

Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu*

Agent's Duty of Care Based on Agency Contract

Sinem TAŞTEKİN**

ÖZ

İş görme sözleşmelerinden biri olan vekalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 502-514. maddeleri arasında düzenlenmiştir, bu nedenle tipik bir sözleşme türüdür ve uygulamada da sıklıkla kullanılmaktadır. Vekil ile vekalet veren arasında düzenlenen vekalet sözleşmesinde, vekil vekalet verenin, sözleşmenin şartlarına uygun olarak belirli bir işini yürütmeyi veya belirli hizmetleri sağlamayı üstlenmektedir. Bununla birlikte, ücret sözleşmenin esaslı unsurlarından olmayıp, taraflar vekilin hizmetleri için bir ücret tayin edip-etmeme seçeneğine sahiptirler. Bu çerçevede ücret alsın ya da almasın, vekilin her zaman birtakım borçları söz konusudur ve bu borçlarından birini de özen borcu teşkil etmektedir. Vekilin özen borcunun kapsamının ve özen borcuna aykırı hareket etmesinin hukuki sonuçlarının belirlenmesindeki genel unsur ve hususlar bu makalenin temel konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar kelimeler: özen borcu, vekalet sözleşmesi, vekil, vekalet veren, borç.

ABSTRACT

Agency contract is one of the transaction contracts which is regulated under articles 502-514 of the Turkish Code of Obligation, therefore it is a typical contract type and also that is used in practice often. It takes place between agent and principal and the agent, undertakes to conduct principal's certain business or provide certain services in accordance with the terms of the contract. Besides, fee is not an essential subject of this contract, so parties can determine a fee for the agent's service, it is optional. In this circumstances whether get paid by principal or not, agent always have some obligations due to the agency contract and one of the them is, duty of care. General principles and aspects about indicating agent's duty of care and the legal consequences of its breach constitutes main scope of this article.

Keywords: duty of care, agency contract, agent, principal, obligation.

* Makale Gönderim Tarihi: 03.05.2019. Makale Kabul Tarihi: 20.11.2019. . Sinem Taştekin, "Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2019, s. 83-105.

** Arş. Gör., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı; İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul

Giriş

İş görme sözleşmelerinden biri olan vekalet sözleşmesinin temeli Roma Hukuku'na dayanmaktadır ve bu nedenle, o dönemden günümüze kadar başka bir ifadeyle “yüzyıllardır” uygulanan bir sözleşme türü olduğunu belirtmek mümkündür. Türk Hukuk Sistemi içerisinde ise 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu döneminde de düzenlemesi bulunan vekalet sözleşmesi, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise, 502-514. maddeler arasında düzenlenmiş olup, bu nedenle de “tipik” bir sözleşme niteliği taşımaktadır.

Türk Borçlar Kanunu madde 502 fıkra 2'de yer aldığı üzere “*vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de*” uygulanmaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca vekaletle ilişkin hükümlerin atipik sözleşmelere de uygulandığını belirtmek mümkündür. Avukatın müvekkili ile arasındaki sözleşme, hekimin hastası ile arasındaki sözleşme, mimarın iş sahibi ile arasındaki sözleşme, genellikle vekalet sözleşmesi olarak belirlenmekte ve dolayısıyla vekaletle ilişkin hükümler uygulanmaktadır.

Vekalet sözleşmesinin uygulamada sıklıkla kullanılması nedeniyle, unsurlarının incelenmesi de büyük önem arz etmektedir. Nitekim özellikle vekil ve müvekkilin borçlarının belirlenmesi, söz konusu bu borçlara aykırı durumların ortaya çıkması halinde, bazı sorunların bertaraf edilmesi veya uyuşmazlıkların çözüme ulaştırılması bakımından gereklilik teşkil etmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'ndaki vekaletle ilişkin düzenlemede vekilin borçları ile birlikte vekalet verenin borçları da düzenlenmiştir. Fakat vekalet sözleşmesinin, güvene dayalı bir sözleşme olduğu kabul edildiği üzere, söz konusu düzenlemede, güven unsurunun daha yoğun olduğu taraf konumunda olan vekilin borçlarına çok daha kapsamlı bir şekilde yer verildiği görülmektedir. Çalışmamızda ise öncelikle vekalet sözleşmesinden ve vekilin borçlarından genel itibarıyla bahsedilerek, vekilin, vekalet sözleşmesinden kaynaklanan borçlarından biri olan “özen borcu” hususunda bir inceleme yapılacaktır.

I. Genel Olarak Vekalet Sözleşmesi ve Vekilin Borçları

A. Genel Olarak Vekalet Sözleşmesi

Vekalet sözleşmesinin tanımı, Türk Borçlar Kanunu'nun “*vekalet ilişkileri*” başlığında birinci kısım olarak belirlenen “*vekalet sözleşmeleri*” alt başlığı altında yer alan 502 maddenin I. fıkrasında, “*vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde yapılmıştır. Bu tanımla birlikte, anılan maddenin 2. fıkrasında yer alan, “*vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır*” şeklindeki hükümden yola çı-

karak, vekalet sözleşmesinin iş görme borcu doğuran bir sözleşme türü olarak kabul edildiğini belirtmek mümkündür. Söz konusu bu hükümler dolayısıyla vekalet sözleşmesi uygulamada sıklıkla kullanılmaktadır. Örneğin, avukat, mimar ve hekimlerle yapılan sözleşmeler genel itibarıyla vekalet sözleşmesi olarak belirlenmektedir¹. Anılan maddenin 3. fıkrasında ise, “sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır” hükmü yer almaktadır². Buna göre, her ne kadar ilke olarak, -kanaatimizce de- vekalet sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olsa da³ vekilin ücret almasının söz konusu olduğu hallerde ise vekalet

- 1 Teoman Akınal, “İsviçre Federal Mahkemesinin Mimarlık Sözleşmesinin Niteliği Konusunda 3 Ekim 1973 Tarihli Kararı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFMD), İstanbul, 1974, Cilt 40, Sayı 1-4, s. 701-707; Hayrünisa Özdemir, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 80-81; Mustafa Alper Gümüş, *Türk-İsviçre Borçlar Hukuku’nda Vekilin Özen Borcu*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 228, (Özen).
- 2 Roma Hukuku’nda bir şeref hizmeti ya da bir dostluk ve hatıra görevi olarak görülen vekalet ilişkisinden dayanağı alan bu hükmün, günümüz uygulamasında Roma Hukuku uygulamasından farklılık gösterdiğini belirtmek mümkündür. Nitekim Roma Hukuku’nda vekiller şeref hizmeti (onur hizmeti) olarak görülen hizmetleri için dava edilebilir nitelikte bir ücret alacağına sahip bulunmamaktayken, müvekkilin kendi kararı ile bir onur parası (honorarium) belirleyip bunu vekile vermesi halinde ise söz konusu parayı geri alması da mümkün olmamaktaydı. Günümüzde ise, vekalet sözleşmelerinde, vekile çoklukla bir ücret ödenmesi kararlaştırılmakta ve söz konusu ücret ödenmediği takdirde ise müvekkilin dava edilmesi söz konusu olmaktadır. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, s. 415-416; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, II. Cilt, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 364; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 716, (Özel); Veysel Başpınar, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 78; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 438; Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 790-793; Şebnem Akipek, *Alt Vekalet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 39; Gümüş, Özen, s.38. Nitekim, Roma Hukuku’nda müvekkilin vekile vaat ettiği “honorarium”u vermemesi halinde vekilin, İmparatorluk dönemine kadar *cognitio extra ordinem* yani sistem dışı yargılama yoluna başvurulması mümkünken Son İmparatorluk döneminde ise sistem dışı yargılama, normal yargılama usulü olarak kabul edilmiştir. Zimmermann, s. 416; Haluk Emiroğlu, “Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil”, *AÜHFMD*, Cilt 52, Sayı 1, 2003, s. 105-106; Suat Sarı, *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2004, dn. s. 23. Augustus döneminde ise “salarium” adı verilen bir tür ücret öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zimmermann s. 416-418, Emiroğlu, s. 105-106. Ayrıca bkz. Bengi Korkmaz Sayın, *Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 29. Bununla birlikte Türk Hukuk sisteminde tarafların aralarında ücret kararlaştırmadıkları durumlarda vekile ücret verilmesinin teamülden olduğu durumlar olmakla (hekimlere, mimarlara, özel öğretmenlere olduğu gibi) vekile ücret ödenmesinin gerektiği hususu ile ilgili özel düzenlemeler mevcuttur. Örneğin; Avukatlık K. m. 163-164, Noterlik K. m. 112. Bkz. Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 634-637; Erzan Erzurumluoğlu, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 188; Tandoğan, s. 366; Aydoğdu, Kahveci, s. 793. Ayrıca vekalet sözleşmesinde ücrete ilişkin detaylı bilgi için bkz. Türker Yalçınduran, *Vekalet Sözleşmesinde Ücret*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- 3 Eren, s. 706; Aral, Ayrancı, s. 435; Aydoğdu, Kahveci, s. 790; Akipek, s. 43. Vekalet sözleşmesinin ilke olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu ileri süren görüş için bkz. Yavuz, Acar, Özen, s. 638; Erzurumluoğlu, s. 188. Vekalet sözleşmesinin ilke olarak iki tarafa borç yükleyen bir sözleş-

sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği kazanmaktadır⁴. Rızai bir sözleşme türü olan vekalet sözleşmesi vekilin iş görme edimine bağlı olarak ani edimli veya sürekli edimli bir sözleşme olarak belirlenebilmektedir⁵.

B. Vekilin Borçları

Çalışmamızın konusunu, “vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcu”nun teşkil etmesi ve özen borcunun vekilin, vekalet sözleşmesinden kaynaklanan borçlarından biri olması sebebiyle, vekilin borçlarına da genel itibarıyla kısaca değinmekte yarar görmekteyiz.

Vekalet sözleşmesinin kaynağını oluşturan Roma Hukuku’ndaki vekalet ilişkisinde, tarafların birbirlerine olan güven unsuru büyük önem taşımaktadır. Nitekim doğruluk, dürüstlük, sadakat, güven, verilen söze itibar etmek gibi manalar taşıyan “fides” kavramının vekalet sözleşmesindeki etkisi yoğun olarak görülmektedir. Öyle ki Romalılar, vekalet sözleşmesinden doğan borçların ifa edilmemesi nedeniyle mahkumiyetin söz konusu olması halinde, mahkum edilen kişileri “infamis” (şerefsiz) olarak kabul ederek hak ehliyetlerini kısıtlamaktaydılar⁶. Vekalet sözleşmesinde güven unsurunun bu denli önem taşıdığı bir hukuk sistemini temel alan özel hukuk sistemimizde de söz konusu bu unsurun yansımaları görülmektedir. Nitekim TBK’da vekalet ilişkisinin düzenlendiği hükümlere göre de vekalet sözleşmesi geniş ölçüde sözleşmenin taraflarının birbirlerine karşı olan güvenlerine dayanmaktadır⁷ ve vekilin borçları da genellikle söz konusu güven unsuru dolayısıyla, kendisinin vekil edenin yararına ve iradesine uygun davranışta bulunma yükümlülüğünden doğmaktadır⁸.

TBK’da vekalet sözleşmesinin hükümlerinin yer aldığı başlık altında “vekilin borçları” da 505-509 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Söz konusu bu maddelerde vekilin borçları; talimata uygun ifa, şahsen ifa, sadakat ve özen

me olup, vekilin ücret almaksızın bir iş veya hizmetin görülmesini borçlandığı durumlarda eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olacağını belirten görüş için bkz. Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 410-411, (*Borçlar*).

- 4 Yavuz, Acar, Özen, s. 638; Eren, s. 706; Aral, Ayranç, s. 435; Aydoğdu, Kahveci, s. 790.
- 5 Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, *Fakülteler Matbaası*, İstanbul, 1977, s. 27; Akipek, s. 44; Yalçınduran, s. 64; ayrıca vekalet sözleşmesinin “her zaman” sürekli edimli sözleşme olduğu görüşü için bkz. Gümüş, Özen, s. 123.
- 6 Şahin Akıncı, *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Sayram Yayınları, Konya, 2004, s. 1; Zimmermann, s. 424-426.
- 7 “... Vekalet sözleşmesi büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının önemli bölümü bu güven unsurundan kaynaklanır”. Yarg. 13. HD, 03.10.1995 T, 6697 E, 8336 K, Başpınar, dn. s. 143, kararın tamamı için bkz. www.kazanci.com, (21.09.2019).
- 8 Tandoğan, s. 407; Akipek, s. 53; Aydoğdu, Kahveci, s. 798; Erzurumluoğlu, s. 188; Sarı, s. 28; Gümüş, Özen, s. 34-35. Ayrıca “bir kimsenin özen göstereceğine güven olgusu (anvertrauen) ve güven sorumluluğu” için bkz. Burcu Kalkan Oğuztürk, *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 249-251.

gösterme, hesap verme ve edinilen hakların vekalet verene geçişi olarak belirtilmiştir. Vekilin özen borcu ise vekilin borçlarından biri olarak sayılmakla birlikte esasen vekilin diğer borçları üzerinde görünümü bulunmaktadır. Nitekim, vekilin diğer borçlarını ifa ederken de özenli bir şekilde hareket etmesi gerekmektedir.

II. Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Borçlarından Biri Olan Özen Borcu

A. Genel Olarak

İş görme sözleşmelerinde özen borcu esasen vekilin diğer borçlarının ifasında da rol oynamaktadır, bu nedenle vekilin özen borcunun diğer borçlarına nazaran özel bir yeri ve önemi haiz olduğunu belirtmek mümkündür⁹.

TDK'da özen kelimesinin “*bir işin elden geldiğince iyi olmasına çabalama, özenme, itina, ihtimam*” gibi birden fazla anlamı taşıdığı belirtilmektedir¹⁰. Beşeri bir davranış ölçütü olan “özen kavramı”nın iki yönü bulunmaktadır. Bir yönü ile dışsal bir oluş olarak “uygun bir davranış” anlamı taşıırken, diğer yönüyle de içsel nitelikte olup, zihinsel ve manevi bir süreci ifade etmektedir¹¹. Günümüzde ise “özen kavramı” hem sözleşme ihlalinin hem de kusurun tespit edilmesinde rol oynamakta olup; bu nedenle iki amaca hizmet etmektedir ve dolayısıyla iki işlevi bulunmaktadır¹².

“Özen”in tanımı öğretilerde özetle, “somut bir amaca, belirli bir sonuca erişmek için akıl ve iradenin kullanılması” şeklinde yapılmaktadır. Bu tanımla beraber, vekilin özen borcunun ise, güven unsurunun son derece etkili olduğu vekalet sözleşmesi kapsamında yüklendiği işi, vekalet verenin menfaatine olacak şekilde yürütmesi ve zarara neden olacak her türlü eylemden kaçınmasını kapsamaktadır¹³.

Tüm bunlarla birlikte “özen” kavramının tanımı mevzuatımızda yapılmamıştır. Nitekim sosyal, teknolojik gelişmelerin gerçekleşmesi ve zamanın değişmesiyle bazı kavramların da bu gelişmelerden ve değişimlerden etkilen-

9 Başpınar, s. 143.

10 <http://www.tdk.gov.tr>, (21.09.2019). Bununla birlikte Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğü'nde de özen kelimesinin “ihtimâm, itinâ” anlamlarına geldiği belirtilmektedir. İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1966, s. 16, 20.

11 Akipek, s. 54.

12 Gümüş, *Borçlar*, s. 441; Gümüş, *Özen*, s. 47.

13 Akipek, s. 55; Tamer İnal, *Borca Aykırılık Dönme ve Fesih*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 395- 396; Akipek, s. 55. Yargıtay ise özen borcunu “*vekilin iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için hayat deneylerine ve işin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması*” şeklinde tanımlamıştır. Yarg. 3. HD, 1985/2552 E, 1985/5380 K, 09.09.1985 K, Akipek, s. 55.

mesi söz konusu olabilmektedir¹⁴. Kanun metninde doğrudan bir tanımının yapılması halinde bahsedilen değişim ve gelişimlere göre kavramın anlamı ve muhtevasının değişmesi ise kanun metninin de sürekli değiştirilmesi zorunluluğuna yol açabilecektir¹⁵. Dolayısıyla kanun koyucu bu şekilde bir durumu önlemek için özen kavramının tanımını özellikle belirtmemiştir ve böylelikle özen kavramının anlamı ve muhtevası yorum suretiyle belirlenebilmektedir¹⁶.

Vekalet sözleşmesi bakımından özen borcu hususu TBK m. 506/II'de, “*vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür*” hükmü ile belirtilmiştir. Söz konusu hükümde yer alan “özen kavramı” aynı maddenin 2. fıkrasında yer alan hükümden bağımsız ve sözleşme ile bağlantılı bir hüküm niteliğinde olup, vekilin asli edimini kötü ifa etmeme yükümünü ifade etmektedir. Anılan maddenin 2. fıkrasında sözleşme ihlali ile ilgili olan “özen borcundan” bahsedilirken, kusur bakış açısı altındaki 3. fıkrada ise “gerekli özenden” bahsedilmektedir¹⁷.

B. Özen Borcunun Hukuki Niteliği

Öncelikle belirtmek gerekir ki her ne kadar TBK’da vekilin “borçları” arasında sayılmakla, uygulamada, doktrinde ve dolayısıyla çalışmamızda da yerleşmiş kavram olarak vekilin özen borcu olarak kullanmakta ise de vekilin özen borcu yerine özen yükümü¹⁸ ve özen yükümlülüğü¹⁹ olarak anılmasının daha doğru olduğunu ileri süren görüşler de bulunduğunu belirtmek gerekir. Nitekim bununla birlikte vekilin özen borcunun hukuki niteliği ile ilgili birtakım farklı tartışmalar ortaya atılmış olsa da bu tartışmalarla ilgili en önemli ayrımın özen borcunun asli edim yükümlülüğü mü yoksa yan edim yükümlülüğü mü veyahut yan yüküm mü olduğu konusunda yapıldığı görülmektedir²⁰.

Klasik öğretilerde bahsedildiği üzere “özen borcu” olarak ifade edilen vekilin ifa sırasında kendisinden beklenilmesi muhtemel olan özenle davranma yükümü genel itibarıyla kaynağını TMK m. 2’deki “dürüstlük kuralı”ndan alan bir “yan yüküm” olarak kabul edilmekte olup, Yargıtay’ın görüşü de bu

14 Akipek, s. 54; Yalçınduran, s. 75.

15 Başpınar, s. 122-123.

16 Başpınar, 123.

17 Gümüş, *Borçlar*, s. 441.

18 Gümüş, *Özen*, s. 130.

19 Başpınar, s. 57-58.

20 Gümüş, *Özen*, s. 116 vd., Başpınar, s. 147.

yöndedir^{21,22}. Vekilin özen borcunun asli nitelikte bir edim yükümlülüğü olduğunu kabul eden görüşe göre ise de vekilin özen borcu, edim yükümlülüğünün yanında bulunan, kişisel özenli davranışla ilgili özel bir yükümlülük olarak değil, bizzat edim yükümlülüğünün içinde yer alan bir vasıf olduğu belirtilmektedir²³. Bu ayırım üzerinde özellikle durulmasının sebebini de esasen bu nokta oluşturmaktadır. Nitekim yan yükümler alacaklıya ifa davası açma imkânı vermemekte yalnızca tazminat davası açma imkanı vermektedir²⁴. Dolayısıyla yan yükümler bağlı buldukları edim yükümlülükleri hiç veya gereği gibi ifa edilmediği veya bu edim yükümlülüklerine uygun olarak davranılmadığı halde ancak tazminat davasına konu olabilmektedir²⁵. Bu bakımdan bu ayırımdaki amaç özen borcuna aykırı hareket edilmesi halinde dava edilebilirliğin tespit edilmesi ile alakalıdır^{26,27}.

C. Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Özen Derecesinin Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Hususlar

Vekalet sözleşmelerinin temelini oluşturan hukuk sistemi olan Roma Hukuku'nda vekilin göstermesi gereken özen ölçütü, "iyi bir aile babası gibi gerekli önlemleri alma ve iyi bir aile babasının özeniyle hareket etme" olarak belirlenmekteydi²⁸. Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin olan TBK m. 506/III'te ise bu husus, "*vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır*" şeklinde hüküm altına alınmıştır.

21 Eren, Özel, s. 731. Ayrıca konu ile ilgili olarak bkz. M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt.1*, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 5; Akipek, s. 57. Yarg. 15. HD, 23.01.1996 T, 1995/17217 E, 1996/285 K; Yarg. 13. HD, 05.04.1993 T, 1993/131 E, 1993/2741 K; Yarg. 15. HD, 24.01.1991 T, 1990/2793 E, 1991/148 K, Gümüş, Özen, s. 133. Ayrıca özen borcunun hukuki niteliğine ilişkin diğer görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Özen, s. 116 vd..

22 Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlar tarafından yan yüküm; yan borç, bağımlı yan yükümlülükler, koruma yükümlülükleri veya diğer davranış yükümlülükleri olarak da anılmaktadır. Bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:1*, 7. Baskı, İstanbul, 2017, s.12; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara, 2018, s. 37, *Genel*, s. 37; Oğuzman, Öz, s. 5.

23 Murat Yılmaz, *Vekilin Özen Borcu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 1997, s. 19-20.

24 Kocayusufpaşaoğlu, s. 14; Eren, *Genel*, s. 37.

25 Kocayusufpaşaoğlu, s. 14, Eren, *Genel*, s. 37; Gümüş, Özen, s. 118.

26 Gümüş, Özen, s. 116.

27 Ayrıca, "bir borç ilişkisi söz konusu olduğunda konusu baştan belirlenmiş yapma, yapmama ve verme borçları dışında yükümlülüklerin de mevcut olduğunu kabul eden görüşe göre, söz konusu bu bağımsız borçlardan birini de özen borcu teşkil ettiği üzere, bu borçları "edim yükümü içermeyen borç" olarak kabul ederek bu tür borçlarda herhangi bir edimin ifa edilmesinden de bahsedilemeyeceği için, temerrüde düşmek, imkansızlığa uğramak, ifasını talep etmek veya ifaya zorlamanın da mümkün olmayacağı" ileri sürülmektedir. Bkz. Oğuzman, Öz, s. 5.

28 Korkmaz Sayın, s. 113.

Fakat belirtmek gerekir ki, TBK'daki söz konusu bu düzenleme EBK'da yer alan vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesi hususundaki düzenleme ile farklılık göstermektedir²⁹.

TBK ve EBK'daki düzenlemelerde farklılık olması nedeniyle vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesi sürecinin aydınlatılması bakımından TBK'daki düzenlemeyi incelemeyi önce 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeden de bahsetmekte yarar görmekteyiz.

1. EBK'daki Düzenlemeye Göre Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu

EBK m. 390/I'de, hizmet sözleşmesinde işçinin göstermesi gereken özene atf yapılmıştır. Söz konusu madde hükmü, “*vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir*” şeklindedir. Ayrıca yine EBK m. 356/I'de “*müteahhidin mesuliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tabidir*” şeklindeki düzenleme ile eser sözleşmesinde yüklenicinin özen yükümlülüğü de aynı doğrultuda belirlenmiştir. Her iki sözleşmede de (vekalet sözleşmesi ve eser sözleşmesi) özen yükümlülüğünün ölçüsü “*ihtimam mecburiyeti*” başlıklı anılan madde hükmü ile (EBK m. 326), “*işçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur. Kasıt veya ihmal ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür. İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için mukata olup iş sahibinin malumu olan veya olması icabeden malumatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafı gözetebilir*” şeklinde ifade edilmiştir³⁰. Dolayısıyla EBK yürürlükte olduğu dönemde yer alan hükümlere göre vekilin göstermesi gereken özenin belirlenmesinde “objektif kıstas” ve “sübjektif kıstas” olmak üzere iki kıstasa göre değerlendirme yapılması gerekmektedir³¹.

a. Objektif Kıstas'a Göre Özen Sorumluluğu

Bu kıstasa göre yapılan değerlendirmede, sözleşmeye uygun halde görülecek işin türü, zorluk derecesi ve söz konusu görülecek işin gerektirdiği öğrenim ve bilgi düzeyi gibi hususlar incelenmiştir. Bu kıstasa göre, yapılan işin mahiyeti

29 Yavuz, s. 648; İnal, s. 396. Ayrıca bkz. Gümüş, Özen, s. 59 vd., 310 vd..

30 “...Sözleşme hükümlerine uyulması, hukukta temel ilke olan “ahde vefa” kuralı gereğidir. Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. İş sahibi de işin ifayla sonuçlanması için sözleşmeyle kendisine yüklenilen edimleri zamanında ifa etmeyle yükümlüdür. Tarafların kendilerine düşen yükümlülükleri objektif iyi niyet kuralları içinde yerine getirmeleri gereklidir (BK.81.md ve TMK.2. md).”

31 (Yarg. 15. HD, 15.05.2014 T, 2014/118 E, 2014/3380 K), Ali Avcı, “Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu”, *TBB Dergisi*, Ankara, 2015, Sayı 119, s. 369.

Yavuz, s. 648; Tandoğan, s. 410; Yalçınduran, s. 76; Akıncı, s. 17.

ne kadar zor veya müvekkil için önemi ne kadar büyük ise vekilin göstermesi gereken özenin de o ölçüde fazla olması gerekir. Yapılan işin daha kolay olması ya da müvekkil için çok büyük önem arz etmemesi halinde vekilin göstermesi gereken özenin ölçüsünün de o oranda belirlenebileceği öngörülmüştür^{32,33}.

Bununla beraber ayrıca öğretide, vekilin vekalet edimini ücretsiz veya daha düşük bir ücretle ifa edeceğinin belirlendiği hallerde özen borcunun da daha hafif olabileceği, aksi halin hakkaniyete uygun düşmeyeceği savunulmaktadır. Bu görüşe göre vekilin yapılan işten fayda sağlaması söz konusu olmayacağından sorumluluğunun da daha az şiddetle belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁴. Bununla birlikte ücretsiz vekalet sözleşmesinin mevcut olduğu ve sözleşme kapsamında görülecek işin borçlu bakımından bir yarar arz etmediği hallerde sorumluluğun “daha az şiddetle takdir olunması” gereğinin yalnızca belli bir esneklik içerisinde düşünülebileceğini ileri süren görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre, TBK m. 114/1’de yer alan, “*borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir*” hükmünün uygulanması çekimser davranarak ve somut olayın ayrıntıları incelenerek, durum gerektiriyorsa gerçekleştirilmelidir³⁵.

Bizim katıldığımız bir diğer görüşe³⁶ göre ise de vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması ya da düşük bir ücret üzerinden belirlenmesi, vekil tarafından gösterilecek özenin derecesine değil ancak tazminatın miktarının belirlenmesine etki etmelidir. Nitekim vekalet sözleşmesi güvene dayalı bir sözleşme olduğu üzere, sözleşmenin ücretsiz ya da daha düşük bir miktarda belirlenmesinin vekilden beklenecek özen derecesinin ücretli vekalet sözleşmesine kıyasen daha az olmasına yol açması, vekalet sözleşmesinin ruhu ile bağdaşmayacaktır³⁷.

32 Yavuz, s. 649; Tandoğan, s. 410-411; Yalçınduran, s. 77; Akipek, s. 56; İnal, s. 398.

33 Örnek olarak, “*başın arka yüzeyinde yer alan hafif bir yaraya yapılacak iki dikiş ile, karmaşık bir beyin ameliyatının gerektirdiği özen derecesinin farklı olması. Nitekim özel bir uzmanlık gerektiren durumlarda, vekil ya konu hakkında uzmanlığı olan birine danışmalı veya işi hiç almayıp müvekkili bir uzmana yönlendirmelidir.*” Bkz. Tandoğan, s. 411.

“*Bir hastanenin temizlik işlerini üstlenen bir şirketin, hastane talimatnamesinde, hijyen gereksinimlerine göre şart koşulan ayrıntılı ve özenli temizliği yapmaktan sorumlu olduğu açıktır.*” Bkz. İnal, s. 397.

“*Hassas makinelerin bulunduğu bir yerin temizlenmesinde ve ayrıca bu makinelerin kullanılmasında da normalin üzerinde bir özen derecesinin şart konulduğu sözleşmelerin yapılması mümkündür.*” Bkz. İnal, s. 397.

34 Akıncı, s. 18.

35 Tandoğan, s. 411; İnal, s. 399.

36 Yalçınduran, s. 77; Aral, Ayrancı, s. 449-450; Aydoğdu, Kahveci, s. 798; Özkaya, s. 495-496; Gümüş, *Borçlar*, s. 445; Gümüş, *Özen*, s. 339.

37 Nitekim konu ile ilgili olarak Yavuz; EBK yürürlükte olduğu dönemde m. 98’in (TBK m. 114/1)

b. Sübjektif Kıstas'a Göre Özen Sorumluluğu

Sübjektif kıstasa göre yapılan değerlendirmede ise, işçinin iş sahibi tarafından bilinen veya bilinmesi gereken bilgi düzeyi, yetenekleri ve diğer nitelikleri esas alınmıştır³⁸. EBK'da her ne kadar vekilin özen borcundan doğan sorumluluğu işçinin özen borcundan doğan sorumluluğuna ilişkin olan hükümlere tabi tutulmuş ise de vekilin ve işçinin sorumlulukları her zaman ve her noktada benzerlik arz etmemektedir. Nitekim hizmet sözleşmesinde iş sahibinin verdiği talimatları yerine getirme hususunda işçinin kendi bilgi ve yetenekleri göz önüne alınmaksızın kendisini daha ağır bir sorumluluk içinde görmesi olağan olacağından, sübjektif kıstasın hizmet sözleşmesine uygulanması yerinde bir uygulamayı teşkil etmiştir³⁹.

Vekalet sözleşmesinde vekilin genellikle uzman bir kişi olması ve yine genellikle vekalet verenin de vekil ile bu uzmanlığı dolayısıyla güven duyarak vekalet sözleşmesi akdetmesi söz konusu olmaktadır⁴⁰. Uzmanlık gerektiren işlerde, vekil, uzmanlığının tescillendiği bir belgeye dayanarak (örneğin, resmi bir sınav sonucu) mesleğini icra edebilmektedir⁴¹. Vekilin sahip olmaya hak kazandığı söz konusu belge ayrıca vekalet verenin vekile karşı duyduğu güvene de dayanak oluşturmaktadır. Bu nedenlerle de vekilin mesleki olarak yetersiz olduğunu ileri sürerek ya da vekalet verenin verdiği işte uzman olmadığını belirterek sorumluluktan kurtulabilmesi söz konusu olamayacağından vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde sübjektif kıstasın uygulanması pek mümkün olmamıştır⁴².

2. TBK'daki Düzenlemeye Göre Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu

TBK'daki vekilin özen borcundan doğan sorumluluğuna ilişkin düzenlemede, EBK'dan farklı olarak hizmet sözleşmesine herhangi bir atıfta bulunulmamıştır. Nitekim hizmet sözleşmesine yapılan atfa yönelik EBK'nın yürürlükte olduğu dönemde birçok eleştiri yapılmıştır. Vekil ile vekalet veren arasındaki hukuki ilişkinin işçi ile işveren arasındaki ilişkiden büyük oranda farklılık arz

uygulanmasından çıkan sonucun her daim somut olayın özelliklerine uygun olmayabileceğini, vekaletin taraflar arasında mevcut güvene dayanması nedeniyle ücretsiz vekalette de vekilin hafif kusurundan dahi sorumlu olabileceği durumlarda sık sık karşılaşılabilceğinin söylendiğini belirtmektedir. Yavuz, s. 649.

38 Yavuz, s. 650; Tandoğan, s. 411; Akipek 56; Akıncı, s. 17; Yalçınduran, s. 76; Başpınar, 177-178.

39 Yavuz, s. 648-650.

40 Yavuz, s. 648; Yalçınduran, s. 76; Akıncı, 18; Akipek, 56; Başpınar, s. 178-179.

41 "Devletin diploma ve ruhsat vermek için aradığı şartlara, özel hukukta bir garanti niteliği vermek mümkündür". Yavuz s. 650.

42 Yavuz, s. 650; Tandoğan, s. 412; Yalçınduran, s. 77; Akipek, s. 56; Akıncı, s. 18.

ettiği ileri sürülmüş ve söz konusu farklılığın ise özellikle iş görme hususunda, işverene bağımlılıkta ve iş görmenin ücretli olup-olmamasının sorumluluğa etkisinde ortaya çıktığını nitekim, işçiye oranla vekilden daha fazla özen beklentisi bulunduğu belirtilmiştir⁴³.

Dolayısıyla konu ile ilgili olarak yalnızca objektif kıstasın uygulanması ön-görölmüştür; vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun kapsamı belirlenirken -çalışmamızda önceden de değinildiği üzere-, “*vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış*”ın esas alınacağı belirtilmiştir ve bu davranışa uyulmaması halinde ise vekilin özen borcuna aykırılığı söz konusu olmaktadır⁴⁴. Söz konusu madde hükmü ışığında yeni düzenlemeyle vekilin özen borcunun EBK’daki düzenlemeye nazaran daha fazla ağırlaştırıldığı belirtilebilmektedir⁴⁵. Nitekim vekalet verenin vekalet sözleşmesinin akdedilmesi esnasında vekilin kişisel ölçütlerinin vekalet sözleşmesine konu iş için uygunluğunun tespiti için araştırma yapıp-yapmadığı veya bu uygunluğu bilip-bilmediği göz önüne alınmamaktadır. Başka bir ifade ile söz konusu madde hükmüne göre, vekilin üstlendiği işin gerektirdiği donanımına sahip olduğu kabul edilmektedir ve vekalet sözleşmesi bakımından kusurunun bulunup-bulunmadığının her somut olaya göre değerlendirilmesi öngörölmüştür⁴⁶. Görüleceği üzere, madde hükmü ile vekilin göstermesi gereken özen ölçütü yükseltilmiş ve eski düzenlemeye nispeten çok daha fazla objektifleştirilmiştir⁴⁷. Bu nedenle, vekilin göstermesi gereken özenin belirlenmesinde, mesleğin gerektirdiği ortalama akıl, fiziksel ve manevi yeteneklere sahip ve ayrıca kaçınılabilmesi mümkün olan hiçbir hatayı işlemeyen insan modelinin esas alındığını ifade etmek mümkündür⁴⁸. Söz konusu bu model ise mesleğe özgü ortalama davranış ölçü alınarak belirlenmektedir, dolayısıyla her mesleğe göre farklılık göstermesi söz konusu olabilmektedir⁴⁹.

Tüm bunlarla birlikte, vekilden beklenen özen vekilin mensup olduğu alana özgü ortalama bir vekilden beklenecek hareket tarzı olarak her ne kadar objektifleştirilmiş olursa olsun, somut olaya göre vekilin, alanı ile ilgili olarak özel

43 Özkaya, s. 495.

44 Yavuz, s. 648.

45 Mete Duman, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Uygulayıcı Gözüyle Vekalet Sözleşmesi”, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu 12-13 Mayıs 2011*, Ankara Barosu Başkanlığı, 2012, s. 21-22.

46 Duman, s. 22.

47 Gümüş, *Borçlar*, s. 443.

48 Aydoğdu, Kahveci, s. 798; Aral, Ayrancı, s. 449.

49 Aral, Ayrancı, s. 449. Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Gümüş, *Borçlar*, s. 443 vd.; Özkaya, s. 495.

bir uzmanlığı, yeteneği veya niteliği olması durumunda, vekalet veren vekili bu özellikleri nedeniyle tercih ediyorsa vekilden, ortalama bir vekile oranla sahip olduğu özellikler ölçüsünde daha fazla bir özen talep edilebilmektedir⁵⁰. Ayrıca özellikle belirtmek gerekir ki vekilin yalnızca tedbirli olması yeterli olmayıp, öngörülmesi mümkün olan tüm olasılıkları dikkate alması; dolayısıyla da hafif kusurundan dahi sorumlu tutulması söz konusu olmaktadır⁵¹.

Yukarıda bahsedilen mahiyette bir kıtas belirlendiği için vekil, fiziksel ya da manevi olarak yetersiz olduğunu, bilgi ve deneyim bakımından eksik olduğunu, mesleki alandaki yenilikleri takip edemediğini ve bu yeniliklerden haberdar olmadığını, işlerinin yoğunluğunu, iş yerinde kendisine verilen iş yükü nedeniyle şartlarının zorluğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır⁵². Nitekim TBK m. 503'te yer alan "*kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır*" hükmü uyarınca söz konusu durumların mevcut olması halinde sorumluluğunun doğmasını önlemek üzere vekilin vekaleti hiç kabul etmemesi veya derhal reddetmesi gerekmektedir^{53, 54}.

D. Vekilin Sonucun Gerçekleşmemesinden Sorumlu Tutulmaması Durumu

Öncelikle belirtmek gerekir ki, vekilin sorumluluğu, sözleşme kapsamında görmeyi yüklediği işle ilgili faaliyetleri özenle yürütmediği takdirde söz konusu olmaktadır⁵⁵. Bununla birlikte vekil işi gördüğü sırada özenle hareket etmesine rağmen, yöneldiği sonucun gerçekleşmemesi nedeniyle sorumlu tutulmamakta-

50 Gümüş, *Borçlar*, s. 444.

51 Özkaya, s. 495; Yalçınduran, s. 77.

52 Eren, Özel, s. 731; Aral, Ayrancı, s. 449; Yalçınduran, s. 77; Başpınar, s. 179; Özkaya, s. 495 Nitekim, örneğin, vekilin bir hukuk adamı olması halinde, mahkeme karar ve içtihatlarını bilmemesi bir özürlü teşkil etmemektedir. İnal. s. 399.

53 Eren, Özel, s. 731; Aral, Ayrancı, s. 449; Yalçınduran, s. 77; Özkaya, 495.

54 "*Aksi halde vekil bilerek "kabul ya da üstlenim kusuru (Übernahmeverschulden) işlemiş olur. Üstlenim kusuru yalnız kusur düzeyinde önem arz etmekle kalmaz aynı zamanda sözleşmenin ihlali düzeyinde de özen yükümlülüğüne aykırılık eşkil eder.*" Bkz. Eren, Özel, s. 731.

55 "*Bir avukatın mahkeme kararlarını gerektiğince izlememesi sonunda vekâlet verenin davasını kaybetmesi durumunda özen gösterme ödevini yerine getirmediği için sorumlu olacağını İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay kabul etmiştir.*" Nureddin Demir, *Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2008, s. 30. Ayrıca konu ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Cenk Akil, "Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2012, s. 11-26.

dır⁵⁶. Başka bir ifade ile vekilin vekalet sözleşmesi kapsamında kendisine verilen iş ile ilgili olarak ulaşılmak istenen sonucun başarılı bir şekilde gerçekleşmesi için hayat tecrübelerine ve işin gereklerine uygun faaliyetlerde bulunması ve söz konusu başarılı sonuca ulaşılmasına engel teşkil edebilecek faaliyetlerden de kaçınması halinde, -vekalet veren tarafından sözleşmenin yapılması ile- amaçlanan sonuç gerçekleşmese dahi (hekimin yaptığı ameliyatın başarılı olmaması, avukatın yürüttüğü davanın müvekkili lehine sonuçlanmaması gibi)⁵⁷ bu durumda artık -vekilin- sorumluluğundan bahsedilemeyecektir⁵⁸.

E. Özen Borcunda İspat Yükü

Özen borcunun yerine getirilmediğini ispat yükü “vekalet veren” dedir⁵⁹. Vekalet verenin, vekalet sözleşmesinin konusu olan sonucun başarı ile gerçekleşmediğinin ispatı ile ayrıca “benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış”ın vekil tarafından gösterilmediğini ve vekilin göstermesi gerekenden uzak davranışlar sergilemesinin başarılı sonuca ulaşılmasında etkili olduğunu da ispat etmesi gerekmektedir^{60, 61}. Ve-

56 “Vekil, müvekkile karşı vekaleti “sadakat ve özen ile” ifa etmekle yükümlüdür (BK m. 390/2). Vekilin iş görme ile amaç tutulan sonucun başarılı olması için hayat deneylerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması özen borcunun kapsamını oluşturur. Vekil iş görürken amaçlanan sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca kavuşmak için yaptığı çalışmaların özenle görülmesinden sorumludur. İş sadakat ve özenle görülmüşse yönelinen sonuca erişilmemiş olsa bile gereği gibi ifa vardır. Vekilin gerekli özeni göstermesine rağmen, sonucun elde edilememesinin rizikosu vekile yüklenemez.” (Yarg. 13. HD, 1990/7902 E, 1991/1070, 05.02.1991 T), Akipek, dn. s. 55.

Nitekim vekalet sözleşmesinin eser sözleşmesinde ayırmaya yarayan bir unsur olarak işin görülmesinden doğan sonucun rizikosunun vekile ait olmamasını (müvekkile ait olması) belirtmek mümkündür. İnal, s. 395.

57 Tandoğan, s. 432.

58 Özkaya, s. 495; Yavuz, s. 648; Tandoğan, s. 410; Aydoğdu, Kahveci, s. 798; Aral, Ayrancı, s. 448; Akıncı, s. 16; Akipek, s. 55, 56; Yalçınduran, s. 75; İnal 395; Özkaya, s. 494.

59 Yavuz, s. 649-650; Aydoğdu, Kahveci, s. 798; Akipek, s. 56; Yalçınduran, s. 77; Özkaya, s. 497.

60 Yavuz, s. 649-650; Aydoğdu, Kahveci, s. 798; Yalçınduran, s. 77.

61 Örnek olarak, hekimin hastaya konulan teşhisin gerektirdiği bütün inceleme, tetkik ve muayeneyi yapmadan tedaviye başlaması, tıp biliminin öngördüğü tedavi metodları arasında tercihte bulunurken hastanın özel durumu var ise, bu hususu dikkate almaması tedavide en emin yolu takip etmeyip, hastaya gerekli açıklamada (aydınlatmada) bulunmadan tedaviye başlaması, verilebilmektedir. Bkz. Özkaya, s. 496.

Bununla birlikte önceden bahsedildiği üzere özen borcu kendisini vekilin diğer borçlarında göstermektedir. Nitekim örneğin Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 18.09.2008 gün, 4519/10750 sayılı ilamında, aydınlatma yükümlülüğünü de hekimin vekâlet sözleşmesi kapsamındaki özen borcu içerisinde değerlendirmiştir. Söz konusu kararda, “davacı, yüzündeki kırışıkların giderilmesi için davalı doktorun yaptığı müdahalenin özensiz ve kusurlu olması nedeniyle kalıcı zararlara yol açtığı iddiası ile manevi tazminat istemişlerdir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK. 386-390) Vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden sorumlu değil ise de bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur.”

kalet verenin söz konusu ispat yükünü yerine getirmesi halinde ise, vekil ancak kusursuz olduğunu ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulabilecektir^{62, 63, 64}.

F. Vekalet Sözleşmesinde Özen Borcu Bakımından Sorumsuzluk Anlaşması

Vekalet sözleşmesi bakımından TBK m. 115/III⁶⁵ ve TBK m. 116/II kapsamında yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği hususu öğretilerde tartışmalı olmakla beraber, bu tür anlaşmaların geçerli olmaması gerektiği yönündeki görüş giderek yaygınlaşmaktadır⁶⁶. Öğretilerde hakim olan ve bizim de katıldığımız bu görüşe göre, vekalet sözleşmesinde “özen”in, sözleşmenin esaslı unsurlarından biri olması ve vekalet sözleşmesinin mahiyet olarak güvene dayalı bir sözleşme olması nedeniyle⁶⁷, vekalet verenin vekilden, işini son derece özenle görmesini beklemekte haklı olduğu belirtilmektedir⁶⁸. Nitekim bu tür bir özen göstermemekle vekilin, vekalet sözleşmesinde görmeyi yüklediği işi gereği gibi yerine getirmemiş sayılacağı ve ayrıca vekilin kendisinin hafif kusurdan, yardımcılarının ise her türlü kusurdan sorumlu olmamasına ya da sadece ağır kusurlarından sorumlu olmasına yönelik şartları kapsayan bir söz-

şeklinde değerlendirmede bulunmuştur. Bkz. Mine Kaya, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, Ankara, 2012, Sayı 100, dn. s. 56.

62 Örnek olarak, hekimin kusuru bulunmaksızın ameliyat anında aniden baygınlık geçirmesi, rutin olarak kullanılan standart bir iğnenin malzeme bozukluğundan kırılması, hastanın kullanması gereken belirli bir ilacı derhal tedarik edilmesinin imkansız olması, müvekkilin vekili bağlayıcı nitelikte herhangi bir talimatının bulunmaması, belirtilebilmektedir. Bkz. Tandoğan, s. 432.

63 Yavuz, s. 650; Akipek, s. 56.

64 İspatın nasıl yapılacağı ile ilgili olarak, “... hal böyle olunca, mahkemece uzman bilirkişiler aracılığı ile inceleme yaptırılmalı, davalının kendisine duyulan güvene uygun olarak ve müvekkili davacının menfaatlerini sözleşme ile güdülen amaç çerçevesinde koruyup korumadığının, özen ve sadakat borcunun ifasında kendisine atfı mümkün bir kusurun bulunup bulunmadığını ispat edilmesi hakkında...”, Topuz, s. dn. 167.

65 Bu halde mesleği avukat, hekim, bankacı, eczacı olan vekillere, vekillik yetkisi Kanun ile veya yetkili makamın izni ile verildiği için bu kişiler hafif ihmal ile ilgili olarak dahi sorumsuzluk anlaşması yapamamaktadır. Bkz. Eren, Özel, s. 732-733.

66 Yavuz, s. 650, Akipek, s. 56-57; Yalçınduran, s. 78.

67 Vekalet sözleşmesinde karşılıklı güven hissinin egemen olması nedeniyle özen kavramının özel bir yer tutması söz konusudur. Konu ile ilgili olarak bkz. (Yarg. HGK, 2007/13751 E, 2007/756 K, 21.10.2007 T), Erzurumluoğlu, dn. s. 191. Ayrıca, “vekaletname sözleşmesi büyük ölçüde, vekil ile vekil edenin güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu da bu güven unsurundan doğar.” (Yarg. HGK, 1993/1-79 E, 1993/195 K, 05.05.1993 T), Özkaya, s. 511-512.

68 Yalçınduran, s. 78. Ayrıca, “... Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, TBK.nun 510/1. maddesi hükmü uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.” (Yarg. 13. HD, 2014/19545 E, 2014/22576 K, 02.07.2014 T), Aral, Ayrancı, dn. s. 449.

leşmenin de vekaletin içeriğiyle örtüşmeyeceği kabul edilmektedir⁶⁹.

Özellikle hekimlerle ilgili olarak örneğin, hastanın ölümü ile sonuçlanan müdahalelerde, sözleşme dışı sorumlulukları kapsamında kendilerine (hekimlere) sorumluluktan kurtulma imkanı tanınmazken -örneğin TBK m. 527/I'de, “*vekâletsiz işgören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir*” şeklinde hüküm bulunmaktadır⁷⁰, vekalet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluk dolayısıyla sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olması hakkaniyete aykırı bir ikiliği teşkil edeceği belirtilmektedir⁷¹.

G. Vekilin Başkasına Vekâlet Verdiği Durumlarda Göstermesi Gereken Özen

Çalışmamızda TBK'nın 506. maddesinin II. ve III. fıkralarından önceden bahsedilmiştir. Bununla birlikte anılan maddenin I. fıkrası ise, “*vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir*” şeklindedir. Dolayısıyla söz konusu bu fıkrayı m. 506'dan sonra devam eden madde 507 ile birlikte incelemek gerekmektedir. Nitekim “*işin üçüncü kişiye gördürülmesi hâlinde*” kenar başlıklı 507. madde ise “*vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun filinden kendisi yapmış gibi sorumludur. Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Vekâlet veren, her iki durumda da vekilin kendi yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya o kişiye karşı uleri sürebilir*” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere kural olarak esasen vekil, vekalet sözleşmesine konu işi bizzat yapmakla yükümlüdür. Fakat vekilin bazı durumlarda bazı işleri yardımcı bir kişiye bırakması da mümkündür. Ancak işin görülmesi hususunda yardımcı kişilerin hizmetinden yararlanmak ile işi başkasına gördürmek fiillerinin birbirleriyle karıştırılmaması gerekmektedir. Nitekim vekilin yardımcı kişilerin hizmetinden faydalanmasının söz konusu olduğu haller TBK'nın 506/I ve 507. maddeleri kapsamında değil “*yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk*” kenar başlıklı 116. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir⁷².

69 Yavuz, s. 650; Yalçınduran, s. 78; Gümüş, *Borçlar*, s. 433.

70 Ancak söz konusu hükmün özellikle hekimler bakımından uygulanması tartışmalı olmakla birlikte konu ile ilgili farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşler için bkz. Sera Yüksel Reyhani, “Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 21, Sayı 2, İstanbul, 2015, s. 800 vd..

71 Konu ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Gümüş, *Borçlar*, s. 433-434.

72 Başpınar, s. 196; Gümüş, *Özen*, s. 169.

507. madde kapsamında yapılacak değerlendirmede ise EBK döneminde vekilin yerine başkasını koymasının caiz olmadığı haller olarak belirtilen, vekilin yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürmesi söz konusu ise özen borcunun gereği gibi yerine getirilip-getirilmediği hususu belirlenirken vekilin yerine geçen kişinin (alt vekil veya kaim vekil) kişinin özellikleri kıstas olarak alınmalıdır, burada vekilin kişiliği ve niteliği göz önünde bulundurulmalıdır⁷³. Bu durumda vekilin kendi yerine koyduğu kişinin özen borcuna aykırı fiilinden sorumluluğunun doğması için kendisinin kusurlu olması şartı aranmamaktadır. Bununla birlikte vekilin başkasına vekalet vermeye yetkili olduğu durumlarda yani caiz olan hallerde ise vekilin sorumluluğu daha hafif belirlenmiştir. Nitekim bu halde, TBK m. 507/II uyarınca vekilin yalnızca vekalet verdiği kişiyi seçmede ve talimat vermede kusurunun bulunmadığını ispat etmesiyle sorumluluktan kurtulabilmesi mümkündür⁷⁴.

II. Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcuna Aykırılığın Sonuçları

Vekilin vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılığı sebebiyle sorumluluğundan söz edebilmek için öncelikle “özen borcuna aykırı bir davranışın varlığı” aranmaktadır. Özen borcuna aykırı bir davranışın varlığı, özen borcuna aykırı olan bu davranıştan zararın doğması⁷⁵, zarar ile borca aykırı davranış arasında uygun nedensellik bağı bulunması⁷⁶ ve zarara neden olan davranışta kusurunun olması halinde⁷⁷, vekilin, vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılığı sebebiyle sorumluluğu doğmaktadır⁷⁸. Bu durumda vekalet veren tazminat talebinde bulunabilmekte ve vekil de bu zararı gidermekle yükümlü hale gelmektedir; nitekim bu zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kardan oluşan müspet zarardır⁷⁹.

73 Başpınar, s. 197; Gümüş, Özen, s. 172.

74 Başpınar, s. 200; Ayrıca bkz. Akipek, s. 162 vd..

75 “Çek bedelinin tahsili için verilen vekalet görevinin özen borcuna uygun yürütülmemesi tazminat için yeterli görülmemeli, zarar hususunun da kanıtlanması aranmalıdır.” Yarg. HGK, 13-642 E / 704 K, 03.10.2007 T, kararın tamamı için bkz. Eraslan Özkaya, *Vekalet Sözleşmesi ve Vekaletin Kötüye Kullanılması*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 502-506.

76 “... Şayet davalı kurşunu derhal arayıp bulmuş ve kan kaybından hastanın ağırlaşmasından önce operasyonla veya diğer yollarla mevcut imkanlarla yaralının kurtulmasını sağlayacak idi ise, zararlı eylem arasında uygun ilişki var sayılır; aksi halde davanın reddi gerekir.” Yarg. 4. HD, 14685 E, 1160 K, 02.03.1965 T; Yarg. 13. HD 1990/7902 E, 1991/1070 K, 05.02.1991 T; Seçkin Topuz, *Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Kırıkkale, 2001, s. dn. 170.

77 “Vekilin özen borcuna aykırılık nedeniyle sorumluluğunun söz konusu olması için davranışında kusurunun olduğunun ispatlanması gerekmektedir.” Konu ile ilgili olarak bkz. Topuz, s. dn. 167.

78 Başpınar, s. 194 vd.; Topuz, s. 130 vd..

79 Eren, Özel, s. 732.

Vekilin özen borcuna aykırı davranması sözleşmeye aykırılık sonucunu da doğurabilmektedir. Vekilin özen borcuna aykırı davranışı aynı zamanda bir haksız fiili de teşkil ediyorsa, vekalet veren vekile yönelik olarak sözleşmeden doğan sorumluluğa ya da haksız fiil sorumluluğuna dayanarak başvurabilir. Bu halde sebeplerin yarışması söz konusu olmaktadır ve taleple bağlılık ilkesi gereği eğer davacı borç kaynağını belirtmemiş ve talebini buna göre oluşturmamış ise TBK m. 60 uyarınca hakim, en iyi tazmin imkanı olan sebebi gözeterek karar verebilmektedir⁸⁰. Bununla birlikte vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması ya da düşük bir ücret üzerinden belirlenmesi hususu, tazminatın hesaplanmasında bir indirim sebebi olarak belirlenebilmektedir⁸¹. Vekalet sözleşmesinde özen borcunun ihlalinden kaynaklanan tazminat talebi ise 5 yıllık bir zamanaşımı süresine tabi olmaktadır^{82, 83}.

Vekalet sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği kazandığı durumlarda vekilin, görmeyi üstlendiği edimin ifasını hiç yerine getirmemesi halinde TBK m. 125'te yer alan borçlu temerrüde ilişkin seçimlik hakların uygulanabilirliği öğretide tartışmalı olmakla birlikte, hakim görüş uygulanabileceği yönündedir⁸⁴. Vekalet verenin aynen ifa ve gecikme tazminatını talep etme, borcun ifasından vazgeçerek müspet zararın tazmini isteme ve sözleşmeden dönme hakları bulunmaktadır⁸⁵. Ayrıca belirtmek gerekir ki, vekilin vekalet sözleşmesi kapsamında vekaleti geri alabilmesi (azil hakkı) ise her zaman mümkün olmaktadır. Fakat uygun olmayan bir zamanda vekalet sözleşmesini tek taraflı sona erdiren taraf bundan dolayı zarara uğrayan tarafın zararını tazmin etmekle yükümlü hale gelmektedir.

Vekalet verenin, vekilden aynen ifayı talep etmesi, "ifa imkansızlaşmamış ise"⁸⁶, geciken ifanın gerçekleştirilmesi esas alınmak suretiyle mümkündür.

80 Eren, Özel, s. 732.

81 Erkan s. 459-460. Ayrıca vekalet sözleşmesine konu işin vekil için çok yüksek risk teşkil etmesi ve bu durumun vekalet veren tarafından bilinmesi hali de tazminat hesaplamasında bir indirim sebebi olarak sayılabilmektedir. Eren, Özel, s. 732.

82 Başpınar, s. 278 vd.. TBK'nın 147. maddesinde "aşağıdaki alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır" şeklinde belirtilerek, vekalet sözleşmesinden doğan davalarla ilgili 5 yıllık sürenin öngörülmesi hususu, anılan maddenin 5. fıkrasında "vekâlet, komisyon ve acentalık sözleşmelerinden, ticari simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar" olarak hüküm altına alınmıştır.

83 Bununla birlikte özen borcunun ihlalinden doğan tazminat talebinde zamanaşımı süresi ile ilgili olarak Eren, "özen borcunun ihlalinden doğan tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresi, bu talep sözleşmeden doğan bir talep olduğu için 10 yıldır" şeklinde görüş belirtmiştir. Özel, s. 732.

84 Karşı görüş ve konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Gümüş, Özen, s. 196.

85 Başpınar, s. 247.

86 Örneğin, davayı süresinde açmayan bir avukattan süre geçtikten sonra dava açması beklenebilmektedir. Bkz. Başpınar, s. 250.

Vekilin ifayı yerine getirmede gecikmiş olmasına rağmen vekalet verenin aynen ifayı talep etmesi halinde, vekalet veren, aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı da talep edebilmektedir ve söz konusu bu tazminat vekil ifada gecikme idi, uğranılmayacak olan zararları kapsamaktadır⁸⁷.

Vekalet sözleşmesinin büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanan bir sözleşme olması nedeniyle, vekilin özen borcuna aykırı davranmak suretiyle ifayı hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi durumu, vekalet verenin tam ve doğru ifanın gerçekleşmesi yönündeki talebini engelleyebilmektedir; nitekim vekilin ifayı hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi, vekalet verenin güveninin sarsılmasına yol açabilmektedir⁸⁸. Bu nedenle vekalet sözleşmesi bakımından vekilin özen borcuna aykırı hareket etmesi durumunda aynen ifa talep edilmesi çok sınırlı durumlarda söz konusu olmaktadır⁸⁹.

Öğretide vekalet sözleşmesi bakımından borca aykırılık nedeniyle aynen ifa talebinin mümkün olmayacağını ileri süren görüşe göre ise, vekilin üstlendiği edimi hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde vekilin borcunun tazmin borcuna dönüşmesi gerektiği ve vekalet verenin vekilden ancak tazminat talep edebilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir⁹⁰.

Nitekim biz de vekile karşı olan güvenini kaybeden vekalet verenin ifayı beklemeye devam etmesinin hayatın doğal akışında daha az karşılaşılan bir durum olduğunu düşünmekteyiz. Fakat her ne kadar aynen ifa talebinin daha az karşılaşılan bir durum olabileceğini değerlendiresek de bu talebin doğrudan tazmin borcuna dönüşmesi gerektiğini savunan görüşe katılmadığımızı, çünkü eğer vekalet verenin ifanın “her halükarda” gerçekleştirilmesine yönelik bir arzusu söz konusu ise, aynen ifa talebinde bulunabilmesinin de mümkün olması gerektiğini belirtmek isteriz.

Vekalet sözleşmesinde aynen ifanın talep edilebilmesi konusunda dava ve icra edilebilirlik hususları da tartışmalıdır. Nitekim bir görüşe göre, vekilin yüklendiği iş veya hizmeti sözleşmeye göre görme borcu dolayısıyla vekalet verenin alacağı dava ve icra edilebilir nitelikte olduğu ve dolayısıyla aynen ifa da talep edilebileceğini kabul edilmekle birlikte, diğer bir görüşe göre, “kimse icra yoluyla bir şey yapmaya zorlanamaz” düşüncesiyle aynen ifanın dava ve icra edilmesi mümkün görülmemektedir⁹¹.

Son olarak, vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcuna aykırı davranışı ne-

87 Başpınar, s. 251.

88 Başpınar, s. 247, 250.

89 Topuz, s. 158.

90 Akıncı, s. 249; Konu ile ilgili tartışmalar için bkz. Gümüş, Özen, s. 184 vd..

91 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Özen, s. 144 vd., 196 vd..

deniyle borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının aynen ifa ve tazminat talebi haklarının yanında sözleşmeden dönme imkanı da bulunmaktadır⁹².

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde sözleşmeden dönme, henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdiren, önceden yerine getirilmiş edimleri- ise iade borcunu doğuran, varması gerekli ve şekle bağlı olmayan yenilik doğuran bir hak niteliğindedir⁹³. Bu durumda alacaklının (konumuz itibarıyla vekalet verenin) sözleşmeden dönme hakkını kullanması ile birlikte eğer vekil edimin gereği gibi ifasında kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat edemezse özen borcuna aykırı davranışı nedeniyle doğan zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Buradaki söz konusu zararın menfi zarar olduğu belirtilmekle birlikte⁹⁴, öğretide hakkaniyetin gerektirmesi halinde müspet zararın da tazmin edilebileceği görüşü bulunmaktadır⁹⁵. Tüm bunlarla beraber, sözleşmeden dönülmesi halinde, özellikle maddi edimlere ilişkin vekalet ilişkisi söz konusu ise, hekimin yaptığı ameliyatı, avukatın yürüttüğü davayı, geri almasının mümkün olmaması nedeniyle, vekalet sözleşmesi çerçevesindeki bu sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili değil ancak ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmektedir⁹⁶.

Sonuç

Vekalet sözleşmesine, TBK'da yer alan vekaletle ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Dolayısıyla tipik bir sözleşme niteliği taşımakla birlikte, yine TBK m. 502/2 uyarınca atipik sözleşmelere de vekaletle ilişkin söz konusu hükümler uygulanmaktadır. Uygulamada sıklıkla kullanılan vekaletle ilişkin hükümlerin de ayrıntılı olarak değerlendirilmesi ve kapsamlarının belirlenmesi büyük bir önem taşımaktadır. Vekilin özen borcu ise, vekilin borçlarından biri olarak sayılmakla birlikte esasen vekilin diğer borçları üzerinde de görünümü bulunmaktadır. Nitekim, vekilin vekalet sözleşmesi kapsamında diğer borçlarını ifa ederken de özenli bir şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte özen borcu doktrinde genel itibarıyla bir "yan yüküm" olarak kabul edilmektedir.

Vekilden beklenen özenin ölçütü ise TBK'da, EBK'da yer alan düzenlemeyle farklılık göstermektedir. Bu ölçütü tespit etmek üzere hizmet sözleşmesinde işçinin göstermesi gereken özene atıfta bulunan hüküm ve dolayısıyla uygulamada da subjektif kıstas ölçütü terkedilmiş, vekilin göstermesi gereken özenin

92 Topuz, s. 161; Başpınar, s. 253.

93 Topuz, s. 161; Başpınar, s. 253.

94 Topuz, s. 161.

95 Bkz. Başpınar, s. 253.

96 Başpınar, s.254-255; Topuz, s. 162, 163.

ölçütü son derece objektifleştirilmiştir. Bunun yanı sıra da özenin ölçütü her somut olayda göre ayrı ayrı incelenebilmekte hatta ve hatta vekalet verenin vekili, alanı ile ilgili olarak özel bir niteliğe sahip olması nedeniyle tercih etmesi söz konusuysa ortalama bir vekile oranla sahip olduğu özellikler ölçüsünden daha fazla bir özen talep edilebileceği de kabul edilmektedir.

Vekilden beklenen özen borcuna aykırı hareket etmesi ise bahsedildiği üzere vekilin sorumluluğuna yol açmaktadır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, öğretide giderek yaygınlaşan ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise, herhangi bir sorumsuzluk anlaşması ile vekilin sorumluluğun bertaraf edilmesinin söz konusu olmaması gerekmektedir. Nitekim güven temeline dayanan vekalet sözleşmesinde vekalet verenin, vekilin titizlikle hareket etmesini beklemesi vekalet ilişkisinin muhtevasının en doğal sonuçlarından birini teşkil etmektedir. Bununla birlikte özen borcunun yerine getirmediğinin ispat yükü vekalet verende olup, vekil ise ancak kusursuz olduğunu ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulabilmektedir. Vekilin başkasına vekalet verdiği durumlarda alt vekil veya kaim vekilin göstermesi gereken özen ise vekalet vermede yetkili olduğu ve yetki dışına çıktığı durumlarda ayrı ayrı belirlenmiştir. Nitekim yetkisi dışına çıktığı durumlarda alt vekil veya kaim vekilin kusurundan kendisi yapmış gibi sorumlu olması söz konusuysa, vekalet verenin yetki vermesi söz konusu ise yalnızca seçmede ve talimat vermede özen gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmesi mümkündür.

Vekilin vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılığı, vekilin sözleşmeden doğan sorumluluğuna yol açacağı gibi aynı zamanda vekilin davranışı haksız fiil de teşkil ediyorsa sebeplerin yarışması söz konusu olur. Bu durumda ise eğer davacı borç kaynağını belirtmemiş ve talebini buna göre oluşturmamış ise hakim en iyi tazmin imkanı olan sebebi gözeterek karar verebilmektedir. Bununla beraber öğretideki, vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması veya yüksek risk teşkil etmesi hallerinin tazminatın hesaplanmasında indirim sebebi olabileceği görüşüne katılmakla birlikte, vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması veya yüksek risk teşkil etmesi hallerinin vekilin göstermesi gereken özenin derecesine etki edebileceğini savunan bir diğer görüşe ise katılmadığımızı belirtmek isteriz. Vekalet verenin söz konusu tazminat talebi hususunda ise 5 yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülse de öğretide bu talebin sözleşmeden doğan bir talep olması nedeniyle 10 yıllık zamanaşımına tabi olması gerektiğini ileri süren bir görüş de bulunmaktadır.

Vekilin vekalet sözleşmesi kapsamında vekaleti geri alabilmesi ise “zamanın uygun olması şartıyla” her zaman mümkündür. Tüm bunlarla birlikte vekilin özen borcuna aykırı davranmak suretiyle vekalet sözleşmesi kapsamında üstlendiği –ifası mümkün olan- edimin ifasını yerine getirmemesi söz konusu ise,

vekalet verenin, borçlu temerrüdü hükümlerine başvurması hususu öğretide tartışmalı olmakla birlikte, hakim görüşe göre başvurabileceği kabul edilmektedir. Aynen ifa talebi ise eğer ifa imkansızlaşmamış ise söz konusu olabilmektedir. Eğer vekalet veren vekilin ifayı yerine getirmede gecikmiş olmasına rağmen aynen ifayı talep ediyorsa, vekilin ifada gecikmiş olması nedeniyle gecikme tazminatı da talep edebilmektedir ve söz konusu gecikme tazminatı vekil ifada gecikmese idi, uğranılmayacak olan zararları kapsamaktadır. Bununla birlikte öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, vekalet verenin aynen ifa talebinde bulunabilmesinin mümkün olduğunu fakat bunun çok kısıtlı bir kullanım alanı olduğu, nitekim vekilin ifayı yerine getirmemesi durumunun vekalet sözleşmesinin güvene dayalı bir sözleşme olması nedeniyle vekalet verenin güvenini sarsacağı kabul edilmektedir. Bir diğer görüşe göre ise, aynen ifa talebinin mümkün olmaması ve hiç veya gereği gibi ifa etmeme halinde vekilin borcunun doğrudan tazmin borcuna dönüşmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

Vekalet verenin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasında ise, eğer vekil kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceği ispat edemezse, doğan zararı tazmin etmekle yükümlü hale gelmektedir; buradaki söz konusu zararın menfi zarar olduğu belirtilmekle birlikte, öğretide hakkaniyetin gerektirmesi halinde müspet zararın da tazmin edilebileceği görüşü bulunmaktadır. Tüm bunlarla birlikte, vekalet sözleşmeleri kapsamında sözleşmeden dönmenin, özellikle de maddi bir edime yönelik bir vekalet sözleşmesi mevcutsa vekilin edimi geri alması söz konusu olamayacağından, ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmektedir.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Şahin, *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Sayram Yayınları, Konya, 2004.
- Akil, Cenk, “Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2012, s. 11-26.
- Akipek, Şebnem, *Alt Vekalet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Aküinal, Teoman, “İsviçre Federal Mahkemesinin Mimarlık Sözleşmesinin Niteliği Konusunda 3 Ekim 1973 Tarihli Kararı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFMD)*, İstanbul, 1974, Cilt 40, Sayı 1-4, s. 701-707.
- Aral, Fahrettin; Ayrancı, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Avcı, Ali, “Türk Borçlar Kanunu’nda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu”, *TBB Dergisi*, Ankara, 2015, Sayı 119, s. 367-394.
- Aydoğdu, Murat; Kahveci, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Başpınar, Veysel, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Demir, Nureddin, *Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2008.
- Duman, Mete, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Uygulayıcı Gözüyle Vekalet Sözleşmesi”, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu 12-13 Mayıs 2011*, Ankara Barosu Başkanlığı, 2012, s. 15-41.
- Emiroğlu, Haluk, “Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil”, *AÜHFMD*, Cilt 52, Sayı 1, 2003, s. 101-111.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara, 2018, (Genel).
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, (Özel).
- Erzurumluoğlu, Erzan, *Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler II. Cilt*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, (Borçlar).
- Gümüş, Mustafa Alper, *Türk-İsviçre Borçlar Hukuku’nda Vekilin Özen Borcu*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, (Özen).
- İnal, Tamer, *Borca Aykırılık Dönme ve Fesih*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Kalkan Oğuztürk, Burcu, *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- Kaya, Mine, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, Ankara, 2012, S 100, s. 45-82.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 7. Baskı, İstanbul, 2017.
- Korkmaz Sayın, Bengi, *Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

- Oğuzman, M. Kemal; Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Özdemir, Hayrünnisa, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Özkaya, Eraslan, *Vekalet Sözleşmesi ve Vekaletin Kötüye Kullanılması*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Sarı, Suat, *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Seliçi, Özer, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.
- Sungurbey, İsmet, *Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1966.
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri II. Cilt*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Topuz, Seçkin, *Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Kırıkkale, 2001.
- Yalçınduran, Türker, *Vekalet Sözleşmesinde Ücret*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- Yavuz, Cevdet; Acar, Faruk; Özen, Burak, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Yılmaz, Murat, *Vekilin Özen Borcu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 1997.
- Yüksel Reyhani, Sera, “Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 21, Say 2, İstanbul, 2015, s. 793-804.
- Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996.

İNTERNET KAYNAKLARI

- www.kazanci.com
- www.tdk.gov.tr