

İSVİÇRE VE TÜRK YARGI UYGULAMASINDA VEKİLİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLALİNDE İSPAT YÜKÜNÜN DAĞILIMI

Allocation of the Burden of Proof in Breach of the Duty of Care by the Attorney in Swiss and Turkish Judicial Practice

Işık Ashi HAN*

Öz

Modern dünyada hizmet sektörünün ve uzmanlaşmanın gelişmesiyle iş görme sözleşmelerine sıklıkla başvurulmaktadır. Bu sözleşmeler arasında büyük bir paydayı, özellikle uzmanlık gerektiren mesleki ve ekonomik faaliyetleri yürütenlerin vekil konumunda olduğu ücretli vekâlet sözleşmeleri oluşturmaktadır. Vekâlet sözleşmesi; hem edim fiilinin özenle ifa edilmesini konu edinmesi hem de TBK m. 502/2 gereği atipik iş görme sözleşmeleri açısından *mutatis mutandis* uygulanabilecek kurallar getirmesi bakımından iş görme sözleşmeleri arasında özel bir konuma sahiptir. Özen yükümlülüğü ise sözleşmesel sorumluluğun doğması açısından hem borca aykırılık unsurunu hem de kusur unsurunu ilgilendirmektedir. Ancak vekilin üstlendiği borç olarak özen yükümlülüğünün ihlalini ispat ile vekilin kusurluluk derecesinin ispatı anlamında özen yükümlülüğünün ihlalini ispat farklı şekilde değerlendirilir. Çalışmamızda vekilin özen yükümlülüğünün, vekilin diğer yükümlülükleri arasındaki konumu, sorumluluğun kurucu olgularıyla ilişkisi ve ihlali halinde ispat yükünün dağılımı karşılaştırmalı hukuk yaklaşımıyla İsviçre ve Türk yüksek mahkeme kararları ışığında incelenecektir. Maddi hukuk ve usul hukukunun kesiştiği bir noktada kalan vekilin özen yükümlülüğünü ihlalinde ispat yükünün dağılımı, şüphesiz hukuk uygulaması açısından önem arz eden bir konudur.

Anahtar kelimeler: İş görme sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, vekilin özen yükümlülüğü, ispat yükü, fiili karine

Abstract

With the development of the service sector and specialization in the modern world, services contracts are frequently used. Among these contracts, a large share is constituted by paid agency agreements, in which those who carry out professional and economic activities that require specialization are in the position of a mandate. The mandate has a special position among the service contracts, in that the diligently acting for the determined objective is the subject matter of the contract instead of performance result, and that the legal norms for the mandate applies *mutatis mutandis* to atypical services contracts pursuant to Art. 502/2 of the TCO. The duty of care, on the other hand, concerns both the element of breach of obligation and the element of fault of contractual liability. However, proving of the breach of the duty of care as the obligation

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 09.11.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Denizli-Türkiye, ihan@pau.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-8381-0361>.

assumed by the agent and proving the breach of the duty of care in the sense of proving the degree of fault of the agent are evaluated differently. In our study, the position of the mandatee's duty of diligence among its other obligations, its relationship with the constituent elements of liability and the allocation of the burden of proof in case of its breach will be examined in the light of Swiss and Turkish high court decisions with a comparative law approach. The allocation of the burden of proof in the breach of the mandatee's duty of diligence, which lies at the intersection of substantive law and procedural law, is undoubtedly an important issue in terms of legal practice.

Keywords: Service contract, mandate agreement, mandatee's duty of care, burden of proof, factual presumption

GİRİŞ

İş görme sözleşmeleri, bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de hizmet sektörünün hızlı yükselişiyle beraber önem kazanmaktadır. Vekâlet sözleşmesi ise; TBK m. 502 hükmünün, atipik iş görme sözleşmeleri açısından da vekâlet sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin *mutatis mutandis* uygulanmasını öngören düzenlemesi nedeniyle özel bir önem arz etmektedir. Uygulamada da vekâlet sözleşmeleri sık sık iş görme edimini özellikle uzmanlığı kapsamında mesleki veya iktisadi faaliyet gereği (avukat, doktor, banka gibi) ve para alacağı karşılığında ifa eden vekillerle akdedilmektedir.

Bir yandan uygulamadaki önemi, diğer yandan ise özellikle edim fiilinin taahhüt edilmesi nedeniyle görülen işin başarıya ulaşma koşulunun aranmaması ve kendine özgü güven bağının hukuki sonuçları düşünüldüğünde, vekâlet sözleşmesinin ilgi çeken bir konu olması kaçınılmazdır. Bu bağlamda, sorumluluğun kurulması bakımından arz ettiği nitelik nedeniyle, vekilin özen yükümlülüğü ve özen yükümlülüğünün ihlalinin sonuçları incelenmeye değer bir konu teşkil etmektedir. Vekilin özen yükümlülüğü, gerek teorik olarak bu başlıkla gerekse de sıklıkla rastlanan vekâlet sözleşmeleri bağlamında Türk öğretisinde geçmişte kapsamlı çalışmalara konu olmuştur. Buna karşılık, vekilin özen yükümlülüğünün aşağıda açıklanacak çifte işlevi ve bunun ispat yüküne¹ etkisi nadiren ve dar kapsamlı olarak değinilen bir meseledir. Öğretideki bu boşluğu yargı uygulamasına karşılaştırmalı hukuk ve maddi hukuk eksenli bir bakış açısı sunarak doldurmak amacıyla, Çalışmamızda özellikle ücret kararlaştırılan vekâlet sözleşmeleri açısından vekilin özen yükümlülüğünün ihlali, tarafların ispat yükünün dağılımına etkisi açısından incelenecektir.

I. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TESPİTİNDE ESASALINACAK ÖLÇÜT

A. İŞ GÖRME SÖZLEŞMELERİNDE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sözleşmeden doğan yükümlülükler, temelde edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler olarak iki gruba ayrılır. Edim yükümlülükleri, tarafları sözleşme kurmaya

¹ Usul hukuku öğretisinde ispat yükü kavramına verilen anlam hakkında görüşler için bkz Murat Yavaş, 'Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı' (2015) 21(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi 741, 754 vd.

yönelten, sözleşmeye yönelik temel beklentilerini oluşturan, bu nedenle sinallagma ilişkisi içinde birbirlerinin karşılığını oluşturan yükümlülüklerdir. En basit örnekle, TBK m. 207 uyarınca bir taşınır satımında satıcının satılanın mülkiyetini ve zilyetliğini devretme borcu, alıcının ise belirli veya belirlenebilir satım bedelini ödeme borcu; bu satım sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüklerini teşkil eder. Görüldüğü üzere asli edim yükümlülükleri, bağlayıcı ve geçerli bir sözleşme kurulabilmesi için *essentialia negotii* tekil eder². Yan yükümlülükler ise sözleşmede, bir kanun hükmü veya dürüstlük kuralından doğan; tarafların sözleşmeden bekledikleri temel menfaati, edim yükümlülüklerinin gereği gibi ifasını ve bütünlük menfaatinin korunmasını amaçlayan yükümlülüklerdir³.

Çalışmanın konusu olan özen yükümlülüğü kural olarak isimli veya isimsiz sözleşme kapsamında gündeme gelebilecek, tipik bir yan yükümlülük türüdür. Bu bağlamında yan yükümlülük olarak özen yükümlülüğünün kaynağı çoğu zaman bir kanun hükmü veya dürüstlük kuralıdır. İş görme sözleşmelerinden doğan özen yükümlülüğünün bu sınıflandırmadaki yeri ise oldukça tartışmalıdır⁴. Kanımızca bu konuda bütün iş görme sözleşmeleri bakımından bir genelleme yapmak çoğu zaman doğru bir tespite yöneltmez. Bu noktada yapılması gereken değerlendirme, özen yükümlülüğünün, iş görme edimini üstlenen sözleşme tarafının, edim sonucunun (*Leistungserfolg*) (*obligation de résultat*) mu edim fiilinin (*Leistungshandlung*) (*obligation de moyen*) mi taahhüt ettiğini tespit etmektir. Edim sonucunun taahhüt edildiği bir eser sözleşmesinde, özen yükümlülüğü yan yükümlülük olarak karşımıza çıkar⁵. Vekâlet sözleşmesi ya da hizmet sözleşmesi gibi edim fiilinin taahhüt edildiği iş görme sözleşmelerinde ise asli edim yükümlülüğünün özenli olarak ifası borçlanıldığından salt bir yan yükümlülük değildir⁶. Bu noktada

² Gregor Bachmann, 'BGB § 241' in *Münchener Kommentar zum BGB Band II* (9. Auflage, C.H. Beck 2022) N 35; Ariane Morin, 'Art. 1' in *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO Parie générale, contrats innommée, vente et donation* N 57; Claire Huguenin, *Obligationenrecht - Allgemeiner Teil und Besonderer Teil* (Schulthess 2019) 28 N 98; Ingeborg Schwenzer und Christiana Fountoulakis, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (8. Auflage, Stämpfli 2020) N 4.21; Olivier Chapuis, *Responsabilité et Devoirs Accessoires Découlant d'un Contrat: le Régime de Responsabilité Applicable à la Violation des Devoirs Accessoires* (Helbing & Lichtenhahn 2005) 62.

³ Huguenin (n 2) 28 N 99; Chapuis (n 2) 63; Hadžimanović, 99; H. Tamer İnal, *6098 satılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih* (Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin 2014) 304.

⁴ Wolfgang Wiegand, 'Art. 97' in *Basler Kommentar Obligationenrecht Art. 1 – 529 OR* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2020) N 31.

⁵ Peter Gauch, 'Art. 387' in *Der Werkvertrag* (6. überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess 2019) N 813; Huguenin (n 2) N 3142.

⁶ Yan yükümlülük olduğu görüşünde krş David Oser D und Rolf H. Weber, 'Art. 398' in *Basler Kommentar Obligationenrecht Art. 1 – 529 OR* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2020) N 8. Diğer yandan, vekilin sadakat yükümlülüğü ise vekalet sözleşmesinden doğan önemli bir yan yükümlülüktür, bkz Oser ve Weber (n 6) N 8; Carole Gehrre Cordey und Gion Giger, 'Art. 398' in *Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft,*



özen yükümlülüğü, artık asli edim yükümlülüğünün bir parçası olmuştur. Nitekim vekilin üstlendiği edim, başarıya ulaşma şartı aranmaksızın üstlenilen işin özenli olarak görülmesidir⁷. Hatta özen yükümlülüğü, sadece asli edim yükümlülüğünün ifasında değil; yan yükümlülüklerin ifasında da sürdürülmesi gereken, vekâlet sözleşmesine özgü karakteristik bir unsurdur⁸. Ancak belirtmek gerekir ki, bu hukuki sınıflandırmanın nasıl yapıldığı, özen yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak hükümlerin tespiti anlamında önem arz etmez. Yan yükümlülük olarak kabul edildiğinde, özen yükümlülüğünün ihlali bir yan yükümlülüğünün ihlali niteliğindedir ve tercih edilecek terminolojiye göre sözleşmenin müspet ihlali, kötü ifa veya borcun gereği gibi ifa edilmemesi kapsamında sayılır. Asli edim yükümlülüğünün bir parçası olarak kabul edildiğinde ise, iş görme ediminin özenli olarak ifa edilmemesi, asli edim yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmediği bir kötü ifa hali bulunduğu kabul edilir. Her iki durumda da uygulanacak hüküm, (kabul edilecek görüşe göre doğrudan veya kıyasen uygulanacak olan) borca aykırılığa ilişkin genel sorumluluk normu olarak kabul edilen⁹ TBK m. 112'dir¹⁰. Ayrıca her iki görüş kapsamında da, vekâlet sözleşmesi açısından öngörülen özel hüküm olan TBK m. 512'ye dayanan müvekkil, vekili azledebilir.

B. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İKİLİ ANLAMI

Sözleşme hukukunda tazminat sorumluluğunun kurucu şartları borca aykırılık, zarar, borca aykırı davranış ve doğan zarar arasındaki nedensellik bağı ve borçlunun sorumlu tutulabileceği bir olgunun bulunmasıdır. Son şart çoğu zaman borçlunun borca aykırılığın ortaya çıkması bakımından kusurunun bulunduğu hal-

Art. 319-529 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (3. Auflage, Schult-hess 2016) N 3.

⁷ Rolf H. Weber und Susan Emmenegger 'Art. 99' in *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar* (2. Auflage, Stämpfli 2020), N 108. "Vekil bu yükümlülüklerini gereği gibi, başka bir anlatımla müvekkilin menfaatine uygun sonuca erişmek için özenle faaliyette bulunarak ifa ettiği takdirde, eser sözleşmelerinden farklı olarak, sonucun buna rağmen elde edilememesinden sorumlu olmayacaktır." bkz Y. 3. HD T. 24.10.2022, E. 2022/6339, K. 2022/8103.

⁸ Huguenin (n 2) N 3263. Bu yan yükümlülüklerin başında ise vekilin hesap verme yükümlülüğü, açıklama yükümlülüğü gibi yan yükümlülükleri gelir. Nitekim Yargıtay da yeni tarihli bir kararında, vekilin hesap verme borcuyla da yakın ilişkisi olan bir yan yükümlülük olarak doktorun kayıt tutma yükümlülüğü kapsamında bu hususa değinmiştir, bkz "Özen borcunun kapsamı içerisinde teşhis ve tedaviye ilişkin hastane kayıtlarının düzenli tutulması da bulunmaktadır." Y. 3. HD 4413/8510, T. 3.11.2022; Y. 13. HD 23372/12469, T. 12.12.2019; Y. 13. HD, 26894/8072, T. 18.09.2018. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesinin aynı doğrultuda bir kararı için bkz BGer 4A_64/2012.

⁹ Markus Müller-Chen, *Folgen der Vertragsverletzung* (Schulthess 1999) 371 vd; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I (6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenip Genişletilmiş 19. Bası, Vedat 2021) N 1540 vd; Wiegand, Art. 97 (n 4) N 31; Gehrre Cordey und Giger (n 6) N 23; Schwenzer ve Fountoulakis (n 2) N 67.05.

¹⁰ Wiegand, Art. 97 (n 4) N 31; Gehrre Cordey und Giger (n 6) N 23.

lerdir¹¹. Kavram olarak özen yükümlülüğü ise edim fiilinin taahhüt edildiği iş görme sözleşmelerinde, sorumluluğunun kurucu olgularından hem borca aykırılık hem de kusur ile ilişkilendirilir¹². Borca aykırılık ile olan ilişkisi nispeten objektif bir nitelik taşıırken, kusur ile olan ilişkinin daha sübjektif bir yönü vardır¹³.

Özen yükümlülüğünün iki boyutunun birbirinden ayrı değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda öğretide mutlak bir görüş birliği yoktur. Azınlıkta kalan bazı yazarlar özen yükümlülüğünü iç özen (*innere Sorgfalt*) ve dış özen (*äußere Sorgfalt*) olarak ikiye ayırmaktadır. Bu görüşe göre, iç özen yükümlülüğü, borçlunun iç dünyasını, zihinsel ve psikolojik kapasitesini esas alır. Dış özen yükümlülüğü açısından ise borçlunun irade gücü, becerisi ve dikkati önemlidir. İç özen kusur unsurunu, dış özen yükümlülüğü ise borca aykırılığı ifade eder¹⁴. Gerçekten de bu nitelendirme ilk bakışta kusur ve borca aykırılık olgularının tanımına uygun düşmektedir. Ancak modern öğreti, vekilin özen yükümlülüğünün iki boyutunun örtüşebileceğini belirterek bu ayrıma karşı çıkmaktadır. Gerçekten de objektifleştirilmiş bir özen yükümlülüğünün kıstas olarak esas alındığı hallerde, vekilin kendisine yüklenen özen yükümlülüğü standardına aykırı karar alması ve bu kararın dış dünyaya yansması, sırasıyla kusur ve borca aykırılık unsurları tamamen örtüşür¹⁵.

C. BORCA AYKIRILIK UNSURU OLARAK ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TESPİTİNDE ESAS ALINACAK YASAL KRİTER

1. Objektifleştirilmiş Özen Yükümlülüğünün Teorik Temeli

TBK m. 506, vekilin özen yükümlülüğü –özen ve sadakat yükümlülüğü kenar başlığı altında- vekilin yükümlülükleri arasında düzenlemiştir. Bu nedenle bu düzenleme, vekilin borca aykırı davranışını ifade eden özen yükümlülüğünün ihlalini

¹¹ Tıpkı haksız fiil hukuku gibi sözleşmesel sorumluluk hukukunda borçlunun kusuru bulunmaksızın sorumlu olduğu haller bulunmaktadır. Ancak borçlu sadece kusurlu davranışından kaynaklanan borca aykırılıktan sorumlu değildir. TBK m. 119'a göre temerrüde düşen borçlunun beklenmeyen halden doğan sorumluluğu, hâkim görüşüne göre TBK m. 116'da düzenlenen ifa yardımcısının fiilinden doğan sorumluluk, özel borç ilişkileri bağlamında düzenlenen ayıba ve zapta karşı sorumluluk hükümleri buna örnek olarak sayılabilir. Ancak sözleşmesel sorumlulukta da kural olarak kusur sorumluluğu esas alındığından ve yerleşmiş bir ifade olduğundan borçlunun kusuru ifadesi tercih edilmiştir.

¹² Walter Fellmann, 'Art. 398' in *Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/4* (Stämpfli 1992) N 19 ve N 22; Huguenin (n 2) N 3262; Rolf H. Weber und Susan Emmenegger 'Art. 97' in *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar* (2. Auflage, Stämpfli 2020), N 434.

¹³ Gehrer Cordey und Giger (n 6) N 20.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz Weber und Emmenegger, Art. 99 (n 7) N 113-114; Fellmann (n 12) N 19; Veysel Başpınar, *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu* (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin 2004) 172 vd.

¹⁵ Luc Thévenoz, 'Art. 97' in *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO Partie générale, contrats innommée, vente et donation* (3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021) N 51.



düzenler. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kabulüyle, vekilin özen yükümlülüğüne ilişkin İsviçre ve Türk öğretileri ve yargı uygulamalarında kabul edilen objektifleştirilmiş özen yükümlülüğü anlayışı, yasal düzenleme haline gelmiştir. Şüphesiz bu hükmün getirdiği açıklık, özen yükümlülüğüne ilişkin tereddütleri ortadan kaldırması anlamında oldukça olumlu bir değişikliktir. Zira aşağıda açıklanacağı üzere İsviçre öğretisinde oldukça sorunlu görülerek hala eleştiri konusu olmaktadır.

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu vekil¹⁶ ve yüklenicinin¹⁷ özen yükümlülüğünün kapsamını tespit ederken kullanılacak ölçüt olarak hizmet sözleşmesiyle çalışan işçinin özen yükümlülüğü esas alınarak düzenlenmişti. İş görme sözleşmelerinde getirilen özen yükümlülüğünün ölçütü, işin arz ettiği risk, işçinin eğitim seviyesi ve bilgisi gibi işverenin de bilgisi dâhilinde olan bazı hususlara ilişkin subjektif kıstaslara bağlanmıştı. Ancak iş görme sözleşmeleri açısından bağımlı çalışma unsuru ile ayırt edilen hizmet sözleşmesine yapılan bu atfın ne ölçüde isabetli olduğu tartışmalıdır¹⁸. Nitekim İsviçre öğretisinde de bu hüküm eleştirilmektedir¹⁹. Hatta hizmet sözleşmesine yapılan atıf açıkça göz ardı edilmekte, başkasına ait bir işi gören vekil ve yüklenicinin yükümlülüğü, somut olaydaki sözleşenin objektif ve makul bir vekil ya da yüklenicinin göstermesi gereken özene göre belirlenmektedir. Diğer bir deyişle, vekâlet ve eser sözleşmelerinde özen yükümlülüğüne ilişkin bu atfın hala kanunda bulunduğu İsviçre’de de, İsviçre Federal Mahkemesi, vekilin özen yükümlülüğünün ölçütü objektifleştirilmiş kriterlere göre tayin etmektedir²⁰.

Bu objektif kriter ise, 6098 sayılı TBK’nın açıkça kabul ettiği gibi, aynı işin devredildiği bilgili bir vekilin özen seviyesidir. Bu bağlamda sözleşme konusu işin türü ve ilgili sektöre hâkim olan teamüller ve davranış kuralları da esas alınır²¹. Bu kapsamda vekil, aynı uzmanlık düzeyiyle aynı faaliyeti yürüten makul ve bilgili bir vekilden beklenen kararları almalıdır²². İşinde makul özen ve uzmanlık gösteren

¹⁶ Vekâlet sözleşmesinde 818 sayılı mülga BK m. 390/1’e göre “*Vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir.*”

¹⁷ Eser sözleşmesinde 818 sayılı mülga BK m. 356/1’e göre “*Mütaahhidin mesuliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tabidir.*”

¹⁸ Wolfgang Wiegand, ‘Gratwanderungen’ (2010) Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht) 78, 80; Gauch (n 5) N 840.

¹⁹ Krş Huguenin (n 2) N 3262. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu m. 321/2’ye yönelik aynı eleştiri için bkz Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II (Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, Beta 2022) 1307.

²⁰ Huguenin (n 2) N 3266; Thévenoz (n 15) N 51; Peter Derendinger, *Die Nicht- und die Nicht-richtige Erfüllung des einfachen Auftrages* (Universitätsverlag Freiburg 1988) 118 N 268-269. Eser sözleşmesi için birçokları yerine bkz Gauch (n 5) N 840. Bu yönde bazı kararlar için bkz BGE 117 II 563 E. 2a.

²¹ Bu kriterle paralel olarak objektifleştirilmiş özen yükümlülüğünün, meslek dallarına özgü mesleki davranış kurallarının (berufsspezifischer Verhaltenspflichten) gelişmesine yol açtığına ilişkin Walter Fellmann, ‘Der einfache Auftrag und die aktuelle Entwicklung im Recht der freien Berufe’ (2008) 4 (recht) 119, 126.

²² Derendinger 120 N 271; Ayrıca BGer 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000, E. 1.

vekil, sektörüyle ilgili gelişmeleri makul düzeyde takip etmeli ve kendini geliştirmelidir²³. Ayrıca vekâletin meslek icabı olarak ve ücret karşılığında yapıldığı işlerde, gösterilmesi gereken özen seviyesini daha yüksek takdir etmektedir²⁴. Ayrıca somut olaydaki münferit vekâlet sözleşmesinin özelliklerinin ve vekilin özen yükümlülüğünü yerine getireceği zamanın şartlarının dikkate alınması gerektiğini belirtilmektedir. Bu görüş kapsamında vekil, somut olayın koşullarında sözleşmenin amacını gerçekleştirmek için elindeki imkânlarla doğru kararları almışsa özen yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilmiştir²⁵. Buna karşılık vekil, kişisel özelliklerini öne sürerek özen yükümlülüğünü ihlal etmesinden doğan sorumluluktan kurtulamaz²⁶.

İsviçre hukukunda kabul edilen bu objektif özen sorumluluğunu avukatın sorumluluğu özelinde şu şekilde somutlaştırabiliriz: Bir avukat makul düzeyde yetkin bir hukukçunun bilgi ve becerisine sahip olmalı, müvekkilin işine ilişkin mevzuatı, ilk derece ve üst derece mahkeme içtihatlarını, öğretilerdeki ilgili görüşleri bilmelidir. Öte yandan, müvekkilin işinin bulunduğu ilgili hukuk alanında bilgisi yoksa vekâleti almamalı ya da bilgi edinecek veya uzman kişilere danışacak uygun bir süre istemelidir²⁷. Diğer bir örnek olarak, danışmanlık veren bir bankanın çalışanı, güncel ekonomi politikaları ve yatırım trendlerini bilmelidir²⁸.

Buna karşılık, Türk kanun koyucu, doğrudan kanun hükümlerinde değişiklik yaparak vekil ve yüklenicinin özen yükümlülüğüne ilişkin kritere objektif bir nitelik kazandırmıştır. Nitekim 6098 sayılı TBK, iş görme sözleşmeleri bakımından vekil ve yüklenicinin özen yükümlülüğünün kapsamının tespitinde esas alınacak kriteri değiştirmiştir. Bu kapsamda TBK m. 506/3'e göre vekilin özen yükümlülüğü için "benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin" göstereceği özen, yüklenicinin özen yükümlülüğü için ise TBK m. 471/2'ye göre ise "benzer alanda-

²³ Derendinger, 133 N 293.

²⁴ İsviçre Federal Mahkemesinin ilke kararında yer alan gerekçenin Almanca metni şu şekildedir: "Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Erforderlich ist die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt. Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig, gegen Entgelt ausübt. Dabei ist nach der Art des Auftrages zu differenzieren und auch den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen. Bestehen für eine Berufsart oder ein bestimmtes Gewerbe allgemein befolgte Verhaltensregeln und Usanzen, können sie bei der Bestimmung des Sorgfaltsmasses herangezogen werden." bkz BGE 115 II 62, E. 3. Aynı doğrultuda ayrıca bkz BGE 127 III 328, E. 3; BGE 4A_696/2012 Urteil vom 19 Februar 2013; BGE 4A_364/2013, E. 6.1; BGE 4A_394/2013, E. 6.1; BGE 4A_396/2013, E. 6.1; BGE 4_A140/2011, E. 2.1; BGE 4A_223/2007 E. 6.1; 4C_53/2000, E. 1; BGE 108 II 318, E. 4.

²⁵ Franz Werro, *Le Mandat et Ses Effets, une etude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligation, Analyse critique et comparative* (Editions Universitaires Fribourg 1993) N 563; Franz Werro, 'Art. 398' in *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 253-529 CO, Autres contrats* (3. Édition, Helbing Lichtenhahn 2021) N 14.

²⁶ Werro, Art. 398 (n 23) N 14.

²⁷ Derendinger, 123-124 N 275 ve 133 N 293; Huguenin (n 2) N 3267.

²⁸ Fellmann (n 21) 124.



ki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken” özen esas alınarak Gerekçe’de de belirtildiği gibi *objektif* bir ölçüt getirdiği kabul edilmektedir²⁹. Bununla beraber, belirtmek gerekir, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu döneminde de vekalet sözleşmesinin vekilin kişiliği ve çoğu zaman uzmanlığının dikkate alınarak yapılması, ücret karşılığı ve mesleki faaliyet kapsamında yapılması halinde özen yükümlülüğünün objektif ölçüt temel alınarak tespit edileceği; hizmet sözleşmesine yapılan atfın bu nedenle anlamsızlaştığı belirtilmekteydi³⁰.

Vekalet sözleşmenin özel bir görünümü olan avukatlık sözleşmesi açısından vekilin özen yükümlülüğü uygulanacak bir diğer kriter, Avukatlık Kanununun “Avukatın Hak ve Ödevleri” başlıklı altıncı kısmında düzenlenmiştir. Avukatlık Kanununun 34. maddesine göre “*Avukatlar; yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.*” Avukat ile müvekkil arasındaki vekâlet sözleşmesi bağlamında avukatın özen yükümlülüğü açısından bir ölçüt getiren bu hükmün, özel hüküm niteliğinde olduğu ve TBK m. 506’ya nazaran öncelikle uygulanacağı kabul edilmektedir³¹.

2. Özen Yükümlülüğünün Çifte İşlevine İlişkin Yargı Uygulamasının Değerlendirilmesi

Özen yükümlülüğü, hem borca aykırılık hem de kusur unsurları ile ilişkilidir. Buna karşılık, vekâlet sözleşmesi bağlamında özen yükümlülüğüne ilişkin temel kuralı olan TBK m. 506 (OR 394), özen yükümlülüğünü esas olarak borca aykırılık bağlamında düzenlemiştir.

Özen yükümlülüğünün çift işlevine ilişkin tartışma, özellikle iş görenin edimini ilgili uzmanlık alanındaki güncel bilgilerden yararlanarak olabilecek en iyi kararları vererek, *lege artis* ifa edeceği uzmanlık gerektiren bazı meslek türleri bakımından önem arz eder³². Örneğin; özen yükümlülüğünün ihlaline dayanan kötü ifa hallerinden biri, vekâlet sözleşmesi niteliğindeki hekimlik sözleşmesinde doğan yükümlülüklerle aykırılıktır. Hekimin muayene, tedavi ve müdahalelerinde üstlendiği edim yalnızca edim sonucu olan hastanın tedavisi değildir, bunu –başarı ile sonuçlanıp sonuçlanmamasından bağımsız olarak- tıp tekniğinin kurallarına uygun şekilde yerine getirmekle yükümlüdür.

²⁹ Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3* (Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin 2019) N 1743.

³⁰ Bkz Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II* (4. Tıpkıbasımdan 5. Tıpkıbasım, Vedat 2010) 411-412. Ayrıca mesleki uzmanlık ve diploma gerektiren avukatlık, mimarlık, doktorluk gibi meslekler açısından değerlendirme için bkz Tandoğan (n 27) 412 vd; Aynı yönde İnal (n 3) 152.

³¹ Başpınar, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu* (n 14) 129.

³² Wiegand, Art. 97 (n 4) N 31 ve N 36; Derendinger 132 N 292.

İsviçre Federal Mahkemesi eski tarihli bazı kararlarında, OR 394 vd. hükümlerinde düzenlenen özen yükümlülüğüne atıf yapmakla beraber konuyu kusur ekseninde değerlendirildiği görülmektedir³³. Bu kapsamda uzmanlık gerektiren meslekleri yürüten (karara konu olayda doktorların) kimselerin ancak ağır kusuru halinde sorumlu tutulabileceği kabul edilmiştir³⁴. Federal Mahkeme daha sonra OR 99 (TBK m. 114/1) hükmünün getirdiği genel esasa bağdaşmadığı için eleştirilen bu içtihadından dönmüş, özen yükümlülüğünün hem kusuru hem borca aykırılık temelinde değerlendirmeye başlamıştır³⁵. Buna karşılık, Yargıtay, İsviçre Federal Mahkemesinin anılan eski kararında olduğu gibi özen yükümlülüğün ilişkin TBK m. 400 zikretmekle beraber vekilin “özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumlu” olduğunu belirtmektedir³⁶. Bu da OR 394 ve TBK m. 506’da vekilin yükümlülükleri arasında düzenlenen özen yükümlülüğünü, borca aykırılık yerine kusura ilişkin bir düzenleme olarak ele almış olması anlamına gelmektedir.

Diğer yandan, Yargıtay’ın vekilin özen yükümlülüğüne ilişkin yaklaşımı da büyük ölçüde İsviçre Federal Mahkemesinin yaklaşımlarına³⁷ paralellik göstermektedir. Yargıtay da vekâlet sözleşmesinin bir gereği olarak, vekilin sonuç sorumluluğunun bulunmadığını, kural olarak mesleki gereklerini yerine getirmek için gerekli kararları almak ve uygulamakla yükümlü olduğunu kabul etmektedir³⁸. Buna karşılık bazı kararlarda özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğinin tespitinde esas alan davranış kriteri konusunda, TBK m. 506’daki esastan sapılan tespitler görülmektedir. Örneğin; vekalet sözleşmesinin tarafı olan ve yatırım danışmanı olduğu tahmin

³³ Luc Thévenoz, ‘Art. 99’ in *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO Partie générale, contrats innommée, vente et donation* (3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021) N 8.

³⁴ BGE 105 II 284, E. 1; BGE 115 Ib 175, E. 2b.

³⁵ Thévenoz (n 30) N 8; Huguenin (n 2) N 3268. Bu yaklaşım tarzı, daha sonar bir kararda eleştirilmiştir, bkz BGE 133 III 121, n. 3.1. Nitekim bir kararında, “yeni içtihatlar göre” vekalet sözleşmesinin tarafı olan doktorun “her türlü borca aykırılıktan sorumlu olacağını” belirtmiştir, bkz BGE 120 II 248, E. 2c; BGE 116 II 519, E. 3a; BGE 115 Ib 175, E. 2b.

³⁶ Y. 3. HD 3869/6432, T. 13.9.2022. Aynı yönde ayrıca bkz Y. 3. HD 3250/4848, T. 23.5.2022; Y. 13. HD 7902/1070, T. 5.2.1991.

³⁷ Dipnot 22’de anılan kararlar ve metinde yer alan ilgili açıklama.

³⁸ “Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüti ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, TBK 510 (BK 394/1) maddesi hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.” bkz Y. 3. HD 4413/8510, 3.11.2022; Y. 3. HD 3869/6432, 13.9.2022. Aynı yönde ayrıca bkz Y. 3. HD 3250/4848, 23.5.2022; Y. 13. HD 5555/12706, 17.12.2019; Y. 13. HD 24447/11320, 14.11.2019.



edilen vekilin özen yükümlülüğünün düzeyi incelenirken, onun, “*paranın yatırım yerini seçerken rizikosuz emin, azami kâr sağlayan kişi ve kuruluşları tercih etmede özen göstermek; normal seviyede, makul tedbirli bir insan gibi hareket etmek zorunluğunda*” olduğu belirtilmiştir³⁹. Ancak mesleki faaliyetinin gereği olarak müvekkillerin parasıyla yatırım yapan vekilin, toplumda makul düzeyde sağduyulu olan bir kişi karar alması yeterli olmaz; yatırım yapılan piyasada makul düzeyde bilgi ve deneyim sahibi bir danışmanın alacağı kararları almak, izleyeceği adımları izlemek zorundadır. Yargıtay’ın bu kriteri esas alması, ne 818 sayılı mülga Borçlar Kanununun amaca göre yorumu ne de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda öngörülen kriterler ile uyumludur.

Yargıtay yeni tarihli diğer bir kararında vekilin özen yükümlülüğü açısından TBK m. 506 hükmünü zikretmekle beraber, mülga Borçlar Kanunu dönemindeki esası zikrederek vekilin özen yükümlülüğünün kriterini işçi ile aynı olduğunu, bu nedenle her türlü kusurundan sorumlu olduğunu belirtmiştir. İkinci bir problem olarak, gerekçenin devamında ise “*(d)oktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorunda*” olduğunu belirtmiştir. Oysa doktorların sorumluluğu objektifleştirilmiş bir özen yükümlülüğü olduğu için insan sağlığı açısından göstermeleri gereken mesleki özen, toplumun bir parçası olan sağduyulu bir insanın göstermesi gereken özenden zaten daha yüksek bir sınır çizir⁴⁰.

Buna karşılık yakın tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararında, avukatların özen yükümlülüğüne değinilirken, “*vekillerin, TBK m. 506-508 uyarınca, ağırlaştırılmış sadakat, özen, basiretli vekil gibi davranma ve hesap verme borçları olduğu ve en ufak kusurundan bile müvekkiline verdiği zararın tamamından sorumlu olacağı*” belirtilerek⁴¹ vekilin özen yükümlülüğünün objektifleştirilmiş bir özen yükümlülüğü olduğu ortaya konmuştur.

II. SORUMLULUĞUN KURULMASI BAKIMINDAN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ÇİFT İŞLEVİ VE BUNUN İSPAT YÜKÜNE ETKİSİ

A. SÖZLEŞMESEL SORUMLULUKTA İSPAT YÜKÜNÜN DAĞILIMI

Borca aykırılığa ilişkin genel sorumluluk normu olarak kabul edilen TBK m. 112’ye göre borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlu, borca ay-

³⁹ Y. 13. HD 7902/1070, 5.2.1991. Diğer bir kararında ise tıp doktor olan vekilin “*hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorunda*” olduğu belirtilmiştir, bkz Y. 3. HD 4413/8510, 3.11.2022.

⁴⁰ Y.3. HD 2475/4162, 26.4.2022.

⁴¹ Y. İBBGK 6/9, 5.10.2018. Aynı yönde “Bu sorumluluk BK’de daha hafif olan işçinin sorumluluğuna kıyasen belirlenirken, TBK’de benzer alanda iş ve hizmetleri üslenen basiretli bir vekilinin sorumluluğu esas alınarak daha da ağırlaştırılmıştır.” bkz Y. 1. HD 19241/1318, 28.1.2015.

kırılığın kusurlu bir davranışından ileri gelmediğini ispat etmedikçe alacaklının zararını tazminle yükümlüdür. Bu kapsamda zarar gören sözleşme tarafı; zararın varlığını, zarara sebep olan borca aykırılığı ve zarar ile borca aykırı davranış arasındaki nedensellik bağının varlığı ispat ettiğinde üzerine düşen ispat yükünü yerine getirmiş olur. Diğer yandan borçlunun ispat yükünün konusu ise borca aykırılığın vuku bulması bağlamında kendisine bir kusur atfedilemeyeceğidir⁴².

TBK m. 112'nin getirdiği bu kabul, bir görüşe göre aksi iddia ve ispat edilebilir bir karine niteliğindedir⁴³. Diğer bir görüşe göreyse burada bir karine değil, ispat yükünün dağılımına ilişkin yasal bir kural mevcuttur⁴⁴. Bu çalışmada da ikinci görüş benimsenmekte; m. 112'nin ispat yükünün dağılımı noktasında alacaklının ispat yükü açısından TMK m. 6'ya paralel bir yaklaşım örtülü olarak içerdiği, kusur unsuru bakımından menfi bir olgunun (kusuru bulunmadığını) ispatı olarak borçluya yüklediği kabul edilmektedir.

B. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNDE İSPAT YÜKÜNÜN DAĞILIMI

Özen yükümlülüğü; bir yandan borca aykırılığın tespiti, bir yandan da kusur unsurunun tespiti anlamında önem taşır. Bu ikili yön, ilk bakışta doktrinel bir tespit gibi görünse de ispat hukuku açısından önemli bir soru işareti içerir. Nitekim uygulamada da ispat yükünün dağılımı bakımından zorluk yaratan nokta, özen yükümlülüğünün bu ikili anlamıdır⁴⁵.

Sözleşmesel sorumlulukta ispat yükü başlığında açıklandığı gibi, borca aykırılık olgusunu ispat yükü zarar gören sözleşme tarafında iken, kusurlu olmadığını ispat etme görevi özen yükümlülüğünün borçlusundadır⁴⁶. İsviçre⁴⁷ ve Türk hukukunda⁴⁸

⁴² Wiegand, Art. 97 (n 4) N 60. Aynı doğrultuda ayrıca bkz BGer 4A_586/2017, Urteil vom 16. 4. 2018, E. 2.3; BGer 4A_318/2015, Urteil vom 2. 11. 2015, E. 4; BGer 4A_336/2014, Urteil vom 18. 12. 2014, E. 7.3; BGer 4C.274/2004, Urteil vom 18. 11. 2004; BGE 127 III 546.

⁴³ Fikret Eren, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III m. 83 – 206* (Yetkin Yayınları 2022) N 3328.

⁴⁴ Oğuzman ve Öz (n 9) N 1342. Tartışma için bkz Cengiz Koçhisarlıoğlu, 'Karine ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi' (1984) 10(3) Yargıtay Dergisi 272, 281 vd; Bu görüş bağlamında Weber ve Emmenegger, TBK m. 112'nin, MK m. 8'in ispat yüküne ilişkin getirdiği kuraldan ayrıldığını belirtmektedir, karşı Weber ve Emmenegger, Art. 97 (n 12) N 435. Konuyu özen yükümlülükleri ve koruma yükümlülükleri bağlamında inceleyen Tiryaki ise ispat yükünün ters çevrilmesi olarak nitelendirmektedir, bkz Betül Tiryaki, 'Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması' 12(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 267, 275.

⁴⁵ Fellmann (n 12) N 22.

⁴⁶ Gehrer Cordey und Giger (n 6) N 19.

⁴⁷ Thévenoz (n 15) N 57; Ayrıca bu hususu belirten bazı kararlar için bkz BGE 133 III 121, E. 3.4; BGE 120 Ib 411, E. 4; ATF 115 Ib 175, E. 2b; BGE 4A_137/2015, Urteil vom 19. August 2015.

⁴⁸ Tandoğan (n 27) 432; Yavuz, Acar ve Özen (n 19) 1308; Veysel Başpınar, 'Avukatın Özen Borcu' (2008) 12(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39, 59; Mustafa Alper



edim fiilinin taahhüt eden sözleşenin özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini ispatlamakla yükümlü olanın, iş görme ediminin alacaklısı olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bu da özen yükümlülüğünün ihlalinin, borca aykırılık unsuru temelinde değerlendirildiğini göstermektedir. Kanımızca bu daha makuldür, zira sorumluluğun kurulabilmesi için ilk adımda alacaklının borca aykırılığı ispat etmesi gerekir; borçlunun sorumlu olmadığını ispat etmesi, sonraki aşamada gündeme gelir.

Buna karşılık özellikle avukatlık, tıp doktorluğu gibi uzmanlık arz eden meslekleri yürüten vekillerin özen yükümlülüğünü ihlal ettiklerini ispat etmek, müvekkiller açısından oldukça güçtür. Bu nedenle İsviçre Federal mahkemesi öğretide de önemle incelenen bir kararında, alacaklı lehine bir ispat kolaylığı imkânı geliştirmiş ve vekilin iş görme edimini ifası sonucunda beklenmeyen olumsuz bir durum gelişmesi –yani zararın ortaya çıkması halinde – alacaklının bu durumda bir *fiili (doğal) karine (présomption de fait) (tatsächliche/natürliche Vermutung)*’den yararlanacağına hükmetmiştir⁴⁹. Bu kapsamda, bir doktorun uyguladığı tedavinin yan etkileri biliniyorsa, işinin uzmanı olarak alacağı kararlarla, bu yan etkilerin doğma ihtimalini tamamen ortadan kaldırmak mümkün olmasa bile bunlardan mümkün olduğunca kaçınmak için gerekli özeni göstermelidir. Aksi halde tedavi sonucunda olası yan etkilerden biri gerçekleştirirse, doktorun gerekli kararları almadığı ve özen yükümlülüğünü ihlal ettiği kabul edilir. Bu kapsamda, karara konu olayda Mahkeme, hastanın vücudunun enfekte olmuş bir bölgesine kortizol preparatı enjekte eden doktorun özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini kabul etmiştir. Buna karşılık doktor, somut olayda yan etkilerden kaçınmak için hangi tıbbi kararları aldığını ortaya koyarak bunlara rağmen tedavinin engellenemeyecek riskleri nedeniyle bu yan etkilerden ortaya çıktığı veya atipik etkenlerin araya girmesiyle nedensellik bağının kesildiğini ortaya koyarak bu karineyi çürütebilir. Ancak kararlarda da ifade edildiği üzere bu karine bir ispat kolaylığı (*Beweiserleichterung*) sağlar; ispat yükünün ters çevrilmesi anlamına gelmez⁵⁰.

Buna karşılık Federal Mahkeme başka bir kararında, retrospektif bir bakış açısıyla zarar doğuran veya zararın ortaya çıkmasına engel olmayan her davranışın özen yükümlülüğünün ihmali niteliğinde olmadığını, somut olay özelinde inceleme yapılması gerektiğini, bu nedenle anılan karardaki muhakemenin tartışmasız bir ilke olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir⁵¹. Bu kararda, bilirkişi raporlarını da sık

Gümüş, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu* (Bea, 2001) 381-382. Ayrıca bu hususu belirten bazı kararlar için Y. HGK 4-1575/686, 19.12.1970; Yarg. 3. HD 4413/8510, 3.11.2022; Wolfgang Wiegand und Christoph Hurni, ‘Die Vermutung kehrt zurück!’ (2005) Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht) 205, 208.

⁴⁹ Weber ve Emmenegger, Art. 97 (n 12) N 525.

⁵⁰ BGE 120 II 248, E. 2c; Benzer yönde BGE 133 III 121, E. 3.1; Ayrıca dış hekiminin sorumluluğu açısından BGer Urteil 4A_216/2016 vom 26. September 2016.

⁵¹ BGer Urteil 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000, E. 1c ve 2c; Aynı hususu belirten, daha yakın tarihli bir karar için bkz BGE 4A_137/2015 Urteil vom 19. August 2015, E. 6.3.1.

sık anarak ortaya çıkan komplikasyonun nadir olmakla beraber engellenemeyecek türden bir yan etki olduğunu belirtmiş; fiili karineyi esas almayarak cerrahın yapılan müdahalede tıp tekniğinin kurallarına uymamış olduğunu, hastanın ispat etmesi gerektiğine karar vermiştir.

Diğer yandan, vekâlet sözleşmesi ile borçlanılan edim, bir sonucun gerçekleşmesi değil, bir işin özenle görülmesidir. Bu nedenle işin görülmesi sürecinde, işin müvekkil lehine tamamlanmasını engelleyebileceği makul olarak öngörülebilir bütün risklerin vekil tarafından dikkate alınması gerekir. Örneğin; bir avukat, müvekkili adına açtığı maddi tazminat davasından zamanaşımının haksız fiilin gerçekleştiği andan ve zararın tespit edildiği (yani maluliyetin belirlendiği) andan itibaren işleyeceğine ilişkin Yargıtay'ın özel daireleri arasında farklı görüşlerin benimsendiğini biliyorsa, kendisine makul ve isabetli gelen görüşe göre hareket ederek taleplerini ileri sürmesi yetmez. Aksi görüşün benimsenmesi ihtimalini de göz ardı etmemelidir, aksi halde özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olur⁵².

C. İSPAT YÜKÜNÜN DAĞILIMINA İLİŞKİN YARGI UYGULAMASI

Yargıtay kararlarının birçoğunda kabul edilen esas, vekâlet verenin vekilin özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini ispat etmekle yükümlü olduğudur⁵³. Ancak araştırmalarımız neticesinde Yüksek Mahkeme'nin, yukarıda anılan Federal Mahkemesi kararında⁵⁴ olduğu gibi bu konuda bir fiili karine bulunduğundan hareket ettiği bir kararına rastlanmamıştır⁵⁵. Peki, bu yönde bir fiili karinenin Türk hukukunda kabul

⁵² Y. HGK T. 10.5.2023, E. 2022/109, K. 2023/439.

⁵³ Y. HGK 4-1575/686, 19.12.1970; Y. 3. HD 4413/8510, 3.11.2022. Bir diğer iş görme sözleşmesi olan iş sözleşmesi açısından da işçinin özen yükümlülüğüne aykırı davrandığını ispatla yükümlü olanın işveren olduğu kabul edilmektedir, bkz Y. 22. HD 40643/20219, 2.10.2017.

⁵⁴ Türk hukukunda Gümüş'ün, "ilk görünüş ispatı" terimiyle buradaki yaklaşımın öğretildeki gelişimini ve İsviçre hukuk uygulamasında yer bulması hakkında detaylı açıklamaları için bkz Gümüş (n 45) 386 vd. Fiili karine ve ilk görünüş ispatı kavramları arasındaki teorik ayrım için bkz Gökçen Topuz, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat (Yetkin 2012) 136 vd; Vildan Peksoz, Hukuk Muhakemesi Kapsamında Karineler ve Faturanın Hukuki Niteliği (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014) 172 vd. Buna karşılık Topuz, usul hukuku öğretisinde ilk görünüş ispatı ve fiili karine kavramlarını eş anlamlı kabul edenler olduğunu aktarmaktadır. Bu görüş için bkz Topuz (n 51) 137. Topuz da Alman hukuku menşeli ilk görünüş ispatı kavramının, fiili karineden büyük bir fark arz etmediğini, her iki kavramın da dolaylı ispat aracı olduğunu belirtmektedir. Diğer yandan, ilk görünüş ispatının kusur ve nedensellik bağının ispatında, fiili karinenin ise vakaların ispatında kullanıldığını vurgulamaktadır, bkz Topuz (n 51) 139. Topuz'un ortaya koyduğu bu fark ışığında, Federal Mahkemenin bir vaka olarak borca aykırılığın varlığını incelediği göz önüne alınırsa burada fiili karine terimini kullanmak bize daha doğru görünmektedir.

⁵⁵ Diğer yandan, Türk sorumluluk hukuku bakımından fiili karinenin varlığının kabul edildiği klasik bir örnek, enflasyon nedeniyle temerrüt faizini aşan münzam zararın varlığının alacaklı tarafından ispatlanması gerekip gerekmediği noktasındadır. Anayasa Mahkemesi'nin 21.12.2017 tarihli 2014/2267 başvuru numaralı kararı üzerine yerleşik içtihadını değiştiren Yargıtay 15. Hukuk Dairesi enflasyonun varlığını karine olarak kabul ettiğini belirtmektedir. Örnek bir karar için bkz Y. 15. HD 967/859, 15.03.2021.



edilmesi, taraflar arasındaki menfaat dengesinin adil sağlar mı? Fiili karine; davaya bakan hâkimin, bilinen olgulardan bilinmeyen olgular hakkında sonuç çıkarmasını sağlayan, ispat hukukuna ilişkin bir kavramdır⁵⁶. Fiili karine, hâkimin hayat tecrübelerine dayanarak ispat sorunlarını çözmesini sağlayan bir araçtır⁵⁷.

Türk hukukunda Tandoğan, vekilin özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin çıkabilecek bir uyuşmazlık bakımından ispat yükünün kolaylaştırılmasına ilişkin bir fiili karine yaklaşıma karşı çıkmaktadır⁵⁸. Kanaatimizce bir fiili karinenin varlığının kabul edilebilmesi için bilinen olayların (konumuz bakımından doktorun tıbbi müdahalesi, avukatın müvekkil adına işlem yapması, yatırım danışmanının yatırımcı hesabına işlem yapması gibi), zararlı sonucu doğurmaya elverişli ve özel olarak yatkın olması gerekir. Usul hukuku öğretisinde ve yargı uygulamasında vurgulandığı gibi fiili karinenin hukuki alana taşınmasının temelinde, tecrübe kuralları yatar. Buna karşılık, sonuç taahhüdü içermeyen sağduyulu vekâlet sözleşmesi açısından, sağduyu sahibi sözleşme tarafları, vekilin iş görme edimini ifasından bağımsız olarak başka etkenleri de başarılı sonuç alınması imkânını etkileyebileceğinin bilincindedir. Diğer bir deyişle, burada bir tecrübe kuralından bahsetmek her durum açısından geçerli değildir. Bu nedenle doğası gereken risk içeren iş görme edimlerini konu alan vekâlet sözleşmesinde fiili karinenin kabul edilmesi, tutarsız bir yaklaşım tarzıdır. Böyle bir fiili karinenin kabul edilmesi halinde vekil, menfi bir vakanın ispatıyla yükümlü olacaktır –ki bu da oldukça zordur⁵⁹. Diğer yandan, vekilin özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin bir uyuşmazlığı değerlendiren bir ilk derece mahkemesi hâkimi, İsviçre Federal Mahkemesinin anılan kararında olduğu gibi bir fiili karinenin varlığını kabul etmesi halinde Yargıtay’ın hâkimin delilleri değerlendirme tarzını HMK m. denetleyip denetleyemeyeceği tartışmalıdır⁶⁰.

Bu durumda menfaat dengesini en doğru şekilde gözeten çözüm, esas kuraldan ayrılmayarak borca aykırılık olgusu olarak özen yükümlülüğünü ispatlamakla yükümlü olanın müvekkil olduğunu kabul etmektir. Müvekkil ilgili işin uzmanı olmasa da davayı açarken başvurabileceği, uzman kişilerce hazırlanacak iki tür takdiri delil

⁵⁶ Kavram hakkında detaylı bilgi için bkz Topuz (n 51) 121 vd; Sema Taşpınar, ‘Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü’ (1996) 45(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 533, 536 vd. Türk usul hukuku öğretisinde, fiili karinelerin taraflar arasındaki ispat yüküne etkisi ve özellikle ispat yükünün yer değiştirip değiştirmediği konusunun tartışmalı olduğu görülmektedir. Görüşler için bkz Taşpınar (n 54) 565-566. Topuz, fiili karinenin işlevinin ispat yükünü yer değiştirmek olduğunu ve Yargıtay içtihadının da bu yönde olduğunu belirtmektedir, bkz Topuz (n 51) 131.

⁵⁷ Alexandra Jungo, *Beweislast, Art. 8 ZGB, ZK - Zürcher Kommentar* (3., völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess 2018) N 280; Martin Kaufmann, *Beweisführung und Beweiswürdigung* (Dike 2009) 16; Topuz (n 51) 124.

⁵⁸ Tandoğan (n 27) 432.

⁵⁹ Topuz (n 51) 177-178.

⁶⁰ Bu tartışmaya ilişkin bkz Yavaş (n 1) 748 vd.

sunma imkânı söz konusudur. Bu kapsamda HMK m. 266⁶¹'ya dayanarak olarak bilirkişi incelemesi talep ederek veya HMK m. 293/1 kapsamında uzman görüşü sunarak ispat yükünü yerine getirebilir. Bu kapsamda uyuşmazlığın adil şekilde çözümü için mahkemeye yardımcı olmak adına özel bir uzmanlık alanında bir bilirkişi atanır. Atanan bilirkişi ya da görüşü alınan uzman, uyuşmazlığın hukuki yönlerini değil, olguları ve olayları uzmanlık alanı kapsamında değerlendirir⁶².

Buna karşılık, istisnai olarak somut olayın şartları bir fiili karinenin kabulünü gerektiriyorsa, bu kapsamda özellikle vekilin fiili veya işleminin olağan sonucundan daha büyük bir risk ve/veya zarar doğmuşsa (örneğin; bir tıbbi müdahale sonucunda onam formunda oldukça nadir görüleceği belirtilen bir komplikasyon ortaya çıkmışsa), fiili karinenin yardımıyla ispat yükünün ters çevrilmesi hakkaniyete uygun olabilir.

Diğer yandan müvekkilin ispat yükünün konusunu oluşturan bir diğer husus, zararın varlığını ispattır. Yargıtay, özen yükümlülüğünün ihlalinin yanında müvekkilin spekülâtif sayılacak bir zararı varsa bunun varlığını da ispatlaması gerektiğini özellikle belirtmektedir. Eski tarihli ancak incelikte hazırlanmış bir kararının gerekçesinde, avukatın temyiz süresini kaçırmamasının özen yükümlülüğünün ihlali olduğunu kabul etmekle birlikte, müvekkilin dosyanın temyiz sürecine girebilseydi dahi kendisi lehine sonuçlanacağını yani *“davanın kazanılacağı inancı; kuvvetle yatacak biçimde ortaya konulabilirse”* avukatın sorumluluğuna başvurulabileceğini belirtmektedir⁶³. Yine başka bir kararından, pul parası yatırılmadığı için dosyanın işleminden kaldırılması halinde, vekilin bu yükümlülüğe aykırı davranmasıyla davanın kazanılacağını müvekkil tarafından ortaya konması gerektiğine hükmetmiştir⁶⁴.

III. VEKİLİN SORUMLULUKTAN KURTULMASI

Müvekkilin borca aykırılık olgusunu ispatlaması üzerine vekilin sorumluluktan tamamen kurtulması, ancak kusurunun bulunmadığını⁶⁵ veya kendi fiiliyle zarar arasındaki nedensellik bağıını ortadan kaldıracak bir olgunun varlığı halinde mümkün olur. Bu kapsamda müvekkilin kusurunun nedensellik bağıını ortadan kaldıracak düzeye ulaşması veya mücbir sebebin bulunması halinde vekil sorumlu olmaz. Buna karşılık, edim fiilinin özenli ifasının taahhüt edildiği iş görme sözleşmelerinde, özen yükümlülüğünün borca aykırılık ve kusur bağlamında tamamen örtüştüğü

⁶¹ HMK m. 266'ya göre *“Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir.”*

⁶² Kaufmann (n 54) 157-158.

⁶³ Y. 4 HD 3098/865, 22.2.1974. <<https://av-saimincekas.com/yargitay-karari/yargitay-karari-4-hd-22-2-1974-t-973-3098-c-865-k/>> Erişim tarihi: 12.03.2023.

⁶⁴ Y. 13. HD 3956/4329, 9.5.1999.

⁶⁵ Tandoğan (n 27) 432; Oğuzman ve Öz (n 9) N 1345.



göz önüne alınırsa⁶⁶, vekilin kusurlu olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulması beklenemez. Bununla beraber, vekilin kusuru bulunmaksızın sorumlu olduğu istisnai hallerde⁶⁷ bu sebep sorumluluğunun ortadan kaldırarak kurtuluş karinelere başvurusu mümkündür. Örneğin; vekalet sözleşmesi akdedilen cerrahın asistanının fiili nedeniyle ameliyat sonucunda komplikasyon oluşmuşsa, vekil, bizzat kendisi *de lege artis* yöntemlere uyarak ilgili fiili gerçekleştirseydi dahi zararın oluşacağını ortaya koyarak sorumluluktan kurtulabilir.

Bazı hallerde ise müvekkil, vekile gerekli bilgileri vermeyi veya vekilin almasını bildirdiği tedbirleri almayı ihmal edebilir. Bu takdirde müvekkilin kendi üzerine düşen iş ve işlemleri ihmal ederek bizzat kendisinin sözleşmeden doğan bir yan yükümlülük olarak işbirliği yükümlülüğünü ihmal etmesi⁶⁸, örneğin; hastanın ameliyatı takiben doktorun uyarılarına aykırı etmesi, de zararlı sonucun doğmasına sebep olmuş ya da zararı arttırmış olabilir. Bu etken nedensellik bağının kesilmesi-ne sebep olacak düzeye ulaşırsa sorumluluğun kurulmasına engel olur. Bu düzeye ulaşmıyorsa TBK m. 52 uyarınca tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınır.

Belirtmek gerekir, vekil, vekâletin ücretsiz olduğuna dayanarak sorumluluktan kurtulmak için bir savunmada bulunamaz. Öğretide genel olarak kabul edildiği üzere vekilin ücret karşılığı müvekkil adına iş görme edimini ifa etmeyi taahhüt ettiği hallerde, vekâlet sözleşmesinin niteliği gereği vekil yine de özen yükümlülüğünün ihlalinde sorumludur⁶⁹. Ancak bu takdirde m. 114 (OR 99) hükmü kapsamında, vekâletin ücretsiz olması (*unentgeltlich*) tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınır⁷⁰. Örneğin; *pro bono* dava üstlenen bir avukatın tazminat sorumluluğunda bir indirim sebebi olarak gündeme gelir⁷¹.

SONUÇ

Uygulamada vekâlet sözleşmeleri ekseriyetle iş görme edimini özellikle uzmanlığı kapsamında mesleki veya iktisadi faaliyet gereği (avukat, doktor, mimar banka gibi) ve para alacağı karşılığında ifa eden vekillerle akdedilmektedir. Vekâlet sözleşmesi gibi edim fiilinin taahhüt edildiği iş görme sözleşmelerinde ise asli edim

⁶⁶ Bu bağlamda Oğuzman ve Öz, ‘kusur olgusu’ açısından özen yükümlülüğünü ihlal etmediğini ispatlamakla sorumluluktan kurtulabileceğini belirtmekle beraber mesleki faaliyeti gereği edim fiilini taahhüt eden borçlunun kişisel bilgi ve görgü eksikliğine dayanan bir kusursuzluk savunması yapamayacağını, bu eksikliğin varlığının başlı başına özen yükümlülüğünün ihlali teşkil edeceğini de savunmaktadır, bkz Oğuzman ve Öz (n 9) N 1346.

⁶⁷ Örneğin ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk, hâkim görüşe göre borçlunun kusuruna dayanmaz. Birçokları yerine bkz Eren (n 40) N 3315.

⁶⁸ Chappuis, 76.

⁶⁹ Yavuz, Acar ve Özen (n 19) 1307.

⁷⁰ Huguenin (n 2) N 3266; Gümüş (n 45) 337 vd. Ayrıca bkz Yarg. 13. HD T. 5.2.1991, E. 1990/7902, K. 1991/1070 (naklen Başpınar, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu* (n 14) 277). Aksi görüşte Derendinger, 122-123 N 273-274.

⁷¹ Thévenoz (n 30) N 11.

yükümlülüğünün özenli olarak ifası borçlanıldığından salt bir yan yükümlülük değildir; asli edim yükümlülüğünün bir parçası olmuştur. Nitekim vekilin üstlendiği edim, başarıya ulaşma şartı aranmaksızın üstlenilen işin özenli olarak görülmesidir. Buna karşılık, özen yükümlülüğünün sözleşmeden doğan yükümlülükler arasında hangi gruba gireceğine ilişkin bu ayırım, vekalet sözleşmesi özelinde teorik bir sınıflandırma olarak kalmaktadır. Zira özen yükümlülüğünün hangi kategoride kabul edildiği önem arz etmeksizin –kabul edilen görüşe göre doğrudan veya kıyasen– uygulanacak hükümler aynıdır.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde öğretide kabul edilen görüş ve yargı uygulamasıyla uyumlu olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, özen yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmiş sayılması için objektifleştirilmiş bir özen yükümlülüğü standardını açıkça benimsemiştir. Özen yükümlülüğü, Türk Borçlar Kanununun 506. maddesinde vekilin yükümlülükleri arasında düzenlenmiş ve temelde borca aykırılık olgusuyla ilişkilendirilmiştir. Ancak objektifleştirilmiş bir özen yükümlülüğünün kıstas olarak esas alındığı hallerde, vekilin kendisine yüklenen özen yükümlülüğü standardına aykırı hareket etmesi ve bu kararın dış dünyaya yansımaları, sırasıyla kusur ve borca aykırılık unsurları tamamen örtüşür.

Özen yükümlülüğü; bir yandan borca aykırılığın tespiti, bir yandan da kusur unsurunun tespiti anlamında önem taşır. Bu ikili yön, ilk bakışta doktrinel bir tespit gibi görünse de ispat hukuku açısından önemli bir soru işareti içerir. Şöyle ki, sözleşmeden doğan bir borca aykırılık halinde tazminat sorumluluğu bakımından tarafların ispatla yükümlü oldukları unsurlar açıktır: Zarar gören sözleşme tarafı; zararın varlığını, zarara sebep olan borca aykırılığı ve zarar ile borca aykırı davranış arasındaki nedensellik bağının varlığı ispat ettiğinde üzerine düşen ispat yükünü yerine getirmiş olur. Diğer yandan borçlunun ispat yükünün konusu ise borca aykırılığın vuku bulması bağlamında borca aykırılıktan sorumlu olmadığını –sıklıkla rastlandığı üzere kendisine bir kusur atfedilemeyeceğini– ispatlamalıdır. İsviçre ve Türk hukukunda edim fiilinin taahhüt eden sözleşmenin özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini ispatlamakla yükümlü olanın, iş görme ediminin alacaklı olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bu da özen yükümlülüğünün ihlalinin, borca aykırılık unsuru temelinde değerlendirildiğini göstermektedir. Nitekim bu, makul bir tespittir; borca aykırılık ve kusur unsurlarının içeriği fiilen birleşse de ispatla yükümlü olunan ilk nokta, borca aykırılık unsurunun varlığı ispattır.

Diğer yandan, kimi zaman uzmanlığı kapsamında bir faaliyet yürüten vekillerin özen yükümlülüğünü ihlal ettiklerini ispat etmek, müvekkiller açısından oldukça güçtür. Bu nedenle İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, alacaklı lehine bir ispat kolaylığı imkânı geliştirerek vekilin iş görme edimini ifası sonucunda beklenmeyen olumsuz bir durum gelişmesi, yani zararın ortaya çıkması halinde, alacaklının bu durumda bir fiili (doğal) karineden yararlanacağına hükmetmiştir. Usul hukuku öğretisinde ve yargı uygulamasında vurgulandığı gibi fiili karinenin hukuki alana taşınmasının temelinde, tecrübe kuralları yatar. Buna karşılık, sonuç taahhüdü içermeyen vekâlet sözleşmesinde, sağduyu sahibi sözleşme tarafları, vekilin ifası



dışında başka etkenlerin de başarılı sonuç alınması ihtimalini etkileyebileceğinin bilincinde olmalıdır. Diğer bir deyişle, burada bir tecrübe kuralından bahsetmek her durum açısından geçerli değildir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi sonraki kararlarında, bu yönde bir fiili karineye dayanan ve ispat yükünün ters çevrilmesi sonucu doğuran yaklaşımın, her olayda gündeme gelemeyeceğini belirtmiştir. Türk yargı uygulamasında ise borca aykırılık olgusu açısından ispat yükünün dağılımına etki eden böyle bir yaklaşıma rastlanmamıştır. Buna karşılık, vekilin özen yükümlülüğünü ihlali açısından müvekkil lehine bir yaklaşım gözlemlenmekte; ihlalin tespiti sıklıkla vekilin tıbbi kayıtları tutma yükümlülüğü ile ilişkilendirilmekte ve bilirkişi görüşlerine başvurulmaktadır. Gerçekten de müvekkil ilgili işin uzmanı olmasa da davayı açarken başvurabileceği, uzman kişilerce hazırlanacak iki tür takdiri delil sunma imkânı söz konusudur. Bu kapsamda HMK m. 266 'ya dayanarak olarak bilirkişi incelemesi talep ederek veya HMK m. 293/1 kapsamında uzman görüşü sunarak ispat yükünü yerine getirebilir.

Buna karşılık, istisnai olarak somut olayın şartları bir fiili karinenin kabulünü gerektiriyorsa, bu kapsamda özellikle vekilin fiili veya işleminin olağan sonucundan daha büyük bir risk ve/veya zarar doğmuşsa, fiili karinenin yardımıyla ispat yükünün ters çevrilmesi hakkaniyete uygun olabilir.

Nihayetinde vekilin vekâlet sözleşmesinden doğan iş görme edimini kötü ifa ettiği, davaya bakan hâkim tarafından bir fiili karine ya da diğer bir takdiri delile başvurularak sabit görüldükten sonra müvekkilin sorumluluktan kurtulması için elinde bulunan bazı imkanlar vardır. Vekilin sorumluluktan kurtulma imkânı, ancak sorumluluğun konusu olgularından başka birinin eksikliğini ispatlamasıyla söz konusu olabilir. Bu kapsamda müvekkilin borca aykırılık olgusunu ispatlaması üzerine vekilin sorumluluktan tamamen kurtulması, ancak kusurunun bulunmadığını veya kendi fiiliyle zarar arasındaki nedensellik bağıını ortadan kaldıracak bir olgunun varlığı halinde mümkün olur.

KAYNAKÇA

Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3* (Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin 2019).

Bachmann G, 'BGB § 241' in *Münchener Kommentar zum BGB Band II* (9. Auflage, C.H. Beck 2022).

Başpınar V, *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu* (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin 2004).

Başpınar V, 'Avukatın Özen Borcu' (2008) 12(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi) 39-62.

Chapuis O, *Responsabilité et Devoirs Accessoires Découlant d'un Contrat: le Régime de Responsabilité Applicable à la Violation des Devoirs Accessoires* (Helbing & Lichtenhahn 2005).

Derendinger P, *Die Nicht- und die Nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages* (Universitätsverlag Freiburg 1988).

Eren F, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III m. 83 – 206* (Yetkin Yayınları 2022).

Fellmann W, ‘Der einfache Auftrag und die aktuelle Entwicklung im Recht der freien Berufe’ (2008) 4 (recht) 119-133.

Fellmann W, ‘Art. 398’ in *Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/4* (Stämpfli 1992).

Gauch P, ‘Art. 387’ in *Der Werkvertrag* (6. überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess 2019).

Gehrer Cordey C und Giger G, ‘Art. 398’ in *Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Auflage, Schulthess 2016).

Gümüş MA, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu* (Beta, 2001).

Huguenin C, *Obligationenrecht - Allgemeiner Teil und Besonderer Teil* (Schulthess 2019).

İnal HT, *6098 satılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih* (Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin 2014).

Jungo A, *Beweislast, Art. 8 ZGB, ZK - Zürcher Kommentar* (3., völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess 2018).

Kaufmann M, *Beweisführung und Beweiswürdigung* (Dike 2009).

Koçhisarlioğlu C, ‘Karine ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi’ (1984) 10(3) Yargıtay Dergisi 272-284.

Morin A, ‘Art. 1’ in *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO Partie générale, contrats innommée, vente et donation* (3. Édition, Helbing Lichtenhahn 2021).

Müller-Chen M, *Folgen der Vertragsverletzung* (Schulthess 1999).

Oğuzman MK ve Öz TM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenip Genişletilmiş 19. Bası, Vedat 2021).

Oser D und Weber RH, ‘Art. 398’ in *Basler Kommentar Obligationenrecht Art. I – 529 OR* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2020).

Peksöz V, *Hukuk Muhakemesi Kapsamında Karineler ve Faturanin Hukuki Niteliği* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014).

Schwenzer I und Fountoulakis C, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (8. Auflage, Stämpfli 2020).



Taşpınar S, 'Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımdaki Rolü' (1996) 45(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 533-572.

Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II* (4. Tıpkıbasım, Vedat 2010).

Thévenoz L, 'Art. 97' in *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO Partie générale, contrats innommée, vente et donation* (3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021).

Thévenoz L, 'Art. 99' in *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO Partie générale, contrats innommée, vente et donation* (3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021).

Tiryaki B, 'Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması' 12(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 267-279.

Topuz G, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat* (Yetkin 2012).

Weber RH und Emmenegger S, 'Art. 97' in *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar* (2. Auflage, Stämpfli 2020).

Weber RH und Emmenegger S, 'Art. 99' in *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar* (2. Auflage, Stämpfli 2020).

Werro F, 'Art. 398' in *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 253-529 CO, Autres contrats* (3. Édition, Helbing Lichtenhahn 2021).

Werro F, *Le Mandat et Ses Effets, une etude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligation, Analyse critique et comparative* (Editons Universitaires Fribourg 1993).

Wiegand W, 'Art. 97' in *Basler Kommentar Obligationenrecht Art. 1 – 529 OR* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2020).

Wiegand W, 'Gratwanderungen' (2010) Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht) 78-82.

Wiegand W und Hurni C, 'Die Vermutung kehrt zurück!' (2005) Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht) 205-212.

Yavaş M, 'Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı' (2015) 21(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi 741-761.

Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II* (Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, Beta 2022).