelle şerhlerinde geçtiği üzere tessebbüb sorumluluğu için ilki “teaddî” ikincisi “teammüd” olmak üzere iki unsurun varlığının arandığı belirtilmiştir.⁷⁷⁹ Tesebbüb bağlamında teammüdün hukuka aykırı fiili gerçekleştirmeye yönelik irade ya da hakkın, hukukun öngördüğü sınırlar içerisinde kullanımı hakkında gerekli özeni göstermemiş olma şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür.⁷⁸⁰

Bu görüşün savunulduğu bir başka eserde teaddî kavramının hukuka aykırılığı aşan bir anlam genişliğine sahip olduğu, teaddî kavramının teammüd kavramını içine

⁷⁷⁷ Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 88-89.

⁷⁷⁸ Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 197, 262.

⁷⁷⁹ Yerlikaya, “Teaddî Kavramının Anlam Çerçevesi”, s. 31.

⁷⁸⁰ Yerlikaya, “Teaddî Kavramının Anlam Çerçevesi”, s. 37.

alabilecek genişlikte kullanıldığı ve dolaylı itlâf hâllerinde aranan teammüdün fiilin sonucuna değil, kendisine yönelik bir kasıt olduğu belirtilmektedir.⁷⁸¹

3.1.4.2.2.3. Değerlendirme

İslâm hukukunda teaddî kavramının yalnızca hukuka aykırılık anlamında kullanılamayacağı⁷⁸² yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir. Teaddî, İslâm hukuk doktrinindeki diğer görüş tarafından da ifade edildiği üzere, fiilin objektif yönünü dikkate almayı ifade ettiğinden hukuka aykırılığı göstermektedir. Teammüd ise fiilin subjektif karakterini yansıttığından, failin kusurunu göstermektedir.

Teaddî unsuru, davranışın kendisine yönelik bir değerlendirme sunması nedeniyle haksız fiilin objektif unsurunu oluşturur.⁷⁸³ Teammüd unsuru ise davranışın arkasındaki iradeye odaklandığı için davranışın subjektif yönünü gösterir.⁷⁸⁴ Teaddîyi merkeze alan bir sistem “objektif sorumluluk” anlayışını, teammüdü merkeze alan bir sistem ise “subjektif sorumluluk” anlayışını benimser.⁷⁸⁵

Hanefî mezhebinde tazmine hükmedilebilmesi yani hukukî sorumluluk doğabilmesi için teammüd değil teaddî esas alınmıştır.⁷⁸⁶ Tesebbüben itlâf (dolaylı itlâf) hâllerinde teaddî aranmaktadır.⁷⁸⁷ Bir fiilin teaddî (hukuka aykırılık) vasfını kazanması, failin iç iradesine değil, dış dünyada meydana gelen fiile bakmayı gerektirmektedir.⁷⁸⁸

⁷⁸¹ Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, s. 64-68; Yelek, ilgili eserinde birkaç kez hukuka aykırılık ile teaddî'nin aslında aynı şeyler olduğu anlamına gelecek şekilde “hukuka aykırı (teaddî)” şeklindeki kullanımı tercih etmektedir. Bu kullanım, birbiri yerine kullanımı gösterdiğinden, Yelek'in bu kullanımının kendi içerisinde çeliştiği kanaatini taşımaktayız. Bahsi geçen kullanım ile ilgili örnekler için ayrıca bkz. Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, s. 192, 193.

⁷⁸² Yerlikaya, “Teaddî Kavramının Anlam Çerçevesi”, s. 26; Kamil Yelek, “Hanefî Mezhebinde Teaddî ve Taammüd Kavramının Kullanımı ve Bunun Çağdaş İslam Hukuku Çalışmalarına Yansıması”, *Eskiye*, sy 42 (2020): 1056.

⁷⁸³ Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 59; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 476; Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 49; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 104; Ünal, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, s. 179.

⁷⁸⁴ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 477; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 492; Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 49; Tunçomağ, *Borçlar Hukukun Genel Esasları*, s. 192-193; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 104; Ünal, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, s. 179.

⁷⁸⁵ Korkmaz, *Kusur İlkesinin Değerlendirilmesi*, s. 101; Dalgın, “Cezai Sorumlulukta Kasıt”, s. 212.

⁷⁸⁶ Kızılay, “Haksız Fiil Sorumluluğu”, s. 95; Ebû Sa'd, *Mes'ûliyyetü'l-mübâşir ve'l-mütesebbib*, s. 79.

⁷⁸⁷ Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 83^b; Araz, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*, s. 41; Temîmî, “Kâide: İzâ İctemea el-mübâşirü ve'l-mütesebbib”, s. 222; Ebû Sa'd, *Mes'ûliyyetü'l-mübâşir ve'l-mütesebbib*, s. 79.

⁷⁸⁸ “...Burada sorumluluğu belirleyen şeyin failin kusuru olduğu açıkça görülmektedir. Çünkü ilgili fetvâda, tuğlaların duvarı zayıflatacak şekilde adamın fiiliyle duvara bitişik ve ona dayandırılmış olması halinde, bu kişinin zararı tazmin edeceği ifade edilmektedir. Bu olayda zarara sebep olan kişi, duvarın

İslâm hukukunun modern doktrinde Rahmi Yaran da Mecelle'nin 93. maddesindeki "müteammid" kelimesinin "kasıt sahibi" olarak düşünülmemesi gerektiğini belirtmektedir. Ona göre de burada asıl önemli olan teaddîdir. Teaddînin varlığı hâlinde ayrıca kasta bakılmaz.⁷⁸⁹

Fukahânın hukukî tefekküründe muâmelât (özellikle borçlar hukuku) ve ukûbât (ceza hukuku) sahaları olarak örtülü bir ayrımının bulunduğu, buna dayalı olarak borçlar hukukunda zararın giderilmesi ilkesini⁷⁹⁰ benimseyerek objektif bir nazariye inşa ettikleri, öte yandan ceza hukukunda amd,⁷⁹¹ şibh-i amd⁷⁹² gibi kavramları inceleyerek failin iradesine önem verdikleri görülmektedir.⁷⁹³ Çünkü "kusurun varlığı veya yokluğu

yıkılmasına sebep olacak şekilde haddinden fazla toprak atmak ve tuğla koymak suretiyle kusurlu davranmış, bu yüzden de sorumlu tutulmuştur." şeklindeki izah biçimine bakıldığında şunları söylemek mümkündür: "duvarın yıkılmasına sebep olacak şekilde haddinden fazla toprak atmak ve tuğla koymak" fiilinde dış dünyada meydana gelen bu eylemlere bakılarak objektif bir şekilde fiilin hukuka aykırılığın tespiti yapılabilmektedir. Fukahâ muâmelât (özellikle borçlar hukuku) sahasında zararın tazmini ilkesinden hareket ederek fiilin teaddî içermesini aramış ve bunu yaparken objektif bir nazariye inşa etmiştir. Hal böyle iken sorumluluğun kusura dayandığını belirten ilgili ifadelerin eleştiriye açık olduğu düşünülmektedir. Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, s. 198.

⁷⁸⁹ Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi*, s. 138-139.

⁷⁹⁰ İslâm hukukunda küllî kâidelerden biri "Zarar izâle olunur." şeklindedir. Mecelle, m. 20; Tâcuddîn es-Subkî, *el-'Eşbâh ve'n-Nezâîr*, Dâru'l-Kutubî'l-İlmiyye, 1991, s. 12, 41; İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâîr*, s. 72, 74, 89. Ne olursa olsun zararın giderilmesi gerektiğini ifade etmek üzere "Zarar kadîm olmaz." ilkesi mevcuttur. Mecelle, m. 7. Görüldüğü gibi, zararın giderilmesi önceliklidir. Tazmin sorumluluğunun meydana gelen zararı ortadan kaldırmak ve telef olan hakkın yerini doldurmak/telâfi etmek için olduğu yönündeki görüş için ayrıca bkz. Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 25^a.

⁷⁹¹ Amden katlin tanımı hakkında bkz. "Öldürülmesi meşru olmayan bir insanı âleti cârihadan birile kasden öldürmektir." Bilmen, *Kâmus*, III, 9.

⁷⁹² Şibh-i amd'in tanımı: "Katli meşru olmayan bir insanı âlâtı cârihadan sayılmayan bir şey ile kasden öldürmektir. Buna 'şibhü'l-hata' da denir." Bkz. Bilmen, *Kâmus*, III, 23.

⁷⁹³ Aynı yönde bkz. "Cezâî sorumluluğun doğmasında kasd ve kusur ilkesine daha çok ağırlık veren İslam hukukçuları hukukî mesuliyette genelde, zarara uğrayan masum ve kusursuz oluşunu ölçü almışlar ve makul bir imkan dahilinde zararın telafi edilmesi cihetine gitmişlerdir. Bu tavır biraz da, cezâî sorumluluk ile hukukî sorumluluk arasındaki farklardan kaynaklanmaktadır. Cezâî sorumluluğun kanuniliği, şahsiliği, niyet, kasd ve kusura bağımlılığı, toplum adına takip edilmesi, zararın vukuu ve miktarıyla doğru orantılı olmayışı; buna karşılık hukukî sorumluluğun, failin kasd ve kusuruna bağımlı olmayıp husumete ve zararın vukuuna bağımlı olması, zararın miktarı ile yakın alakası olması, şahsa değil zimmete taalluk etmesi ve zararın tazmini fikrine dayanması, iki sorumluluk nevi arasındaki temel farklılıklar arasında sayılabilir." Bardakoğlu, "Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zarar", s. 44; "Cezâî sorumlulukta failin kusur derecesinin yani kasıt, ihmal veya taksirinin, suçu işleme durum ve aletin farklı sonuçları vardır. Kasdı tesbitte de genelde belirgin ve objektif ölçüler alınır. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sarhoşluk, ikrah gibi fiil ehliyetine tesir eden haller malî sorumluluğu pek etkilemezse de cezâî sorumluluğa değişik derecelerde müessir olur." Bkz. Ali Bardakoğlu, "Ceza", İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1993, VII, 476; "Zarara yol açan fiilin işlenmesinde failin kasıt ve kusurunun bulunup bulunmaması cezâî sorumluluğunu etkilese de ödeme sorumluluğunu etkilemez." Bkz. Aktan, "Damân", XIII, 452; Bu açıklamalara dayalı olarak, "ceza hukukunda kusur sorumluluğu ilkesi uzun bir gelişim sonucu oluşmuş olup, fazla bir geçmişe de sahip değildir." şeklindeki yargıya katılmak mümkün gözükmemektedir. Bkz. Donay, "Ceza Hukukunda Objektif veya Kusursuz Sorumluluk", s. 115; İslâm ceza hukukunda kusur ilkesi hakkında detaylı bilgi: "İslâm ceza

ceza hukuku açısından önemli olsa da borçlar hukuku açısından önemli değildir.”⁷⁹⁴ Bir diğer deyişle, “Zarara yol açan fiilin işlenmesinde failin kasıt ve kusurunun bulunup bulunmaması cezaî sorumluluğunu etkilese de ödeme sorumluluğunu etkilemez.”⁷⁹⁵ Nitekim İslâm hukuk doktrininde yer alan bir tespitte, “teammüd/amd” kavramlarının ve bunları tanımlayıcı bilgilerin daha ziyade cinâyât (özellikle ceza hukuku) bahislerinde ele alındığının belirtilmesi bir tesadüf değildir.⁷⁹⁶ Bu tespitin sahibi aynı eserin ilerleyen kısımlarında Türk hukukuyla yaptığı mukayesede bu tespitin haklılığını tekrar ortaya çıkarmaktadır: “Dolaylı itlaf hallerindeki teammüd kavramı, kasıt kavramından ziyade, Türk ceza hukukundaki “olası kast” ve bilinçli taksir” kavramlarına daha yakın durmaktadır.”⁷⁹⁷

Borçlar hukuku sahasında zararın giderimi amaçlanırken, ceza hukukunda failin cezalandırılması amaçlanmaktadır.⁷⁹⁸ Bu nedenle borçlar hukukunda zararın tazmin edilebilmesi için tazmin sorumluluğunun doğmasında teaddî (hukuka aykırılık) unsuru aranmakta olup elbette failin ‘aynı zamanda’ kusurlu olması mümkündür.⁷⁹⁹ Ancak bu durum, fukahânın borçlar hukukunda bu iki kavramdan yalnızca teaddîyi (hukuka aykırılık) aslî bir unsur olarak aradığı hususunu değiştirmemektedir.⁸⁰⁰ Nitekim kusurlu bir fiil, aynı zamanda haksız fiildir ancak haksız fiilin varlığı -ilk durumun aksine olarak-

hukukunda, kusurlu sorumluluk esas olmakla birlikte, kusursuz olarak sorumlu tutulma örneklerine de rastlanmaktadır. ...Şerî hukukta, objektif sorumluluğun uygulandığı yerler, bedenle ilgili cezalar olmayıp, tazminat türü cezalardır. ...İslâm hukuku, cezalandırmada, yerine göre subjektif (kusura dayalı) sorumluluk, yerine göre objektif (kusursuz) sorumluluk ilkesini kullanmıştır. Bu ceza siyaseti ile İslâm hukuku, hem suçluyu hem de mağduru düşünmüş, suçlardan fert ve toplumun en az zarar ile korunmasını sağlamıştır.” Bkz. Dalgın, “Cezai Sorumlulukta Kasıt”, s. 211-213, 247; “Ceza hukukunda kusura dayalı (sübjektif) sorumluluk ilkesi hâkim olup malî nitelikteki bazı cezalarda kusursuz (objektif) sorumluluğu yer verildiği de olur.” Bkz. Ali Şafak, “Kasıt”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2001, XXIV, 560; Ali Şafak, *Mezheblerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, Erzurum: Atatürk Üniversitesi Basımevi, 1977, s. 58.

⁷⁹⁴ Aybakan, “Zarar”, XLIV, 133.

⁷⁹⁵ Araz, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*, s. 44.

⁷⁹⁶ Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, s. 72.

⁷⁹⁷ Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, s. 75.

⁷⁹⁸ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 443.

⁷⁹⁹ Aynı yönde bkz. Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 88.

⁸⁰⁰ Benzer yöndeki tespit şöyledir: “Başka bir ifadeyle, bu örnekteki kişi hukuka aykırı eylemde bulunduğu için müteaddî olarak sorumlu olduğu gibi, söz konusu eylemi bilerek yapması hasebiyle aynı zamanda müteammiddir. Bu tür olaylarda kişinin taammüdü bulunsa da burada tazmin sorumluluğu için gerekli olan asıl etken, teaddî unsurudur. Çünkü teammüd kavramı, failin içe dönük iradesini yansıttığı için sübjektif bir karaktere sahiptir. Bu yüzden de teammüd, dolaylı itlâf (tesebbüb) hallerinde sorumluluğun doğması için aranan bir şart değildir.” Bkz. Yelek, s. *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, s. 73.

fiilin kusurluluğunu zorunlu kılmaz.⁸⁰¹ İ'tidâda bulunmanın (teaddî) zarar verme kastının yerine ikâme olduğu İslâm hukukunun modern doktrininde ayrıca ifade edilmektedir.⁸⁰² Bu bilgiler ışığında kusurun, hukuka aykırılığın tespitinde bir ölçüt mesabesinde olduğu söylenebilir.⁸⁰³

Fukahânın hukuku objektif bir zeminde ele alma eğilimi pek çok yerde tespit edilebilmektedir.⁸⁰⁴ Amd,⁸⁰⁵ şibh-i amd⁸⁰⁶ gibi kavramların ele alındığı ceza hukuku sahasında dahi kullanılan alete bakılarak kişinin kastı tespit edilmeye çalışılmaktadır.⁸⁰⁷

⁸⁰¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 641; Ünal, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, s. 159.

⁸⁰² Tayyib, *el-İstisnâu fî kavâ'idî'l-fikhiyye*, s. 404.

⁸⁰³ Aynı yönde bkz. Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 88; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 107, 161; Kusurun, fiilin hukuka aykırılığını belirlemesiyle ilgili örnekler üzerinden yapılmış bir inceleme için ayrıca bkz. Aydın, “Eski Hukukumuzda İtlâf”, s. 72 vd.

⁸⁰⁴ Aynı yönde bkz. Sıddıka Ayaş, “İslam Ceza Hukuku ve Türk Ceza Hukukunda Teammüd Kavramı Mukayesesi”, *V. Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi Bildiriler Kitabı*, İstanbul: y.y., 2016, III, 149.

⁸⁰⁵ Amd (kasıt) kavramının her seferinde bir suçun sıfatı olarak kullanıldığı hakkında bkz. Dalgın, “Cezai Sorumlulukta Kasıt”, s. 216; Amd’in kasıt anlamını karşılamak üzere ve yalnızca ceza hukukunda kullanılan teknik bir ifade olduğu yönünde bkz. Ali Emrah Bozbayındır, *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 289. Kur’an-ı Kerim’in şu ayetinde (Nisa, 4/93) de amd kökünden türeyen müteammid kelimesi, birisini öldürmek suçuyla birlikte geçmektedir: “وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَنَجْرَؤُهُ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا” (Kim de bir mü’mini kasten öldürürse cezası, içinde devamlı kalmak üzere cehennemdir.)

⁸⁰⁶ Şibh-i amd’in Türk hukukunda özellikle kasten insan öldürme suçu bağlamında olası kast anlamına geldiği yönünde bkz. Ali Emrah Bozbayındır, *Olası Kast Kavramı ve Sınırları*, s. 290.

⁸⁰⁷ “Amd, kasıt anlamına gelir. Kasıt ise, kalbin fiillerinden olup kendisine vâkıf olunamaz. Zira kasıt, [bilinmesi mümkün olmayan] gizli ve batını bir durumdur. Bu ancak kasten öldürmeyi gösteren delillerden anlaşılır ki, bunun delili de katilin öldürücü bir aleti kullanmasıdır. Katilin böyle bir âleti kullanması da onun müteammid olduğunu gösterir. Burada delil, medlul yerine geçmiştir. Kişi öldürücü bir aletle birini öldürdüğünde, onun bu konuda teammüdünün olduğu açıktır. Bu yüzden, katilin söz konusu durumda, ‘ben öldürmeyi kastetmedim’ tarzındaki sözü kabul edilmediği gibi, şahitler öldürme fiilinin amden olduğunu zikretseler de kısas gerekli olur.” Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, s. 72; “Öldürme eyleminde kasıt iki şekilde ispatlanabilir. Biri eylem icra edilirken kullanılan âlet ve vasıtaya bakarak, diğeri ise eylemi işleyen kimsenin itirafı veya şahitlere bakılarak ispatlamadır. Fakat birinci şekilde ispatlanamayan kastın diğeri şekilde ispatlanması mümkün değildir. Çünkü ikinci şekilde ispatlama halinde durum içinde bir şüphe barındırır. Bu şüphe de ancak âlet ve vasıtalarla bakılarak giderilebilir.” Ayaş, “Teammüd Kavramı Mukayesesi”, s. 149-150; Ayrıca bkz. “İslâm hukukçuları, cinayet suçlarındaki kasdın tespitinde geçerli kriter olarak, suç aletini kabul etmişlerdir. İleride görüleceği gibi, bu prensipten hareketle, failin özel kasdının öldürmek olup olmadığını, kendisine sormak yerine, kullandığı alet yardımı ile tespit etme yolunu seçmişlerdir.” Dalgın, “Cezai Sorumlulukta Kasıt”, s. 228, 239; Ayrıca bkz. “Öte yandan kasıt kişinin iç dünyasıyla alâkalı bir durum olduğu ve tesbitinde zorluklar bulunduğu, hukukî hükümlerin ise objektif verilere dayanması gerektiği için fakihler kişinin kasıt ve niyetini göstermeye elverişli objektif bir ölçüt geliştirmeye çalışmışlar, bunun için de failin kullandığı aletin öldürücü olmasını ve onun öldürme kastını taşıdığı delili saymışlardır.” Şafak, “Kasıt”, XXIV, 560; Mahmud Esad, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, s. 243; Ali Şafak, “Suçun Manevî unsuru ve Mukayeseli Hukuk Açısından Bir Değerlendirme”, İstanbul: Lale Yayıncılık, 2017, II, 498; Ali Emrah Bozbayındır, *Olası Kast Kavramı ve Sınırları*, s. 290.

Kasıt belirlerken hukuk öldürenin zihinsel durumunu ya da öldürme saikine bakmaz, sadece dış görüntüyü esas alır. Kasıtlı öldürme ya da yaralamanın tanımı saldırganın kılıç gibi bir saldırı silahı (*aletü'l-cariha*) kullanmasıdır; burada silah kasıtlı yaptığının kanıtıdır. Kasıt-benzeri de saldırganın taş ya da sopa gibi normalde öldürme için olmayan bir alet kullanmasıdır. Diğer öldürme ve yaralama olayları kaza eseri kabul edilir. *Eylemin kasıtlı olup olmadığına ilişkin tüm değerlendirmeler kullanılan silahın niteliği etrafında döner.*⁸⁰⁸

Fukahânın, gayri mümeyyiz çocuğun veya mecnûn kimsenin tazminle mükellef tutulmasına hükmederlerken kasıt (teammüd) unsurunu aradıkları veya gözettikleri söylenemez.⁸⁰⁹ Zararın her ne olursa olsun, her koşulda izâle edileceği prensibi⁸¹⁰ gereği meydana gelen zararın teaddî gibi objektif bir unsur değerlendirmesine tâbi tutularak zararın tazminine hükmedilmesi hakkaniyetli görünmektedir. Böylelikle küçük veya büyük, mecnûn veya akıllı olup olmadığına bakılmaksızın bir kimseyi tazminle mükellef tutmak mümkündür.⁸¹¹ Türk hukuku bakımından ise kusura dayanan sorumluluğun kural olması nedeniyle kusur bulunmaksızın meydana gelen zararların tazmininin çoğunlukla mümkün olmadığı ve bu durumun hakkaniyet bakımından problemli görüldüğü ifade edilmişti.⁸¹² Özet olarak gayri mümeyyiz çocuğun veya mecnûn kimsenin hukukî sorumluluğu İslâm hukukunda doğarken, Türk hukukunda kural olarak doğmaz. Bu kişilerin cezaî sorumlulukları ise her iki hukuk düşüncesinde de cezaî sorumlulukta kusurun aranması nedeniyle bu kişilerin isnat yeteneklerinin bulunmadıkları dikkate alınarak doğmaz.⁸¹³

Teaddînin teammüdden ayrı bir unsur olarak ele alınması, çalışmamız özelinde Türk hukuku sistemiyle mukayese açısından da daha elverişli bir zemin teşkil eder. Bu nedenle bu çalışmada mukayeseli incelemelerin yapıldığı yerlerde teaddî hukuka

⁸⁰⁸ Colin Imber, *Şeriat ile Kanun Arasında Ebussuûd Efendi*, Çev. Mürteza Bedir, İstanbul: Ketebe Yayınları, 2022, s. 346.

⁸⁰⁹ es-Sâfi, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 111; Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 87; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 104; Mecelle, m. 916.

⁸¹⁰ Benzer açıklama biçimi için bkz. “Zarar vermek de zarara zararlar karşılık vermek de yoktur.” hadisi, zarar ister mükellef ister gayri mükellef kimseden sadır olsun zararın mutlak olarak kaldırılmasını gerektirmektedir.” Hafif, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 37; Ayrıca bkz. Abdul Basir Mohamad, “İslam Haksız Fiil Hukukunda Kusursuz Sorumluluk”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Çev. Emrah Gökmen, 4, sy 2 (2021): 622; Ayrıca bkz. Reisoğlu, *İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti*, s. 101.

⁸¹¹ es-Sâfi, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s.111; Hafif, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 37.

⁸¹² Bkz. I. Bölüm, 3.5.1.

⁸¹³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 934.

aykırılık olarak ele alınacak, teammüd ile de -gerekli açıklamalar ve kayıtlar çerçevesinde- kusur unsuru kastedilecektir.

3.1.4.3. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık

Adam çalıştıranın sorumluluğunda adam çalıştıran, çalışanın çalışma esnasında üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumlu tutulmaktadır. Burada öncelikle çalışanın icrai suretteki fiilinin hukuka aykırılık vasfını haiz olduğu görülmektedir. Çalışanın hukuka aykırı fiili Yargıtay'ın bir kararında şöyle geçmektedir: “...adam çalıştıranın sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğu olduğundan, çalışanın fiilinin hukuka aykırı olması şarttır. Çalışanın fiili bakımından bir hukuka uygunluk sebebi bulunması durumunda ise çalışanın hukuka aykırı bir fiilinden bahsedilemeyeceğinden adam çalıştıranın sorumluluğu da doğmaz.”⁸¹⁴

Türk hukukunda çalışanın hukuka aykırı fiili ifadesi kolaylıkla telaffuz edilebilirken, İslâm hukukunda çalışanın mübâşir konumunda olmasından dolayı teaddînin bir şart olarak ayrıca gözetilmediği hususu nispî bir fark olarak belirtilebilir. Ancak bu durum yalnızca görünüşte bir farklılık arz eder. Çünkü adam çalıştıranın sorumluluğunda çalışanın fiili çoğunlukla üçüncü bir kişinin mülkiyet hakkını ihlâl eder. Mülkiyet hakkı da bir mutlak haktır. İşte burada başlangıç itibariyle hukuka aykırılık-netice itibariyle hukuka aykırılık ayrımı önem kazanmaktadır. Bu ayrım dikkate alındığında bu olayda çalışanın fiili üçüncü kişinin mutlak bir hakkını ihlâl etmektedir. Burada aynı zamanda mutlak hakları koruma altına alan temel koruma normlarına aykırılık söz konusudur. Bunlara ilâveten zarar vermenin yasaklanmasıyla ilgili genel normlara da aykırılıktan bahsetmek mümkündür. Tüm bunlar göz önüne alındığında çalışanın fiili, sonuç itibariyle teaddî vasfını haizdir. Zaten mübâşeret hâllerinde teaddî vasfının aranmaması bu hâllerde teaddînin bulunmamasından değil fiil ile zarar arasındaki yakınlık nedeniyle teaddînin var kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Netice itibariyle çalışanın fiilinin hukuka aykırılığı hususunda her iki hukuk düşüncesinin ortak kanaati paylaştıkları görülmektedir.

Adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü ihlâline dayanan ihmali suretteki fiili bakımından adam çalıştıranın fiili de hukuka aykırılık vasfına sahiptir. İslâm hukukunda

⁸¹⁴ Yarg. HGK., E. 2021/532 K. 2021/900 T. 1.7.2021.

adam çalıştıran mütesebbib olduğundan teaddî burada aslî bir şarttır ve dolayısıyla adam çalıştıranın fiili hukuka aykırılık vasfını haizdir. Sonuç olarak her iki hukukta da adam çalıştıranın fiilinin hukuka aykırı olması aranmaktadır.

Bu açıklamalara göre adam çalıştıranın sorumluluğunda hem çalışanın hem de adam çalıştıranın fiili hukuka aykırı olmalıdır. Bir fiilin hukuka aykırı olması onun hukuka uygunluk sebeplerinden birini bünyesinde taşımamasıyla olur. Bu nedenle aşağıda hukuka uygunluk sebeplerine değinilecektir.

3.1.4.4. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Hukuka uygunluk sebepleri; hakkın kullanımı, zarar görenin rızası, yetkili makamın izni, zorunluluk (zaruret) hâli ve meşru müdafaadır.⁸¹⁵ Burada bu sebeplerin tamamını detaylı bir şekilde ele almak yerine her birine mahiyetlerini aksettirecek ölçüde değinmek yeterli olacaktır.

3.1.4.4.1. Hakkın Kullanımı

Dürüstlük kuralıyla çelişmeyip hakkın kötüye kullanımı teşkil etmedikçe bir kimsenin özel hukuk tarafından kendisine tanınmış hakkını kullanması hukuka aykırılık teşkil etmez.⁸¹⁶ Buradaki tanımı somutlaştırmak adına İslâm hukukunun klasik eserlerinde geçen sulama sebebiyle meydana gelen zararlardaki tazmin sorumluluğu örneği üzerinde durulabilir. İslâm hukukunun klasik doktrininde Hanefilerden Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî'nin (ö. 189/805) kişinin kendi özel mülkünde yaptığı sulama işlemi hakkındaki kanaati kıyasa göre bunun herhangi bir tazmin yükümlülüğüne yol açmayacağı yönündedir.⁸¹⁷ Hanefî mezhebi doktrininde Serahsî (ö. 483/1090 [?]), kıyasa göre bu kişinin tazminle yükümlü tutulamayacağı görüşünü paylaşmakla beraber, bu meselede kıyasla amel etmenin yerinde olmayacağını düşünmektedir. Nitekim tabiatı itibariyle akışkan olan su, kişinin kendi özel mülkünde de dökülse komşusunun mülküne geçebilir ve kişi bu hususu biliyorsa istihsânen sorumlu tutulması gerekir.⁸¹⁸ Bu örnekte kişinin kendi özel mülkünde sulama fiilini gerçekleştirmesi mülkiyet hakkı çerçevesinde

⁸¹⁵ Detaylı bilgi için bkz. Kızılay, “Haksız Fiil Sorumluluğu”, s. 102-114; Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 175-181; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 485-491; Ayrıca bkz. Paçacı, “Medenî Müeyyideler”, s. 122-125.

⁸¹⁶ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 501-502; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 678.

⁸¹⁷ Şeybânî, *el-Asl*, VII, 41-42.

⁸¹⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 23.

görüldüğünde teaddî (hukuka aykırılık) unsurunu ortadan kaldırmaktadır. Ancak kişinin komşusuna zarar verebileceğini bilmesi yani dürüstlük kuralıyla çelişerek hakkın kötüye kullanımı teşkil edebilecek bir davranışının bulunması hâlinde bu durum bir teaddî (hukuka aykırılık) teşkil eder.

3.1.4.4.2. Zarar Görenin Rızası

Başkasının hakkına tecavüzün,⁸¹⁹ o kişinin ilgili tecavüzün gerçekleşmesinden önce⁸²⁰ açıkladığı iradeyle ortadan kaldırılması durumunda zarar görenin rızasından söz edilir.⁸²¹ Böyle bir durumda haksız fiilin unsurlarından hukuka aykırılık ortadan kalkar ve sorumluluk doğmaz.⁸²²

Zarar görenin rızasının geçerli olabilmesi için; zarar görenin rıza beyanında bulunmaya ehil olması, rızanın üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir bir hakka ilişkin olması, rızanın konusunun hukuken yasaklanmamış bir şey olması ve rızanın zarar meydana gelmeden önce açıklanması gerekmektedir.⁸²³ Örneğin bir kişi, ev sahibinin önceden verdiği izne dayalı olarak bir kuyu kazarsa o kişi, meydana gelen zararlardan sorumlu olmaz. Mecelle şerhinde verilen örnekte bir kimsenin diğerine “Bu elbisemi yırt veya suya at.” demesi üzerine, söylenen kişinin bu fiili gerçekleştirmesi hâlinde mal

⁸¹⁹ Bu tecavüzün vücut bütünlüğüne veya malvarlığına yönelik olması mümkündür. Vücut bütünlüğüne yönelik zararlar bakımından zarar görenin rızasının kapsamı malvarlığına yönelik zararlara göre daha dardır. Detaylı bilgi için bkz. Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 98-99.

⁸²⁰ Zarar görenin rızası zararın meydana gelmesinden önce olursa hukuka aykırılığın ortadan kalktığından, zararın meydana gelmesinden sonra olursa hukuka aykırılığın devam ettiği ancak zarar görenin tazminat talebini bertaraf etmek için bir imkânının bulunduğundan söz edilir. Bkz. Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 502; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 681; İslâm hukukunda zarar görenin izninin zarardan önce olması halinde failin sorumluluktan kurtulacağı yönünde ittifak varken, zarardan sonra olması halinde Hanefî mezhebinde failin sorumluluğunu kaldıracağı ve kaldırmayacağı yönlerinde iki farklı görüşün bulunduğu belirtilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 98.

⁸²¹ Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 191; “Hukuk düzeni kişilerin özel değerlerini kaide olarak iradeleri hilafına korumaz. Zarar görenin rıza göstermesi bu gerekçeden dolayı hukuka uygunluk sebebidir ve bu gerekçeye göre bir hukuka uygunluk sebebi olması, işin mahiyetinden çıkar; ayrıca bir kanun kaidesi gerekli değildir.” Kaneti, *Hukuka Aykırılık Unsuru*, s. 243; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 489; “Bir kişinin kendi hakkından vazgeçmesi, hukuk normunun kendisine tanıdığı korumadan vazgeçme anlamına gelip, onu kanunî korumadan yoksun bırakır.” Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 678; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 120.

⁸²² Alperen Polat, *Sorumluluk Hukukunda Rıza*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019, s. 185; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 250; İbrahim Yarar, Hilal Yarar, ve Kübra Yerlikaya, *Tüm Yönleriyle Tazminat Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2021, s. 745; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 565.

⁸²³ Polat, *Sorumluluk Hukukunda Rıza*, s. 84-89, 124; Ahmet Ekşi, “İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy 17 (2011): 352-54; Yarar, Yarar, ve Yerlikaya, *Tazminat Hukuku*, s. 745.

sahibinin emriyle fiil gerçekleştirildiğinden ve bu rıza zararın gerçekleşmesinden önce verildiğinden, fiili gerçekleştiren kimsenin hukukî sorumluluğu yoktur.⁸²⁴

3.1.4.4.3. Yetkili Makamın İzni

Kamu menfaatinin üstünlüğü anlayışına dayanan yetkili makamın izni, idarî bir makamın izniyle kanunî şart ve sınırlar içerisinde tanınan yetkinin kullanılmasıdır.⁸²⁵ Örneğin bir kişi Müslümanların yararı (kamu menfaati) için söz gelimi yağmur sularının yola düzenli bir şekilde akıtılmasını sağlamak amacıyla kuyu kazarsa söz konusu kişinin herhangi bir tazmin yükümlülüğü olmaz.

3.1.4.4.4. Zorunluluk Hâli

Zorunluluk (zaruret), normal koşullarda yasak olan bir şeyin yapılmasını caiz kılan bir özürdür.⁸²⁶ Zorunluluk hâli, “bir kimse kendisini veya başkasını çok yakın bir zarar veya tehlikeden kurtarmak için başkasının malına tecavüz etmişse” gündeme gelir.⁸²⁷ Zorunluluk hâli fiilin hukuka aykırılık vasfını ortadan kaldırmakla birlikte, hem İslâm hukukunda⁸²⁸ hem Türk hukukunda⁸²⁹ zararın giderilmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Mecelle’de zorunluluk hâliyle ilgili olarak “*Zarûretler memnû olan şeyleri mübah kılar.*”⁸³⁰ ve “*Zarûretler miktarınca takdir olunur.*”⁸³¹ kâideleri yer alır. Türk Medenî Kanunu’nun (TMK) 753. maddesinde de “*bu zarar ya da tehlike taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise*” denilerek önlenmek istenen zararın, üçüncü

⁸²⁴ Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkâm*, II, 1682.

⁸²⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 677; Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 99.

⁸²⁶ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 617.

⁸²⁷ Tunçomağ, *Borçlar Hukukun Genel Esasları*, s. 190; Zorunluluk halinin şartları şunlardır: “a) Bir kimsenin şahsını veya mallarını tehdit eden çok yakın bir tehlike bulunmalıdır, b) Bir kimsenin böyle bir tehlikeden gerek kendisini, gerekse bir başkasını kurtarmak için harekete geçmesi ve zarara bu yüzden sebebiyet vermiş olması gerekir, c) Tehlikeyi etkisiz kılmak isteyen kimse, ancak başkasının malına zarar verebilir; şahsına değil!, d) Tehlike, malı zarara uğratılan kimsenin tecavüz teşkil eden bir fiilinden ileri gelmelidir, e) Başkasının malına verilen zarar, tehlikeyi savuşturmak için lüzumlu olmalıdır.” Bkz. Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 487; Zaruret halinde, hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği anda zaruretin mevcut olması ve hukuka aykırı fiili gerçekleştirmekten başka bir alternatifi bulunmamasına bakılır. Bkz. Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 122.

⁸²⁸ Zorunluluk hali cezaî ve dinî sorumlulukları ortadan kaldırır ancak zararın giderilmesi yükümlülüğü devam eder. Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 101; Mecelle, m. 33.

⁸²⁹ TBK m. 64/II hükmüne göre hâkim, hakkaniyet çerçevesinde zarar vereni tam veya kısmî bir tazminata mahkûm edebilir. Bu durum bir tür hakkaniyet sorumluluğu veya fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi teşkil eder. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 685-687.

⁸³⁰ Mecelle, m. 21.

⁸³¹ Mecelle, m. 22.

kişinin malına verilen zarardan daha büyük olması aranmıştır. Bu maddeler de dikkate alındığında netice itibariyle zarûret hâli, yasak olan şeylerin zarûreti giderecek ölçüde işlenmesi kaydıyla fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır.⁸³² Örneğin kendisini öldürmek amacıyla peşinden gelen kişiden kaçan kimsenin üçüncü bir kişinin evinin kapısını kırarak eve sığınması hâlinde kapının kırılması fiilinde hukuka aykırılık bulunmaz. Ancak bu gibi hâllerde olaya herhangi bir dahli bulunmayan ve mülkiyet hakkı saldırıya uğrayan mağdurun mağduriyetinin giderilebilmesi için hakkaniyet, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi ilkeler gereği meydana gelen zarar tazmin edilir.⁸³³ Bu durum Mecelle’de “*Zarûret gayrın hakkını iptal etmez.*”⁸³⁴ şeklinde düzenlenmiştir.

3.1.4.4.5. Meşru Müdafaa

Kamusal önlemlerin yetersiz kaldığı hâllerde kişinin kendisini koruması amacıyla öngörülen meşru müdafaa, bir kimsenin kendisinin veya başkasının şahıs veya malvarlığı değerlerine karşı yapılan ve devam eden bir saldırıyı, saldırıyla orantılı bir savunmada bulunarak ortadan kaldırması zorunluluğunun adıdır.⁸³⁵ Meşru müdafaa için savunma, hukuka aykırı fiiliyle zarar veren kişiye karşı yapılmalı, saldırı başlamış veya başlaması çok yakın ve kesin olmalı ve savunma filleri saldırıyı bertaraf etmeye yönelik olmalıdır.⁸³⁶ Tüm bu şartlar mevcutsa hukuka aykırılık ortadan kalktığı için meydana gelen zarardan sorumluluk söz konusu değildir.⁸³⁷

3.1.4.5. Kusur ve Sorumluluğa Etkisi

İslâm hukukundaki sorumluluk anlayışı bakımından kusur, haksız fiil sorumluluğunda esas bir şart olarak yer almaz.⁸³⁸ Ancak teaddî teriminin çoğunlukla hukuka aykırılığı, kimi hâllerdeyse hukuka aykırılıkla birlikte kusuru da kapsayabildiği dikkate alındığında kusurun ele alınması bir gerekliliktir. Bir diğer açıdan çalışmamızın mukayeseli olması nedeniyle İslâm hukuku ile Türk hukukunun sorumluluk anlayışları mukayese edilirken,

⁸³² Yıldırım, *Mecelle'nin Külli Kaideleri*, s. 78-80.

⁸³³ Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 171.

⁸³⁴ Mecelle, m. 33.

⁸³⁵ Dönmez, *Fıkıh ve Fıkıh Tarihi İncelemeleri*, s. 400; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 486; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 125.

⁸³⁶ Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 170.

⁸³⁷ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 487; Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 190.

⁸³⁸ İslâm hukukunda sorumlulukta esas ilkenin her zaman kusur sorumluluğu olduğu şeklindeki yargıya katılmak mümkün değildir. Bkz. Yılmaz, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, s. 3.

Türk hukukunda haksız fiil sorumluluğunun dayandığı ilke olan kusurun bilinmesi gerekir. Adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğması için kusur şart değildir. Buna rağmen kusurun bu sorumlulukta çeşitli açılardan etkileri vardır. Kusurun adam çalıştırmanın sorumluluğundaki etkisini belirleyebilmek için de kusura ilişkin genel bir tasavvura sahip olmak gerekir. Tüm bu nedenlere dayalı olarak bu başlık altında genel olarak kusur kavramı, kusurun türleri, kusurun fonksiyonları ve adam çalıştırmanın sorumluluğunda kusurun etkisi üzerinde durulacaktır.

Genel olarak kusurun farklı açılardan bazı sonuçları vardır. Kusur; illiyet bağımlı kesen sebeplerde⁸³⁹ yer alır, sorumluluğun kapsamını⁸⁴⁰ tayin eder ve sorumsuzluk anlaşmaları bakımından⁸⁴¹ sınırlayıcı bir rol üstlenir.

3.1.4.5.1. Genel Olarak Kusur Kavramı

İslâm hukukunda kusur kavramıyla ilgili zengin bir doktrin vardır. Öyle ki İslâm hukukunda kusur kavramını karşılayabilecek teammüd, hata, taksir, amd, şibh-i amd gibi birçok kavram bulunmaktadır.⁸⁴² Bu kavramlar kusurun bir türüne veya parçasına işaret etmektedir.

Türk hukukunda kusurun tanımlanmasında sübjektif ve objektif teori vardır. Kusuru açıklamaya yönelik bu teoriler esasen kusurun ihmal unsuruna ilişkindir.⁸⁴³ Kasıt unsurunda ise sübjektif bir değerlendirme esastır.

Kusuru sübjektif olarak tanımlayan görüşe göre kusurlu fiil, hukuka aykırı zararlı sonucu istemek veya sonucu istememekle birlikte, hukuka aykırı davranmaktan kaçınma hususunda iradesini yeterince kullanmamaktır.⁸⁴⁴ Kusuru objektif olarak tanımlayan görüşe göre kusurlu fiil, hukuk düzeni tarafından kınanan bir fiildir.⁸⁴⁵ Objektif kusur anlayışında ahlaki kınanabilirlik yerine soyut kınanabilirlik ikame edilir.⁸⁴⁶ Objektif

⁸³⁹ Bkz. II. Bölüm, 3.1.3.6.

⁸⁴⁰ Bkz. IV. Bölüm, 1.4.4.

⁸⁴¹ Bkz. II. Bölüm, 3.2.3.5.3.3.

⁸⁴² Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 43; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 59.

⁸⁴³ Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 71.

⁸⁴⁴ Örnek olarak bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 55; Tercier, Pichonnaz, ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 641.

⁸⁴⁵ Bu görüşteki yazarlara örnek olarak bkz. Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 131; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 67; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 492; İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 24-25; Kaneti, “Kusur Kavramının Görevi”, s. 40; Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 195.

⁸⁴⁶ Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 85.

kusur yaklaşımı bugün Fransız haksız fiil hukukunda uygulanmakta ve haksız fiil sorumluluğunun doğması için ayırt etme gücünün varlığı aranmamaktadır.⁸⁴⁷

Sübjektif ve objektif teorinin karma hâli olarak objektifleştirilmiş kusur teorisi de vardır. Objektifleştirilmiş kusur teorisinde sübjektif bir unsur olarak ayırt etme gücü tamamen, failin kişisel özellikleriyse kısmen dikkate alınmaktadır.⁸⁴⁸

Teaddî unsurunun kapsam sorunuyla ilgili olarak yaptığımız değerlendirmede de belirtildiği üzere,⁸⁴⁹ İslâm borçlar hukukunda zararın giderilmesi ve mülkiyetin korunması gibi hedeflere dayalı olarak tazminle yükümlü tutma hususunda kusur unsuruna bakılmamıştır. Buna karşın cezalandırma amacının ön planda olduğu İslâm ceza hukukunda failin kusuru dikkate alınmış fakat bunun tespitinde, kullanılan araçlara bakılmıştır. Buradan hareketle, İslâm borçlar hukukunda kusurun haksız fiil sorumluluğunun belirlenmesinde aslî bir unsur olarak dikkate alınmadığı, İslâm ceza hukukunda ise sorumluluk için objektifleştirilmiş kusur teorisinin geçerli olduğu ifade edilebilir.

3.1.4.5.2. Kusurun Türleri

Kusur kendi içerisinde, temel olarak kasıt (*dolus*) ve ihmal (*culpa*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁸⁵⁰

3.1.4.5.2.1. Kasıt

Sözlükte kast (قصد), “yönelmek, azmetmek; orta ve doğru yolu tutmak” gibi anlamlara gelir.⁸⁵¹ Hukuk terminolojisinde kasıt, failin hukuk kurallarına bilerek aykırı hareket etme iradesidir.⁸⁵² Kusurun dereceleri içerisinde en ağır olan kasıt,⁸⁵³ tasavvur ve irade unsurlarından oluşur. Kasıt sebebiyle sorumluluk için yalnızca hukuka aykırılık bilinci ve isteği yeterlidir; ayrıca failin doğacak zararın biçimini ve kapsamını bilmesi gerekmez.⁸⁵⁴

⁸⁴⁷ Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 88.

⁸⁴⁸ Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 78.

⁸⁴⁹ Bkz. II. Bölüm, 2.1.5.2.2.3.

⁸⁵⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 56; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 647; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 65; Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 24.

⁸⁵¹ Şafak, “Kasıt”, XXIV, 559.

⁸⁵² Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 493; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 56; Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 177; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 409; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 647; Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 195; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 52; Ercan, “Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk”, s. 74.

⁸⁵³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 56.

⁸⁵⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 57.

Kasıt, doğrudan veya dolaylı olabilir. Doğrudan kasıta fail, hem hukuka aykırı sonucu tasavvur etmekte hem onu gerçekten istemektedir.⁸⁵⁵ Araçtaki sürücünün yoldan geçen yayanın üzerine aracını doğrudan sürerek onu ezmeye çalışması böyledir. Bu örnekte sürücü, yayaya çarpması hâlinde onun zarar göreceğini tasavvur etmekte ve aynı zamanda bunu istemektedir. Dolaylı kasıta ise fail, hukuka aykırı sonucu tasavvur etmesine karşın zararlı sonucun meydana gelmesini istememekte veya dolaylı olarak zarar vermek istemektedir.⁸⁵⁶ Örneğin bir yere acele yetişmek amacıyla oldukça kalabalık bir caddede aracını aşırı hızla süren kişi, caddedeki bir kişiye çarparsa burada sürücünün o kişiye doğrudan çarpma yönünde bir iradesinden söz edilemese de böyle bir çarpma ihtimalini göze alarak hareket etmesi nedeniyle sürücünün dolaylı kasıt ile hareket ettiği sonucuna varılır.⁸⁵⁷

3.1.4.5.2.2. İhmal

İhmal, hukuka aykırı sonucu istememekle beraber, bu sonucun meydana gelmemesi için gerekli dikkat ve özeni göstermemektir.⁸⁵⁸ İhmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu failin somut fiiliyle ortaya çıkan zarar veya soyut biçimde hukukî bir sorumluluğun yerine getirilmemesi şeklinde karşımıza çıkabilir.⁸⁵⁹

İhmal kendi içerisinde ağır ihmal (*culpa lata*)⁸⁶⁰ ve hafif ihmal (*culpa levis*)⁸⁶¹ olmak üzere ikiye ayrılır.⁸⁶² Ağır ihmal, aynı şartlar altındaki kişilerin göstermeleri

⁸⁵⁵ Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 178; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 648.

⁸⁵⁶ Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 180; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 57; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 648; Ercan, “Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk”, s. 74-75.

⁸⁵⁷ Örnek için bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 57.

⁸⁵⁸ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 58; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 649; Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, 1-2, 380; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 77; Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 196; Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 167; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 54-55; Ercan, “Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk”, s. 77; Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 192.

⁸⁵⁹ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 494; Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, 1-2, 380; Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, s. 25.

⁸⁶⁰ “Lata culpa est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt.” “Culpa lata en bariz ihmaldır, herkesin bildiği bilmemek demektir.” Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 25.

⁸⁶¹ “Buna lâtince ‘diligentia quam suis rebus adhibere solet’ yani borçlunun kendi işlerine her zaman göstermekte olduğu dikkat ve ihtimam deniyordu.” Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 26.

⁸⁶² Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 29; Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 197; Doktrinde kusuru ağır kusur ve hafif kusur olarak ağır kusuru da kendi içerisinde kast ve ağır ihmal olarak ayırıp hafif kusurun hafif ihmal anlamına geldiğini belirterek farklı bir tasnif yapılması hakkında ayrıca bkz. Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 495.

gereken en basit dikkat ve özenin gösterilmemesidir.⁸⁶³ Hafif ihmal ise hukuka aykırı fiil işlenirken yalnızca dikkatli kimselerin gösterebileceği özenin gösterilmemiş olmasıdır.⁸⁶⁴ Örneğin bir doktor veya hemşirenin hastaya uygulanacak tedavi öncesinde bu tedavi için gerekli testi yapmaksızın tedaviyi uygulaması hâlinde hastanın tedaviye uygun olmaması nedeniyle zarar görmesi durumunda doktor veya hemşirenin ağır ihmalleri vardır. Bir başka örnekte bir kimsenin evinin camından bahçesine tahta fırlatması hâlinde tesadüfen o esnada bahçeden geçen birisinin yaralanması olayında ev sahibinin hafif ihmali söz konusudur. Çünkü kişinin kendi bahçesi de olsa evinden tahtayı fırlatmadan evvel bahçenin durumunu kontrol etmesi gerekirdi.⁸⁶⁵

3.1.4.5.3. Kusurun Fonksiyonları

Türk hukukunda kusurun, sorumluluğu kurucu ve sorumluluğu sınırlayıcı olmak üzere iki fonksiyonu vardır. Kusurun sorumluluğu kurucu fonksiyonu sorumluluğun doğması açısından, sorumluluğu sınırlayıcı fonksiyonu ise tazminat miktarının belirlenmesi açısından önem taşır.⁸⁶⁶ Derecesine bakılmaksızın kusurun varlığı, kusur sorumluluğunun kurulması için yeterlidir.⁸⁶⁷ Kusurun ağırlığı ise tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınır.⁸⁶⁸

İslâm hukukçuları haksız fiil sorumluluğunda failin zarar verme kastını aramamışlar aksine zararın meydana gelmesini yeterli görmüşlerdir.⁸⁶⁹ İslâm hukukçuları nazarında failin hangi sâik ile zarar veren fiili gerçekleştirdiği hususu yerine, yapmak veya terk etmek durumunda olunan fiilin yapılması sonucu bir zararın ortaya çıkması

⁸⁶³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 58; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 653; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 84; Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 29-30; Tunçomağ, *Borçlar Hukukun Genel Esasları*, s. 197; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 58; Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 195.

⁸⁶⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 58; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 653; Tunçomağ, *Borçlar Hukukun Genel Esasları*, V/1, 2, 197; Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 195; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 60.

⁸⁶⁵ Örnek için bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 59.

⁸⁶⁶ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 68-69; Kahveci, “Zarar Görenin Kusurunun Hukuki Sonuçları”, s. 131; Büşra Baş, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Unsuru”, *İstanbul Barosu Dergisi* 92, sy 4 (2018): 226.

⁸⁶⁷ Bu kuralın istisnası TBK m. 49/II hükmüdür: “Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” Burada ahlaka aykırı bir fiille verilen zararın kasten olması aranmıştır.

⁸⁶⁸ Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 176.

⁸⁶⁹ “İslâm hukûkunda hakim olan prensip Türk hukûkunda olduğu gibi kusur şartı değil, zararın tazminidir. Bundan dolayı da tazminatı gerektiren çeşitli fiillerde tazminat için fâilin temyiz kudretine sahip olma şartı aranmamaktadır.” Erdem, “İslâm Hukukunda İstihdâm İlişkisi”, s. 220.

temel ve ayırt edici noktadır.⁸⁷⁰ Klasik İslâm hukuku kitaplarındaki “Hükümler sebeplere bağlıdır.” şeklindeki kâidenin bu bağlamda objektif teoriyi yansıttığı söylenebilir.⁸⁷¹ Bu bilgiler ışığında, İslâm hukukundaki sorumluluk anlayışı açısından kusurun sorumluluğu kurucu fonksiyonundan söz edilemezse de kusurun sorumluluğun sınırlandırılmasına dair fonksiyonunun dikkate alınabileceği söylenebilir. Kusurun sorumluluğun sınırlandırılması fonksiyonu, çalışmamızın üçüncü bölümünde tazminatın belirlenmesi başlığı altında ele alınacaktır.⁸⁷²

3.1.4.5.4. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunda Kusurun Etkisi

Adam çalıştıranın sorumluluğunun doğması için ne adam çalıştıranın ne de çalışanın kusurunun aranmadığı görüşü Türk hukuk doktrininde ve Yargıtay İBK’da belirtilmektedir.⁸⁷³ Kanunda öngörülen özen yükümlülüğünün ihmali suretteki fiille ihlâl edilmesi sonucunda adam çalıştıranın sorumluluğuna gidilmektedir. Ancak adam çalıştıran ile çalışanın fiillerinin kusurlu olması ihtimal dahilindedir. Bu durumun her ikisi için ayrı sonuçları vardır.

“Zarar verenin kusuru” denildiğinde, adam çalıştıranın sorumluluğu konusu özelinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Her ne kadar çalıştırılan kişinin icrai fiiline bakılarak zarar verenin ilk etapta çalıştırılan olduğu söylenebilirse de konunun hukukî düzenlenişi ve sorumluluğun yüklendiği kişi değerlendirildiğinde, asıl zarar veren konumunda ihmali fiili nedeniyle adam çalıştıran olduğu söylenebilir. Her hâlükârda hem adam çalıştıran hem çalıştırılan zarar veren konumunda görülebilir. Ancak bunları ayırt etmek için asıl zarar veren-görünüşte zarar veren ayrımı yapılabilir.

Asıl zarar veren konumundaki adam çalıştıran açısından bakıldığında, adam çalıştıranın kusurunun (munzam/ek kusur) çeşitli sonuçları bulunmaktadır. Adam

⁸⁷⁰ Ayrıca bkz. Ercan, “Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk”, s. 75.

⁸⁷¹ Gazalî, *el-Mustasfâ min İlmi’l-Usûl*, Beyrut: Dâru’l-Erkam b. Ebî’l-Erkam, ty, I, 84; Ercan, “Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk”, s. 76.

⁸⁷² Bkz. IV. Bölüm, 1.4.4.

⁸⁷³ Baysal, *Zarar Görenin Kusuru*, s. 244; Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 55; Tunçomağ, *Borçlar Hukukun Genel Esasları*, s. 233; Velidedeoğlu ve Kaynar, *Borçlar Hukuku Umumî Hükümler*, s. 119; Yüksel, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 18; Çıttan, “İstihdam Edenin Mes’uliyeti”, s. 509; Aksi yöndeki görüş ise çalışanın kusuru olmadığı için şahsen sorumlu tutulmadığı bir zarardan adam çalıştıranın sorumlu tutulmasının adil ve hakkaniyetli olmadığını ileri sürerek çalışanın kusurunun aranması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. Baysal, *Zarar Görenin Kusuru*, s. 245.; RG 22.06.1957, S. 9640; YHGK., E. 1994/178 K. 1994/398 T. 15.06.1994.

çalıştırmanın kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulması imkânını ortadan kaldırması ve tazminat miktarında indirim sebebi olarak dikkate alınması bunlardandır.

Görünüşte zarar veren konumundaki çalışan açısından bakıldığında, çalışanın kusurunun adam çalıştırmanın sorumluluğundaki illiyet bağına kesebilecek düzeye ulaşması hâlinde sorumluluğun çalışana yükleneceği söylenebilir. Buradaki illiyet bağı, zarar ile çalışana verilen iş arasındaki illiyet bağıdır.⁸⁷⁴ Bu da fonksiyonel bağ olarak isimlendirilen özel şarttır.⁸⁷⁵ Görünüşte zarar veren konumundaki çalışanın kusurunun diğer bir sonucu, tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmasıdır.⁸⁷⁶ Bu iki sonuç dikkate alınarak çalışanın kusurunun, ağırlık derecesine göre adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğmasını engelleyen veya sınırlandıran olumsuz bir durum olduğu söylenebilir. Ayrıca çalışanın kusuru, adam çalıştırıcı ile aralarındaki denkleştirme ilişkisinde de gündeme gelir.⁸⁷⁷

3.2. Özel Şartlar

3.2.1. Çalışanın Adam Çalıştırıcıya Bağımlılığı

3.2.1.1. Genel Olarak

Çalışanın adam çalıştırıcıya bağımlılığının tespiti için sözleşme ilişkisi şart değildir.⁸⁷⁸ Fiili bir ilişki, aile hukuku ilişkisi veya hatır ilişkisi gibi çeşitli ilişki biçimleri dolayısıyla da adam çalıştırma ilişkisinden söz edilebilmektedir.⁸⁷⁹ Buna rağmen İslâm hukukunun modern doktrininde akdî temelin şart olduğunu ileri süren görüşler bulunmaktadır.⁸⁸⁰ Bu görüşün, klasik dönem İslâm hukuku eserlerinde adam çalıştırma ilişkisinin çoğunlukla icâre-i âdemi başlığı altında akdî temelde incelenmesinden kaynaklandığı söylenebilir.

Herhangi bir ilişkiye dayalı olarak fakat bağımlı şekilde çalıştırılanın, çalışanın amaç ve menfaatine uygun olarak işini görmesi bağımlılık unsuru bakımından

⁸⁷⁴ Adam çalıştırıcının sorumluluğunda illiyet bağının farklı türleri için bkz. II. Bölüm, 3.1.3.5.

⁸⁷⁵ Bkz. II. Bölüm, 3.2.2.

⁸⁷⁶ Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 213; Ayrıca bkz. Velidedeoğlu ve Kaynar, *Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, s. 120.

⁸⁷⁷ Bkz. IV. Bölüm, 2.3.2.

⁸⁷⁸ Çelik, *Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu*, s. 163; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, s. 579; Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 56-57; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 625.

⁸⁷⁹ Ayrıca bkz. Erdem, “İslâm Hukukunda İstihdâm İlişkisi”, s. 275.

⁸⁸⁰ Örnek için bkz. Emin, *el-Mes’ûliyye an fi’li’l-qayr*, s. 145.

yeterlidir.⁸⁸¹ Adam çalıştırmanın sorumluluğunun özen yükümlülüğüne dayandırılması, bağımlılık (tabiiyet) ilişkisi ve emir ve talimat verme yetkisiyle yakından ilgilidir.⁸⁸²

Bağımlılık ilişkisinin doğrudan veya dolaylı olması mümkündür.⁸⁸³ Olağan olan bağımlılık ilişkisinin doğrudan gerçekleşmesidir. Örneğin bir gerçek kişi veya tüzel kişiliği olan işletmelerde bağımlılık ilişkisi doğrudan sağlanır. Ancak kimi hâllerde adam çalıştırıcı ile çalışan arasındaki bağımlılık ilişkisi dolaylı olarak kurulabilir. Örneğin bir başka işverene (alt işveren) işçisini belirli bir süre tahsis eden asıl işveren ile işçi arasındaki bağımlılık ilişkisi dolaylıdır. Öyle ki adam çalıştırıcı, çalışanıyla arasındaki bağlantıyı şef gibi başka yardımcı kişi veya yöneticilerle de sağlayabilir.

3.2.1.2. Bağımlılık İlişkisi Kavramı

Bağımlılık ilişkisi, İslâm hukukunun modern doktrinde Arapça karşılığı olarak “alâkatu’t-tebiyyet”⁸⁸⁴ veya “râbita tebiyye”⁸⁸⁵ kavramlarıyla ifade edilir. Türk hukuk doktrinde ise yaygın kullanım “bağımlılık”tır.⁸⁸⁶ Çalışmamızda günümüzdeki yaygın kullanım dikkate alınarak bağımlılık kavramı tercih edilmiştir.

Bağımlılık ilişkisi, çalışanın, adam çalıştırıcının gözetimi altında ve onun talimatlarına bağlı olarak işgörmesidir.⁸⁸⁷ Ancak sadece gözetim, talimat verme ve denetleme unsurlarının varlığı yeterli olmayıp bu unsurların, ilişkinin özünde ve bağımlılık oluşturacak derece bulunması gerekmektedir.⁸⁸⁸ Adam çalıştırıcının sorumluluğunda bağımlılık ilişkisinin iki görünüş biçimi vardır: adam çalıştırıcı bakımından emir ve talimat yoluyla denetleme, çalışan bakımından adam çalıştırıcının bu emir ve talimatlarına bağlılık.⁸⁸⁹

⁸⁸¹ Çelik, *Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu*, s. 163.

⁸⁸² Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 148; Tufan Öğüz, “Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu Açısından Zarar ile Görülen İş Arasında Fonksiyonel Bağlılık Bulunması Sorunu (Karar İncelemesi)”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, sy 8 (Eylül 2006): 156.

⁸⁸³ Çelik, *Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu*, s. 171.

⁸⁸⁴ Sirâc, *Damânu'l-udvân*, s. 427.

⁸⁸⁵ Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-Damân*, s. 219; Hafif, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 176.

⁸⁸⁶ Çelik, *Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu*, s. 159; Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu*, s. 70-71; Abdullâh Erol, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 73-74; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 343; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2022, II, 974.

⁸⁸⁷ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 58; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 343; Tavâlebe, “el-Mes’ûliyye an fi’li’l-gayr”, s. 105; Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, II, 974.

⁸⁸⁸ Çelik, *Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu*, s. 160.

⁸⁸⁹ Karaosmanoğlu, “Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu”, s. 95.

3.2.1.3. Bağımlılık İlişkisinin Tespiti

3.2.1.3.1. Genel Olarak

Adam çalıştırmanın sorumluluğunda adam çalıştırıcı ile çalışan arasındaki çalıştırma (bağımlılık) ilişkisinin tespiti son derece önemlidir. Çünkü bağımlılık ilişkisi bulunmuyorsa adam çalıştırıcının sorumluluğuna gidilemez. Bu nedenle bağımlılık ilişkisinin tespiti ve bu tespit için başvurulacak kriterlerin belirlenmesi gerekmektedir. Buna rağmen birtakım gelişmeler sebebiyle bağımlılık ilişkisinin tespitinin zorlaştığı da bilinmektedir. Bu bilgilere dayalı olarak, bu başlık altında öncelikle bağımlılık ilişkisinin tespitini güçleştiren gelişmelere, sonrasında bağımlılık ilişkisinin tespitinde başvurulabilecek ölçütlere ve değerlendirmemize yer verilecektir.

3.2.1.3.2. Bağımlılık İlişkisinin Tespitini Güçleştiren Gelişmeler

Teknolojik gelişmelerin etkisiyle birlikte çalışma şekillerinin çeşitlenmesi sonucu, çalışanların belirli saatlerde çalıştırıcının iş yeri ve organizasyonunda güçlü bir bağımlılık ilişkisi içerisinde iş görmesini konu edinen klasik yapı aşındığı için adam çalıştırıcı ile çalışan arasındaki bağımlılık ilişkisinin tespiti de zorlaşmaktadır.⁸⁹⁰ Bağımlılık unsurundaki değişimde, çok uluslu şirketlerin kendi kârlarını artırmak için daha fazla özgürlük elde etmek istemesi nedeniyle küreselleşme akımı da etkili olmuştur.⁸⁹¹ Ayrıca “esnekleşme eğilimleri” olarak adlandırılan ve iş sözleşmesinin güçlü tarafı olan işverenlerin iş yerinden uzakta işçilere iş gördürerek kendilerine yüklenen maliyeti asgari düzeyde tutma yönündeki amaçları bağımlılık unsurunun değişiminde rol oynamıştır.⁸⁹² Sanayi devrimiyle belirli bir işin gördürüldüğü mekân olarak “işyeri” kavramı, özellikle esnekleşme akımı ve teknolojik gelişmeler sebebiyle anlamını yitirmeye başlamıştır.⁸⁹³ Bilgi toplumuyla çalışma, çalışanın evine kadar uzanmıştır.⁸⁹⁴ “İşyeri” kavramındaki bu değişim, bağımlılık ilişkisinin yumuşamasına neden olmuştur.⁸⁹⁵ Bu bağlamda ekonomik

⁸⁹⁰ Sevil Doğan, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 119.

⁸⁹¹ Erol, *İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru*, s. 78.

⁸⁹² Erol, *İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru*, s. 80-81.

⁸⁹³ Erol, *İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru*, s. 82.

⁸⁹⁴ Abdurrahman Savaş, *Network Marketing Sözleşmesi*, İstanbul: Der Yayınları, 2016, s. 39.

⁸⁹⁵ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, İstanbul: Beta Basım, 2009, s. 217; Savaş, *Network Marketing*, s. 39.

bağımlılık⁸⁹⁶ ve teknik bağımlılıktan⁸⁹⁷ kişisel ve hukukî bağımlılığa⁸⁹⁸ geçiş eğilimi görülmektedir.⁸⁹⁹ İş akdinde ele alınan bağımlılık türü kişisel/hukukî bağımlılıktır.⁹⁰⁰

Bağımlılık ilişkisinin tespitinde yaşanan güçlüklerin çözüme kavuşturulması, problemin asıl sahası olan iş hukukunda, iş akdinin diğer akitlerden ayrılması ve iş hukukunun sınırlarının belirlenmesi olmak üzere iki açıdan önemlidir.⁹⁰¹ Adam çalıştırmanın sorumluluğunda ise adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerinin uygulanabilmesi için bu özel şartın varlığının net bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Örneğin iş gördürenin ve vekilin bağımsız olarak iş gördüğü hâllerde bağımlılık unsuru bulunmadığı için adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümleri uygulanamaz.⁹⁰² Bağımlılık ilişkisinin tespitinde başvurulabilecek ölçütlerde de görüleceği üzere, iş sözleşmesinin bağımlılık unsuru tespitinde yoğun bir çaba sarf edilir. İş hukukunda iş akdinin temel unsuru olarak bağımlılığın bu denli kapsamlı ele alınması değindiğimiz amaçlar çerçevesinde anlamlıdır. Ancak adam çalıştırmanın sorumluluğunda kanaatimizce daha sade kriterlerin varlığı yeterli görülebilir. Buna ilişkin açıklamamız da aşağıda verilecektir.

3.2.1.3.3. Bağımlılık İlişkisinin Tespitinde Başvurulabilecek Ölçütler ve Değerlendirme

Bağımlılık ilişkisinin tespitinde yaşanan güçlükler karşısında yapılması gereken, daha esnek yardımcı ölçüt/ölçütlere başvurmaktır. Bu bakımdan bağımlılık ilişkisinin

⁸⁹⁶ İşçinin ekonomik açıdan güçsüz, işverenin ekonomik açıdan güçlü olduğunu dikkate alarak, işçinin ekonomik yönden işverene bağımlı olduğu anlayışına dayanan ekonomik bağımlılık görüşü, işçiyi hukuki bir kavram olarak ele almak yerine sosyal ve ekonomik yönden ele aldığı ve kavram olarak bir belirsizlik taşıdığı için Türk hukukunda eleştirilmektedir. Doğan, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru*, s. 102-103.

⁸⁹⁷ Malzeme ve üretim vasıtalarının işveren tarafından sağlanması durumunda işçinin işverenin yönlendirmelerine dayalı bağımlılığıdır. Kişisel ve hukuki bağımlılığın bir tamamlayıcısıdır. Malzeme temininin işverence yapılmadığı ve işçinin donanım itibarıyla iyi bir konumda olduğu olaylar bakımından teknik bağımlılığın tespiti kolay değildir. Bu nedenle Türk hukukunda teknik bağımlılığın varlığı kabul edilmekle birlikte, bunun tek başına belirleyici olmadığı ve sadece kişisel ve hukuki bağımlılığın tespitinde başvurulabilecek bir yardımcı ölçüt olduğu ifade edilmektedir. Doğan, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru*, s. 121-122.

⁸⁹⁸ Kişisel bağımlılık ile hukuki bağımlılığın aynı şey olup olmadığı tartışılmaktadır. Aralarında çok bariz bir fark bulunmadığından ve literatürde çoğunlukla birlikte ele alındıklarından bu iki kavram konumuz özelinde birlikte ele alınmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Doğan, *İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru*, s. 128-130.

⁸⁹⁹ Süzek, *İş Hukuku*, s. 213; Savaş, *Network Marketing*, s. 38.

⁹⁰⁰ Erol, *İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru*, s. 74.

⁹⁰¹ Doğan, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru*, s. 97.

⁹⁰² Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 166-169.

tespitiyle ilgili çeşitli testler ile bu testlerde dikkate alınan ölçütler bulunmaktadır. Bağımlılık ilişkisinin tespitinde kullanılan testler; işverenin iş üzerindeki egemenliğinin belirleyici olduğu görüşündeki kontrol testi, işçinin işverenin oluşturduğu hiyerarşik örgütlenmeye katkı sağlamasını dikkate alan organizasyonel entegrasyon testi, ekonomik riskin kimin üzerinde olduğuna odaklanan ekonomik gerçeklik testi ve işçinin sözleşmede yer alan bir kayıtla bağımlı çalışan olmayı kabul etmesini arayan karşılıklı yükümlülük testidir.⁹⁰³ Bu testlerde dikkate alınan çeşitli ölçütler bulunmaktadır. Bunlar; emir ve talimatların kimden alındığı, işverenin çalışana verdiği eğitim, yapılan işin işyerinde gerçekleştirilen işle bağlantısı, ilişkinin sürekliliği, işin belirli bir kişi tarafından ifa edilmesi, yönetim yetkisinin kimde olduğu, çalışma süreleri, çalışma yeri, işyeri düzeni, hesap verme, ücretin belirlenme yöntemi ve ödenme zamanı, işin ifasına ilişkin masrafların kim tarafından ödendiği, işin yerine getirilmesinde kullanılan araç-gereçlerin kim tarafından temin edildiği, yatırımın kim tarafından yapıldığı, kâr ve zararın kime ait olduğu, aynı anda kaç kişi için çalışıldığı, yapılan işin bir kişinin (işverenin) onayına bağlı olmaksızın kamuya sunulup sunulamayacağı, işten çıkarma yetkisi ve fesih bildiriminde bulunma zorunluluğu olup olmamasıdır.⁹⁰⁴ Ancak bu ölçütlere rağmen her durumda geçerli bir bağımlılık kriteri mevcut değildir.⁹⁰⁵ Bu yüzden iş akdinde bağımlılığın göreceli bir kavram olduğundan söz edilir.⁹⁰⁶

Kişisel/hukukî bağımlılığın tespitinde temel olarak işçinin işverene ait bir iş ve hizmet organizasyonunda çalışması dikkate alınmaktadır.⁹⁰⁷ Adam çalıştırmanın sorumluluğuyla ilgili monografik bir çalışmada bağımlılık ilişkisinin tespitinde zorluk yaşanan evden çalışma gibi durumlarda ölçüt olarak alınması gerekenin işin niteliği olduğu ileri sürülmüştür.⁹⁰⁸ Bu görüşe göre gördürülen işin hem şekil hem öz itibarıyla adam çalıştırana bağımlılık içerisinde görüldüğü sonucuna varılabiliyorsa, burada bağımlılık ilişkisi vardır.⁹⁰⁹ Burada işin niteliğinin tek başına yeterli olmayacağı belirtilmelidir.

⁹⁰³ Bu testler hakkında detaylı bilgi için bkz. Erol, *İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru*, s. 104-115.

⁹⁰⁴ Bu ölçütler hakkında detaylı bilgi için bkz. Erol, *İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru*, s. 116-148.

⁹⁰⁵ Doğan, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru*, s. 157.

⁹⁰⁶ Süzek, *İş Hukuku*, s. 215.

⁹⁰⁷ Doğan, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru*, s. 156; Savaş, *Network Marketing*, s. 39.

⁹⁰⁸ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 173.

⁹⁰⁹ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 173.

Kanaatimizce adam çalıştırmanın sorumluluğu özelinde bağımlılık ilişkisi tespit edilirken bazı Yargıtay kararlarında da ifade edildiği üzere⁹¹⁰ belirtilen ölçütler arasında en belirleyici olan emir ve talimat vermektir. Bağımlılığın kişisel/hukukî yönüyle kastedilen de adam çalıştırmanın çalışanı üzerinde emir ve talimatlarıyla kurduğu otoritedir.⁹¹¹ Adam çalıştırıcı, çalışana verdiği emir ve talimatlar ile çalışanın davranışlarını belirlemektedir. Bu nedenledir ki adam çalıştırıcı için zarar-menfaat dengesi gözetilerek bir sorumluluk düzenlemesi yapılmıştır. Adam çalıştırıcı hem yarar sağladığı hem davranışlarını belirlediği için çalışanın hukuka aykırı fiilinden sorumludur. Emir ve talimat verme yetkisi aynı zamanda adam çalıştırıcının özen yükümlülüğünün bir görünümüdür. Emir ve talimatlar yoluyla adam çalıştırıcı ile çalışan arasında bir bağımlılık ilişkisi tesis edilmektedir ki, bu ilişki kapsamında çalışan, adam çalıştırıcının kendisine çizdiği sınırlar dahilinde çalıştırıcının işini görmektedir. Bu bakımdan fonksiyonel bağ ile bağımlılık ilişkisi arasında yakın bir ilişki vardır. Nitekim bağımlılık ilişkisinin tespitinde başvuru alan testlerde kullanılan ölçütlerden biri de yapılan işin işyerinde gerçekleştirilen işle bağlantısıydı. Bu bakımdan fonksiyonel bağın kimi hâllerde bağımlılık ilişkisinin tespitine yardımcı bir kriter mesafesinde görülebileceği ifade edilebilir.

⁹¹⁰ “Bir şahsın diğerinin çalışanı olarak kabul edilebilmesi için o şahsın çalıştırana tabi olması, onun emri altında çalışması gerekmektedir. Yani çalışanın işini yaparken adam çalıştırana tabi olması, onun gözetiminde işin yapılması ve onun talimatlarına bağlı olması gerekmektedir. Zira adam çalıştırıcının kusursuz sorumluluğu, çalışanın denetim ve gözetim konusundaki objektif görevini ihlal etmesinden doğar. Böyle bir ilişki bulunmuyorsa çalıştırıcının sorumluluğundan da söz edilemez. Adam çalıştırana sorumluluk yükletilmesi bu bağıllık ve emir verme yetkisi ile doğrudan ilişkilidir.” Yarg. 3. HD., E. 2016/18526 K. 2018/5676 T. 23.5.2018; “Oysa, adam çalıştırıcının sorumluluğuna ilişkin en önemli koşullardan biri, istihdam edenle yardımcı şahıs arasında bir çalıştırma (bağımlılık) ilişkisinin mevcut olmasıdır. Yardımcı kişi, adam çalıştırana bağımlı olmalı, işi onun direktif ve emirlerine göre yerine getirmelidir.” Yarg. 11. HD., E. 2005/14247 K. 2007/929 T. 29.01.2007; “Adam çalıştırıcının sorumluluğunda temel unsur, bağımlılık ilişkisidir. Bu anlamda adam çalıştırılan, adam çalıştırıcının buyruğu altında olmalı, onun gözetim ve denetiminde iş yapılmalıdır.” Yarg. 4. HD., E. 2006/12772 K. 2007/14555 T. 11.11.2007; “Adam çalıştırma ilişkisi için çalıştırılanın, çalışanın buyruğu altında olması, onun gözetiminde iş yapması ve onun talimatıyla bağlı bulunması gereklidir.” Yarg. 4. HD., E. 5558 K. 9398 T. 14.11.1985.

⁹¹¹ Süzek, *İş Hukuku*, s. 214.

3.2.2. Zararın Çalışanın İşi Görmesi Esnasında ve İş Dolayısıyla Meydana Gelmesi (Fonksiyonel Bağ)

3.2.2.1. Fonksiyonel Bağ Kavramı

Çalışanın hukuka aykırı fiiliyle üçüncü kişiye verdiği zarardan adam çalıştıranın sorumlu tutulabilmesi için zararın “iş nedeniyle ve işin görüldüğü sırada” meydana gelmesi gerekmektedir.⁹¹² İslâm hukukunun modern doktrininde buna Arapça karşılığı olarak “*hudûdu'l-me'zûn*” denilmektedir.⁹¹³ Bu ifade adam çalıştıranın, çalışana işini görmesi için yetki vermesi ve çalışanın bu yetki alanı içerisinde kalarak iş görmesini ifade eder. Türk hukuk doktrininde ise bu durum “fonksiyonel bağ/işlevsel bağlantı”⁹¹⁴ olarak isimlendirilmektedir.⁹¹⁵ Fonksiyonel bağ, çalışana verilen iş ile işin icrası esnasında meydana gelen zarar arasında fonksiyonel bir bağın bulunmasıdır.⁹¹⁶ Çalışmamızda günümüz çalışmalarında yerleşmiş bir kavram olan fonksiyonel bağ kavramı tercih edilmiştir.

Fonksiyonel bağ, adam çalıştıranın özen yükümlülüğünün ihlâli veya çalışanın fiili ile üçüncü kişinin zararı arasındaki illiyet bağından farklıdır.⁹¹⁷ Çalışanın fiili ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı kurulabilse dahi, fonksiyonel bağ bulunmuyorsa adam çalıştıranın sorumluluğundan söz edilemez.⁹¹⁸

3.2.2.2. Fonksiyonel Bağın Özû: Zarar-Menfaat Dengesi

Fonksiyonel bağın varlığından bahsedebilmek için zarar veren fiil ile adam çalıştıranın menfaati örtüşmelidir.⁹¹⁹ Bu nedenle bu bağın özünde kusura dayanmayan sorumluluğu açıklayan düşüncelerden menfaat-zarar dengesi ilkesi yer alır.⁹²⁰ Öyleyse bu bağdan söz edebilmek için çalışan, adam çalıştıranın işinin görülmesi esnasında üçüncü kişilere zarar

⁹¹² Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 151.

⁹¹³ Sirâc, *Damânu'l-udvân*, s. 427.

⁹¹⁴ İngilizcede: *Within the scope/course of the employment*.

⁹¹⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 625; Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 149-150; Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 76.

⁹¹⁶ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 62; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 345; Yüksel, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 19; Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, 1-2, 393.

⁹¹⁷ Burada bir karışıklığa mahal verilmemesi adına adam çalıştıranın sorumluluğunda illiyet bağının üç farklı görünüş biçiminin olduğu hatırlanmalıdır. Bunun için bkz. II. Bölüm, 3.1.3.5.

⁹¹⁸ Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 76.

⁹¹⁹ Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 149; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 626; Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 79; Harold J. Laski, *The Foundations of Sovereignty and Other Essays*, London: George Allen & Unwin Ltd., 1921, s. 264.

⁹²⁰ Bkz. I. Bölüm, 3.5.2.3.1.

vermeli⁹²¹ ve çalıştırıcı kendi yararı için çalışanı çalıştırdığı gerekçesiyle meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmeli, kısacası, zarar-menfaat dengesi kurulabilmelidir.⁹²²

Fonksiyonel bağın mevcut olması hâlinde, çalıştırıcının adam çalıştırıcının talimatından ayrılması, talimatını yanlış anlaması veya talimata aykırı hareket etmesi gibi hâllerde dahi adam çalıştırıcının sorumluluğu gündeme gelebilmektedir.⁹²³ Öte yandan çalışan, kendi inisiyatifine ve kendi menfaatlerine göre hareket etmişse adam çalıştırıcı sorumlu olmaz.⁹²⁴ Örneğin çalıştırıcının, patronunun iş arabasıyla iş güzergahından çıkarak kendi evinin market ihtiyaçlarını karşılamak için seyir hâlindeyken üçüncü bir kişiye zarar vermesi böyledir. Bu örnekte çalıştırıcıya tahsis edilen araç, işin görülmesi için kullanılmadığından verilen iş ile meydana gelen zarar arasında fonksiyonel bağ yoktur.

Fonksiyonel bağa göre çalıştırıcının, yalnızca izin verilen sınırlar içerisinde verdiği zararlardan dolayı çalıştırıcı sorumlu olabilir. Bu nedenle çalıştırıcının fiiliyle çalıştırıcının verdiği iş arasında sıkı bir ilişkinin varlığı gerekir.⁹²⁵ Çalıştırıcı, sırf iş vesilesi ve bahanesiyle üçüncü kişiye zarar verirse adam çalıştırıcı sorumlu değildir.⁹²⁶ Örneğin çalıştırıcının çatıyı onarması esnasında yoldan geçen birisine kasten tuğla fırlatarak zarara sebep olması hâlinde zarar ile işin görülmesi arasında fonksiyonel bağ bulunmadığı için adam çalıştırıcı sorumlu tutulmaz.⁹²⁷ Benzer bir örnekte çalıştırılan şoför, kendisine verilen otomobili kullanırken bir müşteriye tokat atarsa şoförün haksız fiili mahiyet ve kapsam itibarıyla kendisine gördürülen işten bağımsız ve keyfi olduğu için adam çalıştırıcı değil, çalıştırıcının kendisi sorumlu olur.⁹²⁸

⁹²¹ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 344; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, s. 579; “*Borçlar kanunun 55 inci maddesi sarahatından anlaşılacağı üzere istihdam edenin kendi işinde kullandığı kimsenin yaptığı zarardan sorumlu olabilmesi için zarar verici fiilin doğrudan doğruya müstahdemin kendi vazifesini görürken vaki olan faaliyeti neticesinde doğmuş olması şarttır. Hâdisede ise ...garajında telefon nöbetçisi iken kazaya sebep olan otomobili temizlemek hususunda kendisine bir vazife verilmediği halde bu arabayı göya temizlemek üzere garajdan ve karargâhtan dışarı çıkardığı ve telefon nöbetini terkettiği bildirilmiş olmasına...*” Y. 4. H.D. 5673. E. 19/9/1947.

⁹²² Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 61; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 344; Çetiner, Furrer, ve Müller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 383.

⁹²³ Çelik, *Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu*, s. 152; Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 61; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 345.

⁹²⁴ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 62; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 346.

⁹²⁵ Ögüz, “Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu Hakkında Değerlendirme”, s. 841; Ögüz, “Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu Açısından Fonksiyonel Bağlılık Sorunu”, s. 156.

⁹²⁶ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 506; Kılıç, “Adam Çalıştırıcının Hukuki Sorumluluğu”, s. 1042; Ögüz, “Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu Açısından Fonksiyonel Bağlılık Sorunu”, s. 156.

⁹²⁷ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 345; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 30.

⁹²⁸ Çalkın ve Tuğsavul, *Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları*, s. 104.

İslâm hukukunun klasik doktrininde kassârlık⁹²⁹ işinde usta-çırak ilişkisi kaynaklarda sıkça zikredilmekte ve çırağın kasten veya işle ilgisi olmayan bir hususta elbiseyi kesmesi sonucunda tazmin yükümlülüğünün ustaya değil, çırağa yükleneceği geçmektedir.⁹³⁰ Çünkü bu gibi hâllerde fonksiyonel bağ kesilmektedir.⁹³¹ *el-Lübâb*'daki ilgili kısımda me'zûn olunan şeyin akit kapsamında yer alanlar olduğu ve bunun da salih amel olduğu ifade edilmekte, sonuç itibariyle müfsid bir fiilin me'zûn kapsamında değerlendirilemeyeceği ileri sürülerek tazmin yükümlülüğünün ecîre yükleneceği belirtilmektedir.⁹³² Benzer biçimde mutat (olağan) şekilde işin icrası hâlinde ecîre tazminat yükümlülüğünün yüklenemeyeceği klasik dönem İslâm hukuku kaynaklarında geçmektedir.⁹³³

3.2.2.3. Fonksiyonel Bağın Tespiti

Fonksiyonel bağın tespitinde biri dar diğeri geniş olmak üzere iki tür kritere başvurulduğu görülmektedir. Dar kritere göre fonksiyonel bağ, çalışanın adam çalıştırmanın amaç ve hedefine uygun olarak hareket etmesidir. Geniş kritere göre fonksiyonel bağ, çalışanın zarara işi yaptığı yer ve zamanda neden olmasıdır.⁹³⁴ Uygulamada karşılaşılan olaylarda bu kriterlerin yeterli olmadığı ve başkaca kriterler tespit edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu kriterler, “çalışanın adam çalıştırmanın talimatından sapması, kişisel motivasyonla hareket etmesi, kasıtlı fiiliyle zarara sebebiyet vermesi, görevi sebebiyle sahip olduğu otoriteyi kötüye kullanması, dinlenme sürelerinde zarara sebep olması”⁹³⁵ şeklindedir.

Sonuç itibariyle adam çalıştırmanın sorumlu tutulabilmesi için fiilin, hizmetin ifası sırasında meydana gelmesi gerekmektedir.⁹³⁶ Zararı meydana getiren fiilin ne zaman iş esnasında kabul edilip ne zaman iş esnasında kabul edilmeyeceğini belirlerken her zaman

⁹²⁹ Eskiden çok önemli meslek grupları arasında yer alan kassârlık için bugün çamaşır yıkama işi denebilir. Bu işle uğraşana da “kassâr” denilmektedir. Kassârın “çamaşır ağartıcısı” olarak tanımlanması hakkında ayrıca bkz. Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 294.

⁹³⁰ Meydani, *el-Lübâb*, s. 297-298.

⁹³¹ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 153.

⁹³² Meydani, *el-Lübâb*, s. 298.

⁹³³ Meydani, *el-Lübâb*, s. 298; İbnü's-Sââtî, *Mecmaü'l-bahreyn*, s. 380.

⁹³⁴ Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 77-78; Arsebük, iş sahibinin kasten yaptığı zarardan dahi sorumlu tutulacağını belirtmekte ve dolayısıyla fonksiyonel bağın geniş yorumlanması yönünde görüş beyan etmektedir. Ancak buna katılmak -inceleyeceğimiz örneklerde de görüleceği üzere- pek mümkün gözükmemektedir. Bkz. Arsebük, *Borçlar Hukuku*, s. 580.

⁹³⁵ Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 78.

⁹³⁶ Yarg. 4. HD., E. 9713 K. 7962 T. 22.12.1951; Yarg. 4. HD., E. 70 K. 595 T. 27.1.1951.

kesin ölçütlerin olamayacağı, somut olayın özelliklerinin dikkate alınarak bir sonuca varılması gerektiği belirtilmelidir.⁹³⁷

3.2.2.4. Bağı Kesilmesi: Ecîrin Teaddîsi

İslâm hukukunda fonksiyonel bağ değerlendirilirken bu bağın ortadan kalkmasına neden olan ecîrin teaddîsi üzerinde durulması gerekmektedir. Ecîrin teaddîsi; çalışanın, sahih şartlara, örf ve adete ve adam çalıştırmanın muteber emir ve talimatlarına aykırı iş ve harekette bulunmasıdır.⁹³⁸

Ecîrin teaddîsi, teaddînin hukuka aykırılıkla birlikte kusuru da içerebildiği hâller arasındadır.⁹³⁹ Verilen örneklerde de görüleceği üzere birçok hâlde ecîr, kendisine çizilen sınırı kusurun herhangi bir türüyle aşar.

Klasik İslâm hukuk doktrininde Ebû Yûsuf'un verdiği bir örnekte, umumi yola su dökmesini çalışanın isteyen çalıştırıcı, su dökme esnasında meydana gelen zarar sebebiyle sorumlu tutulmaktadır.⁹⁴⁰ Ebû Yûsuf'un bu örnekte ayırdığı husus, çalışanın su dökme fiili esnasında aşırıya kaçarak zararı meydana getirip getirmediğinin (ecîrin teaddîsinin) araştırılması, yani görülen iş ile zarar arasındaki bağın sürüp sürmediğinin tespiti.

Ecîrin teaddîsi Mecelle'de şöyle geçmektedir:

Ecîrin taaddisi, müste'cirin sarâhaten ya delâleten emrine muhalif amel ve hareket etmesidir. Meselâ, bir kimse ecîr-i hâss olan çobana, “şu hayvanları filan mahalde ra'y et âhar yere götürme” demişken, çoban ol mahalde ra'y etmeyerek başka mahalle götürüp ra'y etse, taaddî etmiş olur. Ve orada ra'y eder iken hayvanlar telef olsa, çobana zamân lazım gelir.⁹⁴¹

Yukarıdaki Mecelle maddesinde ecîrin teaddîsi, açık veya örtülü olarak çalışanın, adam çalıştırıcının emir ve talimatlarına aykırı hareket etmesi olarak tanımlanmıştır. Ardından verilen örnekte bu durum somutlaştırılmıştır. Bu örnekte adam çalıştırıcı çalışana (çoban) hayvanları belirli bir yerde bakması yönünde emir ve talimat vermesine rağmen çalışanın başka bir yerde hayvanlara bakması durumunda bu esnada

⁹³⁷ Çelik, *Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu*, s. 154; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, s. 581.

⁹³⁸ Bardakoğlu, “İslâm Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi”, s. 237; A. Fikri Yavuz, *İslâm Fıkhi ve Hukuku*, İstanbul: İrfan Yayınevi, 1970, s. 222.

⁹³⁹ Teaddînin kapsamıyla ilgili değerlendirmemiz için bkz. II. Bölüm, 3.1.4.2.2.3.

⁹⁴⁰ Ebû Yûsuf, *el-Harâc*, s. 175; Aydın, *Araştırmalar*, s. 138.

⁹⁴¹ Mecelle, m. 608.

meydana gelen zarardan çoban sorumlu tutulmaktadır. Adam çalıştırmanın emir ve talimat vermesi bağımlılık unsurunun da olayda müdahil olduğunu gösterir.⁹⁴² Ancak asıl bakılması gereken yer, adam çalıştırmanın çalışana bir sınır çizmesi ancak çalışanın bu sınırı aşmasıdır (teaddî).

Ecîrin (çalışan) teaddîsi (hukuka aykırı fiili) fonksiyonel bağı ortadan kaldırır.⁹⁴³ Bu nedenle sorumluluk müste'cîre (çalıştırın) yüklenemez; meydana gelen zarardan ecîr bizzat sorumlu olur.⁹⁴⁴

Mecelle şerhi *Dürerü'l-hükkâm*'da, "Ecîr-i müşterek gerek teaddisi veya taksiri olsun ve gerek olmasın, kendisinin fiil ve sun'undan tevellüd eden hasarı zâmin olur. Binaenaleyh bu surette ecîr-i müşterek, taht-ı icârede dâhil olmayan ve bi-hükmi'l-icâre me'zûn olmadığı şeyi yapmış olur."⁹⁴⁵ şeklindeki açıklama; çalışan tarafından çalışma ilişkisi aracılığıyla kurulan fonksiyonel bağı ortadan kaldırıldığına işaret etmektedir.

Yine ecîrin teaddîsi kapsamında görülebilecek üzümlün bir yerden başka bir yere nakli üzere yanında birini çalıştırın kişi örneğinde, çalışanın işi ertelemesi nedeniyle üzüm bozulursa veya bir diğer örnekte aşçı yemeği yakar ya da olması gerektiği gibi pişirmese ecîrin tazmin sorumluluğunun doğacağı öngörülmektedir.⁹⁴⁶

Sonuç itibarıyla çalışan, adam çalıştırmanın talimatlarından ayrılırsa, yetkilerini aşarsa veya İslâm hukukunda teaddîsiyle, Türk hukukunda kusuruyla birisine zarar verirse fonksiyonel bağı ortadan kalktığından çalışanın haksız fiili nedeniyle kendisinin sorumluluğuna gidilir; adam çalıştırmanın sorumluluğuna gidilemez.⁹⁴⁷

3.2.3. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Durumlar

3.2.3.1. Genel Olarak

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, karîne olarak çalışanın hukuka aykırı fiiliyle üçüncü kişilere verdiği zararlardan çalıştırının sorumlu tutulması esasına dayanır. Bu duruma

⁹⁴² Bağımlılık unsuru ile fonksiyonel bağı yakınlaşmasına değinilmişti. Bkz. II. Bölüm, 3.2.1.3.3

⁹⁴³ Tavâlebe, "El-mes'ûliyye an fi'li'l-gayr", s. 137.

⁹⁴⁴ "Bu bağı tamamen koptuğunda sorumluluk metbûya yüklenemez." Müntasır, *Mes'ûliyyetü'l-matbu' an ameli't-tabî*, s. 48.

⁹⁴⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, I, 866.

⁹⁴⁶ "Üzümlü falan mahalle nakl etmek üzere kendisine üzüm verilen hammâl te'hîr edip üzüm bozulsa ve aşçı yemeği yaksa veyahut mu'tâd olduğu üzre pişirmese zamân lazım gelir. (Bezzâziyye ve Ankaravi)" Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, I, 867.

⁹⁴⁷ Çetiner, Furrer, ve Müller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 383-384.

“sorumluluk karînesi” denilmektedir.⁹⁴⁸ Buna göre, “işçinin zarara sebebiyet vermesi iyi seçimin ve dikkatli bir denetimin yapılamadığına karînedir.”⁹⁴⁹

Sorumluluk karînesi kendi içerisinde “fiil karînesi” ve “İllyet karînesi” olarak ikiye ayrılabilir.⁹⁵⁰ Fiil karînesi, adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü ihlâl ettiğine ilişkin karînedir. İllyet karînesi ise zararın bu ihlâl nedeniyle meydana geldiği karînesidir. Burada ilk olarak inceleneyecek olan karîne fiil karînesidir. İllyet karînesi diğer hâller kısmında ele alınacaktır.

Adam çalıştıran, gerekli koşulların da varlığı hâlinde kusuruna bakılmaksızın peşinen sorumlu tutulmakta, bu sorumluluktan kurtulmak için sorumluluk karînesinin aksini ispat etmesi gerekmektedir. Zira ispat yükü adam çalıştırandadır.⁹⁵¹ Bu nedenle adam çalıştıran, özen yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirdiğini ispat etmelidir.⁹⁵² İşte, adam çalıştıranın yapması gereken araştırmanın kapsamı, onun özen yükümlülüğüyle irtibatlıdır ve bu durum sorumluluğunun doğmasına engel olan olumsuz bir şart olarak kabul edilir.⁹⁵³

Adam çalıştıranın sorumluluğunu ortadan kaldıran durumların bulunmaması şeklindeki olumsuz şart şöyle toparlanabilir: Adam çalıştıran çalışanı seçerken gerekli özeni göstermemişse veya çalışana talimat verirken ya da onu denetlerken ve gözetlerken ihmalkâr davranmış ise ve bunların sonucunda çalışan, üçüncü bir kişiye hukuka aykırı fiiliyle zarar vermişse adam çalıştıran, özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği için kusura dayanmayan biçimde sorumludur. Nitekim bu durum hakkaniyetin de bir gereğidir.⁹⁵⁴

⁹⁴⁸ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 151; Sağlam, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 155; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 627; Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 175; Adam çalıştıranın sorumluluğunda gündeme gelen karîneler için ayrıca bkz. Göksu, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 52-79.

⁹⁴⁹ Erdem, “İstihdam Edenlerin Sorumluluğu”, s. 273; Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 211.

⁹⁵⁰ Karaosmanoğlu, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 190.

⁹⁵¹ Reisoğlu, *İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti*, s. 34; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 152; Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 176. İslâm hukukunda çalışan genel olarak yed-i emîn kabul edilmektedir. Bu da ispat yükünün çalışan değil adam çalıştıran üzerinde olmasına neden olmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. IV. Bölüm, 3.3.2.

⁹⁵² Arsebük, *Borçlar Hukuku*, s. 580.

⁹⁵³ Reisoğlu, *İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti*, s. 86; Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 72; Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 66; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 202; Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 233; Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 210-212; Çıttan, “İstihdam Edenin Mes’uliyeti”, s. 508; Bu durumun bir unsur/şart olmadığı şeklindeki aksi yöndeki görüşe örnek olarak bkz. Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 174.

⁹⁵⁴ Detaylı bilgi için bkz. I. Bölüm, 3.5.2.3.6.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, özen eksikliği esasına dayanır.⁹⁵⁵ Adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünün tespiti, TBK m. 66 lafzındaki “gerekli özen” ifadesi uyarınca objektif biçimde yapılır.⁹⁵⁶ Özen yükümlülüğünün tespitinde işin niteliği ve tehlikelilik derecesi göz önünde bulundurulur.⁹⁵⁷ Ayrıca söz konusu işteki teamüller, örfler de özen yükümlülüğünün tespitinde kaynaklık teşkil edebilir.⁹⁵⁸ Tüm bunlara ek olarak bu tespit, *ex ante* (olay öncesi) yani zararlı sonucun meydana gelmesinden önceki perspektiften yapılır.⁹⁵⁹

Adam çalıştırmanın için sorumluluktan kurtulma sebeplerinin sayılması, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü yerine getirmemeye (kusurun unsurlarından ihmal) dayalı kusur düşüncesini çağrıştırmayı için değil, adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulacakları düşüncesiyle alacakları tedbirlerin seviyesini artırmak içindir.⁹⁶⁰

Burada ihmalin, hem fiilin⁹⁶¹ hem de kusurun⁹⁶² unsurları arasında yer aldığına dikkat çekilmeli, adam çalıştırmanın sorumluluğunun kusura dayanmayan bir sorumluluk hâli olması nedeniyle burada ihmalin yalnızca fiilin bir unsuru olarak gündeme gelebileceği vurgulanmalıdır. Öyleyse kanunun adam çalıştırmanın için getirdiği sorumluluğunu engelleme imkânı, kusursuzluğun ispatı⁹⁶³ olmayıp kendisine yüklenen objektif özen gösterme yükümlülüğünü yerine getirdiğinin ispatıdır.⁹⁶⁴

Adam çalıştırmanın sorumluluğunu engellemesi, yani özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlaması, farklı şekillerde olabilir. Bunlar; adam çalıştırmanın çalışanını

⁹⁵⁵ Murat Topuz, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluktan Kurtulmasını Sağlayabilecek Hukuki İmkanlar”, *Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongre*, Ankara: TBB Yayınları, 2019, s. 101; Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, 75.

⁹⁵⁶ Topuz, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluktan Kurtulması”, s. 101; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 176; “İstihdam edenin göstermeğe mecbur olduğu dikkat ve itina, amele ve müstahdemlerin intihabına, bunlara verilecek talimata, hizmetin ifası için teslim olunan malzeme ve alât ve edevata ve nihayet vazife esnasında yapılacak nezarete taallük eder.” Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 211-212; Çıttan, “İstihdam Edenin Mes’uliyeti”, s. 508; Sağlam, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, s. 154; Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 75.

⁹⁵⁷ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 176; Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 66-68; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 565.

⁹⁵⁸ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 176.

⁹⁵⁹ Çetiner, Furrer, ve Müller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 385.

⁹⁶⁰ Reisoğlu, *İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti*, s. 148; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 177.

⁹⁶¹ Bkz. II. Bölüm, 3.1.1.2.1.

⁹⁶² Bkz. II. Bölüm, 3.1.4.5.2.2.

⁹⁶³ Adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin hukukî düzenlemenin yapıldığı ilk dönemlerde kusur ve zarar nazariyeleri gündemdedir. Bu dönemde kaleme alınan bir makalede adam çalıştırmanın kusurunun olmadığını ispat etmesiyle sorumluluktan kurtulacağına yer verilmektedir. Bkz. Halim, “Başkasının Fiilinden Dolayı Mesuliyet”, s. 778.

⁹⁶⁴ Çıttan, “İstihdam Edenin Mes’uliyeti”, s. 509.

seçme,⁹⁶⁵ talimat verme⁹⁶⁶ ve denetleme ve gözetim⁹⁶⁷ hususlarında gerekli özeni göstermesi olmak üzere üç türdür.

3.2.3.2. Çalışanı Seçmede Özen

İnsan istihdamında, istihdam edilecek kimseleri araştırarak işin niteliğine uygun bir kişiyi seçmek adam çalıştıranın özen yükümlülüğünün bir parçasıdır.⁹⁶⁸ Çalışanın seçiminde gerekli özeni göstermeyen adam çalıştıran, çalışanın fiili sonucu meydana gelen zararı tazmin eder.⁹⁶⁹

İşin niteliğine ve koşullara göre çalışanda aranacak hususiyetler farklılaşır.⁹⁷⁰ Her işin çalışma koşulları göz önüne alınarak “işe göre adam seçimi” yapılmalıdır.⁹⁷¹ Adam çalıştıran; çalışanın, meslekî bilgi, deneyim ve kişiliklerini de araştırmak zorundadır.⁹⁷² Çalışanın seçimindeki özen yükümlülüğü işe alımda mülakat gibi çeşitli teknikleri kullanmayı da kapsar ve çalışanın çalıştığı süre boyunca devam eder.⁹⁷³ Çalışanın seçiminde gösterilmesi gereken özen yalnızca ilk işe alımı değil, çalışanın yürüttüğü iş değiştirilerek yeni bir iş verilmesini de kapsar.⁹⁷⁴

Adam çalıştıranın çalışanını seçerken göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ölçüsüyle ilgili olarak bir örnek üzerinde durulabilir. Kleptomani (çalma hastalığı) olan bir kişiyi bu durumu bilerek işe alan adam çalıştıran, somut olayda gerçekleşen hırsızlık olayında özen yükümlülüğünün diğer basamaklarında (talimat vermede, denetleme ve gözetlemede) gerekli özeni gösterdiğini ispat etse dahi çalışanı seçmede gerekli özeni

⁹⁶⁵ Roma hukukunda: *Cura in eligendo*.

⁹⁶⁶ Roma hukukunda: *Cura in instruendo*.

⁹⁶⁷ Roma hukukunda: *Cura in custodiendo*.

⁹⁶⁸ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 67; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 350; “Adam çalıştıran, görülecek işe uygun fikri, mesleki bilgi ve yeteneklere sahip bir kişi seçmekle yükümlüdür. Seçeceği yardımcı kişinin göreceği iş için vasıflı, yeterli eğitim görmüş, yeni bilgi, yöntem ve tekniği, özümsemiş ve izlemiş olmasını arayacaktır.” Yarg. 3. HD., E. 2013/1398 K. 2013/3157 T. 27.02.2013; “Adam çalıştıran, görülecek işe uygun fikri, mesleki bilgi ve yeteneklere sahip bir kişi seçmekle yükümlüdür.” Yarg. 17. HD., E. 2015/9097 K. 2018/4095 T. 12.4.2018.

⁹⁶⁹ Yıldız, *Câmi’u l-Fusûleyn’in Kaynakları*, s. 125.

⁹⁷⁰ Topuz, “Adam Çalıştıranın Sorumluluktan Kurtulması”, s. 102.

⁹⁷¹ “Uluslararası nakliyat işi ile iştigal eden davalı şirketin uzun yol şoförü olarak seçtiği adamın trafikte bulunmanın sıkıntılarına katlanabilecek, anlayış gösterebilecek nitelikte olması gerekir. Buna göre davalı şirketin sürücü seçme, talimat verme ve denetlemede gereken özeni göstermediği sonucuna varılmaktadır...” Yarg. 4 HD. 20.10.2011 T., 9216/10886.

⁹⁷² Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 76.

⁹⁷³ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 68; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 351; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 30.

⁹⁷⁴ Topuz, “Adam Çalıştıranın Sorumluluktan Kurtulması”, s. 102.

göstermediği için meydana gelen zararı gidermekle sorumlu olur.⁹⁷⁵ Bu örnekten hareketle, adam çalıştıranın çalışanın kleptomani hastalığı olduğunu bilmemesi ihtimali için de adam çalıştıranın çeşitli yöntemlerden istifadeyle bu hastalığın varlığından bir şekilde haberdar olması gerekirdi denebilir. Ayrıca bu örnekte, “her türlü özenin gösterilmesi” seçmede özenin diğer özen yükümlülüğü basamaklarına sirayet edeceğini anlatır.

Sonuç itibarıyla adam çalıştıran, gerekli yöntemlere başvurmak suretiyle çalışanı seçmede gerekli özeni göstermelidir; aksi hâlde meydana gelen zarardan -diğer özen basamaklarında gereken özeni gösterse dahi- sorumludur.

3.2.3.3. Çalışana Talimat Vermede Özen

Çalışan üzerindeki denetim ve gözetim yetkisi ile aralarındaki bağımlılığın bir gereği olarak adam çalıştıran, çalışanına işin ne şekilde görüleceği hususunda talimatlar vermektedir.⁹⁷⁶ Bu talimatlar, adam çalıştıranın sorumlu tutulabilmesine neden olabildiğinden, talimat vermede de gerekli özeni göstermesi adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından önem arz eder. Bu nedenle adam çalıştıran, çalışana gerekli bilgileri vererek ona gerekli uyarılarda bulunmalıdır.⁹⁷⁷

Talimat vermede gösterilmesi gereken özen, seçimde olduğu gibi işin niteliğine göre farklılık gösterir. Adam çalıştıran çalışanına talimat verirken her defasında çalışanın formasyonu ile işin güçlüklerini göz önünde bulundurmalıdır.⁹⁷⁸ Adam çalıştıranın çalışana her gün talimat vermesi beklenemez.⁹⁷⁹ Ayrıca özel bilgileri nedeniyle o işi görmeye ehil olan kimselere yönelik adam çalıştıranın talimat verme yükümlülüğü yoktur.⁹⁸⁰ Adam çalıştıranın işin niteliği gereği vermesi gereken emir ve talimatlar, işin görülmesi sırasındaki güncel gelişmeler dikkate alınarak, anlaşılır ve etkin

⁹⁷⁵ Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 80.

⁹⁷⁶ Tunçomağ, *Borçlar Hukukun Genel Esasları*, s. 234; “Zira adam çalıştırana sorumluluk yükletilmesi bu bağıllık ve emir verme yetkisi ile doğrudan ilişkilidir.” Yarg. 3. HD., E. 2019/69 K. 2019/3510 T. 17.4.2019.

⁹⁷⁷ Topuz, “Adam Çalıştıranın Sorumluluktan Kurtulması”, s. 105.

⁹⁷⁸ Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 76.

⁹⁷⁹ Tunçomağ, *Borçlar Hukukun Genel Esasları*, s. 234.

⁹⁸⁰ Tunçomağ, *Borçlar Hukukun Genel Esasları*, s. 234.

bir biçimde, durumun gereğine uygun olarak yapılmalıdır.⁹⁸¹ Talimat vermede özen, adam çalıştıranın çalışanına gerekli olanakları (araç ve gereç) sağlamasını da kapsar.⁹⁸²

3.2.3.4. Çalışanı Denetleme ve Gözetlemede Özen

Adam çalıştıranının özen yükümlükleri içerisinde en önemlisi çalışanı denetleme ve gözetlemede özendir. Çünkü “En yetenekli ve nitelikli görevli bile, gözetilmediği ve serbest olduğu duygusuna kapılırsa, işi olurla bırakmak eğilimi gösterebilir.”⁹⁸³

Çalışanı denetleme ve gözetlemede özen, çalışanların işlerini gerektiği şekilde yerine getirip getirmediikleri ve verilen talimatlara uyup uymadıklarını araştırarak bu talimatlara uyulmasını temin etmeye yöneliktir.⁹⁸⁴ Öyleyse adam çalıştıran, çalışanlarını denetlemeli ve gerekli hâllerde onları uyarmalıdır.⁹⁸⁵ Adam çalıştıran, çalışanını bizzat kendisi veya bir yardımcısı vasıtasıyla denetleyebilir.⁹⁸⁶ Bu denetlemenin azlığı veya sıklığı işin niteliği, işletme teşkilatı, kullanılan iş güçleri, talimatlara uyulmaması gibi hususlara göre değişmektedir.⁹⁸⁷ Adam çalıştıran denetlemede gerekli özeni göstermemişse sorumluluktan kurtulamaz; bu durumun aksini ispatlayabilirse sorumluluktan kurtulabilir.⁹⁸⁸

3.2.3.5. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Diğer Durumlar

3.2.3.5.1. İlliyet Karînesinin Çürütülmesi

Adam çalıştıran, objektif özen yükümlülüğü ile zarar arasındaki illiyet bağının ortadan kalktığını, yani gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı dahi zararın yine vuku bulacağını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.⁹⁸⁹ Böyle bir durumda genel illiyet bağı ortadan kalkacağından, sorumluluk adam çalıştırana yüklenemez.⁹⁹⁰ “Genel kurtuluş

⁹⁸¹ Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 183-184.

⁹⁸² Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 76.

⁹⁸³ Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 76.

⁹⁸⁴ Topuz, “Adam Çalıştıranın Sorumluluktan Kurtulması”, s. 106.

⁹⁸⁵ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 352; Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 68.

⁹⁸⁶ Tunçomağ, *Borçlar Hukukun Genel Esasları*, s. 234.

⁹⁸⁷ Topuz, “Adam Çalıştıranın Sorumluluktan Kurtulmasını”, s. 106; Tunçomağ, *Borçlar Hukukun Genel Esasları*, s. 234.

⁹⁸⁸ “Buradaki kurtuluş kanıtı, niteliği itibarıyla bir kusursuzluk kanıtı olmayıp, sorumluluktan kurtulma kanıtıdır. Bu nedenle, adam çalıştıran; zararın meydana gelmemesi için somut durumun gerektirdiği her türlü objektif dikkat ve özeni göstermiş olduğunu ispat ederse, sorumluluktan kurtulacaktır.” Yarg. 3. HD., E. 2021/3303 K. 2021/6259 T. 9.6.2021.

⁹⁸⁹ Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 205; Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 212.

⁹⁹⁰ Arsebük, *Borçlar Hukuku*, s. 582-583; Çıttan, “İstihdam Edenin Mes’uliyeti”, s. 509.

kanıtı” olarak da adlandırılan bu durum, 818 sayılı eBK m. 55/I’de mevcutken, zaten borçlar hukukunun genel bir kuralı olduğu gerekçesiyle TBK m. 66/II hükmünde yer almamıştır.⁹⁹¹ Ancak bu düzenlemenin faydasız bir fazlalık olmadığı, yeni düzenlemenin eski düzenlemeye kıyasla zarar göreni daha fazla ispat yüküyle karşı karşıya bıraktığı gibi gerekçelerle bu değişikliğin yerinde olmadığı kanaatini paylaşılanlar da bulunmaktadır.⁹⁹²

3.2.3.5.2. İşletme Düzenine İlişkin Karînenin Çürütülmesi

Adam çalıştıran, işletme çalışma düzeninin zararı meydana getirmeye engel olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Ancak işletme faaliyeti dolayısıyla meydana gelen zararlar ilgili olarak adam çalıştıranın gerekli işletme düzeni sağlamadaki özen eksikliğinden söz edilebiliyorsa adam çalıştıran tazminle yükümlüdür.⁹⁹³ Buradaki özenin kapsamı, adam çalıştıranın kendisinden öngörmesi beklenebilen zararlar için objektif olarak zararın meydana gelmesini önleyecek işletme düzeniyle ilgili tüm önlemleri almasıdır.⁹⁹⁴ Özenin kapsamının somutlaştırılmasında işletmenin kuruluşunda ve yönetiminde gerekli izinlerin alınmış olması, çalışmanın düzenlenmesine ilişkin hükümlerin yerine getirilmiş olması ve işletme faaliyetinin kalite yönetim standartlarına uygun olduğunun belgelenmesi gibi kriterlere bakılmaktadır.⁹⁹⁵ Bu durum TBK m. 66/III’te düzenlenmiş olup düzenleniş yeri ve hukukî niteliği üzerinde tartışmalar bulunmaktadır.⁹⁹⁶

⁹⁹¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 155; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 352-353; Yavuz, “Kusursuz Sorumluluk”, s. 50; Sağlam, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 156; Çetiner, Furrer, ve Müller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 385.

eBK m. 55/I’de yer alan düzenleme şöyleydi: “*yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamayacağını ispat ederse mes’ul olmaz*”.

⁹⁹² Örnek olarak bkz. Cengiz Koçhisarlıoğlu ve Özlem Erişgin, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda ‘Haksız Fiiller’”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010, s. 1261; Sağlam, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 158.

⁹⁹³ Ayşe Nur Kılınç, *Adam Çalıştıranın Organizasyon Sorumluluğu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 330; Yavuz, “Kusursuz Sorumluluk”, s. 50.

⁹⁹⁴ Kılınç, *Organizasyon Sorumluluğu*, s. 331.

⁹⁹⁵ Kılınç, *Organizasyon Sorumluluğu*, s. 333-338.

⁹⁹⁶ “Yeni kanunda düzenlenen bu yükümlülük doktrin ve uygulamada ‘organizasyon yükümlülüğü’ ya da ‘işletmenin amaca uygun örgütlenmesini gerçekleştirme yükümlülüğü’ şeklinde ifade edilmekte ve bunun yerine getirilmemesi sebebi ile doğacak sorumluluğa da ‘organizasyon sorumluluğu’ denmektedir. Bu yeni düzenleme ile adam çalıştırana kanunen yüklenmiş olunan çalıştırılanı seçmede, talimat vermede ve denetlemede getirilmiş olan özen yükümlülüğünün yanı sıra adam çalıştıranın bir işletme bünyesinde olması halinde işletme faaliyetleri sebebiyle üçüncü kişilerin zarara uğramasını önleyecek şekilde organize edilmesi gereği de yüklenmiştir. Adam çalıştıran üç özen yükümlülüğü dışında işletme organizasyonunun da gereği gibi yapıldığını ispat etmedikçe sorumluluktan kurtulamayacaktır.” Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 199; Konuyla ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz. Kılınç, *Organizasyon Sorumluluğu*, s. 338-342.

3.2.3.5.3. Sorumsuzluk Anlaşması

3.2.3.5.3.1. Genel Olarak

Sorumsuzluk anlaşmasının konusu, alacaklının malvarlığında ileride meydana gelecek olan tazminat alacağı hakkıdır.⁹⁹⁷ Sorumsuzluk anlaşması borçlunun lehine alacaklının ise aleyhinedir. Genel olarak kimse kendi menfaatinin aksine bir biçimde önceden haklarından vazgeçmeyi istemez. Bu düşünceye rağmen sorumsuzluk anlaşması, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri nedeniyle hukukta yerini almıştır.⁹⁹⁸

Sorumsuzluk anlaşması genellikle öncesinde bir hukukî ilişkinin mevcut olduğu akdî sorumlulukta gündeme gelir. Tesadüfî olaylar neticesinde kurulan haksız fiil sorumluluğunda ise tarafların nasıl önceden bir araya gelerek sorumluluğu ortadan kaldırmak üzere anlaşabilecekleri hususu yeterince açık değildir; bu nedenle de tartışmalıdır. Çalışmamız akit dışı sorumluluğu ilgilendirdiği için burada Türk hukuk doktrininde “saf, yalın” olarak adlandırılan sorumsuzluk anlaşması ele alınacaktır. Saf/yalın sorumsuzluk anlaşması, haksız fiilin doğumundan önce⁹⁹⁹ alacaklı ile borçlu arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve ileride alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazmin isteminin oluşumuna tamamen engel olan iki taraflı¹⁰⁰⁰ bir hukukî işlemdir.¹⁰⁰¹ Adam çalıştıranın sorumluluğunda yalın sorumsuzluk sözleşmesinin tarafları, borçlu olarak adam çalıştıran ve alacaklı olarak zarar gören üçüncü kişidir.

3.2.3.5.3.2. İslâm Hukukunda

Sorumsuzluk anlaşması İslâm hukukunun klasik akit tasnifi içerisinde yer alan bir akit türü değildir. Ancak İslâm hukukunda akit ve şart hürriyeti konuları üzerinden bu konu özelinde bir değerlendirme yapılabilir. Akit serbestisi; sözleşme yapıp yapmama konusundaki serbesti, akdi istenilen şekilde yapma serbestisi, akit türlerinden dilediğini

⁹⁹⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1218.

⁹⁹⁸ Galip Sermet Akman, *Sorumsuzluk Anlaşması*, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 3.

⁹⁹⁹ Haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra yapılan bir anlaşma sorumluluğun ortadan kaldırılmasını sağlamaz; yalnızca tazminat talebinden vazgeçildiği (ibra) anlamına gelir. Ali Erten, *Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları*, Ankara: Olgaç Matbaası, 1977, s. 154-155.

¹⁰⁰⁰ Borçlunun meydana gelen zarardan alacaklının sorumluluğunu tek taraflı irade beyanıyla kaldırması, hukuka uygunluk sebeplerinden zarar görenin rızası kapsamında yer alır. Bkz. II. Bölüm, 3.1.4.4.2. Sorumsuzluk anlaşması ile rıza arasında çeşitli farklar vardır. Bunlardan en önemlisi, rızanın fiilin hukuka aykırılığını kaldırması, sorumsuzluk anlaşmasının ise tazmin sorumluluğunu kaldırmasıdır. Detaylı bilgi için bkz. Erten, *Sorumsuzluk Şartları*, s. 164.

¹⁰⁰¹ Akman, *Sorumsuzluk Anlaşması*, s. 6-7.

tercih etme serbestisi ve akdin konusunu, içeriğini ve sonuçlarını belirleme serbestinden oluşur.¹⁰⁰² Bunlardan sorumsuzluk anlaşması bağlamında akit türlerinden dilediğini tercih etme ve daha önemlisi akdin konusunu, içeriğini ve sonuçlarını belirleme serbestileri ön plandadır. Acaba İslâm hukukunda sorumsuzluk anlaşması adıyla kendine özgü bir sözleşme türü tercih edilerek, böyle bir sözleşmede bir borçlunun tazmin yükümlülüğünden kurtulması öngörülebilecek midir?

İslâm hukukunun klasik doktrininde Hanefî mezhebine göre akitlerde asıl olan serbestlik olmakla birlikte, bunun sınırını akdin muktezâsına uygunluk oluşturur. Örneğin akdin diğer tarafına veya üçüncü bir kişiye karşılıksız menfaat sağlayan bir şart, akdin muktezâsına aykırı olduğu gerekçesiyle geçerli görülmez.¹⁰⁰³ Bununla birlikte, bu düşüncenin dayanağı olan tarafları anlaşmazlığa sevk edeceği sakıncası somut olayda ortadan kaldırılmışsa, söz gelimi bir örf hâline gelmişse, bu durumda genel kuraldan (kıyas) sapılmakta ve akit/şart istihşânen geçerli kabul edilmektedir.¹⁰⁰⁴

İslâm hukukunun klasik doktrininde Şeybânî'nin *el-Asl*'inde çoban ecîrin şart koşulsa bile sorumlu tutulamayacağı geçmektedir.¹⁰⁰⁵ Tazmin şartı, tazmini gerektirmeyen bir şeyin tazmin edilmesini sağlayamayacağı gibi, tazmini gereken bir şeyi de tazmin edilmekten çıkaramaz.¹⁰⁰⁶ Böyle bir şart muteber olmayıp emîn bir kişiye ödemesi gerekmeyen bir borcu ödemesini şart koşturmak bâtıldır.¹⁰⁰⁷ İslâm hukukunun klasik doktrininde Mâlik b. Enes (ö. 179/795) de çoban ecîr aleyhine tazminatın şart koşulması hâlinde icâre akdinin icâre-i fâside¹⁰⁰⁸ olacağını belirtmektedir.¹⁰⁰⁹

¹⁰⁰² Abdurrahman Haçkalı, "İslâm Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi", *Dinî Araştırmalar* 5, sy 13 (t.y.): 122-123.

¹⁰⁰³ Ali Bardakoğlu, "İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı", *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1 (1983), 19-20.

¹⁰⁰⁴ Bardakoğlu, "İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti", s. 21; Haçkalı, "Akit Serbestisi Prensibi", s. 128.

¹⁰⁰⁵ eş-Şeybânî, *el-Asl*, III, 433.

¹⁰⁰⁶ İbnü's-Sââtî, *Mecmaü'l-bahreyn*, s. 381; Bu durumun tarafların hukukunu koruma yönünde ileri bir adım olduğu yönünde bkz. Bardakoğlu, *İşçi ve İşveren Münâsebeti*, s. 48-49, 248, 250.

¹⁰⁰⁷ Bardakoğlu, "İslâm Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi", s. 237.

¹⁰⁰⁸ Fesâd terimi klasik dönem İslâm hukukunda ibâdât ve muâmelât alanlarında kullanılmıştır. Fesâd, vasıf ve şartlardaki bozukluk nedeniyle ibadet veya hukuki işlemin hükümsüzlüğünü ifade eder. Fesâd ile butlan terimleri klasik terminolojide Hanefîlerin muâmelât alanında yaptığı ayrım haricinde birbiri yerine kullanılmaktadır. Hanefîlerin muâmelât alanındaki fesâd-butlan ayrımındaki fesâd, asıl-vasıf ayrımı dikkate alınarak yapılmıştır. Buna göre bir akit vasfen geçerli değilse fâsid, aslen geçerli değilse bâtıl addedilmektedir. Hacı Yunus Apaydın, "Fesad", İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1995, XII, 417.

¹⁰⁰⁹ Sahnûn, *el-Müdevvene*, III, 450.

İslâm hukukunda akdin yapısına ve işleyişine ters düşen bir tazmin şartı caiz görülmezken, tarafların hak ve borçları yönündeki tazmin şartı ise geçerli kabul edilmiştir.¹⁰¹⁰ Böylece hukukun emrediciliği ile akit/şart serbestisi arasında bir denge sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir.¹⁰¹¹ Adam çalıştırmanın sorumluluğunda adam çalıştırmanın, çalışandan menfaat elde edip meydana gelen zararı karşılamaması yarar-zarar dengesi ilkesiyle çelişir; adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulması emredici hukuk kuralı nedeniyle kabul edilmez. Bu nedenlerle böyle bir sorumsuzluk şartının fâsid¹⁰¹² olduğu söylenebilir.

Öte yandan, İslâm hukukundaki sorumluluk anlayışının mağdur haklarını öncelediğine daha önce değinilmişti. Mağdurun üzerinde tasarruf edebileceği haklardaki rızası bir hukuka uygunluk sebebi olarak geçerli kabul edildiği için haksız fiil sorumluluğunun doğmasına engel olur. Benzer biçimde burada da üçüncü kişi kendi rızasıyla gelerek adam çalıştırın ile bir sorumsuzluk akdi yaparsa, hukukun emrediciliği ile akit/şart serbestisi arasındaki dengenin akit serbestisi tarafına meyledeceği söylenerek böyle bir akdin geçerli olduğu sonucuna varılabilir. Burada mağdur, bir nevi kendi rızasıyla İslâm hukukundaki sorumluluk anlayışında etkili olan mağdurun korunması güvencesinden feragat etmiş olmaktadır. Böyle bir durumda tazminat hakkında feragatinin geçerli olduğunu söylemek kanımızca daha isabetli görünmektedir.

3.2.3.5.3.3. Türk Hukukunda

Türk hukukunda sorumsuzluk anlaşması TBK'nın 115. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre “*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*” Öyleyse Türk hukukunda sorumsuzluk anlaşması ağır kusur hâllerinde (kast ve ağır ihmal) yapılamazken, hafif ihmal hâllerinde ise yapılabilir.¹⁰¹³

Türk hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğundan sorumsuzluk anlaşması yapılarak kurtulmanın mümkün olup olmadığı tartışmalıdır.¹⁰¹⁴ Sorumsuzluk

¹⁰¹⁰ Bardakoğlu, *İşçi ve İşveren Münâsebeti*, s. 49.

¹⁰¹¹ Bardakoğlu, *İşçi ve İşveren Münâsebeti*, s. 49.

¹⁰¹² Tanımı: “Müfsid (veya fâsid) şart tek taraflı yarar sağlayan, yasak bir şeyi içeren, akdin muhteva ve amacına veya teamüle aykırı olan şarttır.” Apaydın, “Fesad”, XII, 420.

¹⁰¹³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1119-1120; Gönül Koşar, *Kusur ve Etkisi*, s. 197.

¹⁰¹⁴ Topuz, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluktan Kurtulması”, s. 109; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 57.

anlaşmasının yapılamayacağı görüşünü paylaşırlar, adam çalıştırmanın sorumluluğunun akit dışı bir sorumluluk olması nedeniyle zararın ne zaman doğacağını hesaplanamayacağı ile TBK m. 66 hükmünün emredici nitelikte olduğu tezlerini ileri sürmektedir.¹⁰¹⁵ Sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceğini belirtenler ise kanun koyucunun haksız fiil sorumluluğunda değiştirilemez hükümler koyması için herhangi bir gerekçenin bulunmadığı ve söz konusu sorumsuzluk anlaşmasının ahlaka ve kamu düzenine herhangi bir aykırılık teşkil etmediği tezlerini ileri sürmektedir.¹⁰¹⁶

Sonuç itibarıyla Türk hukukunda sorumsuzluk sözleşmesinde temel sınırlandırma, kast ya da ağır ihmaller bakımından bu sözleşmenin yapılamaması olup hafif kusurlar bakımından ise sorumsuzluk sözleşmesi yapılması mümkündür. Türk hukuk doktrindeki, mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak görüldüğü bir yerde, sorumsuzluk anlaşmasının da mağdurun rızası sağlanarak yapılabileceği yönündeki görüşe katılmaktayız.¹⁰¹⁷

3.2.3.5.3.4. Değerlendirme

Adam çalıştırmanın sorumluluğunda sorumsuzluk anlaşmasının yapılıp yapılamayacağı hususu hem İslâm hukukunda hem Türk hukukunda net değildir. İslâm hukukunda sorumsuzluk anlaşması için akit ve şart hürriyeti konusundaki verilerden yararlanılarak bir sonuca gidilebileceği ifade edilmiştir. İslâm hukukunda adam çalıştırın, zarar gören üçüncü kişinin rızasını sağlamak kaydıyla onunla bir sorumsuzluk anlaşması yaparak akit hürriyetinin hukukun emrediciliğine baskın gelmesinden dolayı sorumluluktan kurtulabilir. Türk hukuk doktrinde de meselenin haksız fiiller bakımından tartışmalı olduğu ancak mağdurun rızasının sağlanması kaydıyla adam çalıştırmanın sorumluluğunda da sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceği yönündeki görüşün daha isabetli olduğu

¹⁰¹⁵ Topuz, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluktan Kurtulması”, s. 109; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 57; Şu çalışmada da sorumsuzluk anlaşmasının yapılamayacağı savunulmaktadır: Göksu, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, s. 80.

¹⁰¹⁶ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 58.

¹⁰¹⁷ Topuz, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluktan Kurtulması”, s. 1020; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 58.

görülmüştür. Her iki hukuk bakımından da sorumsuzluk anlaşmasının mağdurun rızasının sağlanması kaydı şartıyla yapılabileceği söylenebilir.

4. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Hukukî Niteliği

Adam çalıştıranın sorumluluğunun kavramsal çerçevesi ve bu sorumluluğun doğması için aranan genel ve özel şartların incelenmesiyle birlikte, adam çalıştıranın sorumluluğuna dair genel bir tasavvur oluşturulmuştur. Bundan sonraki aşamada bu tasavvur üzerine bina edilmek üzere İslâm hukukunda ve Türk hukukunda adam çalıştıranın sorumluluğunun hukukî niteliğinin ele alınması ve sonrasında her iki hukuka ilişkin değerlendirme yapılması uygun düşer.

4.1. İslâm Hukukunda

İslâm hukukunda adam çalıştıranın sorumluluğunun hukukî niteliğini tespit eden herhangi bir çalışma mevcut değildir. İslâm hukukundaki sorumluluk anlayışının illiyet merkezli olması göz önünde bulundurularak adam çalıştıranın sorumluluğunun hukukî niteliğinin tespiti mümkündür. İslâm hukukunun sorumluluk anlayışında kural, mübâşeretdir. Fiil ile zarar arasındaki yakınlık (mübâşeret) hukukî sorumluluğun bir kimseye isnadında ön plandadır. Mübâşeret ve tesebbüb kavramlarının izah edildiği kısımda adam çalıştıranın sorumluluğu özelinde bu kavramlar ayrıca ele alınmıştı. Buna göre adam çalıştıran, mütesebbib; çalışan ise mübâşirdir. Genel sorumluluk kuralının mübâşeret olması, özellikle mübâşir ile mütesebbibin aynı olayda bir araya gelmeleri hâlinde gündeme gelen sorumluluğun mübâşire izâfe olunacağı kâidesinde kendisini gösterir. Bu kâidenin genellik ifade ettiği ve birçok istisnalarının bulunduğu açıklanmıştı.¹⁰¹⁸ İşte adam çalıştıranın sorumluluğu, adam çalıştırma ilişkisinin mahiyetinden kaynaklanan birçok gerekçeye dayalı olarak genel kural olan mübâşeretten istisna olmayı gerektiren bir hukukî meseledir. Bu açıdan İslâm hukukunda adam çalıştıranın sorumluluğu, tesebbübe dayalı istisnai nitelikte bir sorumluluktur.

4.2. Türk Hukukunda

Türk hukukunda günümüz hukukî düzenlemesinde adam çalıştıranın sorumluluğunun hukukî niteliği hakkında herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamasına rağmen, Türk hukuk

¹⁰¹⁸ Bkz. II. Bölüm, 3.1.3.3.3.

doktrinde hukukçuların farklı gerekçelerle farklı kanaatler taşıyabildiği görülmektedir. Bu başlık altında adam çalıştırmanın sorumluluğunun hukukî niteliği hakkında hukukçuların görüşleri serdedilerek onların nitelendirmeleri ve gerekçelerine dair bilgi verilecek ve son olarak günümüz kanunî düzenlemesindeki duruma yer verilecektir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun hukukî niteliği hakkında Türk hukuk doktrindeki baskın görüş, bunun kusura dayanmayan bir sorumluluk olduğu yönündedir.¹⁰¹⁹ H. Veldet Velidedeoğlu adam çalıştırmanın sorumluluğunun sebep sorumluluğu olduğunu düşünmektedir.¹⁰²⁰ E. Arsebük kanaatini açıkça paylaşmasa da konuyu sunuş biçimi dikkate alındığında, onun kusur esasını reddettiği sonucu çıkarılabilmektedir.¹⁰²¹ Z. İmre, adam çalıştırmanın sorumluluğunun kusur karînesine dayanmadığını¹⁰²² fakat kusurun burada tamamıyla devre dışı da bırakılmadığını belirtir.¹⁰²³ Bu sorumluluk türünü kusura dayalı sorumluluktan kusura dayanmayan sorumluluğa geçiş aşaması ve bir nevi köprü olarak nitelendirenler de bulunmaktadır.¹⁰²⁴

S. S. Onar, buradaki sorumluluğun adam çalıştırmanın kişinin üzerine düşen dikkat ve özeni göstermemek kusuruna dayandığı görüşündedir.¹⁰²⁵ K. Birsen ise adam çalıştırmanın sorumluluğunun esasını adam çalıştırmanın çalışanı başlangıçta seçerken, çalışma esnasında gözetim yükümlülüğünü iyi bir şekilde yerine getirmediğinden kusurlu olup bu nedenle sorumlu olduğu şeklinde açıklamakta ve adam çalıştırın için kanunda kabul edilen kusurun kat'î olmadığını belirtmektedir.¹⁰²⁶ Ş. Berki, adam çalıştırmanın sorumluluğu için iki şart önermektedir: Birincisi, çalıştırılanın zarara hizmet esnasında ve hizmet dolayısıyla sebep olması; ikincisi, adam çalıştırmanın zararın meydana gelmemesi için maslahatın gerektirdiği bütün dikkat ve özeni göstermede kusur işlemiş olmamasıdır.¹⁰²⁷

¹⁰¹⁹ Çıttan, “İstihdam Edenin Mes’uliyeti”, s. 507; Tunçer, “İstihdam Edenlerin Mesuliyeti”, s. 1084; Aksi yöndeki görüş ispat yükü yer değiştirmiş kusur sorumluluğu olduğu yönündedir. Detaylı bilgi için bkz. Kılıç, “Adam Çalıştırmanın Hukuki Sorumluluğu”, s. 1031-1032.

¹⁰²⁰ Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukukunun Umumi Esasları*, s. 311.

¹⁰²¹ Esat Arsebük, *Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları*, Ankara: y.y., 1937, I, 282.

¹⁰²² İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 147.

¹⁰²³ İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 148.

¹⁰²⁴ Cengiz Koçhisarlıoğlu, “Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, sy 2 (1984): 185; Göksu, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, s. 52.

¹⁰²⁵ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul: Marifet Basımevi, 1952, II, 1190.

¹⁰²⁶ Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 243-244.

¹⁰²⁷ Şakir Berki, *Borçlar Hukuku Umumi ve Hususi Hükümler*, Ankara: y.y., 1956, s. 133.

K. Reisoğlu, hukukçuların konuyla ilgili görüşlerini kitabında aktardıktan sonra Türk hukuk doktrininde adam çalıştırmanın sorumluluğunun hukukî niteliği hakkında kusur ilkesine bir temayülün bulunduğu çıkarımını yapmaktadır.¹⁰²⁸ Bu mesele İsviçre hukukunda da tartışılmaktadır. Bu tartışmaların akabinde İsviçre Borçlar Kanunu'nda gerekli düzenlemeler yapılmak suretiyle mevzu açıklığa kavuşturulmuş ve adam çalıştırmanın sorumluluğunun bir sebep sorumluluğu olduğu düzenlenmiştir.¹⁰²⁹

Netice itibariyle ismi geçen tüm hukukçuların dikkat çekmek istediği ortak husus, adam çalıştırmanın sorumluluğunda özen yükümlülüğünün arandığı ve özen yükümlülüğünün ihlâlinin bir çeşit kusur anlamına gelebileceğidir.¹⁰³⁰ Bu durumda adam çalıştırmanın belirli bir ölçüde ve alanda kusurluluğundan söz edilebilir. Ancak mevcut hukuktaki kanunî düzenlemenin içeriği, kanunun menşei İsviçre borçlar hukukunda olduğu gibi adam çalıştırmanın sorumluluğunun kusura dayanmayan bir sorumluluk türü olduğu noktasında toplanmaktadır.¹⁰³¹ Adam çalıştırmanın kusurunun varlığı bu sorumluluğun uygulanamayacağı anlamına gelmez.¹⁰³² Bununla birlikte, adam çalıştırmanın bu kusuru, ek kusur (munzam kusur) olarak değerlendirilerek adam çalıştırmanın sorumluluk karînesini çürütmek üzere kanıt getirme imkânını engeller.¹⁰³³ Adam çalıştırmanın kusuru tazminat miktarının belirlenmesinde de dikkate alınır.¹⁰³⁴

4.3. Değerlendirme

İslâm hukukçuları sorumlulukla ilgili meseleleri zamanın koşulları içerisinde mütalaa ederlerken kusur prensibini öncelememişlerdir.¹⁰³⁵ İslâm hukuk doktrininde katıldığımız görüş, İslâm hukukunda sebep sorumluluğu anlayışının hâkim olduğunu ifade etmektedir.¹⁰³⁶ Bu anlayışın arka planında kusurun, tespiti zorluk arz eden ve değişkenlik

¹⁰²⁸ Reisoğlu, *İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti*, s. 55.

¹⁰²⁹ Reisoğlu, *İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti*, s. 55.

¹⁰³⁰ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 54.

¹⁰³¹ Çetiner, Furrer, ve Müller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 381.

¹⁰³² Çıttan, "İstihdam Edenin Mes'uliyeti", s. 509; Kılıç, "Adam Çalıştırmanın Hukuki Sorumluluğu", s. 1032.

¹⁰³³ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 54-55. Detaylı bilgi için bkz. II. Bölüm, 2.2.3.

¹⁰³⁴ Detaylı bilgi için bkz. III. Bölüm, 1.4.3.5.

¹⁰³⁵ "İslâm hukuku açısından sorumluluk kavramına yaklaştığımız zaman Batı hukuk geleneğindeki kusuru önceleyen yaklaşıma nazaran zararın giderilmesini önceleyen yaklaşımın ağırlıklı olduğunu söyleyebiliriz." Okur, *Sosyal Sorumluluk*, s. 152.

¹⁰³⁶ Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 167; "İslâm hukûkunda hakim olan prensip Türk hukûkunda olduğu gibi kusur şartı değil, zararın tazminidir." Erdem, "İslâm Hukukunda İstihdâm İlişkisi", s. 260, 289; Teaddiyi kapsam itibariyle farklı tanımlayan Yelek de aynı kanaattedir: "Görüldüğü üzere

gösteren sübjektif bir değerlendirmeye neden olacağı düşüncesi bulunabilir. Oysa hukuk, objektif zeminde varlığını sürdürmelidir.

Bir Türk hukukçusu olan S. Kaneti, İslâm hukukunun kusuru sorumluluğun şartı olarak kabul etmemesinin hiçbir şekilde kusurun İslâm hukukunda bilinmeyişiinin ya da ilkel bir görüşün benimsenmesinden ileri gelmediğini ve bu konudaki sert hükümlerin düzenlenmesinde muhtemelen malların güvence altına alınması ve korunmasını sağlamak düşüncesinin etkili olduğunu belirtir.¹⁰³⁷ Aynı yazar, katıldığı bir sempozyumda burada söylediklerine ek olarak İslâm hukukundaki bu hükümlerin, zararın olabildiğince zarar verene yükletilmesi ve zarar görenin üstüne bırakılmaması gibi toplumsal bir düşünceye dayandığını ifade eder.¹⁰³⁸ Bir diğer Türk hukukçusu A. H. Berki'ye (ö. 1882-1976) göre de mal ve değerlerin korunmaya değer ve saygın oldukları hususu İslâm hukukunda temel esaslardan biridir.¹⁰³⁹

İslâm hukuk doktrininde teaddînin hukuka aykırılık anlamında olduğunu savunan bir yazar, mübâşeret hâlindeki sorumluluğu “Hukuka aykırılık olmasa dahi mübâşeret hâllerinde sorumluluk söz konusu olur.” şeklinde sistemleştirmektedir.¹⁰⁴⁰ Bir kimsenin diğer bir kimsenin dükkanına girip dükkanındaki bir mala hatâen veya dikkatsizlikle çarpması sonucu malın zarar görmesi bu durumun bir örneğidir.¹⁰⁴¹

Türk hukukunda sorumluluğun doğması için kâide olarak kusur benimsenmiş fakat Sanayi devrimi sonrasında meydana gelen ve hayatın akışını etkileyen önemli olaylar nedeniyle kusura dayanmayan sorumluluk hâllerine de kanunda yer verilmiştir.¹⁰⁴²

Her iki hukuk sistemi içerisinde hukukî bilgi üreten hukukçuların farklı kaygılardan hareket ettiği, sözgelimi İslâm hukukçularının hukukta objektiflik kriteri ile

mübâşeret ve tesebbüb hallerinde kişi ile meydana gelen zarar arasında uygun bir sebep sonuç ilişkisi kurulabiliyorsa, sorumluluk doğar ve oluşan zarar tazmin edilir. Bu durum, akit dışı meydana gelen haksız fiillerdeki sorumluluklarda sebep ilkesinin hâkim olduğunu ve sebep sorumluluğu anlayışının daha ağır bastığını göstermektedir.” Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, s. 50.

¹⁰³⁷ Kaneti, *Hukuka Aykırılık Unsuru*, s. 48.

¹⁰³⁸ Kaneti, “Kusur Kavramının Görevi”, s. 46.

¹⁰³⁹ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s. 191.

¹⁰⁴⁰ Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 169; Benzer ifade es-Sâfi'nin eserinde de geçmekte ve es-Sâfi fukahâ nezdinde bu kâidenin kabul edildiğini belirtmektedir: “Mübâşir teaddisi olmasa da sorumludur, mütesebbib teaddisi olmadıkça sorumlu olmaz.” es-Sâfi, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslami*, s. 108.

¹⁰⁴¹ Örnek için bkz. Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s. 191.

¹⁰⁴² Bu gelişmeler hakkında ayrıca bkz. İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 41-42; Atalay, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, s. 13.

mülkiyetin dokunulmazlığı ve korunması¹⁰⁴³ gibi değerleri ve toplumsal düşünceyi öncelediklerinden, kusuru ilke olarak aramadıkları bilakis zararın giderilmesine önem verdikleri; öte yandan Kara Avrupası hukuk sistemi içerisinde yer alan Türk hukukunda, hukukçuların sübjektif olmasına rağmen Liberal iktisadi düşüncenin de etkisiyle “kimsenin kusuru olmadan sorumlu tutulmaması gerektiği” prensibini önceleyerek kural olarak “kusursuz kimsenin sorumlu tutulmayacağı”nı savundukları görülmektedir. Ancak kusur ilkesi olarak bilinen bu savununun yetersizliği karşısında kusura dayanmayan sorumluluk hâllerinin kanunda ayrıca düzenlenmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır.¹⁰⁴⁴

Yukarıdaki kanaati Sıddık Sami Onar (ö. 1897-1972), hocası Ebu'lulâ Mardin'den (ö. 1881-1957) de aktararak paylaşmakta ve *İdare Hukukunun Umumi Esasları* kitabında şu satırlara yer vermektedir:

... Objektif mesuliyet esasına karşı serdedilen bu tenkid adalet ve hakkaniyet esaslarından ziyade iktisadî düşüncelere dayanmaktadır. Yani islâm hukuku adalet ve hakkaniyet icablarını iktisadî düşüncelere üstün tutmuş ve mağdurun durumunu daha ziyade himayeye lâyık görmüştür. İslâm hukukunun bu esası mecellenin “kavaid-i külliyesinde” “def'i mefasit celb-i menafiden evlâdır” düsturu ile ifade edilmiştir. Yani zararı, fenalığı ortadan kaldırmak önlemek bir menfaat celb ve temin etmekten üstün görülmüştür. Muhterem hocamız ordinaryüs profesör Ebülula Mardin bu düsturu islâm hukuku ile, Roma hukuku ve Garp hukuku arasındaki en esaslı bir fark olarak görmekte ve İslâm hukukunun adalet ve hakkaniyet mülâhazalarını, Roma hukukunun ise iktisadî düşünceleri üstün tuttuğunu ve bu ana prensipteki ayrılığın tesirlerinin iki hukuk manzumesinin teferruata ait hükümlerinde de görüldüğünü kabul buyurmaktadır.¹⁰⁴⁵

Netice itibariyle İslâm hukuku illiyet bağı merkezli bir sorumluluk anlayışı geliştirirken, Türk hukuku kusur merkezli bir sorumluluk anlayışı benimsemiştir. Bu ayrılık adam çalıştırmanın sorumluluğu konusunun ele alındığı sistematiğe de yansımıştır:

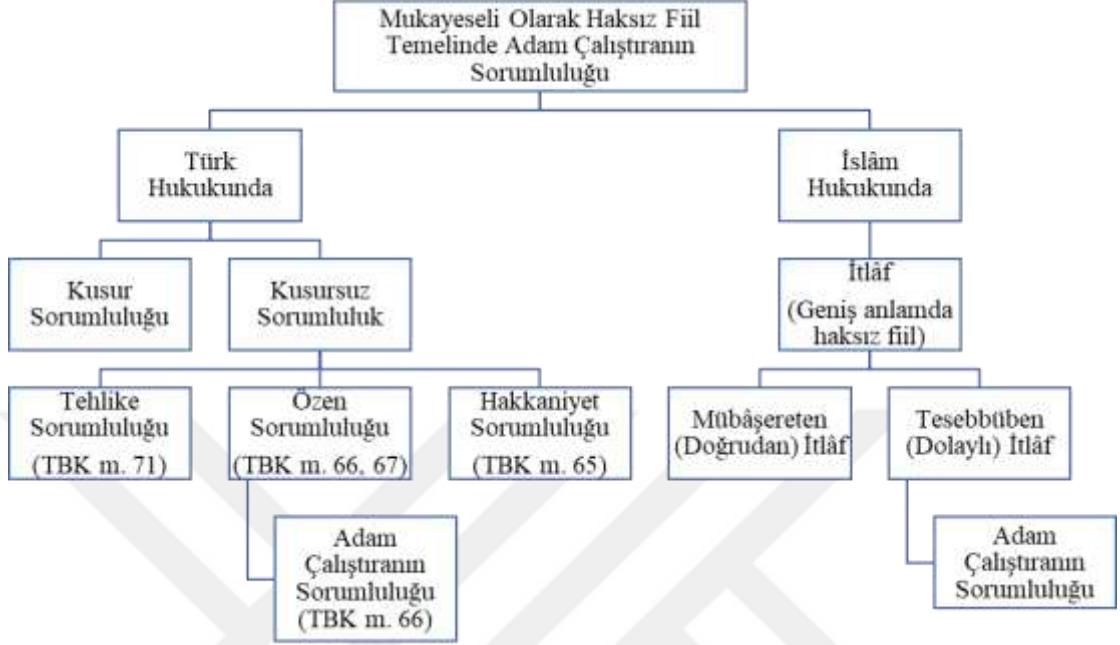
¹⁰⁴³ Konuyla ilgili küllî kâidelerden bazıları şunlardır: “Gayrın mülkünde tasarrufla emretmek batıldır.” (Mecelle, m. 95) “Bir kimsenin mülkünde onun izni olmaksızın âhar bir kimsenin tasarruf etmesi câiz değildir.” (Mecelle, m. 96) “Bilâ sebep-i meşru birinin malını bir kimsenin ahd eylemesi câiz olmaz.” (Mecelle, m. 97) “İzdîrâr, gayrın hakkını iptal etmez.” (Mecelle, m. 33) Buna ek olarak İslâm hukukunda “hükümlerin gayeleri” (makâsîd) incelenmekte ve üç kategoride ele alınmaktadır: Zarûriyyât, hâciyyât ve tahsiniyyât. Olmazsa olmaz beş temel değer (zarûriyyât-ı hamse) şunlardır: Din, nefis, akıl, nesil, mal. Görüldüğü üzere mal/mülkiyet, İslâm hukukundaki hükümlerin genel ve kaçınılmaz gayeleri arasındadır. Detaylı bilgi için bkz. Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 534-538.

¹⁰⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm, 3.5.1.1.

¹⁰⁴⁵ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, II, 1192.

Şekil 5

Mukayeseli Olarak Haksız Fiil Temelinde Adam Çalıştıranın Sorumluluğu



Şekilde görüldüğü üzere adam çalıştıranın sorumluluğu, Türk hukukunda bir kusursuz sorumluluk hâliyen, İslâm hukukunda ise bir tesebbüb itlâf hâlidir. Türk hukukunda kural kusur sorumluluğu olduğundan, adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğu istisnai bir durumdur. Benzer biçimde İslâm hukukunda da genel kâide mübâşir ile mütesebbibin bir araya geldiği bir olayda sorumluluğun mübâşire yükleneceği yönünde olmasına rağmen, adam çalıştıranın sorumluluğu bu kâidenin bir istisnasıdır. Her iki hukuk düşüncesinde de çalışma konumuz istisnai bir sorumluluk türüdür.

Sorumluluk anlayışları farklı olsa bile adam çalıştıranın sorumluluğu konusunda iki hukuk düşüncesi benzer kanaatleri paylaşmaktadır denebilir. Çünkü Türk hukukunda sorumlulukta kural kusur olsa da konu özelinde kusurun aranmaması ile İslâm hukukunda sorumlulukta kuralın mübâşeret olmasına rağmen konu özelinde tesebbüb hâline sorumluluğun yüklenmesi hususları bir arada değerlendirildiğinde, her iki hukuk düşüncesinin sonuç itibarıyla ortak bir noktada birleştikleri görülür.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN DOĞDUĞU HÂLLER

1. Genel Olarak

İslâm hukukunun klasik döneminde geniş çaplı zararlar söz konusu olmadığı için daha münferid örneklerle karşılaşmaktayız. Mesela klasik literatürde tesebbüben itlâf bahsinde kuyu kazılması gibi örnekler çokça yer alır. Bir örnek zikretmek gerekirse, bir kimse umuma açık bir yolda kuyu kazması için ücretle başka birisini tutsa ve bundan habersiz bir şekilde yoldan geçmekte olan üçüncü bir kişi kuyuya düşerek zarar görse tazminat (diyet) yükümlülüğü kıyas gereği çalışanda olsa da istihsânen¹⁰⁴⁶ çalıştırandadır.¹⁰⁴⁷ Ebû Yûsuf'un bu örnekte istihsân yapması adam çalıştırmanın sorumluluğu konusunda hukuk düşüncesinin gelişimini yansıtmaları bakımından değerlidir. Modern hukukta ise modernleşmeyle birlikte risklerin çeşitlenmesi sonucu devasa zararların meydana geldiği örneklerle karşılaşmaktayız.¹⁰⁴⁸ Bu bakımdan modern hukuktaki kapsamlı örneklerin karşılığını İslâm hukukunda bulmak kolay değildir.¹⁰⁴⁹ Ancak İslâm hukukunun klasik doktrinindeki eserlerde verilen örneklerin incelenmesiyle birlikte buradan elde edilen hâsılanın yardımıyla güncel ve kapsamlı örnekler hakkında İslâm hukukunun tutumuna dair değerlendirmelerde bulunmak ve bir teori oluşturmak mümkündür. Bu bölüm, ikinci bölümde ele alınan sorumluluğun genel ve özel şartlarını somutlaştırmak suretiyle bu hususu hedeflemektedir.

¹⁰⁴⁶ İstihsân: “İstihsan, müçtehidin, bir meselede, kendi kanaatine o meselenin benzerlerinde verdiği hükümden vazgeçmesini gerektiren nas, icmâ, zaruret, gizli kıyas, örf veya maslahat gibi bir delile dayanarak, o hükmü bırakıp başka bir hüküm vermesidir.” Zekiyüddin Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkıh)*, çev. İbrahim Kâfi Dönmez, Ankara: TDV Yayınları, 2020, s. 239.

¹⁰⁴⁷ Ebû Yûsuf, *el-Harâc*, s. 175; Aydın, *Araştırmalar*, s. 138.

¹⁰⁴⁸ Öyle ki, Ulrich Beck'ten alıntıyla, modern toplum için “*risk society* (risk toplumu)” ifadesi kullanılmaktadır. Gerçekten de modern toplumda riskler çok artmıştır. Her an herkesin farklı türdeki kötü bir tesadüfle karşılaşarak zarara uğraması mümkündür.

¹⁰⁴⁹ Freyer, Sanayi çağına getirilerini şu satırlarla betimlemektedir: “Dünya tarihinin hiçbir çağında, üzerinde yaşadığımız dünyanın tablosu 19. yüzyılda olduğu kadar kısa bir zaman içinde değişmemiştir. Bu değişme yalnız sanayinin, fabrikaları ile, büyük kentleri ile, mâden ocakları ile göçtüğü bazı alanlarda değil, her yerde olmuştur; sessiz bir vâdide, yüksek sıra dağlar önünde, el değmemiş ormanlarda, çölde, dünya denizlerinde de yeni teknik durmamıştır.” Hans Freyer, *Sanayi Çağı*, çev. Bedia Akarsu ve Hüseyin Batuhan, Ankara: Doğu Batı Yayınları, 2018, s. 28. Freyer'in da dediği üzere, yeni teknik gelişmeler insan hayatını bir yandan kolaylaştırmış öte yandan doğabilecek riskleri artırmıştır.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğabileceği birçok hâl vardır. İslâm hukukunda adam çalıştırma ilişkisi çoğunlukla icâre akdi çerçevesinde icâre-i âdemî türü altında ele alınmıştır.¹⁰⁵⁰ Bazen de çıraklık akdi, mudârebe akdi, ebeveyn-çocuk ilişkisi gibi farklı hâllerde karşımıza çıkabilmektedir.

Türk hukukunda adam çalıştırıcı; İş Kanunu çerçevesinde işveren sıfatına sahip olabileceği gibi, eş, ebeveyn veya çalışan kişinin hizmet ediminden yararlanan herhangi bir kişi de olabilir. Benzer biçimde çalışanın, adam çalıştırıcıyla arasında sözleşme ilişkisi bulunan işçi, çırak gibi kişilerin yanı sıra adam çalıştırıcıyla hiçbir sözleşme ilişkisi bulunmayan ve kendisine gördürülen işi gönüllük esasına dayalı olarak (ücretsiz) yapan kişiler veya aile yardımlaşması kapsamındaki ebeveyn ve eş gibi yardım eden bireyler olması mümkündür.¹⁰⁵¹

Bu açıklamalara dayalı olarak adam çalıştırıcının sorumluluğunun doğabileceği hâller; icâre, çıraklık, ortaklık ve vekâlet akitlerini içeren “akdî ilişkiler” ve ebeveyn-çocuk ilişkisi ve bağımlılık ilişkisinin kamu hukukundan kaynaklandığı hâlleri içeren “kanunî ilişkiler” olarak ikiye ayrılabilir. Tüm bunlar bağımlılık unsurunun yoğunluğuna göre sırasıyla; icâre akdi, çıraklık akdi, ebeveyn-çocuk ilişkisi, bağımlılık ilişkisinin kamu hukukundan kaynaklandığı hâller, ortaklık akdi ve vekâlet akdi olarak ele alınacaktır.

2. Adam Çalıştırıcının Sorumluluğunun Genel Norm Niteliği ve Özel Hüküm-Genel Hüküm İlişkisi

Adam çalıştırıcının sorumluluğu, özel hukuk kaynaklı adam çalıştırma ilişkilerinde çalışanın hukuka aykırı fiiliyle üçüncü kişilere verdiği zararın adam çalıştırıcı tarafından tazmin edilmesini öngören bir genel norm niteliğindedir.¹⁰⁵² Yardımcı bir kişiden yararlanmanın özel görünüş biçimleri de olabilir. Örneğin ilerleyen başlıklarda incelenecek olan tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğu, noterlerin çalıştırdıkları kişilerden sorumluluğu bunlardandır. Bu hâller de özleri itibarıyla bir adam çalıştırma ilişkisini içermekle birlikte, bulundukları alanın gerektirdikleri dikkate alınarak her biri ayrıca düzenlenmiştir. Bahsi geçen başlıkların değerlendirilmesinde adam

¹⁰⁵⁰ Benzer biçimde Türk hukukunda da başkasının menfaatinden yararlanmak çoğunlukla hizmet akdi şeklinde gerçekleşir. Sağlam, “Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu”, s. 151.

¹⁰⁵¹ Bakırcı, “Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu”, s. 43-44.

¹⁰⁵² Karaosmanoğlu, “Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu”, s. 207.

çalıştırmanın sorumluluğunun genel norm niteliğinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bundan sonra diğer hâllerin özel norm niteliğinde oldukları dikkate alınarak genel hüküm-özel hüküm ilişkisine dair kısa bir bilgi verilmesi uygun düşer.

Bir hukuk düzeninde aynı olay veya sorun için uygulanması mümkün genel ve özel niteliklerde olmak üzere birden fazla hükmün bulunması ihtimal dahilindedir. Bu gibi hâllerde somut olay veya soruna hangi hükmün uygulanacağı bir problemidir. Konuyla ilgili olarak hukukçuların kanaatleri genel olarak üç farklı ilke de toplanmaktadır: Yığılma (birlikte uygulanma), dışlama (münhasır uygulanma) ve yarışma.¹⁰⁵³ Genel hüküm özel hükmü tamamlıyorsa yığılma, genel hüküm ile özel hüküm birbirinden farklı çözümler getiriyorsa dışlama, şartlar elverişli olduğu için somut olayda hem genel hükmün hem özel hükmün uygulanabilmesi hâlinde yarışma ilkesinden söz edilir.¹⁰⁵⁴ Genel olarak genel hüküm-özel hüküm ilişkisi bu şekilde olup adam çalıştırmanın sorumluluğuna göre özel hüküm niteliğinde olan hâller ilgili başlıklar altında ele alınacaktır.

3. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun İş Görme Akitleriyle İlişkisi

Adam çalıştırma, özü itibarıyla adam çalıştırmanın çalışanına işini gördürmesini konu edinir. Bu itibarla iş görme akitlerini (hizmet, vekâlet, eser gibi) çağırır.¹⁰⁵⁵ Adam çalıştırma ile çalışan arasındaki adam çalıştırma ilişkisinin tespitinde en önemli unsur bağımlılıktır.¹⁰⁵⁶ Bağımlılık unsuru iş görme akitlerinde de farklı oranlarda yer alır.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu için aranan bağımlılık ölçütünü iş görme akitleri içerisinde en çok sağlayan hizmet akdidir.¹⁰⁵⁷ Eser veya vekâlet akitlerinde iş gören kişinin iş sahibinin gözetim, denetim ve talimatı altında iş görmesi şartıyla adam çalıştırma ilişkisini kurabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır.¹⁰⁵⁸ Ancak “çoğu zaman vekâlet ve özellikle istisnâ` (eser) sözleşmelerinde vekil veya müteahhit iş

¹⁰⁵³ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 12.

¹⁰⁵⁴ Detaylı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 12-15.

¹⁰⁵⁵ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 164.

¹⁰⁵⁶ Bkz. Bölüm II, 2.2.1.

¹⁰⁵⁷ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 164; Buna karşın adam çalıştırmanın sorumluluğu ile icâre akdinin tamamen birbirine eşit kabul edilmemesi gerekir. “Örneğin bir kısıtlı ile yapılan hizmet sözleşmesine vasi icazet vermese ve akit batıl olsa dahi kısıtlının işini yaparken sebep olduğu zarardan adam çalıştırma sorumludur.” Bkz. Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 58.

¹⁰⁵⁸ Örnek olarak bkz. Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 109, 110.

sahibine bağımlı durumda değildir.”¹⁰⁵⁹ Sonuç itibariyle adam çalıştırmanın sorumluluğundaki bağımlılık unsurunu doğrudan karşılayan hizmet akdi, sorumluluğun tereddütsüz biçimde doğduğu bir hâldir. Bundan sonra diğer iş görme edimini içeren akitler bağımlılık ilişkisi özelinde değerlendirilerek bu hâllerde de adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğup doğmayacağı hususuna odaklanılacaktır.

4. İcâre Akdi

Adam çalıştırmanın sorumluluğu ilişkisinin özünde bağımlılık/tabiiyet unsuru bulunduğu ve bu sorumluluğun en çok icâre akdinin alt grubunda yer alan icâre-i âdemî formunda gündeme geldiğinden bahsedilmiştir. Bu bakımdan öncelikle İslâm hukukundaki ismiyle icâre akdi hakkında teorik bir çerçeve çizilecek, bundan sonra icâre-i âdemî formunda vuku bulan örnek olaylar incelenecektir.

4.1. Tanımı, Kapsamı ve Konusu

İcâre akdi, menfaatin bir bedel karşılığında temlik edilmesidir.¹⁰⁶⁰ Mecelle’de icâre akdi, “*menfaati ma’lûmeyi ivaz-ı ma’lûm mukabelesinde bey’ etmek*”¹⁰⁶¹ şeklinde tanımlanmaktadır. Çalışmamızda esas alınan ve kapsayıcı olan icâre akdi tanımı ise şöyledir: “İslam borçlar hukukunda menfaatin ücret karşılığında temlik edilmesini konu alan, günümüzde kira, iş ve kısmen de istisna’ akdine tekabül eden akid”.¹⁰⁶² Dolayısıyla Türk hukuku nazarından bakıldığında İslâm hukukçularının eserlerinde ele aldıkları icâre akdi üç farklı akit türünü içine alan bir genişliktedir.¹⁰⁶³

İslâm hukukçuları, menfaat üzerine yapılmaları¹⁰⁶⁴ ortak noktasından hareketle, üç farklı akit türünü aynı/benzer bir mantık ile ele almışlar ve böylece insan menfaati

¹⁰⁵⁹ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 57.

¹⁰⁶⁰ Meydani, *el-Lübâb*, s. 293; Ali Bardakoğlu, “İcâre”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2000, XXI, 380; Şeref b. Ali Şerif, *el-İcâre: el-Vârid alâ Ameli'l-İnsan*, Cidde: Dârü’ş-Şuruk, 1980, s. 29.

¹⁰⁶¹ Mecelle, m. 405.

¹⁰⁶² Bardakoğlu, “İcâre”, XXI, 379.

¹⁰⁶³ Ayrıca bkz. Ali Bardakoğlu, “Hizmet (İş) Akdinin Yapılması ve Uygulanması”, *İşçi-İşveren Münasebetleri*, İstanbul: İlmi Neşriyat, 1990, s. 48.

¹⁰⁶⁴ Bu durum bir görüşe göre İslâm hukukçularının atomcu evren tasavvurundan ileri gelir. İslâm hukukunda kira akdi ve iş akdi aynı varlık kategorisine (menfaat-araz) hitap ettiğinden konuları aynıdır. Atomcu ontolojiye göre bir evin kiralanması ile bir kişinin iş görmek üzere emeğinden yararlanılması aynı varlık kategorisindedir. Detaylı bilgi için bkz. Hacak, *Atomcu Evren Anlayışı*, s. 100-102, 105; Bu tasavvura karşın bugün için gerek menfaatler gerekse menfaat mahalleri olarak ayn ve insan arasında ciddi bir farkın bulunduğu hareketle kira akdiyle iş akdinin ayırt edilmesi gerektiği hakkında bkz. Bardakoğlu, “İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcâre Akdi”, s. 158.

üzerine yapılan iş akdini o dönemin koşullarında icâre akdi kâideleri çerçevesinde çözümleyebilmişlerdir.¹⁰⁶⁵

Benzer bir tutum Roma hukukunda da vardır. *Locatio Conductio* olarak isimlendirilen sözleşme, *locatio conductio rei* olduğunda taşınır ve taşınmaz mal kirasına, *locatio conductio operum* olduğunda hizmet akdine, *locatio conductio operis* olduğunda ise istisnâ` akdine karşılık gelir.¹⁰⁶⁶ Her üç akit türü menfaat üzerine kurulmuş olmalarından hareketle *locatio conductio* kavramıyla ifade edilir.¹⁰⁶⁷

İcâre akdi menfaat üzerine yapılan bir akit olup menfaatler de ayn menfaati ve insan menfaati olarak ikiye ayrılır.¹⁰⁶⁸ Ayn menfaati söz konusuysa kira akdinden, insan menfaati söz konusuysa iş akdinden söz edilir.¹⁰⁶⁹ Çalışmamızda insan menfaati üzerine yapılan icâre akdi, daha özel adıyla, iş akdi (icâre-i âdemî) ele alınmaktadır.

İcâre-i âdemî de kendi içerisinde süre veya amel (iş) üzerine kurulması yönüyle ikiye ayrılır. Bunların bir kısmı iş akdi bir kısmı da istisnâ` akdine konu olur.¹⁰⁷⁰ İcâre-i âdemî'nin süre üzerine kurulan türü, hizmet sözleşmesi anlamına gelir ve işgörme akitlerine girer.¹⁰⁷¹

4.2. İcâre-i Âdemî (Hizmet Sözleşmesi)

4.2.1. İslâm Hukukunda

İcâre akdindeki açıklamalar dikkate alındığında İslâm hukukunda icâre-i âdemî insan emeğinin kiralanmasını ifade eder. İcâre-i âdemîde emeğini tahsis eden kimse “ecîr”, bu emekten yararlanan kimse de “müste’cîr” olarak adlandırılır.

4.2.1.1. Türleri

İslâm hukukçuları icâre-i âdemî’de ecîrleri, “ecîr-i hâs” ve “ecîr-i müşterek” şeklinde ikiye ayırarak incelemişlerdir.

¹⁰⁶⁵ Dönemin koşulları içerisinde yapılan bu tasnifin İslâm hukukçularının doktriner görüşleri çerçevesinde “İslâm İş Hukuku”nun tarihi gelişimi şeklinde sunularak geliştirilmesi önerisi hakkında bkz. Bardakoğlu, “Hizmet (İş) Akdinin Yapılması ve Uygulanması”, s. 48.

¹⁰⁶⁶ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 225.

¹⁰⁶⁷ Türk hukuk doktrinde “ekonomik olarak edimlerin değişimini” içermesi nedeniyle üç akdin tek başlıkta toplandığı ileri sürülmüştür. Bkz. Somer, *Roma Hukukunda İstisna Akdi*, s. 9.

¹⁰⁶⁸ Bardakoğlu, “İcâre”, XXI, 380.

¹⁰⁶⁹ Bardakoğlu, “İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi”, s. 12, 13, 158.

¹⁰⁷⁰ Bardakoğlu, “İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi”, s. 13.

¹⁰⁷¹ Mecelle, m. 421.

4.2.1.1.1. Ecîr-i Hâs

Ecîr-i hâs, akit süresince emeğini işverene tahsis eden kimsedir.¹⁰⁷² Bu işçi, edimini ancak emeğini işverene tahsis etmek suretiyle yerine getirip borcundan kurtulabilir. Ecîr-i hâs, bu süre boyunca çalışmasa dahi emeğini tahsis ettiği ve bir başkasına iş görmekten mahrum kaldığı için ücrete hak kazanır.¹⁰⁷³

4.2.1.1.2. Ecîr-i Müşterek

Ecîr-i müşterek, belirli bir şey üzerine iş yapmak üzere anlaşılan ve işi bitirmeden ücrete hak kazanamayan kişidir.¹⁰⁷⁴ Mecelle’de ecîr-i müşterek, “*Müste’cîrden başkasına çalışmamak koşuluyla mukayyed olmayan ecîrdir.*” şeklinde tanımlanır.¹⁰⁷⁵

Ecîr-i müşterek olarak tabir olunan işçi, sadece akitte belirlenen işi ifayla yükümlüdür.¹⁰⁷⁶ Ecîr-i müşterekte ecîr-i hâs’taki gibi işçinin emeğini işverene tahsis etmesi gerekmez; işçinin umuma yönelik bir hizmet görmesi ve belirli bir işi bitirmesiyle iş görme borcu yerine getirilmiş olur.¹⁰⁷⁷ Ecîr-i müşterek kendisine tevdi edilen işi tamamlamasıyla birlikte borcunu ifa etmiş olacağından, işi tamamladığı anda ücrete hak kazanır.¹⁰⁷⁸

4.2.1.2. Ecîrlerin Sorumlulukları

Ecîr türlerine göre sorumluluğun nasıl olduğuna burada kısaca değinmek yerinde olur. Ecîr-i hâs, ittifakla yed-i emîndir.¹⁰⁷⁹ Yed-i emîn kabul edilmenin sonuçları, teaddînin bulunmaması hâlinde sorumluluğun doğmaması ve ayrıca delil getirmesine gerek

¹⁰⁷² Meydani, *el-Lübâb*, s. 298; Özdirek, *İşçilerin Verdiği Zarar*, s. 30; İbnü’s-Sââtî, *Mecmaü’l-bahreyn*, s. 379.

¹⁰⁷³ Meydani, *el-Lübâb*, s. 298; Mecelle, m. 425.

¹⁰⁷⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 80; Özdirek, *İşçilerin Verdiği Zarar*, s. 14; Merginani, *el-Hidâye*, III, 344; Meydani, *el-Lübâb*, s. 297.

¹⁰⁷⁵ Mecelle, m. 422.

¹⁰⁷⁶ Bardakoğlu, “Hizmet (İş) Akdinin Yapılması ve Uygulanması”, s. 49.

¹⁰⁷⁷ Bardakoğlu, “İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi”, s. 160.

¹⁰⁷⁸ Bardakoğlu, “İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi”, s. 160; Tavâlebe, “El-mes’ûliyye el-medeniyye”, s. 137-138.

¹⁰⁷⁹ “Ecîr-i hâssın “yed-i emânet” olduğuna ittifâku’l-eimme bulunup Mecelle’nin 610. maddesinde dahi tasrih edilmiş ve şerhan tavih olunması mukarrer bulunmuştur. (Ankarâvî ve Zeylâî)” Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkâm*, I, 857.

“[Ecîr-i hâss] bi’l-ittifak ve ecîr-i müşterek inde’l-imâm [emîndir. Hatta] gerek ecîr-i hâss ve gerek ecîr-i müşterek [yedinde bi-gayr-i sun’ihî] yani kendi ameliyle olmaksızın [telef olan malı] zamân şart edilse bile bi’l-ittifak [zâmin olmaz.]” Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkâm*, I, 864.

kalmaksızın sözüne itibar edilmesidir. Örneğin ecîr-i hâs olan çoban, hayvanları mutat olduğu üzere otlatırken zarar meydana gelirse, bu zararı tazminle yükümlü değildir.¹⁰⁸⁰

Ecîr-i müşterekin yed'inin ne olduğu ihtilaflıdır.¹⁰⁸¹ Ebû Hanîfe, Züfer (ö. 158/775) ve Hasan b. Ziyâd (ö. 204/819) tarafından savunulan görüşe göre ecîr-i müşterekin yed'i de ecîr-i hâssa kıyasla yed-i emân'dır.¹⁰⁸² Burada kabz kiralayanın (*müste'cîr*) izniyle olduğundan, vedîa¹⁰⁸³ konusunda mûda'da (malı kabul eden) olduğu gibi değerlendirilerek ecîr-i müşterek yed-i emîn kabul edilmektedir.

Şeybânî ve Ebû Yûsuf'a göreyse ecîr-i müşterek, yed-i damân'dır. Onlar, bundan sonraki aşamada, zararın kaçınılabılır olup olmamasına göre ek bir değerlendirme yaparlar. Buna göre kaçınılabılır bir zarar hâlinde ecîr-i müşterek sorumluyken, kaçınılamaz bir zarar hâlinde ecîr-i müşterek sorumlu değildir.¹⁰⁸⁴

İşçinin yed-i damân kabul edilmesi hâlinde kural olarak meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekir ve kusurunun olmadığını ispat yükü işçiye yüklenir.¹⁰⁸⁵ Görüldüğü üzere yed-i emânet veya yed-i damân kabul edilmek, ispat mükellefiyetinin hangi tarafta olacağını tayin ettiği için ispat hukukunu da ilgilendirir.¹⁰⁸⁶

Mecelle'de de Ebû Hanîfe'nin görüşü kabul edilerek ecîr-i müşterekin yed-i emîn olduğu düzenlenmiştir.¹⁰⁸⁷ Özetle ecîr-i müşterekte asıl olan yed-i emîn olmaktadır. Zaman içerisinde dönemin koşullarının kötüleşmesi nedeniyle (*fesâdü'z-zamân*) birçok fukahâ

¹⁰⁸⁰ Özdirek, *İşçilerin Verdiği Zarar*, s. 31.; “Ecîr-i hâss olan çoban hayvanları mu'tâd üzre sürerken hayvanlar yekdiğerini telef etseler zâmin olmaz. (Bezzâziyye ve Redd-i muhtâr)” Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, I, 865; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, s. 900.

¹⁰⁸¹ “Ecîr-i müştereke gelince bunda dört kavil vardır. Kavî-i evvel, İmâm-ı A'zam kavlidir. İmâm-ı A'zam ve Züfer ve Hasan bin Ziyâd ve Hammâd rahimehu'llâhü te'âlâya göre -kıyâs olan da budur- bunun yedi de ecîr-i hâssın yedi gibi “yed-i emânet”tir. Zîrâ kabz, müste'cirin izniyle vâki olmuş olmakla vedî'a gibi olup, vâzı'u'l-yed olan müste'cir üzerine mazmûn olmaz. İmâmeyn hazerâtına göre ecîr-i müşterekin yedi “yed-i zamân”dır. Zeyla'î bunu tercih etmiş ise de Mecelle İmâm-ı A'zam kavlini kabul ettiği âtîde tavih olunacaktır. (Ankarâvî ve Zeyla'î)” Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, I, 857.

¹⁰⁸² Ebû'l-Hüseyn Aḥmed b. Ebî Bekr Muḥammed b. Aḥmed Kudûri, *et-Tecrîd*, Kâhire, y.y., 2006, s. 3641.

¹⁰⁸³ Vedîa, sözlükte “bırakmak, terk etmek”, ıstılahta “bir kimseye korunması için bir malın bırakılmasını ve bu şekilde bırakılan malı” ifade eder. Emanet akitlerinden biridir. Emanet kavramıyla vedîa arasında umum-husus ilişkisi vardır. Mustafa Yıldırım, “Vedîa”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2012, XXXXII, 596.

¹⁰⁸⁴ Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, s. 900.

¹⁰⁸⁵ Özdirek, *İşçilerin Verdiği Zarar*, s. 31.

¹⁰⁸⁶ Bkz. IV. Bölüm, 3.3.

¹⁰⁸⁷ Mecelle, m. 611; Bardakoğlu, “İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi”, s. 238.

tarafından istihsânen ecîr-i müşterek yed-i damân kabul edilmiş fakat kaçınılması mümkün olmayan yangın gibi olaylar bundan hariç tutulmuştur.¹⁰⁸⁸

4.2.1.3. Ecîrlerin Bağımlılık İlişkisi Özelinde Değerlendirilmesi

İslâm hukukçularının ecîr-i müşterek tanımlarından bu işçi türünün, bir işi görmesiyle ücrete hak kazanacağı hususu ön plandadır. Bu bakımdan ecîr-i müşterek ile yapılan akit Türk hukukundaki eser (istisnâ) sözleşmesine benzer; hem eser sözleşmesinde hem ecîr-i müşterekte bir eserin meydana getirilmesi dikkate alınır. Bu nedenle ecîr-i müşterekte, işçi-işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi yok denilemese bile, ecîr-i hâssa göre daha zayıf olduğunu söylemek mümkündür.

Ecîr-i hâssa işçi, işverenin talimatlarına tamamıyla bağılıyken, ecîr-i müşterekte esere/sonuca odaklılık bulunduğundan, istenilen sonucun ortaya çıkarılması kaydıyla bu denli bir bağımlılık aranmaz. Netice itibariyle bağımlılık ilişkisi dikkate alındığında çalışan kavramını karşılamaya en yakın kavram ecîr-i hâs olarak gözükmektedir.¹⁰⁸⁹ Ancak ecîr-i müşterekte bağımlılığın belirli ölçüde bulunabildiğinden hareketle ecîr-i müşterek için de çalışan nitelendirmesi yapılabilir.

4.2.2. Türk Hukukunda

İcâre-i âdemî, Türk hukukunda “hizmet sözleşmesi”¹⁰⁹⁰ olarak ele alınır.¹⁰⁹¹ Ancak icâre-i âdemî hizmet sözleşmesine eşdeğer değildir; hizmet sözleşmesinden kapsam itibariyle daha geniştir.¹⁰⁹²

TBK m. 393’e göre hizmet sözleşmesi, “*işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”. Hizmet sözleşmesinde işçi yalnızca gerçek kişi olabilirken, işveren hem gerçek hem tüzel kişi olabilir.

Hizmet sözleşmesinin öne çıkan unsurları; iş görme, bağımlılık, zaman ve ücrettir.¹⁰⁹³ Adam çalıştırmanın sorumluluğu için aranan bağımlılık unsuru hizmet

¹⁰⁸⁸ Tavâlebe, “El-mes’ûliyye an fi’li’l-gayr”, s. 138.

¹⁰⁸⁹ Hamdi Halim, “Başkasının Fiilinden Dolayı Mesuliyet II” II/14-2 (1927), 84.

¹⁰⁹⁰ Hizmet kavramının bir hizmeti (service, dienste) anlatıp iş ilişkisindeki geniş anlamdaki çalışmayı anlatmadığı için yetersiz olduğu yönünde bkz. Bkz. Hamdi Mollamahmutoğlu, *Hizmet Sözleşmesi*, Ankara: y.y., 1995, s. 8.

¹⁰⁹¹ Hilmi Ergüney, *Türk Hukukunda Lügat ve İstilahlar*, İstanbul: Yenilik Basımevi, 1973, s. 194.

¹⁰⁹² Mehmet Aykanat, “Mecelle’de İş Sözleşmesi”, *Akademik Bakış Dergisi* 47 (2015), 55.

¹⁰⁹³ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 542.

sözleşmesinde de aranır. Bu nedenle adam çalıştırma ilişkisine kaynaklık edebilecek iş görme sözleşmesi hizmet sözleşmesidir.¹⁰⁹⁴

İşverenin hizmet sözleşmesinden doğan sorumluluğu ile adam çalıştırmanın sorumluluğundan doğan sorumluluğu aynı olayda birleşirse, bunlar arasında hakların yarışması gündeme gelir.¹⁰⁹⁵ İşveren hizmet sözleşmesi kapsamında işyerinde gerekli işletme organizasyonunu sağlamadığı; adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında çalışanını seçerken, talimat verirken ve denetlerken gerekli özeni göstermediği için sorumludur.¹⁰⁹⁶ İşverenin her iki türdeki sorumlulukları kusura dayanmaz. Zarar görenin talebini her iki sorumluluktan birine dayandırması mümkündür. Bu belirlemede zamanaşımı süreleri bakımından hangisinin daha avantajlı olduğu dikkate alınır. Burada sözleşmelerde 10 yıllık genel zamanaşımı ve haksız fiillerde 2 yıllık kısa zamanaşımı ile 10 yıllık uzun zamanaşımı süreleri göz önünde bulundurulur.

4.2.3. Örnek Olaylar

Sahnûn (ö. 240/854), *el-Müdevvene*'de “zanaatkarların işçilerinin verdiği zararları tazmin sorumluluğu” [تَضْمِينُ الصُّنَّاعِ مَا أَفْسَدَ أَجْرَاؤُهُمْ] başlığı altında şöyle bir anlatıma yer verir: “Zanaatkarların işçilerinin verdiği zararları tazmin yükümlülüğü hakkındaki hüküm hakkında şöyle dedim: “Şu konudaki görüşün nedir: Kassâr'ın¹⁰⁹⁷ işçisi bir şeye zarar verse işçi üzerine bir sorumluluk gerekir mi?” Dedi ki: “İşçinin kendisine verilen şeyler hakkında işçiye herhangi bir sorumluluk yüklenmez ancak zayi etmesi, ihmalkâr davranması ve teaddî'si bundan hariçtir.”¹⁰⁹⁸

Bu örnekte kassâr adam çalıştırıcı, işçisi ise çalışandır. Kassâr işçinin emeğinden istifade etmekte ve ona kendi işini gördürmektedir. Hâl böyleyken, bir işin icrası esnasında işçinin fiilleri sonucu meydana gelen zararın adam çalıştırıcı olarak kassâra

¹⁰⁹⁴ Buna karşın, eser ve vekâlet sözleşmelerinde de emir ve talimat ilişkisinin kurulması halinde adam çalıştırıcının sorumluluğunun gündeme gelebileceği yönünde görüşler ve Yargıtay kararları mevcuttur. Kılıç, “Adam Çalıştırıcının Hukuki Sorumluluğu”, s. 1034; Eren ve Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, II, 1491.

¹⁰⁹⁵ Emine Tuncay Kaplan, *İşverenin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1992, s. 98.

¹⁰⁹⁶ Kaplan, *İşverenin Hukuki Sorumluluğu*, s. 98.

¹⁰⁹⁷ Kassâr'ın anlamı için bkz. 928 no'lu dipnot.

¹⁰⁹⁸ Sahnûn, *el-Müdevvene*, III, 401. Burada geçen metnin orijinali şöyledir:

”أَرَأَيْتَ الْقَصَّارَ إِذَا أَفْسَدَ أَجِيرُهُ شَيْئًا أَيْكُونُ عَلَى الْأَجِيرِ شَيْءٌ أَمْ لَا؟ قَالَ: لَا شَيْءَ عَلَى الْأَجِيرِ فِيمَا أَوْتِيَ عَلَى يَدَيْهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَيْعًا أَوْ قَرْطًا أَوْ تَعَدًى.”

Konuşmanın devamında bu sözün Mâlik'e mi ait olduğu sorulmakta ve cevap olarak “İmam Mâlik'ten herhangi bir şey işitmedim bu benim görüşümdür” cevabı alınmaktadır.

yüklenmesi gerekir. Hakkaniyet de bir başkasını kendi menfaati için çalıştıranların meydana gelen zararı üstlenmesini gerektirir.

Adam çalıştıranın sorumluluğunun doğması için aranan genel ve özel şartlar belirtilmişti. Somut olayda çalışan ihmalkâr davranarak ve teaddî göstererek adam çalıştıranın kendisine çizdiği çalışma sınırlarını aşmıştır. Burada ecîrin teaddîsinden söz etmek mümkündür. Ecîrin teaddîsi hukuka aykırılıkla birlikte kusuru da kapsar bir çerçeveye sahiptir. Ecîr kendisine çizilen iş sınırlarını aştığından adam çalıştıranın özel şartlarından fonksiyonel bağ burada eksiktir. Her ne kadar kassâr ile işçisi arasında bir adam çalıştırma ilişkisi mevcut olsa da adam çalıştıranın sorumluluğunda aranan şartlardan birinin eksikliği nedeniyle adam çalıştıranın sorumluluğuna gidilemez. Böyle bir durumda da istisnai sorumluluk uygulama alanı bulmaz; genel kural gereği sorumluluk mübâşir konumundaki işçi üzerinde kalır. Çünkü burada zararı tazmin yükümlülüğünü işçi üzerinden alıp adam çalıştırana yüklemek için gerekli olan gerekçelerden özellikle zarar-menfaat dengesi kalmamıştır.

Sahnûn (ö. 240/854), *el-Müdevvene*'de “çobanın tazmin sorumluluğu” [تَضْمِينِ الرَّاعِي] başlığında şöyle bir pasaj aktarır: “Çobanın tazmin sorumluluğu hakkında dedim: “Mâlik deveyi, koyunu, ineği, sürüngenleri gözeten çobanın tazmin sorumluluğu olduğunu düşünüyor mu?” Mâlik'in şöyle dediğini söyledi: “Onların (çobanların) üzerinde tazminat sorumluluğu yoktur ancak teaddî'leri ve ifratları (sınırı aşmaları) bundan istisnadır.”¹⁰⁹⁹ Metnin devamında, farklı versiyonlarda ve daha karmaşık tarzda sorular yöneltilir ancak cevap değişmez ve teaddî ve ifrat olmadıkça sorumluluğun çalışana yüklenemeyeceği vurgulanır.

Bu örnekte çobanı çalıştıran kişi adam çalıştıran, çoban ise çalışandır. Adam çalıştıranın sorumluluğu için aranan şartların tamamının varlığı hâlinde adam çalıştıranın, çobanın fiili sonucu meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekir. Ancak burada çobanın teaddî ve ifratından söz edilmektedir. Bu da üst başlıkta ecîrin teaddîsidir. Çobanın teaddîsinin söz konusu olayda nasıl gerçekleştiğiyle ilgili detaylı bir bilgi yoktur. Ancak bunu örneklendirmek mümkündür. Söz gelimi çoban, adam çalıştıranın kendisine koyunları otlatması için belirttiği yeri terk ederek kendi tercih ettiği yerde koyunları otlatırsa teaddî göstermiş olur. Çünkü adam çalıştıran kendisine dilediği yerde koyunları

¹⁰⁹⁹ Sahnûn, *el-Müdevvene*, III, 449.

otlatması konusunda bir yetki vermemiştir. Çobanın teaddîsinin etkisi, adam çalıştırmanın sorumluluğu için aranan özel şartlardan fonksiyonel bağla ilgilidir. Tazmin sorumluluğunun çobandan alınıp onun emeğinden istifade eden adam çalıştırana yüklenmesi gerekirken,¹¹⁰⁰ çoban teaddî gösterdiği için buradaki bağ kesilmiştir. Sonuç olarak sorumluluğun adam çalıştırana yüklenmesindeki esas gerekçe ortadan kalktığı için sorumluluk mübâşir konumundaki çoban üzerinde kalır.

es-Suğdî'nin (ö. 461/1068) *en-Nutef*'inde ecîrin elinde bir şey helak olsa – (ustasına) muhalefet etmediği, teaddî'si ve teammüd'ü bulunmadığı takdirde- tazminat sorumluluğunun ecîr yerine ustaya ait olacağı belirtilmektedir.¹¹⁰¹

Yukarıdaki örnekten adam çalıştırmanın çalışana işi gördürürken çizdiği sınırlar içerisinde işin icrası hâlinde bir zarar meydana gelmesi hâlinde tazminat sorumluluğunun adam çalıştırana ait olacağı çıkarılabilmektedir. Bu durumun karşılığı olarak çalışanın adam çalıştırmanın çizdiği sınırlara muhalefet etmesi halinde tazminat sorumluluğu çalışana yüklenir. Bu durum da fonksiyonel bağla ilgilidir.

Başka bir açıdan ve dolaylı biçimde, çalışanın ustasına muhalefeti adam çalıştırana arasındaki bağımlılık unsurunun ortadan kaktığı anlamına da gelebilir. İstisnai sorumluluk türü olan tesebbüb üzerine kurulu adam çalıştırmanın sorumluluğuna gidilememesi hâlinde kural olan mübâşerete dönülür; tazmin yükümlülüğü çalışan üzerinde kalır. Çünkü adam çalıştırana, çalışanın emeğinden yararlandığı için meydana gelen zararı üstlenir, aksi hâlde çalışanın adam çalıştırmanın talimatlarına uymaması nedeniyle bu menfaat bağı ortadan kalkar.

Alâüddîn es-Semerkindî'nin (ö. 539/1144) *Tuhfetu'l-fukahâ*'sında, Mevsılî'nin (ö. 683/1284) *el-İhtiyâr*'ında ve Şeyh Bedreddin'in (ö. 823/1420) *Câmiu'l-fusûleyn*'ninde geçtiği hâliyle kassârın işçisi elbiseyi yıkarken elbise yırtılırsa işçinin tazmin sorumluluğu yoktur ancak tazmin sorumluluğu ustasının üzerine yüklenir çünkü işçinin fiili izin verdiği için sanki kendisi yapmış gibi ustaya intikal ettirilir/ustaya muzâf kılınır.¹¹⁰²

¹¹⁰⁰ Yavuz, *İslâm Fıkhi ve Hukuku*, s. 222.

¹¹⁰¹ Ebu'l-Hasan 'Alî b. el-Huseyn b. Muhammed el-Hanefî es-Suğdî, *en-Nutef fi'l-fetvâ*, Beyrût: Dâru'l-Furkân, 1404, s. 561. Bu metnin orijinal hâli şöyledir:

”وَلَوْ كَانَ لِلْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ أَجِيرٌ خَاصٌّ فَهَلْكَ عَلَى يَدَيْهِ شَيْءٌ فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَسْتَاذِ دُونَ الْأَجِيرِ إِذَا لَمْ يُخَالَفْ وَلَمْ يَتَعَدَّ وَلَمْ يَتَعَمَّدَ.”

¹¹⁰² Ebûbekir Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed Alâ'uddîn es-Semerkindî, *Tuhfetu'l-fukahâ*, Beyrût: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1414, s. 353. Bu metnin orijinal hâli şöyledir:

“Sorumluluğun sanki kendisi yapmış gibi ustaya intikal ettirilmesi/ustaya muzâf kılınması” ifadesi kaynaklardaki adam çalıştırmanın sorumluluğunun arka planında kurulan niyâbet ilişkisinin bir yansımasıdır.¹¹⁰³ Niyâbet ilişkisinde işçinin gördüğü iş, onu çalıştıran ustanın adına yapılmış kabul edilir. Dolayısıyla çalışan, adam çalıştırmanın menfaatine iş gördüğü için sanki işçinin bir fiili söz konusu değilmiş gibi usta ile işçisi arasındaki temsil ilişkisi uyarınca sorumluluk adam çalıştırana yüklenir. Örneğimizde çalışanın fiili sonucu meydana gelen zarardan çalışanın sorumlu tutulmasına mâni olan hususun adam çalıştırmanın verdiği izin, yani kendisine ilgili işi görürken riayet edeceği sınırlar olduğu çıkarımı yapılabilmektedir. Burada da işçinin kendisine verilen işi, çizilen sınırlar içerisinde görürken elbiseye vurması sonucunda elbise yırtılırsa işçinin sorumluluğunun olmadığı görülür. Ancak işçi, kendisine çizilen sınırları aşarsa fonksiyonel bağ ortadan kalkacağından, işçinin bizzat sorumluluğu gündeme gelir. Görüldüğü üzere bu örnekte, adam çalıştırmanın sorumluluğunu engelleyen bir şart eksikliği hâli yoktur. Tüm şartların varlığı hâlinde, kendi menfaati için bir başkasını çalıştıran kimse çalışanın fiili sonucu meydana gelen zararı hakkaniyet icabı üstlenir.

Şeyh Bedreddin aynı örneği daha somut hâle getirerek ayrıntılar verir: “Kassârın işçisi, bir kumaşa ayağıyla basıyor ve kumaş yırtılıyor. Bu olay şöyle değerlendirilir: Bu kumaş, böyle bir işte benzerlerine basılabilen türden bir kumaş olduğu takdirde ustasının delâleten izni bulunduğu için işçi sorumlu olmaz. Ancak benzerlerine ayakla basılmayan kumaşlardan olduğu takdirde temizlenecek kumaşlardan olsa bile işçi sorumlu olur. Çünkü benzerlerine basılmasına izin verilmemiştir.”¹¹⁰⁴

Bu örnekte, çalışanın fiilinin görülen işin muhtevasına dahil olup olmadığı, yani izin verilen sınırlar içerisinde kalıp kalmadığı tespit edilmeye çalışılmaktadır. “Delâleten izin” ifadesi çalıştırma ilişkisinin örtülü bir görevlendirmeye de kurulabileceğini anlatır.

“وَلَوْ تَخَرَّقَ بِدَقِّ أَجِيرٍ الْقَصَارَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَلَكِنْ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْأُسْتَاذِ لِأَنَّهُ عَمَلُهُ يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ كَأَنَّهُ فَعَلَ بِنَفْسِهِ.”

Ebu'l-Faḍl 'Abdullāh b. Maḥmūd el-Hanefī Mevsilī, *el-İhtiyâr li-ta'lîl-i'l-Muhtâr*, Beyrut: Dârü'l-Erkam b. Ebi'l-Erkam, t.y., II, 295; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, s. 921.

¹¹⁰³ Aynı yönde bkz. Mohamad, “Vicarious Liability”, s. 202; Niyâbet (temsil) ilişkisiyle ilgili detaylı bilgi için bkz. I. Bölüm, 3.2.3. “Tüm zanaatkarlarda ecîrin fiili ustasına muzâf kabul edilir. Ecîrin itlâf ettiği her şey ustasının emriyledir ve gördüğü işin sınırları içerisinde olduğundan tazminat sorumluluğu ustanın üzerindedir. Çünkü ecîr ustanın naibidir ve sanki ustası bizzat kendisi yapmış gibidir. Eğer ecîrin ifsad etme ve zarar vermede teammüdü varsa bu durumda ecîrin kendisi tazmin eder, ustası değil.” Emin, *el-Mes'ûliyye an fi'li'l-gayr*, s. 169; Niyâbet (temsil) ilişkisiyle ilgili detaylı bilgi için bkz. I. Bölüm, 3.2.3.

¹¹⁰⁴ Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, s. 921.

Çalışana gördürülen işin mahiyetinden olan tüm işler çalıştırmanın kapsamında yer alır. Bu belirleme yapılırken de gördürülen işin benzerlerine bakılır. Buna göre, çalışanın kumaşa ayağıyla basması durumunda benzer işlere bakılarak işin muhtevasında böyle bir fiilin izin verilen çerçevede kalıp kalmadığı hususu tespit edildikten sonra, çalışanın sorumluluğunun akıbeti netleşir. Burada adam çalıştırmanın sorumluluğunun özel şartlarından biri olan, zararın çalışanın işi görmesi esnasında ve iş dolayısıyla meydana gelmesi (fonksiyonel bağ) şartı gündeme gelebilir. Çalışanın gördüğü iş, adam çalıştırmanın kendisine verdiği hâliyle ve o sınırlar içerisinde midir, sorusunun cevaplanması bu şart bakımından oldukça önemlidir. Eğer çalışan, adam çalıştırmanın kendisine çizdiği sınırlar dahilinde kalırsa, sorumluluk adam çalıştırana aittir. Aksi ihtimalde yani çalışanın, adam çalıştırmanın çizdiği sınırları özellikle kusuruyla aşması (çalışanın teaddîsi) hâlinde, görülen iş ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağı da ortadan kalkacağından, sorumluluk çalışana yüklenir.

Şeyh Bedreddin'in (ö. 823/1420) *Câmiu'l-fusûleyn*'inde yer alan farklı bir ihtimalde, görülen iş ile zarara konu olan şey arasında bir irtibat yoksa sorumluluk çalışana yüklenmektedir: "Kassârın işçisi, ustasının evinde onun izniyle bir şey taşıırken elbisenin üzerine düşüyor ve elbise yırtılıyor. Bu olayda elbise temizlenecek bir elbise olduğu takdirde işçi sorumlu olmaz. Buna mukabil ustası sorumlu olur. Ancak yırtılan elbise temizlenecek elbiselerden değilse işçi sorumlu olur."¹¹⁰⁵

Bu örnekte çalışan, ustanın yani adam çalıştırmanın izni çerçevesinde iş görmektedir. Dolayısıyla başlangıç itibarıyla fonksiyonel bağın var olduğu tespit edilebilmektedir. Ancak sonraki aşamada, çalışanın temizlediği elbisenin her zaman temizlediği olağan cinsten bir elbise olup olmadığına ve/veya bu sefer kendisine temizlenmek üzere verilenlerden olup olmadığına bakılır. Burada çalışana verilen iş ile zarar arasındaki illiyet bağını genel ve özel olarak ikiye ayırmak mümkündür. Böylelikle genel fonksiyonel bağ-özel fonksiyonel bağ nitelendirmesi yapılabilir.

Genel fonksiyonel bağ, adam çalıştırmanın belirli bir işte çalışanına çizdiği genel sınırlardır. Çalışan, bu genel sınırlar dahilinde o işleri belirli süre yapmaya devam eder. Bu genel sınırlar her gün tekrar ifade edilmez. Ne zaman ki çalışan bu genel sınırlara muhalefet eder (teaddî), o zaman çalışanın fonksiyonel bağı ortadan kaldırdığından söz

¹¹⁰⁵ Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, s. 921.

edilir. Özel fonksiyonel bağ ise çalışana sınırlı bir iş ve şey üzerinde çizilen sınırlardır. Özel sınırlarda çalışanın fonksiyonel bağı ortadan kaldırıp kaldırmadığı her somut olayda ayrıca değerlendirilir. Somut olayda çalışanın temizlediği elbise her zaman temizlediği olağan cinsten bir elbise olması bakımından genel fonksiyonel bağ, bu sefer kendisine temizlenmek üzere verilip verilmemesine göre özel fonksiyonel bağa girer. Somut olayda ilk olarak genel fonksiyonel bağ üzerinde durulmakta, sonrasında ise özel fonksiyonel bağ değerlendirilmektedir. Eğer adam çalıştırmanın, çalışanına genel olarak çizdiği sınırlar dahilinde zarar meydana gelmişse sorumluluk adam çalıştırana yüklenir ancak özel olarak bu sefer temizlenmek üzere verilenlerden değilse özel fonksiyonel bağın yokluğu nedeniyle sorumluluk çalışan üzerinde kalır.

Fonksiyonel bağ küçük bir farklılık ile Şeyh Bedreddin'in (ö. 823/1420) *Câmiu'l-fusûleyn*'inde şöyle formüle edilmiştir: "Kassârın çırağı veya ecîr-i hâs olan işçisi ustasının emriyle ateş yakıyor. Bir kıvılcım temizlenecek elbisenin üzerine düşüyor. Çıracık veya işçi değil usta sorumlu olur. Bu olayda yanan elbise, temizlenecek elbiselerden olmadığı takdirde ise işçi sorumlu olur."¹¹⁰⁶

Bu örnekte kassâr adam çalıştırıcı, çırağı/işçisi çalışandır. Adam çalıştırma ilişkisinin kaynağı çıracıklık akdidir. Gördürülen iş, ateş yakmadır. Çalışanın, çalıştırana bağımlılığı unsurunun gereği olarak çalıştırıcının talimatlarına uygun bir şekilde ateş yakılması sonucunda kıvılcımlardan biri temizlenecek elbisenin üzerine düşerek elbisenin zarar görmesine neden olmaktadır. Bir sonraki aşamada tespit edilmesi gereken, zarar gören elbisenin temizlenecek elbiselerden olup olmadığı yani çalışanın olağan hâlde gördüğü işle zarar gören elbise arasındaki bağın bulunup bulunmadığıdır. Eğer bu elbise, zaten çalışanın temizlediği elbiselerdense fonksiyonel bağ ortadan kalkmaz. Diğer tüm şartlar da varsa sorumluluk işçinin emeğinden istifade eden adam çalıştırana yüklenir. Aksi ihtimalde, bu elbise çalışanın olağan biçimde temizlediği/temizlemesi gerektiği elbiselerden değilse fonksiyonel bağın bulunmadığı gerekçesiyle sorumluluk çalışanın üzerinde kalır.

"Sorumluluğun çalışan üzerinde kalması" ibaresini kısaca açmak mümkündür. İslâm hukukundaki sorumluluk anlayışındaki mübâşir ile mütesebbibin bir araya geldiği bir olayda fiil ile zarar arasındaki yakınlığın yoğunluğu dikkate alınarak sorumluluğun

¹¹⁰⁶ Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, s. 921.

mübâşire yüklenmesi yönündeki genel kural hatırlandığında, sorumluluğun bir açıdan mübâşir konumundaki çalışan üzerinde doğduğu ancak “*el-harâcu bi’d-damân*” vb. kâideler uyarınca adam çalıştırma ilişkisinin mahiyetine uygun olarak sorumluluk tesebbüb üzerine bina edildiği için mütesebbib konumundaki adam çalıştıran sorumlu tutulduğu söylenebilmektedir. Adam çalıştırma ilişkisinin mahiyeti ise genel olarak *harâc* (menfaat) elde eden adam çalıştıranın, *damân*’a da katlanmasını gerektirir. Ancak ecîrin teaddîsi olarak ifade edilen durum, yarar ile zarar arasındaki bu dengeyi bozduğundan, sorumluluk mübâşir konumundaki çalışan üzerinde kalır. Çünkü sorumluluğun mütesebbib konumundaki adam çalıştıranı aktarılmasında rol oynayan düşünce ortadan kalkmıştır. Bu nedenle genel kural gereği fiil ile zarar arasındaki yakınlığın yoğun olduğu mübâşeret hâline dönülür; sorumluluk çalışan üzerinde kalır.

Şeyh Bedreddin’in (ö. 823/1420) *Câmiu’l-fusûleyn* isimli eserinde yer alan başka bir örnek olay şöyledir:

Şu örneğin hükmü de bunun gibidir: Bir kimse, diğer bir kimseyi kendisine hizmet etmek için tutuyor. Ev eşyalarından bir şey elinden yine ev eşyalarından başka bir şey üzerine düşüyor ve ona zarar veriyor. Hizmet eden bu kişi, eşyalardan hem düşen hem üzerine düşmüş olduğu şey hakkında bir işçidir ve bunun için sorumluluğu yoktur. Çünkü o hizmet için tutulmuştur (ve mutat bir şekilde hizmetini yaparken zarar meydana gelmiştir). Ancak söz konusu eşya ev sahibinin evinde bulunan emanet bir mal üzerine düştüğünde hüküm bunun aksine olur. Yani hizmetçi sorumlu tutulur. Çünkü hizmetçi, emanet mal hakkında bir işçi değil bir yabancı gibidir. Bu durumda o, kassârın işçisi gibi olur. Kassârın işçisi elinden bir şey, temizlenecek elbiselerden olmayan bir elbise üzerine düştüğü takdirde burada olduğu gibi o da ücreti sorumlu olur.¹¹⁰⁷

Bu örnekte birinin başka bir kimseyi hizmet için çalıştırması söz konusu olduğu için hizmet akdi temelinde adam çalıştırma ilişkinin doğduğu bir hâl bulunduğu söylenebilir. Örnekte adam çalıştıranın, çalışanına gördürmek üzere tuttuğu iş değerlendirmede merkezi konumdadır. Meydana gelen zarar ile gördürülen işin mahiyeti arasındaki ilişki test edilmesi fonksiyonel bağın ele alındığına işaret eder. Buna göre çalışan, hizmet görmesi için tutulmuştur ve hizmet akdi sınırları içerisinde kalan durumlar için çalışanın sorumluluğuna değil, adam çalıştıranın sorumluluğuna gidilir. Fakat çalışana gördürülmek için tutulan iş ile meydana gelen zarar arasında bağlantı bulunmuyorsa yani fonksiyonel bağın kesildiği sonucuna varılabiliyorsa, sorumluluk adam çalıştıranı yüklenir.

¹¹⁰⁷ Şeyh Bedreddin, *Câmiu’l-fusûleyn*, s. 991.

Bu örnekte değerlendirilebilecek bir diğer husus “emanet mal” konusudur. Çalışan, somut olayda kendisine verilen iş ile ilgisi bulunmayan emanet bir mala zarar vermiştir. Bu durumda çalışana verilen iş ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağı yoktur. Çalışanın yalnızca adam çalıştıranın kendisine verdiği işleri görmekteyken zarar meydana gelirse adam çalıştıran sorumludur. Yoksa emanet bir mal gibi çalışana iş görmek üzere üzerinde tasarruf etme yetkisi verilmeyen herhangi bir mal üzerinde iş görülürken zarar meydana gelirse adam çalıştıranın sorumluluğuna gidilemez. Özet olarak fonksiyonel bağının olmadığı bir durumda sorumluluk adam çalıştırana yüklenemez; mübâşir konumundaki çalışan üzerinde kalır.

Çalışanın iş görürken kullandığı alet ve edevat, işle bağlantılı olmak durumundadır. Yine fonksiyonel bağ kapsamında incelenebilecek bu durum, kullanılan alet ile görülen iş arasındaki bağa işaret eder. Bu bağlamda Şeyh Bedreddin’in (ö. 823/1420) *Câmiu’l-fusûleyn*’indeki örnek şu şekildedir: “Kassârlık aletlerinden kendisiyle vurulan veya kendisine vurulan bir şey, çırağın fiili sebebiyle kırılıyor. Çırak sorumlu olmaz. Ancak kendisiyle vurulan veya kendisine vurulan şeylerden değilse çırak sorumlu olur.”¹¹⁰⁸ Bu örnekte adam çalıştırma ilişkisinin kaynağı çıraklık ilişkisidir. Çalışan olarak çırağın işi görmesi esnasında kullandığı alet, kassârlık işiyle ilgili bir aletse çalışan sorumlu olmazken, kassârlık işiyle ilgili bir alet değilse çalışan sorumludur. Bu örnekten yola çıkarak fonksiyonel bağın tespitinde başvurulabilecek kriterlerden birinin de iş görmede kullanılan alet ve edevat olduğu söylenebilir. Buna ek olarak malın emanet hükmünde olup olmaması, fonksiyonel bağın tespitinde kullanılabilecek kriterlerdendir.

Ğanim el-Bağdâdî’nin (ö. 1032/1623[?]) *Mecma’u’d-damânât*’ında kumaş tüccarlığında (*bezzâziyye*), kassârın ecîrinin kendisine izin verilen iş sınırları dahilinde işi görürken elbiseyi yırtacak olursa ecîrin tazmin yükümlüsü olmayacağı fakat ustasına muhalefet ederse tazmin yükümlüsü olacağı geçer.¹¹⁰⁹ Bu örnek fonksiyonel bağla ilgili gözükmektedir. Çünkü adam çalıştıranın çalışanına işini görürken çizdiği sınırlar dahilinde kalındığında sorumluluk adam çalıştırandadır. Eğer çalışan ustasına, bu sınırları aşmak suretiyle muhalefet edecek olursa sorumluluk bu kez -adam çalıştıranın sorumluluğunun özel şartlarından birinin eksik olması nedeniyle- çalışana yüklenir.

¹¹⁰⁸ Şeyh Bedreddin, *Câmiu’l-fusûleyn*, s. 991.

¹¹⁰⁹ Bağdâdî, *Mecmaü’d-damânât*, s. 141.

Çalışanın fiili teaddî özelliği kazandığı için sorumluluk çalışandır.¹¹¹⁰ Ecîrin teaddîsi, kendisine verilen iş ile zarar arasındaki illiyet bağıını keser. Çalışanın adam çalıştırmanın menfaatine iş görmediği bir esnada meydana gelen zarardan adam çalıştırmanın sorumlu tutulması “fonksiyonel bağ” ile bağdaşmaz.

Yine Ğanim el-Bağdâdî’nin *Mecma’u’l-damânât*’ında simsârın (komisyoncu) işçisine (ecîr-i vâhid; ecîr-i hâs) bir şeyi, o şeyin malikinin mekanına taşımayı emretmesi ve işçinin sırtından o şey düşmesi durumunda -eğer mutat bir yürüme tarzıyla yürümekteyse- tazminat sorumluluğunun ustasına ait olacağı belirtilir.¹¹¹¹

Bu örnekte simsâr adam çalıştırıcı, işçisi çalışan konumundadır. Örnekte işçinin mutat yürüme tarzıyla yürürken zarara sebep olması hâline odaklanılması örneğin fonksiyonel bağla ilgili olduğunu gösterir. Burada işçinin mutat tarzda yürümemesi sonucunda zarar meydana gelseydi işçinin teaddîsinden söz edilebilecek ve böylelikle fonksiyonel bağın bulunmadığı gerekçesiyle adam çalıştırıcının sorumluluğu gidilemeyecek; sorumluluk bizzat çalışana ait olacaktı.¹¹¹²

Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi’nin (ö. 1156/1743) *Behcetü’l-fetâvâ* isimli eserinin *Mesâilü şettâ fi’l-icâre* bölümünde geminin batması ve bu suretle helak olması nedeniyle meydana gelen zarardan sorumluluğa ilişkin bir fetva geçer:

2566. Zeyd-i reisin sefinesinde dümencisi olup dümen tutan Amr dümen ile sefineyi sarfa kâdir iken sarf etmeyip Bekir’in sefinesi üzerine kasden uğrayıp dokundukda andan nâşi Bekir’in sefinesi gark ve helak olsa Bekir sefineyi Amr’a tazmin ettirmeyip Zeyd’in asla sun’u yokken mücerred “Sefîne senin olmakla sana damân lazım olur” deyu Zeyd’e tazmine kâdir olur mu? *el-Cevâb*: Olmaz.”¹¹¹³

Bu fetvanın içeriği adam çalıştırma ilişkisi özelinde değerlendirildiğinde, Zeyd adam çalıştırıcı, dümen başında bulunan Amr çalışan, ilgili geminin çarpması sonucu gemisi zarar gören Bekir ise zarar gören üçüncü kişidir. Bekir’in “Sefîne senin olmakla sana damân lazım gelir” şeklindeki iddiası, dümenci olarak Amr’ı çalıştırıcının gemi reisi Zeyd olduğu gerekçesiyle Zeyd’in sorumlu tutulması gerektiğini ifade eder.

Örnekte normal koşullar altında adam çalıştırıcı olarak Zeyd’in sorumluluğu gündeme gelmesi gerekirdi. Ancak “dümene ile sefineyi sarfa kadir iken” ve “Bekir’in

¹¹¹⁰ Erdem, “İslâm Hukukunda İstihdâm İlişkisi”, s. 275; Yavuz, *İslâm Fıkhi ve Hukuku*, s. 222.

¹¹¹¹ Bağdâdî, *Mecma’u’l-damânât*, s. 157.

¹¹¹² Yavuz, *İslâm Fıkhi ve Hukuku*, s. 222.

¹¹¹³ Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü’l-fetâvâ*, İstanbul: Klasik Yayınları, 2011, s. 482.

sefinesi üzerine kasden uğrayıp dokundukda” gibi kayıtlar sorumluluğun adam çalıştıran yerine çalışana yüklenmesinin gerekçesini oluşturur. Adam çalıştıranın sorumluluğunun özel şartları içerisinde yer alan fonksiyonel bağ, çalışanın kastı ve sair durumunun devreye girmesi nedeniyle kesildiğinden ve böylelikle adam çalıştırma ilişkisi ortadan kalktığından çalışanın sorumlu tutulduğu görülür.¹¹¹⁴

Örnekte dikkat çeken başka bir ifade “Zeyd’in asla sun’u yokken”dir. Bu ifade Zeyd’in, somut olaydaki zararda herhangi bir dahli bulunmamasına rağmen çalışanın fiillerinden kusura dayanmayan bir biçimde sorumlu tutulduğuna işaret eder.

İcâre akdi kapsamında ele alınabilecek bir diğer hâl özel hukuk kaynaklı âmir-me’mûr ilişkisidir.¹¹¹⁵ Ebû Yûsuf’un verdiği bir örnekte, çarşıda tüccar bir adam, yanında çalışan işçiye yolu sulamasını emreder de bunun sonucunda işçinin yolu sulaması nedeniyle Müslümanlar zarar görürse sorumluluk âmire aittir. Devam eden kısımda, adam çalıştıranın çalışana suyla abdest almayı emretmesi (ve bu durum sebebiyle bir zararın meydana gelmesi) hâlindeyse sorumluluk abdest alana, yani çalışana yüklenir. Bunun gerekçesi de abdest almada menfaatin çalışana ait olması, yolun sulanmasıyla menfaatin ise çalıştırana ait olması olarak gösterilmektedir.¹¹¹⁶

Literatürde âmirin me’mûrun fiillerinden sorumluluğu için emrin hukuka aykırı olup olmadığı araştırılmıştır. Buna göre emir hukuka uygun ise âmir, emir hukuka aykırı ise me’mûr sorumludur. Âmirin me’mûrun fiilinden sorumluluğunda emrin hukuka aykırı olmasıyla ilgili olarak verilen bir fetva şöyledir:

Bir kimse başkasının emriyle diğer bir kimsenin elbisesini yakıyor. Emreden değil yakan kimse sorumlu olur. Emri sebebiyle sorumlu olabilecek kişi ancak sultandır veya kölesine emrettiği takdirde efendisidir. (*Uddetü’l-müftîn*, en-Nesefî)¹¹¹⁷

Örnekte emri veren adam çalıştıran, emri yerine getiren de çalışandır. Adam çalıştırma ilişkisinde çalışan, normal koşullar altında emredilen işi görürken üçüncü

¹¹¹⁴ Yavuz, *İslâm Fıkhi ve Hukuku*, s. 222.

¹¹¹⁵ Bağımlılık ilişkisinin kamu hukukundan kaynaklandığı hâller için bkz. III. Bölüm, 7.

¹¹¹⁶ Ebû Yûsuf, *el-Harâc*, s. 175; Ya’kûb b. İbrâhîm el-Enşârî Ebû Yûsuf, *İhtilâfu Ebî Hanîfe ve’bni Ebî Leylâ* (yy, ty), s. 30. Menfaat-zarar dengesi ilkesiyle ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz. I. Bölüm, 3.5.2.3.1. Buradaki ifadenin orijinal hâli şöyledir:

”قَالَ أَبُو يُوسُفَ: وَأَيُّمَا رَجُلٍ مِنْ هَؤُلَاءِ النَّجَّارِ الَّذِينَ فِي الْأَسْوَاقِ وَالْأَرْبَاضِ وَالْمَحَالِّ أَمَرَ أَجِيرًا عِنْدَهُ فَرَشَ فِيطْرِيْقَ فَنَاءَ الْمُسْلِمِينَ فَعَطَّبَ بِهِ عَاطِبٌ؛ فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَمْرِ وَإِنْ كَانَ أَمَرَهُ فَنَتَوَضَّأُ فِي الطَّرِيقِ فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُتَوَضِّئِ، مِنْ قَبْلِ أَنْ مَنِّعَةَ الْوَضْوِءِ لِلْمُتَوَضِّئِ وَمَنِّعَةَ الرَّشِّ لِلْأَمْرِ.”

¹¹¹⁷ Yıldız, *Câmi’u’l-Fusûleyn’in Kaynakları*, s. 111.

kişiyi bir zarar verirse buradan doğan tazminat sorumluluğu adam çalıştırana yükletilir.¹¹¹⁸ Ancak emir ilişkisine dayalı adam çalıştırının sorumluluğunda, emrin hukuka aykırı olması nedeniyle hukukun genel ilkeleri adam çalıştırının sorumluluğuna gidilmesine engel olur. Hukuka aykırı emrin yerine getirilmemesi gerektiği çalışan tarafından bilinmeli ve bu doğrultuda hareket edilmelidir. Aksi hâlde hukuka aykırı bir emri yerine getiren kişi sorumlu olur.¹¹¹⁹ Sonraki kısımda bu kurala bir istisna getirilmekte ve sultan ile kölenin efendisinin hukuka aykırı dahi olsa verdiği emirden kendilerinin sorumlu olacağı belirtilmektedir.¹¹²⁰ Burada arka planda ikrah unsurunun yer aldığı bilindiğinde mevcut kurala getirilen istisna daha iyi anlamlandırılabilir. Özet olarak arada tahakküm ilişkisi bulunuyor ve bu tahakküm ilişkisi nedeniyle emir verilenin, verilen emri yerine getirmemesi beklenemez bir durumdaysa ikrah hâli vardır ve hukuka aykırılığa rağmen emri veren yani adam çalıştırının tazminat sorumluluğu doğmaktadır denebilir.¹¹²¹

Âmirin me'mûrun fiilinden sorumluluğunda emrin hukuka aykırı olmasıyla ilgili olarak verilen başka bir fetva şöyledir:

Bir kimse diğerine, bir başkasının malını almasını emrediyor. Emreden değil alan sorumlu olur. Çünkü emir geçerli (sahih) değildir. Emrin geçerli olmadığı yerlerin tamamında emreden sorumlu olmaz. (*el-Fetâva's-suğrâ*, Sadruşşehîd Hüsameddin)¹¹²²

Bu fetvada da görüldüğü üzere, emrin içeriğine bakılarak emrin hukuka aykırı olup olmadığının incelenmesi gerekir. Eğer emir hukuka uygunsa tazminat sorumluluğu adam çalıştırana (mütesebbib) aittir. Aksi hâlde tazminat sorumluluğu fiili bizzat gerçekleştiren (mübâşir) çalışana aittir.

Yukarıda kısmen değinildiği üzere, âmirin me'mûrun fiilinden sorumluluğuyla ilgili olarak özellik arz eden bir durum da emir verenin zorba sultan olmasıdır. Bu durumda, sultanın emri ilâve unsur olarak ikrah içeriyorsa mübâşeretle zarara sebep olan

¹¹¹⁸ "...me'mûrun fiili âmirin fiili gibi olur." Emin, *el-Mes'ûliyye an fi'li'l-gayr*, s. 156.

¹¹¹⁹ "Emrin sahih olmadığı her durumda âmire (emri verene) tazminat sorumluluğu gerekmez." Emin, *el-Mes'ûliyye an fi'li'l-gayr*, s. 156.

¹¹²⁰ "Eğer amir, memuru haksız bir fiil işlemeye zorlar veya buna yönelik olarak yanıltırsa memurun fiilinden ötürü sorumlu olur. Ayrıca belirtmek gerekir ki devlet başkanının emri, efendinin köleye emri, büyüğün çocuğa emri icbar niteliğindedir. Dolayısıyla burada sorumluluk emri ifa eden üzerinde doğmaz, emri veren üzerinde doğar." Ünal, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, s. 232.

¹¹²¹ İkrahın hukukî sorumluluğa etkisi hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Mesut Bayar, *İslam Hukukunda İkrah*, Ankara: Fecr Yayınları, 2020, s. 190-94.

¹¹²² Yıldız, *Câmi'u'l-Fusûleyn'in Kaynakları*, s. 109.

me'mûr değil, mütesebbib konumundaki âmir sorumludur.¹¹²³ Aksi hâlde, örneğin hukukun üstünlüğü sağlanmış ve sultanın zulmünden korkulmayan bir sistem içerisinde yaşamaktaysa, bu durumda sorumluluk mübâşir olan me'mûrdadır. Bu konuyla ilgili fetvalar şöyledir:

Emreden sultan ise sorumlu olur, sultandan başkası ise sorumlu olmaz. Çünkü sultanın emri bir zorlamadır (ikrahtır); onun emrine muhatap olan adet gereği bilir ki emri yerine getirmezse sultan onu cezalandırır. Sultanın dışındakiler ise böyle değildir. O halde sultanın emrettiği kişi değil, sultan sorumlu olur. Bir konuda sorumlu kim ise ona dava açılması geçerli olur, başkasına dava açılmaz. (*ez-Zehîretü'l-Burhâniyye*, İbn Mâze) *es-Siyeru'l-Kebîr*'de İmam Muhammed r.h şunu zikretti: Devlet başkanının emrine muhatap olan kişi, emri yerine getirmediği takdirde ondan korkmuyorsa sadece bu emir, ikrah sayılmaz. Aynı eserde şu konu da vardır: Âlimlerin bir kısmı şu görüştedir: Sultanın emrine muhatap olan kişinin ondan korkmadığı hallerde bile sultanın emri tek başına ikrah sayılır.¹¹²⁴

4.3. İstisnâ` Akdi (Eser Sözleşmesi)

4.3.1. İslâm Hukukunda

İstisnâ` akdi, bir kimsenin (sânî), belirli bir bedel karşılığında, bir eşya (masnû`) yaptırmak için sanat ehliyle (müstasnî) anlaşmasıdır.¹¹²⁵ İstisnâ` akdinde emek değil, emek sonucu ortaya çıkan ürün önemlidir.<sup>1126</sup> Örneğin bir marangoza veya pencere imalatı ile uğraşan kimseye giderek belirli bir ürünün meydana getirilmesi için anlaşma yapmak istisnâ` akdini oluşturur. İstisnâ` akdinin meşruiyeti¹¹²⁷ hakkında fukahâ müttefiktir.¹¹²⁸

İslâm hukukunda malzeme sânî' tarafından temin edilirse Mecelle'nin 388. maddesine¹¹²⁹ atıfla bugünkü terminolojide eser teslim sözleşmesi olarak ifade edilen

¹¹²³ Kaneti, "Kusur Kavramının Görevi", s. 46.

¹¹²⁴ Yıldız, *Câmi'u'l-Fusûleyn'in Kaynakları*, s. 110.

¹¹²⁵ Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*, s. 141; Ali el-Hafif, *İslâm Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, Ankara: TDV Yayınları, 2018, s. 507; Bilmen, *Kâmus*, III, 9.

¹¹²⁶ Çalışkan, "İstisna Akdinin Mahiyeti ve Unsurları", s. 350.

¹¹²⁷ İstisnâ` akdinde akdin yapılması sırasında henüz akit konusu şey mevcut olmadığından kıyasa aykırıdır. Fakat ihtiyaç bulunduğu için istihsânen caiz kabul edilmiştir.

¹¹²⁸ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, VI, 2; Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*, s. 141; Meşruiyeti üzerinde ittifak olsa da hukuki mahiyeti üzerinde ihtilaf bulunmaktadır. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. İbrahim Çalışkan, "İstisna Akdinin Mahiyeti ve Unsurları", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 31, sy 1 (1989): 351-354.

¹¹²⁹ "Bir kimse, ehl-i sanâyi'den birine, "bana şu kadar kuruşa şöyle bir şey yap" deyip, o dahi kabul etse istisnâ'an bey' mün'akid olur. Meselâ, müşteri pabuşçuya ayağını göstererek, "filan nev'sahtiyandan şu kadar kuruşa bana bir çift papuş yap" deyip o dahi kabul etse, yahut marangoz ile tül ve arzını ve

türde bir istisnâ` akdi vardır.<sup>1130</sup> Eğer malzeme müstasnâ` tarafından karşılanırsa Mecelle'nin 421. maddesine¹¹³¹ atıfla burada bir icâre-i âdemî bulunmaktadır.¹¹³² Örneğin bir palto imali için kumaşı sâni` temin ederse istisnâ` akdi, müstasnâ` temin ederse icâre-i âdemî gündeme gelir.

4.3.2. Türk Hukukunda

Türk hukukunda TBK m. 470'e göre "*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*". Bu bağlamda eser sözleşmesinin başlıca unsurları; bir eser meydana getirme, bedel ve karşılıklı iradelerin uyumuudur.¹¹³³ Roma hukukunda istisnâ` akdi, (*locatio conductio operis*) müteahhidin (*conductor*) iş sahibinin (*locator*) vereceği ücret karşılığında, iş sahibi tarafından verilen malzemeyle bir sonucu/eseri (*opus*) meydana getirme ve bunu teslim etmeyi üstlenmesini ifade eder.¹¹³⁴

4.3.3. Bağımlılık İlişkisi Özelinde Değerlendirilmesi

İş görme akitleri arasında yer alan istisnâ` akdi, yüklenicinin iş sahibinden bağımsız olarak iş görmesi bakımından¹¹³⁵ -tıpkı vekâlet akdinde olduğu gibi- adam çalıştırmanın sorumluluğuna doğrudan akdî bir temel oluşturan hizmet akdinden ayrılır.¹¹³⁶ Kural bu

evsâf-ı lâzimesini beyan ederek bir kayık, yahut gemi yapmak üzere pazarlık etse, istisnâ` mün`akid olur. Kezâlik tül ve hacmi ve sair evsâf-ı lâzimesi beyan olunarak her biri şu kadar kuruşa olmak üzere bir fabrikacı ile şu kadar işneli tüfenk yapmak üzere pazarlık olursa, istisnâ` mün`akid olur."

¹¹³⁰ Sinan Okur, "Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda Eser ve Eser Teslim Sözleşmeleri: Tarihîsel Gelişim, Kavram, Unsurlar ve Benzer Sözleşme Tiplerinden Ayırt Edilmesi" 14, sy 175-176 (2019): 636.

¹¹³¹ "Ma`kudûn aleyh itibarıyla icâre iki nevidir. Nev'-i evvel: Menâfi'-i a'yân üzerine vârid olan akd-i icâre olup, icâr olunan şeye "ayn-ı me`cûr" ve "ayn-ı müste`cer" dahi denilir. Ve işbu nev'-i evvel üç kısma taksim olunur:

Kısm-ı evvel: İcâre-i akardır. Hane ve arazi icârı gibi.

Kısm-ı sâni: İcâre-i Urûzdur. Elbise ve evânî icârı gibi.

Kısm-ı sâlis: İcâre-i hayvandır.

Nev'-i sâni, amel üzerine vârid olan akd-i icâre olup, bunda me`cûre "ecîr" denilir. Ücretle amele ve hademe tutmak gibi. Hiref ve sanâyi' eshâbını istîcar etmek dahi bu kaabildendir ki, meselâ kumaş terziden olmak üzere elbise kestirmek, istisnâ` olduğu gibi, terziye kumaş verip de elbise diktirmek dahi, amel üzerine icâre demektir."

¹¹³² Okur, "Eser ve Eser Teslim Sözleşmeleri", s. 637.

¹¹³³ Detaylı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 596-606; Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, II, 1084-1093.

¹¹³⁴ Somer, *Roma Hukukunda İstisna Akdi*, s. 12.

¹¹³⁵ Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, II, 1093.

¹¹³⁶ Bu yöndeki Yargıtay kararı için şöyledir: "BK'nun 55. maddesi gereğince adam çalıştırmanın sorumluluğunda temel unsur, bağımlılık ilişkisidir. Bu anlamda çalıştırılan, adam çalıştırmanın buyruğu altında olmalı, onun gözetim ve denetiminde iş yapılmalıdır. Sorumluluğun nedeni de, bağımlılıktan

olmakla birlikte, istisnâ` akdi kapsamında da bağımlılık ilişkisinin sağlanabilmesi bazı hâllerde mümkündür.

İslâm hukukunda malzemenin müstasnâ` tarafından sağlandığı bir istisnâ` akdinin icâre-i âdemî hükümlerine tâbi olduğu belirtilmişti. Böyle bir durumda adam çalıştırmanın sorumluluğunda aranan bağımlılık unsurunun sağladığından hareketle adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerinin uygulanabileceği söylenebilir.

Türk hukuk doktrininde bağımlı eser sözleşmesi-bağımsız eser sözleşmesi ayrımı yapılarak bağımlı eser sözleşmesinde bağımlılık ilişkisi sağlandığı için adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği, bağımsız eser sözleşmesinde ise böyle bir durumdan söz edilemeyeceği belirtilmektedir.¹¹³⁷ Birçok Yargıtay kararında böyle bir ayrım yapılmasa da tarafların aralarındaki sözleşmeye bağımlılık unsuru oluşturan hükümlere yer verip vermediği üzerinde durulmaktadır. Bu kararlar örnek kabilinden aşağıda incelenecektir.

4.3.4. Örnek Olaylar

Eser sözleşmesinde adam çalıştırmanın sorumluluğunun istisnai olarak doğabileceğini belirten bir Yargıtay kararı şöyledir:

Eser sözleşmelerinde kural olarak, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi bulunmamakta, yüklenici iş sahibinden bağımsız olarak üstlendiği işi sözleşme koşullarına uygun olarak tamamlayıp teslim etmeyi üstlenmektedir. Bu özellik dikkate alındığında, eser sözleşmelerinde bağımlılık ilişkisi, bir başka deyişle iş sahibinin adam çalıştırıcı sıfatı bulunmadığından sözleşme ile üstlenilen işin yerine getirilmesi sırasında yüklenicinin üçüncü kişilere zarar vermesi halinde iş sahibinin zarardan sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir. Ancak, bu kesin bir kural değildir. İş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmede iş sahibine yükleniciye emir ve talimat verme, yapılan işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanınmış olması halinde, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi kurulmuş olacağından iş sahibinin "adam çalıştırıcı" sıfatıyla zarardan sorumlu tutulması gerekeceği ve sorumluluk türünün de aynı Kanun'un 51/2. maddesi hükmü uyarınca müteselsil (zincirleme) sorumluluk olacağı kuşkusuzdur.¹¹³⁸

kaynaklanan özen gösterme ödevine aykırılıktır. Eser sözleşmesinde ise, yüklenici kendi hesabına ve iş sahibinden bağımsız olarak sözleşmeye konu işi yapmayı üstlenmiştir. Bu nedenle, iş sırasında başkalarına verdiği zararlardan bizzat sorumludur. Bağımlılık ilişkisi bulunmadığı için de, iş sahibinin sorumlu tutulma olanağı yoktur.” Yarg. 4. HD., E. 2006/12772 K. 2007/14555 T. 20.11.2007.

¹¹³⁷ Eren ve Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, II, 1491.

¹¹³⁸ Yarg. 7. HD., E. 2008/6736 K. 2009/1124 T. 7.4.2009.

Başka bir Yargıtay kararında, taraflar arasında emir ve talimat verme ilişkisi varsa, bağımlılık unsurunun varlığından hareketle adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerinin uygulanabileceği belirtilmektedir:

...Mahkemece adı geçen davalı yönünden husumet yokluğundan davanın reddine karar verilmiş ise de varılan sonuç dosyada toplanan delillere uygun düşmemiştir. Dosyada toplanan delillerden davalılar arasında düzenlenen sözleşmenin niteliği bakımından eser sözleşmesi olduğu anlaşılmaktadır. Eser sözleşmelerinde kural olarak, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi bulunmamakta, yüklenici iş sahibinden bağımsız olarak üstlendiği işi sözleşme koşullarına uygun olarak tamamlayıp teslim etmeyi üstlenmektedir. Bu özellik dikkate alındığında bağımlılık ilişkisi, bir başka deyişle iş sahibinin adam çalıştırıcı sıfatı bulunmadığından eser sözleşmelerinin yerine getirilmesi ve işin yapımı sırasında yüklenicinin üçüncü kişilere zarar vermesi halinde iş sahibinin zarardan sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir. Ancak bu kesin bir kural değildir. İş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmede iş sahibine yükleniciye emir ve talimat verme, yapılan işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanınmış olması halinde, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi kurulmuş olacağından iş sahibinin “adam çalıştırıcı” sıfatıyla zarardan sorumlu tutulması gerektiği ve sorumluluk türünün de müteselsil (zincirleme) sorumluluk olacağı kuşkusuzdur. Somut olaya gelince; davalılar arasında düzenlenen sözleşmede iş sahibi davalı B.. B..’nin diğer davalı yükleniciye emir ve talimat verme yapılan işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanınmış bulunduğu bir başka anlatımla davalılar arasında bağımlılık ilişkisi kurulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davalılardan B.. B.. Genel Müdürlüğünün de meydana gelen zarardan dolayı adam çalıştırıcı sıfatıyla ve mütesilsilen sorumlu olduğu kuşkusuzdur.¹¹³⁹

Yargıtay kararlarından bir diğerinde, eser sözleşmesinde bağımlılık unsuru tanık beyanları dikkate alınarak tespit edilmekte ve sırf sözleşme hükümlerinde bağımlılık ifade eden hükümlere yer verilmediğinden hareketle bağımlılık unsurunun bulunmadığına hükmeden yerel mahkeme kararı bozulmaktadır:

Davacı; gece vakti evine giderken aydınlatması ve emniyet şeridi olmayan davalıya ait inşaatın çukuruna düşerek ağır yaralandığını, sağ bacağı ve kalçasında kırıklar olduğunu, halen yatakta tedavi gördüğünü, delil tespiti dosyası ile davalının tam kusurlu olduğunun tespit edildiğini, işinden uzak kalması nedeniyle maddi kaybı olduğunu, tedavi giderleri olduğunu, işgücü kaybı yaşayacağını, acı ve sıkıntı yaşadığını belirterek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 5.000 TL maddi ve 15.000 TL manevi tazminat olay tarihinden itibaren işleyecek faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı; davalının arsa sahibi olduğunu, yapının tamamlanmamış olduğunu, kusursuz sorumluluğunun bulunmadığını, gerekli tedbirlerin müteahhit tarafından alınması gerektiğini, davacının kusuru bulunduğunu belirterek, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, eser sözleşmesinin içeriğinde iş sahibinin yükleniciye emir ve talimat verme yetkisine ilişkin düzenlemenin bulunmaması, davalının yurt dışında yaşadığının

¹¹³⁹ Yarg. 7. HD., E. 2014/2287 K. 2014/14466 T. 26.6.2014. Aynı yönde ayrıca bkz. Yarg. 7. HD., E. 2012/8814 K. 2014/8472 T. 17.4.2014.

anlaşılması, yükleniciye davalıyı temsilen emir ve talimat verme yetkisinin bulunmaması nedeniyle hukuki sorumluluğun yüklenicide olduğu gerekçesiyle ile davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava haksız fiilden kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir.

Eser sözleşmelerinde kural olarak, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi bulunmamakta, yüklenici iş sahibinden bağımsız olarak üstlendiği işi sözleşme koşullarına uygun olarak tamamlayıp teslim etmeyi üstlenmektedir. Bu özellik dikkate alındığında bağımlılık ilişkisi, bir başka deyişle iş sahibinin adam çalıştıran sıfatı bulunmadığından eser sözleşmelerinin yerine getirilmesi ve işin yapımı sırasında yüklenicinin üçüncü kişilere zarar vermesi halinde iş sahibinin zarardan sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir. Ancak bu kesin bir kural değildir. İş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmede iş sahibine yükleniciye emir ve talimat verme, yapılan işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanınmış olması halinde, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi kurulmuş olacağından iş sahibinin Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesi gereğince "adam çalıştıran" sıfatıyla zarardan sorumlu tutulması gerektiği ve sorumluluk türünün de müteselsil (zincirleme) sorumluluk olacağı kuşkusuzdur.

Toplanan delillerden davalı ... ile dava dışı....arasında eser sözleşmesi imzalandığı, davaya konu zararın bu işin yapımı sırasında meydana geldiği anlaşılmaktadır.

Davalı ile dava dışı yüklenici arasında düzenlenen sözleşme niteliği bakımından eser sözleşmesidir. Tanık beyanları değerlendirildiğinde; davalının yurt dışında yaşadığı, fiilen inşaat işlerini kardeşi'ın takip ettiği, kendisinden para ve malzeme istendiğinde bu işleri yerine getirdiği anlaşılmakla, bu kapsamda sözleşme konusuna giren işleri kontrol, denetleme ve yükleniciye talimat verme yetkisi tanınmıştır. Bu olgu dikkate alındığında davalı iş sahibinin işin yapımı sırasında yüklenici tarafından üçüncü kişilere verilen zararlardan dolayı zincirleme (müteselsil) olarak sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Hal böyle olunca az yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular gözönünde bulundurularak iş sahibi davalının zarardan TBK 66 maddesi uyarınca müteselsilen sorumlu tutulması gerekirken, davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.¹¹⁴⁰

Yargıtay kararlarından bir diğerinde adam çalıştıranın sorumluluğu hükümlerinin uygulanabilmesi için eser sözleşmesine taraflar arasında bağımlılık unsurunu kuracak nitelikte hükümlerin eklenip eklenmediği değerlendirilmektedir:

Eser sözleşmelerinde kural olarak, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi bulunmamakta, yüklenici iş sahibinden bağımsız olarak üstlendiği işi sözleşme koşullarına uygun olarak tamamlayıp teslim etmeyi üstlenmektedir. Bu özellik dikkate alındığında bağımlılık ilişkisi, bir başka deyişle iş sahibinin adam çalıştıran sıfatı bulunmadığından eser sözleşmelerinin yerine getirilmesi ve işin yapımı sırasında yüklenicinin üçüncü kişilere zarar vermesi halinde iş sahibinin zarardan sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir. Ancak bu kesin bir kural değildir. İş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmede iş sahibine yükleniciye emir ve talimat verme, yapılan işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanınmış olması halinde, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi kurulmuş olacağından iş sahibinin "adam çalıştıran" sıfatıyla zarardan sorumlu tutulması gerektiği ve sorumluluk türünün de aynı Kanunun 51/2 maddesi hükmü uyarınca müteselsil (zincirleme) sorumluluk olacağı kuşkusuzdur.

Somut olaya gelince; davalı işletme müdürlüğü ile dava dışı kişiler arasında düzenlenen sözleşme niteliği bakımından eser sözleşmesi olup, sözleşmenin "İş Sahibinin Sorumlulukları" başlıklı 13. maddesi ve "Özel Şartlar" başlıklı 27. maddesi hükmünde

¹¹⁴⁰ Yarg. 3. HD., E. 2016/7621 K. 2017/13439 T. 5.10.2017.

ortaya çıkabilecek zararlardan iş sahibinin sorumlu olduğu kararlaştırılmış, bir başka deyişle sözleşme hükümlerinde davalı idareye sözleşme süresi içinde, sözleşme konusuna giren işleri kontrol, denetleme ve yükleniciye talimat verme yetkisi tanınmamıştır. Bu olgu dikkate alındığında davalı işletmenin işin yapımı sırasında dava dışı yüklenici tarafından üçüncü kişilere verilen zararlardan dolayı zincirleme (müteselsil) olarak sorumlu olmadığının kabul edilmesi gerekir.¹¹⁴¹

Bir başka Yargıtay kararına göre eser sözleşmesinde bağımlılık unsuru bulunmadığı için adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümleri uygulanamaz:

Temyiz eden davalılar arasında eser sözleşmesinin varlığı ile zararlandırıcı sonucun bu sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında oluştuğu yönü çekişmesizdir. Sorun, davalı iş sahibinin sorumluluğuna ilişkindir.

BK'nun 55. maddesi gereğince adam çalıştırmanın sorumluluğunda temel unsur, bağımlılık ilişkisidir. Bu anlamda çalıştırılan, adam çalıştırmanın buyruğu altında olmalı, onun gözetim ve denetiminde iş yapılmalıdır. Sorumluluğun nedeni de, bağımlılıktan kaynaklanan özen gösterme ödevine aykırılıktır. Eser sözleşmesinde ise, yüklenici kendi hesabına ve iş sahibinden bağımsız olarak sözleşmeye konu işi yapmayı üstlenmiştir. Bu nedenle, iş sırasında başkalarına verdiği zararlardan bizzat sorumludur. Bağımlılık ilişkisi bulunmadığı için de, iş sahibinin sorumlu tutulma olanağı yoktur. Bu yönde Yargıtay uygulaması yerleşiktir. Açıklanan nedenlerle, davalı iş sahibi zararlı sonuçtan sorumlu tutulamaz. Mahkemece, davalı E..... Genel Müdürlüğü hakkındaki davanın reddi yerine kabulüne karar verilmiş olması doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.¹¹⁴²

5. Çıraklık Akdi

5.1. Genel Olarak

Çıraklık meslekî bir tecrübenin aktarımıdır. Esnaf ve zanaatkarlar ile farklı iş kollarında ustanın yanında çalışan çıraklar sosyo-ekonomik hayatta önemli bir konumdadır. İslâm hukukunda icâre akdi kapsamında verilen birçok örnekte de görüldüğü gibi çırak ile işçi kavramları iç içedir. Ancak çırak ile işçiyi ayıran nokta esaslı unsurlarda görülür. Bu esaslı unsur çıraklıkta meslekî eğitimken, işçide ücrettir.

Çıraklık akdi, meslekî eğitim teması itibariyle daha özel bir alanda cari olması hasebiyle genel anlamdaki adam çalıştırmanın sorumluluğundan farklıdır. Bununla birlikte borçlar hukuku açısından ustanın adam çalıştırma, çırağın çalışan olarak kabul edilebileceğini belirtmek gerekir. Klasik İslâm hukuku eserlerinde adam çalıştırma

¹¹⁴¹ Yarg. 7. HD., E. 2010/7147 K. 2011/5272 T. 20.09.2011.

¹¹⁴² Yarg. 4. HD., E. 2006/12772 K. 2007/14555 T. 20.11.2007.

ilişkisinin doğduğu hâllerden biri olarak usta-çırak ilişkisi sıkça ele alınmakta ve çırığın fiillerinden ustanın sorumlu tutulup tutulamayacağı gündeme gelmektedir.

Bu başlık altında öncelikle çıraklık akdi İslâm hukuku ve Türk hukuku üzerinden sırasıyla ele alınacak, sonrasında çıraklık akdinin bağımlılık ilişkisi özelinde değerlendirmesi yapılarak bu hâl örnek olaylarla somutlaştırılacaktır.

5.2. İslâm Hukukunda

Çıraklık, Mecelle’de “*icâre-i âdemî beyanındadır*” başlığını taşıyan 4. faslın 568 ve 569. maddelerinde düzenlenmektedir:

*Bir ilim veya san’at ta’lîmî için üstâd istîcâr olundukda, eğer müddet beyân olunur ise icâre müddet üzerine mün’akid olur. Hattâ üstâd ta’lîme hâzır ve müheyyâ bulunmak ile ücrete müstehikk olur. Şâkird gerek ta’allüm etsin, gerek etmesin. Ve eğer müddet beyan olunmaz ise icâre fâsid olarak mün’akid olur, bu surette şâkird ta’allüm ederse üstâd ücrete müstehikk olur. Ve illâ ücret alamaz.*¹¹⁴³

*Bir kimse meselâ oğlunu san’at öğretmek için ustaya verip ehadühüma âhara ücret şart etmedikleri halde çocuk san’at öğrendikten sonra yekdiğerden ücret mutâlebe etseler örf âdet-i belde ne ise onunla amel olunur.*¹¹⁴⁴

Mecelle’nin 568. maddesi genel olarak çıraklık akdinin konusuna, şartlarına ve ücrete, Mecelle’nin 569. maddesi ise ücret konuşulmaması hâlinde ustanın eciri misle hak kazanacağına yer vermektedir. Mecelle’de çıraklık akdi ücret ödenen tarafın çırak değil usta olması yönüyle bugünkü çıraklık akdinden ayrılmaktadır. Çıraklık akdi Mecelle’de icâre-i âdemî’nin bir türü olarak düzenlenmiştir. Benzer biçimde Roma hukukunda çıraklık, *locatio conductio* içerisinde düzenlenmiştir.¹¹⁴⁵ Kanaatimizce de çıraklık akdi icâre-i âdemî’nin bir alt türüdür. Zira temel unsurlar bakımından değerlendirildiğinde, çıraklık akdini tamamen kendine münhasır (*sui generis*) bir akit olarak ele almayı

¹¹⁴³ Mecelle, m. 568.

¹¹⁴⁴ Mecelle, m. 569.

¹¹⁴⁵ “Kanımızca, bu durumda kuramsal olarak üç olasılık düşünülebilir: Eğer usta, öğretim ve eğitim için bir ücret alıyorsa anlaşma bir *locatio-conductio operis* niteliği kazanır. Ustanın öğretim ve eğitim için yanına verilen kişiye hizmeti karşılığında ücret vermesi öngörülmüşse bir *locatio-conductio operarum* söz konusu olur. Öğretim ve eğitimle, görülen hizmetlerin birbirini karşıladığı kabul edilerek hiç bir ücretin söz konusu edilmemesi durumunda ise anlaşma isimsiz bir real sözleşme niteliğinde görülebilir.” Bkz. Karadeniz, *Roma’da İş İlişkileri*, s. 195-196.

gerektiren ek bir unsur yoktur. Ancak çalışmamızda çıraklık, icâre akdinden ayrılan çeşitli yönleri¹¹⁴⁶ dolayısıyla ayrı bir başlık altında ele alınmaktadır.¹¹⁴⁷

5.3. Türk Hukukunda

Çıraklık akdi; işverenin, belirli bir meslek ve sanatı çırağa öğretmesi ile çırağın, bu mesleği öğrenmesi ve işyeri disiplinine uymasını içeren bir akitir.¹¹⁴⁸ Çıraklık akdiyle ilgili hüküm bulunmayan hâllerde TBK'nın 393. maddesinin 3. fıkrasına göre genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır.¹¹⁴⁹

Çıraklık akdi, çırak ve usta olmak üzere iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Ustanın borçları; bir meslek ve sanatı öğretme borcu, ücret ödeme borcu, çırağı gözetme (koruma borcu) ve eşit işlem yapma borcudur. Çırağın borçları; bir meslek ve sanatı öğrenme borcu,¹¹⁵⁰ sadakat borcu ile emir ve talimatlara uyma (itaat) borcudur.¹¹⁵¹

Çıraklık akdinin unsurları; bir meslek ve sanatın öğretilmesi, karşılık uğruna çalışma ve bağımlılıktır. Çıraklık akdinde temel unsur ve gaye, bir meslek ve sanatın öğretilmesidir.¹¹⁵² Usta tarafından çırağın meslekî gerekliliklerine yönelik lüzumlu bilgilerin sağlanması, çırak tarafından mesleği öğrenmesi beklenir. Buna rağmen usta tarafından çırağa yemek gibi masraflar ve bazı hâllerde cep harçlığı verilmesi söz konusu olabilir.

Çıraklık akdinin unsurları bağlamında çıraklık akdinin hizmet akdinden ayrıldığı yönlerde değinilebilir. İlk olarak, hizmet akdinde tarafların karşılıklı borçları iş görme ve ücret ödeme olmasına rağmen, çıraklık akdinde esas unsur bir meslek ve sanatın öğretilmesidir.¹¹⁵³ İkinci olarak, usta ve çırak arasında hizmet akdinde olduğundan daha sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunur. Ustanın çırağı her zaman gözetmesi ve çırağın ustanın

¹¹⁴⁶ Detaylı bilgi için bkz. Seza Reisoğlu, Hizmet Akdi, Ankara: Sevinç Matbaası, 1968, s. 55. Ayrıca bununla ilgili bilgiye bir sonraki başlık olan "Türk Hukukunda" başlığı altında değinilmektedir.

¹¹⁴⁷ İslâm hukukunda klasik tasnifte yer almayan yeni bir akdin ortaya çıkmasıyla ilgili şurada yer alan ifadeler: "İslam hukuku şahıslara yeni akitler ve muameleler karşısında dini naslara, kamu düzenine ve umumi adaba aykırı olmamak, başkalarının haklarını ihlal etmemek kaydıyla tam bir serbestlik tanımıştır." Bkz. Köse, "Temsil Kavramı ve Vekâlet-Temsil İlişkisi", s. 225.

¹¹⁴⁸ Fatih Uşan, *Çıraklık Sözleşmesi*, Konya: Mimoza, 1994, s. 43.

¹¹⁴⁹ "Genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, kıyas yoluyla çıraklık sözleşmesine de uygulanır; özel kanun hükümleri saklıdır."

¹¹⁵⁰ Çırağın göstermesi gereken özen yükümlülüğü ile işçinin göstermesi gereken özen yükümlülüğünün dereceleri aynı değildir. Gösterilmesi gereken özenin tespitinde; sözleşmenin niteliği, kişinin meslekî bilgi, yetenek ve becerisi göz önüne alınır. Uşan, *Çıraklık Sözleşmesi*, s. 86.

¹¹⁵¹ Tarafların borçları hakkında detaylı bilgi için bkz. Uşan, *Çıraklık Sözleşmesi*, s. 79-98.

¹¹⁵² Uşan, *Çıraklık Sözleşmesi*, s. 43; Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, II, 981.

¹¹⁵³ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, İstanbul: Beta Basım, 2009, s. 127.

talimatlarına teknik ve hukukî anlamda uyması beklenir.¹¹⁵⁴ Çıraklık akdi bir iş görme edimini içeren sözleşme olmasına rağmen konusu itibarıyla özel bir alana hitap eder ve bu özel alanda ücret belirleyici bir unsur değildir. Bu nedenle çıraklık akdinin kendine has özellikleri bulunan (*sui generis*) bir akit olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁵⁵ Ancak İslâm hukuku bakımından sayılan nedenlere dayalı olarak kanaatimiz, Türk hukuku bakımından da çıraklık akdinin, hizmet akdinin bir alt türü olarak görülebileceği yönündedir. Buna rağmen İslâm hukuku kısmında dipnotta izah edilen çıraklık akdinin icâre-i âdemî'den/genel hizmet sözleşmesinden ayrılan yönleri nedeniyle burada her ikisi ayrı başlıklar hâlinde ele alınmaktadır.

5.4. Bağımlılık İlişkisi Özelinde Değerlendirilmesi

Usta ile çırak arasındaki ilişkide bağımlılık oldukça yoğundur. Çırak, ustanın emir ve talimatları altında hareket eder. Çıraklık akdinin bir meslek ve sanatın öğretimini amaçladığı da dikkate alındığında çırağın ustaya bu denli bağımlı olmasının nedeni anlaşılır. Hatta denebilir ki çoğu hâlde çırağın ustasına bağımlılığı, işçinin işverene bağımlılığından daha ileri seviyededir. Çünkü usta, çırağın fiillerini daha sıkı bir şekilde denetler ve onun üzerinde daha yoğun bir gözetim ve denetim mekanizması kurar. Bağımlılık ilişkisinin bu derece yoğun olduğu usta-çırak ilişkisinde adam çalıştırma ilişkisinin bulunduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğmasına ilişkin şartlar da varsa usta, çırağın fiillerinden adam çalıştırıcı olarak sorumludur.

5.5. Örnek Olaylar

Çırağın verdiği zararların tazmini hakkında İslâm hukukunun klasik doktrinde pek çok örneğin incelendiği ve bunlarda sorumluluğun genel olarak ustaya yüklendiği söylenebilir. Bu örneklerin TBK'daki adam çalıştırıcının sorumluluğuyla oldukça paralel hususlar arz ettiği ifade edilebilir. Türk hukukunda ise Çıraklık ve Mesleki Eğitim Kanunu'nda (ÇMEK) özel bir hüküm bulunmadığı için TBK hükümlerine gidilir.

¹¹⁵⁴ Uşan, *Çıraklık Sözleşmesi*, s. 45.

¹¹⁵⁵ Ali Arcak, "Çıraklık Sözleşmesi", *Adalet Dergisi* 41, sy 2 (1950): 206; Çıraklık sözleşmesinin hukukî niteliğinin çırakların yasal korumalardan yararlandırılmaları adına hizmet sözleşmesinin özel biri olarak görülebileceği ancak mevcut yasal düzenlemenin edimler arasındaki fark sebebiyle kendine özgü sözleşme niteliğinin ön planda olduğu hakkında bkz. Uşan, *Çıraklık Sözleşmesi*, s. 46.

Klasik İslâm hukuku kaynaklarında adam çalıştırmanın sorumluluğuyla ilgili verilen örnekler çoğu zaman usta-çırak ilişkileridir. Terzi, marangoz, kassâr gibi çeşitli meslek erbabı yanında çalışanların fiilleri sonucunda meydana gelen zararlardan ustanın (adam çalıştırmanın) sorumluluğu üzerinde sıkça durulur. Bu hâllerde kural olarak usta (adam çalıştırmanın) sorumlu tutulmakla birlikte, fiilinde teaddî bulunması hâlinde çırak (çalışan) sorumlu tutulabilmektedir.¹¹⁵⁶ Bu da ecîrin emîn kabul edilmesiyle yani yed-i emîn olmasıyla irtibatlıdır. Yed-i emîn sayılmanın en önemli sonucu, teaddî yoksa tazmin yükümlülüğünün olmamasıdır.¹¹⁵⁷ Birçok örnekte çırak ve kalfanın eli ustanın eli hükmünde kabul edilmektedir.¹¹⁵⁸ İslâm hukukunun modern doktrininde de zanaatkârların, işçilerinin fiilinden sorumluluğu konusunun, işçi-işveren ilişkisinden ziyade bir tür vekâlet ilişkisi olduğu, zira burada çalışanların ustanın vekili konumunda oldukları ve bu nedenle çalışanların kasten verdikleri zarar hariç, fiillerinden ustanın sorumlu tutulduğu ifade edilmektedir.¹¹⁵⁹

Şeybânî'nin *el-Asl*'inde ecîr-i hâssın sorumlu olmayıp kassârın sorumlu tutulacağı belirtilmektedir.¹¹⁶⁰ Ecîr-i hâs ile ecîr-i müşterek sorumluluk açısından ayrı tutularak, ecîr-i hâssın elinde meydana gelen zarardan -yed-i emîn olması sebebiyle- sorumlu tutulmayacağı ifade edilmektedir. Başka bir örnekte, kassârın çalışanı kendisine iş olarak verilen elbiseyle uğraşırken elbiseyi yırtsa bundan doğan sorumluluk hür veya köle olması fark etmeksizin ecîre değil, ustaya aittir.¹¹⁶¹ Ecîrin çalıştırılmasıyla menfaat sahibi olan ustadır ve bu nedenle sorumluluk adam çalıştırmanın konumundaki ustaya yüklenir.¹¹⁶² Ayrıca zarar, adam çalıştırmanın işinin görülmesi esnasında meydana geldiği için fonksiyonel bağ vardır. Usta-çırak ilişkisinde hukukî alan hâkimiyeti düşüncesinin öne çıktığı ayrıca vurgulanmalıdır.¹¹⁶³

Şeybânî'nin *el-Asl*'inde geçen bir diğer örnek şöyledir: Ev işlerinde görevli bir kimsenin, bu işleri görürken kendisine çizilen sınırlar içerisinde mutad olduğu üzere işini

¹¹⁵⁶ Mahmesânî, *en-Nazarriyyetü'l-âmme*, I, 231; Zuhayli, *Nazarriyyetü'd-damân*, s. 256-257; Aydın, *Araştırmalar*, s. 138; Bardakoğlu, "İslâm Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi", s. 245.

¹¹⁵⁷ Bağdâdî, *Mecmaü'd-damânât*, s. 100-104, 142.

¹¹⁵⁸ Bardakoğlu, "İslâm Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi", s. 245.

¹¹⁵⁹ Ünal, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, s. 235.

¹¹⁶⁰ eş-Şeybânî, *el-Asl*, III, 561.

¹¹⁶¹ eş-Şeybânî, *el-Asl*, III, 564-565. Bu ifadenin orijinali şöyledir:

”فإن ضمان ذلك على الأستاذ ولا ضمان على الأجير عبداً كان أو حراً.”

¹¹⁶² Tavâlebe, "El-mes'ûliyye an fi'li'l-gayr", s. 141.

¹¹⁶³ Hukukî alan hâkimiyetiyle ilgili detaylı bilgi için bkz. I. Bölüm, 3.5.2.3.3.

yaparken bir şeye zarar vermesi durumunda bu kişinin sorumluluğu doğmaz çünkü ev sahibi, bu işin icrası için ona bir izin vermiştir.¹¹⁶⁴ Ancak çalışan, ev sahibinin çizdiği sınırlar dışına çıkarsa, sorumluluk çalışanın üzerindedir. Burada fonksiyonel bağ olarak ifade edilen adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin özel şarta dayalı bir izah biçimi bulunduğu söylenebilir. Adam çalıştırmanın talimatı ve izin verdiği çerçevenin dışına çıkan çalışan, bu hâldeyken verdiği zararlardan -bir adam çalıştırma ilişkisinin mevcudiyeti kalmadığından- kendisi sorumludur. Buradan hareketle denebilir ki adam çalıştırma ilişkisinin mevcudiyeti her zaman için adam çalıştırmanın sorumluluğuna yol açmaz. Çünkü kimi hâllerde bu ilişki var olmasına karşın sorumluluğun doğması için aranan özel şartlardan biri ortadan kalkmış olabilir ve sonuç itibarıyla adam çalıştırmanın sorumluluğuna değil, çalışanın bizzat sorumluluğuna gidilir.

İbn Vehb'in (ö. 197/813) *el-Muvatta* isimli eserinde sorumluluğun adam çalıştırmada olduğuna dair bazı ifadeler yer alır. Buna göre, “Çoban sorumlu olmaz, bilakis usta sorumludur.”¹¹⁶⁵ Burada müellifin nasıl bir düşünce silsilesini izlediğine dair somut bir veri yer almamaktadır. Ancak bunun zeminini edindiğimiz genel prensiplerden yola çıkarak doldurmanız mümkündür.

Usta, çobanın seçiminde, ona talimat vermede ve onu denetleme ve gözetlemede gerekli dikkat ve özeni göstermelidir. Aksi hâlde çobanın fiili sonucu meydana gelen zarar kendisine yükletilir. Nitekim çobanlık yapan bir kimsenin ekonomik seviyesinin ustaya nispetle daha düşük olacağı kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda hakkaniyet ustanın sorumlu tutulmasını gerektirir. Bundan başka çoban, ustanın hukukî alan hâkimiyeti altında iş görür. Çobanın üçüncü kişilere verdiği zarardan bu durumda ustanın sorumlu tutulması gerekir. Ayrıca “tehlike fikri, tehlike esası veya risk sorumluluğu”na¹¹⁶⁶ göre meydana gelen risk ve tehlikeleri karşılamakla mükellef olan kişi, eşyaya malik olmakta yahut adam çalıştırmakta menfaati olandır. Çobanı çalıştırmakla menfaat elde eden kişi olarak ustanın, çobanın fiili sonucu meydana gelen

¹¹⁶⁴ eş-Şeybânî, *el-Aşl*, III, 566. Bu ifadenin orijinali şöyledir:

”وكذلك الأجير إذا مشى في البيت في خدمته وعمله فوطئ شيئاً مما يوطأ مثله فلا ضمان عليه. وإن وطئ شيئاً مما لا يوطأ مثله فخرقه ضمن.”

¹¹⁶⁵ Ebû Muhammed ‘Abdullâh b. Vehb bel-Mısırî el-Kureşî İbn Vehb, *el-Muvaṭṭâ’-Kitâbu’l-Ḳaḍâ’ fî’l-Buyû’*, yy, ty, s. 64.

¹¹⁶⁶ Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 128; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 154, 155, 196.

zararı giderme riskini de üstlenen olması beklenen bir durumdur. Bu düşüncelere dayalı olarak, “Çoban sorumlu olmaz, bilakis usta sorumludur.” denebilir.

İbn Ebû Zeyd’in (ö. 386/996) *en-Nevâdir ve'z-ziyâdât* isimli eserinin “zanaatkârların tazmin yükümlülüğü kitabı” [كتاب تضمين الصانع] bölümünde kassârın çalışanının tazmin yükümlülüğünün bulunmadığı, bilakis kassârın kendisinin çalışanın ifsâd ettiği şeyden dolayı sorumlu tutulacağı belirtilmektedir.¹¹⁶⁷ Buradan kassâr ile çalışanı arasında bir tür niyâbet tasavvurunun bulunduğu çıkarılabilir. Çalışan, adam çalıştıran olarak kassârın vekili gibidir. Onun işini onun menfaatine yapmakta olduğundan, onun fiili neticesinde bir zarar meydana gelirse bunun sorumluluğu nimet-külfet dengesi uyarınca adam çalıştıran olarak kassârın üzerindedir.

Ğanim el-Bağdâdî’nin *Mecma’u’l-damânât*’ında fonksiyonel bağın önemine dikkat çeken ifadeler yer alır: “Şayet tokmağın üzerine düştüğü kumaş, bir vedîa (emanet) olup delinecek olursa, tazminatı çırağın ödemesi gerekir. Çünkü usta çırağa yapma ve kullanma imkânını verebileceği şeylerden sorumludur. Bu da sadece sanat ve meslek ile alâkalı şeylerdir.”¹¹⁶⁸ Emanet bir şey üzerinde tasarruf ile ustanın çırağına sanat ve mesleğiyle ilgili hususlarda verdiği işler arasında açık bir fark vardır. Çırağın emanet olarak verilen şey üzerinde tasarruf edememesi gerekir çünkü bunun kendisine gördürülen işle bağlantısı yoktur. Eğer buna rağmen çırak, emanet verilen şey üzerinde tasarrufa kalkışırsa sorumluluk ustaya değil, kendisine yüklenir.

Modern dönem İslâm hukukçularından Zuhaylî (ö. 1436/2015), kumaş işiyle iştigal eden meslek erbabıyla ilgili şöyle bir örnek verir: “Eğer çırağın elinden kandil düşüp boyama yerindeki kumaşı yaksa, tazminatı ustasının ödemesi gerekir, çırağın değil. Çünkü kandili götürüp getirmek hususunda izin vardır. Bundan sorumlu olan ise ustadır. Bu işi bizzat kendisi yapmış gibi değerlendirilir.”¹¹⁶⁹

Bu örnekte kandilin kumaş işinin icrası için taşınması gereken bir şey olduğundan ve gerçekleşen yanma olayı işin olağan akışı içerisinde gerçekleştiğinden, sorumluluk ustaya yüklenmektedir. Çünkü kandilin taşınması ile işin icrası arasında fonksiyonel bağ

¹¹⁶⁷ İbn Ebî Zeyd Ebû Muhammed ‘Abdullâh b. Ebî Zeyd el-Ğayravânî, *en-Nevâdir ve'z-Ziyâdât ‘alâ mâ fi’l-Mudevveneti min Ğayrihâ mine’l-Ummehât (nşr. Hey’et)*, Beyrut: Dâru’l-Ğarbi’l-İslâmî, 1999, VII, 68.

¹¹⁶⁸ Bağdâdî, *Mecma’u’l-damânât*, s. 135; Vehbe Zuhaylî, *el-Fikhü’l-İslâmî ve edilletuhu*, Dımaşk: Dâru’l-Fıkr, 1989, s. 771.

¹¹⁶⁹ Zuhaylî, *el-Fikhü’l-İslâmî ve edilletuhu*, IV, 771.

vardır. Aynı şekilde kassârın (çalışan) tokmağı çamaşırın üstüne düşerek çamaşırı yırtacak olsa, tazminat yükümlülüğü ustadadır. Çünkü bu, kassârın yapmak durumunda olduğu işler arasında yer alır ve fiil ona ait kabul edilir.¹¹⁷⁰

Aynı örnekte, tokmağın üzerine düştüğü kumaş vedîa (emanet) olursa, delinmesi hâlinde tazmin yükümlülüğü çırağa aittir çünkü emanet olan bir şeyde iş ile bağlantılı olarak eylemde bulunulabilmesi mümkün değildir. Vedîa, bir malın emanet olarak bırakılması ve emanet bırakılan malın adıdır. Bırakılan bu mal emanet hükümlerine tâbidir. Böyle olunca işçinin emanet hükmündeki bir mal üzerinde tasarruf yetkisi yoktur. Zaten usta çırağa yapma ve kullanma imkânı verdiği şeylerden, yapma veya kullanma sonucu meydana gelen zararlardan sorumlu tutulabilir.¹¹⁷¹ Oysa örneğimizde böyle bir durum bulunmaz.

İslâm hukukunun modern doktrinde verilen bir örnek şöyledir:

Usta elbisenin dikimini işçisine devrettiğinde, bu şahıslar terzi yanında ecîri hâs olarak çalıştıklarından ancak taksîr ve teaddileri sonucu ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulacaklardır. Buna göre mesela kalfa elbiseyi mutâd şekilde ütülerken elbise yırtılsa, bu fiilinden ne terziye ne de kumaş sahibine karşı mesul değildir. Buna karşılık terzi, kalfasının bu fiili sebebiyle kumaşı öder. Bu fiili kendisi işleseydi mesul olacağından ve işçinin fiili de kendi fiili sayıldığından terzinin mesuliyet sebebi açıktır.”¹¹⁷²

Bu örnekte adam çalıştıran olarak terzinin sorumluluğunun doğmasını engelleyecek herhangi bir durum bulunmaz. Terzi yanında çalışan kalfanın işlerin olağan akışı içerisinde kendisine verilen ütuleme işini icra ederken elbise yırtılmaktadır. Üçüncü bir kişi elbisenin yırtılması nedeniyle zarar görmüştür. Bu zararın sebep sorumluluğu uyarınca adam çalıştırmakta menfaati olan, çalıştırılanın hukukî alan hâkimiyeti dahilinde bulunduğu, çalıştırılanı gözetmek ve denetmekle yükümlü adam çalıştıran sıfatını haiz terziye yüklenmesi hakkaniyet icabıdır.

Çoban hakkında Türk hukukundaki bir Yargıtay kararı şöyledir:

Dava, Borçlar Yasasının 55. maddesine dayanan adam kullananın kusursuz mesuliyetine ilişkin tazminat isteğidir. İddia ve savunmaya, dosyadaki kanıtlara ve mahkemenin kabulüne göre davalıya ait hayvan sürüsü istihdâm ettiği çobanın yönetiminde iken davacının kira ile tutmuş bulunduğu buğdaya ekili tarlada yayılmasından ötürü ürün tahrip olmuştur. Bu durumda anılan yasa maddesi hükmünce davalının adam kullanan

¹¹⁷⁰ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, IV, 771.

¹¹⁷¹ Bağdâdî, *Mecmaü'd-damânât*, s. 141.

¹¹⁷² Bardakoğlu, *İşçi ve İşveren Münâsebeti*, s. 54.

*sıfatı ile sorumlu tutulması gerekirken, çobanın dava edilmesi gerektiğinden söz edilerek davanın red edilmiş olması bozmayı gerektirir.*¹¹⁷³

Yargıtay, kararlarından birinde çırağın müşteriye ait arabayı üçüncü bir kişinin üzerine sürmek suretiyle o kişiyi yaralaması halinde meydana gelen maddî zarar kalemlerinden adam çalıştıran olarak iş sahibinin sorumlu tutulacağını karara bağlar:

*Mahkemece, küçük D. B.'nin davalı X. X.'a ait işyerinde çırak olup, müşteriye ait arabayı davacının üzerine sürmek suretiyle yaraladığı, olayın meydana gelmesinde davalı X. X.'in kışkırtma eylemini gerçekleştirdiğine ilişkin yeterli delil ve belge bulunmadığı gibi bu konuda savcının takipsizlik kararı verdiği, ayrıca BK. 55. mad. istihdam edenin sorumluluğunu düzenlediği, olayımızda çırak D. B.'nin eylemi ile istihdam eden arasında yasanın aradığı şekilde illiyet kurulmadığının anlaşıldığı gerekçesi ile davalı X. X. hakkındaki davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir... Borçlar Kanununun 55.maddesi hükmü gereğince adam çalıştıranın sorumlu tutulabilmesi için; zararın çalışanın hukuka aykırı eyleminden doğması ve zarar ile çalışanın eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir... Somut olayda, dava dışı D. B.'nin eylemi nedeniyle zarar oluşmuştur. Bu husus kesinleşen ceza mahkemesi kararı ile de sabittir. O halde mahkemece, D. B.'in eylemi nedeniyle davalı X. X.'in B.K.'nın 55. (T.B.K. 66.) maddesi hükmü gereğince sorumlu tutulması gerekirken bu davalı yönünden redde karar verilmesi doğru görülmemiştir.*¹¹⁷⁴

6. Ebeveyn-Çocuk İlişkisi

6.1. Genel Olarak

Ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkide bir hiyerarşi ve dolayısıyla bağımlılık vardır. Çocuk, ebeveynin emir ve talimatlarına çoğunlukla bir zorunluluk olarak da olsa uyar. Ancak burada asıl sorun, ebeveynin çocuğun fiillerinden sorumluluğunun velâyet kaynaklı olarak mı, yoksa adam çalıştırma kaynaklı olarak mı doğacağıdır.

Ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişki genellikle bir velâyet ilişkisine dayanır. Bu yönüyle ebeveyn-çocuk ilişkisi, adam çalıştıranın sorumluluğuna doğrudan konu olmaz. Bununla birlikte ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişki, kimi hâllerde usta-çırak ilişkisine yani çıraklık akdine dayanır. Örneğin babanın bir meslek sahibi olup çocuğunu yanında çalıştırması böyledir. Bu gibi hallerde ebeveyn-çocuk ilişkisi adam çalıştıranın sorumluluğuna yakınlaşır.¹¹⁷⁵ İşte ebeveyn-çocuk ilişkisinin adam çalıştıranın

¹¹⁷³ Yarg. 4. HD., E. 12471 K. 2847 T. 5.3.1975. Bkz. Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1439.

¹¹⁷⁴ Yarg. 3. HD., E. 2013/1398 K. 2013/3157 T. 27.02.2013.

¹¹⁷⁵ Arsebük de ev reisliği düzenlemesinin nezaret vazifesinden doğan mesuliyet ile aynı hukukî esasa dayandığını gerekçe göstererek ortak başlık hâlinde iki konuyu incelemiştir. Bkz. Arsebük, *Borçlar*

sorumluluğuyla aralarındaki paralellik nedeniyle burada ebeveyn-çocuk ilişkisinin bir ölçüde ele alınması uygun görülmüştür.

Ebeveyn, bir işini gördürmek üzere kendi çocuğunu çalıştırabilir.¹¹⁷⁶ İslâm hukukunun modern doktrininde ifade edildiği üzere, küçüğün bir işte çalıştırılabilmesi için eksik eda ehliyetinin (akıl ve ayırt etme gücü) varlığı yeterlidir. Buna göre mümeyyiz küçük, babası tarafından çalıştırılabilir.¹¹⁷⁷ Örneğin bir çocuğun babasının iş yerinde işçi statüsünde çalışması icâre-i ademî'ye girer.

Roma hukukunda köle ve aile evlatlarının haksız fiil ehliyetlerinin bulunmasına karşın mal edinme ehliyetleri bulunmamaktaydı.¹¹⁷⁸ Bu nedenle verdikleri zararı tazmin için gerekli ekonomik güçten yoksundular.¹¹⁷⁹ Buna karşın hâkimiyet sahibi *pater familias*'ın (aile babası) noxal sorumluluğu vardı.¹¹⁸⁰ Çünkü Roma hukukunda hâkimiyet kimdeyse sorumluluk da onda kabul edilmekteydi.¹¹⁸¹

6.2. İslâm Hukukunda Hidâne

Hidâne, “Küçüğün ve bu hükümde olan kimselerin gerektiği şekilde büyütülüp yetiştirilmesi, korunup gözetilmesi ve eğitilmesi amacıyla kanun koyucunun belli şahıslara tanıdığı hak, yetki ve sorumluluğu ifade eder.”¹¹⁸²

Hukuku, s. 575; Aynı yönde bkz. Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 503; “...bir evde hizmet eden kimseler dahi, bir dükkânda çalışanlar gibi işçi sayılırlar ve 55 inci madde hükmüne tâbi tutulurlar.” Arsebük, *Borçlar Hukuku*, s. 579.

¹¹⁷⁶ Yarg. 4. HD. nin 16.6.1986 t. ve E. 4100, K. 4720 sayılı kararına göre babanın gözetimi ve yönergesi dairesinde çalışan oğul ile baba arasında adam kullanma (bağımlılık) ilişkisi vardır. Karahasan, *Tazminat Hukuku*, s. 1434; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 504. Ev başkanı ve adam çalıştıran sıfatlarının aynı kişide toplanmasıyla ilgili olarak ayrıca bkz. Funda İbiş, *Ev Başkanının Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020, s. 142-144. “*Haksız fiil sorumlusu (BK. 41) K., kendisine ait olmayan, ancak babasına ait bir işin görülmesi (bahçeyi korumak, vb.) sırasında bu zararlı sonucun meydana gelmesine neden olmuştur. O halde, davalı Ö.'nün adam çalıştıran kişi olarak sorumluluğu söz konusudur; bilindiği gibi BK.nun 55. Maddesinde düzenlenen adam çalıştıranın sorumluluğu kusura (kendisinin veya çalıştırdığı adamın) dayanmamaktadır. Davalı K.'nin, babasının yanında ücretle çalışıp çalışmaması ve aralarındaki irs bağı, adam çalıştırma ilişkisine etkili değildir; olayda davalı K.'ye verilen işle, zararın ortaya çıkması arasında işlev bakımından sıkı ilişki gerçekleşmiştir.*” Yarg. 4. HD. E. 1984/9973 K. 1985/2112 T. 13.3.1985.

¹¹⁷⁷ Bardakoğlu, “İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi”, s. 165.

¹¹⁷⁸ Ünal, *Aile Başkanının Sorumluluğu*, s. 34.

¹¹⁷⁹ Ünal, *Aile Başkanının Sorumluluğu*, s. 34.

¹¹⁸⁰ Ünal, *Aile Başkanının Sorumluluğu*, s. 34.

¹¹⁸¹ Ünal, *Aile Başkanının Sorumluluğu*, s. 34.

¹¹⁸² Ali Bardakoğlu, “Hidâne”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1998, XVII, 467.

İslâm hukukunda kâsır¹¹⁸³ çocuğun gözetim (*rakâbe*) sorumluluğunun kimde olduğu, velâyetin kime ait olduğu tespit edilerek belirlenir.¹¹⁸⁴ Küçüğün gerek şahsî varlığının gerekse de malvarlığının yönetimi ve ikamesi sosyal hayat içerisinde bir zorunluluk olarak görüldüğü için kanunî temsil müessesesi olarak velâyet kurumu ortaya çıkmıştır.¹¹⁸⁵ İslâm hukukunda küçükler için terbiye ve yetiştirmede velâyet (*hidâne*),¹¹⁸⁶ şahsa bağlı hakların kullanımında velâyet ve malvarlığına ilişkin hakların kullanımında velâyet olmak üzere üç tür velâyet bulunmaktadır.¹¹⁸⁷

İslâm hukukunda küçüğün bakılıp terbiye edilmesi (*hidâne*), daha ziyade veliye ait bir hak olarak telakki edilir.¹¹⁸⁸ Ancak nimetin külfete göre olması gibi, haklar da yükümlülükleri beraberinde getirir.¹¹⁸⁹ Küçüğün başkalarına zarar verecek davranışlardan alıkonulması, bu yükümlülüklerin başta gelenidir.¹¹⁹⁰ Bu bağlamda velâyeti altındaki çocuğunu çalıştıran ebeveynin, çalışma esnasında çocuğunun, üçüncü bir kişiye vereceği zarardan sorumlu tutulması gerektiği söylenebilir. Bu durumda sorumluluğun muhatabı, veli her kim ise odur.

İslâm hukukunun klasik doktrininde Ebû Hanîfe ve Şeybânî'ye nispet edilen görüşe göre küçük ile ma'tuh kimsenin helak ettiklerinden (itlâf) sorumlulukları yoktur,¹¹⁹¹ dolayısıyla zararın bir şekilde ortadan kaldırılması ilkesi de gözetildiğinde sorumluluğun çalıştıran olarak ebeveyne yüklenmesi gerekir. Cumhur fukahâya göre

¹¹⁸³ Kâsır: "Sözlükte 'kısa ve eksik olmak, sona ulaşamamak; kısaltmak, hapsetmek' anlamındaki kasr kökünden ism-i fâil olan kâsır İslâm hukukunda tam edâ (fiil) ehliyeti bulunmayan kişiyi ifade eder." Celâl Erbay, "Kâsır", İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2001, XXIV, 559.

¹¹⁸⁴ Cemal Mehdi Mahmud Ekşe, *Mes'ûliyyetü'l-âbâi'l-medeniyye anî'l-ebnâi'l-kasr : fi'l-fikhi'l-İslami ve'l-kanuni'l-vaz'i dirase mukarene*, İskenderiye: Dârü'l-Câmiati'l-Cedide, 2006, s. 171.

¹¹⁸⁵ Celâl Erbay, *İslâm Hukukunda Küçüklerin Himayesi*, Bakü: Göytürk Matbaası, 1995, s. 161.

¹¹⁸⁶ Hidâne konusunun; mahiyyet, kıymet ve ehemmiyeti, hidaneye hak sahibi olanlar, hidaneye sahip olanlarda aranacak şartlar, hidane süresi gibi açılardan etraflıca ele alınması hakkında ayrıca bkz. Bilmen, *Kâmus*, II, 425-443.

¹¹⁸⁷ Erbay, *Küçüklerin Himayesi*, s. 146; Bardakoğlu, "Hidâne", XVII, 467.

¹¹⁸⁸ "Hidâne hakkı" nitelendirmesi için bkz. Erbay, *Küçüklerin Himayesi*, s. 146; Velâyet yetkisi; evlilik birliğinin devamı sırasında anne ve babaya aitken; evliliğin sona ermesi hâlinde ise -Hz. Peygamber (sav)'in çeşitli hadislerinden yola çıkılarak- kadınların daha şefkatli ve çocukların işlerini görmeye daha yatkın olmaları gibi gerekçelerle anne tarafına öncelik tanınmıştır. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Erbay, *Küçüklerin Himayesi*, s. 148-152.

¹¹⁸⁹ Mecelle, m. 88.

¹¹⁹⁰ Erbay, *Küçüklerin Himayesi*, s. 173.

¹¹⁹¹ Ebû Ca'fer Muhammed b. Cerîr b. Yezîd el-Âmilî et-Taberî, *İhtilâfu'l-Fukahâ*, Dârü'l-Kutubi'l-İlmiyye, ty, s. 80.

kâsır çocuğun fiiliyle meydana gelen zarardan velisi sorumlu değildir.¹¹⁹² Diğer görüş İbâziyye ve çağdaş dönem fukahâyâ ait olup buna göre meydana gelen zarardan baba/veli sorumludur.¹¹⁹³ Bu sorumluluk, babanın/velinin kâsır çocuğunu gözetleme yükümlülüğüne aykırı davranmasından (teaddî) ileri gelir.¹¹⁹⁴ İkinci görüş Türk hukukunda benimsenen yaklaşım ile örtüşür ve kanaatimizce günümüz koşullarına daha uygun düşer. İslâm hukukunun modern doktrininde ise ebeveynin çocuktan sorumluluğu, günümüz hukukunda kanunî temsilin karşılığı olarak görülebilecek şer'î (kanuna dayalı) kaynaklı niyabet sebebiyle iltizam bağlamında değerlendirilmektedir.¹¹⁹⁵

6.3. Türk Hukukunda Ev Başkanının Sorumluluğu

Türk hukukunda ebeveynin çalışan çocuğunun fiilinden sorumluluğuyla ilgili olarak Türk Medeni Kanunu'nun 367 ve devamı maddelerinde düzenlenen ev başkanının sorumluluğu gündeme gelebilir.¹¹⁹⁶ Ev düzeninin sağlanması kendisinden beklenen,¹¹⁹⁷ yönetim ve otoriteyi kendisinde toplayan¹¹⁹⁸ kişi ev başkanıdır. Ev başkanlığının velâyet (kanun), sözleşme veya örf gibi çeşitli kaynakları olabilir.¹¹⁹⁹ Ev başkanlığı hükümlerine tâbi bir aileden bahsedilmek için; birlikte yaşama, ev başkanının otoritesine tâbi olma ve süreklilik olmak üzere üç şart aranır.¹²⁰⁰

Ev başkanının sorumluluğu her ne kadar Medeni kanunda düzenlenmiş olsa da niteliği itibariyle borçlar hukukuna aittir.¹²⁰¹ Ev başkanının sorumluluğunda hâkimiyeti

¹¹⁹² Ekşe, *Mes'ûliyyetü'l-âbâi'l-medeniyye*, s. 368. Adam çalıştırmanın sorumluluğunun İslâm hukukunda niyâbet tasavvusuyla açıklandığından hareketle burada çocuğun nâib konumunda olamayacağı ileri sürülerek zararın veli tarafından tazmin edilmediği söylenebilir.

¹¹⁹³ Ekşe, *Mes'ûliyyetü'l-âbâi'l-medeniyye*, s. 367.

¹¹⁹⁴ Ekşe, *Mes'ûliyyetü'l-âbâi'l-medeniyye*, s. 377.

¹¹⁹⁵ Hafif, *ed-Damân*, s. 24. Detaylı bilgi için bkz. I. Bölüm, 3.2.4.

¹¹⁹⁶ Ev başkanının sorumluluğuyla ilgili düzenlemenin esası hakkında; toplumu korumak düşüncesi, hâkimiyet ilişkisi, illiyet bağı karînesi, hukuka aykırılık (haksız fiil) karînesi, adâlet ve hakkaniyet düşüncesi, daha dikkatli davranmaya sevk etmek düşüncesi şeklinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bunlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Ünal, *Aile Başkanının Sorumluluğu*, s. 69-73.

¹¹⁹⁷ Selâhattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982, s. 619.

¹¹⁹⁸ Ünal, *Aile Başkanının Sorumluluğu*, s. 43.

¹¹⁹⁹ Detaylı bilgi için bkz. Ünal, *Aile Başkanının Sorumluluğu*, s. 116-118; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018, s. 383-385; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020, s. 187; Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018, s. 222; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 620.

¹²⁰⁰ Dural, Ögüz, ve Gümüş, *Aile Hukuku*, s. 381-383; Detaylı bilgi için bkz. İbiş, *Ev Başkanı*, s. 12, 101-121; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 620.

¹²⁰¹ Ömer Arbek, *Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007, s. 61.

altındakilere bakmak ve gözetmek yükümlülüğünün yanı sıra, onlara oranla iktisaden daha güçlü olmak gibi nedenlere dayalı olarak hakkaniyet düşüncesi rol oynar.¹²⁰²

TMK m. 367/T'deki, “*Aile şeklinde birlikte yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu*” ifadesi ile ikinci fıkrada sayılan çiraklık dahil birçok ilişki türü ev düzeninin en geniş anlamıyla aile kavramını ifade etmek üzere kullanıldığını gösterir.¹²⁰³ Bu geniş kapsam nedeniyle adam çalıştıran, usta gibi kişilerin de ev başkanı kabul edilmesi mümkündür.¹²⁰⁴

Ev başkanının evin kurallarını belirlemek, evin kurallarını uygulamak haklarının yanında, özen gösterilmesi¹²⁰⁵ ve gözetim altında bulundurulması gereken topluluk üyelerinin fiilinden sorumluluğu bulunmaktadır.¹²⁰⁶ Bu topluluk üyeleri arasında; küçük, kısıtlı, akıl hastası veya akıl zayıfları yer alır.¹²⁰⁷ Ev başkanının sorumluluğu yalnızca topluluk üyelerinin üçüncü kişilere karşı verdikleri zararlarla¹²⁰⁸ sınırlı değildir; topluluk üyelerinin birbirlerine karşı verdikleri zararları da kapsar.¹²⁰⁹

Ev başkanının sorumluluğunda tazminatı ödeyen ev başkanının çocuğa rücu etmesi, kanunda düzenlenmemiştir. Buna rağmen teoride TBK m. 51 uyarınca bunun mümkün olduğu belirtilmektedir.¹²¹⁰ Ancak bu durum, rücu edilecek çocuğun tazminatı ödemekten aciz olması ve ev yaşantısındaki ilişkiler ile ahlak kuralları nedeniyle uygulamada pek görülmemektedir.¹²¹¹

¹²⁰² Arbek, *Maddi Zararlardan Sorumluluk*, s. 62.

¹²⁰³ Dural, Ögüz, ve Gümüş, *Aile Hukuku*, s. 381.

¹²⁰⁴ “Usta ve istihdam edenlerin bu sorumluluğu, eğer zarar hizmetin ifası sırasında verilmişse, onların adam çalıştıranın sorumluluğundan doğan hükmüyle yarışır (telahuk eder).” Ünal, *Aile Başkanının Sorumluluğu*, s. 53.

¹²⁰⁵ Ev başkanının sorumluluğunun doğmasında ev başkanının gerekli özeni göstermemiş olmasına bakılır. Buradaki özenin tayininde ise somut koşulların gerektirdiği özen dikkate alınır. Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 623; Ev başkanı somut koşulların gerektirdiği özeni gösterdiğini ispatlarsa sorumluluktan kurtulabilir. Ünal, *Aile Başkanının Sorumluluğu*, s. 74.

¹²⁰⁶ Dural, Ögüz, ve Gümüş, *Aile Hukuku*, s. 385-387; Helvacı ve Erlüle, *Medeni Hukuk*, s. 222-223.

¹²⁰⁷ Ünal, *Aile Başkanının Sorumluluğu*, s. 65; Dural, Ögüz, ve Gümüş, *Aile Hukuku*, s. 387; Helvacı ve Erlüle, *Medeni Hukuk*, s. 223; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 623; Buradaki sayımın tādādî mi yoksa tahdîdî mi olduğu hususunda doktrindeki görüşler için ayrıca bkz. Ünal, *Aile Başkanının Sorumluluğu*, s. 66.

¹²⁰⁸ Ünal, *Aile Başkanının Sorumluluğu*, s. 59.

¹²⁰⁹ Dural, Ögüz, ve Gümüş, *Aile Hukuku*, s. 388.

¹²¹⁰ Arbek, *Maddi Zararlardan Sorumluluk*, s. 70.

¹²¹¹ Arbek, *Maddi Zararlardan Sorumluluk*, s. 70.

6.4. Velâyet ile Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Hükümleri Arasındaki İlişki

Ebeveyn-çocuk ilişkisinde çocuğun fiilinden ebeveynin sorumluluğunun daha ziyade velâyet kaynaklı olarak doğduğundan bahsedilmiştir. Bu nedenle velâyetten kaynaklı sorumluluk İslâm hukukunda hidâne, Türk hukukunda ev başkanının sorumluluğu çerçevesinde incelendi. Bu başlıkta ise her iki hukuktaki velâyet kaynaklı sorumluluk hükümleri ile adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin hükümlerin aynı olayda bir araya gelmesi hâlinde sorumluluğun nasıl belirleneceği sorunu ele alınacaktır.

Öncelikle burada adam çalıştıranın sorumluluğunun genel norm niteliği dikkate alınarak bir değerlendirme yapılabilir. Bu bakımdan velâyet kaynaklı sorumluluk bir özel normdur. Dışlama ilkesi çerçevesinde genel norm ile özel norm aynı anda gündeme gelirse özel norm uygulanır. Buradan hareketle velâyet kaynaklı sorumluluğun adam çalıştıranın sorumluluğuna nazaran özel norm olduğu gerekçesiyle evleviyetle uygulanabileceği ifade edilebilir.

İkinci olarak yarışma ilkesinin değerlendirilmesi mümkündür. Buna göre somut olayda her iki sorumluluğa ilişkin şartlar mevcutsa her iki sorumluluk hükümlerine ayrı ayrı müracaat edilebilir.¹²¹² Kanaatimizce özel norm öncelikle uygulanmakla birlikte, adam çalıştıranın sorumluluğunun şartları somut olayda mevcutsa zarar gören üçüncü kişinin bunlardan birine dayanabileceği söylenebilir.

6.5. Bağımlılık İlişkisi Özelinde Değerlendirilmesi

Usta ile çırak arasındaki ilişkinin yoğunluğuna benzer biçimde ve çoğunlukla ondan daha yoğun bir şekilde ebeveyn, çocuk üzerinde denetim ve gözetim imkânlarına sahiptir. Hem zaman hem mekân itibarıyla ebeveyn çocuğunun fiillerini belirleyebilmekte, onun fiillerine daha fazla müdahale etme imkânı bulmaktadır. Çocuk da ebeveyninin sözlerini dinleyerek ve onlara itaat ederek bağımlılık unsurunu kendi açısından sağlamaktadır. Böyle bir ilişkide bağımlılığın yoğun olduğu ifade edilebilir.

6.6. Örnek Olaylar

Ğanim el-Bağdâdî *Mecma'u'd-damânât* kassârın çocuğunun dahil olduğu örnek bir olayı şu şekilde aktarmaktadır:

¹²¹² Ayrıca bkz. İbiş, *Ev Başkanı*, s. 142-144.

Eğer kassâr (çamaşırcı) elbiseyle ilgili işini bitirdikten sonra onu küçük oğluna (çocuğuna) elbisenin sahibine götürmek üzere verir de yolda elbise korunması (kaçınılması) mümkün olmayan (mücbir sebep) bir nedenden dolayı helak olursa tazmin sorumluluğu doğmaz ancak kaçınılabılır bir nedenden dolayı helak olursa tazmin sorumluluğu doğar. Eğer elbise, kassârın çırağının veya işçisinin vurmasından dolayı yırtılırsa, -vurmalarının mu'tâd vurma olması kaydıyla- onlar (çırak/işçi) üzerine tazmin yükümlülüğü yoktur bilakis tazmin yükümlülüğü ustaya aittir. Eğer çırağın/işçinin vurması gayri mu'tâd bir vurma ise her ikisinin (çırak/işçi) de tazmin yükümlülüğü vardır. Kassârın çocuğu bu hüküm bakımından genel itibariyle tıpkı kassârın çırağı gibidir.¹²¹³

Bu örnekte kassâr, elbiseyle ilgili işini bitirdikten sonra elbisenin sahibine teslimi için çocuğunu çalıştırmaktadır. Burada adam çalıştırma ilişkisinin dayanağı ebeveyn-çocuk ilişkisi görünümdeki çıraklık akdidir. Örnekte taşıma işi gerçekleşirken kaçınılması mümkün olmayan bir nedenden dolayı elbise helak olursa tazmin yükümlülüğünün doğmayacağı belirtilmektedir. Bu husus illiyet bağını kesen sebeplerden mücbir sebeple ilgilidir. Burada genel şartlarından illiyet bağı bulunmadığı için adam çalıştırmanın sorumluluğu doğmaz. Mücbir sebep seviyesine ulaşmayan yani kaçınılabılır bir nedenden dolayı elbise helak olursa tazmin yükümlülüğü adam çalıştırıcı olarak kassâr üzerinde olur.

Bu örneğin devamında “Kassârın çocuğu bu hüküm bakımından genel itibariyle tıpkı kassârın çırağı gibidir.” denilmek suretiyle çocuğa ilişkin hükümler ile çırak/usta arasındaki ilişkiye dair hükümler arasında benzetme (kıyas) yapılmaktadır. Burada işçi/çırağın elbiseye vurmaları yani işlerini görmeleri esnasında mutat (olağan) şekilde vurma fiilini gerçekleştirmeleri ile gayri mutat (olağan dışı) şekilde bunu yapmaları arasında bir ayırım yapılmaktadır. Eğer işçi/çırak, mutat şekilde elbiseye vururken elbise yırtılırsa, bunun tazmin sorumluluğu adam çalıştırıcıya aittir. Ancak işçi/çırak, gayri mutat şekilde elbiseye vururken elbise yırtılacak olursa, bunun tazmin yükümlülüğü çalışana ait olacaktır. Burada işin icrasının olağan veya olağan dışı olarak nitelendirilmesinin önemi verilen iş ile zarar arasındaki illiyet bağının tespitinde görülür. İşçinin/çırağın kendisine verilen işi olağan yöntemlerle görmesi ile olağan dışı yöntemlere başvurmasının sonuçları farklıdır. Çalışan olağan yöntemleri kullanmakla kendisine işi görmesi için çizilen sınırlar içerisinde kalmış olur. Aksi ihtimalde çalışanın olağan dışı yöntemlerle işi görmesi fonksiyonel bağı ortadan kaldırır. Böyle bir durumda da sorumluluk çalışan üzerinde kalır.

¹²¹³ Bağdâdî, *Mecmaü'd-damânât*, s. 139.

Türk hukukunda düzenlenen ev başkanının sorumluluğu Yargıtay kararlarıyla somutlaştırılabilir. Yargıtay 4. HD tarafından verilen bir karar şu şekildedir: “Çocuğunu amcasının yanına gönderen bir babanın, çocuğun yaşı itibarıyla yersiz bir harekette bulunması ihtimali göz önünde tutularak evin taşınması sırasında taşıyamayacağı bir şeyi yüklenmemesi hakkında bir talimat vermemiş olması, MK. nun 320.nci maddesi [TMK 369.ncu maddesi] hükmünce halin gerektirdiği dikkatle çocuğa nezaret” etmediğini göstermektedir.¹²¹⁴ Buradan çocuğun yaşı, fiziksel durumu gibi hususları en iyi bileceği de varsayılan ebeveyninin, çocuğun kapasitesine göre taşıyabileceği eşyaları bilmesi ve buna göre gerekli önlemleri alması gerektiği çıkarılabilmektedir. Eğer ebeveyn bu hususta gerekli özeni göstermemişse çalıştırdığı çocuğun verdiği zarardan çalıştıran kişi olarak sorumluluğuna gidilebilir.

Başka bir Yargıtay kararı şöyledir:

*Dava dilekçesindeki sözlerden davanın olay tarihinde 18 yaşını bitirmemiş olan ve olaya neden olan Zekeriya'nın babası Süleyman'a yönelttiği ve adı edilenin Borçlar Kanununun 55. Ve MK. nun 320. Maddeleri uyarınca zarardan sorumlu olduğu hukuki sebeplerine dayandığı anlaşılmaktadır. Toplanan delillere göre ormandan tomruk istihlali kooperatifinin üyesi olan davalı Süleyman'ın bu işte kendisine yardımcı olması için oğlu Zekeriya'yı kendi nezaretinde çalıştırdığı ve zarar doğuran olayın Zekeriya'nın tomruk yuvarlanmasına sebebiyet vermesinden ileri geldiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca onun nezaretinde ve talimatı dairesinde çalışma koşulu nedeniyle davalı Süleyman ile oğlu Zekeriya arasındaki ilişkide Borçlar Kanununun 55. maddesindeki koşulların gerçekleştiğinin ve davalının bu madde hükmü uyarınca sorumlu olacağının kabulü gerekir.*¹²¹⁵

Yargıtay kararında da görüldüğü üzere ev başkanı sıfatı ile adam çalıştıran sıfatının aynı kişide toplanması mümkündür.¹²¹⁶ Ev başkanının sorumluluğunda ev başkanı, çalışan çocuğun üçüncü kişilere hukuka aykırı fiille verdiği zarar dolayısıyla sorumludur.¹²¹⁷ Burada farklı sebeplerden doğan sorumluluklar bir araya geldiğinden bunlar arasında davacı lehine yarışma (*telâhuk*) söz konusudur.¹²¹⁸ Böyle bir durumda zarar gören kişi her ikisine aynı anda müracaat edebileceği gibi, her ikisini ayrı ayrı olarak da dava edebilir.¹²¹⁹

¹²¹⁴ Yarg. 4. HD'nin 9.1.1957 tarih ve 4542/111 sayılı kararı; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 628.

¹²¹⁵ Yarg. 4. HD. 16.6.1986 T. 4100 E. 4720; Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1434.

¹²¹⁶ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 577.

¹²¹⁷ Bkz. Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 503.

¹²¹⁸ Ünal, *Aile Başkanının Sorumluluğu*, s. 140-141.

¹²¹⁹ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 578.

Yargıtay kararlarından birinde, ev başkanının sorumluluğunun objektif özen yükümlülüğüne dayalı bir sorumluluk olması ve kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulmanın mümkün olmaması açılarından adam çalıştırmanın sorumluluğuyla benzerlik taşımakla birlikte, ev başkanının sorumluluğundaki özen yükümlülüğünün adam çalıştırmanın sorumluluğundakine kıyasla daha kapsamlı olduğu belirtilmektedir:

...Diğer taraftan, çocukların beklenmedik davranışlarda bulunma ihtimallerinin fazlalığı, özellikle TBK'nun 66.maddesinde düzenlenen adam çalıştırana nazaran, çocukların gözetim ve denetiminin daha geniş kapsamlı olması ve bütün eylem ve davranışları kapsamaması, daha genel bir ifade ile, ortaya çıkan gözetim güçlüğü, sorumluluğun belirtilmesinde gözardı edilemeyecek olan olgulardır.¹²²⁰

Yargıtay kararlarından birinde babanın çocuğuna ağaçların zarar görmemesi için ağaçların zehirlenmesi işini yaptırdığından hareket edilerek babanın adam çalıştırma sıfatıyla sorumluluğuna hükmedilmiştir:

Davacılar, davalıların köy merasına attıkları zehir sonucu hayvanlarının öldüğünü, bu nedenle 188.000 lira olan zararlarının davalılardan tahsilini istemişlerdir... Davaya konu olan olay, davalı Ökkeş'e ait taşınmazda yeni yetiştirilmek üzere olan antep fıstığı fidanlarının, hayvanlardan zarar görmesini önlemek için, taşınmazın içine oğlu olan davalı Kerim tarafından zehir atılmasından kaynaklanmıştır; işte davacıların hayvanları bu taşınmaz içinde ve civarında otlaması sırasında zehirlenerek ölmüştür... 1- Mahkeme, önüne getirilen uyuşmazlıkta, sağlıklı bir sonuca varmak için somut olayla birlikte, buna uygulanacak soyut hukuk kuralını da iyi belirlemek zorundadır. Davalılardan Ökkeş üzerinde yeni aşılanmış antep fıstıklarının bulunduğu taşınmazın malikidir. Davalılardan Kerim ise, davalı Ökkeş'in reşit olan oğludur; olay sırasında babasına ait taşınmazı korumak için taşınmaza zehir atanda odur. Davalı Hanife, davalı Ökkeş'in karısı ve Kerim'in annesidir... Haksız fiil sorumlusu (BK. 41) Kerim, kendisine ait olmayan, ancak babasına ait bir işin görülmesi (bahçeyi korumak, vb.) sırasında bu zararlı sonucun meydana gelmesine neden olmuştur. O halde, davalı Ökkeş'in adam çalıştırma kişi olarak sorumluluğu söz konusudur; bilindiği gibi BK. nun 55. maddesinde düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu kusura (kendisinin veya çalıştırdığı adamın) dayanmamaktadır. Davalı Kerim'in, babasının yanında ücretle çalışıp çalışmaması ve aralarındaki irs bağı, adam çalıştırma ilişkisine etkili değildir; olayda davalı Kerim'e verilen işle, zararın ortaya çıkması arasında işlev bakımından - amaç bakımından sıkı ilişki gerçekleşmiştir. Bu nedenle davalı Ökkeş'in sorumluluğu BK. nun 55. maddesinden kaynaklanır; mahkeme kararının gerekçesinde, sorumluluğun kaynağı olarak gösterilen MK. nun 656 ve 661. maddesinin, somut olaya uygunluğu açısından, uzaktan yakından bir ilişkisi bulunmamaktadır. Her şeyden evvel taraflar arasında taşınmazlar yönünden bir komşuluk ilişkisi söz konusu değildir.¹²²¹

¹²²⁰ Yarg. 3. HD., E. 2012/23712 K. 2013/1599 T. 05.02.2013.

¹²²¹ Yarg. 4. HD., E. 1984/9973 K. 1985/2112 T. 13.03.1985.

7. Bağımlılık İlişkisinin Kamu Hukukundan Kaynaklandığı Hâller

7.1. Genel Olarak

Emri veren emri vasıtasıyla emri verdiği kişiye bir iş gördürdüğü için, emri yerine getiren kişinin emri yerine getirirken üçüncü bir kişiye karşı verdiği zarardan dolayı emri verenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Burada âmir-me'mûr ilişkisi özelinde adam çalıştırma ilişkisinin varlığından bahsedilir.¹²²² Âmir-me'mûr ilişkisi, özel hukuk kaynaklı olabileceği gibi, kamu hukuku kaynaklı da olabilir. Özel hukuk kaynaklı olan âmir-me'mûr ilişkisi için icâre akdi başlığı altındaki açıklamalara müracaat edilmesi gerekmektedir.¹²²³ Bu başlık altında daha ziyade kamu hukuku görünümündeki adam çalıştırma ilişkisi bulunan bazı hâller üzerinde durulacaktır.¹²²⁴ Ancak bu hâllerden önce, taraflardan birinin idare (kamu tüzel kişiliği) olduğu bir sorumluluk ilişkisini daha iyi anlamlandırabilmek için idarenin sorumluluğunun kapsamına kısaca değinilmeli ve sonrasında idarenin adam çalıştıran olarak sorumluluğunun çerçevesi ele alınmalıdır.

İdarenin sorumluluğu kavramı, hem idarî sorumluluğu hem de idarenin hukukî sorumluluğunu kapsar.¹²²⁵ İdarenin her iki türdeki sorumluluğu bakımından ortak amaç, idarenin başkalarına verdiği zararın tazminidir.¹²²⁶ Ancak idarenin bu iki tür sorumluluğu birbirinden açık biçimde ayırt edilmelidir çünkü idarenin idarî sorumluluğu idare hukuku kurallarına, idarenin hukukî sorumluluğu ise borçlar hukuku kurallarına tâbidir.¹²²⁷ Bağımlılık ilişkisinin kamu hukukundan kaynaklandığı hâller ele alınırken, idarenin borçlar hukuku kurallarına göre sorumlu tutulduğu ve adli yargı mercilerinde yargılandığı idarenin hukukî sorumluluğu esas alınmaktadır.¹²²⁸

¹²²² “İslâm hukukunda, istihdam ilişkisinden doğan sorumluluk amir memur yani emreden ve emredilen işi yerine getiren ilişkisinden doğan sorumluluk çerçevesinde ele alınmıştır.” şeklindeki ifadeye katılmamaktayız. İstihdam ilişkisi yalnızca amir-memur arasında vuku bulmamakta bilakis bu hâl, adam çalıştırma ilişkisinin doğduğu hâllerden birini teşkil etmektedir. Bkz. Ünal, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, s. 232.

¹²²³ İcâre akdindeki örnek olayların sonunda bu hâle değinilmiştir. Bkz. III. Bölüm, 4.2.3.

¹²²⁴ TBK hükümlerinin idareye de uygulanabilmesi açısından TBK m. 55/II önemli bir düzenleme getirmektedir. İlgili hüküm şöyledir: “*Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.*”

¹²²⁵ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 942.

¹²²⁶ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 942.

¹²²⁷ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 942.

¹²²⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 942; Ayrıca bkz. Kemal Tahir Gürsoy, “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukukî Sorumluluğunun Ana Hatları”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980, s. 91.

“Adam çalıştırmanın kavramsal çerçevesi” kısmında adam çalıştırmanın, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin yanı sıra, özel hukuka tâbi olarak bir kimseyi çalıştırmaları kaydıyla kamu tüzel kişilerinin de olabileceği ifade edilmişti.¹²²⁹ Devletin çalıştırdığı kişilerin fiillerinden sorumlulukları özelinde yapılacak bir değerlendirmede öncelikle tespit edilmesi gereken husus, memur ve çalışanların meydana getirdikleri zararın kamu tüzel kişinin hâkimiyet hakkının icrasından mı yoksa özel hukuk kapsamında yer alan bir faaliyetinden mi kaynaklandığıdır.¹²³⁰ Devletin kamu hukuku sahasına giren tasarruflarında hâkimiyet hakkının icrası söz konusuysen, özel hukuk sahasına giren tasarruflarında ise devlet diğer özel hukuk kişileriyle aynı düzlemde değildir.¹²³¹ Özet olarak bir memur, devletin hâkimiyet hakkını kullanmadığı bir alanda, eş deyişle özel hukuk alanında bir faaliyet görülürken bir başkasına zarar verirse, meydana gelen bu zarardan devletin özel hukuk kuralları uyarınca sorumluluğu söz konusudur.¹²³² Buradan hareketle devlet ve diğer kamu hukuku tüzel kişileri, adam çalıştırarak adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu tutulabilmektedir.¹²³³

Kamu tüzel kişisi olarak idare, çalıştırdığı kamu personelinin çalıştırma konumundadır.¹²³⁴ İdarenin adam çalıştırarak sorumluğunda çalışan, Devlet Memurları Kanunu (DMK) m. 4/I’de sınırlı sayıda sayılan; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçilerden biri olabilir.¹²³⁵ İdareyle memur arasında bir hizmet sözleşmesi olması gerekmez¹²³⁶ çünkü zaten idarenin çalıştırdığı memur üzerinde otorite, gözetim ve denetim imkânları bulunmaktadır.¹²³⁷ Bu imkânlar hakkında gerekli özeni göstermeyen idarenin, çalıştırdığı kişiden sağladığı menfaat karşılığında adam

¹²²⁹ Bkz. II. Bölüm, 2.

¹²³⁰ Reisoğlu, *İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti*, s. 66; Türk hukuk doktrinde hâkimiyet alanında olsa dahi devletin sorumluluğuna gidilebileceğini savunan azınlık bir görüş de bulunmaktadır. Bkz. Berki, “İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti”, s. 64; Meltem Ertuğrul, “İdarenin Adam Çalıştırarak Borçlar Kanunu’na Göre Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2017, s. 111.

¹²³¹ Reisoğlu, *İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti*, s. 67.

¹²³² Reisoğlu, *İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti*, s. 67; Erdoğan, “Şartlar”, s. 66-67.

¹²³³ Reisoğlu, *İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti*, s. 68; Berki, “İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti”, s. 60; Ayrıca bkz. Ertuğrul, “İdarenin Adam Çalıştırarak Sorumluluğu”, s. 112; Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 70; Aksi yöndeki görüşlere örnek olarak bkz. Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 504; Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 139; Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 117.

¹²³⁴ Ertuğrul, “İdarenin Adam Çalıştırarak Sorumluluğu”, s. 169.

¹²³⁵ Ertuğrul, “İdarenin Adam Çalıştırarak Sorumluluğu”, s. 170.

¹²³⁶ Detaylı bilgi için çalıştırma ilişkisine dair yapılan açıklamalara bkz. II. Bölüm, 2.4.

¹²³⁷ Ertuğrul, “İdarenin Adam Çalıştırarak Sorumluluğu”, s. 112.

çalıştıran olarak sorumluluğuna gidilebilmelidir.¹²³⁸ Adam çalıştırma ilişkisinde ücret zorunlu bir unsur olmasa da kamu görevlileri ücret karşılığı çalışan kişilerden oluşur.¹²³⁹

Bağımlılık ilişkisinin kamu hukukundan kaynaklandığı bu hâllerde, adam çalıştıranın sorumluluğunun doğması için aranan genel ve özel şartlar da varsa sorumluluk doğar.¹²⁴⁰ Buna göre kusur hariç haksız fiilin unsurlarının yanı sıra, zarar veren fiil ile kamu görevlisinin yerine getirdiği faaliyet arasında fonksiyonel bağın bulunması, adam çalıştıran idarenin sorumluluğun doğmasını engellemek için gerekli kanıtları sunamaması özel şartları aranır.¹²⁴¹ İdarenin adam çalıştıranın olarak sorumluluğuyla ilgili yapılan monografik bir çalışmada özel şartlarda bağımlılık unsurunun ayrıca zikredilmemiş olması, âmir-me'mûr ilişkisinin tabiatında bağımlılık ilişkisinin bulunması nedeniyle olabilir. Bunlara ek olarak adam çalıştıran olarak sorumlu tutulabildiği hâllerde idare, kusuru bulunan çalışanına rücu edebilir.¹²⁴² Bu başlık altında kamu görevlilerinin (şurta, muhtesip, kâdî/hâkim, hekim gibi) fiillerinden devletin sorumluluğu ve modern dönemde ortaya çıkan bazı hâller üzerinde durulacaktır.

7.2. Kamu Görevlilerinin Fiillerinden Devletin Sorumluluğu

7.2.1. Genel Olarak

İslâm hukukunun tatbik edildiği klasik dönemlerden beri karşılaşılan çeşitli kamu görevlisi grupları vardır. İlk dönemlerden itibaren bu gruplar toplumsal hayatta önemli roller üstlenmişlerdir. Örneğin polis teşkilatının o günkü karşılığı şurta teşkilatıydı. Şurta, “şehirlerde emniyet ve asayişin sağlanması, düzenin korunması, suçluların takibi ve yakalanması görevlerini yürüten emniyet güçlerini” ifade eder.¹²⁴³ Polisin günümüzdeki adlî ve idarî kolluk vazifesi icra etmesi gibi, şurta da idarî-sosyal ve yargısal olarak iki

¹²³⁸ Ertuğrul, “İdarenin Adam Çalıştıran Olarak Sorumluluğu”, s. 114.

¹²³⁹ Ertuğrul, “İdarenin Adam Çalıştıran Olarak Sorumluluğu”, s. 172.

¹²⁴⁰ Bkz. II. Bölüm, 3.

¹²⁴¹ Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Ertuğrul, “İdarenin Adam Çalıştıran Olarak Sorumluluğu”, s. 169-196.

¹²⁴² Anayasa m. 129/V hükmü şöyledir: “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”; İdarenin çalışanına rücu etme imkânını kullanmasında takdir yetkisinin bulunmadığı hakkında bkz. Ertuğrul, “İdarenin Adam Çalıştıran Olarak Sorumluluğu”, s. 295.

¹²⁴³ Metin Yılmaz, “Şurta”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2010, XXXIX, 242.

farklı işlevi üstlenmekteydi.¹²⁴⁴ Şurtanın adlî kolluk ile başlayan yargıya katkısı, sınırlı davalarda karar verme mercii olmaya kadar yükselmişti.¹²⁴⁵

Şurtanın hem idarî-sosyal hem yargısal rolü dikkate alındığında, onun fiilleri sonucu üçüncü bir kişi zarar görürse acaba şurtayı istihdam eden olarak devlet sorumlu tutulabilecek midir? Örneğin 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'un 105. maddesinde kamu görevlilerinin bir kişinin evine kanuna ve usullere aykırı olarak girmesi düzenlenmektedir.¹²⁴⁶ Bu durum bir suç olduğu gibi, aynı zamanda haksız fiil yönüyle kamu görevlisinin fiilinden devletin sorumluluğunu gündeme getirebilir.

Klasik İslâm hukuku eserleri değerlendirildiğinde burada yine ecîrin teaddîsi belirleyicidir. Buna göre ecîrin teaddîsi varsa sorumluluk kamu personelinin üzerinde kalır. Türk hukukunda ise kamu görevlilerinin şahsî kusurlarıyla dahi meydana gelen zararlarda sorumluluk önce devlet üzerinde doğar, daha sonra devletin şahsî kusuru bulunan kamu görevlisine rücu etmesi gündeme gelir. Kamu görevlisinin fiillerinden sorumlulukta İslâm hukuku ve Türk hukukunda ortak değerlendirmeye konu olabilecek meslek gruplarından hekimlik ve hâkimlik (kâdî) burada örnek olarak ele alınacaktır.

7.2.2. Hekimlerin Fiillerinden Devletin Sorumluluğu

Hekimlerin tıbbî müdahale esnasında üçüncü kişiye bir zarar vermesi ihtimal dahilindedir. Kavram olarak tıbbî müdahale, “tıpta yetkili ve uzman bir kişinin yani doktorun tedavi amacıyla gerçekleştirdiği her türlü faaliyet”tir.¹²⁴⁷ Tıbbî müdahaleden doğan hukukî sorumluluk da tıbbî müdahalenin icrası esnasında başka bir kişide meydana gelen zararın tazminiyle yükümlü tutulmaktadır.¹²⁴⁸

Hekimlerin tıbbî müdahalelerinden doğan sorumluluk, klasik dönem İslâm hukuku eserlerinin kısas ve diyet bölümlerinde ele alınmıştır. İslâm hukukunun modern doktrinindeki bir çalışmada insana yönelik saldırıların “el-Cinâyât” terimiyle ifade edildiği, bu fiillerin de kendi içerisinde cana, organlara ve cenine yönelik olmak üzere üçe ayrıldığı belirtilmiştir.¹²⁴⁹ Şahsa yönelik haksız fiilleri teşkil eden bu hâller, bir ceza

¹²⁴⁴ Yılmaz, “Şurta”, XXXIX, 243.

¹²⁴⁵ Yılmaz, “Şurta”, XXXIX, 243.

¹²⁴⁶ Bkz. Mustafa Şentop, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku*, İstanbul: y.y., 2004, s. 51.

¹²⁴⁷ Ekşi, *İslam Tıp Hukuku*, s. 38.

¹²⁴⁸ Şuradan uyarlanarak alınmıştır: Abdullah b. Salim Gamidi, *Mes'uliyetü't-tabîbi'l-miheniyye dirase ta'siliyye mukarene beyne's-şeriatî'l-İslâmiyye ve'l-kavanini'l-muasıra*, Cidde: Dârü'l-Endelüs el-Hadra, 2000, s. 179.

¹²⁴⁹ Kaya, “İslâm Hukukunda Cismani Zararların Tazmini”, s. 34.

hukuku meselesi olarak görülür. Çalışma konumuzun malvarlığına yönelik haksız fiillere hasredilmesi nedeniyle buradaki konunun ilk etapta çalışmanın kapsamı dışında kaldığı ifade edilebilir. Ancak hekimin tıbbî müdahalesi sonucu zarar görenin yaralanması veya ölmesi hâlinde buradan doğan çeşitli maddî zarar kalemlerinin¹²⁵⁰ varlığı sebebiyle maddî tazminatın gündeme geleceği ve sonuç itibarıyla malvarlığına ilişkin bir zarardan söz edileceği söylenebilir.¹²⁵¹ Özetle zarar görenin kişisel varlıklarına yönelik bir saldırı, onun malvarlığına yansiyarak malvarlığında bir azalma meydana getirebilir.¹²⁵² Bu nedenle bu başlık, şahsa yönelik bir haksız fiilin malvarlığına yönelik zararlara neden olabileceğini de somutlaştırmaktadır. Tüm bunlara dayalı olarak burada hekimin tıbbî müdahalesinden doğan hukukî sorumluluğa belli bir ölçüde yer verilmektedir.

Genel olarak hekimlerin hukukî sorumluluğu konusu adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında birkaç farklı ihtimalde gündeme gelebilir. Bunlardan ilki, hekimin bizzat kendisinin adam çalıştırmasıdır. Bu durumda hekimin kendisi adam çalıştırıcı sıfatıyla sorumlu tutulur.¹²⁵³ İhtimallerden diğeri, hastanenin hekimi çalıştırması nedeniyle hastanenin adam çalıştırıcı sıfatıyla sorumlu tutulmasıdır.¹²⁵⁴ Bu ihtimal içerisinde hastanenin özel hukuk tüzel kişisi mi yoksa kamu hukuku tüzel kişisi mi olduğu belirlenmelidir. Eğer adam çalıştırıcı sıfatı özel hukuk tüzel kişisine aitse bu durum için icâre akdi başlığındaki açıklamalara müracaat edilmelidir.¹²⁵⁵ Nitekim İslâm hukukunda hekimlerin sorumluluğu, icâre akdinin genel hükümlerine tâbidir.¹²⁵⁶ Bu başlık altında ise adam çalıştırıcı sıfatının bir kamu hukuku tüzel kişisine ait olması ihtimaline yer verilmektedir.

¹²⁵⁰ Detaylı bilgi için bkz. IV. Bölüm, 1.3.2.

¹²⁵¹ Aynı yöndeki değerlendirme şöyledir: "...fıkıhta akitten kaynaklanmayan haksız fiil sorumluluğu, genel olarak mala yönelik haksız fiilleri ve bedene yönelik olup mali sonuç doğuran haksız fiilleri kapsamaktadır." Bkz. Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 44.

¹²⁵² Necip Kocayusufpaşaoğlu, "Kişilik Haklarını Koruyan Mânevi Tazminat Dâvasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. 24, BK. 49)", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980, s. 144.

¹²⁵³ Seza Reisoğlu, "Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu", *Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983, s. 15; Ayrıca bkz. Çetin Aşçıoğlu, *Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, Ankara: y.y., 1993, s. 105.

¹²⁵⁴ Aşçıoğlu, *El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, s. 114.

¹²⁵⁵ Bkz. III. Bölüm, 4.

¹²⁵⁶ Ali Kaya, "İslâm Hukukuna Göre Hekimin Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu", *İslâmî Araştırmalar* XVII/4 (2004), 301.

Hekim, gerekli çabayı sarf etmezse sebep olduğu neticeden sorumlu olur ki bu, fukahânın “fâhiş hata” olarak isimlendirdikleri husustur.¹²⁵⁷ Bu durum teaddî olarak nitelendirilebilir.¹²⁵⁸ Bu bağlamda hekimin teaddîsi bulunmadıkça tazmin yükümlülüğünün olmayacağı belirtilmektedir.¹²⁵⁹ Hekimin teaddîsinin bulunmadığı durumlarda, hekimin fiili sonucu meydana gelen zarardan hekimi çalıştıran hastanenin sorumluluğu, adam çalıştıranın sorumluluğu olarak görülebilir. Hastane, hekimi çalıştırarak hekimden menfaat elde ettiği için menfaat-zarar dengesi gereğince çalıştırdığı kişinin fiilinden doğan sorumluluğu da üstlenmelidir.

Hastanenin, hekimin fiilinden sorumluluğu için bu ikisi arasında bir adam çalıştırma ilişkisinin varlığı ve meydana gelen zararın doktorun hastane menfaatine çalışırken meydana gelmesi gerekir.¹²⁶⁰ Bu bağlamda, hastanede yatan hastanın tıbbî yardım ve danışma amacıyla hastane dışarısından çağırdığı hekimin müdahalesi sonucu zarar meydana gelirse hastane ve hekim arasında bir adam çalıştırma ilişkisi olmadığı için hastanenin sorumluluğu doğmaz. Bunun aksine olarak dışarıdan çağrılan hekimi hastane çağırmışsa hastanenin sorumluluğu doğar.

Hastanenin adam çalıştıran olarak sorumluluğunda illiyet bağı kesilmemelidir. Bu hâle özgü bir mücbir sebep olarak görülebilecek durum, zararın hastanın bünyesinin ve hastalığının doğal ve kaçınılmaz sonucu olarak meydana gelmesidir.¹²⁶¹

Belirli koşullar hekimin tazmin yükümlülüğüne mâni olabilmektedir. Bunlar içerisinde, öncelikle hekim vasfını haiz olmak, yani bir tıp eğitiminden geçerek ve alanında uzman hocalardan ders alarak bugünkü hâliyle tıp fakültesinden diplomayla mezun olmak yer alır.¹²⁶² Diğer koşul, tıbbî müdahalenin tıp mesleğinin yer ve zamanın gerekliliklerine uygun bir biçimde gerçekleştirilmesidir.¹²⁶³

Hekimlik bilgisinden yoksun kimse yani tıp ilminde cahil olarak nitelendirilen kişi, gerçekleştirdiği tıbbî müdahale sonucunda meydana gelebilecek zararlardan

¹²⁵⁷ Hasan Şemsi Başa ve Muhammed Ali Bâr, *el-Mes'ûliyyetü't-tabîb beyne'l-fikh ve'l-kanun*, Dimaşk: Dar'ül-Kalem, 2008, s. 57.

¹²⁵⁸ Konu özelinde teaddî şartıyla ilgili açıklamalar için ayrıca bkz. Kays b. Muhammed Âlû's-Şeyh Mübârek, *el-Mes'ûliyyetü't-tıbbiyye*, Dimaşk: Darü'l-İman, 2013, s. 272-74.

¹²⁵⁹ Mübârek, *el-Mes'ûliyyetü't-tıbbiyye*, s. 274.

¹²⁶⁰ Aşçıoğlu, *Doktorların Sorumluluğu*, s. 105.

¹²⁶¹ Aşçıoğlu, *Doktorların Sorumluluğu*, s. 106.

¹²⁶² Başa ve Bâr, *el-Mes'ûliyyetü't-tabîb*, s. 45.

¹²⁶³ Başa ve Bâr, *el-Mes'ûliyyetü't-tabîb*, s. 48-53.

sorumludur.¹²⁶⁴ Buradaki cahillik tıp ilminin belirli bir alanında da vuku bulabilir ve burada da hüküm aynıdır. Yine benzer biçimde, tıp mesleğinin uzmanlar nezdinde tayin edilen ölçü ve sınırları aşılarak meydana gelen zararlardan da hekim sorumludur. İslâm hukukunun modern doktrininde bu durum “fâhiş hata” olarak isimlendirilir.¹²⁶⁵ Bu gibi hâllerde hekimin şahsî kusuru adam çalıştırmanın sorumluluğuna gidilmesine engeldir. Çünkü hekimlik bilgisi, tıpkı tüm mesleklerde sahip olunması beklenen meslekî bilgi gibidir. Meslekî bilgide eksiklik de kişinin fiilindeki ihmalinin ağır olduğuna işaret eder. Bunun özel adı ecîrin teaddîsidir. Netice itibarıyla, fonksiyonel bağ bakımından, zararın işin görülmesi nedeniyle değil, bizatihi hekimin kusurundan kaynaklanması karşısında hekimin sorumluluğuna gidilir. Hz. Peygamber (sav)’in yeterli tıp bilgisine sahip olmayan kimsenin tedaviye kalkışıp da zarara yol açması hâlinde bundan sorumlu tutulacağı yönündeki hadisi bu bağlamda zikredilebilir.¹²⁶⁶

Bazı hâllerde hekimliğin gerektirdiği donanımda eksiklik bulunabilir. Örneğin hekimlik bilgisi eksikse fonksiyonel bağ kesilir ve sorumluluk çalışana geçer.¹²⁶⁷ Bu durumda müdahalenin bilgili ve ehil olmayan bir doktor tarafından yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan bir haksız fiilden bahsedilir.¹²⁶⁸ Bu durumda zararı doğrudan doğruya meydana getiren (mübâşir) doktor bizzat kendisi sorumludur. Çünkü hekimlik bilgisinin eksikliği idareyle ilgili bir durum olmayıp idarenin doktoru istihdam etmesindeki menfaatle uyuşmaz ve doktora çizilen iş görme sınırlarını ihlâl eder. Artık doktoru istihdam ederek zararın meydana gelmesine neden olan (mütesebbib) idarenin sorumlu tutulabilmesi için ortada bir fonksiyonel bağ kalmamıştır.¹²⁶⁹

Hukuka uygun bir tıbbî müdahale mutat şekil ve yöntemlerle icra edildiğinde doktor sorumlu olmaz.¹²⁷⁰ Bu durum ecîrin teaddîsinin bulunmadığını gösterir.¹²⁷¹

¹²⁶⁴ Şeyma Akartepe, “Hekim Hatalarının Hanefî Mezhebi Açısından Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi SBE, 2018, s. 62.

¹²⁶⁵ Başa ve Bâr, *el-Mes’ûliyyetü’t-tabîb*, s. 50-54.

¹²⁶⁶ Ebû Davud, *Diyetler*, 23; İbn Mâce, *Tıb*, 16.

¹²⁶⁷ İbnu’l-Kayyim el-Cevziyye, “Zâdu’l-Me’âd fî Hedyi Hayri’l-İbâd”, Beyrût: Muessesetu’r-Risâle, 1994, s. 127 “فَيَجَابِ الضَّمَانُ عَلَى الطَّبِيبِ الْجَاهِلِ”.

¹²⁶⁸ Ekşi, *İslam Tıp Hukuku*, s. 218.

¹²⁶⁹ Bununla birlikte uygulama bakımından hastanenin, doktorun hata ihtimalini göze alarak yetkin olmayan bir doktoru çalıştırabilmesi hâli ileri sürülebilir. Kanaatimizce böyle bir durumda hastanenin sorumluluğuna gidilebilmesi daha uygun bir çözüm yolu olarak görünmektedir. Burada fonksiyonel bağın geniş yorumlanmasına ilişkin görüşlerden yararlanılabilir.

¹²⁷⁰ Meydani, *el-Lübâb*, s. 298.

¹²⁷¹ Fethi Gedikli, “Osmanlı Hukukunda Hekim Sorumluluğu ve XVII. Yüzyılda Ünlü Bir Fıtık Cerrahî”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları* 4 (2007), 18.

Öyleyse fonksiyonel bağ vardır. Bu nedenle zararın mutlaka giderilmesi gerektiği ilkesinden de hareketle sorumluluk, doktoru çalıştırmakla menfaat elde eden adam çalıştırana yüklenir.

Hekimin meslekteki alışlagelmiş tedavi yöntemlerinin dışında bir yöntemi uygulaması, olağan usulleri aşması sonucu bir zarar meydana gelirse bu durumun tespiti için uzman doktorlara (bilirkişilere) başvurulur. Tıbbî bir hata sonucu meydana gelen zararlar hakkında hüküm tesis edilirken de bu bilirkişilere başvurulur.¹²⁷²

7.2.3. Hâkimin Fiillerinden Devletin Sorumluluğu

İslâm hukukunda kâdî, kusuru bulunmaksızın meydana getirdiği zararlardan sorumlu değildir. Meydana gelen zararın giderileceği prensibi uyarınca bu hâllerde zarar beytûlmâlden (hazine) karşılanır.¹²⁷³ Ancak kâdînin kusuru varsa, yani ecîrin teaddîsi hâlinde söz edilebiliyorsa bu durumda sorumluluk bizzat kâdî üzerindedir.¹²⁷⁴ Örneğin hâkim, delilleri yeterince incelemeyen bir kişi hakkında hapis cezasına hükmetmiş ve bu kişi belli bir süre hapiste kaldıktan sonra hâkimin hatası fark edilmiş ve yapılan yeniden inceleme sonucunda bu kişinin suçsuz olduğuna karar verilmiştir. Bu durumda haksız yere hapis yatan kişinin uğradığı zararın tazmini, söz gelimi kişinin hürriyetinden mahrum kaldığı dönemde çalışamaması nedeniyle elde edemediği gelirleri maddî zararı ve duyduğu acı, elem ve ızdırap gibi hisler de manevî zararı oluşturur. Bunlar hatalı hüküm tesis etmesi nedeniyle kusuru bulunan kâdîdan tazmin edilir.

Türk hukukunda devletin hâkimin fiillerinden sorumluluğu HMK'nın 46. maddesinde düzenlenmiştir:

Hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir: a) Kayırma veya taraftutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması. b) Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması. c) Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması. ç) Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanarak hüküm verilmiş olması. d) Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması. e) Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması.

¹²⁷² Akartepe, “Hekim Hataları”, s. 70.

¹²⁷³ Fahrettin Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, İstanbul: MÜ İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2019, s. 133.

¹²⁷⁴ Atar, *İslam Yargılama Hukuku*, s. 133-134.

Burada sayılan hâller bakımından sınırlı sayı prensibi geçerlidir.¹²⁷⁵ Diğer bir ifadeyle, hâkimin hukukî sorumluluğu için yalnızca bu maddede sayılan hâllerden birinin varlığı gereklidir.

Türk hukukunda hâkimin hukukî sorumluluğunu doğuran sebepler İslâm hukuku bakımından da kabul edilerek bu hâller, adam çalıştıranın sorumluluğu konusu özelinde ecîrin teaddîsi kapsamında görülebilir. Bu hâllerden biri varsa hâkimi çalıştıran devlet, ecîrin teaddîsinin fonksiyonel bağı ortadan kaldırması nedeniyle adam çalıştıran olarak sorumlu tutulamaz; tazmin yükümlülüğü hâkimdedir.

Buraya kadar çeşitli kamu görevlilerinin fiillerinden devletin sorumluluğu meselesi üzerinde durulmuştur. Burada incelenen kamu görevlileri sınırlı sayıda değildir; bunlar artırılabilir. Ancak varılacak hüküm ortaktır. Bu bakımdan burada ele alınanlar haricinde örneğin bilirkişilik (ehl-i vukûf), muhtesip gibi farklı kamu görevlileri yukarıda çizilen çerçeve dikkate alınarak değerlendirilebilir.

7.3. Modern Dönemde Ortaya Çıkan Bazı Hâller

Adam çalıştıranın sorumluluğunun genel norm niteliği gereği burada ele alınan hâllerin adam çalıştırmanın özel görünüş biçimleri olduğu dikkatten kaçırılmamalıdır. Bunlar, teknolojik gelişmeler ve çağın gerektirdikleri dikkate alınarak modern hukukta düzenlenmiştir. Burada tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğu ve noterlerin çalıştırdıkları kişilerden sorumluluğu örnek olarak incelenecektir.

7.3.1. Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu

Kamu görevlileri tarafından idarî bir faaliyet kapsamında tutulan tapu sicili, taşınmazlar üzerindeki aynî hakları herkese karşı ileri sürme imkânı sağlar. Tapu sicilinin taşıdığı hukukî ve ekonomik değer gereği tapu sicilindeki kayıtların gerçek hak ve hukukî durumu yansıtır şekilde tutulması önem arz eder.¹²⁷⁶

Konuyla ilgili TMK m. 1007/I hükmü şöyledir: “*Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur.*” Kural olarak idarenin hukukî sorumluluğuna gidilebilmesi için idarenin özel hukuk faaliyeti esnasında bir zararın

¹²⁷⁵ Meryem Taş, *Hakimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 55.

¹²⁷⁶ Cüneyt Pekmez, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013, s. 8-9, 13.

meydana gelmesi gerekirken, tapu sicilinin tutulmasının bir idarî faaliyet olmasına rağmen, bu faaliyetin nitelikleri ve gerekleri göz önüne alınarak sorumluluk, kanun tarafından özel hukuk hükümleri çerçevesinde düzenlenmiştir.¹²⁷⁷

İdarenin buradaki sorumluluğunu adam çalıştırmanın sorumluluğu olarak nitelendirmenin doğru bir yaklaşım olmayacağı da ileri sürülmüştür.¹²⁷⁸ Gerçekten de adam çalıştırmanın sorumluluğu ile tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğu arasında adam çalıştırmanın sorumluluğunda olduğu gibi kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı getirilmemiş¹²⁷⁹ ve tapu siciline dayanan menfaatler ile tapu siciline duyulan güvenin korunması gibi amaçlar dolayısıyla daha katı bir yaklaşım benimsenmiştir.¹²⁸⁰ Bu nedenle tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğu, adam çalıştırmanın sorumluluğuna göre daha ağır koşulları haizdir.

Aksi yöndeki görüşe göre ise devletin tapu sicilinin tutulmasından sorumluluğu, devletin bu işte çalıştırdığı memurların hata yapmaması yönünde özen göstermesi ve denetimde bulunmasına dayanır.¹²⁸¹ Bu görüş, iki müessese arasındaki kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânının farklı olduğunu gözden kaçırdığı için eksik bulunmuştur.¹²⁸²

7.3.2. Noterlerin Çalıştırdıkları Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğu

Özel hukuktan doğan birçok hakkın resmiyet kazandırılarak koruma altına alınmasında noterler önemli bir toplumsal rol icra eder.¹²⁸³ İslâm hukukunda da Bakara sûresinin

¹²⁷⁷ Pekmez, *Tapu Sicili*, s. 15-16.

¹²⁷⁸ Pekmez, *Tapu Sicili*, s. 25-26.

¹²⁷⁹ Selâhattin Sulhi Tekinay ve diğer., *Eşya Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989, s. 458.

¹²⁸⁰ Pekmez, *Tapu Sicili*, s. 20, 25.

¹²⁸¹ İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 197.

¹²⁸² Lâle Sirmen, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1976, s. 33-34.

¹²⁸³ Ömer Ulukapı ve Murat Atalı, *Noterlik Hukuku*, Konya: Mimoza Basım, 1994, s. 3-4.

282.'nci ayetinden¹²⁸⁴ hareketle noterlik uygulamasına önem atfedildiği söylenebilir.¹²⁸⁵ Noterlik işlevini yerine getiren kişiler için klasik İslâm hukuku eserlerinde “kâtib-i adl, kâtibü'l-adl, kâtibü'l-vesâik, müvessik” gibi isimler kullanılmıştır.¹²⁸⁶

1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun “Noterlerin Hukuki Sorumlulukları” başlığını taşıyan 162. maddesi şöyledir: “*Stajyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar. Noter, birinci fıkra gereğince ödediği miktar için, işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajyer veya noterlik personeline rücu edebilir.*” Bu maddenin ilk fıkrası noterlerin hem kendi fiillerinden hem stajyer, kâtip ve kâtip adaylarının fiillerinden sorumluluğunu düzenlemektedir.¹²⁸⁷

Noter ile noter işleminden zarar gören üçüncü kişi arasında herhangi bir hukukî ilişki bulunmadığı için bu ilişkiye kusur unsuru hariç haksız fiil sorumluluğu hükümleri uygulanır.¹²⁸⁸ Noter ile stajyer, kâtip ve kâtip üyeleri arasındaki ilişkinin bir adam çalıştırma ilişkisi olduğu ve adam çalıştıran noterin, çalıştırdığı stajyer, katip ve katip üyelerinin fiillerinden sorumlu tutulmasının özen yükümlülüğüne dayanan bir sebep sorumluluğu olduğu ayrıca ifade edilmektedir.¹²⁸⁹

¹²⁸⁴ “Ey iman edenler! Belirlenmiş bir zamana kadar bir borç ilişkisi kurduğunuzda bunu yazın. Aranızdan bir kâtip bunu adaletle yazsın. Kâtip Allah'ın kendisine öğrettiği gibi yazmaktan geri durmasın. Artık o yazsın, borçlu da yazdırsın; rabbi olan Allah'tan korksun ve borçtan hiçbir şeyi eksik bırakmasın. Eğer borçlu akılcı zayıf veya eksik yahut kendisi yazdıramaz durumda olursa velisi adaletle yazdırsın. Erkeklerinizden iki şahidi de tanık tutun. Şahitler iki erkek olmazlarsa, rıza göstereceğiniz şahitlerden bir erkekle -biri yanılırsa diğerinin ona hatırlatması için- iki de kadın olsunlar. Çağrıldıklarında şahitler gelmezlik etmesinler. Borç küçük olsun büyük olsun vadesini belirterek onu yazmaktan üşenmeyin. Böyle yapmanız Allah katında daha adaletli, şahitlik için daha destekleyici ve şüpheye düşmemeniz için daha uygundur. Borç ilişkisinin, aranızda alıp vererek bitirdiğiniz peşin ticaret olması müstesnadır; onu yazmamanızda sizin için bir sakınca yoktur. Alışveriş yaptığınızda şahit tutun. Kâtip de şahit de zarar görmesin. Eğer bunu yaparsanız şüphesiz bu sizin yoldan çıkmanız demektir. Allah'tan korkun, Allah size öğretiyor, Allah her şeyi hakkıyla bilmektedir.”

¹²⁸⁵ Ulukapı ve Atalı, *Noterlik Hukuku*, s. 9-10.

¹²⁸⁶ Fahrettin Atar, “Noter”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2007, XXXIII, 210.

¹²⁸⁷ Ulukapı ve Atalı, *Noterlik Hukuku*, s. 158.

¹²⁸⁸ Saibe Oktay-Özdemir, “Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları”, *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*, İstanbul: Alkım Yayınevi, 2007, s. 699-701; Ulukapı ve Atalı, *Noterlik Hukuku*, s. 159.

¹²⁸⁹ Ulukapı ve Atalı, *Noterlik Hukuku*, s. 159-160; Bu konuyla ilgili doktrindeki aksi yönde kanaatler ile Yargıtay uygulaması şöyledir: “Bir görüşe göre; sorumlulukta, kendi yaptığı işten sorumluluk, çalışanının yaptığı işten sorumluluk, aynı hukukî rejime tabi kılınmıştır. Yapmaması, hatalı veya eksik yapması haksız fiilin unsurları olan kusur sorumluluğunu, çalışanın yapması hâlinde ise, başkasının fiilinden sorumluluk ise kusursuz sorumluluğun unsurlarını taşımaktadır. Noterin kendisinin kusur sorumluluğu, çalışaninki ise kusursuz sorumluluktur. Diğer bir görüşe göre ise; iki hâlde de düzenlenen sorumluluk kusursuz sorumluluktur. Doktrinde; maddedeki bu düzenlemenin, noterin bizzat kendisinin

Tartışmalı hususlar bir tarafa bırakılırsa, noterlerin hukukî sorumluluğu için mutlaka şu dört şart aranır: “1-Sorumluluğu gerektiren ve zarara yol açan noterlik işlemi bulunmalı, 2-Bu fiil hukuka aykırı olmalı, 3-Zarar olmalı, 4-Bu zarar ile fiil arasında illiyet bağı bulunmalıdır.”¹²⁹⁰ Bu şartlar aynı zamanda adam çalıştırmanın sorumluluğunun genel şartlarıdır.

Noterlik Kanunu’nun 162. maddesinde yer alan özel düzenleme ile borçlar hukukundaki adam çalıştırmanın sorumluluğu düzenlemesinin varlığı doktrinde şöyle yorumlanmıştır: “Stajiyer, kâtip ve kâtip adaylarının ilgililere ve üçüncü kişilere verdikleri zararlardan noterin sorumluluğu Noterlik kanunun 162 nci maddesinin sınırları dahilinde adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine (eBK.m.55) tâbi olacak, buna karşılık, bekçi ve temizlikçi gibi hizmetlilerin verdikleri zararlardan noterin sorumluluğu ise, tamamen adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine tâbi olacaktır.”¹²⁹¹ Bundan sonra Noterlik Kanunu 162. maddesi sınırları dahilinde gerçekleşen adam çalıştırmanın sorumluluğu ile eBK 55. maddesindeki adam çalıştırmanın sorumluluğu kurtuluş kanıtı getirmek açısından ayrılmakta;¹²⁹² Noterlik Kanunu bağlamında böyle bir imkânın tanınmadığı vurgulanmaktadır.¹²⁹³

Noterin yaptığı hizmetin bir adalet hizmeti ve dolayısıyla kamu hizmeti olması nedeniyle adalet hizmetinin sekteye uğramaması adına Noterlik Kanunu’ndaki özel düzenlemede adam çalıştırmanın sorumluluğundaki kurtuluş kanıtı getirme imkânı

yaptığı işlemler açısından kusura dayanan bir sorumluluğu düzenlendiğini, noterlik personeli tarafından yapılan işlemler açısından ise, BK’nın 55. maddesi (TBK m.66) gereğince kusursuz sorumluluk olduğunu, ancak; bu hâlde de noterin çalıştırdığı kişilerin hatalı ya da eksik işlemlerinin bulunmadığını yani onların kusursuz olduğunu ispat ile sorumluluktan kurtulabileceğini savunan görüşlerin yanında, doktrindeki ağırlıklı görüş; maddedeki bu düzenlenmenin, noterlerin hukukî sorumluluğunun ‘kusursuz sorumluluk’ olarak hatta ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk olarak düzenlendiği şeklindedir.” Bkz. Yusuf Memiş, *Noterlerin Hukukî Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 21-22; “Noterlik Kanunu’nun 162. maddesinde kusurdan söz edilmemiştir. Bu sebeple noterlerin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.” Yarg. 3. HD., E. 2016/21902 K. 2017/1295 T. 14.2.2017.

¹²⁹⁰ Memiş, *Noterlerin Hukukî Sorumluluğu*, s. 22.

¹²⁹¹ Ulukapı ve Atalı, *Noterlik Hukuku*, s. 160.

¹²⁹² Memiş, *Noterlerin Hukukî Sorumluluğu*, s. 25.

¹²⁹³ Ulukapı ve Atalı, *Noterlik Hukuku*, s. 160; “Bu sorumluluk adam çalıştırmanın sorumluluğuna benzemez. Zira adam çalıştırmanın sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirme imkânı sağlanmış iken, bu sorumlulukta kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır.” Yarg. 3. HD., E. 2014/4706 K. 2014/12966 T. 02.10.2014.

tanınmamıştır.¹²⁹⁴ Bu yönüyle Noterlik Kanunu sorumluluğu ağırlaştırmaktayken, çalışanın kusurunu aradığı için aynı zamanda sorumluluğu daraltmaktadır.¹²⁹⁵

Noterlik Kanunu'nun 161. maddesinde düzenlenen noterin sorumluluğunun, adam çalıştırmanın sorumluluğunun özel ve ağırlaştırılmış bir görünümü olduğu, Noterlik Kanunu'nun uygulama alanı bulduğu hâllerde adam çalıştırmanın sorumluluğunun uygulanamayacağı fakat şartlarının bulunması kaydıyla bu hâllerde genel hüküm olan adam çalıştırmanın sorumluluğuna gidilebileceği ifade edilebilir.¹²⁹⁶

Sonuç itibarıyla hem tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğunda hem noterlerin çalıştırdıkları kişilerin fiillerinden sorumlulukta görülmektedir ki, buradaki ilişkiler özünde bir tür adam çalıştırmadır. Bu açıdan bu hâllerde adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerinin uygulanması gerekir. Öte yandan burada görülen kamu hizmetinin önemi dikkate alınarak genel norm niteliğindeki adam çalıştırmanın sorumluluğundan ayrılmak gerekmiş, bunun sonucunda bu hâller, özel olarak düzenlenmiştir. Genel olarak bu hâllerdeki sorumluluk, genel norm niteliğindeki adam çalıştırmanın sorumluluğundan, kurtuluş beyyinesi getirilerek sorumluluğun ortadan kaldırılamaması nedeniyle daha ağırdır.

Modern dönemde ortaya çıkan hâller bunlarla sınırlı değildir. Bankanın adam çalıştırarak sorumluluğu,¹²⁹⁷ eczacının adam çalıştırarak sorumluluğu gibi birçok hâlde bu konu gündeme gelebilir. Zamanın ilerlemesiyle birlikte bu türdeki sorumluluğun birçok alanda yürürlük kazanması da mümkündür. Bir kimsenin emeğinden çeşitli ilişkilere dayalı olarak istifade edenler gerekli koşullar da varsa adam çalıştırarak sorumlu tutulabilecektir. Ancak her hâlükârda adam çalıştırarak sorumluluğu tüm bu ve diğer hâllerde bir değerlendirme konusudur.

7.4. Bağımlılık İlişkisi Özelinde Değerlendirilmesi

Taraflardan birinin memur diğer tarafın idare olduğu kamu hukuku kaynaklı bir ilişkide bağımlılık unsuru vardır. Çünkü idarenin çalışan memurlar üzerinde hiyerarşik bir denetimi söz konusudur. Memurlar kendilerine verilen işleri yapmakla yükümlüdürler.

¹²⁹⁴ Memiş, *Noterlerin Hukukî Sorumluluğu*, s. 26.

¹²⁹⁵ Memiş, *Noterlerin Hukukî Sorumluluğu*, s. 39-40.

¹²⁹⁶ Tüm bu ifadelerin detaylı biçimde ele alınması hakkında bkz. Memiş, *Noterlerin Hukukî Sorumluluğu*, s. 34-46.

¹²⁹⁷ Örnek bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 3. HD., E. 2021/3303 K. 2021/6259 T. 09.06.2021.

Ayrıca taraflardan birinin idare olması, yani kişilere göre daha güçlü bir konumda olması bu hiyerarşik gücü daha da artırmaktadır. İdarenin çalışan memurun fiillerini belirlemesi, ona emir ve talimat vermesi, yaptırım gücü gibi hususlar aralarında bağımlılık unsurunun bulunduğu göstergesidir. Diğer taraftan çalışan memur da idarenin emir ve talimatlarına uymak zorundadır.

Tüm bunlara rağmen kamu görevlilerinin bağımlılık derecelerinin kendi içerisinde farklılaşabildiği söylenebilir. Çalışmamızda hekim, hâkim, tapu memurları ve noterler incelenmiştir. Bunlar içerisinde hâkimlerin yargı işlevini yerine getirmeleri nedeniyle diğer görevlilere oranla daha az bağımlı olduğu ifade edilebilir. Netice itibarıyla kamu görevlileri ile devlet arasındaki çalıştırma ilişkisinde bağımlılık unsuru mevcuttur.

7.5. Örnek Olaylar

Osmanlı dönemi İslâm hukukunda kamu görevlilerinin halka yönelik haksız fiilleri genel olarak zulüm kavramıyla karşılanmıştır.¹²⁹⁸ Kamu görevlilerinin zulmü bir suç olarak düzenlenmesinin ötesinde, başka bir açıdan malvarlığında meydana gelen zararın tazmini dikkate alınarak haksız fiil sorumluluğuna da konu olabilir. Örneğin vergi toplamakla görevli kimselerin halktan kendi arzularına göre vergi topladıkları görülmüştür.¹²⁹⁹ Somut bir olayda Ahmet Paşa'nın "yasak olduğu halde devir ve selâmiye adıyla her köyden 100 ve 150'şer kuruş alıp, halkı darp ve cerh edip zulüm yaptığını" reaya ve askerler bildirmiştir.¹³⁰⁰ Benzer biçimde, "zulüm ve hırsızlık yapan din adamları, zorla ev basıp para çalan yeniçeriler, kendi işi için reayayı kullanan, onların tahıllarını akçelerini alan, zorla odun taşıtan müteferrikalar" kamu görevlilerinin haksız fiillerine örnektir.¹³⁰¹

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 22.12.1976 T. ve 3247/11216 K.'da geçen konuyla ilgili karar şöyledir: "...Sosyal Sigortalar Kurumu çalıştırdığı başhekim, doktor, ebe, hemşire ve çalıştırdığı öteki kimselerin hastalara ve tedavi edilenlere karşı bu işlerin yapılması sırasında her türlü davranışlarından Borçlar Yasası'nın 55.maddesi gereğince adam çalıştıran kişi olarak sorumludur."

¹²⁹⁸ Ahmet Mumcu, *Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı*, Ankara: Birey ve Toplum Yayınları, 1985, s. 1.

¹²⁹⁹ Mumcu, *Zulüm Kavramı*, s. 14-15.

¹³⁰⁰ Mumcu, *Zulüm Kavramı*, s. 17-18.

¹³⁰¹ Mumcu, *Zulüm Kavramı*, s. 18.

Danıştay 12. Daire 25.12.1968 T. ve 1968/788 K.'da geçen hekimin fiillerinden sorumlulukla ilgili olay şöyledir:

...Olayın cereyan tarzına göre, ateş ve lokosit miktarına nazaran, acilen müdahaleyi gerektiren bir vak'ada, hastanın nöbetçi tabib tarafından hastahane görevlilerinden birisinin nezareti altında olmaksızın hariciye servisine gönderilmesine ve hariciye servisinde hastanın muayene edilmeyerek uzun süre bekletilip tekrar birliğine geri gönderilmesinde, hastaya ilgi ve ihtimam gösterilmemesinde, gerek personelin seçimi ve gerekse hizmetin tanzimi yönlerinden idarenin bariz hizmet kusuru bulunduğu ve halk sağlığı kamu hizmetlerinin lâıyık ile ifa edilmediği sonucuna varıldığından ve haklarında kanunî takibat yapılan hastahane personelinin beraat etmiş olmaları da idareyi hukukî sorumluluktan kurtarmayacağından zararın tazmini gerekmiştir.

Yargıtay bir kararında hâkimin hukuka aykırı fiili nedeniyle meydana gelen zarardan ilk etapta devletin sorumlu olduğuna karar vermiş ve devlete karşı tazminat davası açılacağına hükmetmiştir:

...Hâkimin hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümler mülga 1086 sayılı HUMK'un 573 vd. maddelerinde düzenlenmiş iken, benzer düzenlemelere 6100 sayılı HMK'nın 46 vd. maddelerinde yer verilmiştir. Her iki kanun arasındaki en belirgin fark, 6100 sayılı Kanunda, Anayasa'nın 129. maddesindeki ilkelere uygun olarak, hâkimin yargılama faaliyetleri esnasında vermiş olduğu zararlardan ilk etapta Devletin sorumluluğu kabul edilerek, bu tür davaların Devlet aleyhine açılması ve ancak belirli koşullarda ilgili hâkime rücu edilmesi esasının benimsenmesidir... Tüm bu açıklamalar ışığında davacının iddiaları değerlendirildiğinde, iddianamede mağdur olarak gösterilen davacı hakkında tutulan fişleme kayıtlarının iddianamede aynen yer alması, içeriğiyle ilgili hiçbir değerlendirme yapılmaksızın ve değer yargısında bulunulmaksızın CMK'nın 141/3. fıkrası uyarınca tazminatı gerektirmektedir. Zira sanıklara isnat edilen suç gözetildiğinde, bu kayıtların iddianamede aynen yer alması gerekmediği gibi, aynen yer almasında kamusal bir yarar da bulunmamaktadır. Yargılama faaliyetlerinden kaynaklanan ve emredici veya yasaklayıcı bir norm bulunmaması nedeniyle, kişisel kusur veya haksız fiil kapsamında değerlendirilemeyecek bu özensiz davranış nedeniyle doğan zararın giderilmesinde, Devletin kusursuz sorumluluğu söz konusu olup, yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda oluşan bu tür zararların tazminat hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde Devlet tarafından karşılanması gerekmektedir... Açıklanan ilkeler çerçevesinde, ispatlandığı takdirde maddi zararı ile yargılama faaliyetleri nedeniyle zedelenen kişilik haklarından dolayı makul bir miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, isabetsiz gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi, Kanuna aykırı olup, davacı vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, ... hükmün BOZULMASINA, ... karar verildi.¹³⁰²

Yargıtay kararlarından birinde tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğun, kusura dayanmayan bir sorumluluk olup sicillerin doğru tutulması görevini üstlenen devlet tarafından üstlenileceği ifade edilmektedir:

¹³⁰² Yarg. 12. CD., E. 2015/13049 K. 2015/17584 T. 11.11.2015.

4721 sayılı TMK'nun sorumluluk kenar başlığını taşıyan 1007. Maddesinde "Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Devlet zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder " hükmü yer almakta olup, burada Devletin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Kusursuz sorumluluk, tapu siciline bağlı çıkarların ve aynı hakların yanlış tescili sonucu değişmesi ya da yitirilmesi ile bu haklardan yoksun kalınması temeline dayanır. Çünkü; sicillerin doğru tutulması görevini üstlenen ve taahhüt eden Devlet, bu gerçeğe aykırı ve dayanaksız kayıtlardan doğan zararları da ödemekle yükümlüdür. Kusurun varlığı ya da yokluğu Devletin sorumluluğu için önem taşımayıp, sadece Devletin memuruna rücuu sırasındaki iç ilişkide önemlidir.¹³⁰³

Yargıtay'ın bir başka kararında, kadastro işlemlerinin de tapu sicili kaydının tutulması işlemlerinin bir parçası olduğu göz önüne alınarak kadastro işlemlerindeki hata sebebiyle uğranılan zarardan devlet kusura dayanmayan biçimde sorumlu tutulmaktadır:

...Burada Devlete yüklenen sorumluluk kusursuz sorumluluktur. Maddede yer alan kusursuz sorumluluk, tapu siciline bağlı çıkarların ve aynı hakların yanlış tescili sonucu değişmesi ya da yitirilmesi ile bu haklardan yoksun kalınması temeline dayanır. Çünkü sicillerin doğru tutulmasını üstlenen ve taahhüt eden Devlet, gerçeğe aykırı ve dayanaksız kayıtlardan doğan zararları da ödemekle yükümlüdür. Dayanaksız ya da hukuksal duruma uymayan kayıtlar düzenlemek, taşınmazın niteliğinde yanlışlıklar yapmak da aynı kapsamdadır.

Bundan başka, tapu işlemleri, kadastro tespiti işlemlerinden başlayarak, birbirini takip eden sıralı işlemler olup, tapu kütüğünün oluşumu aşamasındaki kadastro işlemleri ile tapu işlemleri bir bütün oluşturduğundan, kadastro kayıtlarından kaynaklanan hatalardan da TMK'nın 1007. maddesi anlamında Devlet sorumludur. Zira, kesinleşen kadastro işlemi sonrasında, bu işlem esas alınarak tapu sicili oluşturulmaktadır. Bu itibarla, tapu sicili kavramı geniş anlamda kadastro işlemlerini de kapsamaktadır.

Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; sınırlarının zeminde sabit olduğu anlaşılan davacılara ait parselin yüzölçümünün kadastro sırasında fazla miktarda olarak tespit edilip, bu haliyle tapuya tescil edilmesi ve sonrasında bu hatalı işlemin düzeltilmesi ile davacının tapulu parselinin yüzölçümünün, parseli satın aldığı tarihe göre azaldığı anlaşılmaktadır. Şu hale göre, davacının zararının oluştuğu ve bu zararın tazminini TMK'nın 1007. maddesi uyarınca Devletten isteyebileceklerinin kabulü gerekir. Zira, az yukarıda da belirtildiği gibi tapu sicili kavramı geniş anlamda kadastro işlemlerini de kapsamaktadır. (HGK'nın 18.11.2009 gün ve 2009/4-383 - 2009/517 ve 16.06.2010 gün ve 2010/4-349 - 2010/318 sayılı kararları da bu yöndedir)¹³⁰⁴

Noterlerin çalışanların fiillerinden hukukî sorumluluğuyla ilgili olarak Yargıtay kararlarından birinde, bu sorumluluk ile adam çalıştırmanın sorumluluğu arasındaki ilişki, uygulamada bu sorumluluğun sık olarak hangi şekillerde gündeme gelebildiği açıklandıktan sonra somut olayda noterin özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı ve

¹³⁰³ Yarg. 5. HD., E. 2013/28329 K. 2014/14914 T. 27.5.2014.

¹³⁰⁴ Yarg. 20. HD., E. 2018/2973 K. 2018/6829 T. 25.10.2018.

sorumluluk karînesinin aksini ispatlamak üzere herhangi bir kurtuluş kanıtı getirmediği hususları dikkate alınarak noterin sorumlu olduğuna hükmedilmiştir.¹³⁰⁵

8. Ortaklık İlişkisi

8.1. Genel Olarak

Ortaklık ilişkisi ile adam çalıştırmanın sorumluluğu çeşitli açılardan paralellik arz eder. Ortaklık ilişkisinde sermaye sahibi ile emek sahibi bir araya gelir ve sermaye sahibi, emek sahibinin iş gücünden yararlanır. Bu nedenle iş görme edimi bakımından aralarında bir benzerlik vardır. Ancak asıl sorun, adam çalıştırmanın sorumluluğu için belirleyici olan bağımlılık ilişkisinin ortaklık ilişkisinde bulunup bulunmadığıdır. Bu yüzden burada bu sorunun cevaplanabilmesi adına bir ölçüde ortaklık ilişkisinin incelenmesi tercih edilmiştir. Bir tarafın emek diğer tarafın sermaye getirdiği ortaklık türü İslâm hukukunda mudârebe akdi, Türk hukukunda ise adi ortaklık sözleşmesi olarak ele alınacaktır.

8.2. İslâm Hukukunda Mudârebe Akdi (Emek-Sermaye Ortaklığı)

8.2.1. Genel Olarak Ortaklık Türleri ve Mudârebe Akdinin Tanımı

İslâm hukukunun klasik doktrinde şirket (ortaklık), şirket-i mülk ve şirket-i akd olmak üzere iki türlüdür.¹³⁰⁶ Şirket-i mülk, bir malın birden fazla kişiye mal edinme (temellük) sebeplerinden biriyle tahsis edilmesidir.¹³⁰⁷ Şirket-i akd ise iki veya daha fazla kişi arasında kazanılacak kâr aralarında ortak olmak üzere bir akitle meydana gelir.¹³⁰⁸ Şirket-i mülke mirasçıların durumu,¹³⁰⁹ şirket-i akde¹³¹⁰ birden fazla kimsenin bir araya gelerek emek ve sermayelerini ortaya koymak suretiyle mudârebe akdi suretinde ortaklık kurmaları örnek olarak verilebilir.

¹³⁰⁵ Yarg. 3. HD., E. 2016/22458 K. 2018/8712 T. 19.09.2018.

¹³⁰⁶ Şirket tasniflerinden bir diğerinde ortaklar arasında kar paylaşım, hak ve ödevler gibi hususlarda denkleğin aranıp aranmaması dikkate alınarak şirket-i inan (ortaklar arasında tam manada eşitlik şart olmayan ortaklık) ve şirket-i müfaveze (ortaklar arasında her anlamda denkleğin arandığı ortaklık) ayrımı yapıldığı görülmektedir. Bir başka tasnifle şirket; şirket-i emvâl (malvarlığına dayalı şirket), şirket-i âmâl (işgücüne dayalı şirket) ve şirket-i vücuh (prestije dayalı şirket) kısımlarına ayrılmaktadır.

¹³⁰⁷ Bilmen, *Kâmus*, VII, 60.

¹³⁰⁸ Bilmen, *Kâmus*, VII, 60.

¹³⁰⁹ Türk hukukunda mirasçıların durumu eşya hukukunda elbirliği ile mülkiyet olarak ele alınmaktadır.

¹³¹⁰ Türk hukukunda şirket-i akd, ticaret hukukunun şirketler hukuku kısmında yer almaktadır.

Mudârebe akdi, bir tarafın (rabbü'l-mâl) sermaye koyması, diğer tarafın (mudârib) da bu sermayeyi işletmeyi üstlenmesiyle kurulan kâr paylaşımı esasına dayalı ortaklığı ifade eder.¹³¹¹

8.2.2. Bağımlılık İlişkisi Özelinde Değerlendirilmesi

Mudârebe akdinin bir ortaklık ilişkisi olması hasebiyle taraflar eşit konumdadırlar. Bu nedenle bağımlılık ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle mudârebe akdinde adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı ifade edilebilir.

Öte yandan mudârebe akdinin, emek ve sermayenin bir araya getirilmesine dayalı bir ortaklık akdi olmasına karşın mudârib sermayeyi fiilen işlettiğinden, bu işletme sırasında rabb'ül-mâl'in çalışanı konumunda görülebilir. İslâm hukukunun klasik doktrininde mudârebe tarzındaki ortaklık ilişkisinde meydana gelen zarardan sorumluluğun mudâribde olmadığı sıkça ifade edilmiştir.¹³¹² Mudâribin, sermaye sahibinin izni dahilinde sermayeyi işletirken üçüncü kişilere karşı hukuka aykırı bir fiille verdiği zararın bir şekilde izâlesi göz önüne alındığında, rabbü'l-mâlin sorumluluğuna gidilmesi gerektiği söylenebilir.

Mudârib tarafından işletilen sermaye, mudâribin teaddîsi olmaksızın telef olursa sorumluluk rabbü'l-mâle aittir.¹³¹³ Çünkü mudârib, rabbü'l-mâlin naibi konumundadır.¹³¹⁴ Ayrıca buradaki zarar, sermayeden eksilmedir.¹³¹⁵ Sermayeden eksilmeye de sermayenin işletilmesiyle bizzat kazanç elde eden katlanmalıdır. Kimi hâllerde mudâribin teaddîsi bulunabilir. Bu hâllerde sorumluluk, mudârib üzerindedir.¹³¹⁶ Mudâribin teaddîsine örnek olarak rabbü'l-mâlin koyduğu kayıtlara mudâribin

¹³¹¹ Cengiz Kallek, “Mudârebe”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2005, XXX, 359; Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*, s. 163; Mudarebe akdiyle ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz. Hasan Ellek, *İslâm Hukukunda Emek-Sermaye Ortaklığı (Mudarebe)*, İstanbul: Yeni Akademi Yayınları, 2006, s. 63-105.

¹³¹² Bkz. Şeybânî, *el-Aşl*, III, 137, 139, 140, 159 “ولا ضمان على المضارب”; Ebû'l-Huseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed Kudûri, *Muhtaşaru'l-Kudûri fi'l-Fıkhî'l-Hanefî*, y.y., 1997, s. 114; Serahsî, *el-Mebsût*, III, 40.

¹³¹³ Gedikli, *Osmanlı Şirket Kültürü*, s. 250.

¹³¹⁴ Abdülhamid eş-Şevâribî ve İzzeddin Denâsûri, *el-Mes'ûliyyetü'l-medeniyye fi dav'i'l-fıkh ve'l-kazâ*, Kahire: Dârü'l-Fikri'l-Arabi, 2012, s. 275; Recep Ulusoy, “Bir Finansman Yöntemi Olarak Mudarebe”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi SBE, 1997, s. 88; Niyabet teorisiyle ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz. Müntasır, *Mes'ûliyyetü'l-matbu' an ameli't-tabî*, s. 31 vd.

¹³¹⁵ Ulusoy, “Bir Finansman Yöntemi Olarak Mudarebe”, s. 88.

¹³¹⁶ Gedikli, *Osmanlı Şirket Kültürü*, s. 250.

uymaması, onlara aykırı hareket etmesi, akitle bağdaşmayan taleplerde bulunması verilebilir.¹³¹⁷

Mudârebe akdine, mudâribin sorumlu olmayacağına yönelik bir sorumsuzluk şartı konulursa akdin sahih fakat şartın bâtil olacağı belirtilmektedir.¹³¹⁸ Aynı husus Mecelle’de şu şekilde düzenlenmiştir: “*Zarar ve ziyan her halde rabbu’l-male ait olur. Mudârib ile beynlerinde müşterek olması şart edilirse ol şarta itibar olunmaz.*”¹³¹⁹ Bu hükmün gerekçesi, zararın sermayeye gelmesi ve mudâribin, rabbü’l-mâlin emriyle sermayeyi işletmesidir.¹³²⁰ Bu nedenle sermaye işletmekle menfaati olan rabbü’l-mâlin, bu esnada meydana gelen zarara da zarar-menfaat dengesi gereği katlanmasını gerekir. Mudâribin, rabbü’l-mâlin emriyle sermayeyi işletmesi, emir ve talimat yoluyla tesis edilen bağımlılık unsurunu gösterir. Tüm bunlara dayalı olarak, bir sorumsuzluk şartıyla adam çalıştırmanın sorumluluğu kaldırılamaz.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan mudârebe akdi ile adam çalıştırmanın sorumluluğu arasındaki benzerlik görülebilir. Ancak başlangıçta da ifade edildiği üzere mudârebe akdi, bir ortaklık ilişkisi olduğu için taraflar arasında emir-talimata dayalı hiyerarşik bir ilişki yoktur. Bu nedenle mudârebe akdinde adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğacağını kabul etmenin doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

8.3. Türk Hukukunda Adi Ortaklık

8.3.1. Tanımı ve Unsurları

Adi ortaklık, iki veya daha fazla kişinin ortak bir amaç uğruna emek veya mallarını birleştirmeyi üstlendikleri, ortakların ortaklık borçlarından kendi malvarlıklarıyla müteselsilen ve sınırsız olarak sorumlu oldukları, tüzel kişiliği bulunmayan bir kişi topluluğudur.¹³²¹

¹³¹⁷ Gedikli, *Osmanlı Şirket Kültürü*, s. 250-251.

¹³¹⁸ Fethi Gedikli, *Osmanlı Şirket Kültürü XVI.-XVII. Yüzyıllarda Mudârebe Uygulaması*, İstanbul: İz Yayıncılık, 1998, s. 200; Ellek, *Emek-Sermaye Ortaklığı*, s. 80-81; Kallek, “Mudârebe”, XXX, 360, 362; Süleyman Kaya, “Osmanlı Hukukunda Mudâribin Damân Sorumluluğu”, *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016, s. 487.

¹³¹⁹ Mecelle, m. 1428.

¹³²⁰ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 28.

¹³²¹ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 841, 850-851, 891; TBK m. 620/I.

Adi ortaklık sözleşmesinin unsurları; kişi, sözleşme, katılım payı, amaç ve affectio societatis (ortak amaca ulaşmak için birlikte çalışmak) şeklindedir.¹³²²

8.3.2. Bağımlılık İlişkisi Özelinde Değerlendirilmesi

Türk hukukunda ortaklardan birinin sermaye, diğerinin de emeğini ortaya koymak suretiyle meydana getirdikleri bir adi ortaklıkta, emeğini ortaya koyan kişinin faaliyeti sonucu meydana gelen zarardan sermaye sahibi olan ortağın, adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümleri çerçevesinde sorumlu olması gerektiği belirtilmektedir.¹³²³ Aksi hâlde zarar gören, kusuru ispat güçlüğü problemiyle karşı karşıya kalır ve zarar, zarar gören üzerinde bırakılır; bunlar da hakkaniyet açısından problemlidir.¹³²⁴ Aksi yöndeki görüşe göre ise burada adam çalıştırmanın sorumluluğu doğmaz.¹³²⁵ Yargıtay'ın bu konuda tek yönde karar vermediği tespit edilmiştir.¹³²⁶

Adi ortaklık sözleşmesinde ortaklar arasında bir adam çalıştırma ilişkisinin bulunup bulunamayacağının tespiti, ortaklar arasında bir bağımlılık ilişkisinin olup olmadığı sorusu cevaplanarak yapılabilir. Adam çalıştırmanın sorumluluğunun aslî akit temeli olan hizmet akdinden adi ortaklık akdini ayırt eden temel unsur bağımlılıktır.¹³²⁷ Bağımlılık ilişkisi, emir ve talimat verme, yani hiyerarşik bir yapıda kendisini gösterir. Ortaklar ise ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere bir araya gelerek eşit düzeyde bir ilişki biçimi geliştirirler.¹³²⁸ Bu nedenle kanaatimizce adi ortaklık sözleşmesinde adam çalıştırmanın sorumluluğu için aranan temel unsur olan bağımlılık yoktur. Buna rağmen aksi yöndeki görüşü somutlaştırmak üzere örnek olaylara yer verilmektedir.

¹³²² Bu unsurlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 842-850.

¹³²³ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 170.

¹³²⁴ Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Rıza Düzceer, “Borçlar K. 55 inci Madde Bakımından Hissedarın Müstahdem Sayılıp Sayılmıyacağı”, *Adalet Dergisi*, sy 7 (1956): 753-761; Kılıç, “Adam Çalıştırmanın Hukuki Sorumluluğu”, s. 1035; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 170.

¹³²⁵ Örneğin Yüksel, birbirine eşit olan şahısların diğerinin çalıştırdığı kişi olamayacağını belirtmektedir: Yüksel, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, s. 21.

¹³²⁶ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 170. Aksi yönde karar örneği için bkz. Yarg. 3. HD. 20.9.1954 T., 6552/4853 sayılı kararı.

¹³²⁷ Oruç Hami Şener, *Adi Ortaklık*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s. 128.

¹³²⁸ Çalıştırana çalışan arasında astlık-üstlük ilişkisinin bulunması gerektiği yönünde açıklamalar için bkz. Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 161; Birbirine eşit durumda olan kişilerin örneğin iki ortağın biri diğerinin çalışanı olamayacağı yönünde bkz. Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 59; Eren ve Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, II, 1491-1492.

8.4. Örnek Olaylar

Ortaklık ilişkisi kapsamında da adam çalıştırmanın sorumluluğunun vaki olabileceğini belirten Yargıtay kararlarından biri şöyledir: “*Kamyonda şoförlük hizmetini ifa sırasında yaptığı zarardan diğer ortak da istihdam eden sıfatıyla mesuldür. Zira, bu şoför kamyondan yarı hissesinin maliki ise de, diğer yarı hissede müstahdem sayılır.*”¹³²⁹

Bir başka Yargıtay kararı ise şu şekildedir: “*İki kişi bir otomobile sahiptirler. Otomobil bu ortaklardan birisi tarafından sevk ve idare edilirken hâdise (kaza) meydana gelmiştir. Müşterek otomobilin sevk ve idaresini tayin eden şerikler arasında istihdam eden münasebetinin mevcut bulunduğunu kabul etmek icap eder.*”¹³³⁰

9. Vekâlet Akdi

9.1. Tanımı ve Unsurları

İslâm hukukunun klasik doktrininde vekâlet, belirli bir tasarrufun yapılması hususunda başkasını kendi yerine geçirmektir.¹³³¹ İslâm hukukunun modern doktrininde vekâlet, kişinin yetki alanındaki bir tasarruf hakkında bir başkasını kendi yerine ikame etmesidir.¹³³²

Roma hukukunda vekâlet (mandatum),¹³³³ “mandator (müvekkil) ile mandatarius (vekil) arasında yapılan ve vekilin, müvekkilin veya üçüncü kişinin yararına ücretsiz olarak bir iş görme borcunu üstlendiği rızai bir sözleşmedir.”¹³³⁴ Türk hukukunda TBK m. 502/I’e göre “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*”

Vekâlet sözleşmesiyle vekil, vekâlet verenin menfaat ve iradesine uygun olarak belirli bir işi görmeyi veya belirli bir işlemi yapmayı üstlenir.¹³³⁵ Vekâlet sözleşmesi bir torba iş görme sözleşmesi olduğu için niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK’da

¹³²⁹ Yarg. 4. HD. 4621/3546, T. 12.7.1952.

¹³³⁰ Yarg. 4. HD. E. 3427 K. 2699 T. 26.5.1956.

¹³³¹ Meydâni, *el-Lübâb*, s. 337-338.

¹³³² el-Hafif, *İslâm Hukukuna Göre Hukukî İşlemler*, s. 338.

¹³³³ Mandatum, manum ve dare kelimelerinden oluşur. Manus el, do (dare) ise vermek anlamındadır. Bu iki kelime birleştiğinde “iş vermek, bir şey emanet etmek, bir iş vermek, yetkilendirmek, emir vermek” gibi anlamlara gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Abdurrahman Savaş, “Roma ve Türk Hukuku’nda Vekâlet Akdi”, Yayınlanmamış YL Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi SBE, 1998, s. 7.

¹³³⁴ Savaş, “Vekâlet Akdi”, s. 15; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 246-248.

¹³³⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 715.

düzenlenmeyen iş görme sözleşmelerine de vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanır.¹³³⁶ Vekil, belirli bir sonucu meydana getirmek üzere gerekli özen ve çabayı göstermekle yükümlüdür.¹³³⁷ Vekâlet sözleşmesinin unsurları, bir işin görülmesi veya bir işlemin yapılması, işin vekâlet veren yararına görülmesi ve anlaşmadır.¹³³⁸

9.2. Bağımlılık İlişkisi Özelinde Değerlendirilmesi

Adam çalıştırmanın sorumluluğuna kaynaklık eden hizmet akdiyle vekâlet akdinin ortak özelliği iş görme edimidir. Ancak hizmet akdinin bağımlılık unsurunu mutlak manada içermesi karşısında, vekâlet akdinde nisbî bağımsızlığın bulunması nedeniyle aralarında farklılık vardır. Vekâlet verenin vekile talimat verme yetkisi vekâlet akdinde bağımlılık unsurunu meydana getirmez; vekil, kendi sorumluluğu altında hareket eder.¹³³⁹ Bu bağımsızlık, özel uzmanlık gerektiren hâllerde daha fazladır.¹³⁴⁰ İş görme borçlusunun bağımsızlığının tamamen ortadan kalktığı ve emeğin iş sahibinin emrine tahsis edildiği durumlarda vekâlet sözleşmesinden ziyade hizmet sözleşmesinden söz edilir.¹³⁴¹

Vekâlet akdine en sonda değinilmiştir. Çünkü bağımlılık ilişkisi özelinde yapılan açıklamalar çerçevesinde adam çalıştırmanın sorumluluğu vekâlet akdinde doğmaz. Bu nedenle de vekâlet akdinde örnek olaylar başlığına yer verilmemiştir.

10. Değerlendirme

Buraya kadar adam çalıştırma ilişkisinin temel belirleyicisi olan bağımlılık ilişkisi merkeze alınarak İslâm hukuku ve Türk hukuku üzerinden pek çok hâl incelenmiştir. Bu inceleme sonucunda; bağımlılık ilişkisinin yoğunluğuna göre adam çalıştırmanın sorumluluğunun kimi hâllerde doğabileceği, kimi hâllerde bazı kayıtlarla doğabileceği, kimi hâlde doğup doğmayacağının tartışmalı olduğu ve kimi hâllerde bu sorumluluğun doğmayacağı yargısına varılmıştır. Varılan bu yargıların nihai hâli aşağıdaki tabloda gösterilmektedir:

¹³³⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 716; Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, II, 1267-1269.

¹³³⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 720; Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, II, 1304-1309.

¹³³⁸ Detaylı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 718-724; Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, II, 1262-1273.

¹³³⁹ Savaş, “Vekâlet Akdi”, s. 65; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 728.

¹³⁴⁰ Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, II, 1279.

¹³⁴¹ Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, II, 1279.

Tablo 1 Mukayeseli Olarak Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Doğduğu Hâller

Mukayeseli Olarak Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Doğduğu Hâller								
		Akdi İlişki					Kanunî İlişki	
	Genel Bilgi	İcâre Akdi	Çıraklık Akdi	İstisnâ' Akdi	Ortaklık Akdi	Vekâlet Akdi	Ebeveyn-Çocuk İlişkisi	Bağımlılık İlişkisinin Kamu Hukukundan Kaynaklandığı Hâller
Türk Hukukunda	Kural olarak herhangi bir hukukî ilişkiye dayanması gerekmez.	+	+	?	-	-	TMK kaynaklı ev başkanının sorumluluğu ile özel olarak düzenlenmiştir.	/ [Özel hukuk kaynaklı işlemlerde]
İslâm Hukukunda	Meseleler akdi temelde çözümlendiği için akdi temel ön plandadır.	+	+	/ [Malzeme müstasnâ' tarafından karşılanırsa]	-	-	Hidâne bağlamında velâyet kaynaklı sorumlulukta daha çok gündemdedir.	/ [Gerekli şartların varlığı hâlinde]
Doğduğu hâller: “+”, doğabileceği hâller: “/”, “doğması tartışmalı hâller: “?”, doğmayan hâller: “-“								

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN HUKUKÎ SONUÇLARI

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğması için aranan genel ve özel bazı şartlar ikinci bölümde incelenmiş, bu şartların varlığı hâlinde üçüncü bölümde incelenen kimi hâllerde adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğduğu ifade edilmişti. Adam çalıştırmanın sorumluluğuyla ilgili olarak nihai aşamada değinilmesi gereken, bu sorumluluğun doğmasından sonra karşılaşılabilecek hukukî sonuçlardır. Bu bölümde sırasıyla; tazminat, müteselsil sorumluluk, dava ve zamanaşımı konuları ele alınacaktır.

1. Tazminat

1.1. Genel Olarak

Sorumluluk hukukuna hâkim olan ilkelerden sorumluluğun giderilmesi uyarınca maddî hukuka ilişkin sonuçlardan en önemlisi tazminattır.¹³⁴² Tazminat, haksız fiil sorumluluğunun müeyyidesi ve neticesidir.¹³⁴³ Tazminatı gerektiren şey her şeyden önce bir zararın vaki olmasıdır.¹³⁴⁴ Failin fiiline rağmen meydana gelen herhangi bir zarar bulunmuyorsa tazminat yükümlülüğü de doğmaz. Örneğin yırtılmak istenen kâğıt yırtılmayabilir, kırılmak üzere atılan vazo kırılmayabilir. Bu gibi hâllerde ceza hukukundan farklı olarak zararlı sonuç meydana gelmedikçe teşebbüse sonuç bağlanmaz.

Tazminat, bir müeyyide olarak zarar verenleri caydırmak suretiyle zararın meydana gelmesini önler; buna rağmen bir zarar meydana gelirse bu zararı telâfi ederek mağduriyeti giderir.¹³⁴⁵ Bu başlık altında tazminat kavramı, tazminatın türleri ve kapsamı ile tazminatın belirlenmesi konuları ele alınacaktır.

¹³⁴² Teoman Akünal, “Denkleştirme Sorunu”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981, s. 163.

¹³⁴³ İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 5; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 547; Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 26.

¹³⁴⁴ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat”, *Ebül-Ula Mardin’e Armağan*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1944, s. 743.

¹³⁴⁵ Nomer, “Maddi Tazminatın Belirlenmesi”, s. 40; Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukukunun Umumî Esasları*, s. 312; Araz, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*, s. 85-87.

1.2. Tazminat Kavramı

Tazminat, tazmin sözcüğünün çoğuludur. Tazmin, bir kişinin uğradığı zararın bir başkası tarafından giderilmesidir.¹³⁴⁶ Tazminat ise, bir başkasının zararını gidermek için gerekli olan edimin adıdır.¹³⁴⁷

İslâm borçlar hukukunda tazminatı ifade etmek üzere *damân*,¹³⁴⁸ *ta'vîz*,¹³⁴⁹ *garâmet* ve *gurm*¹³⁵⁰ gibi kavramlar vardır. Damân kavramının kapsamının tazminattan çok daha geniş olduğu¹³⁵¹ ancak damânın aynı zamanda mutlak olarak hem maddî hem manevî tazminatı içerir şekilde kullanılabildiği tespit edilmiştir.¹³⁵²

1.3. Tazminatın Türleri ve Kapsamı

1.3.1. Tazminatın Türleri

1.3.1.1. Genel Olarak

Haksız fiiller, kişilerin maddî değerlerine karşı işlenirse maddî tazminattan, kişilerin manevî değerlerine karşı işlenirse manevî tazminattan söz edilir.¹³⁵³ Adam çalıştırmanın sorumluluğu hem maddî zararın hem manevî zararın tazminini kapsar.¹³⁵⁴

Maddî tazminat-manevî tazminat şeklindeki bu ayrım, her ne kadar klasik dönem İslâm hukuku eserlerinde yer almasa da¹³⁵⁵ günümüz hukukunda yapılan tasniften yararlanılarak İslâm hukuku bakımından bu ayrımın kullanımının pratik faydalar

¹³⁴⁶ Nomer, “Maddî Tazminatın Belirlenmesi”, 36; Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım*, 1-2, 104.

¹³⁴⁷ Nomer, “Maddî Tazminatın Belirlenmesi”, s. 36; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 581; İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 10; Tiftik, *Maddî Tazminatın Kapsamı*, s. 61; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 209.

¹³⁴⁸ Aktan, “Daman”, VIII, 450.

¹³⁴⁹ Kahveci, “Tazminat”, s. 136.

¹³⁵⁰ Bardakoğlu, “Garâmet”, XIII, 59.

¹³⁵¹ Aktan, “Daman”, VIII, 450.

¹³⁵² Kahveci, “Tazminat”, s. 138.

¹³⁵³ Kahveci, “Tazminat”, s. 135; Ataay, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*, I, 108.

¹³⁵⁴ Karaosmanoğlu, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, s. 163; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 106; “İş sahibi mânevî tazminata da mahkûm edilebilir. Çünkü BK. 55 ‘maddî tazminat’tan değil de, sadece ‘tazminat’tan söz etmiştir ve tazminat teriminin mânevî tazminatı da içine alacak surette yorumlanmasına bir engel yoktur.” Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, 235; Erbilin, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, s. 173; Sağlam, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, s. 151.

¹³⁵⁵ Ahmet Ekşi, “İslam Hukukunda Bir Manevî Tazminat Türü Olarak Hükûmetü'l-İlem”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy 21 (2013): 232; “İmam Muhammed’in ichtihadına göre, darb veya yaralanmaya maruz kalan kimsenin çektiği acı ölçüsünde takdiri (hükûmetü'l-adl) kabilinden bir tazminat gerekir. Ebû Yusuf’un ichtihadına göre de bu suç-fiile maruz kalan kişi, suçludan doktor ve ilaç bedelini talep edebilir. ...İmam Ebû Yusuf ve İmam Muhammed’in ichtihadları, modern hukukların, haksız fiil ve başkasını döven veya yaralayan kimselere, mağdurun uğradığı maddî ve manevî zarar ve ziyayı ödetme prensibine yakın bulunmaktadır.” Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 445.

sağlayacağı İslâm hukukunun modern doktrinde belirtilmektedir.¹³⁵⁶ Türk hukuk doktrindeki bir çalışmada İslâm hukukunda manevî tazminatın bulunmadığına ilişkin iddiaların bulunduğu fakat bunun gerçeği yansıtmadığı ifade edilerek diyet örneği üzerinde durulmaktadır.¹³⁵⁷ Nitekim İslâm sorumluluk hukukuna hâkim olan “*Zarar izâle olunur.*”¹³⁵⁸, “*Zarar bi-kaderi’l-imbân giderilir.*”¹³⁵⁹ gibi ilkeler göz önünde bulundurulduğunda, manevî zararların tazmin edilebileceğini söylemek daha isabetli görünmektedir.

1.3.1.2. Maddî Tazminat

Maddî tazminat, kişinin malvarlığında isteği dışında meydana gelen zarardan sorumlu olanların yerine getirmekle yükümlü oldukları borçtur.¹³⁶⁰ Maddî tazminat, haksız fiil sonucu malvarlığındaki eksilmeyi dengelemeyi amaçlar.¹³⁶¹

İslâm hukukuna göre maddî tazminattan bahsedebilmek için bazı şartların varlığı aranmaktadır: Zararın konusu bir mal¹³⁶² olmalı, bu mal mütekavvim (hukuken mu’teber) olmalı, bu mal aynı zamanda memlûk (sahiplenilmiş, mülk edinilmiş) olmalı ve dinen koruma altında olmalıdır.¹³⁶³

1.3.1.3. Manevî Tazminat

Manevî tazminat, kişinin şahıs varlığına yönelik haksız fiiller sonucu acı, elem, üzüntü gibi para ile ölçülemeyen zararların tesellisi ve telâfisine yönelmiş bir tür gönül alma yoludur.¹³⁶⁴

¹³⁵⁶ Kahveci, “Tazminat”, s. 78; Araz, “Manevî Zararların Malî Tazmini”, s. 122.

¹³⁵⁷ Saymen, *Manevî Zarar ve Tazmini Sureti*, s. 99-100.

¹³⁵⁸ Mecelle, m. 20.

¹³⁵⁹ Mecelle, m. 31.

¹³⁶⁰ Karahasan, *Tazminat Hukuku*, I, 99, II, 236.

¹³⁶¹ Karahasan, *Tazminat Hukuku*, I, 100.

¹³⁶² İslâm hukukunda Hanefîler tarafından menfaatlerin mal sayılmaması görüşü özelindeki mal hakkında değerlendirmemiz için bkz. II. Bölüm, 3.1.2.2.3.

¹³⁶³ Benli, “Manevi Tazminat”, s. 73.

¹³⁶⁴ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 473; Karahasan, *Tazminat Hukuku*, II, 573; Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 32; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 881; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 552; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 207-208; Tercier, Pichonnaz, ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 648.

Manevî tazminat İslâm hukukunda farklı isim¹³⁶⁵ ve usullerle işlense de¹³⁶⁶ kavram olarak yeni yeni kendisine yer bulmakta ve Arapça literatürde “*et-Ta’vîdu’l-Ma’nevî*” olarak anılmaktadır.¹³⁶⁷ İslâm hukukunun modern doktrininde manevî tazminat için yapılan şu tanım tercihe şayandır: “Kişinin malvarlığı dışındaki, namus, şeref, şöhret, itibar, onur vb. manevî duygularına ve kişilik hak ve hürriyetlerine yönelik kişiyi toplum içinde hor ve hakir düşürücü söz veya fiille yapılan haksız bir saldırı neticesinde meydana gelen acı, üzüntü ve keder şeklindeki zarardır.”¹³⁶⁸

Manevî tazminatın hukukî niteliği hakkında özel bir ceza, telâfi, sembol ve tatmin olmak üzere dört farklı görüş vardır.¹³⁶⁹ İslâm hukukunda tazminatın, bir kısmının sadece meydana gelen zararı telâfi amacına yönelik olduğu, bir kısmının bir yönden ceza niteliğinde olduğu ve diğer bir yönden de zararın tamirine yöneldiği belirtilmektedir.¹³⁷⁰ Tazminat, zararın giderilmesi amacına hizmet etmesi için düzenlenmiştir ve dolayısıyla bir cezalandırma aracı değildir.¹³⁷¹

Türk hukukunda manevî tazminatta kural olarak zararın maddî giderimi yoluna başvurulur ancak başka giderim yollarına başvurulması da mümkündür.¹³⁷² Mağdur, manevî tazminatın amacına uygun olarak maddî giderim yöntemi haricindeki yollardan birini de tercih edebilmelidir.¹³⁷³ Ancak bu hakkın kötüye kullanılmaması adına buradaki takdir yetkisi hâkimdedir. Benzer biçimde İslâm hukukunda da mâlî tazîrin¹³⁷⁴ belirlenmesi esnasında hâkim, davacı ve davalı tarafın durumlarını göz önünde bulundurarak hakkında açık bir hüküm bulunmayan bir konuda uygun gördüğü bir tazîr şekline hükmedebilir.¹³⁷⁵

¹³⁶⁵ Manevî zarar İslâm hukuku kaynaklarında ‘elem’ sözcüğü ile ifade edilir. Hükûmetü’l-elem’ tamlaması yararı iyileşip, kapanmış ve eseri kalmamış olan kimsenin çekmiş olduğu acı ve ıstırapların neden olduğu manevî zararlara karşılık bilirkişilerce takdir edilen bir tazminat anlamına gelir. Ekşi, “Manevi Tazminat Türü Olarak Hükûmetü’l-Elem”, s. 219-220.

¹³⁶⁶ Araz, “Manevî Zararların Malî Tazmini”, s. 123.

¹³⁶⁷ Benli, “Manevi Tazminat”, s. 75-76.

¹³⁶⁸ Benli, “Manevi Tazminat”, s. 40.

¹³⁶⁹ Detaylı bilgi için bkz. Benli, “Manevi Tazminat”, s. 76-81; Bunlara ek olarak önleme ve caydırma ile denkleştirme görüşleri de vardır. Tamamı hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Fulya Erlüle, *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021, s. 70-79.

¹³⁷⁰ Benli, “Manevi Tazminat”, s. 81.

¹³⁷¹ Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 349; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 178.

¹³⁷² Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 281.

¹³⁷³ Benli, “Manevi Tazminat”, s. 294.

¹³⁷⁴ Mâlî tazîr ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Benli, “Manevi Tazminat”, s. 139-163.

¹³⁷⁵ Benli, “Manevi Tazminat”, s. 295.

1.3.2. Tazminatın Kapsamı

Tazminatın kapsamıyla ilgili olarak şahıs varlığına yönelik zararların maddî tazminat yönü ayrıca ele alınmalıdır. Bu durum bedensel maddî zarar olarak ifade edilebilir. Bedensel maddî zararlar İslâm hukukunda şahsa yönelik haksız fiillerde incelenmekte, Türk hukukunda ise özel bir madde olarak düzenlenmektedir.

İslâm hukukunda bedensel zarar, insan bedenine isabet eden her türlü zararı ifade eder.¹³⁷⁶ İslâm hukuku kaynaklarında bedensel zarar yerine zararlı fiilin beden üzerinde meydana getirdiği zararın niteliği ve boyutu dikkate alınarak beşli bir tasnif yapılmıştır: Bir organı bedenden ayırma (ibânetü'l-etrâf), duyu ve fonksiyon kaybı (izhâbü'l-meâni), yaralama (el-cerh), estetik zarar (tefvît'l cemâl) ve acı ve ıstırap.¹³⁷⁷ Bedensel zararlar; diyet, erş, hükûmetü'l-adl gibi tazminatlara konu olurlar, yani kıymetleriyle tazmin edilirler.¹³⁷⁸

Türk hukukunda bedensel maddî zarar, “Zarar verici eylem dolayısıyla beden bütünlüğü ihlâl edilen kimsenin mal varlığı değerlerinde istem dışı gerçekleşen eksilmeleri ifade eder.”¹³⁷⁹ Bu kapsamda kişiye verilen zararların hesaplanması gündeme gelir. Bedensel maddî zarar, vücut bütünlüğünün ihlâli ve ölüm hâlleri olmak üzere iki başlıkta ele alınır.

Bedensel maddî zarar, TBK’nın 54. maddesinde düzenlenmiştir: “*Bedensel zararlar özellikle şunlardır: 1. Tedavi giderleri. 2. Kazanç kaybı. 3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar. 4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.*” Maddede sayılan zarar kalemlerinin maddî bir zararı ifade ettiği ve malvarlığında eksilme meydana getirdiği görülür. TBK’nın 54. maddesinde geçen “özellikle” ifadesinden burada sayılan hâllerin sınırlı sayıda olmadığı anlaşılır. Bu madde özel hüküm niteliğinde olduğu için genel hükümlere göre öncelikle uygulanır.¹³⁸⁰ Ayrıca hem akdî sorumluluk hem akit dışı sorumluluk hâllerinde uygulanabilir.¹³⁸¹

¹³⁷⁶ Kaya, “İslâm Hukukunda Cismani Zararların Tazmini”, s. 36.

¹³⁷⁷ Detaylı bilgi için bkz. Kaya, “Cismani Zararların Tazmini”, s. 36-54.

¹³⁷⁸ Kaya, “İslâm Hukukunda Cismani Zararların Tazmini”, s. 206.

¹³⁷⁹ Esma Kırâç Adır, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Ağır Bedensel Zarar Görenin Yakınlarının Manevi Tazminat Talebi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s. 55.

¹³⁸⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 842.

¹³⁸¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 842.

TBK 54. maddede yer alan çeşitli zarar kalemlerine kısaca değinilmesi uygun düşer. Tedavi giderleri, zarar görenin sağlık durumunun düzelmesi için gereken giderleri içerir.¹³⁸² Örneğin tahlil, ambulans taşıma giderleri gibi masraflar buraya girer. Çalışma gücü, zarar görenin iş gücünün, kazanç getirici şekilde kullanılmasıdır.¹³⁸³ Çalışma gücünün geçici veya sürekli biçimde azalması veya yitirilmesi sebebiyle meydana gelen maddî zararlar da tazmine konu olur.¹³⁸⁴

Çalışma gücü kaybına neden olmamakla beraber, kimi hâllerde zarar görenin ekonomik geleceği sarsılabilir. Ekonomik geleceğin sarsılması, zarar görenin işini yaparken eskiye nazaran daha fazla güçlük çekmesi veya görünüşündeki bir değişiklik dolayısıyla işinden çıkarılması gibi farklı şekillerde görülebilir.¹³⁸⁵

Ölüm ve ölüm sebebiyle destek kaybindan doğan zarar TBK'nın 53. maddesinde düzenlenmiştir: “Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır: 1. Cenaze giderleri. 2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar. 3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.” Bu maddede öncelikle ölüm anına göre zarar kalemlerinin belirlendiği ve sonrasında ölenin “destek” olduğu yakınlarına ilişkin destekten yoksun kalma kalemine değinildiği görülmektedir.

Destek, tazminat talebinde bulunan kimseye fiili, sürekli ve düzenli olarak bakan veya gelecekte bakması oldukça güçlü bir ihtimal olan kişidir.¹³⁸⁶ Destek, gerçek destek ve farazî destek olmak üzere iki türlüdür. Gerçek destek fiili, sürekli ve düzenli olarak bakan kimseyken, farazî destek gelecekte bakması kuvvetle muhtemel olan kimsedir.¹³⁸⁷ Buradaki zarar, ölümün kendisi olmayıp ölümden doğan olumsuz ekonomik sonuçlardır.¹³⁸⁸

Destekten yoksun kalma tazminatı, “haksız fiil sonucu kendisine destek olan kişinin ölümü ile maddî zarara uğrayan kişilerin bu zararlarını zarar verenden talep

¹³⁸² Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 95; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 526.

¹³⁸³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 844.

¹³⁸⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 844-845.

¹³⁸⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 849.

¹³⁸⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 854; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 103.

¹³⁸⁷ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 105; Detaylı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 854-862.

¹³⁸⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 851.

etmeleri” anlamındadır ve hukukî niteliği itibarıyla de “Destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya, aslî ve bağımsız bir talep hakkıdır.”¹³⁸⁹

1.4. Tazminatın Belirlenmesi

1.4.1. Genel Olarak

Tazminatın belirlenmesi aşaması, zarar tespit edildikten sonra, zararın ortaya çıkmasına neden olan olayların birlikte değerlendirildiği nihai aşamadır.¹³⁹⁰ Tazminatla zarar görenin durumunun zarar görmeden evvelki eski hâle iadesi amaçlandığı için tazminatın belirlenmesinde zarar görenin malvarlığının zarardan önceki durumu ile zarardan sonraki durumu değerlendirilir.¹³⁹¹ Bu değerlendirmede meydana gelen zarar ile denkleştirilebilecek bir yararın varlığı ve ilgili zarar ile yarar arasında bir bağ bulunması koşullarının sağlanması hâlinde denkleştirme¹³⁹² kurumu ayrıca incelenir.¹³⁹³ Örneğin kazaya uğrayıp uğradığı bu kaza nedeniyle üne kavuşan kimsenin yararı ile uğradığı zarar arasında tazminat miktarı belirlenirken denkleştirme yapılması gündeme gelir.¹³⁹⁴

İslâm hukukunda “*Zarar bi-kaderi’l-imkân giderilir.*”¹³⁹⁵ kâidesi bulunur. Bu kâide gereği İslâm hukuku bakımından tazminat miktarının zararlar orantılı olduğu söylenebilir.¹³⁹⁶ Tazminat ile hedeflenen de zararın giderimi ve kaybolan hakkın iadesi olup zarar göreni zenginleştirmek değildir.¹³⁹⁷ Türk hukukunda da tazminat, zarar miktarıyla orantısız olamaz, yani zenginleşme aracı olarak kullanılamaz.¹³⁹⁸ Tazminatın zararı giderme amacı yanında, bir zenginleşme aracı olarak kullanılamayacağı hakkında iki hukuk düşüncesi ortak kanaati paylaşır.¹³⁹⁹

¹³⁸⁹ Elif Aydın Özdemir, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s. 88.

¹³⁹⁰ Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 348; Akünel, “Denkleştirme Sorunu”, s. 163.

¹³⁹¹ Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 178.

¹³⁹² Latince: *Compensation lucri cum damno*.

¹³⁹³ Konuyla ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz. Akünel, “Denkleştirme Sorunu”, s. 163-185.

¹³⁹⁴ Akünel, “Denkleştirme Sorunu”, s. 164.

¹³⁹⁵ Mecelle, m. 31.

¹³⁹⁶ Gücün yettiği ölçüde zararın giderilmesi örtülü olarak tazminatın zararlar orantılı olmasını içerir.

¹³⁹⁷ Kaya, “İslâm Hukukunda Cismani Zararların Tazmini”, s. 205.

¹³⁹⁸ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 583; Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 315; Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 202; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 209.

¹³⁹⁹ “Tazminat ile zarar arasında mümaseret olmalıdır.” Zuhayli, *Nazariyyetü’l-Damân*, s. 89; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 349; Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 210; Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 127.

Roma hukukunda ise haksız fiillerden doğan borç, zarar veren aleyhine bir ceza niteliği taşımaktaydı.¹⁴⁰⁰ Verilen zarar ile öngörülen yaptırımın örtüşmemesi nedeniyle zarar gören tazminattan daha fazlasını elde ederdi.¹⁴⁰¹ Roma hukukunda nakden tazmin ilkesinin (*omnis condemnatio est pecuniaria*) bir gereği olarak, genellikle zarar gören eşyanın maddî değeri esas alınarak tazminat miktarı belirlenmekteydi.¹⁴⁰²

Tazminatın belirlenmesinde, sorumlu kişi ilk aşamada zararın tamamından sorumludur.¹⁴⁰³ Bu, sorumluluk hukukunun temel ilkelerinden tam tazmin ilkesini ifade eder. Tam tazmin ilkesi, tüm zarardan zarar verenin sorumlu tutulmasını zorunlu kılmaz.¹⁴⁰⁴ Zararın doğmasında payı olabilecek zarar gören ve diğer etkenler de değerlendirilerek zarar paylaşılır ve tazminat böylelikle indirilebilir.¹⁴⁰⁵

Tazminat miktarının belirlenmesinde ehl-i vukufun (günümüz bilirkişi) bilgisine başvurulur. Bu başvuru genellikle hâkimin takdirine bağlıyken, bazı hâllerde¹⁴⁰⁶ bir zorunluluk arz edebilir.¹⁴⁰⁷ Gasp ve itlâf sonucu meydana gelen zararın miktarının belirlenmesi çoğunlukla özel bir uzmanlık bilgisini gerektirdiğinden bu hâllerde ehl-i vukufa başvurmak zorunludur. Tazminatın belirlenmesi başlığında; tazminat şeklinin belirlenmesi, tazminatın belirlenme anı, tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınan sebepler ele alınacaktır.

1.4.2. Tazminat Şeklinin Belirlenmesi

1.4.2.1. İslâm Hukukunda

İslâm hukukundaki bir tasnife göre tazmin, mislen tazmin ve kıymet itibariyle tazmin olarak ikiye ayrılır.¹⁴⁰⁸ Bu tasnifte kural konumundaki aynen tazmine yer verilmediği

¹⁴⁰⁰ Sevgi Kayak, “Roma ve İslam Hukukunda Sözleşme Dışı Sorumluluk Esaslarının Değerlendirilmesi”, *Uluslararası II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi II* (2016): 160, 161; İslâm hukuk doktrininde tazminatın cezalandırmaya yönelik olmadığı hakkında ayrıca bkz. Zuhayli, *Nazariyyetü’l-Damân*, s. 72; Kızılay, *Osmanlı Sorumluluk Hukuku*, s. 77.

¹⁴⁰¹ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 75.

¹⁴⁰² Topuz, *Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, s. 262; “Bazı hallerde ise, özellikle hüsnüniyet davaları ve gayrimuayyen davalarda zararın takdirinde, formülada “davacının menfaati neyi gerektiriyorsa (*in quod interest*) veya ‘verilmesi ya da yapılması gereken herşey’ (*quidquid dare facere oportet*) gibi geniş ölçüler kullanılmaktaydı.” Somer, *Mala Verilen Zarar*, s. 65.

¹⁴⁰³ Nomer, “Maddi Tazminatın Belirlenmesi”, s. 66.

¹⁴⁰⁴ Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 484.

¹⁴⁰⁵ Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 484.

¹⁴⁰⁶ Bu hâllere örnek için ayrıca bkz. Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, III, 2624-2625.

¹⁴⁰⁷ Şafak, “Ehl-i Vukuf”, X, 532.

¹⁴⁰⁸ Kahveci, “Tazminat”, s. 158.

görlür. Kanaatimizce İslâm borçlar hukukunda tazminatın şekilleri, aynen tazmin, mislen tazmin ve kıymet itibariyle tazmin şeklinde üçe ayrılarak incelenebilir. Ancak bu tazminat şekilleri arasında bir hiyerarşi vardır. Şöyle ki, aynen tazmin diğer tazmin şekillerine üstündür,¹⁴⁰⁹ aynen tazmin mümkün değilse zarar görenin zararını en iyi şekilde gidereceği düşünülen mislen tazmine, eğer mal misli değil (İslâm hukukuna göre zarara uğrayan malın aslının iadesi mümkün olmaması) veya misli olma vasfını¹⁴¹⁰ kaybederek (örneğin; hukukî tağyir sonucu malın mülkiyetinin mağsûba geçmesi, fâhiş eksiklik nedeniyle zarar görenin tazminat olarak malın bedelini tercih etmesi, malın mislinin bulunmaması gibi) kıymetî mal¹⁴¹¹ statüsüne girmişse kıymet itibariyle tazmine gidilir.¹⁴¹² Bu durum Mecelle’de, “*Aslın ifası kabil olmadığı hâlde bedeli ifa olunur.*”¹⁴¹³ şeklinde düzenlenmiştir.

Bu bilgiler ışığında İslâm borçlar hukukunda aynen tazmin ilkesinin geçerli olduğu görülmektedir.¹⁴¹⁴ Örneğin gaspta, gasp edilen malın tazmin edilmeyi gerektirecek derecede eksilme veya değişime uğramaması kaydıyla aynının iadesi yoluna gidilir. Ancak gasp edilen malın değerindeki eksilme veya değişim iadeye engel olacak dereceye ulaşırsa iade yerine gasp edilen malın tazminine hükmedilir. İslâm hukukçuları, aynen tazminden sonra en iyi giderim imkânını sağladığı için malın misliyle tazmini için “*kazâ-i kâmil*”¹⁴¹⁵ nitelendirmesinde¹⁴¹⁶ bulunurken, kıymet itibariyle tazmin için de eksik giderim anlamına gelmek üzere “*kazâ-i kâsır*”¹⁴¹⁷ nitelendirmesi yapmışlardır.¹⁴¹⁸

¹⁴⁰⁹ Kahveci, “Tazminat”, s. 158.

¹⁴¹⁰ Misli mal, birbirleri arasında önemli fark bulunmayan ve biri diğeri yerine ikame edilebilen malları ifade etmektedir. Hasan Hacak, “Misli”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2005, XXX, 187-188; Bilmen, *Kâmus*, VI, 9.

¹⁴¹¹ Biri diğerrinin yerini alamayacak ve onun yerine ikame edilemeyecek şekilde aralarında farklılıklar bulunan mallar kıymetî mal kabul edilmektedir. Beşir Gözübenli, “Kıymetî”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2002, XXV, 540; Bilmen, *Kâmus*, VI, 9.

¹⁴¹² Kahveci, “Tazminat”, s. 163.

¹⁴¹³ Mecelle, m. 53.

¹⁴¹⁴ Mustafa Reşit Belgesay, *Kur’ân Hükümleri ve Modern Hukuk: Mevzuat İçtihatlar Tatbikat*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963, s. 267; Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku*, s. 92; Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi*, s. 134.

¹⁴¹⁵ Zarar görmeden evvelki duruma dönmeyi en iyi şekilde yerine getirmek aynıyla olur. Mislen tazminde haksız fiille zarar verilen malın emsali ikame edilmektedir.

¹⁴¹⁶ Kahveci, “Tazminat”, s. 163.

¹⁴¹⁷ Haksız fiille zarara uğratılan malın emsali verilmemekte, onun değeri verilmektedir. Bu nedenle bir yönüyle nâkışlık/eksiklik mevcuttur.

¹⁴¹⁸ Kahveci, “Tazminat”, s. 163; “Tazminatta asıl olan zararı karşılamak maksadıyla mümkün mertebe asla yakın olanı vermektir. Kıymetin tazminat olarak ödenmesi, hem şekil, hem de mana itibariyle tam mislini ödemeye imkan olmadığından dolayı söz konusu olur. Bu bakımdan manevî olarak misli kabul edilen kıymetin ödenmesi icap eder.” Canbulat, “Gasb ve İtlaf”, s. 53.

1.4.2.2. Türk Hukukunda

Türk hukukunda genel olarak tazmin şekilleri, aynen tazmin ve nakden tazminden oluşur.¹⁴¹⁹ Aynen tazmin, meydana gelen zararın, zarara uğrayan şeyin fiili durumu esas alınarak ortadan kaldırılması suretiyle eski hâlin iadesidir.¹⁴²⁰ Nakden tazmin, meydana gelen zararın, zarara uğrayan şeyin malvarlığı içerisindeki değeri dikkate alınarak nakden giderilmek suretiyle eski hâle iadesidir.¹⁴²¹ Hasara uğratılan bir şeyin tamir edilmesi aynen tazmine, bu şeyin kıymetine denk olarak para verilmesi nakden tazmine örnektir.¹⁴²² Nakden tazmin, bir defaya mahsus ödeme veya irat suretinde ödeme şekillerinde olabilir.¹⁴²³

Türk hukukunda tazminatın şekli, aynen tazmin veya nakden tazmin olarak gerçekleşebilmekte, İslâm hukukundan farklı olarak aynen veya nakden tazmin arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi bulunmamaktadır.¹⁴²⁴ Aynı zamanda hâkim, zararın kısmen nakden tazminine kısmen de aynen tazminine hükmedebilmektedir.¹⁴²⁵ Öyleyse Türk hukukunda tazminat şeklinin belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisi vardır.¹⁴²⁶ Ancak hâkim, zarar gören için hangi tazmin şeklinin daha münasip olduğunu ölçü almalıdır.¹⁴²⁷

Karşılaştırma imkânı vermesi açısından, Roma hukukunda *formula* usulünün uygulandığı dönemde, cari olan paraya göre mahkûmiyete, yani nakden tazminata hükmedilmekteydi.¹⁴²⁸ Günümüzde ise hem aynen tazmin hem nakden tazmin şekillerinin geçerli olduğu görülmektedir. Örneğin Alman Medenî Kanunu'nda aynen tazmin şekli, Fransız ve İngiliz hukuk sistemlerinde nakden tazmin şekli esastır¹⁴²⁹

¹⁴¹⁹ Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 181.

¹⁴²⁰ Nomer, “Maddi Tazminatın Belirlenmesi”, s. 41; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 589; Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 181; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 875.

¹⁴²¹ Nomer, “Maddi Tazminatın Belirlenmesi”, s. 41; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 589; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 875; Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 181.

¹⁴²² Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 181.

¹⁴²³ Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 237.

¹⁴²⁴ Topuz, *Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, s. 259; Aylin Toker, “Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminatın Unsurları”, Yayınlanmamış YL Tezi, Ankara, Başkent Üniversitesi SBE, 2017, s. 95; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 486; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 589-590.

¹⁴²⁵ Toker, “Maddi Tazminatın Unsurları”, s. 95.

¹⁴²⁶ Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 182; Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, s. 213; Ataay, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*, I, 103.

¹⁴²⁷ Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 237.

¹⁴²⁸ Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 32.

¹⁴²⁹ Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 32.

1.4.3. Tazminatın Belirlenme Anı

1.4.3.1. Genel Olarak

Tazminatın belirlenmesinde haksız fiilin gerçekleştiği an, olayın mahkemeye/kazâyâ taşındığı an gibi farklı zaman dilimleri dikkate alınabilir. Ancak bunlardan tazminatın amacını gerçekleştirmeye en yakın olan esas alınmalıdır. Bu başlıkta İslâm hukukunda ve Türk hukukunda tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacak an üzerindeki görüşler ele alınarak değerlendirmeye yer verilecektir.

1.4.3.2. İslâm Hukukunda

İslâm hukukunun klasik doktrinde Hanefî mezhebinde gasp ve itlâf bahislerindeki görüşlerden tazminatın belirlenme anına dair bir çıkarım yapılabilir. Bir malın misli, çarşı ve pazardan kalkmışsa yani artık o mal kıyemî hâle gelmişse, malın kıymetinin hangi gün baz alınarak belirleneceği hakkında Hanefî mezhebinde üç farklı görüş vardır. Ebû Hanîfe'ye göre tarafların meseleyi yargıya taşıdıkları gün, Ebû Yûsuf'a göre gaspın gerçekleştiği gün ve Şeybânî'ye göre malın piyasadan çekildiği günkü kıymeti dikkate alınmalıdır.¹⁴³⁰ Ebû Hanîfe, hâkimin hükmüyle mislinin kıymete dönüşüp vacip olacağını düşünür.¹⁴³¹ Ebû Yûsuf, tazminata hükmedilmesine yol açacak sebebin gasp günü tahakkuk etmesinden hareket eder.¹⁴³² Şeybânî, gasp sebebiyle kişinin zimmetinde sabit olan tazminat yükümlülüğünün türünün misli olduğunu ve ancak malın piyasadan kalkması (inkıta) suretiyle misli'nin kıymete dönüşeceğini düşünür.¹⁴³³ Mecelle'nin 416. maddesinin şerhinde de belirtildiği üzere Mecelle'de, itlâf ve gaspın gerçekleştiği an tercih edilmiştir.¹⁴³⁴ Ancak İslâm hukukunun modern doktrinde yargılama gününün esas alınmasının bugün için daha adil olduğu belirtilmektedir.¹⁴³⁵ Kanaatimizce de Ebû Hanîfe tarafından savunulan görüş -zaten mezhebin görüşü olarak telakki edilmiştir¹⁴³⁶-

¹⁴³⁰ Meydânî, *el-Lübâb*, s. 385; Zuhaylî, *Nazariyyetü 'd-Damân*, s. 90; Şener, "Gasp ve İtlâf", s. 46.

¹⁴³¹ Canbulat, "Gasb ve İtlâf", s. 56.

¹⁴³² Canbulat, "Gasb ve İtlâf", s. 56.

¹⁴³³ Canbulat, "Gasb ve İtlâf", s. 57.

¹⁴³⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, I, 616.

¹⁴³⁵ Benli, "Manevi Tazminat", s. 73.

¹⁴³⁶ "En sahih olan görüş Ebû Hanîfe'nin görüşüdür. Çünkü tazminlerde aslıden kıyemîye dönüş sırf malın piyasadan çekilmesiyle sabit olmaz. Nitekim mal sahibin sabretmesi halinde mal piyasada bulununcaya kadar sabrederse malın mislini alma hakkı olur." Meydânî, *el-Lübâb*, s. 385.

aradan geçen sürede paranın değeri kaybına uğrayabilmesi (enflasyon) nedeniyle daha adil görünmektedir.¹⁴³⁷

1.4.3.3. Türk Hukukunda

Tazminatın belirlenme anı Türk hukuk doktrininde de tartışmalıdır.¹⁴³⁸ Haksız fiil sonucu meydana gelen zararın doğduğu an,¹⁴³⁹ hükme en yakın an¹⁴⁴⁰ ve hâkim kanaate göre hüküm anı¹⁴⁴¹ bunlardandır. Yargıtay ise zararın meydana geldiği tarihin esas alınmasını ancak bu andan hüküm anına kadar işleyen faizin belirlenerek tazminat miktarına eklenmesi yönünde kararlar vermektedir.¹⁴⁴² İslâm hukuku perspektifinden Yargıtay'ın görüşü incelendiğinde, bir farklılık olarak, İslâm hukukunda zararın belirlenmesinde yasak olması nedeniyle faiz dikkate alınmaz.

1.4.3.4. Değerlendirme

Hem İslâm hukukunda hem Türk hukukunda tazminatın belirlenme anıyla ilgili olarak hukukçular farklı kanaatler taşımaktadır. İslâm hukuk doktrininde savunulan diğer görüşlere nazaran Ebû Hanîfe tarafından savunulan meselenin yargıya taşındığı günün esas alınması görüşü günümüz koşullarında daha uygun bir çözüm sunmaktadır denebilir. Türk hukukunda doktrin ile uygulama arasında bu konuda bir birliğin olmadığı görülmüştür. Türk hukuk doktrinindeki baskın görüş hüküm anının esas alınması şeklindeyken, Yargıtay ise meselenin yargıya taşındığı günün esas alınması fakat aradan geçen sürenin faizinin tazminata eklenmesi görüşündedir. Kanaatimizce enflasyon etkisinin yoğun biçimde hissedildiği ülkemiz koşullarında hükme en yakın anın esas alınması daha hakkaniyetli bir yaklaşım olarak görünmektedir. Bu kapsamda adam çalıştıranın sorumluluğunda da zarar görenin zararını tazmin etmek üzere tazminat miktarı tayin edilirken dikkate alınabilecek en uygun zaman dilimi hükme en yakın andır.

¹⁴³⁷ Benzer yönde bkz. Canbulat, "Gasb ve İtlaf", s. 57.

¹⁴³⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 822; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 350.

¹⁴³⁹ Nomer, "Maddi Tazminatın Belirlenmesi", s. 42.

¹⁴⁴⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 88-89.

¹⁴⁴¹ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 602; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 265 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 823.

¹⁴⁴² "Zarar miktarını belirlerken, tazminat davasının açıldığı tarihteki değil, aracın malvarlığından çıktığı gündeki piyasa değerinin esas alınması gerekir." Yarg. 13. HD. 27.12.1988 T. 6846/6479; Yargıtay ile aynı görüşte bkz. Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 493.

1.4.4. Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Dikkate Alınan Sebepler

1.4.4.1. Genel Olarak

Tazminat miktarının belirlenmesinde zarar görenin rızası, zarar görenin kusuru, üçüncü kişinin kusuru gibi sebepler dikkate alınır. Bu sebeplerden bazıları tazminatta indirimle gidilmesine (tenkis), bazıları tazminata hiç hükmedilmemesine neden olur. Bunu hâkim takdir eder.¹⁴⁴³

1.4.4.2. Zarar Görenin Rızası

Zarar gören tarafından geçerli olarak verilmiş bir rızanın hukuka uygunluk sebebi olduğundan ve fiilin hukuka aykırılık vasfını kaldırdığından söz edilmiştir.¹⁴⁴⁴ Zarar görenin rızası geçerli değilse bu durumda rızanın tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilmesi gündeme gelir.¹⁴⁴⁵ Örneğin intihar için yapılan bir tıbbî müdahalede rıza geçerli olmadığı için bu rıza, haksız fiilin oluşumunu engellemez;¹⁴⁴⁶ bu durumda rızanın tazminatın belirlenmesinde indirim veya duruma göre tazminata hükmedilmemesi yönünde değerlendirilmesi mümkündür.¹⁴⁴⁷ Hâkim bu belirlemede takdir yetkisini kullanır.¹⁴⁴⁸ Öte yandan rızanın geçersiz olduğu her hâlde rızanın tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmesi rızanın geçersiz sayılmasını anlamsız kılabilir. Bu nedenle rızanın geçersizliğine ilişkin türler göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılması gerekir.¹⁴⁴⁹

1.4.4.3. Zarar Görenin Kusuru

Zarar görenin kusuru, tazminatın belirlenmesinde dikkate alınan diğer bir sebeptir.¹⁴⁵⁰ Bu durum Türk hukuk doktrininde “müterafık/birlikte/ortak kusur” olarak ifade edilmektedir.¹⁴⁵¹ Zarar görenin kusurunun tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate

¹⁴⁴³ Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 349-350; Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 187.

¹⁴⁴⁴ Bkz. II. Bölüm, 3.1.4.4.2.

¹⁴⁴⁵ Polat, *Sorumluluk Hukukunda Rıza*, s. 188.

¹⁴⁴⁶ Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 180.

¹⁴⁴⁷ Polat, *Sorumluluk Hukukunda Rıza*, s. 188; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 180; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 250.

¹⁴⁴⁸ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 251.

¹⁴⁴⁹ Rızanın geçersizlik türlerine göre tazminattan bir indirim sebebi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hakkında detaylı bir inceleme için bkz. Polat, *Sorumluluk Hukukunda Rıza*, s. 189-197.

¹⁴⁵⁰ Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 511.

¹⁴⁵¹ Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 181; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 567; Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 191; Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 57.

alınabilmesi için zarar görenin kusuru ile zarar arasında uygun illiyet bağının tesisi gereklidir.¹⁴⁵²

Zarar görenin kusuru “zararın doğmasında” veya “zararın artmasında” etkili olabilmektedir.¹⁴⁵³ Zarar görenin kusuru zararın doğmasında etkili olmuşsa tazminata hükmedilmezken, zararın artmasında etkili olmuşsa tazminat miktarında indirim yapılır.¹⁴⁵⁴

Zarar görenin kusuru, kusura dayanmayan sorumluluk hâllerinde de uygulanmakta ve tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilmektedir.¹⁴⁵⁵ Kusura dayanmayan sorumluluk hâllerinde zarar verenin ek kusuru (*munzam kusur*) varsa zarar verenin kusurunun fazlalığı oranında zarar görenin kusuru etkisizleşmektedir.¹⁴⁵⁶

1.4.4.4. Üçüncü Kişinin Kusuru

Tazminatın belirlenmesinde üçüncü kişinin kusuru da değerlendirilir. Üçüncü kişinin fiili, zarar verenin haksız fiilindeki illiyet bağıni kesebilecek derecedeyse sorumluluğun doğmasını engeller ve böylelikle tazminata hükmedilmez.¹⁴⁵⁷ Aksi hâlde zarardan indirim sebebi olarak dikkate alınır.¹⁴⁵⁸

1.4.4.5. Zarar Veren Kusuru

Zarar verenin kusurunun varlığı, kusura dayanmayan sorumluluk hâllerinde -her ne kadar kurucu bir unsur olmasa da- tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır.¹⁴⁵⁹ Örneğin adam çalıştırmanın yanlış talimat vermesi böyledir. Bu durum doktrinde “munzam (eklenen, fazladan) kusur” olarak adlandırılmakta¹⁴⁶⁰ ve böyle bir durumda tazminat miktarında indirim yapılması gündeme gelmektedir.¹⁴⁶¹

¹⁴⁵² Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 181; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 251.

¹⁴⁵³ Yazar, Yazar, ve Yerlikaya, *Tazminat Hukuku*, s. 746; Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, s. 58.

¹⁴⁵⁴ Yazar, Yazar, ve Yerlikaya, *Tazminat Hukuku*, s. 746; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 567.

¹⁴⁵⁵ Baysal, *Zarar Görenin Kusuru*, s. 245.

¹⁴⁵⁶ Baysal, *Zarar Görenin Kusuru*, s. 249.

¹⁴⁵⁷ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 249-250; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 583.

¹⁴⁵⁸ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 250; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 583.

¹⁴⁵⁹ Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 510.

¹⁴⁶⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 54, 156; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 248.

¹⁴⁶¹ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 248.

1.4.4.6. Beklenmedik Hâl ve Mücbir Sebep

Tazminatın belirlenmesinde, zararın doğmasına veya artmasına etki eden beklenmedik hâl (mücbir sebep)¹⁴⁶² de dikkate alınır.¹⁴⁶³ Ancak bunun için söz konusu hâl illiyet bağıni kesebilecek yoğunlukta olmalıdır.¹⁴⁶⁴

Beklenmedik hâl altında değerlendirilebilecek bir diğer husus, zarar görenin bünyevî yatkınlığıdır. Bünyevî yatkınlık, “Doğuştan veya sonradan kazanılan bir sakatlık, bir araz, gizli veya açık bir hastalık yüzünden, vücudun (bünyenin) dış etkilere karşı korunma ve direnç gücündeki noksanlık veya belirli hastalıklara kolayca yakalanma eğilimidir.”¹⁴⁶⁵ Buna göre zarar görenin alerji, hemofoli gibi çeşitli hastalıkları zararın artmasında rol oynamışsa söz konusu etkenler tazminat miktarı belirlenirken indirim sebebi olarak dikkate alınır.¹⁴⁶⁶

2. Müteselsil Sorumluluk

2.1. Genel Olarak

Müteselsil sorumluluk, ancak kanunda öngörülen hâllerde doğan istisnai nitelikte (borçların bölünmesi kuralının¹⁴⁶⁷ bir istisnası) bir sorumluluktur.¹⁴⁶⁸ Bazı hâllerde bir borç ilişkisinde birden fazla kişi bulunabilir.¹⁴⁶⁹ Bu hâllerde borçlulardan her birinden

¹⁴⁶² Mücbir sebep ile beklenmedik hâl aynı şeyler değildir. Burada her ikisinin birlikte ve neredeyse eş anlamlı olarak ele alınmasında sonuç itibarıyla bir farklılık bulunmaması dikkate alınmıştır. Bu ikisi arasındaki farklara dipnotta işaret edilmesi uygun olur. Mücbir sebep ile beklenmedik hâl arasındaki fark nicelik yönündendir. Mücbir sebep beklenmedik hâle göre daha yoğun ve kaçınılmazdır. Mücbir sebebin unsurlarından biri haricilik olmasına karşın beklenmedik hâlin işletme veya faaliyet içi bir olaydan kaynaklanabilmesi mümkündür. Sorumluluk bakımından en önemli fark, mücbir sebebin her zaman illiyet bağıni kesmesi ve sorumluluğu ortadan kaldırması karşısında beklenmedik hâl bakımından her zaman sorumluluğun ortadan kalktığından söz edilememesidir. Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 176; İlliyet bağıni kesen bir hâl olarak mücbir sebep hakkında ayrıca bkz. II. Bölüm, 3.1.3.6.1.

¹⁴⁶³ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 582.

¹⁴⁶⁴ Yarar, Yarar, ve Yerlikaya, *Tazminat Hukuku*, s. 746.

¹⁴⁶⁵ Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 156.

¹⁴⁶⁶ Yarar, Yarar, ve Yerlikaya, *Tazminat Hukuku*, s. 746; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 259; İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 206; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 160 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 774; Eren, *Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 156-157.

¹⁴⁶⁷ Latince: *Nomina sunt ipso iure divisa*.

¹⁴⁶⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1202; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 263.

¹⁴⁶⁹ Kapancı, *Borçlular Arası İlişkiler*, 3; Ayşenur Şahin Caner, *Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017, s. 2. Roma hukukunda alacaklı ve borçlu tarafların birden fazla kişi olabilmeleri mümkündür. Bu durum, tarafların iradesinden doğması hâlinde *korrealitas*, hukukî ilişkinin mahiyetinden doğması hâlinde *solidaritas* olarak adlandırılmaktaydı. Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, s. 23-26.

borcun tamamının istenip istenemeyeceği ile zararı tazmin edenlerin kendi aralarında rücu hakkını nasıl kullanacakları olmak üzere iki soru gündemdedir.¹⁴⁷⁰

Müteselsil sorumlulukta, zarar gören zarara sebebiyet veren kişilerden istediğine başvurabilmekte ve zararın tamamen karşılanmasına dek borçlular birlikte sorumlu olmaya devam etmektedir.¹⁴⁷¹ Haksız fiillerde müteselsil sorumluluğun düzenlenmesiyle zarar görenin korunması hedeflenmiştir.¹⁴⁷² Zarar gören ispat ve tahsil zorluğundan kurtulur.¹⁴⁷³ Müteselsil sorumluluğun özellikleri; alacaklının borçlulardan herhangi birine başvurabilmesi, borçlulardan her birinin edimin tamamından sorumlu olması ve alacaklının tatmin edildiği oranda diğer borçluların borçlarının sona ermesidir.¹⁴⁷⁴

2.2. İslâm Hukukunda

Müteselsil borçluluk İslâm hukukunun klasik doktrininde müstakil biçimde ele alınmamıştır. Klasik İslâm hukuku eserlerinde bu konu; kefâlet, gasp, itlâf ve şirket gibi farklı başlıklar altında değerlendirilmiştir.¹⁴⁷⁵ İslâm hukukunda borçlu veya alacaklı tarafta birden fazla kişi olması hâlinde teselsül ilişkisinin varlığı, kefâlet ilişkisinin var olması veya var sayılmasına da bağlı gözükmektedir.¹⁴⁷⁶ Birlikte bir kişinin malını itlâf eden iki kişinin -eğer aralarında kefâlet ilişkisi de yoksa- her birinden telef ettikleri malın bedelinin yarısının isteneceği belirtilmektedir.¹⁴⁷⁷ İslâm hukukunun modern doktrininde¹⁴⁷⁸ ve Mecelle’de¹⁴⁷⁹ müteselsil sorumluluğu ifade etmek üzere “*ed-duyûnu’l-müştereki*”¹⁴⁸⁰ ifadesi kullanılmış olmasına rağmen bu ifadenin yalnızca

¹⁴⁷⁰ Arsebük, *Borçlar Hukuku*, s. 595.

¹⁴⁷¹ Sebanur Aşık Zerdali, *Müteselsil Sorumlulukta Zarar Verenlerin Birbirine Karşı Rücu İlişkisi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 27; Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 266; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 809.

¹⁴⁷² Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 263. Bu durum alacaklı aleyhine halefiyet olmaz ilkesi olarak bilinmektedir. Bu ilkenin Latince karşılığı “Nemo subrogat contra se” veya “Nemo contra se subrogasse censetur” şeklindedir. Bkz. Kapancı, *Borçlular Arası İlişkiler*, s. 375.

¹⁴⁷³ Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 263; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 1202 vd.

¹⁴⁷⁴ Konuyla ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz. Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, s. 43-49.

¹⁴⁷⁵ Sinan Yılmaz, “İslâm Hukukunda Müteselsil Borçluluk”, Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi SBE, 2001, s. 10.

¹⁴⁷⁶ Yılmaz, “Müteselsil Borçluluk”, s. 10.

¹⁴⁷⁷ Yılmaz, “Müteselsil Borçluluk”, s. 23.

¹⁴⁷⁸ Mahmesânî, *en-Nazariyyetü’l-âmmeh*, II, 358.

¹⁴⁷⁹ Mecelle, m. 1091, 1092, 1093, 1094, 1095, 1096, 1097, 1098.

¹⁴⁸⁰ Tanımı: “Aynı sebepten dolayı bir başkasının zimmetinde sabit olan ve birden fazla kimseye ait bulunan alacak. Deyni müşterekte alacaklılardan her biri borcun ödenmesi talebinde bulunabilir, fakat aldığı parayı diğer ortaklarla paylaşması gerekir.” Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 102.

alacaklılar bakımından müteselsil sorumluluğu ifade etmek üzere kullanıldığı savunulmaktadır.¹⁴⁸¹

Mecelle’de müteselsil borçluluğa vücut veren çeşitli düzenlemeler vardır.¹⁴⁸² Örneğin, “*Bir cihetten dolayı medyûn olan kimseler, yek-diğerine kefil olsalar, her biri deynin mecmûiyle mutâleb olur.*”¹⁴⁸³ şeklindeki kâidenin müteselsil borçluluğa işaret ettiği söylenebilir. Aynı şekilde, Mecelle’nin 644. maddesine göre alacaklı, asıl borçlu ve kefilden istediğine başvurabilmekte ve alacaklının bunlardan birine başvurması diğerinden olan talep hakkını düşürmemektedir.¹⁴⁸⁴

İslâm hukukuna göre haksız fiillerde asıl olanın her bir borçlunun kendi hissesi oranında zararı giderme yükümlülüğü bulunduğu ve aralarında teselsülün bulunmadığı yönünde olduğu ifade edildikten sonra, bu kuralın gasp ve itlâf bahisleri özelinde istisnalarının bulunduğu belirtilmektedir.¹⁴⁸⁵ Adam çalıştırmanın sorumluluğu haksız fiil temelli bir sorumluluk türü olması nedeniyle İslâm hukukunun klasik kaynaklarında konunun gasp ve itlâf bahislerine tekabül ettiği dikkate alınarak çalışma konumuzu buradaki istisna kapsamında değerlendirmek mümkündür.

2.3. Türk Hukukunda

Türk hukukunda müteselsil borçluluk TBK m. 61’de düzenlenmiştir: “*Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.*” Görüldüğü üzere müteselsil sorumluluğun doğabilmesi için aynı veya farklı sebebin varlığı yeterlidir.

Kanuna göre müteselsil sorumluluk, “birlikte bir zarara sebebiyet verme” (tam teselsül) ve “aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olma” (eksik teselsül) hâllerinde söz konusudur.¹⁴⁸⁶ eBK döneminde benimsenen tam-eksik teselsül ayrımı TBK ile tek tip

¹⁴⁸¹ Yılmaz, “Müteselsil Borçluluk”, s. 17.

¹⁴⁸² Caner, *Müteselsil Borçluluk*, s. 26.

¹⁴⁸³ Mecelle, m. 646.

¹⁴⁸⁴ Caner, *Müteselsil Borçluluk*, s. 26-27.

¹⁴⁸⁵ Yılmaz, “Müteselsil Borçluluk”, s. 44-45.

¹⁴⁸⁶ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 301-302.

teselsül (tam teselsül) olarak birleştirilmiştir.¹⁴⁸⁷ Adam çalıştırmanın sorumluluğu açısından da böyle bir ayrıma gitme gereği artık bulunmamaktadır.¹⁴⁸⁸

Türk hukukunda müteselsil sorumluluk; kusur, sözleşme ve kanuna dayalı sorumluluk hâllerinde doğar.¹⁴⁸⁹ Bunlara ek olarak bir dava söz konusu olduğunda yargılama giderleri bağlamında da doğabilir.¹⁴⁹⁰

2.4. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda Müteselsil Sorumluluk

Adam çalıştırmanın sorumluluğunda müteselsil borçluluk ile ilgili olarak üç farklı ihtimalden söz edilebilir. Bunlar; adam çalıştırmanın -birden fazla olması hâlinde- müteselsil sorumluluğu, adam çalıştırın ile çalışanın müteselsil sorumluluğu ve adam çalıştırın ile üçüncü kişinin müteselsil sorumluluğudur. Bu başlık altında sırasıyla bu müteselsil sorumluluk hâlleri üzerinde durulacaktır.

2.4.1. Adam Çalıştırmanın Müteselsil Sorumluluğu

İlk ihtimalde, adam çalıştırın birden fazla olabilir. Adam çalıştırının sorumluluğu dikkat ve özen yükümlülüğüne dayandığına göre birden fazla adam çalıştırın, özen yükümlülüğünün unsurlarını kendi açılarından yerine getirmedikleri için birlikte sorumlu tutulabilirler.

İslâm hukukunda adam çalıştırının birden fazla olması, mütesebbiblerin ictimâ' anlamına gelir. Mecelle'nin Ali Haydar Efendi şerhinde, 922. madde şerh edilirken “iki müsebbibin ictimâ'ı” ele alınmaktadır.¹⁴⁹¹ Buradaki örnekte bir kimsenin hayvanı ahırda bağliken başka bir kişinin gelerek hayvanın ipini çözmesi ve bir diğer kişinin de ahırın kapısını açması hâlinde hayvanın ipini çözen ile ahırın kapısını açan kişilerin mütesebbib olarak aynı olayda birleştikleri üzerinde durulmaktadır. Bu örnekte hayvanın kaçması nedeniyle tazmin yükümlülüğü kapıyı açan mütesebbibe yüklenmektedir. Çünkü hayvanın ipi çözülsün bile kapı açılmadıkça hayvanın kaçabilmesi mümkün değildir.

¹⁴⁸⁷ Konuyla ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz. Halûk N. Nomer, “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk”, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler*, ed. M. Murat İnceoğlu, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012, s. 53-60.

¹⁴⁸⁸ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 266; Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Kapancı, *Borçlular Arası İlişkiler*, s. 32-40.

¹⁴⁸⁹ Kapancı, *Borçlular Arası İlişkiler*, s. 4; Toker, “Maddi Tazminatın Unsurları”, s. 103.

¹⁴⁹⁰ Kapancı, *Borçlular Arası İlişkiler*, s. 52.

¹⁴⁹¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, II, 1701.

Görüldüğü üzere, iki mütesebbibin bir araya geldiği bir olayda tazmin yükümlülüğü zararın meydana gelmesinde daha etkili olan mütesebbibe yüklenir. Buradan hareketle, bir kişiyi çalıştırarak dolaylı biçimde zararın meydana gelmesine neden olan (mütesebbib) adam çalıştıranların sayısının birden fazla olması ihtimali için bir değerlendirme yapılabilir. Adam çalıştıranın sorumluluğu temelde özen eksikliğine dayandığına göre özen yükümlülüğünün unsurları göz önüne alınarak hangi adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü ihmalinin zararın meydana gelmesinde daha fazla etkili olduğu saptanmaya çalışılır. Bir diğer deyişle, İslâm hukukunda adam çalıştıranların müteselsil sorumluluğundan ziyade hangi adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü ihlâli zararın meydana gelmesinde esas etken ise onun doğrudan sorumluluğundan söz edilir. Bunun için her somut olayın özelliği dikkate alınarak bir sonuca varılması gerekir.

Türk hukukunda böyle bir ihtimalde adam çalıştıranların göstermeleri gereken dikkat ve özeni göstermemelerinden dolayı meydana gelen zarardan sorumlulukları müteselsildir.¹⁴⁹² Ancak bunun için zararın, her iki adam çalıştırana da ilgilendiren bir işin görülmesi esnasında meydana gelmesi şarttır.¹⁴⁹³ Sonuç itibarıyla her iki adam çalıştırana da ilgilendiren bir işin görülmesi esnasında çalışanın hukuka aykırı bir fiiliyle üçüncü kişiye zarar vermesi hâlinde adam çalıştıranların özen yükümlülüklerini ihlâl etmeleri sebebiyle meydana gelen zarardan birlikte sorumlulukları söz konusudur. Burada adam çalıştıranların müteselsil sorumluluğu iki ayrı kusura dayanmayan sorumluluk hâlinin birleşmesinin bir sonucudur.

2.4.2. Adam Çalıştıran ile Çalışanın Müteselsil Sorumluluğu

Adam çalıştıranın sorumluluğunda müteselsil borçlulukla ilgili bir diğer ihtimal, aynı zararın meydana gelmesinde kusura dayanmayan biçimde sorumlu tutulan adam çalıştıranın yanı sıra, kusuru bulunması hâlinde kusura dayanan sorumlulukla sorumlu tutulacak çalışanın bir araya gelerek müteselsil sorumlu olmalarıdır.¹⁴⁹⁴ Bu durumda adam çalıştıran ile çalışanın aynı zarardan sorumlulukları doğar.¹⁴⁹⁵ Zarar gören, adam

¹⁴⁹² Arsebük, *Borçlar Hukuku*, s. 597.

¹⁴⁹³ Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, s. 60.

¹⁴⁹⁴ Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 213.

¹⁴⁹⁵ Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 264.

çalıştırandan zararını tazmin ederse adam çalıştıran iç ilişkide çalışana kusuru oranında rücu eder.¹⁴⁹⁶

İslâm hukukunun sorumluluk anlayışına göre adam çalıştıranın sorumluluğunda zararın meydana gelmesine dolaylı biçimde yol açan adam çalıştıran mütesebbib, zarar verici fiili doğrudan gerçekleştiren çalışan ise mübâşirdir. Adam çalıştıranın tesebbüb hâli ile çalışanın mübâşeret hâli aynı olayda birleştiğinden burada bir müteselsil sorumluluk hükmü öngörülebilir. Sonuç itibariyle tesebbüb hâlindeki adam çalıştıran ile mübâşeret konumundaki çalışan, zarar gören üçüncü kişinin zararının giderilmesi bağlamında müteselsil olarak sorumludur denebilir.

Türk hukukunda adam çalıştıranın sorumluluğundaki müteselsil borçluluk haksız fiiller kısmında kanunda yer alan düzenlemelerden ileri gelir. Çalışanın haksız fiilden (TBK m. 49) sorumluluğu ile adam çalıştıranın TBK m. 66'dan doğan yükümlülükleri ortak zararda birleşerek müteselsil borçluluk ilişkisini meydana getirir.¹⁴⁹⁷ Ancak adam çalıştıranın sorumluluğunda gündeme gelen müteselsil sorumluluk bu hâl ile sınırlı değildir. Muhtemel diğer hâller aşağıda incelenecektir.

İslâm hukukunun sorumluluk anlayışında hukukî sorumluluk için kusur aranmadığından, adam çalıştıran ile çalışanın müteselsil sorumluluğunun doğması için çalışanın kusuruna bakılmaz. Türk hukukunda ise kusur sorumluluğu prensibi dolayısıyla çalışanın ancak kusuru varsa sorumluluğu gündeme gelir ve burada müteselsil borçluluktan söz edebilir.¹⁴⁹⁸ Buna göre İslâm hukukundaki objektif sorumluluk anlayışının zarar görenin zararını giderme noktasında daha elverişli olduğu ve haksız fiillerde müteselsil borçluluğun düzenlenmesindeki amaca (zarar gören kişiyi korumak) daha fazla hizmet ettiği söylenebilir. Esasen bu husus, aynı zamanda kusura dayanmayan sorumluluk anlayışının gelişiminde rol oynayan düşüncelerden biri olan çalışanın ekonomik durumunun çalıştırana göre daha kötü olması nedeniyle zarar görenin zararının giderilmesinin çalıştırana oranla daha düşük olmasıyla irtibatlıdır. Öte yandan bazı durumlarda çalışanın ekonomik durumu çok iyi olabilir. Örneğin çalışan günümüzde bir

¹⁴⁹⁶ Gönensay, *Borçlar Hukuku*, s. 213.

¹⁴⁹⁷ Tunçer, “İstihdam Edenlerin Mesuliyeti”, s. 1088; Çetiner, Furrer, ve Müller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 385; Yarg. 4. HD., E. 2021/9699, K. 2021/3268.

¹⁴⁹⁸ “Davalılardan İsmail için haksız eylem koşulları gerçekleşmiştir. Diğer davalı TEDAŞ'ın ise adam çalıştıran sıfatıyla kusursuz sorumluluğu bulunmaktadır.” Yarg. 4. HD. 28.9.1999 T. 3975/7960, karar için bkz. Karahasan, *Tazminat Hukuku*, s. 1052.

genel müdür, CEO gibi mevkilerde bulunabilir. Bu gibi hâllerde dahi İslâm hukukunun sorumluluk düşüncesi her iki tarafa da aynı anda müracaat yetkisi verebilmekte ve böyle bir hukukî zemini sunabilmektedir.

2.4.3. Adam Çalıştıran ile Üçüncü Kişinin Müteselsil Sorumluluğu

Adam çalıştıranın sorumluluğunda müteselsil borçlulukla ilgili gündeme gelebilecek son ihtimal, adam çalıştıranın üçüncü bir kişiyle birlikte sorumlu olmasıdır.

İslâm hukukundaki sorumluluk anlayışına göre adam çalıştıran ile üçüncü kişinin müteselsil sorumluluğu, mütesebeb ile mütesebeb veya mübâşirin bir arada bulunmasıdır. İki mütesebebin bir araya geldiği hâllerde mütesebeblerin ictimâ'na dair açıklamaya, mütesebeb ile mübâşirin bir araya geldiği hâllerde ise adam çalıştıran ile çalışanın müteselsil sorumluluğuna ilişkin açıklamalara müracaat edilebilir.

Türk hukukunda üçüncü kişinin kusura dayanan veya kusura dayanmayan bir sorumlulukla sorumlu tutulabilmesi ve adam çalıştıranla birlikte ortak bir zararın meydana gelmesi hâlinde, çalıştırılanın kusuru varsa üç taraflı müteselsil sorumluluk; eğer çalıştırılanın kusuru yoksa, iki taraflı müteselsil sorumluluk söz konusu olur.¹⁴⁹⁹ Ancak üçüncü kişinin fiili adam çalıştıranın sorumluluğunun doğması için gereken şartlardan biri olan uygun illiyet bağını kesebilecek düzeydeyse üçüncü kişinin tek başına sorumluluğundan bahsedilir.¹⁵⁰⁰

2.5. Müteselsil Sorumluluğun Hükümleri

Müteselsil borçluluk hâllerine değinildikten sonra müteselsil borçluluğun hükümleri ele alınmalıdır. Burada öncelikle iç ilişki ve dış ilişki kavramlarının ne olduğu, bu kavramların kimleri ilgilendirdiği ve bunların sonuçlarına değinilmelidir. Akabinde müteselsil borçluluğun asıl hükmü olan rücu hakkı/alacağı ele alınarak adam çalıştıranın sorumluluğunda rücu hakkının hükmü açıklanmalıdır.

2.5.1. İç İlişki ve Dış İlişki

Müteselsil borçluluğun hükümlerinde, zarar verenler ile zarar gören arasındaki “dış ilişki” ve zarar verenlerin kendi aralarındaki “iç ilişki” (rücu ilişkisi) vardır.¹⁵⁰¹

¹⁴⁹⁹ Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 272.

¹⁵⁰⁰ Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 273.

¹⁵⁰¹ Aşık Zerdali, *Rücu İlişkisi*, s. 40; Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, s. 115.

Dış ilişkide müteselsil borçlular, zararın tamamından zarar görene karşı sorumludurlar; zararın tamamı tazmin edilinceye kadar sorumlulukları devam eder.¹⁵⁰² Zarar gören, müteselsil sorumlulardan birine veya birkaçına başvurabileceği gibi hepsine de başvurabilir.¹⁵⁰³

Zarar görene tazminatın ödenmesinden sonraki aşamada zarar verenler arasında bunun nasıl paylaşılacağı sorunu, müteselsil sorumluların aralarındaki iç ilişkiyle çözümlenir.¹⁵⁰⁴ İç ilişkide, ifada bulunan borçlunun birlikte sorumlu olduğu borçlulardan hangisine ve ne oranda başvurabileceği değerlendirilir ve bununla zararın zarar verenler arasında adil bir biçimde taksimi hedeflenir. Payından fazla ödemede bulunan kişinin rücu hakkı vardır.¹⁵⁰⁵

2.5.2. Adam Çalıştırmanın Çalışana Rücu Hakkı

Sorumluluğun sonucu tazminat, tazminatın sonucu rücutur.¹⁵⁰⁶ Özü itibariyle bir alacak hakkı olan rücu hakkı, başkasının nihaî olarak üstelenmesi gereken yükü geçici olarak üstlenen kişinin, o kişiden alacaklıya yaptığı kendi payından fazla edanın tamamını veya bir kısmını geriye dönerek talep etmesidir.¹⁵⁰⁷ Rücu alacağı için adam çalıştırmanın, zarar görenin zararını tazmin borcunu tamamen veya kısmen ifa etmesi şarttır.¹⁵⁰⁸

Adam çalıştırmanın, çalışanın fiilinden sorumlu tutulması sonrasında ek bir değerlendirme daha yapılmalıdır. Adam çalıştırın ve çalışanı arasındaki iç ilişkide yapılan ve Türk hukuk doktrininde “denkleştirme ilişkisi”¹⁵⁰⁹ olarak adlandırılan bu değerlendirme, ilk planda zarar görenin zararın giderilmesiyle zarar gören lehine sağlanan hakkaniyet dengesinin, nihai aşamada adam çalıştırın aleyhine olmamasını temin eder.¹⁵¹⁰ Bu değerlendirmede, çalışanın kusurunun olup olmadığı ve varsa kusurunun oranı tespit edilir. Bundan sonra adam çalıştırın, kusuru oranında çalışana rücu edebilir.

¹⁵⁰² Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, s. 46-47; Tercier, Pichonnaz, ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 649.

¹⁵⁰³ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 659; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 234.

¹⁵⁰⁴ Aşık Zerdali, *Rücu İlişkisi*, s. 45.

¹⁵⁰⁵ Aşık Zerdali, *Rücu İlişkisi*, s. 51; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 667.

¹⁵⁰⁶ Reisoğlu, *İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti*, s. 96.

¹⁵⁰⁷ Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, s. 254; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 668; Emine Koçano Rodoslu, *Rücu Hakkı*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016, s. 5, 7; Aşık Zerdali, *Rücu İlişkisi*, s. 50.

¹⁵⁰⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 630; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 270-271.

¹⁵⁰⁹ Şahin Caner, *Müteselsil Borçluluk*, s. 252.

¹⁵¹⁰ Kapancı, *Borçlular Arası İlişkiler*, s. 355.

Buradaki müessese TBK m. 66/IV’te düzenlenmiştir: “*Adam çalıştıran ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.*” Burada “bizzat sorumlu olduğu ölçüde” ifadesi gereği adam çalıştıran, çalışandan kendi ödediği miktardan fazlasını isteyemez.¹⁵¹¹ Eş deyişle adam çalıştıranın çalışanına rücu hakkının üst sınırını ödediği miktar oluşturur.¹⁵¹²

Türk hukukunda çalışan kusurlu değilse veya ayırt etme gücünden yoksunsa adam çalıştıran ona rücu edemez.¹⁵¹³ İslâm hukukunda hukukî sorumluluğun doğması için kusurun aslî bir şart olarak aranmaması ile ayırt etme gücünden yoksun olanların dahi verdikleri zararı giderme yükümlülüklerinin bulunduğu hususları birlikte değerlendirildiğinde, İslâm hukuku bakımından kusurun yerini objektif bir kriter alır. Burada ancak hakkaniyet gerektiriyorsa ve hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde adam çalıştıranın çalışana rücu edebileceği söylenebilir.

3. Dava

3.1. Genel Olarak

Adam çalıştıranın sorumluluğunun yargılama hukuku boyutu ispat hukuku ağırlıklıdır. Burada öncelikle davanın tarafları belirtilecek, sonrasında ispat yükü ele alınacak ve ardından Türk hukukunda görevli ve yetkili mahkemeye temas edilecektir.

3.2. Taraflar

Her davada davacı ve davalı olmak üzere iki taraf bulunur. Adam çalıştıranın sorumluluğundaki davada kural olarak, davacı haksız fiil sonucu zarar gören kişiye, davalı denetim ve gözetim yükümlülüğünü ihlâl eden adam çalıştıran kişidir.¹⁵¹⁴

Davacı tarafta zarar gören haricinde kimin/kimlerin yer alabileceği tazminat türüne göre değişmektedir. Maddî tazminat alacağı malvarlığına ilişkin bir alacak hakkı olduğu için herhangi bir alacak hakkı gibi devredilebilir. Bu durumda davacı, bu hakkı devralanlardır. Eğer zarar gören maddî tazminat alacağını talep etmeden önce ölürse bu alacak hakkı mirasçılara geçer ve mirasçılar davacı konumundadır.¹⁵¹⁵ Manevî tazminat

¹⁵¹¹ Sağlam, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 159; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 718.

¹⁵¹² Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 271; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 158; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 630.

¹⁵¹³ Sağlam, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 159; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 718.

¹⁵¹⁴ Yazar, Yazar, ve Yerlikaya, *Tazminat Hukuku*, s. 747.

¹⁵¹⁵ Karaosmanoğlu, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 176.

davası açma hakkı ise kişilik hakkı ihlâl edilen kişiye aittir. Manevî tazminat alacağı hakkı, karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemediği gibi, mirasbırakan tarafından ileri sürülmedikçe mirasçılara geçmez.¹⁵¹⁶

Davalı taraf adam çalıştıranların müteselsil sorumluluğu varsa bir veya birden fazla adam çalıştıranken, adam çalıştıran sıfatı tüzel kişiye aitse tüzel kişidir. Maddî tazminat davası malvarlığına ilişkin alacak davası olduğu için alacaklının ölümü hâlinde bu yükümlülük mirasçılara geçer. Adam çalıştıran manevî tazminat davası açılmadan ölürse mirasçılara karşı dava açılırken, dava açıldıktan sonra ölürse açılmış olan dava mirasçılara karşı devam ettirilir.¹⁵¹⁷

3.3. İspat Yükü

3.3.1. Genel Olarak

Yargılama hukukunda ispat yükü üzerinde olan taraftan meşru ispat vasıtaları yoluyla iddiasını ispatlaması beklenir. İspat yükü, vakıaların kim tarafından ispat edileceğini gösteren ve iddia konusu vakıanın ispat edilememesi hâlinde aleyhine karar verilecek tarafça iddianın ispat edilmesine ilişkin bir külfettir.¹⁵¹⁸ İspat yükü taraflarla değil, tarafların iddia ettikleri vakıalarla ilgilidir.¹⁵¹⁹ Hangi hususa ilişkin delilin eksik kaldığı gözetilerek ispat yükünün hangi tarafta olduğu belirlenir.¹⁵²⁰

3.3.2. İslâm Hukukunda

İslâm yargılama hukukuna hâkim olan ilkelerden birisi de masumiyet karânesidir. Buna göre, bir kimsenin borçsuz ve suçsuz olması asıldır ve bunun aksini iddia edenin delil getirmesi gerekir.¹⁵²¹ Nitekim bu hususta “*Berâet-i zimmet asıldır.*”¹⁵²² ve “*Beyyine, müdde’î için (davacı) ve yemin münkir (davalı) üzerinedir.*”¹⁵²³ kâideleri vardır. Bu kâideyle irtibatlı başka bir kâide de “*Beyyine hilâf-ı zâhiri isbât için ve yemin aslı ibkâ*

¹⁵¹⁶ Karaosmanoğlu, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 177.

¹⁵¹⁷ Karaosmanoğlu, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, s. 179.

¹⁵¹⁸ Hakan Pekcanitez, *Medenî Usûl Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017, II, 1693-1695; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, II, 1972; Ali Bardakoğlu, “İsbat”, İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2000, XXII, 492.

¹⁵¹⁹ Pekcanitez, *Medenî Usûl Hukuku*, II, 1697.

¹⁵²⁰ Pekcanitez, *Medenî Usûl Hukuku*, II, 1697.

¹⁵²¹ Atar, *İslam Yargılama Hukuku*, s. 42, 232; Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âm*, II, 984.

¹⁵²² Mecelle, m. 8.

¹⁵²³ Mecelle, m. 76.

içindir.”¹⁵²⁴ şeklindedir. Sonuç itibariyle İslâm yargılama hukukunda ispat yükü bakımından genel kural, iddia sahibinin (davacı) iddiasını ispatlamak üzere delil getirmesidir. Delil getirememesi ihtimalinde ise son çare olarak karşı tarafa yemin teklif edilir.¹⁵²⁵

İslâm hukukunda ispat yükünün hangi tarafta olduğunu belirlerken borçlunun yed’ine bakılır.¹⁵²⁶ Borçlunun yed’inin emîn olması hâlinde ispat yükü alacaklıdayken, damân olması hâlindeyse borçludur.¹⁵²⁷ Ayrıca başlangıç itibariyle yed-i emîn olan borçlunun, sonuç itibariyle yed-i damân olması mümkündür.¹⁵²⁸ Örneğin teaddî bunların başında gelir. Bu gibi hâllerde de ispat yükü borçludur.

Bu bilgiler ışığında çalışan, genel olarak yed-i emîn kabul edildiğine göre meydana gelen herhangi bir zarardan dolayı açılacak sorumluluk davasında ispat yükü çalışanda değil, onu çalıştırandadır.¹⁵²⁹ Böyle bir bakış açısı adam çalıştırmanın sorumluluk karînesini çürütmek için sorumluluktan kurtuluş kanıtı getirmek üzere bırakılması düşüncesiyle paralellik arz eder.¹⁵³⁰

Fonksiyonel bağda ecîrin teaddîsinden bahsedilmiş ve teaddînin burada hukuka aykırılıkla birlikte kusuru da kapsar bir manada olduğu belirtilmişti. Ecîrin teaddîsinin belirlenebilmesi de ispat yükünün bir diğer konusunu oluşturur. Ecîrin, kendisine gördürülen işi mutat olduğu üzere yaparken kendisine çizilen sınırı aşp aşmadığı tespit edilirken iki âdil bilirkişiye (*ehl-i hibre*) müracaat edilir.¹⁵³¹ Bilirkişilere müracaat sonrası ecîrin teaddîsinin bulunmadığı sonucuna varılırsa, bu durumda yukarıda izah edilen genel kural uygulanır.

¹⁵²⁴ Mecelle, m. 77.

¹⁵²⁵ Mehmet Atıf Bey Kuyucaklızâde, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*, İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2020, s. 193-194.

¹⁵²⁶ Yed durumuyla ilgili bilgi için bkz. I. Bölüm, 3.2.1.

¹⁵²⁷ Akman, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet*, s. 180.

¹⁵²⁸ Bu hâller için bkz. Akman, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet*, s. 192-193.

¹⁵²⁹ Benzer biçimde adette ihtilafa düşen koyun sahibi ile çoban arasındaki ihtilafta, çobanın sözüne itibar edileceği ve mevcut durumun aksini ispat etmek üzere koyun sahibinin delil getirmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Bağdâdî, *Mecmaü’l-damânât*, s. 108.

¹⁵³⁰ Bkz. II. Bölüm, 3.2.3.1.

¹⁵³¹ Ebü’l-Kasım Abdülkerîm b. Muhammed er-Rafîû, *el-Azîz fî şerhi’l-vecîz=eş-Şerhü’l-kebîr: tetimme kitâbi’l-gasb ilâ esnâi kitâbi’l-icâre*, Dubai: Câizetü Dübey ed-Devliyye li’l-Kur’âni’l-Kerîm, 2016, s. 15.

3.3.3. Türk Hukukunda

Türk hukukunda ispat yükü bakımından genel kural, TMK m. 6’da “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*” ve HMK’nın 190. maddesinde belirtildiği üzere “*İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.*” şeklindedir.¹⁵³²

Dar anlamda haksız fiil hukukunda (TBK m. 49) zarara uğrayan, zararın varlığını ve haksız fiilin koşullarının gerçekleştiğini ispatlamakla yükümlüdür.¹⁵³³ TBK m. 50’de “*Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.*” hükmüyle bu durum belirtilir. Ancak kusura dayanmayan sorumluluk hâllerinde bu kurala bir istisna getirilerek ispat yükü tazminat borçlusuna yüklenmektedir.¹⁵³⁴ Çünkü bu gibi hâllerde sorumluluk karînesi söz konusudur.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun, özen yükümlülüğünün yerine getirilmediği şeklindeki kabule, yani sorumluluk karînesine dayandığı ifade edilmişti. Bu nedenle burada bir ispat hukuku müessesesi olarak karîneye kısaca değinilmelidir. İspat hukukunda karîne, belirli olan karîne temelinin ispat edilmesiyle belirli olmayan diğer bir olay için çıkarılan sonuçtur.¹⁵³⁵ Dolayısıyla karînenin bulunduğu durumlarda karîneye dayanan tarafın ispat yükü yoktur. Adam çalıştırmanın sorumluluğundaki sorumluluk karînesi nedeniyle ispat yükü adam çalıştırandadır.

Karîneler, fiilî karîneler ve kanunî karîneler olarak ikiye ayrılır. İspat yükü için istisna getirilmesi kanunî karînede söz konusudur.¹⁵³⁶ Kanunî karîneler de aksi ispatlanamaz, yani kesin karîneler ile aksi ispatlanabilir, yani âdi karînelerden oluşur.¹⁵³⁷ Adam çalıştırmanın sorumluluğundaki sorumluluk karînesi âdi kanunî bir karînedir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunda ispat yükü kural olarak adam çalıştırandadır. Ancak zarar gören davacının da ispatlaması gereken bazı hususlar vardır. Bunlar; zarar ve zarara neden olan fiille zarar arasındaki illiyet bağı,¹⁵³⁸ zararın işin icrası esnasında

¹⁵³² Pekcanıtez, *Medenî Usûl Hukuku*, II, 1696.

¹⁵³³ Pekcanıtez, *Medenî Usûl Hukuku*, II, 1696-1697.

¹⁵³⁴ Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 192.

¹⁵³⁵ Pekcanıtez, *Medenî Usûl Hukuku*, II, 1655; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, II, 2006.

¹⁵³⁶ Detaylı bilgi için bkz. Pekcanıtez, *Medenî Usûl Hukuku*, II, 1655-1663.

¹⁵³⁷ Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, II, 2012-2013.

¹⁵³⁸ Yazar, Yazar, ve Yerlikaya, *Tazminat Hukuku*, s. 747.

meydana geldiği ve bağımlılık ilişkisidir.¹⁵³⁹ Tazminatın belirlenmesinde dikkate alınan sebepleri (zarar görenin kusuru, mücbir sebep gibi) ispat yükü genel kural çerçevesinde belirlenir ve iddia eden taraftadır.¹⁵⁴⁰

3.4. Türk Hukukunda Görevli ve Yetkili Mahkeme

Haksız fiillerde yetkili mahkemeler; haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi, zararın meydana geldiği yer mahkemesi, zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi, zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi ve genel yetkili mahkeme olarak davalının yerleşim yeri mahkemesidir.¹⁵⁴¹ Haksız fiillerde görevli mahkeme ise HMK m. 2 hükmü uyarınca asliye hukuk mahkemesidir.¹⁵⁴²

4. Zamanaşımı

4.1. Genel Olarak

Hukuk sistemleri, zaman mefhumunun tabii ve sosyal hayat üzerindeki etkilerini dikkate alarak zamanaşımı müessesesini düzenlemişlerdir.¹⁵⁴³ Nitekim bir hakkın doğmasının üzerinden oldukça uzun bir süre geçmesi hâlinde, hakkın doğumuna ilişkin delilleri muhafaza etmenin oldukça meşakkatli bir hâl alacağı ve hakkın muhafaza ve müdafaa edilemez hâle geleceği açıktır.¹⁵⁴⁴

İslâm hukukunda zamanaşımı, bir olay üzerinden belirli bir sürenin geçmiş olmasıdır ki, kimi hâllerde o olay hakkında davanın dinlenmesine bir engel teşkil eder.¹⁵⁴⁵ Türk hukukunda zamanaşımı, kanunda belirtilen sürenin alacaklının alacağını elde etme

¹⁵³⁹ Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 287; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 580.

¹⁵⁴⁰ Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 288.

¹⁵⁴¹ Pekcanitez, *Medenî Usûl Hukuku*, I, 286; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, I, 482; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 650-651.

¹⁵⁴² Pekcanitez, *Medenî Usûl Hukuku*, I, 114; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 652.

“HMK MADDE 2- (1) Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.”

¹⁵⁴³ Zahid Çandarlı, *Borçlar Hukukunda Müruru Zaman*, Ankara: Titaş Basımevi, 1943, s. 5, 13.

¹⁵⁴⁴ Çandarlı, *Müruru Zaman*, s. 10; Kelami Özdemir, “İslâm Hukukunda ve Türk Hukukunda Zamanaşımı”, Yayınlanmamış YL Tezi, Kayseri, Erciyet Üniversitesi SBE, 1995, s. 41.

¹⁵⁴⁵ Bilmen, *Kâmus*, VIII, 82; Davut Yaylalı, “İslam Hukukunda Zamanaşımı”, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* IV, sy 4 (1992): 157.

konusunda hareketsiz kalması nedeniyle geçmesi hâlinde borçlunun ifadan kaçınma hakkını elde ettiği süredir.¹⁵⁴⁶

Zamanaşımı bir hakkın düşmesine neden olabildiği gibi, bir hakkın kazanılmasını da sağlayabilir.¹⁵⁴⁷ Bunlardan ilkinde düşürücü zamanaşımı (*iskâtî mürûru 'z-zamân*),¹⁵⁴⁸ ikincisine kazandırıcı zamanaşımı (*iktisâbî mürûru 'z-zamân*) denir.¹⁵⁴⁹

4.2. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunda Zamanaşımı

4.2.1. Genel Olarak

Düşürücü zamanaşımının dikkate alındığı adam çalıştıranın sorumluluğunda, zamanaşımının hem üçüncü kişinin tazminat alacağı hem de adam çalıştıran ile çalışan arasındaki rücu alacağı bakımından sonuçları vardır. Öncelikle çalışanın hukuka aykırı fiiliyle üçüncü bir kişiye verdiği zarar sonrasında üçüncü kişinin adam çalıştıranı yöneltebileceği bir alacak hakkı doğar. Bu hak öngörülen zamanaşımı sürelerinde yargıya taşınmazsa zamanaşımının düşürücü etkisi gündeme gelir ve bu süreden sonra zarar görenin alacak hakkı yargı mercilerince dikkate alınmaz. Bundan sonra çalışanın kusurlu olduğu ölçüde ödediği miktarı çalışanına rücu etme yönünde bir hakkı bulunan adam çalıştıran, bu hakkının belirli bir süre içerisinde kullanmalıdır. Aksi hâlde bu hakkı talep ve dava edilemez. Adam çalıştıranın sorumluluğunda düşürücü zamanaşımı etkili olduğu için burada İslâm hukukunda ve Türk hukukunda zamanaşımın bu türü üzerinde durulmaktadır.

4.2.2. İslâm Hukukunda

İslâm hukukunda zamanaşımının hak kazandırması veya hakkı kaybettirmesi¹⁵⁵⁰ söz konusu değildir çünkü İslâm hukuku, mülkiyet ve mülkiyete bağlı hakları zamana bağlı

¹⁵⁴⁶ Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, s. 273; Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010, s. 7; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 1030; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 586.

¹⁵⁴⁷ Demiray, *Hak Zâil Olmaz*, s. 230-231.

¹⁵⁴⁸ Türk hukuku bakımından “düşürücü zamanaşımı” deyiminin kullanımı hakkındaki görüş için bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 587; “Hak düşürücü süre” ile aralarındaki farklar için ayrıca bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, 587.

¹⁵⁴⁹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 562; Detaylı tarifler için bkz. Osman Şahin, *İslâm Hukukunda Zamanaşımı*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2016, s. 87, 95.

¹⁵⁵⁰ Çandarlı, *Müruru Zaman*, s. 8; Fatih Yakar, *İslam Hukukunda Hakkın Düşmesi*, İstanbul: Kubbealtı, 2013, s. 34; Demiray, *Hak Zâil Olmaz*, s. 235.

olmaksızın güvence altına almıştır.¹⁵⁵¹ Bu durum Mecelle’de “*Tekâdüm-i zamân ile (zamanaşımıyla) hak sâkıt olmaz.*”¹⁵⁵² şeklinde düzenlenmiştir.

Bununla birlikte İslâm hukukunun klasik doktrininde Hanefî ve Mâlikîler alacak ve hak davasının kabul edilmemesi olarak zamanaşımına etki tanırırlar.¹⁵⁵³ Dolayısıyla İslâm hukukunda zamanaşımının dava edilebilme vasfını kaybettirmesi açısından iskâtî karakteri dikkate alınır.¹⁵⁵⁴ İskâtî mürûru zaman, savunma sebeplerinden biri olarak yargılama hukukunda göz önünde bulundurulur.¹⁵⁵⁵ Mecelle’ye göre de mürûru zaman dolayısıyla hakkın aslen var olmadığı kanunî bir karîne olarak kabul edilmekte ve ancak açık veya zımnî şekilde haksızlığın ortaya çıkması veya ikrar yoluyla ispatlanması hâllerinde mürûru zamâna dayanma imkânı ortadan kalkabilmekteydi.¹⁵⁵⁶

4.2.3. Türk Hukukunda

Türk hukukunda düşürücü zamanaşımı ise TBK’da düzenlenir ve borçlar hukukunda incelenir. Zamanaşımına uğramış bir borç talep ve dava edilebilir olsa da borçlu, ifadan kaçınma hakkını ileri sürebilir.¹⁵⁵⁷ Bu bir def’idir ve ancak borçlu tarafından ileri sürülürse hâkim tarafından dikkate alınabilir.¹⁵⁵⁸ Zamanaşımına uğrayan borç, resmî korumadan mahrum kaldığı için eksik borç teşkil eder. Türk hukukunda eksik borç, borcun yerine getirilmediği takdirde alacaklıya cebri icra yoluna başvurma yetkisi vermeyen borçtur.¹⁵⁵⁹ Roma hukukunda eksik borç, *obligatio naturalis* (tabii borç) olarak adlandırılmakta olup zamanaşımı bunlardan biridir.¹⁵⁶⁰

Adam çalıştırmanın rücu istemine ilişkin zamanaşımı TBK’nın 73. maddesinde düzenlenmiştir: “*Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin*

¹⁵⁵¹ Yaylalı, “İslâm Hukukunda Zamanaşımı”, s. 157; Abdülkerim Ünal, “İslâm Hukukunda Zamanaşımı (Tekaddüm)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy 12 (1999): 103.

¹⁵⁵² Mecelle, m. 1674.

¹⁵⁵³ Özdemir, “İslâm Hukukunda ve Türk Hukukunda Zamanaşımı”, s. 18; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 563.

¹⁵⁵⁴ Çandarlı, *Müruru Zaman*, s. 8; Hanefîlerin bu konuda istihsân yaptıkları ve Hanefîler ile Mâlikîler’in zamanaşımından dolayı davanın reddini kabul ettiği hakkında bkz. Yaylalı, “İslâm Hukukunda Zamanaşımı”, s. 158; Benzer açıklamalar için ayrıca bkz. Belgesay, *Kur’ân Hükümleri ve Modern Hukuk*, s. 207; Coşkun Üçok ve Ahmet Mumcu, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara: Olgaç Matbaası, 1981, s. 130; Yakar, *İslâm Hukukunda Hakkın Düşmesi*, s. 34, 75.

¹⁵⁵⁵ Çandarlı, *Müruru Zaman*, s. 8.

¹⁵⁵⁶ Çandarlı, *Müruru Zaman*, s. 8; Üçok ve Mumcu, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 130.

¹⁵⁵⁷ Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 455.

¹⁵⁵⁸ Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 455.

¹⁵⁵⁹ Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 23.

¹⁵⁶⁰ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 34-38.

öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.” Rücu alacağı, alacaklının herhangi bir müteselsil borçlu tarafından tatmin edilmesiyle başlayan zamanaşımına tâbidir.

4.2.4. Değerlendirme

Adam çalıştıranın sorumluluğunda üçüncü kişinin zararı sonucunda doğan tazminat alacağı ve adam çalıştıran ile çalışan arasındaki rücu alacağı bakımından zamanaşımının düşürücü etkisi görülür. İslâm hukuku ile Türk hukuku zamanaşımının hakkı düşürmeyip yalnızca sahibinin bu hakkı ileri sürmesinde ona dava hakkı tanımaması yönünden bir benzerlik taşırlar.¹⁵⁶¹ Ancak İslâm hukukundaki kazâî ve diyânî hak ayrımı dikkate alındığında, zamanaşımının İslâm hukukunda hakkın kazâen talep edilebilirliğini engellediği ancak hakkın diyâneten varlığının devam ettiği söylenebilir. Türk hukukunda bir eksik borç olan bu durum, kazâî yönden İslâm hukukunda da bir eksik borç olarak değerlendirilebilir. Her iki hukuk düşüncesinde de borçlu, borcunu kendi rızasıyla ifa ederse bu, geçerli bir ifa olarak kabul edilir.¹⁵⁶²

4.3. Zamanaşımı Süreleri

4.3.1. İslâm Hukukunda

İslâm hukukunda mürûru’z-zamân müddeti hakkında kaynaklarda yirmi yıl, otuz yıl, otuz üç yıl gibi farklı süreler geçer.¹⁵⁶³ Mecelle’de alacak hakkı için zamanaşımı süresi on beş yıldır.¹⁵⁶⁴ Bu süre, adam çalıştıranın sorumluluğunda üçüncü kişinin, uğradığı zararı tazmin alacağı bakımından da geçerli kabul edilebilir.

Zamanaşımıyla süresiyle ilgili bir diğer konu, zamanaşımı süresinin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağıdır. Buna göre zamanaşımı süresi, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar.¹⁵⁶⁵ Mecelle’de "*Mürur-u zeman, müddeabihi (dava konusu*

¹⁵⁶¹ Arı, “İslâm Hukukuna Göre Zamanaşımı”, s. 65.

¹⁵⁶² Ahmet Kılınç, “Mecelle’ye Göre Zamanaşımı: Uygulamada Görülen Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri”, Türkiye Adalet Akademisi Uluslararası Mecelle Sempozyumu, Bursa: Bursa Büyükşehir Belediyesi, 2017, s. 137.

¹⁵⁶³ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 562; Yaylalı, “İslam Hukukunda Zamanaşımı”, s. 159; Arı, “İslâm Hukukuna Göre Zamanaşımı”, s. 78.

¹⁵⁶⁴ Mecelle, m. 1660; Çandarlı, *Müruru Zaman*, s. 9; Arı, “İslâm Hukukuna Göre Zamanaşımı”, s. 79; Diğer özel süreler için ayrıca bkz. Ünalın, “İslam Hukukunda Zamanaşımı”, s. 115-118; Arı, “İslâm Hukukuna Göre Zamanaşımı”, s. 78-80.

¹⁵⁶⁵ Çandarlı, *Müruru Zaman*, s. 16; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 525.

olan şeyi) iddiaya salahiyet geldiği tarihten itibaren olunur.”¹⁵⁶⁶ şeklindeki düzenlemeyle davacının bir şeyi dava etme yetkisine sahip olduğu an zamanaşımı süresinin başlangıcı olarak kabul edilmiştir.

4.3.2. Türk Hukukunda

Türk hukukunda genel zamanaşımı süresi on yıldır.¹⁵⁶⁷ Genel kural bu olmakla beraber, kimi hâller için iki yıl ve beş yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmüştür.¹⁵⁶⁸ Haksız fiilden doğan davalarda zamanaşımı, zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesinden itibaren iki yıl, fiilin işlenmesinden itibaren on yıldır. Ancak haksız fiil, aynı zamanda suç teşkil ediyorsa ve ceza kanunlarında bunun için daha uzun süreli bir zamanaşımı öngörülmüşse, bu takdirde daha uzun olan bu zamanaşımı süresi dikkate alınır.¹⁵⁶⁹ Adam çalıştırmanın sorumluluğu özelinde haksız fiil için ceza davası zamanaşımı süresinin zamanaşımı süresi olarak uygulanabilmesi, çalıştırmanın fiilinin suç teşkil etmesi hâlinde mümkündür.¹⁵⁷⁰

Türk hukukunda TBK m. 72¹⁵⁷¹ hükmü çerçevesinde haksız fiiller bakımından zamanaşımının işlemeye başlayacağı on yıllık zamanaşımı süresinde “fiilin işlendiği tarih” esas alınmıştır. Bu nedenle öğrenilmesi gereken başka herhangi bir husus aranmaz ve haksız fiilin işlendiği andan itibaren zamanaşımı işlemeye başlar.¹⁵⁷² On yıllık zamanaşımı süresi bir üst sınır teşkil eder. Bu üst sınır içerisinde iki yıllık zamanaşımı süresinin dolması ihtimallerinde, örneğin haksız fiilin gerçekleşmesinden dokuz yıl sonra dava açılmasında, kalan bir yıl içerisinde davanın açılması zorunluluğu vardır ve bu andan itibaren iki yıllık zamanaşımı süresi baştan işlemeye başlamaz.¹⁵⁷³

Adam çalıştırmanın sorumluluğunda zamanaşımının başlaması için zarar, zarar veren, adam çalıştırma ilişkisi ve adam çalıştırmanın öğrenilmesi gerekir ve bu andan

¹⁵⁶⁶ Mecelle, m. 1667.

¹⁵⁶⁷ Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 523; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1441.

¹⁵⁶⁸ Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 523; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1441-1443.

¹⁵⁶⁹ TBK m. 72: “Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.”

¹⁵⁷⁰ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 278; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 836.

¹⁵⁷¹ “Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”

¹⁵⁷² Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 277.

¹⁵⁷³ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 277.

itibaren zamanaşımı işlemeye başlar.¹⁵⁷⁴ Öğrenebilecek durumda olmak ve bunların bir veya birkaçının öğrenilmesi yeterli değildir; bunların tamamı bir arada olmalıdır.¹⁵⁷⁵ Bununla birlikte, zamanaşımının başlayabilmesi için ilgili unsurlar hakkında temel bilgilerin edinilmesi yeterlidir; tazminat miktarının belirlenmesindeki kadar detaylı bilgi aranmaz.¹⁵⁷⁶ Tekrarlanan bir haksız fiil varsa bu durumda zamanaşımının başlangıcı her fiil için ayrı ayrı belirlenir.¹⁵⁷⁷

4.4. Zamanaşımının Hukukî Niteliği

4.4.1. Genel Olarak

İslâm ve Türk hukuk doktrinlerinde bu konu özelinde defi' ve itiraz kavramları ön plandadır. Def'i, davalının borçlu olduğu edimi özel bir sebebe dayana ifa etmekten kaçınmasına imkân tanıyan bir haktır.¹⁵⁷⁸ İtiraz, bir hakkın doğmasına engel olan veya hakkı ortadan kaldıran olayların ileri sürülmesidir.¹⁵⁷⁹ Def'i bir hak olduğu için bu hakkı kullanılıp kullanmamak borçlunun yetkisindedir.¹⁵⁸⁰ İtiraz ise daha objektif bir durumu (vakıa) yansıttığından hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınır.¹⁵⁸¹

4.4.2. İslâm Hukukunda

İslâm hukukunda zamanaşımının hukukî niteliği itirazdır.¹⁵⁸² Çünkü zamanaşımı, kamu yararını ilgilendirir.¹⁵⁸³ Borçlu davada zamanaşımını ileri sürmese bile, borcun zamanaşımına uğradığı dosya ve diğer evraklardan anlaşılabiliriyorsa hâkim bunu değerlendirir.¹⁵⁸⁴ Ancak Osmanlı uygulamasına bakıldığında, ilk olarak mezhep görüşü

¹⁵⁷⁴ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 274-275; “Taraflar bir sözleşme ile bu süreleri uzatıp kısaltabilirler.” Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 830.

¹⁵⁷⁵ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 275.

¹⁵⁷⁶ Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 275; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 718-719.

¹⁵⁷⁷ Erdem, *Zamanaşımı*, s. 181; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 831; Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 357; Tekinay ve diğer., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 719; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, s. 276.

¹⁵⁷⁸ Pekcanitez, *Medenî Usûl Hukuku*, II, 1209.

¹⁵⁷⁹ Pekcanitez, *Medenî Usûl Hukuku*, II, 1208.

¹⁵⁸⁰ Pekcanitez, *Medenî Usûl Hukuku*, II, 1210; Arı, “İslâm Hukukuna Göre Zamanaşımı”, s. 68.

¹⁵⁸¹ “Ancak bunun için itirazın, dava dosyasına girmesi, dava malzemesi içinde yer alması gerekir.” Pekcanitez, *Medenî Usûl Hukuku*, II, 1208.

¹⁵⁸² Şahin, *İslâm Hukukunda Zamanaşımı*, s. 52; Arı, “İslâm Hukukuna Göre Zamanaşımı”, s. 69.

¹⁵⁸³ Özdemir, “İslâm Hukukunda ve Türk Hukukunda Zamanaşımı”, s. 27.

¹⁵⁸⁴ Şahin, *İslâm Hukukunda Zamanaşımı*, s. 52.

paralelinde itiraz niteliği ön plandayken, daha sonraları zamanın gereklilikleri de dikkate alınarak bugünkü hukukta benimsenen def'i niteliği kabul edilmiştir.¹⁵⁸⁵

4.4.3. Türk Hukukunda

Türk hukukunda zamanaşımının hukukî niteliği def'idir.¹⁵⁸⁶ Zamanaşımı def'i, borçluya borcunu ifa etmekten sürekli ve kesin olarak kaçınma yetkisi tanır ve maddî hukuk kökenli bir savunma sebebidir.¹⁵⁸⁷ Borçlu, def'i hakkını kullanmazsa hâkim bunu kendiliğinden dikkate alamaz.¹⁵⁸⁸ Roma hukukunda da *praescriptio longi temporis* denilen hâllerde zamanaşımının hukukî niteliği def'idir.¹⁵⁸⁹

¹⁵⁸⁵ “Mürur-ı zaman gerçekleştiğine karar verilmesi, davalının mahkemede hazır bulunarak davayı inkâr eylemesi şartına bağlanmıştır; davalı hazır bulunarak davayı inkâr etmemiş ve mürur-ı zamana dair bir şekilde iddiası geçmemiş iken mahkemece mürur-ı zaman gerçekleştiğine karar verilemez.” Osmanlı Temyiz Mahkemesi Hukuk Dairesi, 4 Şubat 1328 T. 229 sayılı K.; Şahin, *İslâm Hukukunda Zamanaşımı*, s. 53.

¹⁵⁸⁶ Mehmet Akif Tutumlu, *Zamanaşımı Def'i*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s. 30-31; Pekcanitez, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 1209-1210; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1433; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 607; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 530.

¹⁵⁸⁷ Tutumlu, *Zamanaşımı Def'i*, s. 36.

¹⁵⁸⁸ Tutumlu, *Zamanaşımı Def'i*, s. 48; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 530; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, V/1, 2, 607; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 455.

¹⁵⁸⁹ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 104.

SONUÇ

Tarihsel süreç içerisinde sorumluluk anlayışı; toplumsal koşullar ve ihtiyaçlar, din ve ahlak kuralları, örf ve âdet kuralları, teknolojik ve bilimsel gelişmeler gibi hususların etkisiyle değişim ve gelişim göstermektedir. Sorumluluğa ilişkin kurallar Sami kültür, Roma, İslâmiyet öncesi Arap ve İslâmiyet öncesi Türk toplumlarında kazuistik bir şekilde belli örnek olaylar üzerinden şekillenerek süregelmiştir. İslâm hukukunun klasik doktrini de sorumluluğu kazuistik bir yöntemle ele almış, hukukun çeşitli alanlarında münferit olaylarda sorumluluğun tanım ve sınırlarını belirleyerek bir çözüm üretmiştir.

İslâm hukukunun klasik doktrininde haksız fiil sorumluluğu özellikle gasp ve itlâf bahisleri içerisinde incelenmiştir. Kara Avrupası hukuk sisteminin kusurlu-kusursuz sorumluluk ayırımından öte İslâm hukukunda haksız fiil sorumluluğu özellikle itlâf bahislerinde yer alan mübâşeret ve tesebbüb kavramları üzerinden ele alınmıştır. Çalışmamızda, adam çalıştırmanın sorumluluğunun belirlenmesinde de bu kavramlar belirleyici olmuş, bu kapsamda adam çalıştırmanın mütesebbib, çalışanın da mübâşir olduğu sonucuna ulaşılmıştır. İslâm hukukundaki sorumluluğun belirlenmesinde kural fiil ile zarar arasındaki illiyet (mübâşeret) olmasına rağmen, adam çalıştırmanın sorumluluğunun bir tesebbüb sorumluluğu olarak çeşitli gerekçelerle bu kuralın istisnası olduğu sonucuna varılmıştır. İslâm hukukunun modern doktrininde adam çalıştırmanın sorumluluğu “nazariyyetü’l-damân” literatüründeki “*el-mes’ûliyye an fi’li’l-gayr*”, “*el-mes’ûliyye an fi’li’l-ecîr*”, “*Mes’ûliyyeti’l-metbû an’it-tâbî*” gibi başlıklar altında ele alınmaktadır.

Türk hukukunda sorumluluk bakımından mücerret metot benimsenmiş ve haksız fiil sorumluluğu, TBK m. 49’da genel bir kurala bağlanmıştır. Kusur ilkesine dayanan bu genel sorumluluk ilkesinin, Sanayi Devrimi ve sonrasında yaşanan gelişmeler sonucunda çeşitli istisnalarına yer verilmiştir. Bu istisnalardan biri de TBK m. 66’da yer alan ve çalışmamızın konusunu oluşturan adam çalıştırmanın sorumluluğudur.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğması için birtakım genel ve özel şartlar aranmaktadır. Kusur, her iki hukukta da bir şart olarak aranmadığı için bunun dışındaki şartlar, genel olarak ortaktır. Ancak sorumluluk anlayışındaki farklılık kimi yerlerde kavramsal ayrışmalara sebebiyet vermiştir.

İslâm hukuku ve Türk hukuku arasında haksız fiil sorumluluğu anlayışları açısından temel olarak bir bakış açısı farklılığı bulunmaktadır. Her iki hukukta da haksız fiil sorumluluğuna rengini veren sistem kavramsallaştırmaya yansımıştır. İslâm hukukunun “mübâşeretden itlâf-tesebbübden itlâf” ayrımı ve kavramsallaştırması İslâm hukukçularının haksız fiil sorumluluğunu değerlendirirken illiyet bağına büyük önem attıklarını ve bu unsuru merkeze aldıklarını göstermektedir. Türk haksız fiil hukukunda sorumluluğun belirlenmesinde merkezde yer alan temel bakış açısı “kusur sorumluluğu-kusursuz sorumluluk” ayrımıdır.

İslâm hukukunda haksız fiil sorumluluğunun unsurları genel olarak; fiil, zarar ve illiyet bağı (mübâşeret)’dir. Teaddî unsuru tesebbüb hâlinde aranırken, mübâşeret hâlinde aranmamaktadır. Türk hukukunda haksız fiil sorumluluğunun unsurları genel olarak; fiil, zarar, illiyet bağı, hukuka aykırılık ve kusurdur. Kusursuz sorumluluk hâllerinde ise kusur bir şart değildir.

İslâm hukukunda haksız fiil sorumluluğunun unsurlarının belirlenmesinde teaddî teriminin hangi anlama/anlamlara gelmek üzere kullanıldığının tespiti gerekmektedir. Vardığımız kanaat, teaddînin çoğunlukla -özellikle tazminle yükümlü tutmada- hukuka aykırılığı karşılamakla birlikte, bazı hâllerde -örneğin ecîrin teaddîsinde- hukuka aykırılıkla birlikte kusuru da kapsayabildiği yönündedir. Tazminle yükümlü tutmada teaddî hukuka aykırılık anlamındadır çünkü İslâm hukukçuları zararın izâle olunacağı, zararın kadîm olmayacağı vb. kâideler ile mülkiyet hakkının masuniyeti (korunmuşluğu) ve mağdurun masumiyetinden hareketle mağdurun zararının giderilmesini öncelemişlerdir. Bu nedenle haksız fiil sorumluluğunun doğması için kusuru aslî bir şart olarak aramamışlardır.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğması için haksız fiil sorumluluğunun kusur hariç şartlarının yanında, adam çalıştırma ilişkisinin mahiyetinden kaynaklanan fonksiyonel bağ, bağımlılık ve özen yükümlülüğünün yerine getirildiğine ilişkin kurtuluş kanıtı getirilememesi şartları aranmaktadır.

Çalışmamızda adam çalıştırma ilişkisinin kriteri olan bağımlılık ilişkisi dikkate alınarak adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğabileceği birçok hâl incelenmiştir. Bağımlılık ilişkisinin yoğun olduğu icâre-i âdemîde (hizmet sözleşmesi) ve usta ile çırak arasındaki ilişkide sorumluluğun doğduğu sonucuna varılmıştır. İstisnâ` akdinde Türk hukukunda bu hâlde sorumluluğun doğup doğmayacağının tartışmalı olduğu ve bazı

Yargıtay kararlarında sözleşmeye bağımlılık ifade eden kayıtların konulması suretiyle sorumluluğun doğabileceği görülmüştür. İslâm hukukunda ise malzemenin müstasnî' tarafından sağlanması hâlinde bir tür icâre-i âdemî bulunduğu gerekçesiyle bu hâle mahsus sorumluluğun doğabileceği sonucuna varılmıştır. Özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin gündemde olduğu ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkide İslâm hukukunda velâyet kaynaklı hükümlere, Türk hukukunda ise ev başkanının hukukî sorumluluğu hükümlerine öncelikle müracaat edilecektir. Bağımlılık ilişkisinin kamu hukukundan kaynaklandığı hâllerdeki hiyerarşik yapı gereği bağımlılık ilişkisinin yoğun olduğu dikkate alınarak gerekli şartların da varlığı hâlinde hem İslâm hukukunda hem Türk hukukunda sorumluluk doğabilecektir. Ortaklık ilişkisinde İslâm hukukunda mudârebe akdi, Türk hukukunda adi ortaklık sözleşmesi üzerinde durulmuş, sermaye sahibi ile sermayeyi işleten ortak arasındaki ilişkide hiyerarşik bir bağ ve emir-talimat ilişkisi bulunmadığı için bu hâlde adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğmayacağı sonucuna varılmıştır. Vekâlet akdinde de bağımlılık ilişkisi bulunmadığı için adam çalıştırmanın sorumluluğu doğmaz.

Çalışmamızda incelenen örneklerin çoğunlukla fonksiyonel bağın kesilmesiyle ilgili olduğu görülmüştür. Bu bağın kesilmesiyle birlikte tazmin yükümlülüğü bakımından her iki hukukta da istisnai bir sorumluluk türü olan adam çalıştırmanın sorumluluğu doğmadığı için genel kurala dönülerek İslâm hukukunda mübâşir, Türk hukukunda kusurlu olan çalışan sorumlu tutulmaktadır.

Burada sayılan hâller sınırlı sayıda değildir. Çalışmamızla hedeflenen örnek bazı hâllerin olaylarla desteklenerek buralardan ilkeler/kriterler çıkarılmasıdır. Bu sayede hukuk düzenlerinin karşılaşılabileceği yeni olaylar karşısında hukukî çözüm üretilebilmesi umulmaktadır. Bu bağlamda yapay zekânın çalışmaya değer bir konu olduğunu söyleyebiliriz. Teknoloji Devrimiyle birlikte hukukçuların birçok açıdan tartışıkları varlık, yapay zekâ ve özellikle yapay zekâlı insan görünümünü haiz robotlardır. Bunların verdikleri zararlardan kimin/kimlerin hangi hükümlere göre sorumlu tutulabileceği tartışılmaktadır. Yapay zekânın gerek işçi gerekse de işveren konumunda yer alması

hâlinde adam çalıştırmanın sorumluluğu, sorumluluk hukukunun yakın gelecekte gündeme gelebilecek önemli meselelerindendir.¹⁵⁹⁰

Çalışmamızda son olarak adam çalıştırmanın sorumluluğunun hukukî sonuçları ele alınmıştır. Tazminatın türüyle ilgili İslâm hukukunun klasik doktrininde daha çok maddî tazminat görüldüğü ancak açıkça belirtilmese de manevî tazminatın da tazmine konu olabileceği görülmüştür. Türk hukukunda maddî ve manevî tazminat birbirinden ayrılarak ele alınmıştır. Tazminat şeklinin belirlenmesinde Roma hukukunda nakden tazmin, İslâm hukukunda aynen tazmin ve Türk hukukunda hâkimin takdir yetkisinin olması prensip olarak kabul edilmiştir. Tazminatın belirlenme anı hakkında yargılama gününü esas alan İslâm hukukundaki Ebû Hanîfe tarafından savunulan görüş ile bugün için Türk hukuk doktrinindeki hâkim görüşün paralellik arz ettiği görülmüştür.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunda zamanaşımının yargılamanın dinlenmesine engel olan düşürücü etkisi gündemdedir. Hem İslâm hukukunda hem Türk hukukunda düşürücü zamanaşımı kabul görmekle birlikte, buna ilişkin süreler farklılaşmaktadır. İslâm hukukunda Mecelle’de alacak hakkı için on beş yıllık bir süre varken, Türk hukukunda haksız fiillerden doğan tazminat alacakları için iki yıllık kısa zamanaşımı, on yıllık uzun zamanaşımı ve daha uzun süreli ceza zamanaşımı süresi mevcuttur. Zamanaşımının hukukî niteliği İslâm hukukunun genelinde itirazken, Osmanlı uygulamasında bir kısmında, Türk hukukunda ve Roma hukukunda def’idir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğundaki muhtemel müteselsil borçluluk hâlleri; adam çalıştırıcıların birden fazla olması hâlinde bunların müteselsil borçluluğu, adam çalıştırıcının sorumluluğunun çalışanın -kusurunun varlığı hâlinde- kusura dayanan sorumluluğuyla birleşmesi hâlinde bunların müteselsil borçluluğu ve adam çalıştırıcı ile üçüncü bir kişinin kusurunun bulunması hâlinde bunların müteselsil borçluluğu şeklindedir. Adam çalıştırıcının sorumluluğu ile çalışanın -kusurunun varlığı hâlinde- kusura dayanan sorumluluğunun birleştiği hâllerde İslâm hukukuyla Türk hukuku arasında bir farklılık bulunmaktadır. İslâm hukukunda çalışan, doğrudan zarar veren

¹⁵⁹⁰ Konuyla ilgili bildirilerimiz için ayrıca bkz. Emrah Gökmen, “Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu Özelinde Yapay Zekânın Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu’nda sunulan bildiri, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi: Elektronik Yayın, 2022, s. 186-188; Emrah Gökmen, “İslam ve Türk Hukukunda Yapay Zekâ’nın Haksız Fiil Sorumluluğu”, İslam Hukuku Araştırmalarına Zemin Oluşturması Açısından “Yapay Zeka” Sempozyumu’nda sunulan bildiri, Burdur: Elektronik Yayın, 2022, s. 83-84.

konumunda olduğu için fiilinin teaddî vasfını haiz olmasına dahi bakılmadan çalışanın sorumluluğu doğar; bu gibi hâllerde hem adam çalıştırana hem çalışana aynı anda müracaat edilebilir. Türk hukukunda ise ancak çalışanın kusurunun varlığı hâlinde müteselsil borçluluk bağlamında çalışana müracaat edilebilir. İslâm hukukundaki durum, çalışanın ekonomik durumunun iyi olduğu hâllerde anlamlı bir avantaj sağlamaktadır.

Tazminat davasının tarafları kural olarak davacı zarar gören ve davalı adam çalıştırandır. Yargılama hukukunun olağan prosedüründe ispat külfeti iddia sahibindeyken, adam çalıştırının sorumluluğunda kanunî bir sorumluluk karînesi bulunduğu için ispat külfeti adam çalıştırın üzerindedir.

Kısacası, adam çalıştırının sorumluluğu konusunu İslâm hukuku ve Türk hukuku üzerinden mukayeseli olarak ele almayı hedef edinen bu çalışmada, adam çalıştırının sorumluluğunun her iki hukukta istisnai nitelikte bir sorumluluk türü olduğu ve bu konu özelinde her iki hukukta kusur aranmadığı için şartlara ilişkin ortak bir teorik zemin oluşturmanın mümkün olduğu ile bu sorumluluğun doğabildiği çeşitli hâllerin bulunduğu sonucuna varılmıştır.

KAYNAKLAR

- Abdurrezzâk, Ebû Bekr 'Abdurrezzâk b. Hemmâm es-Şan'ânî. *el-Muşannef*. nşr. Heyet. I-X Cilt. Kahire: Dâru't-Te'sîl, 2015.
- Açıkgözoğlu, Muhammet. *Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı*. Ankara: Adil Yayınevi, 2000.
- Ahmed b. Hanbel, Ebû 'Abdullâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî. *el-Müsned*. nşr. Heyet. y.y.: Cem'ıyyetu'l-Meknez, 2010.
- Akartepe, Şeyma. "Hekim Hatalarının Hanefî Mezhebi Açısından Değerlendirilmesi". İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 2018.
- Akbulut, İlhan. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Timaş Yayınları, 2018.
- Akıncı, Şahin. *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*. Konya: Sayram Yayınları, 2019.
- Akıncı, Şahin. *Roma Borçlar Hukuku*. Konya: Sayram Yayınları, 2020.
- Akman, Ahmet. *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Akman, Galip Sermet. *Sorumsuzluk Anlaşması*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- Aktan, Hamza. "Âkile". C. II. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1989.
- Aktan, Hamza. "Damân". C. VIII. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1993.
- Aktan, Hamza. "Kazf". C. XXV. Ankara: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2022.
- Akünel, Teoman. "Denkleştirme Sorunu". *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981.
- Alâ'uddîn es-Semerqandî, Ebûbekir Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed. *Tuhfetu'l-fukahâ*. Beyrût: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1414.
- Ali, Cevâd. *el-Mufasssal fî Târîhi'l-Arab Kable'l-İslâm*. Bağdat: Câmiatü Bağdat, 1993.
- Ali Haydar Efendi. *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2020.
- Antalya, Gökhan - Topuz, Murat. *Medeni Hukuk*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Antalya, O. Gökhan. *Hukuk Metodolojisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

- Apaydın, Hacı Yunus. “Fesad”. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1995.
- Aral, Vecdi. *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*. İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1983.
- Araz, Yunus. “İslâm Hukukunda Manevî Zararların Malî Tazmini”. *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 5 (2016), 119-148.
- Araz, Yunus. *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*. Bursa: Emin Yayınları, 2016.
- Arbek, Ömer. *Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Arcak, Ali. “Çıracılık Sözleşmesi”. *Adalet Dergisi* 41/2 (1950), 194-219.
- Arı, Abdüsselam. “İslâm Hukukuna Göre Hukuk ve Ceza Davalarında Zamanaşımı”. *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 11 (2012).
- Arsal, Sadri Maksudi. *Türk Tarihi ve Hukuk*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947.
- Arsebük, Esat. *Borçlar Hukuku*. Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 1950.
- Arsebük, Esat. *Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumî Esasları*. Ankara: y.y., 1937.
- Aşçıoğlu, Çetin. *Doktorların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu*. Ankara: Olgaç Matbaası, 1982.
- Aşçıoğlu, Çetin. *Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*. Ankara: y.y., 1993.
- Aşık Zerdali, Sebanur. *Müteselsil Sorumlulukta Zarar Verenlerin Birbirine Karşı Rücu İlişkisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ataay, Aytekin. *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981.
- Atalay, Özcan. “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”. *Ankara Barosu Dergisi* 1 (1979), 13-19.
- Atar, Fahrettin. *İslâm İcra ve İflâs Hukuku*. İstanbul: MÜ İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1990.
- Atar, Fahrettin. *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*. İstanbul: MÜ İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2019.
- Atar, Fahrettin. “Noter”. C. XXXIII. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2007.

- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Ayaş, Sıddıka. “İslam Ceza Hukuku ve Türk Ceza Hukukunda Teammüd Kavramı Mukayesesi”. *V. Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi Bildiriler Kitabı*. III/145-156. İstanbul: y.y., 2016.
- Ayazlı, Pervin. “Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar (Damnum Iniura Datum)”. İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1994.
- Aybakan, Bilal. *İslam Hukukunda Borçların İfası*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İFAV Yayınları, 1998.
- Aybakan, Bilal. “Muâmelât”. C. XXX. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2005.
- Aybakan, Bilal. “Niyâbet”. C. XXXIII. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2007.
- Aybakan, Bilal. “Zarar”. C. XLIV. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2013.
- Aydın, Mehmet Akif. “Deyn”. C. IX. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1994.
- Aydın, Mehmet Akif. “Eski Hukukumuzda Bir Haksız Fiil Türü Olarak İtlâf”. *MÜ Hukuk Araştırmaları Dergisi V* (1990), 67-85.
- Aydın, Mehmet Akif. “İslâm Hukukunda Gasp”. *İslâm Tetkikleri Dergisi IX* (1995).
- Aydın, Mehmet Akif. *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*. İstanbul: İz Yayıncılık, 1996.
- Aydın, Mehmet Akif. “İtlâf”. C. XXIII. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2001.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2019.
- Aydın Özdemir, Elif. *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Aykanat, Mehmet. “Mecelle’de İş Sözleşmesi”. *Akademik Bakış Dergisi 47* (2015), 53-62.
- Az, Ahmet. *Temel İbadetlerde Niyâbet Meselesi*. Adana: Çukurova Üniversitesi SBE, 2015.
- Bağdâdî, Ğanim b. Muhammed. *Mecmaü’l-damânât fî mezhebi’l-İmami’l-A’zam Ebî Hanîfe en-Nu’man*. thk. Muhammed Ahmed Sirâc - Ali Cuma Muhammed. Kahire: Darü’s-Selam, 1999.

- Bakırcı, Kadriye. “İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet Bakış Açılarında ‘Adam’ Çalıştırmanın Sorumluluğu”. Ankara: TBB Yayınları, 2019.
- Bardakoğlu, Ali. “Ceza”. C. VII. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1993.
- Bardakoğlu, Ali. “Diyet”. C. IX. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1994.
- Bardakoğlu, Ali. “Garâmet”. C. XIII. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1996.
- Bardakoğlu, Ali. “Hidâne”. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1998.
- Bardakoğlu, Ali. “Hizmet (İş) Akdinin Yapılması ve Uygulanması”. *İşçi-İşveren Münasebetleri*. İstanbul: İlmi Neşriyat, 1990.
- Bardakoğlu, Ali. “İcâre”. C. XXI. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2000.
- Bardakoğlu, Ali. “İsbat”. C. XXII. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2000.
- Bardakoğlu, Ali. “İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”. *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1 (1983), 9-30.
- Bardakoğlu, Ali. *İslam Hukukunda İşçi ve İşveren Münâsebeti*. yy, ty.
- Bardakoğlu, Ali. “İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi -Özellikle Personel İstihdamı-”. Erzurum: Atatürk Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1982.
- Bardakoğlu, Ali. “Kasâme”. C. XXIV. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2001.
- Bardakoğlu, Ali. “Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın Hukukî Sorumluluğu”. *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 6 (1989), 43-60.
- Baş, Büşra. “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Unsuru”. *İstanbul Barosu Dergisi* 92/4 (2018), 224-235.
- Başa, Hasan Şemsi - Bâr, Muhammed Ali. *el-Mes’ûliyyetü’t-tabîb beyne’l-fıkh ve’l-kanun*. Dımaşk: Dar’ül-Kalem, 2008.
- Bayar, Mesut. *İslam Hukukunda İkra*. Ankara: Fecr Yayınları, 2020.
- Baysal, Başak. *Haksız Fiil Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.
- Baysal, Başak. *Zarar Görenin Kusuru (Müterafık Kusur)*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012.

- Bedrân, Ebü'l-Ayneyn. *Târîhu'l-Fıkhi'l-İslâmî ve Nazariyyetü'l-Mülkiyye ve'l-Ukûd*. Beyrut: Dârü'n-nehda'l-Arabiyye, t.y.
- Belgesay, Mustafa Reşit. *Kur'ân Hükümleri ve Modern Hukuk: Mevzuat İçtihatlar Tatbikat*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963.
- Benli, Abdullah. “İslâm Hukukunda Manevi Tazminat”. Kayseri: Erciyet Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1997.
- Berki, Ali Himmet. *Hukuk Mantığı ve Tefsir*. Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 1948.
- Berki, Ali Himmet. *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku*. Ankara: Diyanet İşleri Reisliği Yayınları, 1955.
- Berki, Şakir. *Borçlar Hukuku Umumi ve Hususi Hükümler*. Ankara: y.y., 1956.
- Berki, Şakir. “İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti”. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 11/3 (1956), 59-77.
- Bilgiç, Emin. “Eski Mezopotamya Kavimlerinde Kanun Anlayışı ve An'anesi”. *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi* 1 (2018).
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, 1985.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. “İslâm Hukukunda Manevî Zararların Tazmini”. *İÜHF Mecmuası* 6/4 (1940), 798-812.
- Birsen, Kemaleddin. *Borçlar Hukuku Dersleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1967.
- Bozbayındır, Ali Emrah. *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Böke, Emine Gümüş. *İslâm Hukukunda Tek Taraflı Hukukî İşlemler*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013.
- Canbulat, Mehmet. “İslam Hukukunda Gasb ve İtlaf”. Konya: Selçuk Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 1994.
- Cevziyye, İbnu'l-Kayyim. “Zâdu'l-Me'âd fi Hedyi Hayri'l-'İbâd”. Beyrût: Muessesetu'r-Risâle, 1994.
- Cin, Halil - Akgündüz, Ahmed. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1996.

- Conard, Alfred F. *Anglo-Amerikan Hukukuna Giriş*. çev. Ergun Özsunay. İstanbul: Baha Matbaası, 1959.
- Cühâfi, Sâlim. *el-Mes'ûliyye el-medeniyye ve'l-cinâiyye an fi'li'l-gayr beyne 'ş-şerîa ve'l-kânûn*. Tunus: Câmiatü Zeytûniyye el-Ma'hedü'l-a'lâ li-usûli'd-dîn, 2009.
- Cürcânî, Seyyid Şerîf. *et-Ta'rifât*. Beyrut: Âlemu'l-kütüb, 1987.
- Çağıl, Orhan Münir. *Hukuk Metodolojisi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1962.
- Çalışkan, İbrahim. "İstisna Akdinin Mahiyeti ve Unsurları". *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 31/1 (1989), 349-366.
- Çalkın, Fahri - Tuğsavul, Muhsin. *Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları*. İstanbul: İstanbul Cumhuriyet Matbaası, 1948.
- Çandarlı, Zahid. *Borçlar Hukukunda Müruru Zaman*. Ankara: Titaş Basımevi, 1943.
- Çeker, Orhan. *İslam Hukukunda Akidler*. Konya: Tekin Kitabevi, 2014.
- Çekin, Mesut Serdar. *Tehlike Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016.
- Çelebi, Fudayl. *ed-Damânât fi'l-furûi'l-Hanefiyye*. Süleymaniye Ktp.: Nuruosmaniye, 1965.
- Çelik, Nazlı Hilal. *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Çetiner, Bilgehan vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- Çıttan, Sema. "İstihdam Edenin Mes'uliyeti". *Ankara Barosu Dergisi* 3 (1966), 507-511.
- Dalgın, Nihat. "Cezai Sorumlulukta Kasıt". *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 10 (1998), 207-247.
- Davran, Bülent. *Mukayeseli Medenî Hukuk Dersleri*. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1968.
- Demiray, Mustafa. *Hak Zâil Olmaz*. İstanbul: Klasik Yayınları, 2009.
- Deschenaux, Henri - Tercier, Pierre. *Sorumluluk Hukuku*. çev. Salim Özdemir. Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1983.
- Doğan, Sevil. *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Donay, Süheyl. "Ceza Hukukunda Objektif veya Kusursuz Sorumluluk". *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981.

- Dönmez, İbrahim Kâfî. *Fıkıh ve Fıkıh Tarihi İncelemeleri*. Ankara: İSAM Yayınları, 2018.
- Dural, Mustafa vd. *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.
- Dural, Mustafa - Sarı, Suat. *Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.
- Düzceer, Rıza. “Borçlar K. 55 inci Madde Bakımından Hissedarın Müstahdem Sayılıp Sayılmıyacağı”. *Adalet Dergisi* 7 (1956), 753-761.
- Ebû Muhammed ‘Abdullâh b. Ebî Zeyd el-Ğayravânî, İbn Ebî Zeyd. *en-Nevâdir ve ‘z-Ziyâdât ‘alâ mâ fi ‘l-Mudevveneti min Ğayrihâ mine ‘l-Ummehât*. nşr. Heyet. I-XV Cilt. Beyrut: Dâru’l-Ğarbi’l-İslâmî, 1999.
- Ebû Sa’d, İmâd Ahmed. *Mes ‘ûliyyetü ‘l-mübâşir ve ‘l-mütesebbib: dirâse mukârene bi ‘ş-şeriatî ‘l-İslamiyye ve ‘l-kânûnî ‘l-medenî*. Amman: Dârü’s-Sekâfe, 2011.
- Ebû Yûsuf, Ya‘kûb b. İbrâhîm el-Ensârî. *el-Ĥarâc*. Kahire: el-Mektebetü’l-‘Ezheriyye, ty.
- Ebû Yûsuf, Ya‘kûb b. İbrâhîm el-Ensârî. *İhtilâfu Ebî Ĥanîfe ve ‘bni Ebî Leylâ*. yy, ty.
- Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed, el-Bâbertî. *el-İnâye Şerhü ‘l-Hidâye*. Beyrut: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2003.
- Ekşe, Cemal Mehdi Mahmud. *Mes ‘ûliyyetü ‘l-âbâi ‘l-medeniyye ani ‘l-ebnâi ‘l-kasr: fi ‘l-fikhi ‘l-İslâmî ve ‘l-kânûnî ‘l-vaz ‘î dirâse mukârene*. İskenderiye: Dârü’l-Câmiati’l-Cedide, 2006.
- Ekşi, Ahmet. “İslam Hukukunda Bir Manevi Tazminat Türü Olarak Hükûmetü’l-Elem”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 21 (2013), 215-234.
- Ekşi, Ahmet. “İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 17 (2011), 347-366.
- Ekşi, Ahmet. *İslam Tıp Hukuku*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2011.
- Ellek, Hasan. *İslâm Hukukunda Emek-Sermaye Ortaklığı (Mudarebe)*. İstanbul: Yeni Akademi Yayınları, 2006.
- Emîn, Seyyid. *el-Mes ‘ûliyye et-taksîriyye an fi ‘li ‘l-gayr fi ‘l-fikhi ‘l-İslâmî el-mukâren*. Kahire: Dârü’l-izze li ‘n-neşr ve ‘t-tevzî, 2001.
- Erbay, Celâl. *İslâm Hukukunda Küçüklerin Himayesi*. Bakü: Göytürk Matbaası, 1995.
- Erbay, Celâl. “Kâsır”. C. XXIV. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2001.

- Erbilen, İnci. “Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”. *İstanbul Barosu Dergisi* 92/4 (2018), 167-188.
- Ercan, Eser. “İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk”. Ankara: Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007.
- Erdem, Mehmet. *Özel Hukukta Zamanaşımı*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010.
- Erdem, Suat. “İslâm Hukukunda İstihdâm İlişkisi ve İstihdâm Edenlerin Sorumluluğu”. Ankara: Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007.
- Erdoğan, Kübra. “Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Şartları”. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 2019.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Ensar Yayınları, 2019.
- Erdoğan, Mehmet. *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*. İstanbul: İFAV Yayınları, 1994.
- Erdoğan, Belgin. “Klasik Roma Hukuku’nda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia”. 1/895-908. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Eren, Fikret. *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1975.
- Eren, Fikret - Dönmez, Ünsal. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Ergin, Burak. “17. Yüzyıl Osmanlı Hukukunda Tesebbüb Halinde Damân”. İstanbul: İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 2019.
- Ergüney, Hilmi. *Türk Hukukunda Lügat ve Istılahlar*. İstanbul: Yenilik Basımevi, 1973.
- Erlüle, Fulya. *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- Eroğlu, Mustafa. *İslam Hukukunda Gasb ve Tazmini*. Konya: Tekin Kitabevi, 2005.
- Erol, Abdullah. *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku’nda İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

- Erol, Rasim-Kılıç, Hüseyin (haz.), *İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Mahkemesi 21 Numaralı Sicil*, İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- Erten, Ali. *Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları*. Ankara: Olgaç Matbaası, 1977.
- Ertuğrul, Meltem. “İdarenin Adam Çalıştıran Olarak Borçlar Kanunu’na Göre Sorumluluğu”. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2017.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976.
- Feyzullah, Muhammed Fevzi. *Nazariyyetü’l-damân fî’l-fıkhi’l-İslâmi’l-âm*. Kuveyt: Mektebetü darü’t-türâs, 1983.
- Freyer, Hans. *Sanayi Çağı*. çev. Bedia Akarsu - Hüseyin Batuhan. Ankara: Doğu Batı Yayınları, 2018.
- Gâmidî, Abdullah b. Sâlim. *Mes’ûliyyetü’t-tabîbî’l-mihenîyye dirâse ta’sîliyye mukârene beyne’s-şerîati’l-İslâmiyye ve’l-kavânîni’l-muâsıra*. Cidde: Dârü’l-Endelüs el-Hadra, 2000.
- Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed. *el-Mustasfâ min İlmi’l-Usûl*. Beyrut: Dârü’l-Erkam b. Ebî’l-Erkam, ty.
- Gedikli, Fethi. “Osmanlı Hukukunda Hekim Sorumluluğu ve XVII. Yüzyılda Ünlü Bir Fıtık Cerrahı”. *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları* 4 (2007), 15-27.
- Gedikli, Fethi. *Osmanlı Şirket Kültürü XVI.-XVII. Yüzyıllarda Mudârebe Uygulaması*. İstanbul: İz Yayıncılık, 1998.
- Genca, Elif. “Eski Mezopotamya’da Hukuk Hareketleri ve Düzenlemeler (Sümer, Babil ve Eski İsrail Hukuku)”. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 2009.
- Gökmen, Emrah. “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Özelinde Yapay Zekânın Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”. 186-188. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi: Elektronik Yayın, 2022.
- Gökmen, Emrah. “İslam ve Türk Hukukunda Yapay Zekânın Haksız Fiil Sorumluluğu”. 83-84. Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi: Elektronik Yayın, 2022.
- Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin. *İslâm’da Şahsiyet Hakları*. Ankara: TDV Yayınları, 1996.
- Göksu, Güler. “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 2021.

- Gönenç, Fulya İlçin. “Haksız Fiil Sorumluluğunun Gelişmesi”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 14/4 (2009).
- Gönensay, A. Samim. *Borçlar Hukuku*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1948.
- Gönül Koşar, Günhan. *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*. Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2003.
- Gözübenli, Beşir. “Kıyemî”. C. XV. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2002.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Günay, H. Mehmet. “Tağrîr”. C. XXXIX. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2010.
- Gürsoy, Kemal Tahir. “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukukî Sorumluluğunun Ana Hatları”. *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980.
- Hacak, Hasan. *Atomcu Evren Anlayışı*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2007.
- Hacak, Hasan. “İslâm Hukukunda Sigorta ve Fıkıh Bilginlerinin Sigortaya Yaklaşımının Genel Bir Değerlendirmesi”. *M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi* 30 (Ocak 2006), 21-50.
- Hacak, Hasan. “Menfaat”. C. XXXIX. Ankara: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2004.
- Hacak, Hasan. “Misli”. C. XXX. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2005.
- Haçkalı, Abdurrahman. “İslâm Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi”. *Dinî Araştırmalar* 5/13 (ts.), 119-136.
- Hafif, Ali el-. *ed-Damân fî'l-fıkhi'l-İslâmî*. Kahire: Dâru'l-Fikr, 2010.
- Hafif, Ali el-. *İslâm Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri*. Ankara: TDV Yayınları, 2018.
- Halim, Hamdi. “Başkasının Fiilinden Dolayı Mesuliyet”. *Hukukî Bilgiler Mecmuası* I/12 (1927), 772-783.
- Halim, Hamdi. “Başkasının Fiilinden Dolayı Mesuliyet II” II/14-2 (1927), 77-90.

- Ḥamevî, Ebu'l-‘Abbâs Aḥmed b. Muḥammed Mekkî el-Ḥanefî. *Ğamzu ‘Uyûni’l-Başâir fî Şerhi’l-‘Eşbâh ve’n-Nezâir*. Beyrut: Dâru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, 1985.
- Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.
- Hatemi, Hüseyin - Gökyayla, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Helvacı, İlhan. “Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukukî Sorumluluğu Üzerine” L V/4 (1997), 145-171.
- Helvacı, Serap - Erlüle, Fulya. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018.
- Heyet. *el-Mevsûatü’l-fıkhiyye*. Kuveyt: Vizâretü’l-Evkâf ve’ş-Şuûnu’l-İslâmiyye, 1993.
- Holt, P. M. vd. (ed.). *The Cambridge History of Islam*. Cambridge: Cambridge University Press, 1970.
- Imber, Colin. *Şeriat ile Kanun Arasında Ebussuûd Efendi*. çev. Mürteza Bedir. İstanbul: Ketebe Yayınları, 2022.
- Ingram, John Dwight. “Vicarious Liability of The Employer of an Apparent Servant”. *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal* 41/1 (2005), 1-20.
- İbiş, Funda. *Ev Başkanının Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b.Ahmed.Mahmud. *el-Muğni alâ Metni’l-Mukni’*. Beyrut: Dâru’l-Fıkr, 1992.
- İbn Manzûr, Ebu’l-Fazl Cemâleddin Muhammed. *Lisânu’l-Arab*. Beyrut: Dâru Sâdır, ty.
- İbn Mâze, Ebu’l-Me‘âlî Maḥmûd b. Aḥmed b. Abdulaziz b. ‘Omar b. Mâze el-Ḥanefî. *el-Muḥîtu’l-Burhânî fî’l-Fıkhî’n-Nu‘mânî*. I-IX Cilt. Beyrût: Dâru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, 2004.
- İbn Nuceym. *el-Eşbâh ve’n-Nezâir alâ Mezhebi Ebî Ḥanîfe en-Nu‘mân*. Beyrut: Dârü’l-Mektebe el-İlmiyye, 1985.
- İbn Rüşd, Ebu’l-Velîd Muḥammed b. Aḥmed b. Ruşd el-Ḳurṭubî. *el-Beyân ve’t-Taḥsîl ve’ş-Şerḥ ve’t-Tevciḥ ve’t-T’alîl li’Mesâili’l-Musteḥrace*. Beyrut: Dâru’l-Ğarbi’l-İslâmî, 1988.
- İbn Vehb, Ebû Muḥammed ‘Abdullâh b. Vehb bel-Mısırî el-Ḳureşî. *el-Muvaṭṭâ’-Kitâbu’l-Ḳadâ’ fî’l-Buyû’*. yy, ty.
- İbn ‘Âbidîn. *Reddu’l-Muḥtâr ‘alâ’d-Durri’l-Muḥtâr*. I-VI Cilt. Beyrût: y.y., 1992.

- İbnü's-Sââtî, Muzafferüddin Ahmed b. Ali el-Bağdâdî. *Mecmaü'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn fi'l-fikhi'l-Hanefi*. thk. İlyas Kaplan. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2005.
- İmre, Zahit. *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949.
- İnan, Ali Naim. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: AÜHF Yayınları, 1979.
- İpek, Nurcan. *Roma Hukukunda Gasp (Rapina)*. İstanbul: Der Yayınları, 2001.
- İstek, Ahmet. *Tam Yargı Davalarında Maddi Tazminat*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Kâdîzâde, Şemsüddîn Ahmed b. Mahmûd el-Edirnevî. *Netâicü'l-efkâr fi keşfi'r-rumûz ve'l-esrâr/Tekmiletü Fethi'l-Kâdîr*. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003.
- Kahraman, Abdullah. *İslâm Borçlar Hukukunda Kefâlet Sözleşmesi*. İstanbul: İFAV Yayınları, 2008.
- Kahveci, Nuri. “İslam Borçlar Hukukunda Tazminat”. Erzurum: Atatürk Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1997.
- Kahveci, Nuri. “Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Hukuki Sonuçları”. *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi II* 3 (2002), 131-142.
- Kallek, Cengiz. “Mudârebe”. C. XXX. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2005.
- Kaneti, Selim. “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”. *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980.
- Kaneti, Selim. *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*. İstanbul: Kazancı Kitap, 2007.
- Kanık, Tahir. “Başkasının Fiilinden Mesuliyet”. *Adalet Dergisi* 48/10 (1957), 869-886.
- Kapancı, Kadir Berk. *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Kaplan, Emine Tuncay. *İşverenin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Kadıoğlu Matbaası, 1992.
- Kara Kılıçarslan, Seda. *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Karadeniz, Özcan. *Roma Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Karadeniz, Özcan. *Roma'da İş İlişkileri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1976.

- Karahasan, Mustafa Reşit. *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 1989.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Türk Borçlar Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 1992.
- Karaman, Hayreddin. “Akid”. C. II. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1989.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2016.
- Karaosmanoğlu, Dila Okyar. “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (TBK M.66)”. Ankara: Hacettepe Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2019.
- Kâsânî, Alâüddin Ebû Bekr b. Mes’ûd. *Bedâiu’s-sanâi ‘fi tertîbi’s-şerâi*. Beyrut: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1986.
- Kaşak, Fahri Erdem. *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- Kaya, Ali. “İslâm Hukukuna Göre Hekimin Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu”. *İslâmî Araştırmalar* XVII/4 (2004), 295-307.
- Kaya, Ali. “İslâm Hukukunda Cismani Zararların Tazmini”. Bursa: Uludağ Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1991.
- Kaya, Eyyüp Said - Hacak, Hasan. “Zimmet”. C. XXXIV. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2013.
- Kaya, Süleyman. “Osmanlı Hukukunda Mudâribin Damân Sorumluluğu”. *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016.
- Kayak, Sevgi. “Roma ve İslam Hukukunda Sözleşme Dışı Sorumluluk Esaslarının Değerlendirilmesi”. *Uluslararası II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi II* (2016).
- Kayıklık, Menduh. “İslam Hukukunda Hak ve Sorumluluk İlişkisi”. Adana: Çukurova Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 2007.
- Kelebek, Mustafa. *İslâm Borçlar Hukuku ve Ebû Yûsuf’un Öncelikleri*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2014.
- Kılıç, Şebnem. “Adam Çalıştıranın Hukuki Sorumluluğu”. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11/145 (2016), 1021-1068.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Kılıçoğlu, Mustafa. *Sorumluluk Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2002.

- Kılınç, Ahmet. “Mecelle’ye Göre Zamanaşımı: Uygulamada Görülen Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri”. 129-156. Bursa: Bursa Büyükşehir Belediyesi, 2017.
- Kılınç, Ayşe Nur. *Adam Çalıştıranın Organizasyon Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Kıraç Adır, Esmâ. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Ağır Bedensel Zarar Görenin Yakınlarının Manevi Tazminat Talebi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Kızılay, Muhammed Emin. *Tanzimat Dönemi Osmanlı Sorumluluk Hukuku -Haksız Fiil Sorumluluğu-*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İFAV Yayınları, 2022.
- Kızılay, Muhammed Emin. “Tanzimat Sonrası Osmanlı Uygulamasında Haksız Fiil Sorumluluğu”. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2021.
- Kızılkaya, Necmettin. *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*. İstanbul: Litera Yayıncılık, 2018.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. “Kişilik Haklarını Koruyan Mânevi Tazminat Dâvasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. 24, BK. 49)”. *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980.
- Koçak, Nazım Taha. *Tam Yargı Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz. “Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi”. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/2 (1984), 175-305.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz - Erişgin, Özlem. “Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda ‘Haksız Fiiller’”. *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010.
- Korkmaz, Fırat. *Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Kozak, İbrahim Erol. *Genel Hukuk Tarihi*. Konya: Palet Yayınları, 2015.
- Köse, Murtaza. “İslam Hukukunda Temsil Kavramı ve Vekâlet-Temsil İlişkisi”. *EKEV Akademi Dergisi* 34 (2008), 223-248.
- Kudûri, Ebû'l-Huseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed. *et-Tecrîd*. thk. Muhammed Ahmed Sirâc, Ali Cuma Muhammed. I-XII Cilt. Kâhire: y.y., 2006.

- Kudûri, Ebû'l-Huseyn Aḥmed b. Ebî Bekr Muḥammed b. Aḥmed. *Muḥtaşaru'l-Ḳudûri fî'l-Fıkhî'l-Ḥanefî*. thk. Kamil Muhammed Avîda. Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1997.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. I-VI Cilt. İstanbul: Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, 2001.
- Kuyucaklızâde, Mehmet Atıf Bey. *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2020.
- Laski, Harold J. *The Foundations of Sovereignty and Other Essays*. London: George Allen & Unwin Ltd., 1921.
- Mahmesânî, Subhi. *en-Nazariyyetü'l-âmmeh li'l-mücebât ve'l-ukûd*. Beyrut: Daru'l-ilm, 1983.
- Mahmud Esad. *Tarih-i İlm-i Hukuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Mâverdi, Ebû'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb. *el-Hâvi'l-Kübrâ Şerhu Muhtasari'l-Müzenî fî Fıkhî Mezhebi'l-İmâmi's-Şâfiî*. 1-18 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1994.
- Memiş, Yusuf. *Noterlerin Hukukî Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Merginani, Ebu'l-Hasen Ali b. Ebi Bekr. *el-Hidâye Şerhu Bidâyetü'l-Mübtedî*. İstanbul: yy, 1986.
- Mevsîlî, Ebu'l-Faḍl 'Abdullâh b. Maḥmûd el-Ḥanefî. *el-İhtiyâr li-ta'lîlî'l-muhtâr*. Beyrut: Dâru'l-Erkam b. Ebi'l-Erkam, t.y.
- Meydânî, Abdülkerim el-Guneymî. *el-Lübâb fî Şerhi'-Kitâb*. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1971.
- Mohamad, Abdul Basir. "İslam Haksız Fiil Hukukunda Kusursuz Sorumluluk". çev. Emrah Gökmen. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4/2 (2021), 615-633.
- Mohamad, Abdul Basir. "Vicarious Liability: A Study of the Liability of Employer and Employee in the Islamic Law of Tort". *Arab Law Quarterly* 15/2 (2000), 197-205.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi. *Hizmet Sözleşmesi*. Ankara: y.y., 1995.
- Muhammed el-Karnî, Abdüllatif Avad. *Nazariyyetü's-sebebiyye fî'l-mes'ûliyye beyne'l-fıkhî'l-İslamî ve'l-kânûnî: dirâse te'sîliyye mukârene*. Beyrut: Menşûratü'l-Halebî el-Hukûkiyye, ts.

- Mumcu, Ahmet. *Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı*. Ankara: Birey ve Toplum Yayınları, 1985.
- Mübârek, Kays b. Muhammed Âlû's-Şeyh. *el-Mes'ûliyyetü't-tıbbiyye*. Dımaşk: Darü'l-İman, 2013.
- Müntasır, Süheyr. *Mes'ûliyyetü'l-metbû' an ameli't-tâbi': esâsuha ve nitâkuhâ*. y.y.: Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, 1990.
- Narter, Sami. *Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Nomer, Halûk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.
- Nomer, Halûk N. "Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi". İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE, Doktora Tezi, 1996.
- Nomer, Halûk N. "Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk". *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler*. ed. M. Murat İnceoğlu. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012.
- Oğuzman, M. Kemal - Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oktay-Özdemir, Saibe. "Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları". *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*. İstanbul: Alkım Yayınevi, 2007.
- Okur, Kâşif Hamdi. *İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk: Âkile Örneği*. İstanbul: İSAM Yayınları, 2017.
- Okur, Sinan. "Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda Eser ve Eser Teslim Sözleşmeleri: Tarihsel Gelişim, Kavram, Unsurlar ve Benzer Sözleşme Tiplerinden Ayırt Edilmesi" 14/175-176 (2019), 625-739.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. İstanbul: Marifet Basımevi, 1952.
- Osmanoğlu, Mehlika. "Birlikte Kusur". *TBB Dergisi* 93/2 (2019), 111-128.
- Ozanemre, Hatice Tolunay. "Ayırt Etme Gücünden Yoksunun "Haksız Fiil" Sorumluluğu". Ankara: Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 2004.
- Öcal, Bahar. "Damnum Iniuria Datum'da Iniura ve Culpa İlişkisi". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/1 (2011).

- Öğüz, Tufan. “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından ‘Emir-Talimat Altında Çalışma’ ve ‘Zarar ile Görülen İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması’ Unsurları Hakkında Değerlendirme”. *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013.
- Öğüz, Tufan. “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından Zarar ile Görülen İş Arasında Fonksiyonel Bağlılık Bulunması Sorunu (Karar İncelemesi)”. *Hukuki Perspektifler Dergisi* 8 (Eylül 2006), 154-157.
- Önde, Beyza. “İşçinin Haksız Fiilinden İşverenin Sorumluluğu ve Hakları”. Konya: KTO Karatay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış YL Tezi, 2021.
- Özbek, Veli Özer - Doğan, Koray. “Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/2 (2007), 195-222.
- Özdemir, Kelami. “İslâm Hukukunda ve Türk Hukukunda Zamanaşımı”. Kayseri: Erciyet Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 1995.
- Özdirek, Recep. *İslam Hukukunda İşçilerin Verdiği Zararın Tazmini*. İstanbul: yy, 2009.
- Özkan, Ümit. “Haksız Fiilden Doğan Müteselsil Sorumluluk”. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 2003.
- Özsunay, Ergun. *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1976.
- Özsunay, Ergun. *Medenî Hukuka Giriş*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976.
- Paçacı, İbrahim. “‘Diyet’ Bir Cezâ Mıdır? (Cezâ ve Medenî Müeyyide Açısından ‘Diyet’).” *Mütefekkir Dergisi* 2 (2014).
- Paçacı, İbrahim. “İslâm Hukukunda Medenî Müeyyideler”. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1998.
- Paydaş, Eren. “Hukuk Sosyolojisi Açısından Kasâme Kurumu”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21/2 (2016), 595-614.
- Pekcanıtez, Hakan. *Medenî Usûl Hukuku*. II Cilt. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.
- Pekdemir, Şevket. *İslâm Hukukunda Sözleşmelerde Cezâ Şart*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2016.
- Pekmez, Cüneyt. *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013.
- Polanyi, Karl. *Büyük Dönüşüm Çağımızın Siyasal ve Ekonomik Kökenleri*. çev. Ayşe Buğra. İstanbul: İletişim Yayınları, 2020.

- Polat, Alperen. *Sorumluluk Hukukunda Rıza*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.
- Prosser, William L. *Handbook of the Law of Torts*. St. Paul: West Publishing Co., 1941.
- Rado, Türkân. *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Rafî, Ebü'l-Kasım Abdülkerîm b. Muhammed. *el-Azîz fî şerhi 'l-vecîz=eş-Şerhü 'l-kebîr: tetimme kitâbi 'l-gasb ilâ esnâi kitâbi 'l-icâre*. Dubai: Câizetü Dübey ed-Devliyye li'l-Kur'âni'l-Kerîm, 2016.
- Reisoğlu, Kemal. *İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti*. Ankara: Ankara Yeni Cezaevi Matbaası, 1958.
- Reisoğlu, Safa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 1988.
- Reisoğlu, Safa. "Temyiz Kudretinden Mahrumiyet Halinde Haksız Fiil Mesuliyeti ve Bir 'Cour de Justice' Kararı". *Adalet Dergisi* 47/10 (1956), 1090-1101.
- Reisoğlu, Seza. "Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu". *Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983.
- Rogers, W. V. H. *The Law of Tort*. London: Sweet&Maxwell, 1994.
- Sâfi, Ali Abdülhakim. *ed-Damân fî 'l-fıkhi 'l-İslâmî: dirâse mukârene li-esbâbihi ve mecâlâtihi fî 'l-ukûd*. Tahran: el-Mecmaü'l-Âlemî li't-Takrîb Beyne'l-Mezâhibi'l-İslâmiyye, 2010.
- Sağlam, Hadi. "İslâm Hukuk Tarihindeki Âkile Bugünün Sigortası Mıdır?" *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* XV/1 (2011), 265-292.
- Sağlam, İpek. "Adam Çalıştıranın Sorumluluğu". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012.
- Sahnûn, Saîd b. Habîb et-Tenûhî. *el-Müdevvene*. Beyrut: Darül-Kütübî'l-İlmiyye, 1994.
- Savaş, Abdurrahman. "Hitit, Roma, İslam ve Yahudi Hukukları Üzerine Mukayeseli Bir Çalışma". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 18 (2011), 243-274.
- Savaş, Abdurrahman. *Network Marketing Sözleşmesi*. İstanbul: Der Yayınları, 2016.
- Savaş, Abdurrahman. "Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi". *İÜHF Mecmuası* 80/2 (2022), 537-582.

- Savaş, Abdurrahman. “Roma ve Türk Hukuku’nda Vekâlet Akdi”. Konya: Selçuk Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 1998.
- Saymen, Ferit H. *Manevî Zarar ve Tazmini Sureti*. İstanbul: Cumhuriyet Matbaası, 1940.
- Seliçi, Özer. “Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı”. *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980.
- Senhûrî, Abdürrezzâk Ahmed. *el-Vasît fi Şerhi ’l-Kânûni ’l-Medenî ’l-Cedîd*. Beyrut: Dâru İhyâi’t-Turâsi’l-Arabî, ty.
- Senhûrî, Abdürrezzâk Ahmed. *Masâdiru ’l-hak*. Yay. y.y.: Dâru’l-Fikr, 1953.
- Serahsî, Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed Şemsü’l-eimme. *el-Mebsût*. Beyrut: Darül-Kütübi’l-İlmiyye, 1993.
- Serahsî, Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed Şemsü’l-eimme. *Usûl*. Beyrut: Dâ’rul-ma’rife, t.y.
- Sirâc, Muhammed Ahmed. *Damânu ’l-udvân fi ’l-Fıkhi ’l-İslâmî*. Beyrût: el-Müessesetü’l-Câmiyye li’d-Dirâsât ve’n-Neşr, 1993.
- Sirmen, Lâle. *Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1976.
- Somer, Pervin. *Roma Hukukunda İstisna Akdi Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı*. İstanbul: Derin Yayınları, 2008.
- Somer, Pervin. *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı*. İstanbul: Derin Yayınları, 2008.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Suğdî, Ebu’l-Hasan ‘Alî b. el-Huseyn b. Muḥammed el-Ḥanefî. *en-Nutef fi ’l-fetvâ*. Beyrût: Dâru’l-Furḡân, 1404.
- Suleymanov, Seyyar. “Tevrat’taki Emir ve Yasakların Tespit ve Tahlili”. Bursa: Uludağ Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 2008.
- Süleyman, Muhammed Ahmed. *Damânu ’l-Mütlefât fi ’l-Fıkhi ’l-İslami*. Kahire: Mektebetü’l-mücelledi’l-Arabî, 1985.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Basım, 2009.

- Şâban, Zekiyüddin. *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkıh)*. çev. İbrahim Kâfi Dönmez. Ankara: TDV Yayınları, 2020.
- Şafak, Ali. “Ehl-i Vukuf”. C. X. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1994.
- Şafak, Ali. *Hukuk Terimleri Sözlüğü*. Ankara: Rehber Yayıncılık, 1992.
- Şafak, Ali. “Kasıt”. C. XXIV. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2001.
- Şafak, Ali. *Mezheblerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*. Erzurum: Atatürk Üniversitesi Basımevi, 1977.
- Şafak, Ali. “Suçun Manevî Unsuru ve Mukayeseli Hukuk Açısından Bir Değerlendirme”. İstanbul: Lale Yayıncılık, 2017.
- Şâfiî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris. *el-Ümm*. Beyrut: Dâru İhyai't-Türasi'l-Arabi, 2001.
- Şâfiî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris. *er-Risâle*. Mısır: Mektebetü'l-Halebî, 1940.
- Şahin Caner, Ayşenur. *Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.
- Şahin, Osman. *İslâm Hukukunda Zamanaşımı*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2016.
- Şekerci, Osman. *İslâm Ceza Hukukunda Ta'zir Suçları ve Cezaları*. İstanbul: Yeni Ufuklar Neşriyat, 1996.
- Şener, Mehmet. “Gasp ve İtlafdan Doğan Mâlî Sorumluluk”. Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1983.
- Şener, Oruç Hami. *Adi Ortaklık*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Şenocak, Zarife. “Adam Çalıştıranın Sorumluluğunda (TBK mad. 66) Özel Sorunlar”. Ankara: TBB Yayınları, 2019.
- Şentop, Mustafa. *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku*. İstanbul: y.y., 2004.
- Şeref b. Ali Şerif. *el-İcâre: el-Vârid alâ Ameli'l-İnsan*. Cidde: Dârü's-Şuruk, 1980.
- Şevâribî, Abdülhamid - Denâsûri, İzzeddin. *el-Mes'ûliyyetü'l-medeniyye fî dav'i'l-fıkıh ve'l-kazâ*. Kahire: Dârü'l-Fikri'l-Arabî, 2012.
- Şeybânî, Ebû 'Abdullâh Muhammed b. el-Hasen. *el-Aşl*. Beyrut: Dâru İbn Hâzım, 2012.
- Şeyh Bedreddin. *Câmiu'l-fusûleyn*. çev. Hacı Yunus Apaydın vd. Ankara: T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Kütüphaneler ve Yayımlar Genel Müdürlüğü, 2012.

- Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi. *Behcetü'l-fetâvâ*. ed. Mustafa Demiray. İstanbul: Klasik Yayınları, 2011.
- Taberî, Ebû Ca'fer Muhammed b. Cerîr b. Yezîd el-Âmilî. *İhtilâfu'l-Fukahâ*. Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, ty.
- Tâcuddîn es-Subkî. *el- 'Eşbâh ve 'n-Nezâîr*. Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1991.
- Taḥâvî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed el-Mısırî. *Şerhu Me'âni'l-Âsâr*. y.y.: Âlemu'l-Kutub, 1994.
- Tahiroğlu, Bülent. *Roma Borçlar Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2016.
- Tahiroğlu, Bülent. *Roma Hukukunda İniura*. İstanbul: Kutulmuş Matbaası, 1969.
- Tandoğan, Halûk. "Hukuka Aykırılık Bağ". *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu I. Sempozyumu*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980.
- Tandoğan, Halûk. *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1981.
- Tandoğan, Halûk. *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Taş, Meryem. *Hakimin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Tavâlebe, Muhammed Mahmud Ali. "el-Mes'ûliyye el-medeniyye ve'l-cinâiyye an fi'li'l-gayr fi'l-fıkhî'l-İslâmî". Amman: Câmîatü Ürdün Külliyyetü Dirâsâtî'l-ulyâ, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2003.
- Tayyib, Suad Evhab bint Muhammed. *el-İstisnâu fî kavâ'idî'l-fıkhiyye*. Beyrut: Merkezü'l-İmâm es-Seâlibî, 2010.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi vd. *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi vd. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi. *Türk Aile Hukuku*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Temîmî, Ahmed Sâlim. "Kâide: İzâ İctemea el-mübâşirü ve'l-mütesebbib üdife'l-hukmü ile'l-mübâşir: Dirâse şer'iyye ve nemezic tatbikiyye". *Mecelletü Câmîatü eş-Şârika* 13/1 (2016), 214-238.
- Tercier, Pierre vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.

- Tiftik, Mustafa. *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1994.
- Toker, Aylin. “Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminatın Unsurları”. Ankara: Başkent Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 2017.
- Topçuoğlu, Hâmide. *Eski İsrail Hukuku*. Ankara: AÜHF Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü Yayınları, 1948.
- Topuz, Murat. “Adam Çalıştırmanın Sorumluluktan Kurtulmasını Sağlayabilecek Hukuki İmkanlar”. *Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongre*. Ankara: TBB Yayınları, 2019.
- Topuz, Murat. *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011.
- Tosun, Mebrure - Yalvaç, Kadriye. *Sumer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1975.
- Tsafrir, Nurit. *Collective Liability in Islam*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- Tunçer, Sıtkı. “Borçlar Kanununa Göre ‘İstihdam Edenlerin Mesuliyeti’”. *Adalet Dergisi* 45/9 (1954), 1084-1090.
- Tunçomağ, Kenan. *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*. İstanbul: Özel İktisadî ve Ticarî Bilimler Yüksek Okulu Yayınları, 1971.
- Tutumlu, Mehmet Akif. *Zamanaşımı Def'i*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Tünci, Abdüsselam. *Müessesetü'l-mes'ûliyye fî ş-şer'îati'l-İslâmiyye*. Trablus: Cem'iyetü'l-Da'veti'l-İslamiyye el-Alemiyye, 1994.
- Türkoğlu Özdemir, Gökçe. “Roma Hukukunda Hayvanların Yolaştıkları Zararlardan Doğan Sorumluluk”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14/2 (2006), 69-96.
- Ulukapı, Ömer - Atalı, Murat. *Noterlik Hukuku*. Konya: Mimoza Basım, 1994.
- Uluslan, İlhan. *Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Ulusoy, Recep. “Bir Finansman Yöntemi Olarak Mudarebe”. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1997.
- Umur, Ziya. *Roma Hukuku*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1974.

- Umur, Ziya. *Roma Hukuku Lügati*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1975.
- Uşan, Fatih. *Çıraklık Sözleşmesi*. Konya: Mimoza, 1994.
- Üçok, Coşkun - Mumcu, Ahmet. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Olgaç Matbaası, 1981.
- Ünal, Mehmet. *Türk Medenî Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu*. Ankara: AÜHF Yayınları, 1979.
- Ünal, Mustafa. *İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Ünalın, Abdülkerim. “İslam Hukukunda Zamanaşımı (Tekaddüm)”. *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 12 (1999), 102-124.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. *Türk Medenî Hukukunun Umumî Esasları*. İstanbul: İstanbul Matbaacılık, 1951.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. “Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat”. *Ebül-Ula Mardin’e Armağan*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1944.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet - Kaynar, Reşad. *Borçlar Hukuku Umumî Hükümler*. İstanbul: Nazir Akbasan Matbaası, 1957.
- Von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*. çev. Cevat Edege. Ankara: Olgaç Matbaası, 1983.
- Yağcı, Mine. *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m.116)*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018.
- Yakar, Fatih. *İslam Hukukunda Hakkın Düşmesi*. İstanbul: Kubbealtı, 2013.
- Yaran, Rahmi. *İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi*. İstanbul: İFAV Yayınları, 1997.
- Yarar, İbrahim vd. *Tüm Yönleriyle Tazminat Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Yasir b. Ahmed b. Bedr en-Neccâr ed-Dimyâtî, Ebi Ammar. *el-Câmi’ li-ahkâmi’l-kefâle ve’d-damânât ale’l-mezâhibi’l-erbaa*. Riyad: Dâru Küñûzi İşbiliyâ, 2015.
- Yavuz, A. Fikri. *İslâm Fıkhi ve Hukuku*. İstanbul: İrfan Yayınevi, 1970.
- Yavuz, Cevdet. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2022.

- Yavuz, Cevdet. “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre ‘Kusursuz Sorumluluk’ Halleri ve İlkeleri”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 14/4 (2008), 29-61.
- Yaylalı, Davut. “İslam Hukukunda Zamanaşımı”. *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* IV/4 (1992), 155-164.
- Yelek, Kamil. “Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku”. İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE, Doktora Tezi, 2019.
- Yelek, Kamil. “Hanefî Mezhebinde Teaddî ve Taammüd Kavramının Kullanımı ve Bunun Çağdaş İslam Hukuku Çalışmalarına Yansıması”. *Eskiye* 42 (2020), 1051-1075.
- Yelek, Kamil. *Hanefî Sorumluluk Hukuku*. İstanbul: Timaş Akademi, 2021.
- Yerlikaya, Ünal. “Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddî Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddî-Hukuka Aykırılık-Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme”. *Diyanet İlmî Dergi* 53/3 (2017).
- Yeşiller, Mehmet. “Roma Hukuku’nda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin Receptum Sorumluluğu”. *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 3/1 (2013), 177-191.
- Yıldırım, Mustafa. *Mecelle’nin Külli Kaideleri*. İzmir: İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2012.
- Yıldırım, Mustafa. “Vedîa”. C. XXXXII. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2012.
- Yıldırımer, Şahban. “İslam Hukukunun Felsefî Mer’iyeti”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 33 (2019), 176-196.
- Yıldız, Kemal. *Câmi’u’l-Fusûleyn’in Kaynakları ve Hanefî Mezhebi Uygulamasında Tazmînât*. İstanbul: Hâcegân Akademi Kitaplığı, 2013.
- Yıldız, Kemal. “Hukuka Aykırılık Kavramının Fıkıh İlmi Açısından Değerlendirilmesi”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 13 (2009), 305-312.
- Yıldız, Kemal. *İslâm Sorumluluk Hukuku*. İstanbul: İFAV Yayınları, 2013.
- Yıldız, Kemal. “Mübâşeret”. C. XXXI. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2006.
- Yıldız, Kemal. “Sorumluluk”. C. XXXVII. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2009.

- Yıldız, Talha. “Mecelle ve Code Civil’deki Haksız Fiil Mukayesesı”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 27 (Temmuz 2016).
- Yılmaz, A. Reha - Demir, Abdullah. *Umumi Hukuk Tarihi*. Gaziantep: Zirve Üniversitesi Yayını, 2012.
- Yılmaz, Metin. “Şurta”. C. XXXIX. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2010.
- Yılmaz, Necla. “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 2014.
- Yılmaz, Sinan. “İslâm Hukukunda Müteselsil Borçluluk”. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 2001.
- Yılmaz, Süleyman. “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler”. *AÜHF Dergisi* 59/3 (2010), 551-578.
- Yılmaz, Zekeriya. “Suç-Haksız Fiil Ayrımı, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Şahsî Hak Davası” 3/21 (2008), 67-79.
- Yiğit, Yaşar. “İnsan Onur ve Şerefının Korunması Açısından Kazf Suçu ve Cezasının Değerlendirilmesi”. *Marife: Dini Araştırmalar Dergisi* III/1 (2003), 107-117.
- Yüce, Tunay. “Roma ve Türk Hukuklarında Hayvanın Yol Açtığı Zararlardan Dolayı Hayvanın Tutucusunun Sorumluluğu”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/2 (2017), 393-422.
- Yüksel, Ali. “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”. Sakarya: Sakarya Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 2001.
- Yünlü, Semih. *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.
- Zencânî, Ebü’l-Menâkıb Şihâbeddin. *Fıkhî Hükümlerin Usulî Dayanakları*. çev. Davut İltaş. Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2015.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. *el-Fıkhu’l-İslâmî fî Sevbihî’l-Cedîd*. Dımaşk: y.y., 1968.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. *el-Fi’lü’l-d-dâr ve’d-damân fîhi*. Dımaşk: Dâru’l-Feth, 1974.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. *el-Medhal ilâ Nazariyyetü’l-İltizâmü’l-Âmme*. Dımaşk: Dar’ül-Kalem, 1999.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. *el-Medhalü’l-fıkhiyyü’l-âm*. Dımaşk: Dâr’ül-Kalem, 2012.
- Zeydan, Abdülkerim. *el-Vecîz fî Usulî’l-Fıkh*. İstanbul: el-Mektebetü’l-İslâmî, 1979.

Zilelioğlu, Hilâl. “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 39/1 (1987), 241-264.

Zuhaylî, Vehbe. *el-Fikhü'l-İslâmî ve edilletuhu*. Dımaşk: Dârü'l-Fıkr, 1989.

Zuhaylî, Vehbe. *Nazariyyetü'd-Damân ve Ahkâmü'l-Mes'ûliyyeti'l Medeniyye ve'l-Cinâiyye fi'l-Fikhi'l-İslâmî Dirâse Mukârene*. Dımaşk: Dârü'l-Fıkr, 2018.

Zuhaylî, Vehbe. *Usûlü'l-fikhi'l-İslâmî*. Dımaşk: Daru'l-Fıkr, 1986.



ÖZGEÇMİŞ

Adı, Soyadı	Emrah		GÖKMEN
Doğum Yeri ve Yılı			
Bildiği Yabancı Diller ve Düzeyi	Arapça (C1)		İngilizce (C1)
Eğitim Durumu	Başlama – Bitirme Yılı		Kurum Adı
Lise	2011	2015	Balıkesir Gönen Anadolu İmam Hatip Lisesi
Lisans	2015	2020	İstanbul Üniversitesi/İlahiyat Fakültesi/İlahiyat (İngilizce) Bölümü
Lisans (Çift Ana Dal)	2017	2021	İstanbul Üniversitesi/Hukuk Fakültesi/Hukuk Bölümü
Lisans (Yan Dal)	2018	2021	İstanbul Üniversitesi/Siyasal Bilgiler Fakültesi/Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler (%30 İngilizce) Bölümü
Yüksek Lisans	2020	2022	İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü/Temel İslâm Bilimleri/İslâm Hukuku
Çalıştığı Kurum/lar	Başlama – Ayrılma Yılı		Çalışılan Kurumun Adı
1.	2020	Devam Ediyor	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi/Özel Hukuk Bölümü/İslâm Hukuku Anabilim Dalı (Araştırma Görevlisi)
Yayınlar:	Ulusal Sempozyum Bildiri Özeti: “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Özelinde Yapay Zekânın Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu (10-13 Şubat 2022), Erzincan, 186-188. (Elektronik Yayın ISBN 978-605-67884-6-8) Uluslararası Sempozyum Bildiri Özeti: “İslam ve Türk Hukukunda Yapay Zekâ'nın Haksız Fiil Sorumluluğu”, İslam Hukuku Araştırmalarına Zemin Oluşturması Açısından “Yapay Zeka” Sempozyumu (15-17 Nisan 2022), Burdur, 83-84. (Elektronik Yayın ISBN 978-9944-729-27-7) Çeviri Makale: Abdul Basir BİN MOHAMED, “İslam Haksız Fiil Hukukunda Kusursuz Sorumluluk”, çev. Emrah Gökmen, <i>Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>, 4(2), (2021): 615-633. Telif Makale (Yayın Sürecinde): “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Özelinde Yapay Zekânın İslâm ve Türk Hukuku Üzerinden Mukayeseli Olarak Değerlendirilmesi”, <i>Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>, 4(2), (2022).		
İletişim (e-posta):			
		Tarih İmza Adı Soyadı	22/08/2022 Emrah GÖKMEN

