T. C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Bölümü

TAŞERONLUK
(Alt Müteahhitlik)
SÖZLEŞMESİ

Doktora Tezi

Hazırlayan: Halil Akkanat
1994/12882

Danışman: Prof. Dr. Şener Akyol

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ
94239

İstanbul 2000

İÇİNDEKİLER

İçindekiler I
Kısaltma Cetveli VII
Yararlanılan Kaynaklar XI

§1. GİRİŞ 1
I. Konunun takdimi 1
II. Taşeronluk sözleşmesinin tarafları 2
1. Genel olarak 2
2. Asıl (Üst) müteahhit (Hauptunternehmer) 3
3. Taşeron (alt müteahhit) 6
4. İş sahibinin durumu 7
III. Asıl (Üst) müteahhidin hukukî durumunun açıklanmasında yararlanılabilecek hukukî kurumlar 8
1. Genel olarak 8
2. Doğrudan temsil 9
3. Dolaylı temsil 9
4. Sözleşmenin devri 10
5. Alt sözleşme 11
a. Genel olarak 11
b. Kavram olarak alt sözleşme 12
c. Asıl (üst) müteahhidin hukukî durumuna uyumu 14
IV. Taşeronluk sözleşmesinin alt sözleşme niteliği taşımayan diğer çoklu müteahhitlik sözleşmelerinden ayrılması 16
1. Genel olarak 16
2. Birden fazla müteahhidin iş sahibine farklı sözleşmelerle bağlı olması 16
3. Birden fazla müteahhidin yapı işini birlikte üstlenmeleri (Konsorsiyum) 18
a. Dış Konsorsiyum 19
b. İç (Gizli) Konsorsiyum 20
c. Özel olarak iş ortaklığı (Joint Venture veya ARGE) 21
4. Ödünç işçi temini sözleşmesi 23
V. Taşeronluk sözleşmesinin yararlı ve sakıncalı yönleri 25
1. Yararlı yönleri 25
a. Asıl müteahhit bakımından 26
aa. İlave yatırım yapmaksızın kapasite artışı sağlanması 26
bb. Hareket alanının genişlemesi ve işlerde sür'atin temini 26
cc. Kalite yükselmesi 26
dd. Maliyetten tasarruf 27
ee. İş hukuku bakımından ortaya çıkan yararlar 27
ff. İlave kazanç temini 28
b. Taşeron bakımından 28
aa. Yeni işler elde etme imkânı 28
bb. Tecrübe birikimi 28
c. İş sahibi bakımından 29
aa. Bir tek kişi ile muhatap olma 29
bb. İş sahibinin özel isteklerinin tatmini 29
cc. Kamu işverenleri bakımından iktisadi politikaların gerçekleştirilmesi 30
2. Sakıncalı yönleri 30
a. Asıl müteahhit bakımından 30
b. Taşeron bakımından 32
aa. Kuvvetli bir rekabete girme zorunluluğu 32

bb. Muhtemel bağımlılıklara yol açması 32
cc. Akdi rizikoların üzerine devri ihtimalinin büyük olması 32
c. İş sahibi bakımından 33

1. Bölüm
Taşeronluk sözleşmesinin asıl eser sözleşmesi karşısındaki hukukî durumu

§2. Asıl eser sözleşmesinden kaynaklanan borcun ifasına yönelmiş olması 34

I. Genel olarak 34

II. Sözleşmede hüküm bulunması 35
1. Taşeron görevlendirmenin asıl müteahhidin iradesine bırakılması 36
2. Taşeron görevlendirme zorunluluğunun bulunması 37
a. İş sahibinin bildirdiği taşeronun görevlendirilmesi 37
aa. İş sahibine bu tarz bir yetki tanınmasının sebepleri 37
bb. Bu hususta başvurulan yöntemler 38
b. Fiili zorunluluk gereği taşeron görevlendirilmesi 39
3. BİGŞ'ne tabi inşaat sözleşmeleri 40

III. Bu hususta sözleşmede hüküm bulunmaması 42
1. Borcun ifasının üçüncü şahıs tarafından gerçekleştirilmesine ilişkin genel kural 42
2. Eser sözleşmelerinde durum 45
a. BK m. 356/II hükmünün anlamı 45
b. İstisnaları 48
aa. İşin niteliğinden kaynaklanan istisnalar 48
bb. İş sahibinin rızasına dayanan istisnalar 49
c. İnşaat sözleşmeleri bakımından durum 50

§3. Alt sözleşme olması 55

I. Genel olarak 55

II. Asıl inşaat sözleşmesi ve taşeronluk sözleşmesinin kurulması 58

III. Asıl inşaat sözleşmesi ve taşeronluk sözleşmesinin içeriği 60
1. Her iki sözleşmenin birbirinden ayrı yoruma tabi tutulması kuralı 60
2. Her iki sözleşmenin içeriklerinin bağımsız olarak belirlenmesi 62

§4. Taşeronluk sözleşmesi ve asıl eser sözleşmesinin birbirine uyumu meselesi 64

I. Genel olarak 64

II. Tarafların bu doğrultuda mutabakat sağlamaları 65
1. Mutabakatın bireysel görüşmeler yoluyla sağlanması 65
a. Bireysel mutabakatın taşeron ile iş sahibi arasında sağlanması 66
b. Bireysel mutabakatın asıl müteahhit ile iş sahibi veya asıl müteahhit ile taşeron arasında sağlanması 66
aa. Belirli hususların özellikle düzenlenmesi 67
aaa. Görünüş şekilleri 69
(1). Her iki sözleşmenin bağlayıcılık kazanmasını birbirine bağımlı kılan kayıtlar 70
(2). Ücrete ilişkin kayıtlar 71
(3). Kaliteye ilişkin kayıtlar 72
(4). Ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin kayıtlar 73
(5). Değişiklik kayıtları 73
(6). Uygulanacak hukuk, yetkili mahkeme ve hakem kayıtları 73
(7). Sona erme kayıtları 74
bbb. Bu kayıtların yorumunda başvurulacak temel kriterler 74
ccc. Belirli hususları açıkça düzenlemenin yararlı ve sakıncalı yönleri 75

bb. Diğer akdî ilişkideki hükümlere yollama yapılması 77
bbb. Diğer sözleşmenin belirli hükümlerine yollama yapılması 78
(1). Sözleşme konusunun tanımlandığı bölüme yollama yapılması 78
(2). Diğer teknik kurallara yollama yapılması 79
(3). Diğer akdî ilişkideki hükümlere teker teker yollama yapılması 79
(4). Diğer sözleşmenin belirli hükümlerine yollama yapılmasının yarar ve sakıncaları 79
ccc. Diğer sözleşmenin bütününe yollama yapılması 81
(1). Görünüş şekilleri 81
(2). Diğer sözleşmenin bütününe yollama yapılmasının yarar ve sakıncaları 81
cc. Değerlendirme 82
2. Genel işlem şartlarının kullanılması 82
a. Genel olarak 82
b. Genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine dahil olması 84
c. Şaşırtıcı kayıtların durumu 86
d. Bireysel görüşmeler yoluyla benimsenmiş hükümlerin önceliği 87
e. Genel işlem şartlarının kullanıcı aleyhine yorumlanması 87
f. Genel işlem şartlarının içerik denetimi 88
aa. Genel olarak 88
bb. Sözleşmenin kurulması ve bağlayıcılık kazanması ile ilgili kayıtlar 90
cc. İşin kabulü ve ücretin ödenmesi ile ilgili kayıtlar 91
dd. Ayıba karşı tekeffül borcu ile ilgili kayıtlar 92
ee. Edim yükümlülüğünün kapsamına ilişkin kayıtlar 93
g. Genel işlem şartları kullanılmasının yarar ve sakıncaları 94

III. Yorum araçlarının kullanılması ve dürüstlük kuralı 95
1. Yorum 95
a. İlgili kanun hükümlerinin yorumlanması 95
b. Sözleşmenin yorumlanması 99
c. Sözleşmenin tamamlayıcı yoruma tabi tutulması 101
d. Değerlendirme 105
2. Dürüstlük kuralı 105
a. Genel olarak 105
b. Edim değişikliklerinin katlanılabilirliği 107
aa. Genel olarak 107
bb. Her iki akdî ilişki arasındaki uyumun temini 111
c. Hakkın kötüye kullanılması itirazı 112
aa. Diğer akdî ilişkiye taraf olan şahsın yapmış olduğu hile 113
bb. Taşeronun ihbar mükellefiyeti 113
d. Akdî ilişkiden kaynaklanan yan edim mükellefiyetleri 114
e. Sonuç 117
3. Bu kısma ilişkin genel değerlendirme 117

2. Bölüm
İş sahibi-Asıl müteahhit-Taşeron arasındaki hukukî ilişkiler ve sona erme meselesi

§5. İş sahibi ile asıl müteahhit arasındaki taşeronla ilgili hukukî ilişki 119

I. Genel olarak 119

II. Asıl müteahhidin taşeronun fiillerinden sorumlu tutulabilmesinin hukukî dayanağı 121
1. Asıl müteahhidin taşeronu, bu hususta yetkisini kullanmak suretiyle işin yapımına dahil etmiş olması 121
2. Asıl müteahhidin caiz olmayan bir şekilde taşeron kullanmasının sonuçları 125
a. Asıl müteahhidin böylece ortaya çıkan zararlarla ilgili sorumluluğu 125
b. Caiz olmayan bir şekilde taşeron kullanımının yol açabileceği diğer sonuçlar 127

aa. Taşeronun işten uzaklaştırılmasını talep hakkı 127
bb. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının bulunup bulunmadığına ilişkin tartışma ve değerlendirmesi 128
cc. Asıl müteahhidin bu suretle tasarruf etmiş bulunduğu masrafların durumu 133
III. Asıl müteahhidin BK m. 100 hükmü gereği sorumluluğuna ilişkin bazı özellikler 133
IV. Asıl müteahhidin taşeron tarafından gizlenmiş bulunan ayıplarla ilgili sorumluluğu 136
V. Asıl müteahhidin iş sahibi tarafından sözleşme yapmak üzere bildirilen taşeron ile ilgili sorumluluğu 140
1. Genel olarak 140
2. İngiliz ve Alman hukuk sistemlerinde başvurulan çözüm yolları 141
a. İngiliz hukuk sistemi bakımından durum 141
b. Alman hukuk sisteminin çözümü 142
3. İsviçre ve Türk hukuk sistemleri bakımından durum 143
4. İş sahibinin tavsiye ettiği taşerona doğrudan müracaat imkânı 147
VI. Asıl müteahhidin taşeron tarafından yapılmış olan işlerle ilgili ücret alacağı 147
VII. İş sahibinin işin yerine getirilmesi ile ilgili talimatları 148
§6. Taşeron ile asıl müteahhit arasındaki hukukî ilişki 150
I. Sözleşmenin konusu 150
II. İşin kabulü ve ücret borcunun muacceliyeti 150
III. Taşeronun ayıba karşı tekeffül borcu 151
1. Taşeronun asıl müteahhide karşı mevcut sorumluluğunun genel olarak değerlendirilmesi 151
a. Ayıbın taşeron veya daha önceki müteahhidin (Vorunternehmer) sorumlu olduğu bir sebepten kaynaklanması ihtimali 152
b. Ayıbın asıl müteahhidin koordinasyon yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasından kaynaklanması 154
2. Ayıbın giderilmesi 156
a. Ayıbın masrafları taşerona ait olmak üzere giderilmesi 157
b. Masraf avansı 158
3. Sözleşmeden dönme, ücret indirimi, zararın tazmini talepleri 158
4. Ayıba karşı tekeffül borcundan doğan hakların tabi olduğu zamanaşımı süresi 160
IV. Asıl müteahhidin üçüncü şahısların fiilleri nedeniyle taşerona karşı sorumluluğu 163
1. İş sahibi ve yardımcıları 164
2. Önceki müteahhit (Vorunternehmer) 167
V. İş sahibi veya önceki müteahhidin sebebiyet vermiş bulunduğu zararlardan sorumluluk 168
1. İş sahibi veya önceki müteahhidin engelleyici davranışlarının sonuçlarından sorumluluk 169
2. Bir diğer taşeronun sebebiyet vermiş olduğu zararlar bakımından üçüncü şahsın zararını tazmin meselesi 171
§7. İş sahibi ile taşeron arasında doğrudan talep ilişkisi 175
I. Genel olarak 175
II. Sözleşmelerin nisbîliği ilkesinin anlamı ve taşeronluk sözleşmesi bakımından taraflara sağladığı avantajlar 178
III. İş sahibinin taşerona doğrudan müracaat imkânı 180
1. Taşeronun iş sahibine karşı ayrıca garanti taahhüdünde bulunması 180

2. Üçüncü şahıs yararına sözleşme 181
a. Tarafların bu yöndeki iradelerinin tesbiti 182
b. İş sahibinin taşerona karşı sahip olduğu haklar 185
aa. Alt sözleşmeden kaynaklanan yenilik doğuran haklar bakımından hukukî durum 185
aaa. Ayıba karşı tekeffülden doğan haklar 185
bbb. Borçlu temerrüdünden doğan haklar 188
ccc. Taşeronun sahip olduğu itiraz ve def'i haklarının durumu 189
bb. İş sahibinin uğradığı zararlarla ilgili talep hakları 190
c. Değerlendirme 190
3. Temlik 191
4. BK m. 391/III hükmünün kıyasen uygulanması 192
a. Genel olarak 192
b. BK m. 391/III hükmünün uygulama alanının genişletilmesi yönündeki eğilimler 195
c. BK m. 391/III hükmünün sevk edilmesindeki amaç 196
d. Değerlendirme 198
5. Üçüncü şahsın zararının tasfiyesi ile ilgili teorinin uygulanması 202
a. Teorinin kaynağı 203
b. Teorinin etkileri 205
c. Değerlendirme 205
6. Üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisi 206
a. Teorinin kaynağı ve gelişmesi 207
b. Taşeronluk sözleşmesi açısından üçüncü şahsı koruyucu etki 211
c. Taşeronun sahip olduğu itiraz ve def'i haklarının durumu 215

IV. Taşeronun iş sahibine doğrudan müracaat imkânı 216
1. Genel olarak 216
2. Tarafların iradesi 217
3. Üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisi 219
a. Teorinin uygulanma şartları 219
b. İş sahibine ait def'i ve itirazların durumu 221
c. Değerlendirme 221

V. Özel olarak yapı alacaklısı ipoteği 222
1. Genel olarak 222
2. Yapı alacaklısı kimdir? 223
3. Talebin yöneltileceği şahıs 224
4. İzlenmesi gereken usul 225
a. Tescili talep süresi 225
b. Alacak miktarının taşınmaz maliki tarafından kabul edilmiş veya bir mahkeme kararı ile tesbit edilmiş olması 226
c. Taşınmaz malikinin yeterli teminat göstererek ipoteğin tescilini önleme imkânı 226
5. Yapı alacaklısı ipoteğinin sırası 227
6. Yapı alacaklısının, daha ön sırada bulunan diğer rehinli alacaklılar karşısındaki öncelik hakkı 227
7. Sistemin değerlendirilmesi 229
a. Taşeron bakımından durum 229
b. Taşınmaz malikinin durumu: İki defa ödeme yapma riski 229
aa. Sebepleri 229
bb. İki defa ödeme yapma riskinin önlenmesi için öngörülen çözüm yolları 230
aaa. De lege lata çözüm yolları 231
(1). Asıl müteahhitten garanti alınması 231
(2). İş sahibine doğrudan taşerona ödeme yapma imkânı tanınması 232
(3). Ödemeleri gerçekleştirmek üzere güvenilir bir üçüncü şahıs tayin edilmesi 232
(4). Sözleşme bedelinin tevdi edilmesi 233
bbb. De lege ferenda çözüm yolları 233

(1). Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etme hakkının taşeronlar bakımından kaldırılması 234
(2). Rehinle temin edilmiş alacak miktarının asıl müteahhit ve taşeron arasında paylaştırılması 234
(3). Taşınmaz malikine, doğrudan taşerona ödeme yapma yetkisinin tanınması 234
(4). Rehin talebinin önşartı olarak, işin yapımına taşeronların dahil edilmesi için taşınmaz malikinin onayını alma 235
(5). Bankalara vermiş oldukları kredilerin kullanımını kontrol yetkisi tanınması 235
(6). İflâs hukuku açısından taşeronların ücret alacaklarına imtiyaz tanınması 236
(7). Asıl müteahhidin, taşınmaz malikinin yapacağı ödemelere karşılık kanunî bir garanti vermekle yükümlü tutulması 236
(8). Taşınmaz malikinin iki defa ödeme yapmakla asıl müteahhide karşı ortaya çıkan rücu hakkının imtiyazlı alacaklar arasına dahil edilmesi 237
(9). Eser sözleşmelerinin resmî şekle tabi tutulması ve noterlere bilgilendirme yükümlülüğü getirilmesi 237
(10). Taşeronlara asıl müteahhidin taşınmaz malikine karşı sahip olduğu alacak hakkı üzerinde rehin hakkı tanınması 237
cc. Değerlendirme 239

VI. İş sahibi ile taşeron arasında doğrudan akdî ilişki 240
1. Genel olarak 240
2. Görünüm şekilleri 241
a. Taşeronun (aslında) asıl müteahhide karşı yerine getirmek zorunda olduğu edimler 241
b. İlave edimler 242

§8. Sona erme bakımından asıl inşaat sözleşmesi ile taşeronluk sözleşmesi arasındaki ilişki 244

I. Genel olarak 244

II. Her iki sözleşmenin birbirinden bağımsızlığı kuralı ve bu durumun etkileri 244
1. Her iki sözleşmenin birbirinden bağımsız olarak sona ermesi kuralı 244
2. Taraflardan birisinin sözleşmeyi sona erdirmiş olmasının diğer akdî ilişki üzerindeki etkisi 245
a. Genel olarak 245
b. İş sahibi tarafından asıl sözleşmenin sona erdirilmesinin taşeronluk sözleşmesi üzerindeki etkisi 246
aa. Edimin kullanım amacına ilişkin risklerin alacaklıya ait olması kuralı 246
bb. İş sahibinin sözleşmeden dönmesinin alacaklı temerrüdüne yol açması 249
cc. İş sahibinin sözleşmeden dönme imkânına sahip olduğu durumların taşeronluk sözleşmesi açısından değerlendirilmesi 249
aaa. BK m. 358/I hükmü çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkı 249
bbb. BK m. 367 hükmüne göre sözleşmeden dönme hakkı 252
ccc. BK m. 369 hükmü çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkı 252
ddd. İş sahibinin diğer sebeplerden kaynaklanan sözleşmeden dönme hakkı 254
3. Taşeronluk sözleşmesinin sona erdirilmesinin asıl inşaat sözleşmesi üzerindeki etkisi 255
a. Taşeronun borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönmesi 256
b. Taşeronun diğer sebeplerle sözleşmeden dönmesi 257
c. İş sahibinden kaynaklanan sebeplerle taşeronluk sözleşmesinin ifasının imkânsız hale gelmesi 257

II. Her iki sözleşmenin bağımsızlığının bu bakımdan sona erdirilmesi 259
1. Sözleşmelere sona erme kayıtları konulması 259
2. Hâkimin sözleşmeye müdahalesi 259

§9. Genel sonuç 261

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

KISALTMA CETVELİ

Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geshäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
All E.R.	All England Law Reports
Allg.	Allgemein
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AÜG	Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung vom 7.8.1972
b.	bend
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Zeitschrift für deutsches Baurecht
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, amtliche Sammlung
BİGŞ	Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
BK	Borçlar Kanunu
Bkz., bkz.	Bakınız
BTHAE	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	Cilt
c.	cümle
CCF	Code Civil Français
CCI	Codice Civile Italiano

Cl.	Clause
DB	Der Betrieb
Dev. İh. K.	Devlet İhaleleri Kanunu
Diss.	Dissertation
dn.	dip notu
E.	Esas
e.V.	eingetragene Verein
Ed.	Edition
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
ff.	fortfolgende Seite(n)
FIDIC	International Federation of Consulting Engineers
FS	Festschrift
HD.	Hukuk Dairesi
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinne
i.w.S.	im weiteren Sinne
İBK	İsviçre Borçlar Kanunu
ICE	Institution of Civil Engineers
İİK	İcra ve İflâs Kanunu
İKİD	İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K.	Karar
Karş.	Karşılaştırınız
KDV	Katma Değer Vergisi
LG	Landgericht
m.	madde
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi.
MK	Medeni Kanun
MLR	The Modern Law Review
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
N.	Kenar numarası
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht

Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht
Recht	Das Recht: Zeitschrift für juristische Ausbildung
RG	Resmi Gazete
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs
RIBA	Royal Institute of British Achitects
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RKD	Resmi Kararlar Dergisi
Semjud	La Semaine Judiciaire
Sh.	Sahife
SIA	Schweizerische Ingenieur- und Architektenverein
SIA-Norm 118	Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, herausgegeben von SIA, Ausgabe 1977/1991 (Neudruck 1991 mit redaktionellen Präzisierungen)
SJK	Schweizerische Juristen Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SPR	Schweizerisches Privatrecht
StF	Standard Form
t.	Tarih
TD.	Ticaret Dairesi
Teilbd.	Teilband
vd.	ve devamı
VerbKrG	Verbraucherkreditgesetz vom 17. Dezember 1990
VersR	Versicherungsrecht
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
Vol.	Volume
Vorb.	Vorbemerkung(en)
VSGU	Verband Schweizerischer Generalunternehmer
W.L.R.	The Weekly Law Reports
WM	Wertpapiere Mitteilungen (Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht)
Yarg.	Yargıtay
Yarg.HGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Yasa Der.	Yasa Hukuk Dergisi
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi

ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZSR	Zetschrift für Schwezerisches Recht

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

YARARLANILAN KAYNAKLAR*

AKYOL Şener: Tam üçüncü şahıs yararına sözleşme, İstanbul 1976 (Akyol, Üçüncü şahıs yararına sözleşme).

AKYOL Şener: Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, İstanbul 1995 (Akyol, Dürüstlük Kuralı).

AKYOL Şener: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler I, İstanbul 1995 (Akyol, Borçlar Hukuku).

AKYOL Şener: Medeni hukuka giriş, İstanbul 1995 (Akyol, Hukuka giriş).

AKYOL Şener: Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), I. Fasikül, İstanbul 1984 (Akyol, ÖBİ I).

AKYOL Şener: Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), II. Fasikül, Know-How, Management, Joint venture ve Büyük çaplı inşaat sözleşmeleri, İstanbul 1997 (Akyol, ÖBİ II).

ARAL Fahrettin: Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 2. Baskı, Ankara 1999.

ARMBRÜSTER Christian: Drittschäden und vertragliche Haftung, Recht 11 (1993), Sh. 84-91.

ATAMER Yeşim M.: Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması sorunu çerçevesinde genel işlem şartlarının denetlenmesi, doktora tezi, İstanbul 1999.

AUER H.: Die Haftung für Hilfspersonen mit besonderer Berücksichtigung des Versicherungsrechtes, Dissertation Bern 1933.

AYİTER Kudret: Verträge über die Errichtung von Industrieanlagen in rechtvergleichender Betrachtung, Festschrift für W. Wengler, Berlin 1973.

BARLAS Nami: Adi ortaklık temeline dayalı sözleşme ilişkileri, İstanbul 1998.

BAYER Wolfgang: Planung und Bauausführung in einer Hand, in: Seminar Pauschalvertrag und schlüsselfertiges Bauen, Schriftenreihe der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V. Band 17, Wiesbaden und Berlin 1991, Sh. 85-100.

BECKER Friedrich/WULFGRAMM, Jörg: Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Auflage, Düsseldorf 1985 (Becker/Wulfgramm, AÜG).

BECKER Friedrich: Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung gegenüber Werk- und Dienstverträgen, DB 1988, Sh. 2561-2567 (Becker, DB 1988).

---

* Burada birden fazla atıf yapılmış olan eserlere yer verilmiş olup; bir defa atıf yapılmış olan eserler metin içerisinde ayrıca zikredilmiştir. Bir yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde kullanılan kısaltmalar, parantez içerisinde gösterilmiştir.

BECKER Friedrich: Zur Abgrenzung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages gegenüber anderen Vertragstypen mit drittbezogenem Personaleinsatz, ZfA 1978 Sh. 131-151 (Becker, ZfA 1978).

BECKER Hermann: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, I. Abt. 2. Aufl. Bern 1941; II. Abt. Bern 1944 (Becker, Berner Kommentar).

BECKER Thomas: Die Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz, Heidelberg 1986 (Becker, Auslegung).

BIERI Urban: Die Deliktshaftung des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller für mangelhafte Werke, Dissertation, Beromünster 1993.

BİSCHOFF Jacques: Vertragsrisiko und Clausula Rebus sic Stantibus, Rizikozuordnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 28, Zürich 1983.

BROX Hans: Allgemeines Schuldrecht, 26. Auflage, München 1999.

BUCHER Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988 (Bucher, Allgemeiner Teil).

BUCHER Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988 (Bucher, Besonderer Teil).

BUCHER Eugen: Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR 102 (1983) II, Sh. 251-383.

BÜHLER Theodor: Vertragsrecht im Maschinenbau und Industrieanlagenbau (unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz und des Exportgeschäftes), Zürich 1987 (Bühler, Vertragsrecht).

BÜHLER Theodor: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd. Obligationenrecht, Teilbd. V 2d, Der Werkvertrag, Art. 363-379, Zürich 1998 (Bühler, Zürcher Kommentar).

CERUTTI Romeo: Der Untervertrag, Dissertation, Freiburg 1990.

CHAIX François : Le Contrat de sous-traitance en droit suisse, Diss. Genf 1995.

CORBOZ Bernard: Werkvertrag, Schweizerische Juristische Kartothek, Karten 458-462.

DAMMANN Reinhard: Die Einbeziehung Dritter in die Schutzwirkung eines Vertrages: eine Studie des französischen Rechts im Lichte einer rechtsvergleichenden Betrachtung des deutschen Rechts, Dissertation, München 1990.

DE HALLER Jean-Claude: Diskussionsbeitrag, in: Rapports et communications de la Société suisse des juristes, ZSR 101, Bd. II (1982), Sh. 668-674 (de Haller, Rapports).

DE HALLER Jean-Claude: L'hypothèque légale de l'entrepreneur, ZSR 101 Bd. II (1982), Sh.189-310 (de Haller, L'hypothèque).

DE HALLER Jean-Claude: Le droit a l'inscription de l'hypothèqu légale de l'entreprenneur, Dissertation Lausanne 1970, (de Haller, Dissertation).

DÖRNER Heinrich: Dynamische Relativität: der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten, Dissertation München 1985.

DÜRR Carl: Werkvertrag und Auftrag, 3. Auflage, Kommentar der Art. 363-379 und 396-406 OR, Vira 1983.

EREN Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I , 6. Bası, İstanbul 1998 (Eren, Borçlar Hukuku, C I).

EREN Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II , 5. Bası, İstanbul 1999 (Eren, Borçlar Hukuku, C II).

EREN Fikret: İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin borçları ve bu borçların yerine getirilmemesinin sonuçları, (Makale için bkz. İnşaat sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için ortak seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, BTHAE, Ankara 1996, Sh. 63-86), (Eren, Müteahhidin borçları).

EREN Fikret: İnşaat sözleşmesinin sona ermesi (İnşaat sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için ortak seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, BTHAE, Ankara 1996, Sh. 87-103), (Eren, İnşaat sözleşmeleri).

ERMAN/SEILER Hans Hermann: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 9. Auflage, Münster 1993.

FELDRAPPE Ludwig: Bietergemeinschaft und ARGE, Seminar ARGE, Generalunternehmer, Subunternehmer, Schriftenreihe der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V. Band 19, Münster und Westfalen 1991, Sh. 13-22.

FEUDNER Bernd: Generalunternehmer/Drittschadensliquidation, BauR 1984, Sh. 257-261.

FEUERBORN A./HAMANN W.: Neuregelung im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, BB 1994, Sh. 1346-1350.

FEYZİOĞLU F. Necmettin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I İstanbul 1976, C. II İstanbul 1977.

FİKENTSCHER Wolfgang, Schuldrecht, 9. Auflage, Berlin/New York 1997.

FLUME Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin 1979.

FRERICHS Johann/MÖLLER Carola/ULBER Jürgen: Leiharbeit und betriebliche Interessenvertretung, Köln 1981.

FRİKELL Eckhard: Der Nachunternehmervertrag - BAU, Stamsried 1994.

FURGLER Kurt, Diskussionsbeitrag, in: Rapports et communications de la Société suisse des juristes, ZSR 101, Bd. II (1982), Sh. 704-708.

FURRER: Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Dissertation Zürich 1973.

GABRIEL Bruno: Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR, Dissertation, Entlebuch 1987.

GASSNER Ulrich: Die Verjährung baurechtlicher Gewährleistungsansprüche bei arglistigem Verschweigen, BauR 1990, 312 ff.

GAUCH Peter/SCHLUEP Walter/REY Heinz: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 7. Auflage, Zürich 1998.

GAUCH Peter/SCHLUEP Walter/SCHMID Jörg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 7. Auflage, Zürich 1998.

GAUCH Peter/SCHLUEP Walter: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil 4. Auflage, Zürich 1987.

GAUCH Peter: Diskussionsbeitrag, in: Rapports et communications de la Société suisse des juristes, ZSR 101, Bd. II (1982), Sh. 692-698 (Gauch, Rapports).

GAUCH Peter: Der Werkvertrag, Zürich 1996 (Gauch, Werkvertrag).

GAUCH Peter: Probleme von und mit Subunternehmern - Ein Beitrag zum privaten Baurecht, Festschrift für Meier-Hayoz, Bern 1982, Sh.151-178 (Gauch, Subunternehmer).

GAUCH Peter: Ein Bauwerk - Mehrere Unternehmer, ZBJV 118 (1982), Sh. 65-89 (Gauch, ZBJV 118).

GAUCH Peter: Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag - Gedanken zu Art. 377 des Schweizerischen Obligationenrechts, Festschrift für Horst Locher, Düsseldorf 1990, Sh. 35-51 (Gauch, FS Locher).

GAUTSCHI Georg: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band. VI. 2. Abt. 3. Teilbd., Art. 363-379 OR, Bern 1967.

GERNHUBER Joachim: Das Schuldverhältnis – Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen. Handbuch des Schuldrechts – Band 8. Tübingen 1989.

GILLIÉRON, M. Pierre-Robert: Diskussionsbeitrag in: Rapports et communications de la Société suisse des juristes, ZSR 101 II (1982) Sh. 683-686.

GLATZEL Ludwig/HOFMANN Olaf/FRIKELL Eckhard: Unwirksame Bauvertragsklauseln nach dem AGB-Gesetz, 7. Auflage, Stamsried 1995.

GUHL Theo/MERZ Hans/Bearbeiter: Das schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage, Zürich 1991.

HATEMİ Hüseyin: Sözleşme dışı sorumluluk hukuku, İstanbul 1994 (Hatemi, Sorumluluk hukuku).

HATEMİ Hüseyin: Borçlar hukuku özel bölüm, İstanbul 1999 (Hatemi, özel bölüm).

HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

HAUTKAPPE Bernhard: Unternehmereinsatzformen im Industrieanlagenbau, Heidelberg 1986.

HEIERMANN Wolfgang: Wirksamkeit des Ausschlusses der Preisanpassungsmöglichkeit nach VOB durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, NJW 1986, 2682 ff.

HEIERMANN Wolfgang/RIEDL Richard/RUSAM Martin: Handkommentar zur VOB Teile A und B, 8. Auflage, Wiesbaden und Berlin 1997.

HENKE Horst-Eberhard: Die sog. Relativität des Schulverhältnisses, Berlin 1989.

HERZFELD Edgar: Nominated Subcontractors, in: The Journal of Business Law 1985 Sh. 386 vd. (**Herzfeld,** Nominated Subcontractors).

HERZFELD Edgar: Sub-contracts in Long-term Construction Projects, in: The Journal of Business Law 1984 Sh. 226 vd. (**Herzfeld,** Sub-contracts).

HIGI Peter: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V. 2b, Art. 253-265 OR, Zürich 1994 (Higi, Zürcher Kommentar).

HÖCHLI Andreas: Der Untermietvertrag, Dissertation, Zürich 1982.

HOFSTETTER Josef: Der Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel und Stutgart 1979.

HONSELL Heinrich/VOGT P. Nedim/WIEGAND Wolfgang: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 2. Auflage, Basel, Frankfurt am Main 1996 (Honsell/İşleyen).

HONSELL Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 5. Auflage, Bern 1999.

HOYNINGEN-HUENE Gerrick v.: Subunternehmervertrag oder illegale Arbeitnehmerüberlassung, BB 1985, Sh. 1669-1773.

HUBER Felix: Der Generalunternehmervertrag des Verbands Schweizerischer Generalunternehmer, Wegleitung zu den allgemeinen Vertragsbedingungen des VSGU, Zürich 1996.

INGENSTAU Heinz/KORBION Hermann: VOB Verdingungsordnung für Bauleistungen Teile A und B, Kommentar, 13. Auflage, Düsseldorf 1996 (Ingenstau/Korbion, VOB).

JÄGGI Peter/GAUCH Peter: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch tome V lb, Art 18 OR, Zürich 1980.

JAUSSI Nelli: Die Auftragssubstitution nach Schweizerischen Obligationenrecht, Dissertation, in: ZSR 45 (1926), Sh. 243 vd.

JOUSSEN Peter: Der Industrieanlagen-Vertrag, 2. Auflage, Heidelberg 1996.

KAISER Gisbert: Das Mängelhaftungsrecht im Baupraxis und Bauprozeß, Ein systematisches Handbuch, 7. Auflage, Heidelberg 1992.

KAPELLMANN Klaus D.: Schlüsselfertiges Bauen, Rechtsbeziehungen zwischen Auftraggeber, Generalunternehmer, Nachunternehmer Düsseldorf 1997 (Kapellmann, Bauen).

KAPELLMANN Klaus D./SCHIFFERS Karl-Heinz: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Bd. I: Einheitspreisvertrag, Düsseldorf 1993 (Kapellmann/Schiffers, Bd. I).

KAPELLMANN Klaus D./SCHIFFERS Karl-Heinz: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Bd. II: Pauschalvertrag einschließlich Schlüsselfertigbau, Düsseldorf 1994 (Kapellmann/Schiffers, Bd. II).

KARAHASAN M. Reşit: Sorumluluk ve tazminat hukuku,

KARAHASAN M. Reşit: İnşaat imar ihale hukuku, doktrin, Yargıtay-Danıştay-Sayıştay kararları, ilgili mevzuat, İstanbul 1997 (Karahasan, İnşaat-imar-ihale hukuku).

KELLER Max/SCHÖBİ Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl. Basel und Frankfurt 1988.

KELLER Max/GABI Sonja: Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Basel-Frankfurt am Main 1988.

KILIÇOĞLU Ahmet M.: Müteahhidin eseri şahsen yapma ve kendi idaresi altında yaptırma borcu, AÜHFM C. 32, 1975, Sayı 1-4, Sh. 185-199.

KLEINE-MÖLLER Nils/MERL Heinrich/OELMAIER Winfried: Handbuch des privaten Baurechts, 2. Auflage, München 1997.

KNIFFKA Rolf: Dreizigjährige Gewährleistung des Bauunternehmers bei pflichtwidriger Organisation der Überwachung und Prüfung eines Werkes nach dem Urteil des Bundesgerichtshofes VII ZR 5/91 vom 12.03.1992, ZfBR 1993, Sh. 255-259 (Kniffka, ZfBR 1993).

KNIFFKA Rolf: Rechtliche Probleme des Generaluntemehmervertrages, in: Nicklisch, Seminar ARGE, Sh.46 vd. (Kniffka, ARGE).

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip: Giriş, Hukukî İşlem, Özellikle Sözleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar hukuku genel bölüm, C. I, İstanbul 1998.

KOLLER Alfred: Berner Kommemtar, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, Der Werkvertrag Art. 363-366, Bern 1998 (Koller, Berner Kommentar).

KOLLER Alfred: Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, Zürich 1995 (Koller, Nachbesserung).

KOLLER Alfred: Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 46, 2. Auflage, Dissertation Freiburg, Zürich 1981 (Koller, Erfüllungsgehilfen).

KOLLER Jo: Der Untergang des Werkes nach Art. 376 OR, Dissertation Freiburg 1983 (Koller Jo).

KORBION Hermann/LOCHER Horst: AGB-Gesetz und Bauerrichtungsverträge, 3. Auflage, Düsseldorf 1997.

KRAMER Ernst A./SCHMIDLIN Bruno: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. VI/1., Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986.

KRAMER Ernst A.: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. VI/1 Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilbd., Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991 (Kramer, Berner Kommentar).

KRAMER Ernst A.: Allgemeine Geschäftbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven, SJZ 81 (1985), Sh. 17-25, 33-39, (Kramer, SJZ 81).

KRASSER Rudolf, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter: Untersuchungen zum Delikts- und Wettbewerbsrecht Deutschlands, Frankreichs und Belgien, Köln/Berlin/Bonn/München 1971.

KRAUS Steffen: Ansprüche des Auftragnehmers bei einem durch Vorunternehmer verursachten Baustillstand, BauR 1986, 17 vd.

KREMER Gottfried: Die Rolle des Subunternehmers im Rahmen des Gesamtprojekts aus der Sicht des Ingenieurs, in Nicklisch (Hrsg): Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1985, Heidelberg 1986.

LARENZ Karl/WOLF Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1997.

LARENZ Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, erster Band. Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987 (Larenz, Schuldrecht I).

LARENZ Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, München 1986 (Larenz, Schuldrecht II/1).

LARENZ Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg 1991 (Larenz, Methodenlehre).

LEUENBERGER Christoph: Dienstleistungsverträge, ZSR 106 (1987) II, Sh. 68-82.

LIONNET Klaus: Liefer- und Leistungskonsortien - Rechtliche Zuordnung und Risiken, in: Nicklisch (Hrsg), Bau- und Anlagenverträge -Risiken, Haftung, Streitbeteiligung, Schriftenreihe Technologie und Recht, Bd. 4, Heidelberg 1984, Sh. 121-153.

LOCHER Horst: AGB-Gesetz und Subunternehmerverträge, NJW 1979, Sh. 2235-2238 (Locher, Subunternehmer).

LOCHER Horst: Das private Baurecht, 6. Auflage, München 1996 (Locher, Baurecht).

LUTZ Reinhard: AGB-Kontrolle im Handelsverkehr unter Berücksichtigung der Klauselverbote, München 1991.

MARBACH Michael: Besonders abzunehmende Leistungsteile, Anforderungen der Praxis, insbesondere bei mehrstufigen Vertragsverhältnissen, in: Hrsg. Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 1999, Düsseldorf 1999, Sh. 92-114.

MARTENS Klaus-Peter: Rechtsgeshäft und Drittinteressen, AcP 177 (1977), Sh. 113-188.

MEDICUS Dieter: Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 1992.

MEINERT: Das Verhältnis Generalunternehmer/Subunternehmer unter Berücksichtigung des französischen Rechts, BauR 1978, Sh. 13 vd.

MERZ Hans: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. I, Art. 1-10 ZGB, Bern 1966 (Merz, Berner Kommentar).

MERZ Hans: Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Schweizerisches Privatrecht Bd. VI/1, Basel/Frankfurt am Main 1984 (Merz, Obligationenrecht).

MOSIMANN Rudolf: Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe, Dissertation, Zürich 1972.

MOTZKE Gerd: Die Bauhandwerkersicherungshypothek - Eine rechtsgeschichtliche, rechtsvergleichende, rechtsdogmatische und rechtstatsächliche Untersuchung, Berlin 1981.

MüKo/GOTTWALD Peter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, Schuldrecht-Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 3. Auflage, München 1994.

MüKo/ROTH Günter H.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, Schuldrecht-Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 3. Auflage, München 1994.

MüKo/SOERGEL Carl: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, Schuldrecht-Besonderer Teil II (§ § 607-704), München 1997.

MÜLLER Hans: Die Arbeitsgemeinschaft, Dissertation, Zürich 1981.

NICKLISCH Fritz: Anprüche des Subunternehmers bei Projektänderungen und -störungen aus juritischer Sicht, in Nicklisch (Hrsg): Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1985, Heidelberg 1986, Sh. 109-122 (Nicklisch, Subunternehmer).

NICKLISCH Fritz: Die Rolle des Subunternehmers im Rahmen des Gesamtprojekts aus juristischer Sicht, in Nicklisch (Hrsg): Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1985, Heidelberg 1986, Sh. 29-46 (Nicklisch, Rolle des Subunternehmers).

NICKLISCH Fritz: Risiken bei Bau- und Anlageverträgen aus rechtlicher Sicht - besondere Vertragsstrukturen mit speziellen Risiken, in: Nicklisch (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, Risiken, Haftung, Streitbeilegung, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, Heidelberg 1984 (Nicklisch, Risiken).

NICKLISCH Fritz: Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Unter besonderer Berücksichtigung kopmlexer Langzeitverträge, JZ 1984, Sh. 757 vd. (Nicklisch, JZ 1984).

NICKLISCH Fritz: Rechtsfragen des Subuntemehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft,: NJW 1985, 2361-2370 (Nicklisch, NJW 1985).

NICKLISCH Fritz: Risiken bei Bau- und Anlageverträgen aus rechtlicher Sicht - Besondere Vertragsstrukturen mit speziellen Risiken, in Nicklisch (Hrsg): Bau- und Anlagenverträge, Risiken, Haftung, Streitbeilegung, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, Heidelberg 1984 (Nicklisch, Risiken).

NICKLISCH Fritz/WEICK Günter: Verdingunusordnung für Bauleistungen: VOB, 2. Auflage, München 1991.

OFTINGER Karl/STARK Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II: Besonderer Teil: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung des Gewässerverschmutzung, 4. Auflage, Zürich 1987.

OĞUZMAN M. Kemal/Öz M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İkinci bası, İstanbul 1998.

OĞUZMAN M. Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955 (Oğuzman, Hizmet Akdinin Feshi).

OSER Hugo/SCHONENBERGER Wilhelm: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, t. V. 2, Art. 184-418 OR, 2. Auflage, Zürich 1936

ÖZ M. Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.

PALANDT/HEİNRİCHS Helmut: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Auflage, München 1999.

PALANDT/SPRAU Hartwig: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Auflage, München 1999.

PAUSE Hans: Bedeutung, Grenzen und Probleme des Einsatzes von Subunternehmern im Baubereich, in Nicklisch (Hrsg): Der Subunternehmer

bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1985, Heidelberg 1986.

PEDRAZZINI Mario M.: Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, SPR VII/1, Basel & Stuttgart 1977.

PFISTER-INEICHEN Heidi: Das Vorrecht nach Art. 841 ZGB und die Haftung der Bank als Vorgangsgläubigerin, Dissertation Freiburg 1991.

REİSOĞLU Safa: Türk ve İsviçre hukukunda müteahhit ve işçilerin kanunî ipotek hakkı, Ankara 1961 (Reisoğlu, Kanunî ipotek).

REİSOĞLU Safa: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Değişiklik ve ilavelerle 10. Bası, İstanbul 1995 (Reisoğlu, Borçlar hukuku).

RGRK/GLANZMANN Roderich: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, Bd. II, 4. Teil (§ § 631-811), 12. Auflage, Berlin, New York 1978.

RUCKTESCHLER Dorothee: Subunternehmer-Haftung: Möglichkeiten des Durchgriffs von Bauherrn und Käufern nach amerikanischem, englischem und deutschem Recht, Dissertation, Frankfurt a. M/Bern 1988.

RÜEGG Erich: Leistung des Schuldners an einen Nicht-Gläubiger, Dissertation Freiburg 1990.

SAJONZ Christoph: Der Schutz des Subunternehmers bei Insolvenz des Hauptunternehmers nach französischem, schweizerischem und deutschem Recht, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1993.

SAXER Rainer: Der Subunternehmer und sein Vertrag, Dissertation, Zürich 1999.

SCHERRER Erwin: Nebenunternehmer beim Bauen, Dissertation, Freiburg 1994.

SCHLECHTRIEM Peter: Haftung des Nachunternehmers gegenüber dem Bauherrn, ZfBR 1983, Sh. 101-104 (Schlechtriem, ZfBR 1983).

SCHLECHTRIEM Peter: Die Sichreung des Subunternehmers nach Schweizer Recht, ZfBR 1986, Sh. 108 vd. (Schlechtriem, ZfBR 1986).

SCHLUNDER Bertold: AGB-Gesetz in Leitsätzen, München 1990.

SCHLUNDER Bertold: Gestaltung von Nachunternehmerverträgen in der Praxis, NJW 1995, Sh. 1057-1061 (Schlünder, NJW 1995).

SCHMALZL Max: Die Auswirkung des § 278 BGB im Verhältnis des Bauherrn zu anderen Beteiligten, FS Locher, Sh. 255 vd.

SCHMID Emil: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V. 2b, Art. 261-274 OR, 3. Auflage, Zürich 1977 (Schmid, Zürcher Kommentar).

SCHÖNENBERGER Wilhelm/JÄGGI Peter: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V 1 a, Art. 1-17 OR, 3. Auflage, Zürich 1973.

SCHÖNLE Herbert, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilbd. V 2a, Kauf und Schenkung, Erste Lieferung Art. 184-191 OR, 3. Auflage, Zürich 1993.

SCHRANER M.: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Obligationenrecht, Teilbd. V 1e, Die Erfüllung der Obligationen, Zürich 1991.

SCHUMACHER Rainer: Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2. Auflage, Zürich 1982.

SCHUMACHER Rainer: Diskussionsbeitrag, in: Rapports et communications de la Société suisse des juristes, ZSR 101, Bd. II (1982), Sh. 675-681, (Schumacher, Rapports).

SCHUMACHER Rainer: Gutachten zur Neuregelung der Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 648 Abs. 1 BGB), in: Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Sh. 261 (Schumacher, Gutachten).

SCHWARZ Thomas: Der Subunternehmervertrag, Dissertation, Hamburg 1996.

SELİÇİ Özer: Borçlar Kanununa göre sözleşmeden doğan sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi, İstanbul 1977 (Seliçi, Sürekli borç ilişkileri).

SELİÇİ Özer: İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin sorumluluğu, İstanbul 1978.

SEROZAN Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1998 (Serozan, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme).

SEROZAN Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975 (Serozan, Sözleşmeden Dönme).

SIEGBURG Peter: Verjährung im Baurecht, Baurechtliche Schriften, Bd. 24, Düsseldorf 1993.

SİRMEN Lale: Türk özel hukukunda şart, Ankara 1992.

SOERGEL/HADDING Walther: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2, Schuldrecht I (§§ 241-432), Stutgart, Berlin, Köln 1990.

SOERGEL/STEIN: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 3, Schuldrecht II (§§ 433-515, AGBG, AbzG, EG, EAG) 12. Auflage Stutgart/Berlin/Köln 1991.

SOERGEL/ZEUNER Albrecht: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 5/2, Schuldrecht IV/2 (§§ 823-853), Stutgart, Berlin, Köln 1999.

SPIRIG Eugen: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V1k, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme (Art. 164-174), Zürich 1993.

STAUDINGER/DILCHER Hermann: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Erstes Buch, Allgemeiner Teil (§§ 90-240), 12. Auflage, Berlin 1980.

STAUDINGER/SCHMİDT Jürgen: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (Einleitung zu §§ 241 ff; §§ 241-243), 13. Auflage, Berlin 1994.

STAUDINGER/JAGMANN Rainer: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse (§§ 328-361), 13. Auflage, Berlin 1995.

STAUDINGER/PETERS Frank: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 631-651), 13. Auflage, Berlin 1994.

STAUDINGER/COESTER Michael: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), 13. Auflage, Berlin 1998.

STAUDINGER/KADUK Hubert: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse (§§ 328-397), 12. Auflage, Berlin 1994.

STAUDINGER/SCHIEMANN Gottfried: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse (§§ 249-254), Berlin 1998.

STOTZ Felix: Die Leistungspflicht und die Mängelhaftung des Unternehmers im Werkvertrag, Bern-Frankfurt-New York 1989.

SWEET Justin/SWEET Jonathan J.: Sweet on contruction industry contracts, Volume 1- 2, 3. Edition, New York, Toronto 1996.

SWEET Justin: Legal Aspects of Architecture, Engineering and the Construction Process, 4. Edition, St. Paul, Minnessota (USA) 1989.

ŞENOCAK Zarife: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Doktora Tezi, Ankara 1995.

TANDOĞAN Haluk: Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, Ankara 1987 (Tandoğan, ÖBİ).

TANDOĞAN Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961 (Tandoğan, Mes'uliyet).

TANDOĞAN Haluk: Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963 (Tandoğan, Üçüncü şahsın zararı).

TANDOĞAN Haluk: La réparation du dommage causé à un tiers, Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, Sh. 305-323 (Tandoğan, Réparation).

TEKİNAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993.

TSCHUDI J.W.: Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR., Dissertation Bern 1949.

TUNÇOMAĞ Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1976 (Tunçomağ, Genel Hükümler).

TUNÇOMAĞ Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977 (Tunçomağ, Özel Hükümler).

TUOR Peter/SCHNYDER Bernhard/SCHMID Jörg: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich 1995.

ULMER Peter/BRANDNER Erich/HENSEN Horst-Dieter: AGB-Gesetz, 8. Auflage, Köln 1997.

URBAN Werner: Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation; Vergleichende Untersuchung zur Integration in ein System des vertraglichen Drittschutzes, Dissertation, Köln 1989.

UYGUR Turgut: Açıklamalı – İçtihatlı İnşaat Hukuku, Sözleşmeden doğan borçlar ve eser sözleşmesi, C. I-II, Ankara 1998.

VETTER Eberhard: Gefahrtragung beim grenzüberschreitenden Industrieanlagen-Vertrag, Anmerkung zu BGH, (RIW 1982, Sh. 441 ff.), RIW 1984, Sh. 170-176 (Vetter, RIW 1984).

VETTER Eberhard: Aspekte der Risikodurchstellung zwischen Hauptvertrag und Subunternehmervertrag, im internationalen Anlagengeschäft, in: Nicklisch (Hrsg): Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1985, Heidelberg 1986, Sh. 77-91 (Vetter, Risikodurchstellung).

VETTER Eberhard: Subuntemehmerverträge im internationalen Industrieanlagengeschäft, RIW 1986, 81-90 (Vetter, RIW 1986).

von BÜREN Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551 OR), Zürich 1972 (von Büren, Besonderer Teil).

von BÜREN Bruno: Svhweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964 (von Büren, Allgemeiner Teil).

von CAEMMERER Ernst: Das Problem des Drittschadensersatzes, ZbJV 100 (1964), Sh. 341-382.

von CAEMMERER E.: Verschulden von Erfüllungsgehilfen, FS für Fritz Haus zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1978, Sh. 33 vd.

von CRAUSHAAR Götz: Risikotragung bei mangelhafter Mitwirkung des Bauherrn, BauR 1987, Sh. 14-22.

von TUHR Andreas/ESCHER Arnold: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl. Zürich 1974.

von TUHR Andreas/PETER Hans: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl. Zürich 1979.

von TUHR Andreas: Zur Haftung für fremdes Verschulden nach OR Art. 101, SJZ 17 (1921), Sh. 225 vd. (von Tuhr, SJZ 17).

von WESTPHALEN Friedrich Graf: Subunternehmerverträge bei internationalen Bauverträgen - Unangemessenheitskriterium nach § 9 AGB-Gesetz, FS Locher, Sh. 375-394 (von Westphalen, FS Locher).

von WESTPHALEN Friedrich Graf: Rechtsprobleme des Anlagenvertrages, BB 1971, Sh. 1126-1135 (von Westphalen, BB 1971).

VYGEN Klaus: Behinderungen des Auftragnehmers und ihre Auswirkungen auf die vereinbarte Bauzeit, BauR 1983, Sh. 210 vd. (Vygen, BauR 1983).

VYGEN Klaus: Behinderung des Auftragnehmers durch verspätete oder mangelhafte Vorunternehmerleistungen, BauR 1989, Sh. 387-397 (Vygen, BauR 1989).

VYGEN Klaus: Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom 15. Oktober 1992 (22 U 191/91), BauR 1994, 629-631 (Vygen, BauR 1994).

VYGEN Klaus: Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 3. Auflage Wiesbaden und Berlin 1997 (Vygen, VOB).

WEBER Rolf H.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilbd., Vorbemerkungen und Kommentar zu Art. 68-96, Bern 1983 (Weber, Berner Kommentar).

WEBER Rolf H.: Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten, Bern 1990 (Weber, Auftragsrecht).

WEBER Rolf H.: Drittschadensliquidation – Eine Zwischenbilanz, Mélanges Paul Piotet, Bern 1990, Sh. 215-227 (Weber, Drittschadensliquidation).

WEICK Günter: Vereinbarte Standardbedingungen im deutschen und englischen Bauvertragsrecht, München 1977.

WENDLER Wolf-Dieter: Haftung und Haftungsbegrenzung im internationalen Anlagengeschäft und ihre Auswirkungen auf den Subunternehmer, in Nicklisch (Hrsg): Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1985, Heidelberg 1986, Sh. 47-75.

WERNER Ulrich/PASTOR Walter: Der Bauprozeß, 8. Auflage, Düsseldorf 1996.

WERTH Heinz-Jürgen: Risikohaftung des Hauptunternehmers für Schäden des Nachunternehmers?, BauR 1976, Sh. 80-89.

WERZ Jean-Claude: Delay in contruction contracts, Dissertation Freiburg (Schweiz) 1994.

WICHSER Werner: Diskussionsbeitrag, in: Rapports et communications de la Société suisse des juristes, ZSR 101, Bd. II (1982), Sh. 681-682.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

WOLF Manfred/HORN Norbert/LINDACHER Walter F.: AGB-Gesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 1994.

YALÇINDURAN Türker: Alt istisna (taşeronluk) sözleşmeleri, Ankara 2000.

YAVUZ Cevdet: Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, Doktora tezi, İstanbul 1983 (Yavuz, Dolaylı Temsil).

YAVUZ Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul 1997 (Yavuz, ÖBİ).

ZELTNER Urs: Die Mitwirkung des Bauherrn bei der Erstellung des Bauwerks, Dissertation Freiburg 1993.

ZIHLMANN Peter: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, (Art. 253-274), Basel 1992.

ZOBL Dieter, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 101 II (1982), Sh. 3-187 (Zobl, Bauhandwerkerpfandrecht).

ZOBL Dieter, Diskussionsbeitrag, in: Rapports et communications de la Société suisse des juristes, ZSR 101, Bd. II (1982), Sh. 698-702 (Zobl, Rapports).

§1. GİRİŞ

I. Konunun takdimi

Bir inşaat projesinin gerçekleştirilmesinde hemen her zaman birden fazla müteahhit (duvar ustası, marangoz, elektrik teknisyeni, su ve kalorifer tesisatçısı, sıvacı, soğuk demir ve beton ustası vb.) görev alır. Projenin gerçekleştirilmesinde görev alacak olan bu müteahhitlerin iş sahibi ile olan hukukî ilişkileri ise çok farklı şekillerde gündeme gelir. Bu hususta kullanılan geleneksel yöntem, iş sahibinin bütün bu müteahhitlerle ayrı ayrı sözleşme yapması üzerine kurulmuştur. Böylece iş sahibi bütün projenin ilgili kısımlarını, her bir müteahhit ile müstakil inşaat sözleşmeleri yapmak suretiyle birden çok müteahhide ihale etmiş olur. Böyle bir sistemde şüphe yok ki, inşaat projesinin gerçekleştirilmesine katılması sözkonusu olan bu müteahhitler arasında eşgüdüm ve uyumun temin edilmesi, amaca uygun neticeye ulaşılabilmesi bakımından belki de en önemli faaliyeti teşkil eder. Doğaldır ki bu modelde müteahhitler arasındaki eşgüdüm ve uyumun temini iş sahibinin sorumluluğundadır. Bu faaliyetin önemi, küçük çaplı inşaat işleri bakımından pek fazla hissedilmezse de konunun işlenmesinde model olarak alacağımız büyükçe bir yapı işinde, işlerin aksamadan yürümesi daima iyi bir örgütlenme düzenine ihtiyaç gösterir. Zira bu tarz bir yapının meydana gelmesi, nitelikçe birbirinden farklı bir çok kismî edimin biraraya getirilmesi suretiyle mümkün olur. Bu yapı eserinin tamamlanabilmesi için gerekli her bir kismî edimin zamanında ve eksiksiz olarak yerine getirilmesi, yapı sonucunun da zamanında ve eksiksiz olarak ortaya çıkması bakımından etkilidir.

Uygulamada iş sahibi, bu mükellefiyetini yerine getirebilmek için genellikle bir mimar veya mühendisi görevlendirir. Hatta mimar veya mühendis genellikle inşaat işleri başlamadan sözleşmelerin kurulması aşamasında görevlendirilir ise de, yapı işlerinin yürütülmeye başlanmasından sonra görevlendirildiği durumlara da rastlanır. İş sahibi bu iş için bir mimar veya mühendisi görevlendirmiş olsa da, yine de bu faaliyetin en iyi şekilde yürütülmesi için gerekli dikkat ve özeni sarfetmelidir. Zira bu faaliyetin gereğince yürütülmemesi iş sahibi, görevlendirmiş olduğu mimar veya mühendisin fiillerinden müteahhitlere karşı sorumlu olduğundan (BK m. 100), hukukî açıdan bazı olumsuz neticelere yol açabilir. Mesela iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşebilir (BK m. 90 vd.) ve hatta BK m. 361 çerçevesinde sorumluluğu gündeme gelebilir. İş sahibinin, müteahhitler arasındaki eşgüdümün temin edilmesine ilişkin bu mükellefiyeti nedeniyle karşı karşıya bulunduğu bu tehlike, gerçekleştirilmek istenen inşaat projesinin kapsamı genişledikçe daha da artacaktır. Zira proje büyüdükçe işin kapsamı büyüyecek ve işin yapımına katılması sözkonusu olan müteahhitlerin sayısı da artacaktır. Sayısı artan müteahhitler arasında eşgüdüm ve uyumun temini ise daha da karmaşık ve zor bir hale gelecektir. Bu nedenle iş sahibi, müteahhitler arasında eşgüdüm ve uyumun teminine ilişkin bu mükellefiyeti de mümkün olduğu kadar müteahhit tarafa yüklemenin yollarını arayacaktır.

Yapı işine katılması gereken teknik elemanların çokluğu ve kismî edimler arasındaki işlevsel bağ dikkate alınarak inşaat sözleşmeleri uygulamasında, bu hususta çeşitli yöntemler geliştirilmiştir. İşte bu yöntemlerden bir tanesi de yapı işinin, bir genel müteahhide ihale edilmesi ve bu müteahhidin, her biri kendi

alanında uzman olan başka müteahhitleri işin yapımına dahil etmesi suretiyle yapı eserini meydana getirmesi ve ifa olarak iş sahibine sunması üzerine kurulmuştur. Dikkat edilecek olursa, bu sözleşme modelinde iş sahibi, bir tek şahıs ile muhataptır ve sadece onunla akdî ilişki içerisindedir. Genel müteahhitlik sözleşmesi (Generalunternehmervertrag) olarak adlandırılan bu müteahhitlik tarzında genel müteahhit, bu sözleşmeden kaynaklanan borcunun ifası amacıyla başka müteahhitlerle alt müteahhitlik sözleşmeleri akdedecek ve böylece genel müteahhitlik sözleşmesi, taşeronluk sözleşmesinin ilk uygulama alanını teşkil edecektir.

Taşeronluk sözleşmesinin gündeme gelebilmesi için, taşeronla sözleşme akdeden müteahhidin muhakkak genel müteahhit olması da şart değildir. İş sahibi ile inşaat projesinin sadece bir kısmının meydana getirilmesi amacıyla sözleşme akdetmiş müteahhitler taşeronluk sözleşmesi akdedebilecekleri gibi; hatta taşeron dahi yeni bir (alt) taşeronluk sözleşmesi akdedebilir. Bu hususta önemli olan, taşeronluk sözleşmesi bakımından iş sahibi konumunda olan müteahhidin iş sahibi ile doğrudan akdî ilişki içerisinde bulunup bulunmaması değil, yapı eserinin meydana getirilmesine ilişkin kendi borcunun ifası amacıyla bir başka müteahhidi görevlendirmiş olup olmamasıdır.

Aşağıda inceleneceği üzere taşeronluk sözleşmesinin, bu ilişkiye dahil bulunan her üç hukuk süjesi bakımından beraberinde getirdiği avantajlar yanında bazı sakıncaları da vardır. Sakıncalı yönlerine rağmen, özellikle büyük çaplı inşaat projelerinde bu müteahhitlik sözleşmesi türüne sıklıkla başvurulmaktadır. Bunda büyük çaplı inşaat sözleşmelerinin (adı üzerinde) büyüklük ve kapsamının önemli bir rolü vardır. Bu tür projelerde yapı eserinin meydana getirilmesi sürecinin uzun bir zaman dilimine yayılması ve birbirinden çok farklı özellikler taşıyan yapı işlerinin ya aynı anda ya da birbirini takiben biraraya getirilmesi zorunluluğunun bulunması, bu tür projelerde alt müteahhitlerin görevlendirilmesi zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Zira bir işi üstlenmiş olan müteahhit, birbirinden çok farklı özellikler arzeden bu yapı işlerinin tamamı ile ilgili teknik bilgi ve araç kapasitesine genellikle sahip bulunamamaktadır[1].

II. Taşeronluk sözleşmesinin tarafları

1. Genel olarak

Taşeronluk sözleşmesi, iş sahibi ile üst müteahhit arasında daha önce yapılmış bulunan asıl inşaat sözleşmesinden kaynaklanan borcun ifasına yönelmiştir. Bu durum ise taşeronluk sözleşmesine ayrı bir özellik kazandırmakta ve sözleşmenin her iki tarafının da müteahhitlerden meydana gelmesi neticesini doğurmaktadır. Bu müteahhitlerden birisi daha önce yüklenmiş bulunduğu yapı eseri meydana getirilmesine ilişkin borcunun ifası için başka bir müteahhidi (veya müteahhitleri) görevlendirmekte olan asıl (veya üst) müteahhit (Hauptunternehmer), diğeri ise bu yolla yapı eserinin meydana getirilmesine ilişkin faaliyete dahil edilmekte olan alt müteahhit-taşerondur (Subunternehmer). İş sahibi ise bu sözleşmeye taraf olmamakla birlikte, bu sözleşmenin bir anlamda temelini teşkil eden asıl inşaat (eser) sözleşmesinin tarafı durumunda bulunmakta ve taşeronla yapılmış bulunan sözleşme ister istemez onu da etkilemektedir. Böylece taşeronluk sözleşmesi, bir anlamda üç hukuk sujesinin varlığını gerekli kılan bir hukukî kurum olarak ortaya çıkmaktadır.

---

1 **Kremer,** Sh. 8-9; **Seliçi,** Sh. 32.

2. Asıl (Üst) müteahhit (Hauptunternehmer)

Asıl müteahhit kavramı, bir inşaat sözleşmesi çerçevesinde iş sahibi ile doğrudan akdi ilişki içerisine girerek, bir yapı eserinin tamamının veya bir kısmının meydana getirilmesini borçlanmış bulunan ve bu borcunu, bir kısmını bizzat, diğer bir kısmını da başka müteahhitlere ihale etmek suretiyle ifa eden müteahhidi anlatmak için kullanılmaktadır[2]. Buna göre asıl müteahhitlik sıfatının mevcudiyeti için önemli olan iki husus mevcuttur: Bunlardan birincisi, bir müteahhidin iş bahibine karşı borçlanmış bulunduğu yapı eserinin meydana getirilmesi faaliyetine başka müteahhitleri de dahil etmesi; ikincisi ise alt müteahhit veya müteahhitlerle yapmış bulunduğu sözleşme veya sözleşmeleri kendi nam ve hesabına akdetmesidir[3]. Bunun dışında kendi nam ve hesabına başka müteahhitleri ifa sürecine dahil etmiş bulunan müteahhidin, iş sahibi ile olan akdî ilişkisinin hangi müteahhitlik tarzı çerçevesinde gerçekleştiğinin ise bir önemi yoktur. Bu müteahhitlik yalnız müteahhitlik (Alleinunternehmer) tarzında olabileceği gibi, konsorsiyum da olabilir. Böylece asıl müteahhit her iki sözleşmeye de taraftır; fakat her iki sözleşme çerçevesinde sahip olduğu hak ve yükümlülükler birbirinden farklıdır[4]. O, asıl inşaat sözleşmesi bakımından müteahhit konumunda olup, iş sahibi karşısında müteahhidin sahip olduğu hak ve mükellefiyetlere sahip iken; taşeronluk sözleşmesi bakımından iş sahibi konumundadır ve taşeron (alt müteahhit) karşısında iş sahibinin sahip olduğu hak ve mükellefiyetlere sahiptir.

Yalnız ifade etmek gerekir ki bu müteahhit, iş sahibine karşı yapı eserinin meydana getirilmesi bakımından yüklenmiş bulunduğu işin kapsam ve miktarına göre de İsviçre ve Alman hukuk literatürlerinde farklı isimlerle anılmaktadır. Mesela bu müteahhit, iş sahibi ile yaptığı sözleşme çerçevesinde, birbirlerinden tamamen bağımsız olarak yerine getirilmek zorunda olsalar dahi, *bir yapı projesine ait işlerin tamamını üstlenmiş* ve bu işlerin bir kısmını şahsen ifa ederken diğer kısımlarını da kendi gözetim ve denetimi altında başka müteahhitlere imal ettirmeyi borçlanmış ise genel müteahhit (Generalunternehmer) olarak adlandırılmaktadır[5]. Asıl müteahhit konumunda olabilen diğer müteahhitlik nitelendirmeleri de genel müteahhitlik kavramından hareketle tanımlanmakta ve bunlardan birincisinin almış bulunduğu iş miktarı kapsam itibariyle genel müteahhide nazaran daha fazla, diğerininki ise daha az bulunmaktadır. İlk müteahhitlik tarzında, genel müteahhitten farklı olarak projenin tamamının yürütülmesinin yanında, plan ve proje işlerinin de aynı müteahhit tarafından üstlenilmesi sözkonusu iken; ikincisinde ise genel müteahhitlikte olanın aksine müteahhidin projenin tamamının yerine getirilmesi ile değil, sadece bir kısmının yerine getirilmesi ile görevlendirilmiş olması sözkonusudur. Bu müteahhitlerden birincisine topyekün müteahhit anlamında

---

2 **Nicklisch/Weick,** VOB Einl. N. 62; **Pedrazzini,** SPR VII/1, Sh. 507; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 121 VOB/A; **Aral,** Sh. 339.

3 **Gauch,** Werkvertrag, N. 138; **Bühler,** Zürcher Kommentar, Art. 364 N. 50; **Saxer,** Sh. 2, 6; **Eren,** Müteahhidin borçları, Sh. 65; **Aral,** Sh. 339.

4 **Gauch,** Werkvertrag, N. 138; **Saxer,** Sh. 6.

5 **Locher,** Baurecht, N. 389; **Kapellmann,** Bauen, N. 16; **Kapellmann/Schiffers,** Bd. II, N. 412. Genel müteahhidin iş sahibi ile yapmış bulunduğu sözleşme de genel müteahhitlik sözleşmesi (Generalunternehmervertrag) olarak adlandırılmakta ve bu sözleşmenin en tipik ediminin, genel müteahhidin yapı eserinin meydana getirilmesinde koordinatör fonksiyonunu üstlenmesi olduğu ifade edilmektedir (**Mosimann,** Sh. 20).

Totalunternehmer[6], ikincisine ise asıl müteahhit anlamında *Hauptunternehmer*[7] adları verilmektedir.

Alt müteahhit, sadece asıl müteahhitle akdi ilişki içerisinde bulunması nedeniyle akdi ilişki içerisinde bulunduğu müteahhidin iş sahibine karşı projenin tamamını mı yoksa bir kısmını mı üstlenmiş olduğu ile ilgilenmeyecek; o, sadece hukuki ilişki içerisinde bulunduğu müteahhidin işin ne kadarını kendisine ihale etmiş olduğu ile ilgilenecektir. Bu bakımdan asıl müteahhit, alt müteahhit bakımından daima *„asıl müteahhit"* olarak kalacak ve iş sahibi ile olan ilişkisinde onun hangi sıfatla anıldığı alt müteahhidi ilgilendirmeyecektir[8]. Ayrıca ifade etmek gerekirse, asıl müteahhidin alt müteahhidi işin yapılması sürecine dahil etmiş olması nedeniyle, özellikle iş sahibi ile aralarında meydana gelecek hukuki ilişki bakımından da her üç müteahhitlik tarzı arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır[9].

Bu özellikler dikkate alındığında asıl müteahhitlik kavramının, yapı danışmanı anlamında „Baubetreuer" kavramından[10] da farklı olduğu ve yapı danışmanının da asıl müteahhit sıfatını taşımasının mümkün bulunmadığı kendiliğinden anlaşılacaktır. Zira o, işin yapımına diğer müteahhitleri dahil ederken kendi nam ve hesabına değil, iş sahibi nam ve hesabına hareket etmektedir.

O halde kısaca ifade etmek gerekirse, asıl müteahhitlik sıfatının mevcudiyeti için önemli olan husus, bir yapı eserini meydana getirmekle yükümlü olan müteahhidin kendi nam ve hesabına başka müteahhitleri de kendi sorumlulukları altında bu projenin bir kısmını gerçekleştirmekle görevlendirmesidir. Bunun dışında, bu anlamda asıl müteahhitlik sıfatı bir tek gerçek veya tüzel kişiye ait olabileceği gibi, tüzel kişiliği bulunmayan bir adi şirket birliğine de ait olabilir. Aynı şekilde alt müteahhitlik sıfatı da bir tek gerçek veya tüzel kişi bakımından sözkonusu

---

6 **Mosimann,** Sh. 19, 20; **Gauch,** Werkvertrag, N. 233; **Nicklisch/Weick,** Einl. N. 63 (Bu yazarlar *„Projektunternehmer"* tabirini de kullanmaktadırlar); **Müller,** ARGE, Sh. 12; **Locher,** Baurecht, N. 389; **Scherrer,** N. 55; **Kapellmann,** Bauen, N. 16; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 134 VOB/A.

7 **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 121 VOB/A; **Nicklisch/Weick,** Einl. N. 62; **Locher,** Baurecht, N. 389; **Kapellmann,** Bauen, N. 16; **Kapellmann/Schiffers,** Bd. II, N. 415.

8 Durum böyle olmasına rağmen, taşeronluk sözleşmesinin incelendiği hemen bütün eserlerde, taşeronu yapı eserinin meydana getirilmesine dahil eden müteahhit daima genel müteahhit olarak anılmaktadır (**Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 121 vd. VOB/A; **Locher,** Baurecht, N. 389 vd.; **Nicklisch/Weick,** Einl. N. 65-67; **Schwarz,** eserin bütününde durum bu şekildedir, örnek kabilinden olmak üzere Sh. 7, 13, 37 vd.) Bu da herhalde yapı işlerinin hemen daima genel müteahhidin fonksiyonlarını üstelenen müteahhitlere yaptırılmasından kaynaklanmaktadır. Özellikle büyük çaplı uluslararası yapı işlerinde eğilim bu yöndedir. Hatta bu tür işlerde genel müteahhit konumundaki müteahhit, genel müteahhitliğin karakteristik fonksiyonlarının yanında, gayrımenkul temini ve finansman kaynağı bulunması gibi ilave hizmetler de sunmaktadır (**Mosimann,** Sh. 20-21).

9 **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 121 VOB/A.

10 Alman hukuk literatüründe yapılan sınıflandırmaya göre yapı danışmanlığı iki farklı şekilde gündeme gelmektedir. Bunlardan birincisinde danışman iş sahibi nam ve hesabına hareket eder ve danışmanlık görevini bu şekilde icra ederken (ki bu danışman ya dar anlamda yapı danışmanı -Baubetreuer i. e. S.- veya sadece yapı danışmanı olarak anılmaktadır); ikincisinde ise danışmanlık görevinin yapılması esnasında işlerin, danışman adına ve fakat iş sahibi hesabına yapılması sözkonusudur (bu danışman da ya geniş anlamda yapı danışmanı - Baubetreuer i. w. S.- ya da yapı taşıyıcısı anlamında Bauträger). Her iki danışmanlık şekli arasındaki bir başka fark ise ilkinde yapı eserinin iş sahibine ait bir gayrimenkul üzerine yapılması sözkonusu iken; ikincisinde yapı eserinin danışmana ait bir gayrımenkul üzerine yapılıyor olmasıdır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Locher,** Baurecht, N. 396 vd.; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 173 ve özellikle 179 vd. VOB/A.

olabileceği gibi, adi şirket tarzında biraraya gelmiş bir birlik (Konsorsiyum) bakımından da sözkonusu olabilir. Müteahhit tarafından yerine getirilmek zorunda olan edimin çeşit ve kapsamı, bu genel veya alt müteahhidin hangi işletme tarzına sahip olduğu ile çok ilgili değildir. Aksine bir işin belirli bir genel veya alt müteahhide ihale edilmesinde asıl önemli olan husus, bu müteahhidin yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili süreç içerisinde hangi zaman diliminde hangi edimleri yerine getireceği hususudur[11].

Bu konudaki açıklamalara son vermeden önce asıl müteahhit sıfatını taşıyabilecek bir başka müteahhitlik tarzının daha bulunduğunu ifade etmek gerekir ki o da yapılan sınıflandırmaya göre, kelime anlamı itibariyle *genel üstlenici;* yapmış bulunduğu iş itibariyle *genel koordinatör müteahhit* olarak dilimize çevrilebilecek olan *Generalübernehmer*'dir[12]. Bu müteahhit de genel müteahhidin durumunda olduğu gibi, iş sahibine karşı yapı eserine ait projedeki işlerin tamamını üstlenmiştir[13]. Bu müteahhidin asıl müteahhit sıfatını taşıyabilecek diğer müteahhitlerden farkı ise iş sahibine karşı üstlenmiş olduğu borcun tamamını başka müteahhitleri görevlendirmek suretiyle ifa etmesidir[14]. Bu sıfatla anılan müteahhidin kendi işletmesinde herhangi bir şekilde yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili -plan ve proje işleri dahil- herhangi bir faaliyette bulunması sözkonusu değildir. O, borcunun ifasını başka müteahhitlere ihale etmiş olup görevi, bu alt müteahhitler arasındaki eşgüdüm ve uyumu sağlamak ve böylece iş sahibine karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu netice borcunun ifasını usulüne uygun bir şekilde temin etmektir. Bu müteahhit de alt müteahhitleri görevlendirirken kendi nam ve hesabına hareket etmesi ve kendi şahsî borcunun ifası için onları görevlendirmesi dolayısıyla, kendisine benzer bir şekilde yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili işlerin koordinasyonu görevini üstlenmiş bulunan yapı danışmanından (Baubetreur) ayrılmaktadır.

Nihayet bir alt müteahhit de, asıl müteahhide karşı borçlanmış bulunduğu kısmi yapı edimine ilişkin borcunun ifası için bir başka müteahhidi görevlendirmiş olabilir[15]. Böyle bir ihtimalde ise asıl müeahhide karşı alt müteahhit sıfatını

---

11 **Mosimann,** Sh. 21.

12 **Gautschi,** genel müteahhitlik sıfatının mevcudiyeti için, müteahhidin iş sahibine karşı yerine getirmekle yüklenmiş bulunduğu işlerden en azından belirli bir kısmının bizzat bu müteahhit tarafından yerine getirilmesini gerekli gördüğü için (Berner Kommentar, Art. 363, N. 15e); yüklenmiş olduğu işlerin tamamını başkalarına ihale etmekte olan bu müteahhidi *„müteahhit"* olarak kabul etmemekte ve onu iş sahibinin *inançlı temsilcisi* olarak nitelendirmektedir (Berner Kommentar, Art. 363, N. 15e). Fakat bu düşünce tarzı bize pek isabetli gözükmemektedir. Zira bu müteahhit de bizzat kendisinin yapı eserinin meydana getirilmesine katılmış olup olmamasından bağımsız olarak, iş sahibine karşı bu yapı eserinin bir eser olarak meydana getirilmesi ile ilgili netice sorumluluğunu taşımaktadır. Burada iş sahibi bakımından önem arzeden husus, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, yapı eserinin en azından bir kısmının müteahhit tarafından yerine getirilmesi değil; aksine bu müteahhidin yapı eserinin meydana getirilmesi neticesinden sorumlu olup olmaması olsa gerektir. Bu nedenledir ki, bu müteahhit de yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili olarak görevlendirmiş bulunduğu taşeronlar arasındaki eşgüdüm ve uyumu sağlama borcunu kendi adına ve hesabına yerine getirmektedir.

13 Bu tür müteahhitlikte kural olarak, yapı eserine ait plan ve proje işleri de bu müteahhide verilmekte (**Nicklisch/Weick,** Einl. N. 69) ve dolayısıyla onun durumu, iş sahibine karşı üstlenmiş bulunduğu işlerin miktar ve kapsamı itibarıyle daha çok topyekün müteahhide (Totalunternehmer) benzemektedir.

14 **Hautkappe,** Sh. 46; **Nicklisch/Weick,** Einl. N. 69; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 129 vd. VOB/A; **Locher,** Baurecht, N. 390.

15 **Schwarz,** Sh. 25.

taşımakta olan bu müteahhit de kendi görevlendirdiği alt-alt müteahhide karşı asıl müteahhit sıfatını taşıyacaktır.

Bütün bu açıklamalar gözönünde bulundurulduğunda asıl müteahhit şu şekilde tanımlanabilir: *„Bir yapı eseri sözleşmesi çerçevesinde iş sahibi ile doğrudan akdi ilişki içerisine girerek, bu yapı eserine ait projenin tamamının veya bir kısmının meydana getirilmesini borçlanmış bulunan ve bu borcunun tamamının veya bir kısmının kendi gözetim ve denetimi altında ifası amacıyla başka müteahhitleri kendi nam ve hesabına yaptığı sözleşmelerle görevlendirmekte olan müteahhit asıl müteahhittir."*

3. Taşeron (alt müteahhit)[16]

Yukarıda yapılmış bulunan asıl müteahhit tanımı dikkate alındığında taşeronun da *„kendi sorumluluğu altında yapı eserinin bir kısmının veya tamamının meydana getirilmesi amacıyla yapılan bir sözleşme gereği asıl müteahhit tarafından görevlendirilmiş bulunan müteahhit"* olduğu kendiliğinden anlaşılacaktır.

Taşeron genellikle belirli bir konuda uzmanlaşmış bir müteahhittir. O, yapacağı iş için doğrudan iş sahibi ile akdî ilişki içerisine girmez; fakat daha önce iş sahibi ile sözleşme imzalamış bulunan bir başka müteahhitle akdî ilişki içerisinde bulunur[17].

Bu çerçevede taşeronu, asıl müteahhidin yapı eserinin meydana getirilmesi borcunun ifası ile ilgili olarak, işin yerine getirilmesi sürecine dahil etmiş olduğu diğer şahıslardan da ayırmak gerekir[18]: Herşeyden evvel taşeron, asıl müteahhidin işçisi değildir. Asıl müteahhidin borcunu ifa etmek amacıyla çalıştırmakta olduğu işçilerinin, gerek bir netice sorumluluğu yerine sadece mesailerini asıl müteahhide tahsis etmeyi borçlanmış olmaları ve gerekse mesai esnasında asıl müteahhidin sıkı bir şekilde gözetim ve denetimine tabi olmaları nedeniyle taşeron olarak nitelenmeleri sözkonusu olmayacaktır[19]. Hatta taşeron, kural olarak asıl müteahhitten müstakil bir şekilde hareket ettiği ve borcun ifası bakımından onun yerine kaim olduğu için doktrinde *„ikame edilen şahıs"* olarak da adlandırılmaktadır[20].

---

16 Çalışmanın bütününde bu iki kavramdan birisi diğerine tercih edilmemiş ve her ikisi de kullanılmıştır. Bunun iki sebebi mevcuttur. Öncelikle gerek uygulamada ve gerekse doktrinde her iki kavram da diğerinin yerine kullanılmakta ve aralarında herhangi bir anlam farklılığı bulunmamaktadır. İkincisi ise estetik bir sebeptir: Israrla bu iki kavramdan birisini kullanma çabası, sözkonusu kavramın kaçınılmaz bir şekilde aynı cümle içerisinde tekrarlanması zaruretini beraberinde getirebilmektedir. Bunun ise okuyucuyu sıkacağı ve fikir silsilesinin takibini zorlaştıracağı düşünülmüştür. Aynı gerekçeler, *„alt eser sözleşmesi"* ve *„taşeronluk sözleşmesi"* terimleri bakımından da geçerlidir. Ayrıca çalışmanın bütününde, taşeronluk sözleşmesinin bir *„alt sözleşme"* olduğu gerçeğini vurgulamak gerektiğinde *„alt müteahhitlik sözleşmesi"* terimi tercih edilmiş; yine bu sözleşmenin aynı zamanda bir *„eser (istisna) sözleşmesi"* olduğunu vurgulamak gerektiğinde ise *„alt eser sözleşmesi"* teriminin kullanılmasına özen gösterilmiştir. Yine iş sahibi ile asıl müteahhit arasındaki akdî ilişkiyi anlatmak için de benzer şekilde hareket edilmiş ve bu akdî ilişki ile ilgili olarak bazen sadece *„asıl sözleşme"*, bazen ise *„asıl eser veya inşaat sözleşmesi"* terimleri tercih edilmiştir.

17 **Heiermann/Riedl/Rusam,** § 8 N. 8 Einf. zu VOB/A.

18 Bir yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili olarak faaliyet göstermekte olan şahıslardan hangilerinin alt müteahhit sıfatını taşıdığının belirlenmesi, MK 807/b.3 anlamında yapı alacaklısı ipoteği hakkına sahip olan şahısların kimlerden ibaret olduğunun belirlenmesi bakımından da ayrıca önem taşımaktadır. Bu hususta özel olarak bkz. §7. V. 2.

19 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art 364 N. 11b.

20 **von Tuhr/Escher,** § 70 II, Sh. 124; **Seliçi,** Sh. 124; **Tandoğan,** Mes'uliyet, Sh. 446; **Uygur,** C. I, Sh. 352-353.

Aynı şekilde, asıl müteahhidin yapı eserinin meydana getirilmesi için ihtiyaç duyduğu malzemeleri temin etmek üzere akdî ilişki içerisine girdiği malzeme temin eden şahısların (Lieferant) da taşeron olarak nitelenmeleri sözkonusu değildir. Zira bu şahıs veya şahıslar taşeron gibi yapı eserine iş gücü ile katkıda bulunmayıp; sadece asıl müteahhidin ihtiyaç duyduğu yapı malzemelerini[21] ona temin etmektedirler[22]. Yine bu şahıs veya şahıslarla asıl müteahhit arasındaki sözleşme genellikle gerekli malzemenin teslimine yönelik bir satım sözleşmesi olarak kurulurken; taşeron ile asıl müteahhit arasındaki sözleşme bir eser sözleşmesi olarak kurulmaktadır[23]. Tam aksine, bu şahısla yapılan sözleşme satım değil eser sözleşmesi olarak kurulmuş; yani malzeme temin edecek şahıs bu malzemeyi üretmeyi borçlanmış olsa dahi, yine de bu şahıs taşeron olamayacaktır. Zira bu şahıs, asıl müteahhidin iş sahibine karşı borçlanmış bulunduğu yapı eserinin meydana getirilmesi işinin bir bölümüne ait bir işi yapmayı değil; bu tür bir işi yapabilmek için asıl müteahhidin ihtiyaç duyduğu bir malzemenin temini ile ilgili bir işi yapmayı borçlanmıştır[24]. Bu nedenle de taşeron asıl müteahhidin ifa yardımcısı sayılırken, asıl müteahhide malzeme temin eden şahıs hiç bir şekilde onun ifa yardımcısı olarak kabul edilemeyecektir[25]. Aynı şekilde bu iki şahıs arasındaki bir başka fark ise asıl müteahhit taşeronu, yapı eserinin meydana getirilmesi faaliyetine dahil edebilmek için BK 356/II gereği kural olarak iş sahibinin muvafakatine muhtaç iken, kendisine malzeme temin edecek şahıs bakımından böyle bir muvafakate ihtiyacı bulunmamaktadır[26].

Nihayet son olarak belirtmek gerekir ki, asıl müteahhidin şubeleri bulunan bir şirket olduğu durumlarda, asıl müteahhidin yapı eserinin tamamı veya bir kısmının meydana getirilmesi ile görevlendirmiş bulunduğu kendi şube veya şubeleri de taşeron olarak kabul edilmemektedir[27].

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde taşeron şu şekilde tanımlanabilecektir: *„Asıl müteahhitle yapmış bulunduğu sözleşme gereğince, asıl müteahhidin iş sahibine karşı meydana getirmek üzere borçlanmış bulunduğu yapı eserinin bir kısmını veya tamamını kendi sorumluluğu altında meydana getirmeyi asıl müteahhide karşı borçlanmış bulunan müteahhit, alt müteahhit-taşerondur."*

4. İş sahibinin durumu

Daha sonra da açıklanacağı üzere taşeronluk sözleşmesi, bir alt sözleşme olmasından kaynaklanan niteliği gereği üç ayrı hukuk süjesinin mevcudiyetini gerekli kılar. Bunlar asıl müteahhit, taşeron (alt müteahhit) ve iş sahibidir. Asıl

---

21 Asıl müteahhit, iş sahibi ile yapmış bulunduğu sözleşmede bu malzemeleri de şahsen üretmeyi borçlanmış ise bu iş için dahi başka şahıslara müracaat edemeyecektir (**Gauch,** Werkvertrag, N. 140).

22 **Gauch,** Werkvertrag, N. 140.

23 **Gauch,** Werkvertrag, N. 140.

24 **Gauch,** Werkvertrag, N. 140.

25 **von Tuhr/Escher,** Sh. 126; karş. **BGH,** NJW 1978, Sh. 1157 vd.; **MüKo/Soergel,** §631 N. 109; Aksi fikirde **Spiro,** Sh. 189 vd. Bu yazara göre, hem müteahhit için yapı malzemesi temin eden şahıslar ve hem de ona iş malzemesi temin eden şahıslar müteahhidin ifa yardımcısı olarak kabul edilmek gerekir.

26 **Gauch,** Werkvertrag, N. 620.

27 **Gauch,** Werkvertrag, N. 620. Kardeş firmalar bakımından durum farklıdır (Bu hususta bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 620).

inceleme konumuz olan ilişki asıl müteahhit ile taşeron arasındaki akdî ilişki olmakla birlikte; bu akdî ilişkinin asıl müteahhitle iş sahibi arasındaki akdî ilişkiden soyutlanması, taşeronluk sözleşmesinin en azından bu ilişkiden doğan borcun ifası münhasır amacına yönelmiş bulunması nedeniyle mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle her ne kadar taşeronluk sözleşmesine taraf olmasa da iş sahibinin taşeronluk sözleşmesiyle ilgili konumunun da incelenmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkacaktır.

İş sahibinin muhatabı asıl müteahhittir. O, sadece asıl müteahhitle sözleşme akdetmiş olup; taşeronluk sözleşmesi ile doğrudan veya dolaylı olarak hiç bir hukukî ilişkisi bulunmamakta ve dolayısıyla bu sözleşmenin tarafı konumuna hiç bir zaman gelmemektedir. O, asıl sözleşmenin tarafı olup; muhatabı asıl müteahhittir. Bu husus, asıl müteahhidin taşeronluk sözleşmesi ile ilgili hukukî durumunun değerlendirileceği aşağıdaki kısmın[28] incelenmesinden sonra daha açık bir şekilde ortaya çıkacaktır.

Hukukî durum bu yönde olmasına rağmen, taşeronluk sözleşmesine taraf olmayan iş sahibi, bazı durumlarda taşeronun edimini doğrudan kabul eden şahıs (Leistungsempfänger) veya taşeron karşısında edim alacaklısı (Leistungsgläubiger) konumunda olabilir[29]: Mesela taşeron, edimini iş sahibine ait bir arsa üzerinde meydana getirmek durumunda ise veya yine taşeron edimini doğrudan iş sahibine ifa etmekle yükümlü ise[30] böyle bir durumla karşılaşılacaktır. Aynı şekilde taşeronluk sözleşmesinin iş sahibi lehine tam üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak akdedilmiş olması (BK m. 111/II) ihtimalinde[31] de iş sahibi edim alacaklısı konumunda olacaktır.

III. Asıl (Üst) müteahhidin hukukî durumunun açıklanmasında yararlanılabilecek hukukî kurumlar

1. Genel olarak

Asıl müteahhit, taşeronu kendi borcunun ifası sürecine dahil ederken aslında iş sahibi olmadığı halde iş sahibi gibi hareket etmekte[32] ve birbirleri ile doğrudan akdî ilişki içerisinde bulunmayan iş sahibi ile taşeron arasında fiili bir bağlantı noktası teşkil etmektedir. Ayrıca asıl müteahhit, taşeronu yapı eserinin meydana getirilmesi işine dahil ederken, neticede iş sahibine ait bir işi taşerona ihale etmiş olur. İnceleme konusu sözleşmenin doğru bir temele oturtulup, karakteristik özelliklerinin ortaya çıkartılabilmesi için öncelikle asıl müteahhidin bu konumunun açıklığa kavuşturulması bizim açımızdan gereklidir. Bu çerçevede öncelikle, Borçlar Kanununda yer verilmiş olup; asıl müteahhidin bu konumunu hukuken izah etmekte istifade edilmesi düşünülebilecek olan hukukî kurumların bu açıdan incelenmesi, taşeronluk sözleşmesinin özelliklerinin tesbiti bakımından yararlı olacaktır.

---

28 Bkz. §1, III.

29 **Gauch,** Werkvertrag, N. 165 vd.; **Saxer,** Sh. 8-9.

30 Taşeronluk sözleşmesinin eksik üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak akdedilmiş olması ihtimalinde böyle bir durum sözkonusu olacaktır.

31 Bkz. ileride §7, III. 2.

32 **Gauch,** Werkvertrag, N. 138; **Staudinger/Peters,** §631 N. 39-40; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 116 VOB/A.

Bu amaçla doğrudan ve dolaylı temsil, sözleşmenin devri ve alt sözleşme kurumları kısa bir incelemeye tabi tutulacaktır:

Bu incelemeye geçmeden önce ifade etmek gerekir ki asıl müteahhit, yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili olarak taşeron veya taşeronlarla sözleşme akdederken kendi nam ve hesabına hareket eder[33]; yoksa bir başkasının (*iş sahibinin*) nam ve hesabına değil. Bunu yaparken asıl müteahhit, bir taraftan bu sözleşmeden kaynaklanan bütün hak ve yetkilerin tek sahibi olduğu bilinciyle, işlerin sevk ve idaresine ait bütün yetkileri tek başına kullanmayı ister; diğer taraftan da taşeron tarafından yapılan işin bedeli ile aynı iş için iş sahibi tarafından kendisine ödenecek olan bedel arasındaki farkı ilave bir kazanç olarak elde etmeyi ister[34]. Bu durum ise taşeronluk sözleşmesinden doğan hak ve borçların bütünüyle asıl müteahhide ait olması neticesini doğuracaktır.

2. Doğrudan temsil

Böyle bir durumun *doğrudan temsil* ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığı açıktır: Zira her şeyden önce doğrudan temsil yoluyla akdedilmiş bulunan bir sözleşmeden doğan hak ve borçların temsilciye ait olması hiç bir şekilde sözkonusu olmaz. Doğrudan temsil yoluyla yapılmış bir hukukî işlemden kaynaklanan bütün hak ve borçlar doğdukları andan itibaren temsil olunan şahsa aittir. Yine doğrudan temsil bakımından birbirinden farklı iki fiatın bulunması da sözkonusu edilemez. Zira zaten tek sözleşme mevcuttur ve orada da sözleşme gereği ödenmesi gerekli ücret belirli ve tektir. Bunlara ilave olarak, doğrudan temsil ilişkisinde temsil ilişkisinin aleniyyete intikal ettirilmesi zorunluluğu, taşeronluk sözleşmesinin bünyesi ile de uyuşmayabilecektir. Zira bazı durumlarda asıl müteahhit, taşeronluk sözleşmesinin bir başka sözleşmeden kaynaklanan borcun ifasına yönelik olarak akdedilmekte olduğunu ne (*temsil ilişkisinde nam ve hesabına hareket edilen şahıs konumundaki*) iş sahibine ve ne de taşeronluk sözleşmesinin tarafı olan taşerona açıklamayı istememektedir. Böyle bir ihtimalde ancak, taşeron ve iş sahibi bakımından karşı âkidinin kimliği önem taşımadığı takdirde doğrudan temsil hükümlerini doğurabilir (BK m. 32/I). Bu çerçevede taşeron bakımından önemli olan para alacağının ödenmesi olduğundan, bu alacağını ödeme kabiliyetine sahip olduktan sonra, akdî ilişkiye girmiş bulunduğu şahsın kim olduğu onun için önem taşımayacaktır. Fakat nam ve hesabına iş yapılan kişi konumundaki iş sahibi bakımından, inşaat sözleşmesinden doğan haklarını kullanabileceği şahsın kim olduğunu bilmek haklı olarak önem taşıyacaktır.

3. Dolaylı temsil

Doğrudan temsil ile ilgili olarak yapılan açıklamalar *dolaylı temsil* ile ilgili olarak da geçerlidir. Buradaki fark, sözleşmenin önce temsilci adına yapılması, böylece temsilcinin üçüncü kişilere karşı sözleşmenin tarafı olarak gözükmesi; fakat temsilcinin bu hukukî işlemi başkası hesabına yapmış olmasıdır[35].

Bu açıklamanın da ortaya koyduğu gibi dolaylı temsil de asıl müteahhidin hukukî durumunu açıklamak bakımından yeterli olmayacaktır. Zira dolaylı temsilci, kendi

---

33 **Gauch,** Werkvertrag, N. 138; **Bühler,** Zürcher Kommentar, Art. 364 N. 50; **Saxer,** Sh. 2, 6; **Eren,** Müteahhidin borçları, Sh. 65; **Aral,** Sh. 339; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 88.

34 Karş. **Chaix,** Sh. 26.

35 **Yavuz,** Dolaylı Temsil, Sh. 22.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

adına fakat temsil olunan hesabına hareket etmek zorundadır[36]. Dolaylı temsilci, yaptığı sözleşmeden kaynaklanan bütün hak ve borçların temsil ettiği şahsın malvarlığına dahil olması amaç ve niyetiyle hareket eden bir şahıs konumundadır[37]. Bu nedenle o, sözleşmeyi kendi adına akdederken böylece doğacak hak ve borçların nihaî olarak sahibi olmayı hiç bir zaman istemeyecektir. Dolaylı temsilcinin aksine asıl müteahhidin taşeronluk sözleşmesinden doğan hak ve borçları iş sahibine nakletmeyi istemesi bir tarafa; taşeronluk sözleşmesinin hükümlerinin (özellikle sözleşme bedelinin) dahi iş sahibi tarafından bilinmesini istemeyecektir[38]. Asıl müteahhit, iş sahibi ile girmiş bulunduğu akdî ilişkiden kaynaklanan netice sorumluluğunu gereğince yerine getirebilmek için hem taşeronluk sözleşmesi ile ilgili olarak tek yetkili şahıs konumunda olmayı isteyecek ve hem de bu sözleşmenin içerik olarak (en azından kapsam itibariyle) asıl sözleşmeden farklı olmasını arzu edecektir[39]. Oysa dolaylı temsil yoluyla akdedilmiş bir eser sözleşmesi ile bu amacın gerçekleştirilmesi mümkün değildir; zira bu ihtimalde sadece bir eser sözleşmesi mevcut olup; bu sözleşmeden doğan hak ve borçların iş sahibine devri gündeme gelecektir. Yine dolaylı temsil yoluyla gerçekleştirilmiş bir eser sözleşmesinde iş sahibi, temsilciye olan borçlarını ifa edince, temsilcinin onun hesabına iktisap etmiş olduğu alacak haklarını kanun gereği iktisap edecektir (BK m. 393). Bu durum da asıl müteahhidin hukukî konumu ile uyuşmaz; zira iş sahibinin asıl müteahhide olan ücret borcunu ifa etmesi sadece kendi borcunun sona ermesine yol açar. Asıl müteahhidin iş sahibi hesabına iktisap etmiş olduğu herhangi bir hak sözkonusu değildir ki, onun intikali sözkonusu olabilsin.

4. Sözleşmenin devri

Sözleşme devri'nin sözkonusu olduğu durumlarda, sözleşmenin taraflarından birisinin, bu sözleşme çerçevesinde sahip olduğu taraf sıfatının, bu sıfatla birlikte mevcut olan bütün hak ve borçlarla birlikte üçüncü bir şahsa devredilmesi gündeme gelmekte[40]; böylece taraf sıfatını devreden şahsın bu akdî ilişki ile herhangi bir ilişkisi kalmamakta ve onun yerine bu üçüncü şahıs geçmiş olmaktadır. Sözleşme devrinin sözkonusu olabilmesi için, bu sözleşmeden doğan alacak ve borçların devri usulüne ayrı ayrı riayet edilmesi gereklidir[41]. Böyle bir durumda üçüncü şahıs, sadece sözleşmeden kaynaklanan hak ve borçların sahibi olmakla kalmayıp, aynı zamanda taraf sıfatına bağlı olan diğer hakların[42] da sahibi

---

36 **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 88.

37 **Yavuz,** Dolaylı Temsil, Sh. 34 vd.

38 **Chaix,** Sh. 34.

39 **Chaix,** Sh. 34.

40 **Guhl/Merz/Koller,** Sh. 247; **Dörner,** Sh. 187; **Hatemi,** özel bölüm, Sh. 127; **Hatemi/Serozan/Arpacı,** Sh. 419.

41 **Von Tuhr/Escher,** § 80 III 4, Sh. 278; **Becker,** Berner Kommentar, Art. 164-174 N. 5; Gauch/Schluep, **Oğuzman/Öz,** Sh. 891; **Hatemi/Serozan/Arpacı,** Sh. 317; **Tunçomağ,** Genel Hükümler, Sh. 1075.

Bir başka düşünce tarzına göre ise sözleşmede taraf sıfatının devri, alacağın temliki ve borcun nakli işlemlerinin bir bileşkesi olmayıp, „sözleşmenin yüklenilmesi" (Vertragsübernahme) denilen, kanunda düzenlenmemiş ayrı ve bağımsız bir işlemdir: **Bucher,** Allgemeiner Teil, Sh. 592; **Fikentscher,** N. 618; **Larenz,** Schuldrecht I, Sh. 559; **Eren,** Borçlar Hukuku C. II, Sh. 1243.

42 Mesela eser sözleşmesinde BK m. 369 çerçevesinde sözleşmeden dönme, taraf sıfatına bağlı yenilik doğuran bir haktır. İş sahibinin eser sözleşmesindeki taraf sıfatını bir üçüncü şahsa

konumuna gelmektedir. Bu şekilde yapılması sözkonusu olan sözleşme devri, hem bu işleme katılacak olan şahısların ve hem de karşı âkidin rızasını şart kılar[43]. Akit serbestisi ilkesinin bir gereği olarak, sözleşmenin taraflarından birisinin bir üçüncü şahsın kendi yerine geçmesi ve akdî ilişkinin bu üçüncü şahısla devam ettirilmesi hususunda karşı tarafa bir dayatmada bulunması ise düşünülemez.

Yapılan bu izahat çerçevesinde, sözleşme devrinin de taşeronluk sözleşmesi akdeden asıl müteahhidin hukukî durumuna uymadığı kendiliğinden anlaşılacaktır[44]. Zira taşeronluk sözleşmesinin akdedilmesiyle asıl müteahhidin bu akdî ilişkiden çekilme amaç ve isteğini taşıması bir tarafa; iş sahibinin de asıl müteahhitle olan akdî ilişkisini sona erdirip, onun yerine taşeronun geçmesini arzu etmesi pek muhtemel gözükmemektedir[45]. Genellikle iş sahibi sadece asıl müteahhidi tanır ve yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili sorumlu şahıs olarak onu karşısında görmek ister. Yine sözleşme devrinin sözkonusu olduğu durumlarda, hukukî işlem tek sözleşme ile ilgili olarak yapılır ve bu sözleşme sözkonusu işlemin yapılmasından önceki içerik ve kapsamıyla mevcudiyetini korur. Oysa taşeronluk sözleşmesinin asıl sözleşme ile aynı sözleşme olması bir tarafa, içerik ve kapsam olarak da asıl sözleşme ile aynı olması durumun niteliği gereği mümkün değildir[46]. Asıl sözleşme ile taşeronluk sözleşmesinin ayniyeti değil, her iki sözleşmeye konu teşkil eden edimlerin ve bu sözleşmelerin taraflara yükledikleri hak ve borçların birbirleri ile benzeşmesi sözkonusudur.

5. Alt sözleşme

a. Genel olarak

Alt sözleşme, buraya kadar incelenmiş bulunan diğer hukukî kurumlardan bir çok özelliği ile ayrılır. Alt sözleşmeyi diğer hukukî müesseselerden ayıran en karakteristik özellik, iki ayrı sözleşmenin aynı anda mevcudiyetini devam ettirmesine imkân sağlamasıdır. Böylece alt sözleşmenin sözkonusu olduğu durumlarda, iki ayrı sözleşme birlikte ve hukuken birbirinden bağımsız bir şekilde mevcudiyetlerini muhafaza etmekte[47] ve asıl müteahhit her iki sözleşme bakımından da ayrı ayrı taraf sıfatını haiz bulunmaktadır. Halbuki diğer hukukî kurumlar, bir tek akdî ilişki bünyesinde cereyan etmekte ve bu akdî ilişkiden kaynaklanan hak ve borçların kısmen veya tamamen başkalarına geçirilmesine yönelmiş bulunmaktadırlar.

---

devretmesi durumunda üçüncü şahıs, taraf sıfatına bağlı olan bu hakkı da iktisap etmiş olacaktır.

43 **Gauch/Schluep,** N. 3673; **Hatemi,** özel bölüm, Sh. 127.

44 *„...İşin yüklenici tarafından taşerona devredilmesi sözleşmenin devri anlamını taşımadığından davacının, yaptığı iş nedeniyle bir alacağı tahakkuk etmiş ise, bunu âkidi olan yüklenici şirketten istemesi mümkün olmakla..."* (**Yarg.** 15. HD. 7.12.1995 t., E. 4993, K. 7286; Karar için bkz. **Uygur,** C. I, Sh. 380=**Karahasan,** İnşaat-imar-ihale hukuku, Sh. 1218); Alt kira sözleşmesi ile ilgili olarak aynı şekilde: **Higi,** Zürcher Kommentar, Art. 262 N. 10.

45 Özellikle asıl sözleşmenin bir genel müteahhitlik sözleşmesi olduğu durumlarda iş sahibi, bütün inşaatın meydana getirilmesi ile ilgili sorumlu kişi olarak sadece genel müteahhidi görmek istediği ve işin yapımına katılması sözkonusu olacak onlarca taşeronla teker teker uğraşmak istemediği içindir ki, genel müteahhitlik sözleşmesi imzalamış olacaktır (Karş. **Cerutti,** N. 31 vd.).

46 **Chaix,** Sh. 43.

47 **Cerutti,** N. 199; **Chaix,** Sh. 43.

İşin niteliği gereği, bir sözleşmenin alt sözleşme niteliğini taşıyabilmesi herşeyden evvel kendisinden önce yapılmış bir başka (asıl) sözleşmenin mevcudiyetini şart kılar. Böylece her iki sözleşme de hukuken birbirinden bağımsız olarak ve aynı anda varlıklarını devam ettireceklerdir[48].

Mesela sözleşmenin devrinden farklı olarak bu ihtimalde, her iki sözleşmeye de taraf durumunda olan üst müteahhit ikinci sözleşmenin akdedilmesi ile aradan çekilip ilk sözleşen ile alt sözleşeni karşı karşıya bırakmış olmaz. Bilakis alt sözleşme, mevcut bir hukukî ilişkiden kaynaklanan hak ve borçların bir başkasına devri neticesine değil; bizzat kendisi, müstakil bir borç kaynağı olarak bazı hak ve borçların doğumuna yol açar[49].

b. Kavram olarak alt sözleşme

Alt sözleşmeye karakteristik özelliğini veren sözleşmenin kendisi değildir. Onu diğer sözleşmelerden ayıran özelliği bir başka sözleşme ile olan fiilî ilişkisidir[50]. Bu ilişkidir ki, alt sözleşmenin *„alt sözleşme"* olarak isimlendirilmesine yol açar. Yalnız bir başka sözleşme ile ilişkisi bulunan bütün sözleşmelerin alt sözleşme olarak nitelendirilmesi de doğru bir yaklaşım tarzı olmayacaktır. Bunun için her iki sözleşme arasında fiilî bir ilişkinin bulunması yanında, her iki sözleşmenin karakteristik edimleri bakımından da benzeşmeleri gerekir.

Genel olarak değerlendirildiğinde iki grup alt sözleşmenin mevcut olduğu ifade edilebilir[51]:

i. Üst sözleşmenin karakteristik edim alacaklısının karakteristik edim borçlusu olduğu alt sözleşmeler. Alt kira ve alt ariyet sözleşmeleri bu gruba dahil olup; asıl (üst) kira ve ariyet sözleşmeleri bakımından karakteristik edim olan kullanma hakkının sahibi konumundaki ilk kiracı ve ilk ariyet alan, alt sözleşme bakımından alt sözleşene karşı kullandırma borçlusu konumundadırlar.

ii. Üst sözleşmenin karakteristik edim borçlusunun karakteristik edim alacaklısı olduğu alt sözleşmeler. Alt vekâlet ve alt müteahhitlik sözleşmeleri ise bu gruba dahil olup; bu sözleşmeler bakımından karakteristik edim olan iş görme borcunun borçluları konumundaki asıl (üst) vekil ile asıl (üst) müteahhit, alt sözleşme bakımından alt sözleşene karşı iş görme borcunun alacaklısı konumundadırlar.

Alt sözleşme de iki taraflı bir borç sözleşmesi olup; en belirgin özelliği taraflarından birisinin aynı zamanda bir başka sözleşmenin de tarafı olmasıdır[52]. İşte içerik olarak alt sözleşmenin yönelmiş bulunduğu bu ikinci sözleşme, asıl sözleşme olarak anılmaktadır[53]. Böylece asıl sözleşme ve alt sözleşme hukuken olmasa da fiilen birbirine bağlı olarak kurulmuş olmakta ve her iki sözleşmede karşılıklı olarak borçlanılmış bulunan karakteristik edimler, bir akdî ilişkiden

---

48 **Cerutti,** N. 199.

49 **Chaix,** Sh. 43.

50 **Cerutti,** N. 8.

51 Karş. **Cerutti,** N. 23 vd.

52 **Cerutti,** N. 9.

53 Böylece alt sözleşme ve asıl sözleşme terimlerinin bu iki akdî ilişki arasındaki bağlantıyı ortaya koymak amacıyla kullanılmakta olduğu rahatlıkla söylenebilir.

diğerine intikal etmektedir. Birbirine bağlı olarak meydana gelmesi sözkonusu olan bu iki sözleşmeden asıl (üst) sözleşme, hemen daima zaman olarak daha önce kurulmakta ve (asıl sözleşme) hem içerik olarak alt sözleşmeyi kapsamakta ve hem de alt sözleşmenin (bir anlamda) temelini teşkil etmektedir[54].

Asıl sözleşme ve alt sözleşme birlikte değerlendirmeye alındığında, netice olarak bu ilişkiye üç ayrı şahsın dahil olduğu görülür. Bu üç şahıstan birisi hem asıl sözleşmenin ve hem de alt sözleşmenin tarafı konumunda olup; bu konumu ile (adeta) her iki akdî ilişki arasındaki fiilî bağlantı noktasını teşkil eder[55]. Alt kira, alt vekâlet, alt müteahhitlik gibi alt sözleşme kurumunun birer uygulama şekli olan sözleşmeler bir tarafa bırakılıp, mesele genel olarak ele alındığında, ilişkiye dahil bulunan bu üç şahsın, ilk sözleşen (Erstkontrahent), ikinci sözleşen (Zweitkontrahent) ve üçüncü sözleşen (Drittkontrahent) olarak adlandırılması da mümkündür[56].

Fakat bu arada, ikinci sözleşenin üçüncü bir şahısla biraraya gelerek yapmış bulunduğu bütün sözleşmelerin alt sözleşme olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığına da dikkat edilmelidir. Bu bakımdan önemli olan husus, ikinci sözleşmenin içerik olarak asıl sözleşmeye yönelmiş olmasıdır. Bunun için ise ikinci sözleşmenin karakteristik ediminin, asıl sözleşmenin karakteristik edimi ile ayniyet arzetmesi veya en azından kısmî bir uyum içerisinde bulunması zorunludur[57]. Mesela bir dairede kiracı olarak oturmakta olan şahıs, *kendi oturduğu bu daireyi* (yoksa kendisine ait bir başka daireyi değil) kısmen veya tamamen bir üçüncü şahsa kiraya vermelidir ki bir alt kira sözleşmesi sözkonusu olabilsin. Aynı durum yaptığı eser sözleşmesi ile bir yapı eserinin meydana getirilmesini borçlanmış bulunan müteahhit için de geçerlidir. Bu müteahhit de sözkonusu eser sözleşmesi gereği *meydana getirmekle yükümlü olduğu yapı eserini meydana getirmek* amacıyla, bir başka müteahhitle sözleşme akdettiği takdirde bir alt eser sözleşmesinden bahsedilebilecektir[58].

Alt sözleşmenin içerik olarak asıl sözleşmeye yönelmiş olması, her iki sözleşmenin de tamamen aynı içeriğe sahip olmalarını zorunlu kılmaz. Bunun için, uygulamada genellikle rastlandığı gibi, asıl sözleşmenin karakteristik ediminin kısmen alt sözleşmenin de içeriğini teşkil etmesi gerekli ve yeterlidir. Bu duruma göre mesela kiracının, üçüncü şahsa, kiralanan dairenin sadece bir odasını kiralamış bulunduğu durumlarda bir alt kira sözleşmesi mevcut olduğu gibi; aynı şekilde bir müteahhidin meydana getirmeyi borçlandığı yapı eserinin sadece bir kısmının

---

54 Durum şu örnekle açıklanmaktadır: Asıl kira sözleşmesi ile alt kira sözleşmesinin mevcut olduğu durumlarda sözleşmenin karakteristik edimlerinden birisi olan kiralanan şey, (asıl) kiraya verenden alt sözleşmenin tarafı olan alt kiracıya intikal etmiş olmakta ve yine aynı şekilde kira parası da aynı yolu izleyerek alt kiracıdan asıl kiraya verene intikal etmektedir (Örnek ve açıklamalar için bkz. **Cerutti,** N. 10, 11).

55 Mesela bir (asıl) inşaat sözleşmesinde iş sahibi ile (asıl) müteahhit karşı karşıya gelip akdî ilişki kurarlarken; (alt) inşaat sözleşmesinde iş sahibinin fonksiyonunu üstlenmiş olarak (asıl) müteahhit ile (alt) müteahhit akdî ilişki içerisine girmektedirler (Başka örnek ve açıklamalar için bkz. **Cerutti,** N. 12, 13). Metinde yapılan açıklama ve burada verilen örnek değerlendirildiğinde, inceleme konumuz bakımından asıl (üst) müteahhidin her iki akdî ilişki arasındaki irtibatı sağlayan şahıs konumunda olduğu görülecektir.

56 **Cerutti,** N. 16 vd. İnceleme konumuz bakımından iş sahibi ilk sözleşen, asıl (üst) müteahhit ikinci sözleşen ve taşeron (alt müteahhit) ise üçüncü sözleşen konumundadır.

57 Tamamı için bkz. **Cerutti,** N. 19.

58 **Cerutti,** N. 20.

meydana getirilmesi için bir başka müteahhidi görevlendirdiği durumlarda da bir alt sözleşme olan taşeronluk sözleşmesi mevcut olacaktır[59].

Bir asıl ve alt sözleşmenin mevcudiyetinden söz edebilmek için bu sözleşmelerde bulunması gerekli bir başka karakteristik özellik ise bu sözleşmelerin, tarafları arasında ya sürekli bir borç ilişkisi (Dauerverträge) meydana getirmeleri; ya da sürekli borç ilişkisine benzer bir borç ilişkisi (*bir başka ifadeyle ifa edilmesi süreye bağlı (langfristig) bir borç ilişkisi*) (dauervertragsähnliche Verträge) meydana getirmelerinin gerekli olmasıdır[60]. Zira alt sözleşmeyi akdetmekle gerçekleştirilmek istenen amacın[61], ancak bu şekilde bir süreklilik unsuru taşıyan sözleşme tipleri çerçevesinde gerçekleştirilmesi mümkündür. Mesela alt sözleşme yaparak, kendisine, asıl sözleşme çerçevesinde tanınmış bulunan bir eşya veya haktan yararlanma imkânını üçüncü sözleşene devretmek veya yine kendisinin asıl sözleşme ile borçlanmış bulunduğu bir işgörme borcunu üçüncü sözleşen aracılığı ile meydana getirmek isteyen ikinci sözleşen, bu amacını ancak bünyesinde süre unsurunu barındırmakta olan sözleşme türleri bakımından gerçekleştirme imkânına sahip olacaktır[62]. Bünyesinde süre unsuru barındırmayan ani ifalı sözleşmelerde ise ikinci sözleşen, bu amacını gerçekleştirme imkânını elde edemez. Zira bu tür sözleşmelerde, taraflar arasındaki akdî ilişkinin niteliği, bu sözleşmelerin karakteristik edimi ile doğrudan ilişki sağlayacak şekilde alt sözleşmelerin yapılması imkânını vermez.

c. Asıl (üst) müteahhidin hukukî durumuna uyumu

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde alt sözleşme, asıl müteahhidin her iki sözleşmeye taraf olması gerçeğini izah etmek bakımından, onun durumuna en uygun hukukî kurum olarak ortaya çıkmaktadır. Dikkat edilecek olursa, daha yukarıda kısaca incelenmiş bulunan hukukî kurumların tamamı da, sözkonusu hukukî işleme katılmış bulunan bütün hukuk süjelerinin rızasını gerekli kılar. Oysa alt sözleşmenin kurulması ve mevcudiyetini devam ettirebilmesi için sadece taşeron ile asıl müteahhidin rızası gerekli ve yeterlidir[63]. Aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere[64], alt sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulması iş sahibinin rızasına bağlı değildir; hatta iş sahibi rızasını aksi yönde beyan etmiş bulunsa dahi bu durum, alt sözleşmenin geçerliliği üzerinde herhangi bir etkide bulunmayacaktır. Yine her iki sözleşmenin hukuken bağımsız iki ayrı sözleşme olması nedeniyle asıl müteahhit yukarıda ifade edilmiş bulunan bütün amaçlarını da gerçekleştirme imkânına sahip olacaktır. Ezcümle asıl müteahhit, taşeronluk

---

59 **Cerutti,** N. 21.

60 **Cerutti,** N. 27.

61 Bu amaç ya asıl sözleşme ile düzenlenmiş bulunan bir hak yahut eşyanın kullanımına ilişkin bir hakkın üçüncü bir şahsa devredilmesi; ya da yine asıl sözleşme ile borçlanılmış bulunulan bir edimin meydana getirilmesinin üçüncü bir şahsa ihale edilmesine yönelmiştir (**Cerutti,** N. 27).

62 **Cerutti,** N. 27.

63 *„...Davacı müteahhidin sözleşmeden doğan bu borcunu idarenin muvafakatını almadan başkasına devredemeyeceği yukarıda anılan yasanın 58. maddesi hükmü icabıdır. Ancak, müteahhit iş veren idareye karşı kişisel sorumluluğu baki kalmak üzere yüklendiği işi başka şahıslara yaptırmaya ve idare zimmetinde gerçekleşen alacakları 3. Kişilere devri temlik etmeye yetkilidir...“* (**Yarg.** 15. HD. 23.5.1974 t., E. 481, K. 483; Aynı yönde **Yarg.** 15. HD. 18.2.1974 t., E. 121, K. 132; Kararlar için bkz. **Karahasan,** İnşaat-imar-ihale hukuku,, Sh. 1226, 1228).

64 Bkz. §3. II.

sözleşmesini akdetmekle hem yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili bütün faaliyetler üzerinde kontrol ve denetim sağlama imkânını muhafaza etmiş ve hem de taşeronluk sözleşmesinde farklı bir ücret kararlaştırmak suretiyle ilave bir kazanç elde etme imkânına kavuşmuş olacaktır.

Sonuç olarak asıl müteahhidin hukukî durumuna en uygun hukukî kurum alt sözleşmedir (Untervertrag). Alt sözleşme, Borçlar Kanunu tarafından özel olarak düzenlenmiş değildir; fakat bazı sözleşme tipleri ile ilgili hükümler arasında alt sözleşme ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Mesela âdi kira sözleşmesi ile ilgili olarak BK m. 259, hasılat kirası ile ilgili olarak BK m. 284 ve alt vekalet sözleşmesi ile ilgili olarak ise BK m. 391 özel düzenlemeler içermektedir. Bu hükümlerden hareketle bir alt sözleşmenin varlığından sözedilebilmesi inin kabulü için başlıca şu şartların gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir[65]: Alt sözleşmenin en karakteristik özelliği, bu sözleşmeye katılan taraflardan birisinin, aynı zamanda alt sözleşmenin içerik olarak ifasına yönelmiş bulunduğu bir diğer (borç doğuran) sözleşmenin de tarafı olmasıdır. Alt sözleşmenin içerik olarak kendisine yönelmiş bulunduğu bu sözleşme ise asıl sözleşme (Hauptvertrag) olarak adlandırılmaktadır[66]. Böylece asıl sözleşme ve alt sözleşme hukuken olmasa da fiilen birbirine bağlı olarak kurulmuş olmakta ve her iki sözleşmede karşılıklı olarak borçlanılmış bulunan karakteristik edimler, bir akdî ilişkiden diğerine intikal etmektedir[67]. Birbirine bağlı olarak meydana gelmesi sözkonusu olan bu iki sözleşmeden asıl (üst) sözleşme, hemen daima zaman olarak daha önce kurulmakta[68] ve (asıl sözleşme) hem içerik olarak alt sözleşmeyi kapsamakta ve hem de alt sözleşmenin (bir anlamda) temelini teşkil etmektedir[69].

Yalnız yukarıda da ifade edildiği gibi her iki sözleşmeye de taraf olan şahsın (taşeronluk sözleşmesi bakımından bu şahıs asıl müteahhittir) yapmış olduğu bütün sözleşmeler de alt sözleşme vasfını taşımayacaktır. Bunun için akdedilen ikinci sözleşmenin muhteva olarak birinci sözleşme ile uyum içerisinde olması, bir anlamda onun ifasına yönelmiş olması şarttır[70]. Böylece alt sözleşme, asıl sözleşmenin tipik edimi ile doğrudan bir ilişki içerisinde bulunmalı, her iki sözleşmenin konusunu oluşturan edimler en azından kısmen birbirleri ile ayniyet arzetmelidir[71].

Mesela bir dairenin kiracısı, kendisine ait olan bir başka daireyi değil de kendisinin kiracı olarak bulunduğu bu daireyi bir başka şahsa kiralamış ise bir alt kira sözleşmesi sözkonusu olacaktır. Aynı şekilde bir müteahhit, eser sözleşmesi ile borçlanmış bulunduğu yapı eseri meydana getirilmesine ilişkin borcunun ifası amacıyla bir başka müteahhit ile yeni bir eser sözleşmesi akdetme yoluna giderse,

---

65 **Cerutti,** N. 8 vd.

66 **Cerutti,** N. 9.

67 Buna göre mesela, taşeronluk (alt eser) sözleşmesinin sözkonusu olduğu durumlarda, sözleşmenin karakteristik edimi olan yaı eseri alt müteahhit tarafından meydana getirilerek, asıl müteahhit aracılığı ile iş sahibine intikal etmekte; aynı şekilte yapılan işin bedeli de iş sahibi tarafından ödenip, asıl müteahhit aracılığı ile alt müteahhide intikal etmiş olmaktadır. (Alt kira sözleşmesi ile ilgili benzer bir örnek için bkz. **Cerutti,** N. 11).

68 Kural, asıl sözleşmenin zaman olarak daha önce akdedilmesi yönünde ise de; istisnaî bazı durumlarda alt sözleşmenin asıl sözleşmeden önce akdedildiğine de rastlanmaktadır. Bu hususta bkz. §4. II. 1. b. aa. aaa. (1).

69 Karş. **Cerutti,** N. 10.

70 **Cerutti,** N. 19.

71 **Cerutti,** N. 19-20.

yapılan bu ikinci sözleşme de ilk eser sözleşmesinin ifasına yönelmiş bir alt eser veya taşeronluk sözleşmesi olarak kabul edilecektir.

Alt sözleşmenin muhteva olarak asıl sözleşmeye uygun olması zorunluluğu, her iki sözleşmenin tipik edimlerinin her yönüyle ayniyet arzetmesi zorunluluğu olarak da anlaşılmamalıdır. Sözleşme uygulamasında da sıklıkla yapıldığı gibi, asıl sözleşmenin tipik ediminin bir kısmının alt sözleşmenin konusunu teşkil etmesi gerekli ve yeterlidir[72].

Mesela kiracının, kiralamış bulunduğu dairenin bir odasını bir başka şahsa kiralamış olması durumunda da alt kira sözleşmesinin mevcut olduğu veya bir taşeronun asıl sözleşme konusu inşaatın bir kısmının meydana getirilmesi ile görevlendirilmiş bulunduğu durumda da bir alt inşaat sözleşmesinin mevcut olduğu yine kabul edilecektir.

IV. Taşeronluk sözleşmesinin alt sözleşme niteliği taşımayan diğer çoklu müteahhitlik sözleşmelerinden ayrılması

1. Genel olarak

Taşeron-alt müteahhitlik sözleşmesinin karakteristik özelliği, birisi asıl müteahhit diğeri de alt müteahhit-taşeron olmak üzere en az *iki müteahhidi* yapı eserinin meydana getirilmesi işinde bir araya getirmesidir. Taşeronluk sözleşmesinin bu durumunda olduğu gibi, yapı eserinin meydana getirilmesi işinde birden fazla müteahhidi bir araya getiren başka müteahhitlik sözleşmeleri de bulunmaktadir. Bütün bu sözleşmelerin nihaî amacı her bir müteahhidin yerine getirecekleri kısmî edimler aracılığı ile yapı eserinin meydana getirilmesine katkıda bulunmalarını temin etmektir[73].

Bu müteahhitlik sözleşmeleri, yapı eserinin meydana getirilmesine kismî edimleri ile katkıda bulunan müteahhitlerin, birbirlerine nazaran konumlarını yansıtacak şekilde farklı isimlerle anılmaktadır. Bu müteahhitlik tarzlarının incelenmesi suretiyle taşeronluk sözleşmesine ait tipik özelliklerin tesbiti mümkün olacaktır.

2. Birden fazla müteahhidin iş sahibine farklı sözleşmelerle bağlı olması

Bazı durumlarda iş sahibi, inşaata ilişkin işleri kendi yönetimi veya görevlendireceği bir mimar veya mühendisin yönetim ve organizasyonu altında bizzat yürütmek isteyebilir. Böyle bir ihtimalde iş sahibi veya onu temsilen mimar veya mühendis, yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili kısmî edimleri, birbirinden bağımsız olarak faaliyet göstermekte olan müteahhitlere, hukuken birbirinden bağımsız sözleşmeler yapmak suretiyle ihale edecektir.

Bu şekilde bir yapı projesine ait olup, önceden ve planlı bir şekilde çeşitli kısımlara ayrılmış bulunan yapı işlerini hukuken birbirinden bağımsız sözleşmeler çerçevesinde yapmakta olan müteahhitler, birbirleri karşısındaki konumları dikkate alınarak yan müteahhit (Nebenunternehmer) olarak adlandırılmaktadırlar[74]. Bu ihtimalde de taşeronluk sözleşmesinde olduğu gibi, her bir müteahhit yapı

---

72 **Cerutti,** N. 21.

73 Karş. **Cerutti,** N. 89-90.

74 **Lionnet,** Sh. 122; **Vetter,** RIW 1986, Sh. 81; **Nicklisch/Weick,** VOB Einl. N. 68; **Gauch,** Subunternehmer, Sh. 153; **Schwarz,** Sh. 22; **Scherrer,** N. 1; **Seliçi,** Sh. 18.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

eserinin meydana getirilmesine dair işe kendisi ile ayrı bir sözleşme yapılmak suretiyle dahil edilir; fakat bu sözleşmeler hukukî olarak birbirlerinden tamamen bağımsız olup, taşeronluk sözleşmesindeki durumun aksine öncelik sonralık ilişkisi içerisinde ard arda gelen ve birbirine bağımlı sözleşmeler olarak akdedilmezler. Bu ihtimalde sözleşmeler, bizzat iş sahibi tarafından farklı müteahhitlerle akdedilir[75] ve iş sahibi her bir müteahhit ile doğrudan akdî ilişkiye girmiş olur. Şüphesiz işin yan müteahhitlere ihale edilmesi, genellikle yapıldığı gibi iş sahibinin temsilcisi olarak hareket eden bir mimar veya mühendis aracılığı ile de gerçekleştirilebilir[76]. Bu durumda sözleşmeleri akdeden şahsın bir temsilci olmaktan başka fonksiyonu yoktur. Bu ihtimalde de temsilin hukukî fonksiyonu gereği (BK m. 32) -taşeronluk sözleşmesindeki durumun aksine- doğrudan akdî ilişki yine iş sahibi ile yan müteahhit arasında meydana gelmiş olur.

Müteahhitlerin bu şekilde görevlendirilmesi, görevlendirilmiş bulunan bu müteahhitler arasındaki eşgüdüm ve organizasyonun sağlamansını zorunlu kılacak ve bu görev kural olarak iş sahibinin sorumluluğunda bulunacaktır[77]. İş sahibi de inşaat faaliyetlerinin yönetimine ilişkin bu görevi ya bizzat yerine getirecek veya kendi nam ve hesabına hareket edecek olan bir başka müteahhit[78] aracılığı ile yürütecektir. Bu müteahhit de duruma göre, ya yan müteahhitler dışında üçüncü bir müteahhit olacak veyahut da iş sahibi, yan müteahhitler içerisinde en geniş bilgi birikimine sahip olanını ayrıca bu iş için de görevlendirecektir[79]. İkinci ihtimalde olduğu gibi, yan müteahhit veya müteahhitler diğer bir yan müteahhidin emrine veya denetimine tabi kılınmış olsa dahi[80], yine de taşeron olmayacaklardır. Zira onların kendilerini denetleyen veya emrine tabi oldukları müteahhit ile akdî bir ilişkileri mevcut değildir[81]. Buradaki özellik, sadece denetimi yapmakta olan yan müteahhidin iş sahibine karşı ilave bir yükümlülük altına girmiş olmasından

---

75 **Staudinger/Peters,** §631 N. 26 vd.; **Werner/Pastor,** N. 1060; **Nicklisch/Weick,** VOB Einl. N. 68; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 162 vd. VOB/A; **Scherrer,** N. 1, 129.

76 İfade etmek gerekir ki, Alman Hukuk Literatüründe yan müteahhitlik yukarıda açıklanan anlamından farklı bir şekilde de gündeme gelmektedir (Bu hususta bkz: **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 161 VOB/A): Bu yan müteahhitlik tarzında da müteahhitlerin yapı eserinin meydana getirilmesine olan katkıları temel ölçü olarak alınmaktadır. Bu ihtimalde, yapı eserinin meydana getirilmesi işinin esas olarak kendisine ihale edildiği bir asıl müteahhit (Hauptunternehmer) bulunmakta ve çeşitli sebeplerle bu müteahhit tarafından yerine getirilmesi (kapasite yetersizliği veya uzmanlık gerektiren bir iş olması gibi bazı sebeplerle) mümkün bulunmayan bazı ikinci derecede işlerin (Nebenleistung) yapılması için de bu müteahhit tarafından başka müteahhitlerle sözleşme yapılmaktadır. Yalnız bu yöntemin amaca uygun bir şekilde işleyebilmesi için asıl müteahhidin, yan müteahhitlere yaptırılacak işlerin kontrol ve denetimini gereğince yapabilecek yeterli teknik bilgi ve tecrübeye sahip olması da gerektiği; böylelikle iş sahibinin, ayrıca bu iş için bir mimar veya mühendis görevlendirmek zorunda kalmayarak, buna ilişkin ilave bir masraf yapmaktan da kurtulmuş olacağı ifade edilmektedir. Bu ihtimalde de asıl müteahhit sözleşmeleri yaparken iş sahibi nam ve hesabına hareket etmekte olduğu ve böylece yan müteahhitlerle iş sahibi arasında doğrudan akdî ilişki kurulmuş olacağından, bu anlamdaki yan müteahhit de taşerondan ayrılmaktadır.

77 **Scherrer,** N. 132 vd.; **Seliçi,** Sh. 18.

78 İş sahibi bu iş için genellikle bir mimar veya mühendisi görevlendirmekte ve bu şahıs inşaat sözleşmeleri uygulamasında *„Consulting Engineer"* olarak adlandırılmaktadır.

79 **Lionnet,** Sh. 122.

80 **Gauch,** bu ihtimalde bağlanmış-tabi kılınmış (Der subordinierte Nebenunternehmer) bir yan müteahhidin mevcut olduğunu ifade etmektedir (Subunternehmer, Sh. 156).

81 **Locher,** Baurecht, N. 390.

ibarettir. Oysa taşeron kendisine tabi olduğu asıl müteahhitle (ve kural olarak sadece onunla) akdî ilişki içerisindedir.

Yan müteahhitliğin sözkonusu olduğu bir ihtimal de asıl müteahhidin birden fazla taşeronu görevlendirmesi ihtimalidir. Böyle bir ihtimalde de taşeronlar, birbirleri ile olan hukukî ilişkileri bakımından yan müteahhit olarak nitelendirilmek gerekecektir. Zira onların da birbirleri ile doğrudan akdî ilişkileri bulunmamaktadır. Onlar birbirleri ile değil, onlar bakımından iş sahibi konumunda bulunan asıl müteahhit ile akdî ilişki içerisinde bulunmaktadırlar.

Son olarak ifade etmek gerekir ki yan müteahhitlerin durumunda olduğu gibi, asıl müteahhit ve taşeron da aynı iş yerinde ve aynı yapı eserinin meydana getirilmesi işinde faaliyet gösterdikleri halde, aynı iş sahibi ile doğrudan akdî ilişki içerisinde bulunmadıkları için bunların da birbirleri karşısında yan müteahhit sıfatını taşımaları mümkün olamayacaktır[82]. Hatta taşeron kendi meydana getireceği eser kısmının ayıptan âri olmasını iş sahibine karşı ayrıca temin etmiş ve böylece asıl iş sahibi ile o dahi doğrudan akdî ilişki içerisine girmiş bulunsa dahi[83] durumda yine bir değişiklik olmaz; zira yan müteahhitlerin durumundan farklı olarak asıl müteahhit ve taşeronun, yapmış oldukları akdin devamı süresince birbirlerine karşı koruma yükümlülükleri de bulunmaktadır[84].

3. Birden fazla müteahhidin yapı işini birlikte üstlenmeleri (Konsorsiyum)

Birden fazla müteahhidin birarada faaliyet gösterdiği bir diğer müteahhitlik tarzı ise konsorsiyumdur[85]. Konsorsiyumun en tipik ve genel geçerliliğe sahip karakteri, amacının gerçekten sınırlı olmasıdır. Genellikle konsorsiyum belirli bir tek amacın, daha doğrusu belirli bir tek projenin gerçekleştirilmesi için oluşturulan geçici bir birlik olup[86], hemen her alanda[87] ve çeşitli şekillerde gündeme gelebilmektedir. Fakat daha ziyade büyük çaplı projelerin hayata geçirilmesinde başvurulan bir müteahhitlik tarzıdır[88]. Bu yolla müteahhitler, gerek kapasite ve gerekse halihazır bilgi birikimleri ile tek başlarına yürütmeleri mümkün olmayan büyük çaplı taahhütler altına girmek amacıyla işbirliği yapma yoluna gitmiş olmaktadırlar[89].

---

82 **Scherrer,** N. 62.

83 Bkz. §4. II. 1. a.

84 **Scherrer,** N. 62.

85 Konsorsiyum daha çok uluslararası işler bakımından başvurulmakta olan hukukî bir kurumdur (**Feldrappe,** Sh. 14).

86 **Müller,** Sh. 36; **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2364; **Lionnet,** Sh. 123, 125; **Scherrer,** N. 63; **Wendler,** Sh. 57; **Barlas,** Sh. 174, 176-177; Sürekli olarak aynı konsorsiyum içerisinde birlikte çalışmakta olan müteahhit firmalar bulunmakta ise de genellikle konsorsiyum belirli bir tek işin alınması için oluşturulmaktadır. Hatta işin alınmasından önce konsorsiyum hukuken mevcut bulunmamakta, işin konsorsiyuma verileceği kesinleştikten sonra konsorsiyuma ilişkin anlaşma akdedilmektedir (**Feldrappe,** Sh. 13).

87 Konsorsiyumun en çok gelişim kaydettiği ve iktisadi anlama sahip olduğu alan bankacılık sektörüdür (özellikle finansman ve yatırım alanları) (**Müller,** Sh. 36).

88 Konsorsiyumun kurulmasında tek müteahhidin gücünü aşan finansmanın temini, işin çok büyük olan rizikosunun paylaştırılması, rasyonel bir iş bölümünün temini veya konsorsiyuma dahil ortaklardan birisinin sahip bulunduğu kolaylık ve ayrıcalıklardan istifade etmek gibi düşünceler etkili olmaktadır (**Gauch,** Werkvertrag, N 251; **Lionnet,** Sh. 122).

89 **Hautkappe,** Sh. 96-97.

Bütün konsorsiyum türleri için hukukî temel daima adi şirkettir ve bu hukukî temel farklı konsorsiyum türlerini birbirine bağlayan tek unsurdur[90]. Kural olarak konsorsiyumun kendi müşterek sermayesi, müşterek personeli, makineleri ve iş malzemeleri ise bulunmaz[91].

Konsorsiyum, iktisadi birliklerin en zayıfını teşkil eder. Zira müşterek hareket sadece üçüncü şahıslara karşı olup; kendi aralarında adeta yan müteahhit (Nebenunternehmer) gibidirler[92]. Bu nedenle de bir adi şirket ilişkisi olarak kabul edilen konsorsiyum ilişkisinde, ortaklar arasındaki ilişkide adi şirkete ilişkin kurallar yerine genellikle konsorsiyum sözleşmesinde belirlenen kurallar uygulanır[93].

Konsorsiyum da konsorsiyum ortakları ile iş sahibi arasındaki hukukî ilişki dikkate alınarak, kendi içerisinde farklı isimlerle anılmaktadır.

a. Dış Konsorsiyum

Dış konsorsiyum, konsorsiyum ortakları arasındaki hukukî ilişkinin aleniyete intikal etmesi ve onların üçüncü kişilere karşı da konsorsiyum olarak birlikte harekete etmeleri durumunda gündeme gelir. Bu tür konsorsiyumun karakteristik özelliği, konsorsiyum ilişkisinin aleniyete kavuşturulmuş olmasıdır[94].

Bu ihtimalde konsorsiyum ortakları bir proje ihalesine katılmak üzere bir birlik oluştururlar ve ihaleye konsorsiyum olarak teklif verirler. İşin alınmasından sonra konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişiler hep birlikte iş sahibi ile bir yapı eseri sözleşmesi imzalarlar[95]. Bu nedenle (adi şirketin hukukî niteliği gereği) iş sahibine karşı işin yerine getirilmesi bakımından bütün ortaklar müteselsilen sorumlu olurlar[96] (BK 534/c.3). Dış ilişkide konsorsiyum ortaklarının müteselsil sorumluluğu mevcut iken, genellikle üstlenilmiş olan iş, iç ilişkide müştereken yerine getirilmez; aksine her bir konsorsiyum ortağı, bütün proje içerisinde belirli bir işin yapımına ilişkin sorumluluğu diğer ortaklara karşı üstlenir ve iç ililşkide birbirlerine karşı olan sorumlulukları üstlenmiş oldukları proje kısmının yerine getirilmesi ile sınırlıdır[97]. Dış ilişkide ise konsorsiyum ortaklarının yerine getirdiği bu kısmî edimler bir araya getirilir ve konsorsiyumun edim borcunun ifası olarak iş sahibine sunulur[98]. Bu nedenle de genellikle, her ortak tarafından yapılacak olan bölümün yapı eserinin bütünlüğü içerisinde doğru bir tarzda meydana getirilmesini

---

90 **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2364; **Müller,** Sh. 36; **Vetter,** RIW 1986, Sh. 81; **Lionnet,** Sh. 126.

91 **Bühler,** Sh. 58; **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2364; **Schwarz,** Sh. 50; **Barlas,** 179.

92 **Bühler,** Sh. 60.

93 **Bühler,** Sh. 60.

94 **Wendler,** Sh. 57; **Barlas,** Sh. 178.

95 **Bühler,** Sh. 62; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 97.

96 Konsorsiyum bir bayındırlık işinin yapılması için oluşturulmuş ise konsorsiyum ortaklarından birisinin idareye pilot firma olarak bildirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır (BİGŞ m. 52/II). Bir firmanın bu şekilde pilot firma olarak idareye bildirilmiş olması da müteselsil sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır.

97 **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2364; **Vetter,** RIW 1986, Sh. 81; **Müller,** Sh. 158; **Feldrappe,** Sh. 14.

98 **Nicklisch,** Rolle des Subunternehmers, Sh. 35.

kontrol ve bu bakımdan ortaklar arasında koordinasyonu tesis etmek üzere bir ortak görevlendirilir[99]. Bu ortağın durumu, genel müteahhitlik sözleşmesindeki genel müteahhidin durumu gibidir. Fakat ondan farklı olarak iş sahibine karşı eserin meydana getirilmesi ile ilgili olarak tek başına sorumluluğu sözkonusu değildir[100].

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi birden fazla müteahhidin bu şekilde bir araya gelmeleri taşeronluk sözleşmesinden daha farklı bir hukukî ilişkinin kurulmasına yol açmaktadır. Herşeyden evvel bu ihtimalde müteahhitler bir adi ortaklık teşkil etmekte ve hukukî esaslar bu ortaklık türüne ilişkin kurallar dikkate alınarak belirlenmektedir. Taşeronluk sözleşmesinde ise asıl müteahhit ile taşeronun bir ortaklık kurmaları sözkonusu olmayıp, aralarında bir eser sözleşmesi kurulmakta ve hukukî esaslar bu sözleşme türüne ilişkin kurallar çerçevesinde belirlenmektedir. Yine konsorsiyum ihtimalinde bütün ortaklar iş sahibi ile doğrudan akdî ilişki içerisinde bulunurlarken; taşeron sadece kendisi ile sözleşme yapmış olduğu asıl müteahhit ile akdî ilişki içerisinde bulunmakta ve kural olarak iş sahibi ile bu tür bir ilişki içerisine girmemektedir. Konsorsiyum ihtimalinde iş sahibine karşı bütün ortaklar projenin tamamının yerine getirilmesinden müteselsilen sorumlu iken; taşeron sadece asıl müteahhit tarafından kendisine ihale edilen projenin ilgili kısmının meydana getirilmesinden ve sadece asıl müteahhide karşı sorumlu bulunmaktadır.

b. İç (Gizli) Konsorsiyum

Gizli konsorsiyumun sözkonusu olduğu durumlarda ise konsorsiyum ortaklarından en az birisi yapı eseri sözleşmesine konu projenin gerçekleştirilmesine katıldığı halde, dışarıya karşı ortak olarak gözükmez. Bu ihtimalde konsorsiyum sadece ortaklar arası iç ilişkide gündeme gelmektedir. Açık konsorsiyumun aksine yapılacak iş, üçüncü şahıslara karşı bütün sorumluluğu kendisine ait olmak üzere gizli ortak veya ortaklar dışındaki konsorsiyum ortağı tarafından üstlenilmekte ve sözleşme de onun tarafından imzalanmaktadır[101]. Bu ihtimalde dış ilişkide konsorsiyum ortaklarından (genellikle) sadece birisi âkit taraf olarak ortaya çıkıp, sözleşme ile ilgili bütün işlemleri yapar ve genel müteahhidin durumunda olduğu gibi projenin tamamı ile ilgili olarak iş sahibine karşı sadece o sorumlu olurken; iç ilişkide proje çeşitli kısımlara ayrılmakta ve taşeronluk sözleşmesinde olduğu gibi her bir kısmının yürütülmesini farklı ortaklar kendi aralarında üstlenmektedirler[102]. Bu ihtimalde öncekinden farklı olarak, iş sahibi ile sözleşme akdeden ortak dışındaki ortaklar üçüncü şahıslar bakımından gizli kalmakta ve bu tür konsorsiyum daha çok ortaklardan birisinin iş sahibine karşı tek başına projenin tamamına ait sorumluluğu üstlenmeye hazır olduğu durumlarda gündeme gelmektedir[103].

---

99 **Bühler,** Sh. 62; **Barlas,** Sh. 177; Daha önce de ifade edildiği gibi bu ortak BİGŞ'nde (m. 52/II) *„pilot ortak"* olarak adlandırılmaktadır.

100 Bu ortak sadece koordinasyon bakımından diğer ortakların temsilcisi durumundadır; onun durumu, şirketler hukukundaki şirket yetkili temsilcisinin durumu ile karıştırılmamalıdır (**Bühler,** Sh. 62).

101 **Gauch,** Werkvertrag, N. 253.

102 **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2364; Rolle des Subunternehmers, Sh. 35; **Schwarz,** Sh. 23-24.

103 **Lionnet,** Sh. 123-124.

İlk bakışta, gizli ortakların iş sahibi ile akdî ilişki içerisinde bulunmaması nedeniyle bu tür konsorsiyumun taşeronluk sözleşmesi ile benzeştiği düşünülebilirse de gerçek durum öyle değildir. Zira bu şekilde işi yüklenen konsorsiyuma dahil müteahhitler bir ortaklık teşkil etmekte ve taşeronun durumunda olduğu gibi her biri projenin belirli bir kısmının yürütülmesinden sorumlu oldukları halde, bu sorumluluk sadece genel müteahhit konumundaki ortağa karşı değil ortakların tamamına karşıdır. Yani her bir ortak diğerine karşı, kendisi tarafından yerine getirilecek proje bölümü bakımından sorumlu bulunmaktadır. Yine ortaklar arasındaki bu akdî ilişki veya ilişkiler taşeronluk sözleşmesinde olduğu gibi hiyerarşik bir ilişki içerisinde de bulunmamaktadırlar[104]. Ayrıca bu iş karşılığında alınacak olan ücret de taşeronluk sözleşmesinden farklı bir şekilde belirlenecektir. Bir eser sözleşmesi olması itibariyle taşeronluk sözleşmesi kural olarak ivazlı olduğundan (BK 355) sözleşmede kararlaştırılmış belirli bir ücret bulunacak[105] ve taşeron genel müteahhidin kâr veya zararından bağımsız olarak bu ücretini talep imkânına sahip olacak iken; gizli veya açık bütün konsorsiyum türlerinin temelinde adi şirket ilişkisi yattığından, konsorsiyum ihtimalinde işin yapılması ile elde edilecek ortak kârın belirli esaslar çerçevesinde paylaşılması sözkonusu olacak ve kâr değil zarar edilen bir ortaklıkta ortakların kâra olduğu gibi zarara da katılmaları[106] gerekecektir (BK 523).

c. Özel olarak iş ortaklığı (Joint Venture veya ARGE[107])

İş ortaklığı (Arge) veya joint venture da konsorsiyumun berlirli bir türünü, özellikle *gerçek ve açık yapı konsorsiyumunu* ifade etmek için kullanılmakta olan bir kavram olup[108]; birden fazla müteahhidin birlikte bir yapı işini almak veya alınmış bir işi neticelendirmek üzere biraraya gelmelerini ifade etmektedir. Bu tarz müteahhitlik diğer konsorsiyum türlerinde de olduğu gibi, yerine getirilmesi bakımından bir tek müteahhidin kapasite veya bilgi birikimi itibariyle yetersiz kaldığı büyük çaplı inşaat projeleri bakımından tercih edilmektedir[109]. Böylece biraraya gelen müteahhitler bir adi şirket oluşturmakta ve bu adi şirket dış ilişkide işi yüklenen taraf olmaktadır. Dolayısıyla bu tarz müteahhitlikte adi şirket ilkeleri, hem ortaklar arası iç ilişkide ve hem de üçüncü şahıslarla olan dış ilişkide uygulama alanı bulacaktır. Buna göre adi şirket ortağı müteahhitlerin her biri iş

---

104 **Chaix,** Sh. 53.

105 Sözleşmede ücretin kararlaştırılması zorunlu bir unsur olmayıp; ücretin kararlaştırılmadığı durumlarda ücret BK 366 çerçevesinde belirlenecektir. Eğer taraflar sözleşmenin ücretsiz olduğunu kararlaştırmışlar ise bu durumda eser sözleşmesi değil vekalet sözleşmesinin sözkonusu olacağı bazı yazarlar tarafından (**Oser/Schönenberger,** Art. 363 N. 7; **Weber,** Auftragsrecht, Sh. 48; **Pedrazzini,** SPR VII/1, Sh. 533; **Chaix,** Sh. 54 dn. 149; Bu doğrultuda iki de federal mahkeme kararı mevcuttur: **BGE** 64 II 10 ve 59 II 262) ifade edilmekte ise de; **Gauch** bizce de haklı olarak bu fikre karşı çıkmakta ve burada eser sözleşmesi benzeri ve kendisine özgü yapısı olan isimsiz bir akdin sözkonusu olduğunu kabul etmektedir (Werkvertrag, N. 115 ve 323; Aynı fikirde, **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 24). Zira burada vekalet akdinin aksine, ücretsiz de olsa müteahhit tarafından vaadedilmiş bir netice borcu sözkonusudur.

106 Adi şirkette zarara katılmanın tek istisnası, ortaklardan birisinin ortaklığa emeği ile katılmış olması durumudur. Bu ihtimalde ortaklar BK m. 523/II c. 2 gereği, dilerlerse bu ortağın zarara iştirak etmeyeceğini hükme bağlayabilirler.

107 Bu kavram, Alman hukuk literatüründe *„Arbeitsgemeinschaft"* kavramının kısaltılmış şekli olarak kullanılmaktadır.

108 **Müller,** Sh. 36; **Barlas,** Sh. 200.

109 **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 8-9 VOB/A; **Akyol,** ÖBİ II, Sh. 57 vd.

sahibine karşı almış oldukları işin tamamının yerine getirilmesinden sorumlu olmaktadırlar[110]. İç ilişkide ortakların birbirlerine karşı olan hak ve sorumlulukları ise genellikle ortaklığa dahil olma şartları çerçevesinde (mesela ortakların ortaklığa katılma payları esas alınmak suretiyle) tesbit edilmektedir[111].

Bu tür ortaklıkta konsorsiyumdan farklı olarak genellikle ortaklığa ait bir sermaye ile müşterek personel, makina ve araç-gereç bulunur[112]. Konsorsiyumda olduğu gibi, ortaklardan herbirinin iç ilişkide projenin belirli bir kısmının yerine getirilmesinden sorumlu olduğu birleşim tarzlarına rastlanmakta ise de bu istisnaî bir durumdur. Genellikle iç ilişkide de ortaklar projenin tamamının yerine getirilmesi için yeni bir organizasyona gitmekte ve proje için işbirliği halinde hareket etmektedirler[113].

Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında, bu müteahhitlik tarzının da taşeronluk sözleşmesinden farklı olduğu kendiliğinden anlaşılacaktır. Hatta bu ihtimalde müteahhitler arasındaki ortaklık ilişkisi, gerek ortaklığa ait müşterek sermaye ve araç gerecin bulunması ve gerekse ortaklığın müstakil bir organizasyonunun bulunması nedeniyle diğer konsorsiyum türlerine nazaran daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Yukarıdaki açıklamalara ilaveten ifade etmek gerekir ki, taşeronluk sözleşmesinin hiyerarşik yapısına karşılık, burada ortaklar arasında bir eşitlik ve işbirliği sözkonusudur. Zira adi şirketin temelinde iştirak halinde mülkiyet bulunmakta (BK 534) ve dolayısıyla ortaklar arasında alınacak kararlarda eşitlik esası çerçevesinde hareket etmek zorunluluğu gündeme gelmektedir (MK m. 630). Bu çerçevede ortaklardan herhangi birisi mesela inşaatın genel gidişatı ile ilgili bir konuda tek başına karar verme yetkisine kural olarak sahip olamazken veya iş sahibine karşı sözleşmeden kaynaklanan bir dava hakkını -ortaklardan birisine diğerlerinin temsil yetkisi verilmesi ihtimali dışında[114]- tek başına kullanamazken; taşeron ilişkisinde genel müteahhidin bu konuda taşeronlara müracaat zorunluluğundan kesinlikle bahsedilemeyecek ve hem kararlarını tek başına alabilecek ve hem de iş sahibini taşeronlardan bağımsız olarak dava edebilecektir[115].

Bu konuya ilişkin açıklamalara son vermeden önce belirtmek gerekir ki, her bir konsorsiyum ortağının veya konsorsiyumun kendisinin, ortaklığa dahil olmayan bir başka müteahhitle taşeronluk sözleşmesi yapmaları bakımından ise bir engel mevcut değildir. Böyle bir ihtimalde, inceleme konusu bakımından yapılacak olan bütün açıklamalar hiç şüphesiz bu akdî ilişki bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

---

110 **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 49-50 VOB/A; **Staudinger/Peters,** Vorb. § 631 N 74, § 631 N. 22 vd.; **Werner/Pastor,** N. 1061-1062; **Akyol,** ÖBİ II, Sh. 75; **Barlas,** Sh. 200.

111 **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 49 VOB/A.

112 **Bühler,** Sh. 58; **Lionnet,** Sh. 126; **Müller,** Sh. 44-45; **Hautkappe,** Sh. 102; **Schwarz,** Sh. 50; **Vetter,** RIW 1986, Sh. 81 dn. 5; Bu sermaye, makine ve araç-gereçler ortaklar tarafından ortaklığa tahsis edilmekte ve duruma göre makine ve araç-gereçler bazen mülkiyet hakkı ile birlikte ortaklığa tahsis edilirken, bazen de belirli bir süre için ortaklığın sadece kullanımına tahsis edilmektedir (**Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 31-36 özellikle 37 VOB/A).

113 **Lionnet,** Sh. 126.

114 **von Tuhr/Escher,** § 89 V., Sh. 293.

115 **Chaix,** Sh. 53.

4. Ödünç işçi temini sözleşmesi

Taşeronluk sözleşmesi, bir müteahhidin genel müteahhit tarafından ihtiyaç duyulan iş gücünü temin etmeyi borçlandığı ödünç işçi temini sözleşmesinden (Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) de farklıdır. Zira her şeyden evvel her iki sözleşmenin konuları birbirlerinden farklıdır. Şöyle ki, ilkinde bütün projenin bir kısmına ilişkin bir neticenin meydana getirilmesi sözleşmenin konusunu teşkil ettiği ve taşeron bu borcunu tamamen kendi sorumluluğu altında yerine getirmek zorunda olduğu halde; ikincisinde sözleşmenin konusu bir alt müteahhidin kendi yönetimi altında bulunan çalışma gücünün -duruma göre iş makineleri ile birlikte[116]- belirli bir süre için asıl müteahhidin emrine tahsisinden ibarettir[117]. Yani bir başka ifadeyle ödünç işçi teminine ilişkin sözleşmede alt müteahhit konumundaki işveren sadece, kendi idaresi altındaki *iş gücünü genel müteahhidin emrine tahsis etmeyi* borçlanırken; taşeronluk sözleşmesinde taşeron, bu sözleşme ile kararlaştırılan *edimin kendi sorumluluğu altında meydana getirilmesini* borçlanmakta ve bu husus onun yardımcı personel kullanıp kullanmayacağı ve kullanacak ise hangi yardımcı personeli kullanacağı meselesi ile ilgili bulunmamaktadır[118]. Benzer şekilde taşeronluk sözleşmesinde taşeron, yüklenmiş olduğu kısmî yapı ediminin ifası için kendi işletmesine ait prensipler dahilinde organize edip işveren sıfatıyla kullandığı işçileri aracılığı ile ve asıl mütteahhidin işletme ve organizasyonuna dahil olmaksızın yapı edimini ifa ederken; ödünç işçi temini sözleşmesi çerçevesinde kullanılan işçiler, bu işçileri kullanan asıl müteahhidin işletmesinde çalıştırdığı kendi işçileri gibi işletme organizasyonuna dahil edilmektedirler[119]. Daha başka bir ifadeyle ödünç iş ilişkisinde işçiler, ödünç işçi alan asıl müteahhidin denetim ve talimatları çerçevesinde faaliyet göstermekte iken; taşeronluk sözleşmesinin sözkonusu olduğu durumlarda asıl müteahhidin herhangi bir şekilde taşeronun işçilerinden işin yerine getirilmesini talep etme hak ve yetkisi bulunmamaktadır[120].

Yapı alacaklısı ipoteğinin incelenmesi esnasında da görüleceği üzere[121], işçi temini sözleşmesi ile taşeron sözleşmelerinin yol açtığı önemli farklılıklardan birisi de yapı alacaklısı ipoteği ile ilgilidir. Taşeronlar yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etme hakkına sahip oldukları halde; işçilerin bu tür bir hakları bulunmamaktadır.

Teorik olarak bu iki sözleşme türünü birbirinden ayırmak fazla zor olmamasına rağmen özellikle Alman hukuk uygulamasında, işçi teminine ilişkin sözleşmenin bazı mahzurlarından[122] kurtulmak amacıyla taraflar bu tür sözleşmeleri de

---

116 *„Sadece inşaat makinelerinin ve diğer araç-gerecin bir müteahhidin emrine tahsisinin borçlanılmış olması durumunda kira sözleşmesi mevcuttur. Eğer kiraya veren bu makinelerle birlikte bunları kullanacak personeli de tahsis ediyorsa, ödünç işçi teminine eklenmiş bir kira sözleşmesi mevcuttur..."* bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Ingenstau/Korbion,** § 1 N. 42 VOB/A.

117 **Becker,** ZfA 1978, Sh. 140-141.

118 **Becker,** ZfA 1978, Sh. 140; **Hoyningen-Huene,** BB 1985, Sh. 1670; **Schwarz,** Sh. 24; **Jörs,** Sh. 10.

119 Karş. **BAG,** BB 1980, Sh. 1326; **BGH,** BauR 1980, Sh. 186; **Hoyningen-Huene,** BB 1985, Sh. 1672; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 107 VOB/A; **Akyiğit,** Sh. 72.

120 **Becker,** DB 1988, Sh. 2566; **Becker,** ZfA 1978, Sh. 141; **Akyiğit,** Sh. 72.

121 Bkz. §7. V. 2.

122 Almanyada bu konu büyük sorunlar doğurmuş ve konuya ilişkin özel bir düzenleme yapılması lüzumu hissedilerek özel bir kanun çıkarılmıştır (Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen

taşeronluk sözleşmesi olarak gösterme çabası içerisine girmektedirler[123]. Almanyada özellikle ödünç işçi ilişkisinin inşaat sektöründe yasaklanmasından sonra[124] bu yola sıkça başvurulmaya başlanmıştır[125]. Bu nedenle de teorik olarak birbirinden ayrılmaları fazla güçlük arzetmeyen bu sözleşme tiplerini pratikte birbirinden ayırmak çeşitli zorluklara yol açabilmektedir. Bu noktadan hareketle Alman doktrin ve uygulamasında her iki sözleşmeyi birbirinden ayırmak için çeşitli kriterler geliştirilmiştir. Bu kriterler *„taraflar arasında yapılmış bulunan sözleşmenin şartlarının ve bu şartlar çerçevesinde sözleşmenin gerçek (fiili) uygulanma tarzının belirlenmesi"* esasına[126] dayanmakta, bu da bir araştırmayı gerekli kılmaktadır. Bu araştırmanın yapılması bakımından ise sözleşme metninde kullanılmış bulunan sözleşme tipine ilişkin deyimlerden ziyade, sözleşmenin taraflar arasındaki gerçek uygulanma tarzının tesbiti önem kazanmakta (BK m. 18) ve bu hususta çeşitli unsurlar dikkate alınmaktadır: Mesela bir alt müteahhitlik sözleşmesinde alt müteahhit, genel müteahhidin yapı ediminin ifasına ilişkin genel organizasyonuna tabi olmakla birlikte, yaptığı sözleşmenin alt müteahhitlik sözleşmesi olabilmesi için bu genel organizasyon içerisinde kendisinin meydana getirilmesinden sorumlu olduğu kısım bakımından belirli bir bağımsızlığa sahip olması gerekir. Bu çerçevede alt müteahhit borcunun ifasında ne kadar personel kullanacağına kendi işletme organizasyon ve anlayışı dahilinde kendisi karar verecektir. Eğer yapılmış bulunan sözleşmede, alt müteahhidin ne kadar personeli bu iş için görevlendireceği kesin bir şekilde tesbit edilmiş ise bu durumda ödünç işçi temini sözleşmesinin sözkonusu olduğu ifade edilmektedir[127].

Yine taşeronluk sözleşmesinin mevcudiyetinin kabulü için genel olarak işçilere talimat verme yetkisinin de işveren sıfatıyla taşerona ait olması, bir zorunluluk olduğu gibi, işçilerin çalışma saat ve sürelerinin belirlenmesi ile onların mesai esnasında kontrol ve gözetimlerine ait yetkilerin de alt müteahhide ait olması birer zorunluluktur[128]. Eğer bu durumun aksine alt müteahhide ait işçilere talimat

---

Arbeitnehmerüberlassung vom 7.8.1972 (BGBl. I Sh. 1393). Bu kanun bir işçinin ödünç işçi olarak başka bir iş yerinde çalıştırılması ile ilgili bir çok sınırlandırma getirmektedir. Mesela bu kanuna göre (§3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG) ödünç işçi ilişkisi ancak belirli bir süre için (9 ay) kurulabilmektedir. Yine profesyonel olarak başka firmalara ödünç işçi temin etmekte olan kuruluşlar bunun için özel bir izin almak ve bu konuda yaptıkları her sözleşmeyi ilgili makama bildirmek zorundadırlar (§1 Abs. 1 ve §7 AÜG). Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Becker/Wulfgramm,** AÜG Art. 1 §1; **Hoyningen-Huene,** BB 1985, Sh. 1670; **Feuerborn/Hamann,** BB 1994, Sh. 1346; Ödünç işçi temini sözleşmesinin özellikle ödünç olarak verilen işçiler bakımından doğurduğu sakıncalarla ilgili olarak ayrıca bkz. **Akyiğit,** Sh. 212-216.

123 **Hoyningen-Huene,** BB 1985, Sh. 1670; **Frerichs/Möller/Ulber,** Sh. 92 vd.

124 25.6.1969 tarihli *„Arbeitsförderungsgesetz"* adlı kanunu değiştirmek suretiyle bu yasağı getirmiş bulunan 22.12.1981 tarihli bu kanun 1.1.1982'de yürürlüğe girmiştir (Kanun metni için bkz. aynı tarihli BGBl. I Sh. 1947). Bu kanunla getirilen düzenlemelere aykırı hareket edenler bakımından ise çeşitli cezalar öngörülmektedir (Bu cezai hükümler için bkz. §§ 15, 15a, 16 AÜG).

125 **Frerichs/Möller/Ulber,** bu tür sözleşmeler için görünüşte eser sözleşmesi (Scheinwerkvertrag) tabirini kullanmaktadırlar (Sh. 92 vd).

126 Bir sözleşmenin türünü belirlemek için kullanılmakta olan bu ilke ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Larenz,** Methodenlehre, Sh. 189 vd.

127 **Frerichs/Möller/Ulber,** Sh. 104; **Hoyningen-Huene,** BB 1985, Sh. 1672; **Jörs,** Sh. 11.

128 **BGH,** BB 1980 Sh. 368; **Frerichs/Möller/Ulber,** Sh. 101; **Becker,** ZfA 1978, Sh. 141.

verme yetkisi genel müteahhide verilmiş ise[129] bu durumda da ödünç işçi temini sözleşmesinin mevcut olduğu kabul edilmektedir[130].

Taşeronluk sözleşmesini diğerinden ayırmak için kullanılan bir başka kriter de kararlaştırılan ücretin hesaplanma tarzı ile ilgilidir. Eğer sözleşmede taşerona ödenecek ücretin, çalışma süresine göre hesaplanacağı kararlaştırılmış ise bu durumda taşeronluk sözleşmesinin sözkonusu olamayacağı, zira taşeronun ücretinin genel proje dahilinde belirlenmiş bir miktara ilişkin olabileceği ve daha önemlisi taşeronun ücrete hak kazanabilmesi için sadece belirli bir süre çalışmış olmasının yeterli bulunmadığı, bunun için meydana getirilmiş yapı eserinin ifa olarak kabulüne ilişkin şartların gerçekleşmesinin şart olduğu haklı olarak ifade edilmektedir[131]. Gerçekten de BK m. 368/I gereği[132], yapılan şey teslimden önce telef olmuş ise müteahhit, iş sahibinin mütemerrit olması ihtimali dışında, ne kararlaştırılmış bulunan ücretini ve ne de masraflarını talep imkânı bulamamaktadır.

Aynı şekilde sözleşmede belirli bir neticenin borçlanılması ve ödenecek ücretin bu sonuca göre belirleneceğinin kararlaştırılması yerine, belirli sayıda işçinin, belirli bir süre için tahsis edileceği ve bunun gerçekleşmesi durumunda müteahhidin ücrete hak kazanacağı kararlaştırılmış ise yine alt müteahhitlik sözleşmesinin mevcut olamayacağı kendiliğinden anlaşılacaktır[133].

V. Taşeronluk sözleşmesinin yararlı ve sakıncalı yönleri

Aşağıda açıklanacağı üzere taşeronluk sözleşmesi yararlı yönlerinin yanında önemli bazı sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Birazdan açıklanacak olan bu sakıncalarına rağmen taşeronluk sözleşmesi, özellikle büyük çaplı inşaat projelerinde sıklıkla başvurulan bir müteahhitlik tarzı olarak karşımıza çıkmaktadır.

1. Yararlı yönleri

Sonraki bölümlerde görüleceği üzere, taşeronun sözleşme ilişkisine dahil olmasından en çok menfaat elde eden şahıs asıl müteahhittir. Fakat bu tür bir müteahhitlik ilişkisinin iş sahibi ve taşeron bakımından da çeşitli yararları vardır.

---

129 Bilindiği üzere, eser sözleşmesi çerçevesinde iş sahibinin de BK m. 368'e göre bazı durumlarda emir ve talimat verme yetkisi bulunabilmektedir. Bu yetki alt müteahhidin ifa yardımcısı konumunda bulunan işçilerine emir ve talimat verme tarzında ortaya çıkabilirse de burada sözkonusu olan sadece yapılacak şeyin *„imal ve inşa tarzı"* ile ilgili olarak (BK m. 368/III) ve projenin doğru bir şekilde uygulanabilmesi bakımından zorunluluk bulunduğu ölçüde gündeme gelebilen emir ve talimatlardır. Yoksa yukarıda olduğu gibi, işçilerin somut olarak mesai tarzlarının belirlenmesine ilişkin emir ve talimatlar değil. Bu tür emir ve talimatları verme yetkisinin alt müteahhide ait olması zorunluluğu onun, kendi çalışma ve organizasyon tekniğine ilişkin ölçüleri çerçevesinde imalat borcunu yerine getirebilmesi bakımından bir gereklilik olarak ortaya çıkacaktır.

130 **Hoyningen-Huene,** BB 1985, Sh. 1672; Karş. **BAG,** BB 1977 Sh. 945; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N 107 VOB/A; Özellikle işçilerin ücretleri de alt müteahhit tarafından değil asıl müteahhit tarafından ödeniyorsa, bu sözleşme işçi temini sözleşmesi olarak kabul edilmektedir (**Jörs,** Sh. 11 dn. 32).

131 Karş. **BAG,** BB 1977, Sh. 945; **Becker,** ZfA 1978, Sh. 142;.**Hoyningen-Huene,** BB 1985, Sh. 1673.

132 Bu hükme paralel bir düzenleme Alman Medeni Kanununda da yer almaktadır (§644/I BGB)

133 **Jörs,** Sh. 11-12.

a. Asıl müteahhit bakımından

aa. İlave yatırım yapmaksızın kapasite artışı sağlanması

Taşeronun işin yapımına dahil edilmesi, asıl müteahhide işlerin kabulünde ilave kapasite ve iş gücü imkânı sunduğu gibi[134], taşeronun özel bilgi ve tecrübelerinden yararlanma imkânı da sağlamış olur[135].

Büyük çaplı inşaat sözleşmeleri çok yüksek maddi değere sahip olmakla birlikte, çok sıklıkla ortaya çıkmamaktadırlar. Bu nedenle mesela bir müteahhit, bu tür bir projeyi tek başına hayata geçirebilecek kapasite ve yeteneğe sahip olmak amacıyla yatırımlara girişmiş olsa, temin edeceği bu iş kapasitesini bu tür işlerin yeteri sıklıkta ve kolaylıkla çıkmaması nedeniyle belki de yeterince çalıştıramayacak ve boşuna yatırım yapmış olacaktır. Böyle bir durumda müteahhit, bütün işleri bizzat yapma çabası içerisine girmektense, bu tür bir işi aldıktan sonra, işin bazı bölümlerinin meydana getirilmesi için, yeterli kapasiteye önceden sahip bulunan bir alt müteahhidi görevlendirme yolunu seçerse, pahalı ve özel makinelerin veya aletlerin alınması için yapılacak masraflardan kurtulmuş olmakla kalmayacak, kendi bilgi-tecrübe birikimi (know-how) ve araç gereç kapasitesi ile altından kalkması mümkün olmayan işleri dahi alma imkânına kavuşmuş olacaktır. Böylece asıl müteahhit hem pazara sunmuş olduğu hizmetin kapsamını genişletmiş olacak ve hem de her zaman tam kapasite çalışma imkânını elde etmiş olacaktır[136].

bb. Hareket alanının genişlemesi ve işlerde sür'atin temini

Taşeronun işe dahil olması asıl müteahhit için aynı zamanda büyük bir elastikiyet anlamına da gelir. Böylece o, kendi işletmesi tamamen dolu olsa dahi, müşterilerinin acil isteklerini dahi yerine getirebilecektir.

Bundan başka taşeronun işin yapımına dahil olması asıl müteahhit için büyük bir zaman tasarrufu anlamına da gelebilir. Yapı eserinin çeşitli kısımları önceden ve aynı zaman dilimi içerisinde alt müteahhitler tarafından tamamlanabilir ve böylece bütün yapı eserinin meydana getirilmesi kısa bir zaman dilimi içerisinde mümkün olur. Bundan dolayı müteahhit, rakiplerine karşı avantajlı bir duruma gelmiş olacaktır.

cc. Kalite yükselmesi

Taşeronların işe dahil olmaları genellikle, kalitenin yükselmesi neticesini de beraberinde getirir. Uzman taşeronların işe dahil olmaları, asıl müteahhidin yeni ve alternatif üretim teknikleri ile tanışmasını sağlar ve en son teknik gelişmelere uygun bir şekilde eserin tamamlanması garanti edilmiş olur. Diğer taraftan müteahhit, taşeronların meydana getirdikleri yapı kısımları bakımından da iş

---

134 **Pause,** Sh. 143.

135 **Schwarz,** Sh. 7; *„Asıl müteahhidin alt müteahhide yapacağı iş karşılığında ödeyeceği ücret, işin bizzat kendisi tarafından yapılmış olması ihtimaline nazaran belki de daha fazla olacaktır; fakat alt müteahhide bu şekilde fazla ücret ödenmesi, asıl müteahhidin senenin büyük çoğunluğunda âtıl vaziyette durmakta olan bir kapasiteye sahip olmasına nazaran her zaman daha ucuzdur."* (**Kremer,** Sh. 9).

136 **Kremer,** Sh. 9; **Schwarz,** Sh. 7; **Hautkappe,** Sh. 94.

sahibine karşı tekeffül yükümlülüğü altında bulunduğundan, o, iş vermiş olduğu taşeronları, bu işler kendi işletmesinde yapılmış olsaydı görmeyecek olduğu küçük hataları dahi görecek şekilde ve kendi işletmesinde meydana getirilmiş eser parçalarından da daha özenli bir şekilde kontrol ve denetime tabi tutacaktır.

dd. Maliyetten tasarruf

Taşeronların işe dahil olmaları, genel olarak asıl müteahhidin üretim maliyetlerini düşürmesi neticesini de beraberinde getirir[137]. Çünkü taşeronlar, iş durumu dikkate alınarak işin yapımına dahil edilirler ve böylece müteahhit borcunun ifası için sadece ilave bir iş gücünü sürekli olarak hazır bulundurmaktan kurtulmuş olmakla kalmaz; ayrıca duruma göre makine ve araç gerekçlerin yüksek bakım ve depolama masraflarından da tasarruf etmiş olur[138]. Asıl müteahhidin tasarruf edeceği bir masraf kalemi de müşteri hizmetleri ile ilgilidir. Taşeronlar kendi yapmış bulundukları kısımlar için asıl müteahhide karşı garanti yükümlülüğü altında olduklarından, bu kısımlarla ilgili ortaya çıkabilecek müşteri şikayetlerini de kendileri gidermekle yükümlü olacak ve asıl müteahhit, işin tamamı kendisi tarafından yapılmış olsaydı yapacak olduğu bu tür masraflardan da böylelikle kurtulma imkanına kavuşmuş olacaktır.

ee. İş hukuku bakımından ortaya çıkan yararlar

Böylece asıl müteahhit, taşeron tarafından ifa edilecek edimle ilgili olarak ortaya çıkabilecek bütün iş hukuku problemlerinden de kurtulmuş olacaktır[139]. Mesela asıl müteahhit bakımından, sürekli işçi çalıştırmanın yol açacağı nitelikli işçi temini, idaresi ve maaşa ait yan ödemeler kapsamında yapılması gerekli bütün ek masraflar artık onun için gündemden kalkmış olacaktır. Yine asıl müteahhit, ihtiyaç duyduğu personeli seçmekte daha rahat hareket etme imkânı bulacak ve böylece sürekli istihdam etmekte olduğu personeli de daha verimli kullanabilecektir. Nihayet asıl müteahhit, yapılmasını taşerona ihale etmiş bulunduğu işler bakımından bir işveren için gündeme gelebilecek bazı rizikolardan da kurtulmuş olacaktır. Mesela bir işveren sürekli personeline karşı sorumlu olduğu hastalık ve izin durumlarında maaş ödemeye devam etmekle yükümlü olduğu gibi, arzu edilen verimlilikte çalışmayan veya çalışamayan yahut işlerin azalması veya kötü gitmesi halinde ihtiyaç fazlası haline gelen işçilerin işine rahatlıkla son verme imkânından da yoksundur[140].

Yine asıl müteahhidin, işçilerinin sayısına göre iş kanunu veya toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanacak olan mükellefiyetlerden de böylece kurtulma fırsatını elde etmiş olması, onun için ayrıca dikkate alınması gereken bir faide olsa gerektir.

---

137 **Yalçınduran,** Sh. 23.

138 Karş. **Seliçi,** Sh. 31.

139 İşyerinde, işyeri güvenliğinin sağlanmasından taşeronun sorumlu olacağına dair bir **Yargıtay** kararı (10 HD. 18.5.1999 t., E. 3208, K. 3311) için bkz. YKD Aralık 1999, Sh. 1667-1668.

140 **Schwarz,** Sh. 9; **Pause,** Sh. 143.

ff. İlave kazanç temini

Nihayet taşeronun işe dahil edilmesi asıl müteahhide ek bir kazanç temin etme imkanı da sağlayacaktır[141]. Zira o, taşerona mümkün olan en düşük ücreti vermek suretiyle işi yaptırmaya çalışacak, buna mukabil iş sahibine kendi menfaatlerine uygun bir ücreti kabul ettirecektir. Bu durum özellikle, müteahhidin işi önceden alması ve daha sonra işin bir kısmını veya tamamını taşeronlara ihale etmek istemesi ihtimalinde ortaya çıkacaktır. Bu ihtimalde asıl müteahhit, kendi işinden emin olur ve titizlikle yapılmış bir araştırma neticesinde elde edeceği bilgiler doğrultusunda taşeronların rekabetinden istifade etme imkânı bulur. Uygulamada asıl müteahhitler şu şekilde hareket etmektedirler: Asıl müteahhit, kendi teklifini iş sahibine vermeden önce, mümkün olduğu kadar fazla taşerondan teklif alır. İşin kendisine verilmesinin kesinleşmesinden sonra ise bu müteahhit, önceden teklif vermiş olan taşeronlara, işin kendisine verilmiş olduğunu da belirterek, taşeronlara yaptırılacak işlerin nelerden ibaret olduğunu haber verir ve onlardan teklif etmiş oldukları fiatları tekrar gözden geçirerek daha uygun bir fiat teklifi hazırlamalarını talep eder. Taşeronlar ise genellikle küçük firmalar olup, özellikle piyasanın durgun olduğu zamanlarda yeni işlere muhtaç olacaklarından asıl müteahhit, böylece fiat indirimini garanti etmiş olacaktır[142]. Yalnız bu açıklamalar, kendi faaliyet alanlarında çok az sayıdaki uzmanlar arasında bulunan taşeronlar bakımından geçerli olamayacaktır. Bu ihtimalde asıl müteahhit, kendi borcunun ifası bakımından bu taşerona mutlak surette muhtaç durumda olacağından, kendisi onun şartlarını kabul etmek zorunda kalacaktır. Elbette asıl müteahhit bu ihtimalde dahi, bu taşeronun özel bilgisi olmadan yerine getirilmesi mümkün olmayan kendi borcunu ifa imkânına kavuşmuş olmakla nihai olarak kazanç elde etmiş olacaktır.

b. Taşeron bakımından

aa. Yeni işler elde etme imkânı

Taşeron, bu şekilde işin yapımına dahil olmakla, normal şartlar altında hacim büyüklüğü nedeniyle kendisinin tek başına yürütmesi mümkün olmayan projelere dahil olma imkânı elde etmiş olmaktadır. Böylelikle taşeron, yeni ve ilave iş imkânları elde etmekte ve işletmesini tam kapasite ile çalıştırma imkânına kavuşmuş olmaktadır.

bb. Tecrübe birikimi

Böylelikle, asıl müteahhit ve diğer taşeronlarla birlikte çalışma imkânı elde etmekte olan taşeron, duruma göre yeni üretim teknikleri ile tanışma imkânı da elde etmiş olabilmektedir. Buna ilaveten büyük projelere iştirak sayesinde

---

141 **Hautkappe,** Sh. 94; Yazar ayrıca, genel müteahhit olarak faaliyet gösteren asıl müteahhidin, taşeron kullanımı ile ilgili riskleri üzerine almış olması nedeniyle, ücretinin %10-15 civarında daha fazla olarak belirleneceğini ifade etmektedir.

142 Anılan bu durum için bkz. **Kühnel/Langer,** Sh. 610-612; Asıl müteahhidin taşeronlar arasındaki bu rekabetten yararlanması, her bir taşeronla yürüttüğü sözleşme görüşmelerini ciddi ve samimi bir niyetle yürütmesi ihtimalinde, kendisi ile sözleşme akdetmediği taşeronlara karşı bir sorumluluk altına girmesine yol açmaz. Fakat o, bu rekabeti suistimal etmek ve özellikle sözleşme yapma niyeti taşımaksızın taşeron adayı müteahhitlerle görüşmeleri yürütmüş ise **culpa in contrahendo** sorumlu olacaktır (Karş. **BGE** 77 II 137; **BGE** 46 II 373).

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

taşeron, pazardaki boşlukları-ihtiyaçları daha iyi tesbit edebilir ve kendisini duruma göre bir alanda uzmanlaşmaya yöneltme imkânına kavuşmuş olur. Yalnız ifade edilmelidir ki bu yararlar, sadece taşeron olarak çalışmak suretiyle elde edilebilecek yararlar değildir. Bu tür yararlar, bir projede birden fazla müteahhidin birlikte çalışmasından kaynaklanabilecek muhtemel bilgi değişim imkânları sayesinde de elde edilebilecek olan yararlardır.

c. İş sahibi bakımından

aa. Bir tek kişi ile muhatap olma

Taşeronlar işe dahil edildikleri sürece iş sahibi bakımından, genel müteahhide iş vermekle bütün işleri bir tek elde (muhatapta) toplama imkânı doğmakta ve böylece o, inşaatın meydana getirilmesinde görev alması sözkonusu olan bütün müteahhitlerle birebir akdî ilişkiye girmek zorunda kalmaksızın, sadece bir muhatapla ortaya çıkabilecek bütün zorlukları izale etme imkânına kavuşmuş olmaktadır[143].

Bu durumun iş sahibi için faydası, özellikle ortaya çıkan ayıbın bir tek müteahhidin sorumluluğuna dahil edilmesinin zor olduğu durumlarda daha iyi anlaşılacaktır. Bu ihtimalde iş sahibi, (ayıbı) illiyeti belirli bir müteahhide bağlamak zorunda olmayıp, bilakis hangi taşeronun ayıba sebebiyet verdiğinden bağımsız olarak kendisine karşı, iş verdiği taşeronlarının sebebiyet verdiği ayıplara karşı da tekeffül etmek zorunda olan genel müteahhide müracaat edebilecek ve bu çerçevede, inşaatın her bir kısmı farklı müteahhitler tarafından yapılmış olsa da onun tabi olacağı tek ayıbı ihbar süresi ve zamanaşımı süresi sözkonusu olacaktır. Bu da iş sahibi için çok büyük bir kolaylık teşkil edecektir[144].

Yine iş sahibi sadece bir çok müteahhitle ayrı ayrı sözleşmeler yapıp, herbiri ile ayrı ayrı uğraşmaktan kurtulmuş olmakla kalmayacak; işi bir uzmana vermiş olmanın getirdiği avantajla inşaatın tamamlanması için gerekli işler arasındaki eşgüdüm ve uyumu da en iyi ve en kısa zaman dilimi içerisinde yaptırma imkânına kavuşmuş olacaktır[145].

bb. İş sahibinin özel isteklerinin tatmini

İş sahibi bunlardan başka, bazı teknik sebeplerden veya taşeronun özel ve yüksek bir kalitede eser meydana getirilmesi hususunda kendisine söz vermiş olması nedeniyle, işin belirli bir kısmının belirli bir taşerona verilmesi hususunda özel bir istekte de bulunabilir[146]. Bunun gibi iş sahibi, tamamen özel sebeplerden dolayı veya ticaret anlayışı nedeniyle de belirli bir taşerona iş temin etmek isteyebilir. Yalnız bu durum çok istisnaidir. Olayların büyük bir çoğunluğunda iş sahibi taşeron veya taşeronları kesinlikle tanımaz.

---

143 **Huber,** N. 1; **Hautkappe,** Sh. 94; **Pause,** Sh. 143; **Bayer,** Sh. 91.

144 **Schwarz,** Sh. 11; **Huber,** N. 1; **Hautkappe,** Sh. 94.

145 **Hautkappe,** Sh. 94.

146 Karş. **Akyol,** ÖBİ I, Sh. 90.

cc. Kamu işverenleri bakımından iktisadi politikaların gerçekleştirilmesi

Nihayet taşeronun işe dahil edilmesi ile iktisadi bir politika da izlenmiş olabilir. Mesela kamu işverenleri, kanuni düzenlemeler veya kararnameler aracılığı ile küçük veya orta ölçekli işletmelerin korunması veyahut da ekonomik durumun zayıf olduğu bölgelerde ekonominin canlandırılması amacıyla, işin belirli bir bölümünün taşeronlar tarafından yapılmasını öngörebilirler[147]. Özellikle uluslararası büyük çaplı inşaat sözleşmelerinin sözkonusu olduğu durumlarda iş verenler, döviz azlığı veya işsizlik nedeniyle işi alan müteahhitten ulusal firmaların taşeron olarak kullanılmasını talep edebilmektedirler[148].

2. Sakıncalı yönleri

İşlerin bir kısmının taşeronlara yaptırılması taraflar bakımından sadece yararlar içermemekte; aksine bazen hem asıl müteahhit, hem taşeron ve hem de iş sahibi bakımından hiç de küçümsenmeyecek riskleri de beraberinde getirmektedir.

a. Asıl müteahhit bakımından

Daha önce de ifade edildiği gibi[149] asıl müteahhit ile taşeron arasındaki akdî ilişki, iş sahibi ile asıl müteahhit arasındaki akdî ilişkiden bağımsız bir akdî ilişki meydana getirir. İş sahibi ile asıl müteahhit arasındaki sözleşme asıl inşaat sözleşmesi; asıl müteahhit ile taşeron arasındaki sözleşme ise taşeronluk veya alt müteahhitlik sözleşmesi olarak adlandırılır. Hukuki olarak düşünüldüğünde, bir akdî ilişkide ortaya çıkan değişiklik veya aykırılıklar her zaman ne diğerini etkiler ve ne de iş sahibi ile taşeron arasında doğrudan bir hukukî ilişkinin kurulmasına sebebiyet verir. İş sahibi ayıptan kaynaklanan hakları taşerona karşı kullanamadığı gibi, alt müteahhit-taşeron da iş sahibinden ücretinin ödenmesini[150] talep edemez. Her ikisi de sadece asıl müteahhit ile akdî ilişki içerisindedirler. Asıl müteahhit, hukukî olarak değil fakat fiili olarak birbirine bağlı bulunan iki ayrı akdî ilişki arasındaki bağlantı noktasını teşkil eder.

Asıl müteahhit, özellikle asıl sözleşme ile taşeronluk sözleşmesi arasında belirli noktalarda uyum temin edilmediği takdirde, çok önemli bazı zorluklarla karşı karşıya kalabilir[151]. Bir kaç basit örnek onun bu durumunu açıklığa kavuşturmak için yeterli olacaktır:

Asıl inşaat sözleşmesi kurulmadan taşeronluk sözleşmesinin kurulmuş olması ve daha sonra asıl sözleşmenin kurulması ihtimalinin ortadan kalkması bu risklerden ilkidir. Böyle bir durumda, edimin kullanım amacına ilişkin riskin alacaklıya ait olması[152] sebebiyle asıl müteahhit, kendisi için anlamını yitirmiş olan taşeronun edimini kabul etmek zorunda kalabilecektir.

---

147 **Schwarz,** Sh. 11.

148 **Kremer,** Sh. 9; Ayrıca karş. **Akyol,** ÖBİ I, Sh. 91.

149 Bkz. §1. III. 5. a.

150 Taşeronların yapı alacaklısı sıfatıyla sahip oldukları ipotek hakkı bu durumun kanun tarafından öngörülmüş istisnasını teşkil etmektedir. Bu hususta bkz. ileride §7. V.

151 **Hautkappe,** Sh. 94; **Schwarz,** Sh. 14; **Kleine-Möller,** §3 N. 13, 14; **Bühler,** Zürcher Kommentar, Art. 364 N. 52; **Nicklisch,** Risiken, Sh. 49; **Saxer,** Sh. 51.

152 **Bischoff,** Sh. 165.

Aynı şekilde her iki sözleşmede kararlaştırılmış bulunulan edimlerin nitelik olarak biribirlerinden farklı olması ihtimalinin bulunması da asıl müteahhidin karşılaşabileceği zorluklardan birisidir. Bu ihtimalde de asıl müteahhit, taşerondan, asıl sözleşmenin ifası amacıyla kullanamayacağı bir edimi ifa olarak kabul etmek ihtimali ile karşı karşıya kalabilecektir.

Yine alt mütahhide karşı yöneltilmesi sözkonusu olan ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan talep haklarına ilişkin zamanaşımı süresi, BK m. 362 çerçevesinde onun kendi işini tamamlamasını takip etmek zorunda olan yapı eserinin kabulü ile işlemeye başlar. Asıl müteahhit ise iş sahibine karşı yapı eserinin bütün olarak meydana getirilmesinden sorumlu olduğu için, ona karşı yöneltilecek garanti taleplerine ilişkin zamanaşımı süresi, işin niteliği gereği çok daha sonra, ezcümle bütün yapı eserinin iş sahibine teslim edilmesi ile birlikte işlemeye başlayacaktır. Bunun anlamı şudur ki, asıl müteahhidin edimi, taşeronların garanti yükümlülüklerine ait zamanaşımı süresi işlemeye başladıktan ve belki de onların tabi olduğu zamanaşımı süresi dolduktan sonra teslim edilecek olgunluğa erişir (teslime hazır hale gelir). Dolayısıyla asıl müteahhit, taşeronlara karşı sahip olduğu kendi garanti taleplerinin zamanaşımına uğramış bulunduğu bir zaman diliminde, iş sahibinin garanti talebini kendisine yöneltme tehlikesi ile karşı karşıya olacaktır.

Asıl müteahhit ücret alacağının ödenmesi bakımından da olumsuz bir konumda bulunabilir. Şöyle ki, alt müteahhidin ücret alacağı, BK m. 364/I çerçevesinde yapı eserinin (işin) asıl müteahhit tarafından kabul edilmesi ile birlikte ve asıl müteahhidin iş sahibinden kendi ücretini alıp almadığından bağımsız olarak muaccel hale gelir. İş sahibinin henüz ücret borcunu ödemediği bir anda, alt müteahhidin asıl müteahhide kendi ücretini ödemesi talebini yöneltmesi pekala mümkündür ve bu durumda asıl müteahhit, özellikle bu duruma hazırlıklı değil ise çeşitli zorluklarla karşılaşabilecektir. Bu hususdaki bir başka örnek ise çeşitli ekonomik zorluklar içerisinde bulunan alt müteahhidin iflâs etmesi durumudur. Böyle bir ihtimalde dahi asıl müteahhit iş sahibine karşı eserin usulüne uygun ve zamanında teslimi borcuna aykırı hareket edemeyecektir.

Bu kural, asıl sözleşmenin feshedilmesi ihtimalinde, taşeronluk sözleşmesinin de feshedilip feshedilemeyeceği meselesi bakımından da geçerli olup; bu durumlarda değerlendirmeler kural olarak, her iki akdi ilişkinin birbirinden bağımsız olmaları temeline dayalı olarak yapılacak ve yine birbirinden tamamen bağımsız bir şekilde ilgili taraflar arasında varılacak uzlaşmayla müstakil olarak karara bağlanacaktır.

Asıl mütahhit her iki akdî ilişkiye de taraf olması nedeniyle, yukarıda kısaca özetlenen bütün bu rizikoları üstlenmiş olacaktır[153]. Muhtemelen ortaya çıkabilecek bu rizikolar, kural olarak yukarıda anlatılan yararlara nazaran daha az oldukları için, uygulamada alt müteahhitlik sözleşmesinden vazgeçilmesi sonucunu doğurmamaktadırlar. Zaten asıl müteahhit, üzerine almış bulunduğu genişletilmiş rizikoyu genellikle sözleşmenin diğer tarafına (duruma göre iş sahibi veya taşerona) yüklemeyi denemektedir. Genellikle iş sahibi de eseri bir tek elden teslim alabilmek ve ilgili alt müteahhitlerle muhtemel tartışmalara girmekten kurtulmak amacıyla, yüksek bir bedel ödemeye hazır olacaktır[154].

---

153 **Hautkappe,** Sh. 94-95.

154 **Schwarz,** Sh. 14-15.

Uygulama ve mahkeme kararlarında bazı örneklerin de açıkça ortaya koyduğu gibi asıl müteahhit, çok defa -edimleri arasındaki ayniyet dolayısıyla- asıl müteahhitlik sözleşmesi ile alt müteahhitlik sözleşmesini nihai olarak birbirine uygun olarak akdetmeyi ve muhtemel rizikoları sözleşmenin diğer taraflarına aktarmayı ve böylece kendi yükümlülüğünü mümkün olduğu kadar az tutmayı denemektedir.

b. Taşeron bakımından

aa. Kuvvetli bir rekabete girme zorunluluğu

Genellikle alt müteahhit küçük bir işletme olacağından, kendisi gibi küçük müteahhitlik işletmeleri ile daima rekabet içerisinde bulunur. İş sahibinden doğrudan iş almanın aksine, bir asıl müteahhitle iş görüşmesi yapılması esnasında alt müteahhitler arasındaki rekabet daha da kızışır; zira bilindiği üzere asıl müteahhit, pazardaki iş durumuna ilişkin bilgisi nedeniyle, rakipler arasındaki rekabetten sadece iş sahibine daha uygun bir teklif geliştirmek amacıyla değil, bunun yanında ve her şeyden evvel *kendisi için mümkün olan en büyük kazancı elde edebilmek* özel amacıyla yararlanabilecek durumda olacaktır. Yukarıda tekrar teklif istenmesi ile ilgili olarak anılan örnek[155], bu durumu açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

bb. Muhtemel bağımlılıklara yol açması

Bu sözleşme aracılığı ile büyük projelere katılma imkânını elde etme, taşeron için bir taraftan yeni iş imkânlarının doğumuna yol açarken, diğer taraftan da onun için bir (genel) müteahhide çok fazla bağlanma tehlikesini beraberinde getirmektedir. Eğer bir müteahhit geçici iş sıkıntıları nedeniyle gittikçe artan oranlarda ve hatta duruma göre sürekli olarak aynı (genel) müteahhit için taşeron olarak çalışmaya başlarsa, bu durum çok defa taşeronun kendi başına iş almak için çaba sarfetmekten vazgeçmesi ve böylece bir (genel) müteahhide bağımlılığı sonucunu doğuracaktır. Bu durum taşeronun, sadece (genel) müteahhidin içine düşmesi muhtemel bir ekonomik krizden olumsuz etkilenmesine yol açmakla kalmayacak, aynı zamanda (genel) müteahhidi taşeronun bu bağımlılığından kendi menfaati için yarar sağlamaya ve dolayısıyla onun ücretini mümkün olduğu ölçüde düşük tutmaya tahrik edecektir[156].

Bir alt müteahhidin kendisine işveren bir tek genel müteahhidin bulunması ve çalışmalarını sürekli bir şekilde olarak bu genel müteahhide tabi olarak yürütmesinin ödünç işçi temini sözleşmesinin mevcudiyetine dair belirtilerden birisi olduğu da ifade edilmektedir[157].

cc. Akdi rizikoların üzerine devri ihtimalinin büyük olması

Nihayet yukarıda anılan iki sakıncaya bağımlı olarak taşeronu özellikle olumsuz bir şekilde etkileme ihtimali bulunan bir diğer sakınca da, asıl müteahhidin her iki sözleşmeye de taraf olmanın sağladığı avantajla, her iki sözleşmeye de benzer kayıtlar koymak suretiyle her iki sözleşmeyi birbirine bağımlı kılma ve böylece her

---

155 Bkz. §1. V. 1. a. ff.

156 **Schwarz,** Sh. 16.

157 **Hoyningen-Huene,** BB 1985, Sh. 1672.

iki sözleşmeye taraf olmanın kendisi bakımından doğurduğu sakıncaları taşerona nakletmeyi deneme imkânına sahip olmasıdır[158]. Bu çerçevede taşeron için, asıl müteahhit ile iş sahibi arasındaki sözleşmeden kaynaklanıp kendisi için (aslında) ilave riziko teşkil eden bu rizikoların ne ölçüde taşeronluk sözleşmesine somut olarak ilave edilmek suretiyle kendisine yüklenebileceği (daha doğru bir deyimle asıl müteahhit tarafından nakledilebileceği) sorusu önem arzeder. Derhal ifade etmek gerekir ki, sözleşme şartlarının belirlenmesinde, esasen taşerona ihale edilecek olan kısmî edime ilişkin arz talep dengesi etken olacaktır. Kendilerine özgü bir uzmanlık alanına sahip olmayan veya kendilerine has özel yapım teknikleri geliştirmiş bulunmayan küçük ve orta ölçekli müteahhitlik işletmeleri, olayların büyük çoğunluğunda işi alabilmek için asıl müteahhit tarafından ortaya konulan şartlara boyun eğeceklerdir. Sadece istisnai bazı durumlarda -özellikle taşeronun yapı tekniğine ilişkin özel bilgi birikimi ve yeteneklerinin (know-how) bulunması nedeniyle aranılan bir müteahhit olması ihtimalinde- taşeron kendi şartlarını asıl müteahhide kabul ettirme imkânına sahip olabilecektir. O bakımdan taşeron olayların büyük bir çoğunluğunda, normal sözleşme şartları dikkate alındığında yüklenmesi gerekmeyen ilave rizikoları da yüklenmek zorunda kalacak ve böylece sözleşmeden zararlı çıkma riski artacaktır[159].

c. İş sahibi bakımından

İşin yapımına alt müteahhitlerin dahil edilmesi durumunda, aynı zamanda inşaatın yapılmakta olduğu gayrımenkulün maliki durumunda olan iş sahibi bakımından gündeme gelebilecek en önemli tehlike, inşaatçı (yapı alacaklısı) ipoteği dolayısıyla onun eser bedelini iki defa ödemek zorunda kalabilecek olmasıdır[160]. Gerçekten de hem asıl müteahhit ve hem de taşeron veya taşeronlar (bu taşeronların birbirleri tarafından atanmış ikinci veya üçüncü dereceden taşeron olmaları dahi mümkündür), birbirlerinden bağımsız olarak inşaatçı ipoteğinin tescilini talep etme hakkına sahip olabilmekte[161] ve bu taşeronların ücret alacağı ödenmediği takdirde, iş sahibi asıl müteahhide bütün ücret borcunu ödemiş olsa dahi, aynı edim için bir veya birden fazla inşaatçı ipoteğinin tescili gündeme gelebilmektedir. Böyle bir durumda da iş sahibi ücret borcunu iki defa veya daha fazla ödeme tehlikesi ile karşı karşıya kalabilmektedir[162].

---

158 **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 139 VOB/A.

159 **Schwarz,** Sh. 16.

160 **BGE** 95 II 87; **BGE** 103 II 56; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 89; **Eren,** Müteahhidin borçları, Sh. 67.

161 **Schumacher,** N. 487-488; **Sajonz,** Sh. 195; **Seliçi,** Sh. 30.

162 **Schumacher,** N. 487-488; **Sajonz,** Sh. 195; **Seliçi,** Sh. 30.

1. Bölüm
Taşeronluk sözleşmesinin asıl eser sözleşmesi karşısındaki hukukî durumu

§2. Asıl eser sözleşmesinden kaynaklanan borcun ifasına yönelmiş olması

I. Genel olarak

Taşeronun işin yapımına dahil olması kural olarak asıl müteahhit aracılığı ile gerçekleşir. Böylelikle asıl müteahhit, kendisinin iş sahibine karşı borçlanmış bulunduğu yapı ediminin meydana getirilmesi işini kısmen veya tamamen taşerona ihale etmiş olur[1]. Bu çerçevede taşeron, genellikle iki şekilden birisine uygun olarak işin yapımına dahil edilir[2]: Taşeron, ya bütün inşaat projesi içerisinde belirli montaj işlerinin yapımı (mesela elektrik veya diğer tesisat işlerinin yapımı, yapımı tamamlanan işlerin kabulünden önce yapılması gerekli kontrol ve test işlemlerinin yapılarak kabulün gerçekleştirilmesi gibi) amacıyla bütün proje içerisinde bazı münferit işlerle ilgili olarak görevlendirilir; ya da bütün inşaat projesi içerisinde belirli bir kısmı, bütün olarak meydana getirmek üzere görevlendirilebilir (Mesela bir sulama projesinde kanalların yapılması veya bir fabrika inşaasına ait projede, lojmanların anahtar teslimi yapımı gibi). Doğaldır ki, bu iki tipin birbiriyle karıştırılması suretiyle yapılan taşeron sözleşmeleri de mevcuttur.

Böylece taşeronluk sözleşmesi, asıl müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan borcunun ifasına yönelmiş bir sözleşme olarak akdedilir ve borcun ifasının (kısmen de olsa) üçüncü bir şahıs tarafından gerçekleştirilmesi neticesini doğurur. Bu nedenle öncelikle müteahhidin böyle bir yetkisinin bulunup bulunmadığı hususunun; bir başka ifade ile asıl müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan borcunu şahsen ifa etmek zorunda olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirme yapılırken (ilgili kanun hükümlerinin niteliği gereği[3]) ise öncelikle taraflar arasındaki sözleşmenin bu hususta bir düzenleme içerip içermediğine bakılacak; orada bir düzenleme bulunmuyorsa bu durum, bir sözleşme boşluğu olarak değerlendirilerek[4]; bu boşluğun öncelikle yedek hukuk kaidesi niteliğindeki

---

1 **Hautkappe,** Sh. 52.

2 **Kremer,** Sh. 8.

3 Borcun üçüncü şahıslar tarafından ifasının mümkün olup olmadığı meselesi ile ilgili olarak Borçlar Kanunu çeşitli hükümler (BK m. 67, 259/I, 284/I, 300/II, 356/II, 390/III) içermektedir, fakat bu hükümlerin tamamı da yedek hukuk kaidesi niteliğindedir (BK m. 356'nın bu niteliği ile ilgili olarak bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 618; **Seliçi,** Sh. 31; **Honsell/Zindel/Pulver,** Vorb. Art. 363-379 N. 21.).

4 **Cerutti,** N. 393.

ilgili kanun hükümlerinin uygulanması suretiyle hâkim tarafından doldurulması gerekecektir[5].

II. Sözleşmede hüküm bulunması

Her ne kadar çeşitli sözleşme tipleri Borçlar Kanunu ve diğer ilgili kanunlar tarafından düzenlenmiş bulunsa da, bu düzenlemeler uygulamada ortaya çıkan sorunların tamamını çözmekte çoğu zaman yetersiz kaldığından taraflar, kendi ihtiyaç ve tecrübelerini de dikkate alarak, kendi iradeleri ile sözleşmelere koydukları hükümler aracılığı ile hukukî durumlarında gerekli açıklığı sağlamaya çalışırlar. Bu nedenle inşaat sözleşmesinin kurulması, inşaat sözleşmeleri hukuku bakımından çok önemli bir role sahiptir[6]. Zira inşaat müteahhidinin hangi edimleri yerine getirmek zorunda olduğu, inşaatın hangi zaman dilimi içerisinde tamamlanması gerektiği, inşaat bedelinin ne olacağı ve sözleşme taraflarının hangi haklara ve yükümlere sahip olacakları bu sözleşme ile teker teker tesbit edilecek veya en azından tesbit edilmesi gerekecektir. Bu sözleşmenin kurulması sadece iş sahibi ve inşaat müteahhidi için değil, bilakis bu inşaat projesinin yürütülmesine katılacak olan diğer ilgililerin hangi yükümlülüklere sahip olacaklarının belirlenmesinde temel kriter olarak alınacağından, onlar bakımından da ayrı bir önemi haizdir[7].

Müteahhidin taşeron kullanıp kullanmaması her iki taraf bakımından da önem arzettiği için genellikle iş sahibi ve müteahhit bu hususu aralarında görüşmek suretiyle hükme bağlayacaklardır[8]. Hatta bu husus başlangıçta hükme bağlanmamış bulunsa dahi[9] taraflar, sonradan yapacakları bir sözleşme değişikliği ile de bu konuyu olumlu veya olumsuz bir sonuca bağlayabilirler[10]. İfade etmek gerekir ki bu hususta anlaşmanın, müteahhidin taşeron kullanmasını iş sahibinin hoş görmesi veya ses çıkarmaması suretiyle zımnî olarak yapılmış sayılabileceği dahi ifade edilmekte ise de[11]; bir taşeronun işin yapımına dahil edilmesi, hem müteahhidin ve hem de iş sahibinin menfaatleri bakımından önem arzettiginden[12]; inşaat sektöründe yapılan sözleşmelerin tamamına yakınında taşeron kullanılması

---

5 Hâkim ise bu boşluğu, öncelikle yedek hukuk kaidesi niteliğindeki hukuk kaidelerini (eser sözleşmesi bakımından BK m. 356/II hükmünü) uygulamak suretiyle dolduracaktır (Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Jäggi/Gauch,** Zürcher Kommentar, Art. 18 N. 501 vd.).

6 **Vygen,** VOB, Sh. 39.

7 **Vygen,** VOB, Sh. 40.

8 Borçlar Kanunu eser sözleşmesi ile ilgili hükümleri arasında bu hususu hükme bağlamamış olmasına rağmen doktrin, genel hukuk prensiplerinden hareketle hizmet ve vekalet sözleşmelerinde olduğu gibi eser sözleşmesi bakımından da tarafların bu hususu serbestçe hükme bağlayabileceklerini kabul etmektedir (Karş. **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 16a; **Kılıçoğlu,** Sh. 196).

9 Ki bu ihtimalde, müteahhidin *„...imal olunacak şeyi bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecbur..."* olduğu hükmünü içeren BK m. 356/II hükmünün uygulanması sözkonusu olacaktır.

10 **Gauch,** Subunternehmer, Sh. 158; Doğaldır ki iş sahibinin bu doğrultuda bir irade beyanı bulunduğuna ilişkin isbat yükü, bunu iddia eden tarafa ait olacaktır.

11 **Gauch,** Werkvertrag, N. 618.

12 **Gauch,** Subunternehmer, Sh. 158; **Cerutti,** N. 363.

hususu olumlu veya olumsuz bir hükme bağlanmaktadır[13]. Bu hususiaki anlaşma, tarafların ihtiyaçlarına göre birbirinden çok farklı içeriklere sahip olabilmekte ve bazı durumlarda taşeron kullanımı tamamen yasaklanırken; bazı durumlarda ise taşeron kullanımı bir borç haline getirilebilmektedir[14].

1. Taşeron görevlendirmenin asıl müteahhidin iradesine bırakılması

Neticede taşeronla hukukî ilişki kuracak olan taraf asıl müteahhit olduğundan, işlerin normal cereyanına uygun olan hal tarzı, yapılan sözleşmelerde bu hususun onun iradesine tabi kılınması olmak gerekir[15]. Zira yapı eserinin meydana getirilmesine dair sorumluluğun ona ait olması hasebiyle asıl müteahhit, işin yapımında taşeron kullanımının gerekli olup olmadığı, gerekli ise hangi iş veya işler için gerekli olduğunu en iyi takdir edebilecek kişi konumundadır. Oysa uygulamada taşeron kullanımı genellikle iş sahibinin rızasına tabi kılınmakta veya taşeron kullanılabileceği kararlaştırılsa bile, en azından seçilen taşeronun iş sahibine bildirilmesi gerekli görülmektedir. Hatta aşağıda görüleceği gibi[16], taşeron kullanımının öngörüldüğü bazı durumlarda, taşeronu belirleme yetkisi tamamen iş sahibinin takdirine bırakılmaktadır[17].

Taşeron kullanımının iş sahibinin iznine tabi kılınmış olduğu durumlarda iş sahibi, yapılan anlaşmanın içeriğine göre ya hiç bir sebep göstermeksizin ya da inandırıcı bir sebep ileri sürmek suretiyle bu hususiaki izin talebini reddetme imkânına sahip olabilmektedir. Sözleşmenin iş sahibinin izin talebini reddederken sebep göstermek zorunda olup olmadığı hususunda bir hüküm içermediği durumlarla ilgili olarak İsviçre Federal Mahkemesi ve doktrini, asıl müteahhidin bu hususiaki izin talebinin iş sahibi tarafından ancak *„yeterli ve inandırıcı gerekçelerin bulunması halinde reddedilebileceğini"* isabetli bir şekilde kabul etmektedir[18].

Taşeron kullanılması ile ilgili bu tür genel kayıtlar yerine sözleşmeye, asıl müteahhidin bu hususiaki yetkisini çok özel bazı kısıtlamalara tabi tutan kayıtların konulması da mümkündür. Mesela iş verilecek taşeronlarda bulunması gerekli nitelikler, en az veya en fazla kaç taşerona iş verilmesinin sözkonusu olduğu, hangi işler için ve hangi şartların gerçekleşmesi halinde taşeron kullanımının mümkün veya gerekli olduğu, taşeronlarda bulunması gerekli niteliklerin nelerden ibaret olduğu gibi. Bu tür kayıtlar, taşeron kullanımını iş sahibinin iznine bağımlı kılan kayıtlara nazaran asıl müteahhidin yararınadır. Zira böylece o, iş sahibinin vereceği karara tabi olmaktansa, sözleşmeye konulan bu tür kriterlerin

---

13 **Gauch,** Subunternehmer, Sh. 158; **Cerutti,** N. 363; **Seliçi,** Sh. 30; **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 15a, 16a.

14 **Gauch,** Subunternehmer, Sh. 158; **Cerutti,** N. 377; Alt kira sözleşmesi ile ilgili olarak ayrıca bkz. **Höchli,** Sh. 26 vd.

15 Karş. **Joussen,** Sh. 114; **Palandt/Sprau,** § 631 N. 12; **Soergel/Teichmann,** § 631 N. 11; **Akyol,** ÖBİ II, Sh. 99.

16 Bkz. §2. II. 2. a.

17 **Gauch,** Subunternehmer, Sh. 158; **Cerutti,** N. 379; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 80.

18 **BGE** 67 II 142; **Cerutti,** N. 379, dn. 352; Alt kira sözleşmesi ile ilgili olarak ayrıca bkz. **Höchli,** Sh. 32, 35.

gerçekleşip gerçekleşmediğini tek başına değerlendirmek suretiyle taşeron kullanımı hususundaki kararını verip uygulama imkânına kavuşmuş olacaktır[19].

2. Taşeron görevlendirme zorunluluğunun bulunması

Asıl müteahhit her zaman taşeron kullanımı hususunda dilediği gibi karar vermek yetkisine sahip olmayabilir. Bu durum, ya sözleşmeye konulmuş bulunan bir hükümden kaynaklanır; ya da fiilî bir zorunluluk olarak ortaya çıkar. Birinci ihtimalde asıl müteahhit, asıl sözleşmeden doğan borcunun ifası için önceden belirlenmiş veya daha sonra belirlenecek olan bazı taşeronları işin yapımına dahil etmekle yükümlü kılınmış olur. İkinci ihtimalde ise asıl müteahhit yapı tekniğine ilişkin bir zorunluluk gereği taşeron görevlendirmek mecburiyeti ile karşı karşıya kalır.

a. İş sahibinin bildirdiği taşeronun görevlendirilmesi

aa. İş sahibine bu tarz bir yetki tanınmasının sebepleri

Taşeron kullanımının sözleşmede öngörüldüğü ihtimallerde normal olan hal tarzı, taşeronların seçiminin asıl müteahhidin iradesine bırakılmasıdır[20]. Fakat bu durum, özellikle büyük çaplı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibi bakımından inşaatın çok büyük bir kısmını meydana getirecek olan taşeronların seçimi ile ilgili hiç bir kontrol imkânının bulunmaması neticesini doğurur[21]. Bu nedenle özellikle uluslararası inşaat projeleri ile kamu kuruluşları tarafından yaptırılmakta olan işlerde[22] iş sahibi, yerli firmaları korumak[23], onların uluslararası iş tecrübesini artırmak ve hatta politik bazı menfaatlerini gerçekleştirmek amacıyla taşeronların belirlenmesi hususunda yetkili olmasını sağlayacak kayıtların sözleşmeye dahil edilmesinde ısrarcı olacaktır[24]. Aynı şekilde uluslararası işler yapmakta olan büyük inşaat şirketleri de hem finansman bakımından kendileri için daha avantajlı olduğu ve hem de iş yapacakları ülkede olumlu bir izlenim bırakmak amacıyla[25] veya tanımadıkları bir ülkede kendilerine yardımcı olacağını düşündükleri bir yerli firma ile birlikte çalışmanın avantajlarından istifade edebilmek için yerli taşeron kullanımına ilişkin hükmün sözleşmede yer almasına özen gösterirler. Böylece uluslararası inşaat projeleri ile ilgili olarak gündeme gelen bu ihtimalde asıl müteahhit, iş sahibi tarafından kendisine bildirilen taşeronu, önceden sözleşmede belirlenmiş olan işlerin yerine getirilmesi için görevlendirmek zorunda kalır.

Daha sonra kendisine iş verilecek taşeronun asıl sözleşmede belirlenmesine sadece uluslararası inşaat sözleşmelerinde değil, diğer inşaat sözleşmelerinde de rastlanmaktadır. Özellikle anahtar teslimi işlerin yapılmasında, yapılacak işin

---

19 **Cerutti,** N. 383.

20 **Hautkappe,** Sh. 53; **Joussen,** Sh. 114; **Palandt/Sprau,** § 631 N. 12; **Soergel/Teichmann,** § 631 N. 11; **Akyol,** ÖBİ II, Sh. 99.

21 **Weick,** Sh. 201; **Joussen,** Sh. 114; **Hautkappe,** Sh. 53.

22 **Herzfeld,** Nominated Subcontractors, Sh. 387.

23 Karş. **Gauch,** Werkvertrag, N. 628.

24 **Stein/Berrer,** Kapitel F, Sh. 10; **Hopfenbeck,** Sh. 199; **Hautkappe,** Sh. 54; ;Ayrıca bkz. **Akyol,** ÖBİ I, Sh. 90.

25 Karş. **Akyol,** ÖBİ I, Sh. 91.

kalitesi bakımından, hangi kısımların hangi müteahhit tarafından yapıldığı veya kimin işletmesinde imal edildiği ve yine mesela montaj işlerinin bizzat asıl müteahhidin elemanları tarafından mı, yoksa taşeronlar tarafından mı icra edildiği genellikle büyük bir önemi haizdir[26]. Bu nedenle iş sahibi, mesela meydana getirilecek yapı eserinin bir kısmının kendi alanında uzman ve yeterli donanıma sahip bir müteahhit[27] veya kendisinin daha önceden tanıyıp kişiliğine ve yaptığı işlere güven beslediği bir müteahhit tarafından yapılması yönündeki arzusunu gerçekleştirmeyi isteyebilir. Yine iş sahibi özellikle büyük çaplı projelerde maliyeti düşürmek amacıyla da bazı işlerin kendisinin belirleyeceği taşeronlar tarafından yapılmasını daha yararlı görebilir[28]. Asıl sözleşmede iş verilecek taşeronların tesbit edilmesinde etkili olabilecek bir başka sebep ise, iş sahibine yakın olan bir müteahhidin korunması olabilir. Mesela iş sahibi holding kendi bünyesinde bulunan bir müteahhitlik şirketini, hem büyük bir projede görev olarak iş tecrübesinin artırılması ve hem de kazanç elde etmesini temin maksadıyla taşeron olarak işin yapımına dahil etmeyi arzu edebilecektir[29]. Hatta iş sahibi bütün bu amaçlarını gerçekleştirebilmek amacıyla, asıl müteahhit değil taşeronlarca yapılmasını daha uygun gördüğü işlerle ilgili olarak, asıl sözleşmenin kurulmasından önce taşeronla bir ön ihale sözleşmesi (vorsubmission)[30] yapmak ve asıl sözleşmenin uygulanması safhasında bu taşeronu işin yapımına dahil etmesi için asıl müteahhide bildirmek yolunu da seçebilir[31].

Bu konudaki açıklamalara son vermeden ifade etmek gerekir ki, asıl müteahhidin bu şekilde iş sahibi tarafından kendisine bildirilecek taşeronları görevlendirmeyi asıl sözleşmede kabul ettiği durumlar, iş sahibinin sözleşme görüşmeleri esnasında asıl müteahhide baskı yapabildiği sözleşmeler bakımındandır. Bu ise ancak, iş sahibinin asıl müteahhide nazaran iş piyasasında daha güçlü bir konumda bulunması ihtimalinde gündeme gelir. Böylece iş sahibi piyasadaki güçlü pozisyonunu kullanarak kendisine menfaat elde etmeyi hedefler[32].

bb. Bu hususta başvurulan yöntemler

İşin yapımına taşeron dahil edilmesinin kabul edildiği hemen bütün sözleşmelerde asıl müteahhidin, ancak iş sahibi tarafından uygun görülecek taşeronları işin yapımına dahil edebileceği öngörülmektedir[33]. Bu sistemde asıl müteahhit, işin yapımına dahil etmek istediği taşeronların isimlerini bir liste halinde iş sahibine bildirmekte ve o da bunlar arasından uygun gördüklerini asıl müteahhide bildirmektedir. Bazı sözleşmelerde ise müteahhidin, işin yapımına dahil etmek istediği taşeronların bir listesini iş sahibine iletmesi ve iş sahibinin sadece belirli bir zaman dilimi içerisinde bu liste içerisinden uygun gördüğü

---

26 **Joussen,** Sh. 114; **Hautkappe,** Sh. 54.

27 **Herzfeld,** Nominated Subcontractors, Sh. 387.

28 Karş. **Hautkappe,** Sh. 54.

29 **Joussen,** Sh. 96; **Hautkappe,** Sh. 54.

30 Bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 516.

31 **Gauch,** Subunternehmer, Sh. 158 ve 173 vd.; **Gauch,** Werkvertrag, N. 628; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 80.

32 **Cerutti,** N. 531.

33 **Hautkappe,** Sh. 54.

taşeronları asıl müteahhide bildirmek zorunda olması değil; aynı zamanda iş sahibinin bu listeye kendi uygun göreceği taşeronları da dahil etme yetkisine sahip olacağı kararlaştırılabilmektedir[34].

Hatta bazı sözleşmelerde, taşeronların belirlenmesi bakımından asıl müteahhidin hiç bir etkisi sözkonusu olmamakta; onun bu hususiaki etkisi sadece, kendisine iş sahibi tarafından ismi bildirilen müteahhit ile taşeronluk sözleşmesi akdetmekten ibaret kalmaktadır. İşin yapımına dahil edilecek taşeronların tamamen iş sahibi tarafından belirlenmesini öngören bu sistem (Nomination System), 19. yüzyıl başlarında ingiliz inşaat sözleşmeleri uygulamasında geliştirilmiş bir sistem olarak bilinmektedir[35]. Bu sistemde genellikle iş sahibi, asıl müteahhitle yapmış olduğu asıl sözleşmede, taşeronlara yaptırılması sözkonusu olan iş kısımlarının bedelini asıl müteahhidin yapacağı işlerin bedelinden ayrı tutar ve bu kısımlarla ilgili kesin bir fiat tesbiti yapılmaz[36]. İş sahibi ya asıl sözleşmenin yapılmasından önce ya da daha sonra yürüteceği görüşmeler çerçevesinde, hangi iş kısımları için hangi taşeronların görevlendirileceğine bizzat kendisi karar verir. Yapılacak bu iş kısımları ile ilgili bedel ve taşeronluk sözleşmesinin önemli hükümleri, iş sahibi ile daha sonra işin yapımına dahil edilmesi sözkonusu olan taşeron arasında yürütülen görüşmeler çerçevesinde belirlenir ve iş sahibi asıl müteahhide, kendisi tarafından belirlenmiş bulunan bu müteahhitle taşeronluk sözleşmesi akdetmesini ihbar eder. Taşeronlara yapılacak ödemeler, asıl müteahhit üzerinden yapılır. Asıl müteahhit, taşeronlara yapılacak bütün ödemeleri iş sahibinden tahsil eder ve taşeronlara yapılacak ödemeler üzerinden belirli bir oranı muhafaza ederek geriye kalan miktarı taşeronlara öder. İşin yapımına iş sahibi aracılığı ile dahil edilmiş olsalar dahi bu taşeronların, doğrudan iş sahibine karşı ücret talebinde bulunabilmeleri ise sözkonusu değildir[37].

Burada açıklıkla ifade edilmelidir ki, taşeronların bu şekilde işin yapımına dahil edilmiş olmaları, onların hukukî olarak sadece asıl müteahhitle akdî ilişki içerisinde bulunmaları gerçeği üzerinde herhangi bir etki meydana getirmeyecektir.

b. Fiili zorunluluk gereği taşeron görevlendirilmesi

Yukarıdaki durumun aksine bu ihtimalde, fiilen taşeron görevlendirilmesini zorunlu kılan işin yapılması ile ilgili olarak taşeron kullanılmasına ilişkin bir hükme, asıl sözleşmede yer verilmemiştir. Bu ihtimalde sonradan ortaya çıkan durum, bir taşeronun görevlendirilmesi zorunluluğunu doğurmakta ve asıl müteahhit, asıl

---

34 Karş. **Ayiter,** Sh. 81, 93.

35 **WALLACE Duncan:** Contruction contracts: Principles and policies in tort and contract, London 1986, Sh. 317 vd.; **Weick**, Sh. 128, 200 vd.

36 İngiliz hukukunda bu tarz fiat tesbiti **„Prime Cost Sum"** olarak anılmakta ve sadece taşeron kullanımının öngörülduğu müteahhitlik sözleşmeleri ile sınırlı olarak bu yönteme başvurulmaktadır: Karş. **Hudson,** *Building and Engineering Contracts, 10 th. ed. by I. Duncan Wallace, London 1970,* Sh. 758 vd.

37 İngiliz hukuk sisteminde bu doğrultuda kabul edilen istisnaî durumlarla ilgili olarak bkz. **Prentice,** *Remedies of Building Subcontractors against Employers, MLR* Vol. 46, Sh. 411 vd.

sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa edebilmek için, işin yapılmasına bir taşeronu dahil etmeyi zorunlu görmektedir[38].

Mesela, inşaatın yapılacağı arazide hafriyat çalışmaları yapılırken, daha önceden hiç düşünülmemiş olmasına rağmen su çıkması veya toprak kaymaları olması ya da arazinin çok taşlı olması nedeniyle kazıya devam imkânının bulunamaması durumlarında böyle bir zorunluluk gündeme gelebilecektir. Böyle bir ihtimalle karşılaşacağını hiç düşünmemiş bulunan asıl müteahhit, ya bu engeli aşacak gerekli araç-gereç donanımına sahip olmadığı veya gerekli teknik bilgiye sahip bulunmadığı için, taşeron görevlendirmek suretiyle bu engeli aşma yolunu seçebilmelidir.

İfade etmek gerekir ki, sonradan ortaya çıkan fiili bir zorunluluk nedeniyle işin bir kısmının veya tamamının yapılması için bir başkasının ikame edilmesi imkânı Borçlar Kanununda sadece vekalet sözleşmesi ile ilgili olarak öngörülmüştür (BK m. 390/f. son)[39]. Fakat böyle bir zorunluluk sadece vekalet sözleşmesi ile ilgili olarak değil, bütün iş görme sözleşmeleri ile ilgili olarak gündeme gelebilir. Zaten taraflar daha önceden taşeron görevlendirmeyi zorunlu kılan bu tür hal ve şartları öngörebilmiş olsalardı, bir taşeron görevlendirilmesi hususunda açık bir anlaşmaya varabileceklerinden, bu durum tarafların farazi iradelerine de uygun düşer[40]. Yine sadece akdin yorumlanmasında değil, aynı zamanda akdin tamamlanmasında da dikkate alınan ilişkilerdeki âdetler de taşeron görevlendirmenin mümkün olup olmadığı hususunda belirleyici rol oynar.

3. BİGŞ'ne tabi inşaat sözleşmeleri

Ülkemizde kamu tüzel kişileri tarafından yaptırılan bayındırlık işleri ile ilgili olarak uygulanmak üzere çıkarılmış bulunan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGŞ) çerçevesinde yapılmakta olan işlerle ilgili olarak, bu şartnamenin 46. maddesinde işin kısmen dahi başkasına devri için idarenin yazılı izni şart koşulmaktadır[41]. Bu hüküm, izinsiz devir halinde uygulanmasını öngörmuş bulunduğu 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun sözleşmenin devrine ilişkin 66. maddesindeki düzenlemeyi teyit etmektedir. Bu hükümde yer verilmiş bulunan *„sözleşmenin devri"* kavramının işi alt müteahhitlere yaptırmakla aynı mı olduğu, yoksa müteahhidin iş sahibi ad ve hesabına veya onun katılmasıyla bir başka müteahhide sözleşmeyi devretmesi anlamına mı geldiği tartışılabilir[42]. Özellikle işin

---

38 **Cerutti,** N. 532.

39 Bu noktadan hareket eden bazı yazarlar, bu hükmün kıyasen uygulanması suretiyle asıl müteahhide hal icabına göre mecbur olduğu takdirde yerine başkasını ikame etme yetkisinin tanınamayacağı fikrini savunmaktadırlar (**Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 16b; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 78).

40 Karş. **Şenocak,** Sh. 141.

41 Kenar başlığı „Sözleşmenin Devri" olan madde hükmü şu şekildedir: „ *Müteahhit üstlenmiş olduğu işi tümüyle veya kısımlar halinde, hiçbir özür ve nedenle başkasına devredemez. Devredebilmesi için birinci derece veya yetkili kılınan ikinci derece ita amirinin yazılı izninin alınması gereklidir. Ayrıca, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır.*
Müteahhidin izinsiz devir yapması halinde sözleşme bozulur ve müteahhit hakkında 2886 sayılı Kanunun 62. maddesi hükümleri uygulanır."

42 **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 81.

kısımlar halinde devrinin, bu kısımları taşerona bırakmayı da kapsadığı iddia olunabilir. Fakat yine aynı BİGŞ 18/V maddesinde şu düzenlemeye yer vermektedir: *„İdare, taşeronlar aracılığı ile yapılmasını sakıncalı gördüğü herhangi bir iş bölümünün doğrudan doğruya müteahhit tarafından yapılmasını her zaman isteyebilir. Taşeronların idareye karşı hiç bir sıfat ve yetkileri olmayıp bunlara yaptırılan tüm işlerden müteahhit sorumludur."*

Görüldüğü üzere BİGŞ m. 46 işin kısmen de olsa devri için idarenin yazılı iznini şart kıldığı halde; m. 18/V (kural olarak) izne gerek bulunmaksızın işin bazı bölümlerinin taşeronlara yaptırılabileceğini, ancak idarenin bunu sakıncalı gördüğü hallerde taşeron kullanımını yasaklayabileceğini ifade etmektedir. Bu durum karşısında, BİGŞ'nin uygulama alanına giren bayındırlık işlerine ait eser sözleşmeleri bakımından taşeron kullanımı için iş sahibi konumundaki idarenin yazılı izninin gerekli olup olmadığının açıklığa kavuşturulması zorunludur.

Burada şu hususa dikkat etmek gerekir: Acaba BİGŞ'de hükme bağlanmak istenen husus, yani *„sözleşmenin devri"* ile anlatılmak istenen nedir? İşin yapılmasında taşeron kullanılması mı; yoksa doğurduğu bütün hak ve borçları ile birlikte sözleşmenin bir üçüncü şahsa devri mi? Bu iki durum birbirinden farklı hukukî sonuçlara sahiptir. Sözleşmenin bir başka müteahhide devrinde, sözleşmeden doğan bütün hak ve borçların yeni müteahhide geçirilmesi gerekli olup; böylece idarenin muhatabının (yani sözleşmenin tarafının) değişmesi sözkonusu iken; işin yapımında taşeron kullanılması böyle bir neticeyi gerekli kılmaz. İdare ile sözleşme imzalamış bulunan müteahhit sözleşmenin tarafı olarak kalmaya devam eder; o, sadece borcunun ifası amacıyla bir başka müteahhide görev vermiş olur. Yine sözleşmeye taraf olma sıfatının devri için, bu hususta özel bir düzenleme bulunmadıkça[43], devretmek isteyen taraf için sözleşmeden doğan alacak ve borçların devri usulüne ayrı ayrı riayet etmek zorunlu iken[44]; taşeron görevlendirilmesi ihtimalinde olsa olsa borcun üçüncü şahıs tarafından ifasına ilişkin hükümlerin (BK m. 67 ve 356/II) uygulanması gündeme gelecektir.

Her ne kadar doktrinde Dev. İh. K. m. 66 hükmüne istinaden, müteahhidin işin yapımında taşeron kullanabilmesi için idarenin yazılı izninin bulunması gerektiği yönünde açıklamalara yer verilmekte[45] ise de kanaatimizce burada da genel kuraldan ayrılmak için bir sebep bulunmamaktadır. Buna göre müteahhidin ifa sorumluluğundan kaçınacak şekilde inşaat ve ameliyatı kısmen veya tamamen devretmesinin mümkün olamayacağını, kendi sorumluluğu altında ise işi taşeronlara yaptırabileceğini kabul etmek gerekir. Zira bu hükmün yorumlanmasında da dürüstlük kuralı çerçevesinde menfaatler dengesi gözönünde

---

[43] Bazı durumlarda kanun, borç ilişkisinin tarafı olmanın devrini, taraflar dışındaki kişilerin de onayına ve özel geçerlilik şekline bağlamıştır. Bu takdirde, bütün bu şartlar gerçekleşmedikçe, hukukî ilişkide taraf sıfatı değil, ancak bunun sağlayacağı bazı alacak haklarının devri mümkündür. Buna tipik örnek, limited ortaklık payının devrinde TTK m. 520 gereği aranan şartlardır. Bununla ilgili olarak bkz. **Öz,** Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri, İÜHFD yıl 1987-88, Sh. 356 vd. Özellikle Sh. 363 vd.

[44] **Oğuzman/Öz,** Sh. 891.

[45] **Yavuz,** ÖBİ, Sh. 473; **Kılıçoğlu,** Sh. 196; **Tandoğan** ise böyle bir izni şart koşmamakla birlikte, daha sonra çıkabilecek ihtilafların önlenmesi bakımından bu iznin alınmasının ihtiyata uygun olacağını ifade etmektedir (ÖBİ C. II, Sh. 82).

tutulacaktır[46]. Buna göre idare bakımından önemli olan husus, ihale sonucu yapılan sözleşmenin ifasından münhasıran sorumlu bir müteahhidin bulunmasıdır. Müteahhit de, sözleşmede kabul edilen hükümler çerçevesinde ifa neticesine ilişkin sorumluluk kendi üzerinde kalmak şartı ile ifa tarzını kendisi tayin edebilmelidir. Diğer bir ifade ile müteahhit sözleşmeden doğan borcunu, tayin ettiği ifa tarzı sözleşmedeki sorumluluk düzenine aykırı olmamak kaydıyla dilediği şekilde ifa edebilmelidir. İdarenin menfaati, sözleşme kapsamındaki bütün inşaat işinin karşısındaki müteahhit tarafından bizzat yapılmasını gerekli kılmaz[47].

Yine aynı hükümde hem borcun naklinde olduğu gibi alacaklı konumundaki idarenin yazılı izni şart koşulmakta; bununla da yetinilmeyip devir alacak olan müteahhitlerde ilk ihaledeki şartların aranacağı ifade edilmektedir (BİGŞ m. 46/I). Bu hüküm ancak yukarıdaki tarzda yorumlandığı takdirde, bu ikinci cümlenin bir anlamı olacaktır. Zira alt müteahhitlerin idare ile hukuki bir ilişkiye girmeleri sözkonusu değildir ki, idarenin taşeronlarla ilgili bir takım ön şartlar ileri sürme hak ve yetkisi bulunabilsin. İdarenin muhatabı asıl müteahhittir ve onun idareye karşı ifaya ilişkin sorumluluğu, taşeron kullansa da kullanmasa da devam etmektedir.

Bu hükümle idarenin yazılı iznine tabi tutulan hususun, işin alt müteahhitlere yaptırılmasının değil sözleşmenin devri olduğu doğrultusundaki düşünce tarzını BİGŞ m. 18/V hükmü de desteklemektedir. Zira bu hükme göre: *„İdare, taşeronlar aracılığı ile yapılmasını sakıncalı gördüğü herhangi bir iş bölümünün doğrudan doğruya müteahhit tarafından yapılmasını her zaman isteyebilir. Taşeronların idareye karşı hiç bir sıfat ve yetkileri olmayıp bunlara yaptırılan tüm işlerden müteahhit sorumludur."*

Hatta bazı işlerin yapımında müteahhit, özen borcunun bir gereği olarak taşeron kullanmakla yükümlü dahi olabilir. Müteahhidin işin icrası esnasında göstermekle yükümlü olduğu özen borcu bakımından bayındırlık işleri ile diğer işler arasında bir fark mevcut değildir. Hatta BİGŞ m. 13/III'e göre müteahhit, tecrübeli ve uzman bir kimse olarak teknik ve san'at kurallarına uygun hareket etmek zorunda olup, onun üzerine aldığı işin ifasında (eğer gerekli ise) uzmanlara danışmaması, özen borcunun ihlali niteliğinde değerlendirilecektir[48]. Böyle bir durumda, BİGŞ m. 46 hükmünün kapsamına işin taşeronlara yaptırılmasını da dahil ederek idarenin yazılı iznini gerekli görmek şartnamenin diğer hükümlerine de aykırılık teşkil edecektir.

III. Bu hususta sözleşmede hüküm bulunmaması

1. Borcun ifasının üçüncü şahıs tarafından gerçekleştirilmesine ilişkin genel kural

Alacaklı alacağının ifasını, borç ilişkisinin nisbîliği prensibi gereği sadece borçlusundan talep edebilir ve normal koşullarda da borç yine borçlu tarafından ifa edilir. Fakat ifanın bir üçüncü şahıs tarafından gerçekleştirilmesinin mümkün

---

[46] **Seliçi,** Sh. 33; Kanun hükümlerinin yorumlanması ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Akyol,** Hukuka giriş, Sh. 201 vd.

[47] **Seliçi,** Sh. 33.

[48] **Yavuz,** ÖBİ, Sh. 468.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

olup olmadığı meselesi ile borçlunun borcunu ifa ederken yardımcı şahıs kullanmasının mevcut kurallar çerçevesinde mümkün olup olmadığının da açıklığa kavuşturulması gereklidir. Bu husus BK m. 67'de şu şekilde hükme bağlanmıştır: *„Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça, boçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir."*

Herşeyden önce ifade etmek gerekir ki bu hüküm, bir yedek hukuk kaidesidir[49]. Bu nedenle taraflar, borcun bizzat borçlu tarafından ifasının gerekli olup olmadığı hususunu diledikleri şekilde hükme bağlayabilirler. Eğer taraflar arasında bu hususta bir anlaşma mevcut değil ise mesele, Borçlar Kanunundaki bu düzenleme çerçevesinde çözüme bağlanacaktır. Borçlar Kanunundaki bu düzenlemeye göre ise kural, borcun herkes tarafından ifa edilebilmesidir[50]. Alacaklı alacağını borca uygun bir şekilde elde edebiliyorsa, borcun kimin tarafından ifa edildiği onun bakımından kural olarak herhangi bir önem arzetmeyecektir[51]. Bu durum özellikle para borçları bakımından böyledir.

Borcu ifa eden şahsın kimliğinin alacaklı bakımından önem arzettiği, yani borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaatinin bulunduğu durumlarda ise borç, bizzat borçlu tarafından ifa edilmek gerekir. Alacaklının bu hususta menfaati bulunup bulunmadığı hususu araştırılırken de bu menfaatin hukuka uygun ve dürüstlük kuralı gereğince korunmaya değer bir menfaat olmasına dikkat edilir[52]. Alacaklının bu hususstaki menfaatinin değerlendirmesinde asıl belirleyici kriter ise somut olaydaki alacaklının şahsî istek ve arzuları değil, bu hususta iş çevrelerinde hâkim olan görüş ve telakkiler olacak ve bu görüş ve telakkilere göre somut borç ilişkisinde borçlunun şahsî özelliklerinin önemli olup olmadığı belirlenecektir[53]. Bu çerçevede şahsen ifa borcunun, özellikle yapma (iş görme) borçlarında gündeme geleceği kabul edilmekte ve bu tür borçlar bakımından borçlunun bilgisi, mahareti, tecrübesi, karakteri gibi şahsî vasıflarının borcun ifasında alacaklının bu anlamdaki menfaatlerini etkileyebilecek önemli bir role sahip olacağı ifade edilmektedir[54].

Borçlar Kanunu hizmet akdinde (BK m. 320), istisna akdinde (BK m. 356), neşir mukavelesinde (BK m. 384) ve vekalet akdinde (BK m. 390) borcun kural olarak borçlu tarafından ifa edilmesini öngörmüştür. Bu sözleşmelerin niteliği dikkate alındığında, hepsinin de iş görme borcu doğuran sözleşmeler oldukları görülecek

---

49 **Weber,** Berner Kommentar, Art. 68 N. 22; **Oğuzman/Öz,** Sh. 187; **Eren,** Borçlar Hukuku C. II, Sh. 918.

50 **Weber,** Berner Kommentar, Art. 68 N. 23.

51 **Weber,** Berner Kommentar, Art. 68 N. 5; **Merz,** Obligationenrecht, Sh. 125-126.

52 **Oğuzman/Öz,** Sh. 187.

53 **Becker,** Berner Kommentar, Art. 68 N. 2; **Weber,** Art. 68 N. 24; **Tandoğan,** Mes'uliyet, Sh. 441; **Merz,** Obligationenrecht, Sh. 125; **Şenocak,** Sh. 110.

54 **von Tuhr/Escher,** §59 I, Sh. 23 vd; **Bucher,** Allgemeiner Teil, Sh. 295; **Weber,** Berner Kommentar, Art. 68, N. 27 vd.; **Guhl/Merz/Koller,** Sh. 36; **Oğuzman/Öz,** Sh. 187; **Tandoğan,** Mes'uliyet, Sh. 441; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** Sh. 767; **Serozan,** İfa, § 2 N. 1.

Buna karşılık alacaklı, özellikle borçluyu zor durumda bırakmak veya borçlu yerine ifayı gerçekleştirmek isteyen üçüncü şahsı korumak gibi düşüncelerle, üçüncü kişinin ifasını reddetme hakkına sahip değildir (**Oğuzman/Öz,** Sh. 187 dn. 4).

ve bu tür borçlar bakımından borcun üçüncü şahıs tarafından ifasının kural olarak mümkün olamayacağını kabul etmek gerekecektir.

Yalnız ifade etmek gerekir ki borçlunun borcun ifası amacıyla kendi yerine başkasını ikame etmesi ile kendi gözetim ve denetimi altında yardımcı şahıs kullanması da birbirine karıştırılmamalıdır. Borçlunun borcunu bizzat ifa etmesi gereken durumlarda borçlu, yerine başkasını ikame edemez ise de kural olarak kendi denetim ve gözetimi altında yardımcı şahıs kullanma imkânına sahiptir[55]. Genel olarak ifade edilmek gerekirse, bizzat borçlu tarafından ve tek başına ifası gerekmeyen bütün borçların ifasında yardımcı şahıs kullanılabilir. Fakat, ifanın gerçekleştirilmesi bakımından borçlunun şahsı önem taşıyor ve onun yardımcı şahıs kullanması, yardımcı şahsa başvurmaksızın tamamen kendisi tarafından gerçekleştirilecek ifaya nazaran daha düşük vasıfta bir edaya meydan verecek mahiyette ise yardımcı şahıs da kullanılamayacaktır[56].

Bu bakımdan önemli olan husus, borçlunun kendi gözetim ve denetimi altında yardımcı şahıs kullanmasının meydana getirilecek edanın kalitesine tesir edip etmeyeceğinin belirlenmesidir[57]. Mesela bir ameliyat yapma borcu yüklenen doktor, bir elbise dikme borcu yüklenen terzi, bir makine imali borcu yüklenen mühendis kendi yerine başkasını ikame edemez ise de; doktor ameliyat esnasında yardımcı olarak hemşire ve asistan, terzi yardımcı olarak kalfa, mühendis yardımcı olarak işçi kullanabilecektir. Bu edimlerin niteliği yardımcı şahıs kullanılmasına müsait bulunmakta, hattâ bazen yardımcı kullanılmasını zarurî kılmaktadırlar. Buna mukabil dikeceği elbisenin her işini bizzat yapacağını ifade eden terzi, yardımcı olarak kalfa da kullanamayacaktır[58].

Borçlunun kendi yerine başkasını ikame etmesi ise borcun borçlu veya bir üçüncü şahıs tarafından ifa edilmesinin alacaklı bakımından farksız olduğu durumlarda mümkün olacaktır[59]. Bu şekilde borcu ifa edecek olan üçüncü şahsa ikame edilen şahıs (Substitut) adı verilmektedir[60].

Bu açıklamalar çerçevesinde ifade etmek gerekir ki her borç ilişkisinde ifanın başkasına bırakılabilip bırakılamayacağı hususu ile yardımcı şahıs kullanılıp kullanılamayacağı hususu ayrı ayrı incelenmelidir.

---

55 **von Tuhr/Escher,** §59 I, Sh. 24; **von Büren,** Allgemeiner Teil, Sh. 451; **Weber,** Berner Kommentar, Art. 68, N. 32; **Oğuzman/Öz,** Sh. 187; **Serozan,** İfa, § 2 N. 1; **Reisoğlu,** Borçlar hukuku, Sh. 223.

56 **Tandoğan,** Mes'uliyet, Sh. 441.

57 **Tandoğan,** Mes'uliyet, Sh. 441.

58 **Oğuzman/Öz,** Sh. 188.

59 İfanın bizzat borçlu tarafından gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu durumlarda da, eğer üçüncü kişi tarafından yapılan ifaya alacaklı rıza göstermişse, bu geçerli bir ifadır ve borçlu tarafından yapılmış gibi borcu sona erdirir (**Oğuzman/Öz,** Sh. 188 dn. 7).

60 **Becker,** Art. 399 N. 1; **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 398 N. 40 vd.; **Bucher,** Allgemeiner Teil, Sh. 352 vd.; **von Büren,** Allgemeiner Teil, Sh. 398; **Oğuzman/Öz,** Sh. 188; **Eren,** Borçlar Hukuku C. II, Sh. 919. **von Tuhr/Escher** bu şahıs için ifa mümessili-temsilcisi (Erfüllungsvertreter) tabirini de kullanmaktadır (§ 59, I, Sh. 24 dn. 4).

2. Eser sözleşmelerinde durum

Eser sözleşmesinde müteahhidin borcunun ifasını üçüncü şahıslar aracılığı ile yerine getirebilip getiremeyeceğine ilişkin kural BK m. 356/II'de yer alır. Bu hüküm de BK m. 67'nin durumunda olduğu gibi bir yedek hukuk kaidesi niteliği taşır. Bu çerçevede taraflar, bu hususu diledikleri tarzda hükme bağlayabilirler[61]. Taraflar sözleşme ile ilgili bütün diğer hususlarda olduğu gibi bu hususu da karşılıklı görüşmeler yoluyla hükme bağlayabilecekleri gibi, benzer durumlar öngörülmek suretiyle hazırlanmış bulunan ve genel işlem şartı niteliğini taşıyan çeşitli metinleri kabul etmiş olmaları dolayısıyla bu hususu hükme bağlamış da olabilirler.

Bizim bu başlık altında incelemek istediğimiz ihtimal ise taraflar arasında bu hususta bir düzenlemenin öngörülmemiş olması ihtimali olup; bu ihtimalde BK m. 356/II'deki düzenleme çerçevesinde mesele çözüme bağlanacaktır.

a. BK m. 356/II hükmünün anlamı

Daha önce ifade edildiği gibi Borçlar Kanunu (BK m. 356/II), bir iş görme sözleşmesi olması hasebiyle eser sözleşmesi bakımından da BK m. 67'deki kuralın aksine şahsen ifa borcunu öngörmüş ve müteahhidin işi bizzat yapmağa veya kendi gözetim ve denetimi altında yaptırmağa mecbur olduğu kuralını sevk etmiştir[62].

Bu hüküm, iş görme borçları ile ilgili genel kuralı eser sözleşmesi bakımından tekrar etmekte olup; müteahhide eseri bizzat meydana getirme veya en azından kendi yönetimi altında yaptırma borcu yüklemektedir. Bu hüküm çerçevesinde eserin meydana getirilmesi ile ilgili olarak üçüncü bir şahıs ancak, hükmün ikinci cümlesinde açıkça ifade edildiği üzere, işin niteliği icabı meydana getirilecek eser bakımından müteahhidin şahsî maharetinin öneminin bulunmadığı durumlarda görevlendirilebilecektir[63]. Böylece BK m. 356/II hükmü, borcun kural olarak herkes tarafından ifa edilebileceğine ilişkin BK m. 67 kuralını tersine çevirmiş bulunmaktadır.

Kanaatimizce bu hüküm değerlendirilirken üç durumu birbirinden ayırmak daha doğru bir hareket tarzı olacaktır: Buna göre müteahhidin,

i. eseri bizzat meydana getirmekle yükümlü olduğu durumlar,

ii. kendi yönetim ve sorumluluğu altında ifa ile yükümlü olduğu durumlar

iii. eserin meydana getirilmesi işini kendi sorumlulukları altında üçüncü şahıslara devretme imkânına sahip olduğu durumlar.

BK m. 356/II hükmü müteahhidin *„imal olunacak şeyi bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya* mecbur olduğu ifadesine yer vermiştir.

---

61 **Gauch,** Bauwerk, Sh. 81.

62 Aynı yönde: **Yarg.** 4. HD., 15.9.1980 t., E. 8100, K. 9498 (**Karahasan,** İnşaat-imar-ihale hukuku, Sh. 1218-1222).

63 **Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 364 N. 3; **Gauch,** Werkvertrag, N. 609; **Pedrazzini,** SPR VII/1, Sh. 531; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 71; **Tunçomağ,** ÖBİ, Sh. 511; **Yavuz,** ÖBİ, Sh. 470-471; **Hatemi,** özel bölüm, Sh. 127; **Reisoğlu,** Borçlar hukuku, Sh. 222-223; **Kılıçoğlu,** Sh. 188.

Bu ifade tarzı ile adeta müteahhide ilk ve ikinci ihtimal arasında seçim yapma imkânı tanınmış gibi gözükmekte ise de aslında müteahhit, bazı özel durumlar bakımından böyle bir seçim yapma imkânına sahip değildir. Bu özel durumlar yapılacak eserin san'at eserlerinde olduğu gibi, müteahhidin maddî ve fikrî bireysel yeteneklerinden, başkası onun kişisel yönetimi altında olsa bile aynı eseri ortaya çıkaramayacak derecede etkilendiği durumlardır. Bu gibi durumlarda eser özgün yapısını ve değerini onu yapanın kişiliğinden alacağı ve yerine başkasının konulması mümkün bulunmadığı için, bu eserin meydana getirilmesi ile ilgili bütün işlerin bizzat müteahhit tarafından yapılması bir zorunluluk olarak ortaya çıkacak[64] ve madde metninde öngörülen seçme imkânı gündeme gelmeyecektir. Yalnız müteahhidin eserin meydana getirilmesi ile ilgili bütün işleri bizzat yapmak zorunda olduğu bu gibi durumlar nadiren gündeme geleceğinden[65], bu ihtimal istisnaî bir durum teşkil edecektir[66].

O halde kabul etmek gerekir ki BK m. 356/II hükmü ile eser sözleşmeleri bakımından kural haline getirilmek istenen durum sadece ikinci ihtimal; yani müteahhidin yüklendiği işi kural olarak kendi yönetim ve sorumluluğu altında yerine getirmek zorunda olmasıdır.

Bu hüküm çerçevesinde kanun koyucu, vekalet sözleşmesi bakımından olduğu gibi eser sözleşmesi bakımından da müteahhidin şahsına önem vermiş ve borcun ifasının borçlunun yerine geçecek üçüncü bir şahıs tarafından gerçekleştirilmesini kural olarak reddetmiştir[67]. Böylece kabul etmek gerekir ki eser sözleşmesi bakımından müteahhit, yüklenmiş bulunduğu işi kural olarak kendi yönetim ve sorumluluğu altında bizzat yerine getirmek zorunda olup BK m. 356/II kuralı bu anlamda BK m. 67'de yer alan ve borçların kural olarak herkes tarafından ifa edilebileceğini öngören kurala bir istisna teşkil etmektedir.

Böylece BK m. 67'deki kural tersine çevrilmiş ve eser sözleşmesi bakımından asıl kural borcun, müteahhidin şahsî yönetimi altında ifa edilmesi olarak belirlenmiş olmakta[68] ve borcun borçlunun yerine geçecek üçüncü bir şahıs tarafından ifa edilebilmesi için, işin mahiyetine göre asıl borçlunun bu bakımdan kişisel maharetinin öneminin bulunmaması gerekmektedir[69]. BK m. 356/II hükmü gereği

---

64 **Gauch,** Werkvertrag, N. 609.

65 *„Müteahhidin şahsen ifa borcu sözkonusu ise sözleşmenin kurulmasından sonra, onun akıl hastalığına düçar olması veya hacredilmesi onun bu mükellefiyetinin sona ermesine yol açan bir sebep teşkil eder."* (**Yarg.** 4. HD. 23.1.1970, E. 1969/12280, K. 1970/542, RKD 1971, II/2, sayı 9 Sh. 2).

66 **Gauch,** Werkvertrag, N. 609; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 71; **Yavuz,** ÖBİ, Sh. 471; **Karahasan,** İnşaat-imar-ihale hukuku, Sh. 208.

67 **Chaix,** Sh. 66; **Hatemi/Serozan/Arpacı,** Sh. 316 ve 355.

68 **BGE** 103 II 55; Özellikle büyük çaplı inşaat sözleşmelerinde müteahhit taraf genellikle tüzel kişilerden müteşekkildir. Böyle bir durumda iş sahibinin belirli bir müteahhidin güç ve niteliğine ilişkin korunmaya değer güveni, o müteahhidin sürekli yenilenen personel mevcudu ile organizasyon kabiliyetine yönelik olacaktır (**Merz,** Obligationenrecht, Sh.125 dn. 15).

69 Müteahhidin ediminin bu manadaki şahsî karakterinin, BK m. 356/II kuralının düzenlendiği zamanın özelliklerini yansıttığı ifade edilerek, bu kuralın iş bölümü ve uzmanlaşmaya dayalı bir ekonomik yapıya sahip modern çağın ihtiyaçlarına uymadığı ifade edilmektedir (**Pedrazzini,** SPR VII/1, Sh. 532; **Gauch,** Werkvertrag, N. 617).

eser sözleşmesi bakımından kural, yukarıdaki anlamı ile şahsen ifa olarak kabul edildiği için mevcut sözleşme bakımından bir istisnanın bulunduğunu iddia eden müteahhidin bu iddiasını isbatlaması gerekecektir[70].

Her ne kadar **Gautschi** bu fikre katılmayıp BK m. 356/II hükmünün BK m. 67'deki genel kuralın istisnası değil, aksine onun tekrarından ibaret bulunduğu görüşünü savunuyor ve eser sözleşmesi bakımından da şahsen ifa borcunun istisna teşkil ettiğini ifade ediyorsa da[71]; bu yazarın düşüncesini sözkonusu hükmün açık ifadesi karşısında haklı bulmak güçtür. Yalnız kabul etmek gerekir ki, BK m. 356 hükmünün sevk edilmesinden sonra hayatın her alanında meydana gelmiş bulunan sosyal ve ekonomik gelişmeler, adeta istisnayı kural haline getirmiştir[72]. Şöyle ki, büyük çaplı inşa eserlerinin meydana getirilmesi ile ilgili eser sözleşmeleri bir yana, artık eskiden eser sözleşmelerinin en çok uygulama alanı bulduğu küçük el san'atları yavaş yavaş eski önemini kaybetmekte ve toplum yaşamının her alanında mevcut standardizasyon ve makinalaşma eğiliminden bu alan da büyük ölçüde etkilenmektedir. Bu gelişmeler karşısında, müteahhidin sonucu tekeffülü, büyük inşaat ve imalât işlerinde iş bölümü dolayısıyla başkalarının çalışmalarından yararlanma zorunluluğu ve toplumun her kesimindeki uzmanlaşma eğilimleri eser sözleşmesinde şahsen ifanın önemini diğer iş görme sözleşmelerine oranla azaltmakta[73] ve şahsen ifa borcunun kural olduğunu ifade etmek hukuken olmasa da fiilen anlamsız bir hale gelmektedir. **Gauch**'un da ifade ettiği gibi, BK m. 67'deki genel kuralı tersine çevirmiş bulunan BK m. 356/II hükmü, yapıldığı zamanın düşünce tarzını yansıtmakta ve iş bölümü esasına dayalı modern çağın ihtiyaçları ile bağdaşmamaktadır[74].

Bu kuralın istisnalarını incelemeye geçmeden önce ifade etmeliyiz ki, şahsen ifa borcunun kapsamına, müteahhidin yapı eserini meydana getirmek için ihtiyaç duyduğu malzemeyi de bizzat temin etmesi dahil edilemez. Müteahhit sözleşmeyi yaparken malzeme teminini de üstlenmiş ise bu malzemeyi bizzat temin edebileceği gibi, bu hususta bir başka şahsı da görevlendirebilir[75]. Müteahhidin getirdiği veya getirteceği malzeme yapı eserinin sözleşmede aranılan niteliklere uygun biçimde meydana getirilmesine elverişli olmalı, aksine anlaşma yapılmadıkça en az orta kalitede bulunmalıdır (BK m. 70). Bu sınırlar dahilinde müteahhit, malzemenin çeşidini, imalatçısını veya satıcısını seçmekte tamamen serbest olup[76], kural olarak onun bu borcunu şahsen veya kendi yönetimi altında yerine getirme zorunluluğu yoktur[77].

---

70 Böylece, BK m. 67'de düzenlenmiş bulunan isbat yüküne ilişkin kural tersine çevrilmiş bulunmaktadır (**Gauch,** Werkvertrag, N. 617; **Cerutti,** N. 405).

71 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 9e.

72 **Bucher,** Besonderer Teil, Sh. 205; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 364 N. 36; **Aral,** Sh. 338.

73 **Tandoğan,** ÖBİ II, Sh. 72.

74 **Gauch,** Werkvertrag, N. 617.

75 **Gauch,** Werkvertrag, N. 613.

76 **Gauch,** Werkvertrag, N. 83; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 106.

77 **Gauch,** Werkvertrag, N. 613.

b. İstisnaları

aa. İşin niteliğinden kaynaklanan istisnalar

İşin mahiyetine göre müteahhidin kişisel niteliklerinin (kanundaki deyimiyle *„maharetinin"*) önemi bulunmayan hallerde ise müteahhit, işi, kendi yönetimi altında dahi olmaksızın, kendi adına ve hesabına sözleşme yaptığı başka şahıslara da yaptırabilir[78]. Eser sözleşmesinin niteliğine dayanan bu devir yetkisi, birazdan incelenecek olan iş sahibinin rızasına dayanan devir yetkisinde olduğu gibi subjektif bir devir yetkisi değil, belirli şartların mevcudiyetine dayanan objektif bir devir yetkisidir[79].

İşin mahiyeti müteahhidin edimine göre belirlenir ve bu hususstaki uygulama da gözününde tutularak, eserin meydana getirilmesinde müteahhidin kişisel niteliklerinin önemi olup olmamasına göre, kişisel yönetim altında olmaksızın işin başkasına yaptırılabilip yaptırılamayacağına karar verilir. Mesela bir bina yapımının sözkonusu olduğu durumlarda iş sahibi için, bu binada elektrik tesisatını kimin yaptığı, kalorifer ve su tesisatını kimin monte ettiği, badana ve boya işlerinin kimin tarafından yerine getirildiği hususları kural olarak önem arzetmez. Burada iş sahibi tarafından verilmiş bulunan inşaat işi, bir müteahhitler topluluğu tarafından yerine getirilir ve çoğu durumlarda iş sahibinin, kimin hangi işi yürüteceğinden haberi dahi bulunmaz[80].

Bu hüküm bir yapı eserinin meydana getirilmesi borcunu yüklenmiş bulunan tüzel kişiler bakımından uygulanırken, tüzel kişinin *şahsî maharetine* ilişkin bir değerlendirme yapılmasını gerekli kılacak ve tüzel kişinin edimi etkileyen kişisel nitelikleri olarak da bu tüzel kişinin sahibi bulunduğu işletmenin deneyim ve tecrübe birikimi, özel imalat ve inşa yöntemlerine ilişkin bilgileri elinde tutması (know-how), personelinin kalitesi ve yetişme düzeyi gibi hususlar dikkate alınacaktır[81].

BK m. 356/II müteahhidin şubeleri bulunan bir şirket olması ihtimalinde, sözleşme konusu yapı eserinin şirket merkezinde mi yoksa şubelerden birisinde mi meydana getirilmek zorunda olduğu sorusuna ise bir açıklık getirmemektedir[82]. Böyle bir durumda müteahhidin, sözleşme ile şahsen ifayı borçlanmış olsa dahi, yüklenmiş olduğu işi merkezde veya şubelerinden herhangi birisinde yaptırmasına bir engel yoktur. Yeterki o, borcun belirli bir şubede meydana getirileceğine dair bir yüküm

---

78 **Oğuzman/Öz,** Sh. 188; *"...Borçlar Kanununun 356 ncı maddesi hükmüne göre, yapılacak işin niteliği gözönünde tutularak müteahhidin şahsi maharetinin rolü olmayan hallerde, müteahhit taahhüt ettiği şeyi, başkasına imâl ettirebilir. Kendisinin imâlatçı olmayıp, müteahhit olduğunu iddia eden davacı, bu işi Borçlar Kanununun anılan hükmü uyarınca diğer imalâtçılara da yaptırabilir..."* (**TD,** 24.5.1960 t., E. 161, K. 1586; **Karahasan,** İnşaat-imar-ihale hukuku, Sh. 1195).

79 **Gautschi,** iş sahibinin rızası ile işin alt müteahhide devrinin sözkonusu olduğu durumları *„subjektif yetkili devir"* (=Subjektif befugte Übertragung); işin niteliğine göre müteahhidin devre yetkili olduğu durumları ise *„objektif yetkili devir"* (=Objektif befugte Übertragung) olarak adlandırmaktadır (Berner Kommentar, Art. 364 N. 15a, 16a).

80 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 9b.

81 **Gauch,** Werkvertrag, N. 614.

82 **Gauch,** Werkvertrag, N. 619.

altına girmiş olmasın[83]. Bu hususta bir tartışma mevcut ise bu ihtimalde de somut eser sözleşmesi her iki tarafın da menfaatleri dikkate alınmak suretiyle yorumlanacak ve uygun bir sonuca ulaşılacaktır.

İşin niteliği, başkaları tarafından da aynı şekilde meydana getirilmeye müsait olduğu durumlarda dahi, müteahhidin borcunu bizzat ifa ile yükümlü olduğu kararlaştırılmış olabilir. Fakat böyle bir durumda bunu iddia eden taraf, bu hususstaki iddiasını isbat etmekle yükümlüdür.

İş sahibi, işletmesinin kendisine yaptıracağı işe kesinlikle uygun olmadığını bildiği bir müteahhitle eser sözleşmesi yaptığı takdirde, artık onun kişisel niteliklerinin önemli olduğu iddiasını ileri sürerek, müteahhitten bu işi bizzat yerine getirmesi talebinde bulunamaz. Zira böyle bir iddia kendi davranışıyla çelişki teşkil eder[84]. Yine müteahhidin borçlandığı edim çeşitli borçları kapsıyor ve bunların sadece bir bölümü açısından kişisel nitelikleri önem taşıyor ise kalan bölümü kendi yönetimine tabi olmayan üçüncü şahıslara yaptırma imkânına sahip olacaktır[85].

Mütehhidin eseri kendi yönetimi altında meydana getirme borcunun, bu işin icrası için yeterli sayıda ve gerekli bilgilere sahip nitelikli personel temin etmeyi, işi bunlar arasında bölüştürerek işin icrası için gerekli talimatları vermeyi, bu elemanların denetim ve gözetimini de amaca uygun bir şekilde temin etmeyi kapsadığı doğru bir şekilde ifade edilmektedir[86]. Kanaatimizce müteahhidin bu borcunun, eğer işin niteliği gerekli kılıyorsa taşeron kullanmayı da kapsamına aldığını kabul etmek gerekir. En azından sözleşme konusu işin uzmanlık isteyen bazı kısımlarının meydana getirilmesi bakımından durumun böyle olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Böylece asıl müteahhit, kendi uzmanlık alanına girmeyen bir iş kısmının yapılması sözkonusu ise bu kısmın yapılması için gerekli bilgi ve araç-gereç donanımına sahip taşeron veya taşeronları bulmak ve onlar aracılığı ile bu kısmın meydana getirilmesini sağlamakla yükümlü olacaktır.

Nihayet son olarak belirtmek gerekir ki genel müteahhitlik sözleşmesi yapılmış bulunan durumlarda da işin niteliği gereği müteahhidin devir yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir[87]. Zira bu tür müteahhitlik sözleşmelerinde asıl olan, müteahhidin işin bir kısmını bizzat yaparken, diğer bir kısmını da alt müteahhitlere yaptırmasıdır. Burada iş sahibi bakımından önemli olan husus, genel müteahhit konumundaki müteahhidin denetim, kontrol ve organizasyonu altında bu işin yerine getirilmesi ve bu şahsın yapılacak olan işin tamamına ait netice sorumluluğunun devam etmesidir. Yoksa bu tür bir sözleşmede iş sahibi, işin fiilen kimin tarafından yerine getirildiği ile pek fazla ilgilenmeyecektir.

bb. İş sahibinin rızasına dayanan istisnalar

Bu durum kanunda öngörülmüş değildir. Yukarıda da incelendiği gibi kanun, alt müteahhitlere devir yetkisini sadece, işin niteliğine göre müteahhidin şahsî maharetinin önemli olmadığı durumlar için öngörmüştür. Fakat hizmet ve vekalet

---

83 **Gauch,** Werkvertrag, N. 619.

84 **Gauch,** Werkvertrag, N. 615.

85 **Gauch,** Werkvertrag, N. 616.

86 **Seliçi,** Sh. 28.

87 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 18 b; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 79.

sözleşmelerinde olduğu gibi, eser sözleşmesi bakımından da genel hukuk prensiplerinden hareketle iş sahibinin rızasına dayanan devir yetkisinin mevcudiyeti kabul edilmektedir[88]. Gerçekten de müteahhidin şahsen veya kendi idaresi altında işini yapmasını öngören kaide iş sahibinin menfaatlerini korur. Bu nedenle iş sahibinin bu doğrultuda rızasının bulunduğu hallerde, işin alt müteahhitlere yaptırılmaması için bir engel yoktur. Kaldı ki BK m. 67 hükmünde olduğu gibi BK m. 356/II de ancak taraflar aksini öngörmedikleri takdirde uygulama alanı bulabilecek olan bir yedek hukuk kaidesi niteliğindedir[89]. Bu çerçevede daha önce de ifade edildiği gibi taraflar, sözleşmenin kurulması esnasında ifanın üçüncü şahıslar tarafından gerçekleştirilebileceğini öngörebilecekleri gibi, iş sahibi, sözleşmenin kurulmasından sonra da ifanın üçüncü şahıslar tarafından da gerçekleştirilebileceği doğrultusunda açık veya zımnî[90] bir irade beyanında bulunabilecektir[91].

Doğaldır ki iş sahibinin bu doğrultuda bir irade beyanı bulunduğuna ilişkin isbat yükü, bunu iddia eden tarafa ait olacaktır.

c. İnşaat sözleşmeleri bakımından durum

Bu çerçevede mesele asıl inceleme konumuzu teşkil eden inşaat sözleşmeleri bakımından değerlendirilmek gerekir ise şunları söylemek kanaatimizce isabetli olacaktır:

Konunun işlenmesinde model olarak alacağımız büyükçe bir yapı işinde işlerin aksamadan yürümesi, iyi bir organizasyona bağlıdır[92]. Bu yapı eserinin tamamlanabilmesi için gerekli her bir kismî edimin zamanında ve eksiksiz olarak yerine getirilmesi, yapı sonucunun da zamanında ve eksiksiz olarak ortaya çıkması bakımından etkilidir. Yapı işine katılan teknik elemanların çokluğu ve kismî edimler arasındaki fonksiyonel bağ, inşaat sözleşmelerinin ifasında yapı işlerine özgü bazı esasların gözönünde tutulmasını gerekli kılar. Bu çerçevede müteahhit, inşaat sözleşmesinde aslî edim olarak işi zamanında ve noksansız olarak yerine getirmeyi ve teslim etmeyi üstlenir[93]. Müteahhit bakımından inşaat sözleşmesinden doğan

---

88 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 16a; **Kılıçoğlu,** Sh. 196.

89 **Gauch,** Werkvertrag, N. 618; **Seliçi,** Sh. 31.

90 Mesela iş sahibi, sözleşmede öngörülmüş olmamasına veya bu husus olumsuz bir tarzda hükme bağlanmış bulunmasına rağmen asıl müteahhit tarafından işin bir kısmının veya tamamının alt müteahhitlere yaptırılmakta olduğunu öğrenmiş ve bu duruma itiraz etmemiş ise bu durumda zımnî bir irade beyanının mevcudiyetini kabul etmek gerekir.

91 **Gauch,** Werkvertrag, N. 618.

92 Özellikle genel müteahhitlik sözleşmesi yapılmış bulunan durumlarda iş sahibi, genel müteahhidin bu hususta ki uzmanlığından istifade ile mümkün olan en kısa zamanda inşaatın eksiksiz olarak tamamlanmasını amaç edinir; Karş. **Hautkappe,** Sh. 95.

93 Her ne kadar BK m. 355 sadece müteahhidin eserin meydana getirilmesini borçlandığı tarzında ise de onun eserin teslim edilmesini de aslî edim olarak borçlandığında tereddüt yoktur. Nitekim BK m. 358/I *„...teslim için tayin edilen zaman..."*; m. 359/I *„...imal olunan şeyin tesliminden sonra..."*; m. 360/I *„...iş sahibi, o şeyi kabulden..."*; m. 362 *„...sarahaten veya zımnen kabulü..."*; m. 363/II *„...tesellüm zamanından..."* hükümlerindeki ifadelerden kanunun açıkça teslim borcunu eser sözleşmesinin aslî edimi içinde gördüğü anlaşılmaktadır. Bkz. **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 363 N. 4; **Gauch,** Werkvertrag, N. 8;

borcunun ifası, henüz mevcut olmayan bir yapının tamamen veya kısmen inşa edilerek zamanında ve noksansız bir şekilde iş sahibine teslim edilmesine bağlıdır[94].

Büyük, orta ölçekli ve hatta küçük çaplı bir inşa eserinin bir tek kişi tarafından meydana getirilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Böyle bir yapının tamamlanması ve bir yapı eseri olarak ortaya çıkabilmesi, çeşitli ve niteliği birbirinden farklı kısmî yapı edimlerinin, yapı tekniği kurallarına göre bir süreç içerisinde birbirlerine eklenerek biraraya getirilmelerine bağlıdır. Bir inşa eserinin anahtar teslimi meydana getirilmesini borçlanmış bulunan bir genel müteahhidin, bu inşaatı tek başına çalışarak ve her işini bizzat yaparak meydana getirmesi düşünülemez. Aynı durum, bir genel müteahhide karşı kısmî bir yapı ediminin yerine getirilmesini borçlanmış bulunan taşeron için de geçerlidir. Mesela bir inşaata ait kalorifer tesisatının monte edilmesi işini yüklenmiş bir teknik elemanın, bu tesisatın tamamını tek başına monte etmesi düşünülemeyeceği gibi, aynı şekilde bir marangoz ustasının bir inşaata ait bütün marangozluk işlerini bizzat yerine getirmesi[95] ne düşünülecek ve ne de böyle bir şey kendisinden talep edilecektir.

Büyük inşaat müteahhitlerinin çoğu zaman bir ticaret ortaklığı olarak ortaya çıktıkları düşünülecek olursa, bunlar bakımından da zaten işin niteliği gereği, daima bizzat yapma değil, yetkili organların veya gerçek kişilerin şahsî yönetimi altında yaptırma sözkonusu olacaktır[96]. Özellikle sermaye ortaklığı olarak örgütlenme, inşaat sektöründe çok sık başvurulan bir yöntem olarak ortaya çıkar[97]. İnşaat işlerini kendisine faaliyet konusu olarak seçmiş bir ticaret ortaklığında, işin organizasyon ve koordinasyonunun düzenlenmesi, hangi ekibin hangi işin yapılması ile görevli olacağı vs. ortaklığın kendi bünyesi içerisinde ve kendi işletme ve organizasyon anlayışına göre çözüme bağlanmış teknik meseleler olacaktır. Herhalde bu tür inşaat şirketleri bakımından (işin niteliği gereği) müteahhidin bizzat ifa borcundan değil[98], kendi yönetim ve organizasyon anlayışı çerçevesinde ifa borcunun mevcudiyetinden söz etmek daha doğru olacaktır.

BK m. 356/II hükmü müteahhidin bizzat veya kendi yönetimi altında ifa borcundan bahsederken *„eserin yapılması işinin belirli bir müteahhide verilmesinin bir güven meselesi olması"*nı temel düşünce olarak almıştır[99]. Aynı doğrultuda inşaat işlerinin belirli bir müteahhide verilmiş olması da iş sahibinin o müteahhide duyduğu güvenin bir sonucudur[100]. Bu güven, müteahhit bir gerçek kişi ise onun şahsına olan güvenin bir yansıması olarak ortaya çıkarken; müteahhidin bir tüzel

---

Pedrazzini, SPR VII/1, Sh. 515; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 113, 124 vd.; **Seliçi,** Sh. 19, dn. 40.

94 Tamamı için bkz. **Seliçi,** Sh. 19.

95 **Tunçomağ,** ÖBİ, Sh. 993.

96 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 12; **Gauch,** Werkvertrag, N. 610.

97 **Seliçi,** Sh. 25.

98 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 9d.

99 **Seliçi,** Sh. 25.

100 **BGE** 103 II 57.

kişi olması ihtimalinde ise işletmeye karşı duyulan güvenin bir yansıması olarak ortaya çıkacaktır[101].

Federal Mahkemenin bir kararına göre[102], bir binanın yapılması işi müteahhide verilirken, o müteahhidin şahsî nitelikleri çok önem taşır ve sadece hangi müteahhidin en ucuz fiatı teklif ettiği değil; bunun yanında müteahhidin etkili çalışması, sözüne güvenilmesi, sahibi bulunduğu makine ve araç-gereç kapasitesi, parasal gücü ve edimlerinin kaliteli olması gibi kişisel yetenekleri de büyük önem taşır. Böyle bir inşaatı müteahhit kendi yönetimi altında yardımcı kişilere yaptırmalı, alt müteahhitlere devretmemelidir. **Gauch** bu kararda ifadesini bulan görüşü çok sınırlayıcı bulmuş ve çeşitli eleştiriler yöneltmiştir[103]. Ona göre müteahhidin ödeme gücü, işin yapılması için gerekli maddi araçları tasarrufunda bulundurması, özellikle belli bir araç ve makine parkına sahip olması BK m. 356/II'deki işi kendi yönetimi altında yaptırmak borcu bakımından önem taşımamalıdır; müteahhidin kişiliğinin iş sahibinin işi ona vermesinde etkin olması hususu da yalnız başına işin bizzat onun tarafından veya yönetiminde yapılmasını zorunlu kılmaz[104].

Kanaatimizce de Federal Mahkemenin bu gerekçeleri binanın yapımında taşeron kullanılmasının önüne geçilmesi bakımından yeterli kabul edilmemelidir. Zira işin bazı kısımlarının yapılması taşeronlara ihale edilmiş olsa dahi, asıl müteahhidin bu kısımlar için (dahi) sorumluluğu devam etmekte olup; taşeronlar onun denetim, kontrol ve organizasyonu çerçevesinde yapacakları işleri yerine getireceklerdir. Yani borcun ifasının taşeronlar aracılığı ile gerçekleştirilmesi ihtimalinde de Federal Mahkemenin kararına gerekçe teşkil eden müteahhidin *etkili çalışması, sözüne güvenilmesi, parasal gücü ve edimlerinin kaliteli olması* gibi kişisel yetenekleri önemli rol oynayacaktır[105]. Kaldı ki bütün taşeronlar, asıl müteahhitten tamamen bağımsız olarak da faaliyet göstermezler. Özellikle inşaat sektöründe taşeronların, asıl müteahhidin şahsî yönetimi altında faaliyet gösterdikleri durumlara da sıkça rastlanır[106]. Böyle durumlarda asıl müteahhit, alt müteahhitleri sanki kendi işçileri imişçesine işin yapılmasına dahil eder ve onları gözetim ve denetim altında bulundurarak işin yapılması ile ilgili talimatlar verir. Burada taşeron, asıl müteahhit yerine ikame edilen taşeronun durumunda olduğu gibi,

---

101 **Seliçi,** Sh. 25; **Merz,** Obligationenrecht, Sh. 125, dn. 15.

102 **BGE** 103 II 55-56 vd.

103 **Gauch,** Werkvertrag, N. 610.

104 Karş. **von Tuhr/Escher,** §59 I Sh. 23, Anm. 1.

105 Hatta ifade edilmelidir ki, inşaat sözleşmesine ilişkin borcunu taşeron kullanmak suretiyle yerine getirmekte olan bir müteahhidin iş sahibine karşı, inşaatın bir bütün olarak meydana getirilmesine ilişkin netice borcu devam etmekte olduğundan, alt müteahhitler tarafından yerine getirilmekte olan kısmî edimleri teslim alırken, bu iş kendi işletmesinde yapılmış olsaydı görmeyebilecek olduğu en küçük hataları dahi görecek şekilde kontrol ve denetimden geçirecek ve neticede taşeron kullanımı iş sahibinin de menfaatlerine hizmet edecektir.

106 **Gauch,** Werkvertrag, N. 623; Hatta bu tür taşeron sözleşmeleri *„yönetim yoğun taşeronluk sözleşmesi"* (leitungsintensiver Subunternehmervertrag) olarak anılmakta ve daha çok aynı holding bünyesinde bulunan kardeş bir şirketin taşeron olarak görevlendirilmesi durumunda ortaya çıkacağı ifade edilmektedir (**Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 364 N. 39).

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

asıl müteahhidin sadece kontrolüne tabi olmayıp, adeta onun işçisi gibi denetim ve kontrole tabidir[107].

Bütün bu açıklamalardan sonra inşaat sözleşmeleri bakımından bir tesbit yapılmak gerekir ise şunların söylenmesi yararlı olacaktır: İnşaat sözleşmelerinde diğer eser sözleşmeleri bakımından istisna teşkil eden *„işin başkalarına yaptırılması"* en azından yapı işinin bazı kısımları bakımından, fiilen istisna olmaktan çıkmış ve kural haline gelmiştir. Bunun sebebi, inşaat işinde kısmî edimlerin uzmanlığa ihtiyaç gösteren işler olması ve ne kadar büyük olursa olsun inşaat işletmesinin bu edimlerin hepsinin icrasını üstlenecek biçimde ne uzman personel ve ne de gerekli araç ve alet bakımından yeterli bir organizasyon sağlamasının mümkün olamayışıdır[108]. Bu tür sözleşmelerde iş sahibi açısından, inşa eserinin kimin tarafından yerine getirildiğinden çok, inşaatın zamanında ve sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirilip getirilmemesi ve bu işi kendisine ihale etmiş bulunduğu müteahhidi bu sonuçtan şahsen sorumlu tutabilip tutamayacağı daha önemlidir[109]. Zaten özellikle büyük çaplı inşa eserlerinin konu olduğu inşaat sözleşmelerinde (Otoban, havaalanı, tünel, metro, demiryolu, baraj ve köprü inşaatlarında olduğu gibi) işin verimliliği, onun rasyonel bir şekilde parçalara bölünmesi ile artar. İş sahibi açısından önemli olan husus, parçalara bölünerek farklı müteahhitler tarafından yerine getirilmekte olan inşaat kısımlarının, projeye uygun bir şekilde organize edilip edilmediği ve bu hususlaki şahsî beceri ve güvenilirliğini dikkate alarak kendisine işi ihale etmiş bulunduğu müteahhidin bu hususlaki sorumluluğunun devam edip etmediğidir.

İş sahibi, karşısında inşaatın tamamından sorumlu bir tek kişi görmek istiyorsa, inşaat işini bir genel müteahhitlik sözleşmesi ile anahtar teslimi vermek yoluna gidecektir. İş sahibi genellikle, inşaatın tamamı ile ilgili sorumluluğu üstlenecek bir genel müteahhit bulacaktır; fakat inşaattaki bütün kısmî inşaat işlerini kendi yönetim, denetim ve mesleki bilgisi altında yürütebilecek tarzda işletmesini organize etmiş bir müteahhit bulması çok zor, hatta neredeyse imkânsızdır. İnşaat tekniğindeki gelişmeler inşaatın belirli işlerinde uzmanlaşmayı gerektirmekte ve işletmeler bu uzmanlık sahalarının hepsini kapsayacak tarzda bir organizasyona, gerek uzman personel teminindeki güçlükler, gerekse mali açıdan rantabl olmadığı için gitmemektedirler[110]. İnşaat sektöründe kaçınılmaz görünen bu gerçeğin, iş sahibi ile müteahhit arasındaki hukuki ilişkide de dikkate alınması zorunludur. İş sahibi, işi bir müteahhide verirken, işin niteliği gereği bu müteahhidin kendi uzmanlık alanı dışında kalan işleri taşeronlara yaptırma yoluna gideceğini düşünerek hareket etmelidir[111].

Genel mütehhidin yapılan sözleşmenin niteliği gereği, işin bir kısmını taşeronlara yaptırma yetkisi bulunmasına karşılık, kısmî inşaat işlerini taahhüt eden alt

---

107 **Gauch,** Werkvertrag, N. 622-623.

108 Karş. **Pause,** Sh. 143; **Seliçi,** Sh. 30-31.

109 Karş. **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 9e.

110 Mesela bir genel müteahhit inşaatın kaba kısmını kendisi yaparken, yalıtım, yeraltı inşaat çalışmaları, tünel açılması gibi uzmanlık isteyen bölümlerini sadece bu alanlarda faaliyet göstermekte olan uzman taşeronlara ihale etmek yolunu tercih etmektedir. Bkz. **Pause,** Sh. 143.

111 **Seliçi,** Sh. 32; Genel müteahhide ihale edilerek yapılan işlerde genel müteahhit, inşaatın en fazla %40-50'lik bir kısmını kendisi yapmakta geriye kalan kısımların inşaasını ise taşeronlara bırakmaktadır (**Pause,** Sh. 143).

müteahhitler aldıkları işi kural olarak başkalarına yaptırma yetkisine sahip olamamalıdırlar[112]. Zira bu kısmî edimi ifa edecek taşerona iş, kendisinin belirli bir uzmanlık sahasındaki yeteneklerine güvenilerek verilmektedir.

Yine bir yapı işinin konsorsiyuma verilmesi sözkonusu ise işin yapılmasından iş sahibine karşı müteselsilen sorumlu olan konsorsiyum ortaklarının kural olarak taşeron kullanamayacakları, eğer bu gerekli ise iş sahibinden izin almalarının gerekli olduğu ifade edilmektedir[113]. Zira genellikle müteahhitler, tek başlarına altından kalkamayacakları işler için konsorsiyum oluştururlar ve ortaklarını seçerken, taşeronların seçiminde olduğu gibi, birbirlerinin uzmanlık alanını dikkate alarak hareket ederler. İş sahibi de bir araya gelmiş bu uzmanlar topluluğu tarafından ifa edileceği inancı ile işi onlara ihale eder. İş sahibinin, konsorsiyum ortaklarının sahip oldukları teknik imkânların kural olarak almış bulundukları işi zamanında ve eksiksiz olarak yerine getirmeleri için yeterli olduğunu düşünmeye hakkı vardır[114].

Böylece inşaat sözleşmeleri bakımından müteahhidin sorumluluğunun, esas itibariyle noksansız, bozukluk taşımayan bir eser vücuda getirmeye tekabül ettiği ve ifaya ilişkin bu sonuç sorumluluğu dolayısıyla iş sahibinin iş görme ediminin yerine getirilme tarzı hususundaki menfaatinin ise azaldığı söylenebilir[115].

---

112 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 17c; **Seliçi,** Sh. 34.

113 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 17d; **Seliçi,** Sh. 34.

114 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 18d.

115 Karş. **Seliçi,** Sh. 23.

§3. Alt sözleşme olması

I. Genel olarak

Taşeronluk sözleşmesinin Borçlar Kanunu tarafından düzenlenmiş bulunan eser sözleşmesinin özel bir görünüm tarzı olduğu hususunda tereddüt sözkonusu değildir[116]. Bu sözleşmenin kurulması ile birlikte taşeron bir müteahhit olarak bir yapı eserinin meydana getirilmesi ve teslimini borçlanırken; asıl müteahhit de iş sahibi olarak bir miktar paranın ödenmesini[117] borçlanmış olur (BK m. 355 vd.).

Bunun dışında taşeronluk sözleşmesi de iki tarafa borç yükleyen iradî bir sözleşme olup; bu bakımdan onu iki tarafa borç yükleyen diğer sözleşmelerden ayıran bir özellik sözkonusu değildir. Taşeronluk sözleşmesinin özelliği kendi bünyesinden değil, bir başka sözleşme ile olan fiilî ilişkisinden kaynaklanır[118]. Taşeronluk sözleşmesinin taraflarından birisi olan asıl müteahhit aynı zamanda, bu sözleşmenin nihaî olarak ifasına yönelmiş bulunduğu asıl inşaat sözleşmesinin de tarafıdır. Alt sözleşme ilişkisinin mevcut olduğu bütün durumlarda olduğu gibi, asıl inşaat sözleşmesi ve taşeronluk sözleşmesi hukuken olmasa da fiilen birbirine bağlı olarak kurulmuş olmakta ve her iki sözleşmede karşılıklı olarak borçlanılmış bulunan karakteristik edimler, bir akdî ilişkiden diğerine intikal etmektedir. Birbirine bağlı olarak meydana gelmesi sözkonusu olan bu iki eser sözleşmesinden asıl (üst) inşaat sözleşmesi, hemen daima zaman olarak daha önce kurulmakta ve hem içerik olarak alt inşaat sözleşmesini kapsamakta ve hem de taşeronluk sözleşmesinin ifasına yönelmiş bulunduğu temel akdî ilişki olarak ortaya çıkmaktadır[119].

---

116 **Gauch,** Werkvertrag, N. 137; **Gauch,** Subunternehmer, Sh. 165; **Corboz,** SJK 458, Sh. 7; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 363 N. 26; **Saxer,** Sh. 21; Taşeronluk sözleşmesinin de eser sözleşmesi olduğuna dair **Yargıtay** kararı (4. HD. 15.9.1980 t. E. 8100, K. 9498) için bkz. **Karahasan,** İnşaat-imar-ihale hukuku, Sh. 1218-1222.

117 İsviçre Federal Mahkemesinin düşüncesine göre, bir yapı eserinin ücretsiz olarak meydana getirilmesinin borçlanılmış olduğu sözleşmeler bakımından vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur (**BGE** 83 II 538; **BGE** 79 II 69; **BGE** 64 II 10); Aynı yönde: **Corboz,** SJK 461, Sh. 2; **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 363 N. 8 c; **Pedrazzini,** SPR VII/1, Sh. 533 (bu yazar bağışlama sözleşmesine ilişkin hükümlerin de uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir). **Gauch** ise bu düşünceye karşı çıkmakta ve böyle bir durumda eser sözleşmesi benzeri kendine has yapısı olan bir sözleşmenin mevcut olacağını ifade etmektedir (Werkvertrag, N. 115, 318); Aynı düşüncede **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 363 N. 6.

118 Karş. **Cerutti,** N. 9; **Gauch,** Werkvertrag, N. 138; **Chaix,** Sh. 45; **Saxer,** Sh. 22.

119 Buna göre mesela, asıl eser sözleşmesi ile alt eser sözleşmesi birbirlerine bağlı olarak kurulmuş olmakta ve sözleşmenin karakteristik edimi olan yapı eseri alt müteahhit tarafından meydana getirilerek, asıl müteahhit aracılığı ile iş sahibine ifa olarak sunulmaktadır. Benzer şekilde yapılan işin bedeli de iş sahibi tarafından ödenip, asıl müteahhit aracılığı ile alt müteahhide intikal etmiş olmaktadır (Alt kira sözleşmesi ile ilgili benzer bir örnek için bkz. **Cerutti,** N. 11).

Böylelikle taşeronluk sözleşmesinin mevcudiyeti, daima bir asıl sözleşmenin mevcudiyetini gerekli kılar. Asıl inşaat sözleşmesi, taşeronluk sözleşmesinden daha önce akdedilmiş olabileceği gibi, taşeronluk sözleşmesinin kurulmasından sonra akdedilmesine de bir engel yoktur.

Aralarındaki bu fiilî ilişkiye rağmen, aşağıda da ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, her iki sözleşme hukukî olarak birbirlerinden bağımsız iki ayrı sözleşmedir[120]. Durum böyle olmakla birlikte taşeronluk sözleşmesinin doğurduğu hukukî ilişkinin, iş sahibi ile asıl müteahhit arasındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde meydana gelmesi ve netice olarak o hukukî ilişkiden doğan borcun ifasına yönelmiş bir sözleşme ilişkisi olmasının, kendisine bazı özellikler kazandırdığı da muhakkaktır[121]. Bu özellikler taşeronluk sözleşmesinin, iş sahibi ile asıl müteahhit arasındaki sözleşmeye nazaran bir alt sözleşme olmasından kaynaklanır. Genel olarak alt sözleşmelerin, asıl sözleşme çerçevesinde meydana gelmiş olmalarının kendilerine kazandırdığı bu özelliklerinin ortaya çıkarılması amacıyla doktrin, ortaya bazı sorular atmakta ve bu sözleşme ile asıl sözleşmenin birbirleri karşısındaki durumlarını incelemeye tabi tutmaktadır[122]. Bu sorular genel olarak;

i. Alt sözleşmenin meydana gelmesinin asıl sözleşmeye bağlı olup olmadığı,

ii. Asıl sözleşmenin sona ermesinin alt sözleşmenin devamı üzerinde bir etkisinin bulunup bulunmadığı,

iii. Asıl sözleşmenin alt sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde ne ölçüde etkili olduğu veya tam aksine alt sözleşmenin asıl sözleşmenin oluşmasına, içeriğinin belirlenmesine yahut devamına etki edebilip edemeyeceği,

iv. Nihayet bu sözleşmeleri akdeden şahısların yapmış oldukları sözleşmelerde, her iki sözleşmenin mukadderatını biribirine bağımlama imkânlarının bulunup bulunmadığı ve bu imkânların nelerden ibaret bulunduğu

noktalarında toplanmaktadır.

Yine bu ve benzeri soruların müstakil olarak cevaplandırılmasından önce bazı tesbitlerin yapılmasında ise ayrıca yarar görülmektedir[123]:

i. Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki, asıl sözleşme ve taşeronluk sözleşmesi gerek kurulmaları, gerek yorumlanmaları ve gerekse sona ermeleri bakımından birbirlerinden tamamen bağımsız ve hukukî olarak müstakil iki ayrı sözleşmedir[124].

---

120 **Cerutti,** N. 202 vd.; **Gauch,** Werkvertrag, N. 145; **Gauch,** Subunternehmer, Sh. 165; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 363 N. 29; **Mosimann,** Sh. 168; **Saxer,** Sh. 44; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 116, 126, 151 VOB/A; **Sajonz,** Sh. 67.

121 **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2361; **Frikell,** Sh. 11; **Werner/Pastor,** N. 914; **Schlünder,** NJW 1995, Sh. 1057.

122 **Cerutti,** N. 197.

123 **Cerutti,** N. 198-201.

124 **Kapellmann,** Bauen, N. 26.

ii. Yalnız bu iki sözleşmenin hukuken birbirlerinden tamamen bağımsız olmaları, birbirleri üzerinde doğrudan veya dolaylı çeşitli etkilere sahip olmaları ihtimalini de ortadan kaldırmayacaktır.

iii. Nihayet taraflar, karşılıklı olarak mutabık kalmak suretiyle her iki sözleşmeyi biribirine uydurmak imkânına da sahiptirler. Bu yol taraflara, her iki sözleşmenin birbirinden bağımsız iki sözleşme olmasının olumsuz etkilerini bertaraf etme veya en azından hafifletme imkânını da verecektir.

Böylece ifade etmek gerekiyor ki, asıl sözleşme ile taşeronluk sözleşmesinin birbiri karşısındaki hukukî durumunu tahlil ederken *„her iki sözleşmenin birbiri karşısındaki bağımsızlığı"*nı temel çıkış noktası olarak kabul etmek zorunluluğu mevcuttur[125]. Olayların tamamında asıl müteahhidin her iki sözleşmenin de tarafı konumunda olması nedeniyle, her iki sözleşmenin taraflarının da diğer sözleşmenin mevcudiyetinden (veya en azından yapılacağından) haberdar olmalarına[126] ve her iki sözleşme arasında kaçınılmaz bir şekilde mevcut bulunan fiilî birlikteliğe rağmen; bu durum, hiç bir şekilde otomatik olarak sözleşmelerin hukukî mukadderatlarının da birbirine bağlı olması neticesini doğurmamaktadır[127].

Her iki sözleşme hukuken birbirinden bağımsız olmasına rağmen, birindeki belirli bir gelişme veya sonucun dolaylı olarak diğerini de etkilemesi ise mümkün ve hatta bazı durumlarda kaçınılmazdır. Mesela bir taşeron, asıl sözleşme sona erdirilmiş olsa dahi kendi edimini yerine getirme imkânına sahiptir. Fakat böyle bir durumda, sözleşmede öngörülen kullanım amacının ortadan kalkmış bulunması nedeniyle bu sözleşme, asıl müteahhit için amacını kaybetmiş olacaktır[128].

Böyle bir durumda dolaylı etkiden bahsedilmesinin nedeni, bu tür sonuçların bir sözleşmede ortaya çıkan değişikliklerin diğeri bakımından ortaya çıkan doğrudan sonuçlar olmayıp; bu değişiklik nedeniyle ortaya çıkan hukukî durumun ister istemez diğer sözleşmeyi de etkiliyor olmasındandır[129].

---

125 **Cerutti,** N. 202.

126 *„Eğer bir genel müteahhit, yapı ediminin belirli bir kısmının meydana getirilmesini, bu şeyin hangi amaçla kullanılacağı hususunda kendisini bilgilendirmeden bir taşerona ihale etmiş ise asıl sözleşme ile taşeronluk sözleşmesi hukuken birbirinden bağımsız sözleşmeler olarak değerlendirilecek ve asıl sözleşme ile ilgili gelişmeler taşeronluk sözleşmesi bakımından önemsiz olacaktır. Dolayısıyla yapılması taşerona ihale edilmiş bulunan edim kısmının kullanım amacına ait riziko tamamen genel müteahhidin üzerinde bulunacaktır"* (**Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2365).

127 **Frikell,** Sh. 12.

128 **Bischoff,** Sh. 165; **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2365; **Cerutti,** N. 205; **Saxer,** Sh. 46.

129 Bu durumu daha iyi izah etmek için **Cerutti** şu örneği vermektedir: *„Asıl kira sözleşmesinin sona ermesi, doğrudan alt kira sözleşmesinin de sona ermesine sebebiyet vermez. Fakat asıl kira sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte kira konusu şeyi asıl kiralayana iade etmek zorunda olan ilk kiracı, alt kira sözleşmesinden doğan (kiralananı kiracıya teslim) borcunu artık ifa edemeyecektir. Onun içerisinde bulunduğu subjektif ifa imkânsızlığı asıl sözleşmenin sona ermiş olmasının dolaylı bir sonucu olarak, alt kira sözleşmesinin de feshedilmesine sebebiyet verecektir"* (N. 207).

Doktrinde, sözleşme taraflarının sahip bulunduğu ve sözleşmelerin hukuken birbirinden bağımsız olmasına bağlı bulunan *„her iki sözleşmenin içeriğini serbestçe tayin etme özgürlüğü"*nün asıl müteahhit bakımından tahammül edilmez bazı zorluklara sebebiyet verebileceği ifade edilmekte ve bu bakımdan en büyük tehlikenin asıl sözleşme ile alt sözleşmenin içeriklerinin birbirine uydurulmamasının olduğu belirtilmektedir[130].

Fakat asıl müteahhidin, her iki sözleşmeye de taraf olması nedeniyle katlanmak zorunda olduğu rizikolar katlanılamayacak kadar da ağır değildir. O, her iki sözleşmeye de taraf olarak katılmakta olduğundan, ortaya çıkabilecek tehlikeli sonuçları en iyi şekilde tahmin edebilecek ve bunun sonucu olarak muhtemel riskleri her iki sözleşmenin diğer tarafına (iş sahibi veya taşerona) aktarma imkânına sahip olacaktır. Buna ilaveten o, kural olarak işin yapımına taşeron veya taşeronları dahil etmek suretiyle kendi kazancını artırmak amacındadır. Nihayet onun elinde, sözleşmelere birbiri arasında irtibat sağlayacak kayıtlar koyarak, sözleşmeleri birbirine tabi kılma ve bu suretle sözkonusu risklerin bir kısmını diğer âkitlere aktarma imkânı da bulunmaktadır[131].

II. Asıl inşaat sözleşmesi ve taşeronluk sözleşmesinin kurulması

Her iki sözleşmenin hukuken birbirinden bağımsız olması, doğaldır ki bu sözleşmelerin kurulması bakımından da geçerlidir. Fakat taraflar, her iki sözleşmede yer verecekleri bazı kayıtlarla her iki sözleşmenin birbiri karşısındaki bağımsızlığını bu açıdan ortadan kaldırma ve her bir sözleşmenin kurulmasını diğerinin kurulmasına bağımlı hale getirme imkânına da sahiptirler[132].

Asıl inşaat sözleşmesi ve taşeronluk sözleşmesi tamamen birbirinden bağımsız olarak kurulur[133]. Kurulmaları için -bütün sözleşmelerin kurulmasında olduğu gibi- ilgili sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekli ve yeterlidir (BK m. 1). Buna karşılık hem asıl sözleşmenin ve hem de taşeronluk sözleşmesinin kurulması meselesi, hukuken olmasa bile fiilen, ya diğer sözleşmenin daha önce akdedilmiş olup olmadığına ya da kurulması gerekliliğine bağlıdır. Bu da asıl mütehhide taşeronluk sözleşmesini (yakında akdedilme ihtimali bulunan bir asıl sözleşmeyi dikkate alarak) önceden akdetme imkânını verir[134].

İfade etmek gerekir ki asıl sözleşmede, taşeronluk sözleşmesinin yapılması veya bu sözleşmenin hangi taşeronla yapılacağı iş sahibinin iznine veya onayına tabi kılınmış olsa dahi, bu sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için iş sahibinin

---

130 **Nicklisch,** Risiken, Sh. 49; **Cerutti,** N. 208; **Frikell,** Sh. 12; Ayrıca bkz. **Kleine-Möller,** §3 N. 13; **Yalçınduran,** Sh. 33.

131 **Kapellmann,** Bauen, N. 24; **Cerutti,** N. 210; **Frikell,** Sh. 12; **Kleine-Möller,** §3 N. 13; **Schwarz,** Sh. 82; **Yalçınduran,** Sh. 33.

132 Bu hususta bkz. §4. II. 1. b. aa. aaa. (1).

133 Karş. **Higi,** Zürcher Kommentar, Art. 262 N. 13; **Ingenstau/Korbion,** § 4 Nr. 8 N. 424 vd. VOB/B; **Gauch,** Werkvertrag, N. 145; **Saxer,** Sh. 45.

134 **Cerutti,** N. 214. Böyle bir durumda asıl müteahhidin, taşeronluk sözleşmesini, asıl sözleşmenin kurulması geciktirici şartına bağlı olarak kurması (BK m. 149) isabetli bir yaklaşım olacaktır.

onayı yine de gerekli değildir[135]. Onun onayı olmaksızın yapılmış bulunan bir taşeronluk sözleşmesi de geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmedir. Zira asıl sözleşmeye konulmuş bulunan bu tür bir kayıt, sadece asıl müteahhide bir yükümlülük getirir ve onun bu yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş bulunması kural olarak taşeronluk sözleşmesinin geçerliliğine herhangi bir etkide bulunmaz. Meğer ki taraflar bu sözleşmeyi akdederken (özellikle iş sahibine zarar vermek gibi) ahlâka aykırı bir amaç izlemiş (BK m. 20/I) olsunlar[136].

Taşeronun işin yapımına dahil edilmesinin iş sahibinin onayına tabi olması sözleşme gereği değil, kanun gereği olsa dahi durum aynıdır. Mesela BK m. 356/II gereği asıl müteahhidin yapması gereken iş, şahsî maharetlerinin önem arzetmesi nedeniyle bizzat yapması gereken bir iş olsa ve buna rağmen asıl müteahhit, bu işin yapımında bir taşeronu görevlendirmiş bulunsa dahi, yine de onun taşeronla yapmış bulunduğu sözleşme hukukî olarak bu durumdan etkilenmeyecek ve geçerli bir şekilde kurulmuş olacaktır[137]. Zira bu hüküm, iş sahibini asıl müteahhide karşı korumak amacıyla sevk edilmiş olup; sözleşme ilişkisinin dışında bulunan taşeron bakımından bir sonuç doğurmaz. Asıl müteahhidin bu tarz bir hareketi asıl sözleşmeden kaynaklanan borcuna aykırı bir harekettir; fakat bu durumun taşeronluk sözleşmesinin geçerliliği bakımından herhangi bir etkisi olmayacaktır[138].

Bu arada unutmamak gerekir ki, asıl sözleşmenin kurulmasından evvel akdedilmiş bulunan bir alt sözleşmenin durumunda olduğu gibi, kurulması iş sahibi veya kanun tarafından arzu edilmeyen bir taşeronluk sözleşmesinin kurulmuş olması, asıl müteahhit bakımından önemli riskleri de beraberinde getirecektir. Mesela, asıl müteahhit kanun veya akit gereği taşeronu işin yapımına dahil ederken iş sahibinin onayını almak zorunda olduğu halde bu gerekliliğe aykırı hareket etmiş ise, taşeron tarafından ifa olarak arz edilip kendisi tarafından iş sahibine ifa olarak arzedilemeyecek olan şeyi geçerli bir ifa olarak kabul etmek zorunda kalabilecektir[139].

---

135 **Cerutti,** N. 217; **Ingenstau/Korbion,** § 4 Nr. 8 N. 408 VOB/B; **Chaix,** Sh. 49; **Saxer,** Sh. 46; Alt kira sözleşmesi ile ilgili olarak aynı şekilde **Honsell/Weber/Zihlmann,** Art. 262 N. 9; **Higi,** Zürcher Kommentar, Art. 262 N. 13.

136 Bu ihtimalde sözleşme butlanla malûl olarak kurulmuştur; fakat bu durumun meydana gelmesinde, yine asıl sözleşmenin mevcudiyetinin bir etkisi bulunmamaktadır. Bu sonuca yol açan asıl sözleşmenin mevcudiyeti değil, bilakis tarafların bu sözleşmeyi yapmakla güttükleri amacın ahlâka aykırı olmasıdır.

137 *„...Her ne kadar davacı, kendisi ile Milli Eğitim Bakanlığı arasındaki sözleşmenin eklerinden sayılan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 12 nci maddesine göre, idarenin yazılı müsaadesini almadan, inşaat ve ameliyatı başkasına devredemez ise de, bu hüküm, sadece sözleşmenin tarafı olan davacı müteahhit ve dava dışı idareyi ilgilendireceğinden davalılarla davacının devir işleminden doğan haklarına tesir etmez. Şu halde, dava konusu devir sözleşmesi hukuken geçerlidir. Davacı ve davalı orada yer alan hükümlerle bağlıdırlar...“* (**Yarg.** 15. HD. 18.2.1974 t. E. 121, K. 132; Karar için bkz. **Karahasan,** İnşaat-imar-ihale hukuku, Sh. 1228).

138 **Cerutti,** N. 219-220.

139 **Cerutti,** N. 223.

III. Asıl inşaat sözleşmesi ve taşeronluk sözleşmesinin içeriği

Asıl inşaat sözleşmesi ve taşeronluk sözleşmesinin hukuken birbirinden bağımsız iki ayrı sözleşme olması, her iki sözleşme içeriğinin diğerinden farklı düzenlenmesi imkânını da beraberinde getirir[140]. Taraflar, akit serbestisi ilkesi çerçevesinde, sözleşmenin hükümlerini diledikleri gibi belirleme imkânına sahiptirler[141]. Hatta taşeronluk sözleşmesinde bazı kayıtlara yer verilmesi zorunluluğunu öngören asıl sözleşme hükümleri de sadece asıl müteahhidi bağlar[142] ve taşeronluk sözleşmesinin kurulması sırasında onun bu hükümlere riayet etmemesi sebebiyle, asıl sözleşmenin gereğince ifa edilememiş olmasından kaynaklanan sorumluluk sadece ona ait olur[143]. Zira asıl sözleşmede yer alan bu tür bir kayıt hiç bir şekilde taşeronu bağlamaz ve taşeronluk sözleşmesinin içeriğinin belirlenmesinde doğrudan etkili olmaz[144].

Her iki sözleşmenin hukuken birbirinden bağımsız iki sözleşme olması nedeniyle, her iki sözleşme içerik bakımından incelemeye tabi tutulup yorumlanırken de müstakil olarak değerlendirmeye tabi tutulacaklardır. Yine her iki sözleşmeye konulacak bazı kayıtlar sayesinde, içerik bakımından da sözleşmelerin birbiri karşısındaki bağımsızlıklarını sona erdirip aralarında bir düzen ve uyum temin etmek imkânı ayrıca mevcuttur.

Bu bakımdan dikkat edilmesi gereken husus, asıl sözleşmenin bütün içeriği ile alt sözleşmede de aynen tekrar edilmesinin ne mümkün ve ne de gerekli olmadığının bilincinde olunmasıdır. Zira işin niteliği gereği her iki sözleşmenin kapsamı ve taraflarına yüklediği borçlar farklı olacaktır.

Yine asıl sözleşme ve taşeronluk sözleşmesinin yorumu birbirinden bağımsız olup, her iki sözleşme de müstakilen değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Sözleşmelerin içerik bakımından da birbiri kaşısındaki bağımsızlığı taraflara, hem asıl sözleşmeyi ve hem de taşeronluk sözleşmesini müstakilen şekillendirme imkânını verecektir.

1. Her iki sözleşmenin birbirinden ayrı yoruma tabi tutulması kuralı

Bir ihtilaf vukuunda sözleşmenin yorumlanması hâkimin görevidir. Böyle bir durumda hâkim, çeşitli yorum araçlarına başvurarak taraf iradelerine verilmesi gereken anlamı tesbite çalışacaktır. Bu çerçevede hâkim, öncelikle sözleşmenin kurulmuş olup olmadığını, kurulmuş olduğu kabul edilen bir sözleşmenin ise muhtevasının nelerden ibaret olduğunu tesbit edecektir. Sözleşme muhtevasına dahil olduğu kabul -veya yorum neticesinde tesbit- olunan kısımlar bakımından ise hâkimin yapacağı yorum bu kısımların anlamının tesbitine yönelik olacaktır[145]. İşte

---

140 **Kleine-Möller,** §3 N. 23; Ayrıca karş. **Ingenstau/Korbion,** § 4 Nr. 8 N. 424 VOB/B; **Saxer,** Sh. 48.

141 **Gauch,** Werkvertrag, N. 145; **Gauch,** Subunternehmer, Sh. 17; **Saxer,** Sh. 48.

142 Mesela SIA-Norm 118, Art. 29/IV bu yönde bir hüküm içermektedir: *„Der Unternehmer übernimmt in seinem Vertrag mit dem Subunternehmer alle Bestimmungen seines Werkvertrages mit dem Bauherrn, die zur Wahrung der Interessen des Bauherrn erforderlich sind"*. (*Müteahhit, taşeronla yaptığı sözleşmeye, iş sahibi ile yapmış olduğu eser sözleşmesinde yer alıp, iş sahibinin menfaatlerinin gerçekleştirilmesi bakımından lüzumlu olan bütün hükümleri dahil eder.*).

143 **Saxer,** Sh. 48.

144 Karş. **Cerutti,** N. 235 vd.

145 **Gauch/Schluep/Schmid,** Bd. I, N. 1200 vd.; **Akyol,** Dürüstlük Kuralı, Sh. 25 vd.; Ayrıca bkz. **Oğuzman/Öz,** Sh. 140 vd.

alt sözleşme olan taşeronluk sözleşmesine ilişkin bu yorum faaliyeti esnasında hâkim, acaba asıl sözleşme hükümlerini de dikkate almak zorunda mıdır; yoksa o, asıl sözleşmeyi hiç dikkate almadan taşeronluk sözleşmesini müstakilen yorumlama yoluna mı gitmelidir?

İfade etmek gerekir ki taşeronluk sözleşmesi, hem iş sahibinin katılmadığı iki taraflı bir hukukî işlem olması ve hem de hukuken asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşme olması nedeniyle, kural olarak asıl sözleşmeden bağımsız olarak yorumlanmak zorundadır[146]. Bu noktadan hareket edilmek suretiyle taşeronluk sözleşmesi ile ilgili bir yorum kuralı getirilmek istendiğinde, onun tek başına yoruma tabi tutulmasının bir zorunluluk olduğunu ifade etmek doğru olacaktır[147]. Böylece taşeronluk sözleşmesini yorumlamak isteyen hâkim, asıl inşaat sözleşmesini dikkate almaksızın, müstakilen alt sözleşme taraflarının ne istemiş olduklarını tesbite çalışacaktır. Bu tarz bir yoruma taşeronun, asıl sözlşemenin mevcudiyetinden hiç bir şekilde haberdar edilmediği veya haberdar edilmemekle birlikte onun daha önceki tecrübelerine istinaden bir asıl sözleşmenin mevcut olabileceğini çok küçük bir ihtimal olarak öngörebildiği durumlarda başvurulacaktır[148]. Böylece taşeronluk sözleşmesinin yorumlanmasında, *„asıl sözleşmeye uygun yorum yapılması gerekliliği"*[149] bulunmadığı gibi, asıl sözleşmenin *ikinci dereceden bir yorum aracı*[150] olarak gözönünde bulundurulması dahi mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde, objektif olarak tesbit edilmesi mümkün olan, taşeronluk sözleşmesinin asıl sözleşmenin ifasına yönelmiş bir sözleşme olması gerçeği de yorum yoluyla her iki sözleşme arasında eşgüdüm sağlanması veya taşeronluk sözleşmesinde yer verilen hükümlerin hukukî bağımsızlıklarının sona erdirilmesi bakımından, tek başına yeterli olmayacaktır[151].

---

146 **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2370; **Locher,** Subunternehmer, Sh. 2236; **Saxer,** Sh. 49; **Cerutti,** N. 232.

147 **Locher,** Subunternehmer, Sh. 2236; Ayrıca karş. **Ingenstau/Korbion,** § 4 Nr. 8, N. 415 VOB/B.

148 **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2365; **Cerutti,** N. 232.

149 Bu gereklilikten, alt sözleşmenin yorumlanması esnasında, onun asıl sözleşme ile uyum içerisinde olmasını temin edecek şekilde yorumlanması zorunluluğu anlaşılır. Bu yorum tarzı, her iki sözleşmenin mümkün olduğu kadar birbirine uygun olarak kurulmasında büyük menfaatleri bulunan asıl müteahhidin çıkarlarına uygundur. Fakat alt sözleşmenin yorumlanmasında böyle bir yol takip edilmesi, alt sözleşmenin bağımsızlığına uygun bir sonuç olmadığı gibi çoğu zaman da alt müteahhit için adaletsiz sonuçların doğmasına yol açabilir. Ancak eğer alt sözleşmenin tarafları asıl sözleşmenin tamamına veya bir kısmına yollamada bulunmuş iseler çözüm ister istemez başka türlü olmak zorundadır. Alt sözleşmede asıl sözleşmeye yapılmış bulunan bu yollamanın yorumu ile ilgili bir ihtilafta, alt sözleşmenin asıl sözleşme ile uyumunu sağlayacak bir sonuca ulaşma zorunluluğu ortaya çıkabilecektir (Karş. **Sweet,** Sh. 632).

150 Sözleşme yorumlanırken başvurulacak yorum araçları doktrinde ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bunlardan sözleşme metni *birinci dereceden yorum aracı* olarak kabul edilmekte iken; sözleşme kurulurken yürütülen müzakereler, sözleşmenin yapıldığı yer, zaman veya sözleşmenin yapılmasında etkili olan diğer şartlarla sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların takınmış bulundukları hal ve hareketler *ikinci dereceden yorum aracı* olarak nitelenmektedir (Genel olarak yorum araçları ile ilgili olarak bkz. **Gauch/Schluep/Schmid,** Bd. I, N. 1205 vd.; **Jäggi/Gauch,** Zürcher Kommentar, Art. 18 N. 344 vd.; **Akyol,** Dürüstlük Kuralı, Sh. 26 vd.).

151 **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2365; **Saxer,** Sh. 50.

Kural bu yönde ise de alt sözleşmenin yorumunda asıl sözleşmenin gözönünde bulundurulması gerektiği bazı özel durumlar da mevcuttur. Eğer tarafların içerisinde bulunduğu ilişkinin özel niteliğinden alt sözleşme taraflarının iradelerinin de bu yönde olduğu neticesi çıkarılabiliyorsa[152], asıl sözleşmeden ikinci dereceden bir yorum aracı olarak istifade edilmesi mümkündür. Yalnız böyle bir neticeye ulaşırken ihtiyatlı davranmak[153] ve her iki sözleşmenin hukuken birbirinden bağımsız iki ayrı sözleşme olduğunu hatırdan çıkarmamak gerekir. Bu araştırmanın yapılması bakımından, taşeronluk sözleşmesinin kurulması aşamasında yaşanan gelişmeler ve özellikle taraflar arasında cereyan etmiş bulunan sözleşme müzakereleri önem taşıyacaktır[154].

Mesela asıl sözleşmenin içeriğinin alt sözleşmenin kurulması esnasında her iki tarafça da bilindiği ve alt sözleşmenin müzakereleri esnasında asıl sözleşme nazarı dikkate alınarak hareket edildiği sabit ise veya mesela iş sahibi alt sözleşme ile asıl sözleşme içeriklerinin mümkün olduğu kadar birbirine uygun olarak belirlenmesini temin amacıyla bizzat alt sözleşmenin müzakerelerine iştirak etmiş[155] ise alt sözleşmenin yorumunda asıl sözleşmeye ikinci dereceden bir yorum aracı olarak başvurulması düşünülebilir[156]. Özellikle tarafların, müzakereler esnasında asıl sözleşmenin belirli hükümleri üzerinde görüşmeler yapmış ve bazı hükümleri olduğu gibi yahut değiştirerek sözleşme metnine dahil etmiş olmaları, onların her iki sözleşme arasında eşgüdüm sağlama hususundaki isteklerinin ortaya konulması bakımından dayanak noktası teşkil edebilir.

2. Her iki sözleşmenin içeriklerinin bağımsız olarak belirlenmesi

Alt sözleşmenin içerik olarak bağımsızlığı, onun müstakil olarak yoruma tabi tutulmasından ibaret değildir. Bu bağımsızlık daha ziyade, alt sözleşme taraflarına sözleşme müzakerelerini kendi aralarında serbestçe yürütme ve bunun neticesinde isteyerek veya mecbur oldukları için asıl sözleşmeye aykırı hükümleri dahi sözleşme içeriğine dahil etme imkânını da verecektir. İçeriğe dahil edilmiş bulunan hükümler asıl sözleşmeye nazaran taraflardan biri veya diğeri lehine daha elverişli düzenlemeler[157] içerebileceği gibi daha elverişsiz düzenlemeler[158] de içerebilecektir[159].

Her iki sözleşmeye de taraf olan asıl müteahhit, genellikle alt sözleşmenin hangi noktalarda asıl sözleşme ile benzer hükümler içerdiğini ve hangi noktalarda

---

152 Bu yönde karş. **Jäggi/Gauch,** Zürcher Kommentar, Art. 18 N. 354 vd.; **Schönenberger/Jäggi,** Zürcher Kommentar, Art. 1 N. 266.

153 **Cerutti,** N. 234.

154 **Gauch,** Werkvertrag, N. 145; **Saxer,** Sh. 49.

155 **Cerutti,** N. 234 dn. 224.

156 **Gauch,** Werkvertrag, N. 177; **Saxer,** Sh. 49.

157 Mesela asıl müteahhit inşaatın zamanında tamamlanması için yapılması gerekli işleri zamanında bitirebilecek başka taşeron bulamamış ise taşeronlara daha cazip imkânlar sunacaktır (Bkz. **Locher,** Subunternehmer, Sh. 2235).

158 Yine mesela asıl müteahhit, kendi kâr marjını mümkün olduğu kadar yüksek tutabilmek için, taşeronlara asıl sözleşmede kararlaştırılmış bulunan ücrete nazaran daha az ücretle iş vermek isteyeceğinden alt sözleşmede ücreti mümkün olduğu kadar düşük tutma yoluna gidecektir (Bkz. **Locher,** Subunternehmer, Sh. 2235).

159 Karş. **Locher,** Subunternehmer, Sh. 2235; **Höchli,** Sh. 21.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

ayrıldığını bilerek hareket edecek ve böylece kendi lehine ve aleyhine olan neticeleri göze almış olacaktır.

Mesela asıl müteahhit, işini iyi yaptığı takdirde iş sahibinden daha başka işleri de alacağını ümit ettiği için, asıl sözleşme gereği yapmak zorunda olduğu işin mümkün olduğu kadar iyi (ayıptan âri) yapılması amacıyla alt sözleşmeye, kendisinin asıl sözleşmede borçlandığından daha iyi kalite standartlarını koymuş olabilir. Böyle bir ihtimalde asıl müteahhit, alt sözleşme maliyetinin asıl sözleşmeye nazaran daha fazla olduğunun bilincinde olacak ve elde edeceği kârın azalmasına katlanacaktır.

Asıl müteahhit, alt sözleşmede asıl sözleşmeye nazaran daha kötü kalite standartları da koymuş olabilir; böylece o iki amaçtan birini izlemiş olabilir[160]: Öncelikle o, taşeronun yapacağı işle ilgili düzeltmeleri kendisinin yapacağını düşünerek hareket etmiş olabilir[161]. Veyahut da o, böylece kendi kazancını artırmayı amaçlamış olabilir; böyle bir durumda ise işin asıl sözleşmeye uygun bir şekilde yapılmamasının riskini kendisi göze almış olacaktır.

Alt sözleşmede asıl sözleşmeden ayrılan bütün düzenlemelerin bilinçli olarak yapıldığını söylemek ise bütün durumlar için doğru olmayacaktır. Zira beklenildiğinin aksine asıl müteahhit bazı durumlarda taşeronluk sözleşmesinin kurulması ile ilgili yeterli dikkat ve özeni göstermeden hareket etmiş de olabilir. Bu nedenle asıl müteahhit, bazı durumlarda taşeronun ayıba karşı tekeffül borcunun zamanaşımına uğramış olması nedeniyle kendisinin ona artık müracaat edemeyeceği bir zaman diliminde, iş sahibine karşı taşeronun ayıplı ifası nedeniyle de sorumlu olduğunu farkedebilir[162].

Nihayet ifade etmek gerekir ki, taşeronluk sözleşmesinin içeriğinin belirlenmesine ilişkin sözleşme taraflarının bu serbestiyeti, asıl sözleşmeye konulacak aksi yöndeki hükümler aracılığı ile de önlenemez. Yani asıl sözleşmede asıl müteahhit, yapacağı taşeron sözleşmelerini asıl sözleşmeye uygun bir şekilde yapacağını ve sözleşme hükümlerini tesbit ederken benzer hükümlere orada da yer vereceğini iş sahibine karşı borçlanmış olsa dahi durum değişmeyecek ve asıl sözleşmedeki bu hüküm, açıkça taşeronluk sözleşmesi metnine de dahil edilmedikçe, taşeron bakımından etkili olamayacaktır[163]. Asıl sözleşmede yer alan bu tür kayıtlara rağmen, taşeronluk sözleşmesi asıl sözleşmeden ayrılan hükümler içerdiği takdirde bu durum, olsa olsa asıl müteahhidin iş sahibine karşı akdî sorumluluğuna yol açacak; fakat taşeronluk sözleşmesinin geçerliliği üzerinde herhangi bir etkide bulunmayacaktır[164].

---

160 **Cerutti,** N. 237-238.

161 Özellikle işin tamamlanması için özel bilgi ve yeteneklerin gerekli olduğu işlerde böyle bir yol izlenecektir. Bu tür işlerde taşeron özel bilgi ve yetenekleri gerekli kılmayan hazırlık işlerini yaparken asıl müteahhit de asıl ustalık ve becerinin gerekli olduğu işleri yaparak işi tamamlamış olur (**Cerutti,** N. 238 dn. 226).

162 **Cerutti,** N. 239.

163 **Sweet,** Sh. 631; **Cerutti,** N. 240.

164 **Sweet,** Sh. 631; **Cerutti,** N. 240; Ayrıca karş. **Gauch,** Werkvertrag, N. 145.

§4. Taşeronluk sözleşmesi ve asıl eser sözleşmesinin birbirine uyumu meselesi

I. Genel olarak

Taşeronluk sözleşmesinin aynı zamanda bir alt sözleşme olmasından kaynaklanan özelliği gereği, asıl eser sözleşmesi karşısında hukukî açıdan bağımsız bir sözleşme olduğunu tesbit etmiş bulunuyoruz. Taşeronluk sözleşmesinin yarar ve sakıncalarının incelenmesi esnasında ortaya konulmuş bulunulan[165] sakıncaların tamamına yakını, bu hukukî durumun beraberinde getirmiş olduğu sonuçlardır.

Dikkat edilecek olursa gelinen bu noktada, bir akdî ilişki bakımından ortaya çıkan olumsuzluk, hukukî bağımsızlığa rağmen fiilen diğer akdî ilişkiyi de etkiyelebilmekte ve bu fiilî etkileşim sebebiyle her iki akdî ilişki arasında bir eşgüdüm ve uyum ihtiyacı gündeme gelebilmektedir.

Her iki sözleşmeye de taraf olması sebebiyle, bu hukukî durumdan olumsuz anlamda en fazla etkilenme ihtimali bulunan şahsın asıl müteahhit olduğunu kabul eden doktrin, asıl müteahhidin her iki sözleşme arasında sıkışıp kalmış olduğunu ifade etmekte[166] ve her iki sözleşmenin hukukî bağımsızlığını sona erdirerek aralarında bir eşgüdüm ve uyum sağlamanın mümkün olup olmadığını tartışmaktadır. Yalnız ifade edilmelidir ki, asıl eser sözleşmesi ve taşeronluk sözleşmesi arasında, etkili ve aynı zamanda da ilişkiye dahil bütün tarafların menfaatlerini dengeleyecek pratik bir uyumun sağlanıp sağlanamayacağı ve sağlanacaksa bunun hangi yolla sağlanabileceği meselesi henüz netlik kazanmamıştır. Bu meseleyi olması gereken hukuk (de lege ferenda) bakımından ele alan yazarların görüşleri[167] bir tarafa bırakılacak olursa özellikle Alman hukuk

---

165 Bu hususta özel olarak bkz. yukarıda §1. V. 2. a; §3. II. ve III.

166 Bu durumu her yazar kendisine özgü bazı terimlerle anlatmaktadır: Mesela **Kaiser** (§3, N. 17 a) ve **Nicklisch/Weick** (Einl. §4-13, N. 98) *„Zwei-Fronten-Stellung"* tabirini kullanırken; **Locher** (NJW 1979, Sh. 2235) *„Zwischenstellung"*, **Werth** (BauR 1976, Sh. 81) *„Mittlerstellung"*, **Cerutti** (N. 208) ile **Saxer** (Sh. 51) *„Nahtstelle"*, **Vetter** (RIW 1986, Sh. 82) ise *„Doppelfunktion"* terimlerini kullanmaktadırlar. Başka terim ve açıklamalar için ayrıca bkz. **Nicklisch,** Risiken, Sh. 49; **Bühler,** Zürcher Kommentar, Art. 364 N. 52; **Wendler,** Sh. 54.

167 **Medicus,** ARGE, Sh. 76 vd.; **Meinert,** BauR 1978, Sh. 13 vd.; sınırlı olarak **Nicklisch,** JZ 1984, Sh. 757, 763 vd. Bu yazarlardan **Medicus** asıl müteahhidin her iki sözleşmeye de taraf olması sebebiyle karşı karşıya bulunduğu tehlikelerin, mevcut kurallar çerçevesinde tamamen bertaraf edilmesi imkânının bulunmadığını ifade ederek; öncelikle her iki akdî ilişki arasındaki fiilî ve ekonomik bağlılığı ortaya koymakta ve bu bağımlılık ilişkisi çerçevesinde asıl müteahhidin ortada sıkışıp kalmış olduğunu söyleyerek, asıl müteahhidin üzerindeki riskleri her iki akdî ilişkiyi birbiri ile uyumlu hale getirerek, bu ilişkiye dahil diğer şahıslara devretmek hususunda haklı bir menfaati olduğu neticesine ulaşmaktadır. Genel olarak Medicus, her iki akdî ilişki arasındaki ekonomik bağımlılığın ne BGB ve ne de VOB tarafından dikkate alınmadığı ve böylelikle ortada bir kanun boşluğu bulunduğu yorumunu yapmaktadır. Bu nedenle yazar, mevcut durum ve ihtiyaçlara uygun yeni bir düzenlemenin uygun olacağı fikrini savunmaktadır (***Medicus,*** *ARGE, Sh. 76, 77.*). BGB'nin halihazır düzenlemesi ile ilgili olarak **Nicklisch** de *„fiilî birliktelik düşüncesinin taşeron bakımından yeni bir düzenlemeyi gerekli kılıp kılmadığı"* sorusunu ortaya atmaktadır. Yazar gerçekleştirilmesi uzun süreye bağlı karmaşık sözleşmelerle (komplexe Langzeitverträge) ilgili olarak yeni bir kanunî

doktrininde, akdî ilişkiler arasındaki uyumun sözleşmeye taraflarca bu doğrultuda hüküm konulması[168], genel işlem şartlarının kullanılması[169] veya yorum araçlarına başvurulması[170] suretiyle temin edilebileceği doğrultusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu yöntemler birazdan ayrıntılı olarak incelenecektir. Yine bu arada her iki akdî ilişki arasında gerçekleştirilmek istenen uyumun, dürüstlük kuralı (MK m. 2) ve bu kuraldan kaynaklanan diğer esaslara müracaat edilmesi suretiyle temin edilmesinin mümkün olup olmadığı ve mümkünse bunun ne ölçüde mümkün olduğu meselesinin de ele alınması yararlı olacaktır.

Bu hususlaki açıklamalara geçmeden önce ifade edilmelidir ki, her iki sözleşme arasında karşılıklı eşgüdüm ve uyum sağlanmasının sadece asıl müteahhidin menfaatlerine hizmet edeceği de düşünülmemelidir. Mesela asıl müteahhidin iki sözleşmeye de taraf olması sebebiyle karşı karşıya bulunduğu risklerin tamamını, kendi güçlü konumundan istifade ile taşerona devretmesi, taşeronluk sözleşmesinin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi riskini artıracağından, iş sahibi de taşeronluk sözleşmesinin, asıl sözleşmeye nazaran daha kötü koşullar içermemesi ve her iki sözleşme arasında asgari bir uyum sağlanması noktasında menfaat sahibi olacaktır; zira taşeronun edimi nihayetinde iş sahibine ifa olarak sunulacaktır. Taşeronluk sözleşmesinin asıl sözleşmeden daha olumsuz koşullar içermemesi (elbette) taşeronun da menfaatinedir; zira böylelikle asıl müteahhidin tek taraflı olarak bütün riskleri ona yüklemesinin önüne geçilmiş olacaktır.

Aynı şekilde iş sahibi, asıl müteahhidin borcunu hiç veya gereğince ifa etmemesi yahut iflas etmesi ihtimalinde, en azından ayıba karşı tekeffülden doğan hakları taşerona karşı ileri sürebilme isteği içerisinde de olabilecektir. Buna paralel olarak taşeronun da, asıl müteahhidin ödeme güçlüğü içerisine düşmesi veya iflas etmesi ihtimallerinde, ücret alacağı bakımından iş sahibine doğrudan müracaat etmenin yollarını araması doğaldır. Bu ihtiyaçların mevcut kurallar çerçevesinde karşılanmasının mümkün olup olmadığı meselesi ise ilerde ayrıca inceleme konusu yapılacaktır[171].

II. Tarafların bu doğrultuda mutabakat sağlamaları

1. Mutabakatın bireysel görüşmeler yoluyla sağlanması

Akit serbestisi ilkesi, her bir sözleşme içeriğinin özgür ve tarafların ihtiyaç ve iradeleri doğrultusunda serbestçe belirlenmesini mümkün kılar. Bu çerçevede tarafların, her iki akdî ilişkinin birbirini tamamlayacak şekilde akdedilmesini temin edecek kurallara sözleşme içeriğine dahil etmelerine bir engel yoktur. Taraflar hem asıl sözleşme ve hem de taşeronluk sözleşmesi bakımından, Borçlar

---

düzenlemenin gerekli olduğunu savunurken, taşeronlarla ilgili olarak durumlarının açığa kavuşturulması ihtiyacından söz açmakta; bu hususta yeni bir düzenleme yapılmasının gerekli olduğu yönündeki düşüncesini desteklemek amacı ile de § 9 VerbKrG'e işaret etmekte ve burada da kanun koyucunun, aralarındaki fiilî ve ekonomik ilişki sebebiyle taksitli satım sözleşmesi ile leasing sözleşmesi arasında hukukî bir bağlılığın mevcudiyetini kabul etmiş olduğunu ifade etmektedir (***Nicklisch, JZ 1984, Sh. 757, 763 vd.***).

168 Sonuç olarak aynı düşüncede: **Hofmann,** ARGE, Sh. 67, 77 vd.

169 **Vetter,** RIW 1986, Sh. 81, 83 vd.; Ayrıca bkz. **von Westphalen,** FS Locher, Sh. 375 vd.

170 **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2365, 2369; **Nicklisch,** Subunternehmer, Sh. 36; **Nicklisch/Weick,** Einl. §§ 4-13 N. 88 vd.

171 İş sahibi ile taşeron arasında doğrudan talep ilişkisi kurulmasının mümkün olup olmadığı ile ilgili olarak bkz. ilerde §7.

Kanununun eser sözleşmesi ile ilgili hükümlerinden ayrılan çözümleri benimseyebilirler; zira bu hükümler kural olarak yedek hukuk kaidesi niteliğindedirler. Sadece tarafların, ayıbın hile ile gizlenmesine ilişkin sorumluluğu kaldıracak şekilde bir mutabakata varmaları mümkün gözükmemektedir[172].

a. Bireysel mutabakatın taşeron ile iş sahibi arasında sağlanması

Taşeron ile iş sahibinin, asıl müteahhitle mevcut bulunan akdî ilişkilerinin yanında birbirleri ile de doğrudan akdî ilişki tesis etmek hususunda mutabakata varmaları bakımından hukukî bir engel sözkonusu değildir. Böylelikle mesela iş sahibi ile taşeron, iş sahibinin taşeronun işçilerine özen göstermekle yükümlü olacağı veya yine iş sahibinin taşerona karşı da ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde doğrudan taleplerde bulunması ve hatta taşeronun ücret alacağının ödenmesinden iş sahibinin de sorumlu olması hususlarında mutabakata varmış olabilirler.

Sözleşmelerde yer verilecek bu tür kayıtlar bir tarafın üzerine aldığı risklerin artması gibi özel bazı zorluklara yol açabileceğinden taraflar, bu tür kayıtların sözleşmelerde yer almasına ancak kendileri lehine de bazı avantajların sağlanması şartıyla hazır olacaklardır. Mesela taşeron, yerine getireceği edim ile ilgili olarak iş sahibine karşı da tekeffüle ancak, kendisine ücreti ile ilgili olarak doğrudan iş sahibine karşı da talepte bulunma imkânı tanındığı takdirde yanaşacaktır. Taşerona bu imkânın tanınmış bulunduğu durumlarda ise onun ücretini hem iş sahibinden ve hem de asıl müteahhitten ayrı ayrı tahsil imkânına sahip olmasının önüne geçilmesine dikkat edilmelidir[173]. O sebeple bu tür bir mutabakata varılırken asıl müteahhidin de muvafakatinin alınması mantıklı bir hareket tarzı olacaktır. Diğer taraftan iş sahibi ile taşeron arasında doğrudan talep haklarının bulunması asıl müteahhidin pek de hoşuna gidebilecek bir durum değildir. Gerçi iş sahibinin taşerona karşı da ayıba karşı tekeffülden doğan hakları kullanma imkânına sahip olması, asıl müteahhidin işini azaltması açısından ilk bakışta onun da menfaatlerine uygun gözükmektedir; fakat diğer taraftan asıl müteahhit bu suretle, kendi ücretinin tamamı üzerinde tasarruf etme ve bu ücret alacağını öncelikle başkalarına karşı olan diğer taahhütleri için teminat olarak kullanma imkânını kaybetmiş olacaktır. Hatta istisnaî bir ihtimal olmakla birlikte, asıl müteahhit taşeronun ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan istifade etmek için harekete geçmiş olmasına rağmen, iş sahibinin taşerona ücretini ödemesi tehlikesi dahi ortaya çıkabilir. Bütün bu sebeplerle uygulamada her üç şahıs arasında bu tür mutabakatların sağlanması pek mümkün olmamakta; taraflar arasında bu tür bir mutabakat, ancak ekonomik kriz dönemlerinde temin edilebilmektedir[174].

b. Bireysel mutabakatın asıl müteahhit ile iş sahibi veya asıl müteahhit ile taşeron arasında sağlanması

Akdî ilişkiler arasındaki uyumun, kural olarak asıl müteahhit üzerinden temin edilebileceğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Zira asıl müteahhit her iki akdî ilişkiye de taraf olması nedeniyle, bu tür bir mutabakatı hem iş sahibi ve hem de

---

172 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 371 N. 5b, c; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 226-227; **BGE** 81 II 143; **BGE** 58 II 145/146; **Kleine-Möller,** §2 N. 12.

173 Nitekim asıl müteahhit ve taşeronun ayrı ayrı yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etme imkânına sahip olmaları böyle bir tehlikeyi beraberinde getirmekte olduğundan; bu tehlikenin önlenmesi amacıyla çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bu hususta bkz. §7. V. 7. b. bb.

174 **Schwarz,** Sh. 82.

taşeronla temin etmek imkânına sahip olup; bu şekilde bir mutabakatın sağlanması onun için hem bir zorunluluk ve hem de işin niteliği gereği katlanmak zorunda olduğu risklerin bir ölçüde de olsa azaltılabilmesi bakımından elverişli bir imkândır[175]. Hatta asıl müteahhit sadece her iki sözleşmenin (edimin tanımlanması, kabulü ve ücret borcunun ödenmesi zamanı noktalarında olduğu gibi) içerik olarak birbirine uygun akdedilmesine dikkat etmek değil[176]; aynı zamanda, her iki akdî ilişki bakımından birbirinden farklı gelişmelerin ortaya çıkabileceğini veya daha önce temin edilmiş olan uyumun sonradan boşa çıkabileceğini de hesaba katmak zorundadır[177]. Bazı istisnai durumlarda asıl sözleşmede yer alan bazı hükümlerin taşeronluk sözleşmesine nakledilmesi veya bazı hükümleri bakımından her iki sözleşmenin ayniyet arzetmesi, asıl müteahhit bakımından bir yükümlülük olarak da ortaya çıkabilir[178].

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, sözleşme ile üçüncü bir şahsa mükellefiyet yüklenmesi borçlar hukuku sistemimize yabancı olup, bu tür kayıtlar sadece mükellefiyet altına girenlerin de dahil olduğu hukukî ilişkiler bakımından gündeme gelebilir[179]. Bu kural da akdî ilişkiler arasındaki uyumun kural olarak asıl müteahhit üzerinden temin edilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu çerçevede temin edilecek mutabakatın kapsam ve içeriği mevcut ilişkinin özelliği ve tarafların ihtiyaçları doğrultusunda çok çeşitli ve birbirinden farklı olabilir[180]. Mevcut ilişkinin hangi noktalarda uyumu gerekli kıldığını tahmin etmek ise asıl müteahhidin kişisel becerisine bağlı bir husustur. Her iki sözleşmenin hukukî mukadderatının tamamen birbirine bağlı kılınması sözkonusu olabileceği gibi; sözleşmeler arasında sadece bazı noktalarda bir yakınlık öngörülmesi de mümkündür. Bu meyanda olmak üzere şu ihtimaller gündeme gelebilir:

aa. Belirli hususların özellikle düzenlenmesi

Öncelikle taraflar, her iki sözleşmenin hukuken bağımsız fakat fiilen iç içe olması nedeniyle ortaya çıkma ihtimali bulunan sorunları dikkate alarak, her bir sözleşmede ilgili hükümleri teker teker düzenlemek suretiyle her iki sözleşme

---

175 **Kleine-Möller,** §3 N. 13; **Schwarz,** Sh. 82; **Saxer,** Sh. 52; Ayrıca karş. **Gauch,** Subunternehmer, Sh. 166; **Gauch,** Werkvertrag, N. 146 vd.

176 **Saxer,** Sh. 52; Ayrıca karş. **Nicklisch,** Rolle des Subunternehmers, Sh. 41; **Vetter,** Risikodurchstellung, Sh. 79.

177 **Vetter,** Risikodurchstellung, Sh. 78. Mesela asıl müteahhit, iş sahibinin kendisinden talep ettiği bir edim değişikliğini, bu ihtimali düşünerek taşeronluk sözleşmesine bu yönde bir hüküm koymadığı için taşerondan talep etme imkânından yoksun olabilir ve böylece başlangıçta edim bakımından temin edilmiş olan her iki sözleşme arasındaki uyum boşa çıkabilir **(Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2367).

178 Asıl sözleşmede iş sahibinin, bu doğrultuda hükümlere yer verilmesini temin etmesi ihtimalinde böyle bir durumla karşı karşıya gelinmiş olacaktır. Böyle bir ihtimalde, asıl müteahhidin her iki sözleşme arasındaki uyumu temin etmeye ilişkin bir borcunun bulunacağı ifade edilmekte; fakat bu borcun yan edim borcu teşkil edeceği, zira eşgüdüm ve uyumu sağlama borcunun asıl müteahhidin temel borcunu zamanında ve gereğince ifa edebilmesini temin etmek gibi bir amacının bulunduğu kabul edilmektedir **(Saxer,** Sh. 52-53; Ayrıca karş. **Gauch,** Werkvertrag, N. 812; **Guhl/Merz/Kummer,** Sh. 14).

179 Elbette istisnaî bazı durumlarda üçüncü şahsa bir menfaat temin edilmesi de bir akdî mutabakatın konusunu teşkil edebilir. Fakat bu durumda iradesi dışında üçüncü şahsa bir mükellefiyet yüklenmesi değil, bir menfaat temini sözkonusudur. Kaldı ki bu üçüncü şahıs, bu menfaatten dahi isterse istifade eder; yoksa zorla ona bir menfaat temin edilmesi de sözkonusu edilemez.

180 **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2367; **Cerutti,** N. 246 vd.; **Saxer,** Sh. 52.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

arasında uyumu garanti edecek hükümleri sözleşmelere dahil etmek yolunu seçebilirler[181]. Bu ihtimalde her iki akdî ilişkide birbirine uygun bir şekilde düzenlenmesi gereken unsurlar, ihtiyaca göre sözleşmenin bütününü kapsayabileceği gibi sadece bazı noktalara ilişkin de olabilir. Mesela asıl müteahhit ile taşeron, taşeronun ediminin nihaî kabulünün, bütün inşaatın iş sahibi tarafından kabul edilmesi ile birlikte gerçekleştirileceği hususunda anlaşabilirler.

Fakat uygulamada her iki sözleşme arasındaki uyumun temini için genellikle iki farklı yoldan birisi izlenmektedir[182]: İlk olarak her iki sözleşmenin doğrudan birbirine bağlı kılınması yoluna gidilmektedir. Mesela yapı eserinin teslim ve kabulü ile ilgili olarak verilen örnek dikkate alındığında, bu doğrultuda bir hükme sözleşmelerde şu şekilde yer verilmektedir: *Asıl müteahhidin taşerona karşı sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmesi, iş sahibinin asıl müteahhide karşı olan benzer mükellefiyetlerini yerine getirmiş olmasına bağlanmıştır.*

Bunun dışında sözleşmeler arasında uyum akdî bir yükümlülüğün ifasının doğrudan diğer akde bağlı kılınması suretiyle değil; daha ziyade âkit taraflardan birisinin hukukî durumunun değiştirilmesi, ekseriyetle haklarının kısıtlanması suretiyle temin edilmektedir[183]. Örnek olarak asıl müteahhidin her iki sözleşmeye de taraf olması nedeniyle maruz kaldığı risklerin azaltılması amacıyla, asıl sözleşme ve taşeronluk sözleşmesindeki tekeffüle ilişkin zamanaşımı süreleri değiştirilebilir[184]. Asıl müteahhit kabul zamanlarının farklı olması nedeniyle tekeffül süreleri bakımından gündeme gelebilecek farklılıkları izale edebilmek için, ya iş sahibi ile daha kısa ya da taşeron ile daha uzun bir tekeffül zamanaşımı süresi kararlaştırma yoluna gidecektir[185]. Aynı şekilde yapı eserinin teslimi bakımından sözleşmeler arasında uyum, ya taşeronun ediminin kabulünün asıl edimin kabulünün gerçekleşmesi öngörülen bir zaman dilimine ertelenmesi; ya da asıl müteahhidin iş sahibini taşeronun edimini kısmî kabul olarak teslim alması

---

181 Karş. **Kleine-Möller,** §3 N. 14.

182 **Nicklisch,** NJW 1985, 2366; **Schwarz,** Sh. 83; **Cerutti,** N. 242.

183 **Schwarz,** Sh. 83.

184 BK m. 363 hükmünde düzenlenmiş bulunan zamanaşımı süresi tarafların mutabakatı ile uzatılabileceği gibi, daha kısa bir zamanaşımı süresinin kararlaştırılması da mümkündür (**Gautschi,** *Berner Kommentar, Art. 371 N. 5b;* ***Oser/Schönenberger,*** *Art. 371 N. 1;* ***Tandoğan,*** *ÖBİ C. II, Sh. 226;* ***Tunçomağ,*** *Özel Hükümler, Sh. 536*). Gerçekten zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesini yasaklayan BK m. 127 hükmü sadece Borçlar Kanununun üçüncü babında yer alan sürelere uygulanır. Bu zamanaşımı süresinin taşeronluk sözleşmesi bakımından mümkün olduğu kadar uzun; asıl sözleşme bakımından ise mümkün olduğu kadar kısa olması asıl müteahhidin menfaatinedir. Yalnız unutmamak gerekir ki, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını ileri sürmesini hakkaniyete aykırı bir şekilde güçleştiren veya pratik olarak imkânsız hale getiren süre kısıtlamaları caiz sayılmadığı gibi (**von Tuhr/Escher,** *§ 80, not 57 ye ait metin, Sh. 217;* ***Gautschi,*** *Berner Kommentar, Art. 371, N. 5d;* ***Guhl/Merz/Koller,*** *Sh. 488;* ***Tandoğan,*** *ÖBİ C. II, Sh. 227*); taraflardan birisini çok uzun bir süre yükümlülük altında tutacak şekilde bir zamanaşımı süresinin kabul edilmesi de geçerli sayılmamalıdır.

185 Sözleşmede kanunî zamanaşımı süresinden daha uzun bir garanti süresinin tanınması, zamanaşımı süresinin de o kadar uzatılması veya zamanaşımı süresinin garanti süresi dolunca başlaması anlamını taşıyabilir; şüphe halinde müteahhidin lehine olan yorum tercih edilmelidir (**Becker,** Berner Kommentar, Art. 371, N. 3; Art. 210, N. 2; **Oser/Schönenberger,** Art. 371, N. 2; Art. 210, N. 6; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 227; **Yavuz,** ÖBİ, Sh. 486; Genel olarak iş sahibi lehine yorumu tercih eden aksi fikir için bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 2175 vd.; **Bucher,** ZSR 102 II, Sh. 342 vd.).

hususunda ikna etmesi suretiyle dolaylı olarak da temin edilebilir. Kısaca sözleşmeler arasındaki uyum ya asıl sözleşme ve taşeronluk sözleşmesinin açıkça birbirine bağlı kılınması suretiyle doğrudan; ya da âkit tarafların hukukî konumlarının değiştirilmesi suretiyle dolaylı olarak temin edilebilir.

aaa. Görünüş şekilleri

Her iki sözleşmenin hukuki bağımsızlığını sona erdirmeye yönelik veya her iki sözleşmeyi birbirine uygun hale getirmeyi hedefleyen kayıtlardan söz açılınca bundan, asıl sözleşme hükümlerinin durumun elverdiği ölçüde aynen alt sözleşme olan taşeronluk sözleşmesinde de tekrarlanmasını anlamamak gerekir. Mesela asıl sözleşme, bir yapının anahtar teslimi ve götürü bir fiatla yapılmasına ilişkin ise işin niteliği gereği taşeronluk sözleşmesi zaten bu yapının anahtar teslimi yapılmasına ilişkin olamayacak ve mesela sözleşme bedeli de başka bir tarzda belirlenecektir[186].

Bu tür kayıtlar, asıl sözleşme ile taşeronluk sözleşmesinin içerik olarak birbirine uygun hale getirilmesine ve böylece bu iki sözleşmenin birbiri karşısındaki hukukî bağımsızlığını sona erdirmeye yönelmiş kayıtlardır. Sözleşme uygulamasında bu tür kayıtlar (olayların tamamına yakınında) taşeronluk sözleşmesinde yer alır[187]. Yani asıl sözleşme taşeronluk sözleşmesine değil, taşeronluk sözleşmesi asıl sözleşmeye uygun kayıtlar içerir. Bunun bir çok nedeni mevcuttur:

- Öncelikle bu durum, işin doğası gereğidir. Zira taşeronluk sözleşmesi fiilen asıl inşaat sözleşmesinin ifasına yönelik olarak yapılmaktadır.

- En önemli faktör ise tarafların ekonomik güçleri arasındaki farklılıklardır. Taşeronlar genellikle küçük ölçekli ve ekonomik olarak pek güçlü olmayan müteahhitler olup; diğer taşeronlarla büyük bir rekabet içerisinde bulunurlar. Dolayısıyla bir an önce iş bulabilmek uğruna, asıl müteahhit ile yapacakları sözleşmenin ne tür şartlar içerdiğini pek fazla incelemeden, bu sözleşme kendileri bakımından elverişli olmayan şartlar içermekte olsa dahi, kendilerine sunulan sözleşme şartlarını daha kolaylıkla kabul etmek eğilimindedirler[188].

- Bu hususstaki bir başka etken de iş sahibinin özel durumu olabilir. Eğer iş sahibi asıl müteahhit ile mukayese edildiğinde daha güçlü bir konumda ise asıl müteahhit kendi şartlarını iş sahibine rahatlıkla kabul ettiremeyecek ve iş sahibi asıl müteahhide, taşeronluk sözleşmesinde asıl sözleşmedeki şartlara nazaran daha kötü şartlara yer verilmemesini kabul ettirebilecektir[189].

Bu tür kayıtlara oldukça sık başvurulması nedeniyle uygulamada her iki sözleşmeyi birbirine bağımlı kılan ve dolayısıyla bu özel durumları gözönünde bulundurularak incelemeye tabi tutulması gerekli olan tipik sözleşme kayıtları geliştirilmiştir. Asıl inşaat sözleşmesi ile taşeronluk sözleşmesini birbirine uyumlu hale getirmeyi

---

186 **Kapellmann,** Bauen, N. 260.

187 **Schwarz,** Sh. 92, 173.

188 Bu duruma bir istisna olarak, ekonomik olarak çok güçlü olmasa da asıl müteahhidin işini tamamlayabilmesi için kendisinin yapı tekniğine ilişkin özel bilgi birikimi ve yeteneklerine (know-how) ihtiyaç duyduğu taşeronların durumu gösterilebilir. Bu ihtimalde alt sözleşmenin asıl sözleşmeye uydurulması daha zor olacak ve bu ancak taşeronun kabul ettiği ölçüde gerçekleşecektir.

189 **Schwarz,** Sh. 174.

amaç edinen bu sözleşme kayıtlarından, sözleşme uygulamasında genellikle kullanılmakta olanları şunlardan ibarettir:

(1). Her iki sözleşmenin bağlayıcılık kazanmasını birbirine bağımlı kılan kayıtlar

Asıl müteahhit, her iki sözleşmenin birbirinden bağımsız olarak kurulması ile bağlantılı riskleri, her iki sözleşmenin bağlayıcılık kazanmasını birbirine bağımlı kılmak suretiyle önlemek imkânına sahiptir. Bu amaca hizmet edecek kurum ise sözleşmenin şarta bağlı olarak kurulması olacaktır[190] (BK m. 149 vd.). Bu iki sözleşmenin diğerinin hüküm ifade etmesi şartına bağlı olarak akdedilmesi, asıl müteahhit bakımından, aynı zamanda basiretli bir ticaret adamı olmanın da bir gereğidir[191].

Bu iki sözleşmenin her ikisi de geciktirici şarta bağlı olarak kurulabilirse de olayların büyük çoğunluğunda taşeronluk sözleşmesi, asıl sözleşmenin kurulması geciktirici şartına bağlı olarak kurulacaktır[192]. Zira özellikle büyük ölçekli inşaat işlerinde asıl müteahhit, işi almak için teklif vermeden evvel birlikte çalışacağı diğer müteahhitleri belirleyecek ve henüz işi almadan evvel ekibini kurma yolunu seçecektir. Böyle bir durumda ise asıl sözleşme bağlayıcılık kazanmadan taşeronla yapılmış bulunan sözleşmenin bağlayıcılık kazanması amaca hizmet etmeyecektir.

Sözleşmenin şarta bağlı olarak kurulması yanında asıl müteahhit, taşeronun icabı ile bağlı kalacağı süreyi uzun tutmak suretiyle de asıl sözleşmenin kurulmaması ihtimalinde karşı karşıya kalacağı riski önleme imkânına sahiptir. Eğer taşeronun icabı ile bağlı olacağı süre yeterince uzun ise taşeronluk sözleşmesinin şarta bağlı olarak akdedilmesi yönünde bir ihtiyaç zaten belirmeyecektir[193]. Zira bu ihtimalde taşeron olarak işin yapımına dahil olmak isteyen müteahhit süreli bir icap yapmış olup o, bu sürenin sona ermesine kadar icabı ile bağlı kalacak (BK m. 3/c. 1) ve asıl müteahhit de tanınan bu süre içerisinde asıl sözleşme ile ilgili gelişmeleri dikkate alarak serbestçe *kabul açıklamasında bulunma* imkânına sahip olacaktır.

Ortaya çıkma ihtimali fazla olmamakla birlikte, asıl sözleşmenin bağlayıcılık kazanmasının taşeronluk sözleşmesinin kurulması geciktirici şartına bağlanması da mümkündür. Özellikle, asıl sözleşme konusu işin tamamlanabilmesi için taşeronun yapı tekniğine ilişkin özel bilgi ve yeteneklerine (know-how) ihtiyaç bulunan ihtimallerde böyle bir yol tercih edilecektir.

Yine her iki sözleşmenin diğerinin bağlayıcılık kazanması şartına bağlı olarak, aynı anda geciktirici şarta bağlanması da mümkündür. Bu ihtimal, özellikle iş sahibi ve taşeronla olan sözleşme görüşmelerini aynı zaman dilimi içerisinde yürütmekte olan asıl müteahhit bakımından akla gelebilir. Böylece asıl müteahhit, bu

---

190 **Kleine-Möller,** §13 N. 15; **Vetter,** RIW 1986, Sh. 82; **Vetter,** Risikodurchstellung, Sh. 81 vd.; **von Westphalen,** BB 1971, Sh. 1129.

191 **Vetter,** RIW 1986, Sh. 88; **Vetter,** Risikodurchstellung, Sh. 82; **Saxer,** Sh. 60; Benzer şekilde: **Gauch,** Subunternehmer, Sh. 166.

192 Fakat böyle bir ihtimalde taşeronluk sözleşmesinin, sözleşmede belirlenecek bir süre içerisinde asıl sözleşmenin kurulmaması durumunda ortadan kalkacağının da ayrıca kararlaştırılması isabetli bir yaklaşım tarzı olacaktır (**Kleine-Möller,** §13 N. 15); Ayrıca karş. **Cerutti,** N. 225; **Vetter,** RIW 1984, Sh. 174; **von Westphalen,** BB 1971, Sh. 1129; **Schwarz,** Sh. 162.

193 **Gauch,** Werkvertrag, N. 148; **Saxer,** Sh. 61.

sözleşmelerden birisi bağlayıcılık kazanmadan diğerinin bağlayıcılık kazanması riskinin önüne geçmiş olacaktır[194].

Taşeronluk sözleşmesinin şarta bağlı olarak akdedilmesi ihtimalinde, taşeronun asıl sözleşmenin kurulması için beklemesi gereken süre, makul-katlanılabilir bir süre olmalıdır. Aksi takdirde taşeron, ne kadar olacağı belli olmayan bir zaman dilimi için, bütün iş ve araç kapasitesini atıl bir şekilde hazır bulundurmak durumunda bırakılmış olur[195]. Bu nedenle, taşeronluk sözleşmesinin şarta bağlı olarak kurulduğu ihtimallerde, bu şartın gerçekleşmesi için taşeronun beklemesi gereken süre de kararlaştırılmalı ve bu süre içerisinde asıl sözleşme kurulamadığı takdirde, taşeron serbest kalabilmelidir[196].

(2). Ücrete ilişkin kayıtlar

Bu kayıtlar bir çok şekillerde formüle edilerek sözleşmelere konulabilmektedir[197]. Bu kayıtların sözleşme metnine ne şekilde dahil edildiklerinin tesbitinden ziyade önemli olan husus, bu kayıtlar sayesinde asıl müteahhidin, taşerona yapacağı ücret ödemelerini iş sahibinin kendisine yapacağı ödemelere bağımlı kılmak istemesi ve böylece iş sahibinin ödeme kabiliyetini kaybetmesine ilişkin riski de alt müteahhide nakletmeyi amaç edinmesidir[198].

Bu tür kayıtlar, sözleşmede kullanılmış bulunulan ibarenin içeriğine göre ya *şart* ya da *vade* olarak değerlendirmeye tabi tutulacaklardır[199] [200]. Bu kayıtların BK m. 149 vd. anlamında şart mı teşkil ettikleri, yoksa ücret ödeme borcunun vadesini -*muacceliyet zamanını*- belirlemek için konulmuş kayıtlar mı olduklarının açıklığa kavuşturulması bakımından ise yoruma başvurulması zorunludur[201]. Eğer bu kayıt, taşeronun ücretinin ödenmesini BK m. 149 vd. anlamında bir şarta bağlıyorsa taşeronun ücret alacağı, asıl müteahhidin kendi ücret alacağı iş sahibi tarafından

---

194 **Cerutti,** N. 227.

195 Karş. **Vetter,** Risikodurchstellung, Sh. 82; Taşeronun, ne kadar olduğu tahmin edilemeyen bir süre için akdî bağlılığının devam edeceğinin kabulü, aynı zamanda onun kişilik haklarının bir parçası olan ekonomik hayatını geliştirme özgürlüğünün bir ihlali olarak da nitelenebilir (Bu yönde: **Saxer,** Sh. 61).

196 **Vetter,** Risikodurchstellung, Sh. 82; **Vetter,** RIW 1986, Sh. 88; Benzer şekilde **Gauch,** Subunternehmer, Sh. 166.

197 Bu hususta bazı örnekler verilmektedir: *„Der Subunternehmer wird bezahlt, soweit der Bauherr an den Unternehmer zahlt"* „İş sahibi müteahhide ödeme yaptıkça taşerona (da) ödeme yapılacaktır."; *„Die Zahlungsfrist wird gegenüber dem Subunternehmer in gleicher Weise gehandhabt, wie sie vom Bauherrn gegenüber dem Unternehmer eingehalten wird."* İş sahibi tarafından müteahhide karşı uygulanan ödeme zamanı, taşerona karşı (da) uygulanacaktır." (**Gauch,** Werkvertrag, N. 156) Başka örnekler içen bkz. **Locher,** Subunternehmer, Sh. 2237.

198 **Locher,** Subunternehmer, Sh. 2237; Ayrıca karş. **Vetter,** Risikodurchstellung, Sh. 82 vd.; **Saxer,** Sh. 118.

199 **Saxer,** Sh. 119.

200 Şart ve vâde birbirinden farklı hukukî kavramlardır. Vâde borcun muaccel olması için belirlenmiş zamanı ifade ederken; şart ilerde gerçekleşmesi beklenen fakat gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olarak bilinemeyen bir olguya tekabül eder. Kesinlik vâdenin, belirsizlik ise şartın ayrılmaz özelliğidir (Ayrıntılı bilgi için bkz. (**Oğuzman/Öz,** Sh. 846-847; **von Tuhr/Escher,** § 62, II, 1 Sh. 47; § 84, I Sh. 256; **Sirmen,** Sh. 87 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** Sh. 328-329)

201 **Gauch,** Werkvertrag, N. 161; **Cerutti,** N. 247.

ödenmedikçe doğmayacaktır. Bu anlamda bir kayıt asıl müteahhidin çıkarlarına hizmet eder[202]; zira o ancak *„iş sahibi tarafından kendisine ödeme yapıldığı sürece ve o oranda"*[203] taşerona ücret ödeme borcu altına girmiş ve böylece de iş sahibinin ödeme güçlüğü içerisine düşmesi ve hatta iflas etmesine ilişkin riski taşerona yüklemiş olur[204]. Tam aksine bu kaydın, taşeronun ücret alacağının ödeme zamanının tayini amacıyla sözleşmede yer aldığı durumlar ise doğal olarak taşeronun yararına olacaktır; zira bu ihtimalde *doğmuş bulunan ücret alacağının muacceliyet kazanması* iş sahibinin ödeme yapmasına bağlı olup; taşeron taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine göre makul bir süre iş sahibinin ödeme yapmasını bekledikten sonra[205] asıl müteahhide müracaatla ücretinin ödenmesini talep edebilir[206]. Ayrıca bu ihtimalde asıl müteahhit, iş sahibinin ücret ödeme borcunu yerine getirmesi için kendisinden beklenen herşeyi yapmakla yükümlü olup; onun iş sahibine karşı olan yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi sebebiyle iş sahibinin ödeme yapmamasından kaynaklanan riskin taşerona yüklenmesi kabul edilmemektedir[207].

Bu tür kayıtların yorumlanması ile ilgili bir şüphenin uyanması ihtimalinde, yorumun taşeron lehine geliştirilmesi ve böylece bu tür bir kaydın şart değil vade olarak değerlendirilmesi kanaatimizce isabetli bir yaklaşım tarzı olacaktır[208]. Zira ücret yapılan işin karşılığı niteliğinde olup müteahhit, yapı eserini tamamlamakla ücrete müstahak olur (BK m. 364). Kanun, müteahhidin ücret alacağının doğumu bakımından işin tamamlanmış olması dışında bir şart aramamaktadır. Yine bu tür bir kaydın şart olarak yorumlanması ihtimalinde de asıl müteahhit, bu şartın gerçekleşmesi için kendisinden beklenebilecek herşeyi yapmakla yükümlü olmalı ve iş sahibinin asıl müteahhidin sorumlu olduğu bir sebeple ücret ödeme borcunu yerine getirmekten kaçınması ihtimalinde ise BK m. 154 hükmü çerçevesinde bu şart gerçekleşmiş sayılmalı ve taşeron ücret alacağını talep edebilmelidir[209].

(3). Kaliteye ilişkin kayıtlar

Bu kayıtlar, taşeron tarafından yerine getirilecek kısımların sahip olması gereken kalite standartları bakımından asıl sözleşmedeki bu tür kayıtlara yollama yapmakta olan kayıtlardır[210]. Böylece asıl müteahhit, (varsa) hem kendisince yerine

---

202 **Cerutti,** N. 247.

203 **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2368.

204 **Gauch,** Werkvertrag, N. 159.

205 **Sweet,** Sh. 637.

206 **Cerutti,** N. 247; Ayrıca karş. **Gauch,** Werkvertrag, N. 161.

207 **Gauch,** Werkvertrag, N. 157; **Vetter,** Risikodurchstellung, Sh. 84; **Vetter,** RIW 1986, Sh. 89; **Sweet,** Sh. 644; **Saxer,** Sh. 120.

208 **Saxer,** Sh. 123-124; Ayrıca karş. **Becker,** Art. 371, N. 3; Art. 210 N. 2; **Oser/Schönenberger,** Art. 371 N. 2; Art. 210 N. 6; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 226-227 (Bu yazarlar da sözleşmede kanunî zamanaşımı süresinden uzun bir garanti süresinin tanınmasının, zamanaşımı süresinin de o kadar uzatılması veya garanti süresi dolunca başlaması anlamına gelebileceğini; şühpe halinde müteahhit lehine olan yorumun tercih edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler).

209 **Gauch,** Werkvertrag, N. 159; **von Westphalen,** FS Locher, Sh. 386; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 141 VOB/A; **Sweet,** Sh. 644; **Vetter,** Risikodurchstellung, Sh. 84; **Vetter,** RIW 1986, Sh. 89; **Saxer,** Sh. 123.

210 Karş. **Gauch,** Werkvertrag, N. 146.

getirilecek bölümler hem de taşeron veya taşeronlar tarafından yerine getirilecek asıl proje bölümleri arasındaki muhtemel kalite farklılıklarını önlemiş ve iş sahibine borçlanmış olduğu kaliteyi temin etmiş olacaktır.

(4). Ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin kayıtlar

İşin niteliği gereği asıl müteahhidin iş sahibine karşı ayıba karşı tekeffül mükellefiyetinin doğduğu (yani bütün yapı eserinin tamalanarak teslim edildiği) anda, genellikle taşeronun bu borcu bakımından zamanaşımı süresi işlemeye başlamış[211] ve hatta bazı durumlarda dolmuş olmakta; böylece asıl müteahhit taşerondan kaynaklanan ayıplı ifa nedeniyle de iş sahibine karşı bizzat sorumlu olmaktadır. Zira iş sahibi, asıl müteahhidin taşerona rücu hakkına sahip olup olmamasından bağımsız olarak ayıp nedeniyle asıl muteahhide müracaat etme yetkisine sahiptir. İşte bu durumun önüne geçebilmek için uygulamada, taşeronun bu yükümlülüğüne ilişkin zamanaşımı süresi ya kanundaki zamanaşımı süresi uzatılmak veya eserin bütününün iş sahibi tarafından teslim alındığı anda başlatılmak suretiyle, asıl müteahhidin tabi olduğu zamanaşımına uydurulmaktadır[212]. Doğaldır ki, asıl müteahhidin garanti yükümlülüğünün kapsamı kanuni düzenlemeden farklı bir şekilde düzenlendiği takdirde, taşeronun garanti yükümlülüğünün kapsamı da buna uygun olarak düzenlenecektir.

(5). Değişiklik kayıtları

Bu kayıtlar, sözleşmenin kurulmasından sonra asıl sözleşme içeriğinin değiştirilmesi durumunda, yapılan bu değişikliklerin alt sözleşme bakımından da uygulanmasını temin amacıyla sözleşmeye dahil edilmektedir. Böylece asıl müteahhit, sözleşmelerin kurulmasından sonra iş sahibinin yapmış olduğu proje değişikliklerini, önceden ortaya konulmuş bulunan belirli şartlar dahilinde alt sözleşmeye de uygulama imkânına kavuşmaktadır[213].

(6). Uygulanacak hukuk, yetkili mahkeme ve hakem kayıtları

Özellikle uluslararası işlerde, sözleşmeye uygulanacak hukuk ile yetki kaideleri bakımından[214] da asıl sözleşme ile alt sözleşmenin birbirine uydurulması büyük önem arz eder. Aksi takdirde, mesela aynı hukukî sorun ile ilgili olarak, asıl sözleşmenin başka hukuka taşeronluk sözleşmesinin ise başka hukuka tabi olması nedeniyle birbirine ters iki ayrı kararın verilmesi ihtimali belirebilecek[215] ve mesela bir hukuk sistemine göre ücret alacağı ile ilgili olarak taşeron doğrudan iş sahibine de taleplerini yöneltme imkânına sahip olabilirken[216]; diğerine göre bu mümkün olmayabilecektir.

---

211 Zira taşeronun garanti mükellefiyetine ilişkin zamanaşımı süresi, kural olarak kendi ediminin asıl müteahhit tarafından teslim alınması ile işlemeye başlar. Bu hususta bkz. §6. III. 4.

212 **Cerutti,** N. 249; Karş. **Locher,** Sh. 2238.

213 **Cerutti,** N. 250.

214 **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2368 vd.; **Herzfeld,** Sub-contracts, Sh. 228 vd.; **Sweet,** Sh. 630 vd.

215 **Cerutti,** N. 251.

216 Mesela fransız hukukunda, kamu işlerinde uygulanmak üzere çıkarılmış bulunan 1975 tarihli bir kanun (Loi no 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance) böyle bir düzenleme içermektedir (Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Sajonz,** Sh. 41 vd.).

(7). Sona erme kayıtları

Her iki sözleşmenin sona ermesine ilişkin kayıtlar kullanılması taraflara, sözleşmelerin karşılıklı bağımsızlığını sona erdirerek her iki sözleşmenin sona ermesini birbirine bağımlı hale getirme imkânını vermektedir. İstisnai bazı ihtimallerde, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin sözleşme kayıtlarını veya kanunda bulunan bu yöndeki hükümleri dikkate alarak hâkim de her iki sözleşmenin sona erme bakımından birbirine uydurulması yönünde karar verebilir.

Sözleşmeye konulacak kayıtlar aracılığı ile sadece sözleşmelerin kurulması ve içerikleri bakımından birbirlerine uygun hale getirilmekle kalınmaz, aynı zamanda sözleşmelerin sona ermeleri de birbirlerine bağımlı hale getirilebilir. Bu yönde bir kayıt özellikle asıl müteahhide tavsiye olunur; zira o böylece, sözleşmelerden birisinin zamanından önce sona ermesine ilişkin riski, sözleşmenin diğer tarafına yüklemiş olacaktır.

İş sahibinin iflas etmesi veya onun hukukî sorumluluk alanında bir ifa engelinin ortaya çıkması[217] ihtimallerinde, kural olarak taşeronluk sözleşmesi bu durumdan etkilenmeyecek ve asıl müteahhit, kendi ücretini tahsil etme imkânına sahip olup olmadığından bağımsız olarak taşeronun ücretini ödemek durumunda kalabilecektir. Bu tür bir zorunlulukla karşılaşmak istemeyen asıl müteahhit, taşeronla yapacağı sözleşmede (bu tür durumlarda) sözleşmeyi sona erdirme yetkisini saklı tutmalıdır[218].

Taşeronluk sözleşmesine konulacak olan bu yöndeki kayıtlar, asıl müteahhidin böyle bir imkânı kullanabilmesi için bazı temel sebeplerin bulunmasını gerekli kılabileceği gibi, bazı ekonomik şartların gerçekleşmesini de gerekli kılabilir. Örnek olarak, BK m. 369'un bir yedek hukuk kaidesi olarak kabul edilmesinden[219] istifade ile taraflar, iş sahibinin iflâs etmesi durumunda asıl müteahhidin tam tazminat ödemek zorunda kalmaksızın sözleşmeyi sona erdirebileceği doğrultusunda bir hükmü sözleşmeye koyabilirler[220].

bbb. Bu kayıtların yorumunda başvurulacak temel kriterler

Taşeronluk sözleşmesini asıl inşaat sözleşmesine bağımlı hale getiren veya her iki sözleşmenin içeriğini birbirine uygun hale getiren kayıtlar sayesinde taraflar, asıl sözleşme içeriğini oluşturan hükümlerden bir kısmını taşeronluk sözleşmesinin de hükmü haline getirmiş olurlar. Eğer taraflar böylece asıl sözleşmeye yapmış oldukları bu yollamanın sonuçları ile kapsam ve içeriği hususunda ihtilafa düşerlerse; yine yapılan bu yollamanın yorumlanması zorunluluğu doğacaktır. Yapılacak bu yorum esnasında dikkate alınması gereken bazı kriterler mevcuttur. Bunların başlıcaları şunlardır:

---

217 Mesela 1979 yılında İran'da gerçekleştirilen ihtilalden sonra, bu ülkede iş yapmakta olan alman inşaat şirketleri bu tür zorluklarla karşılaşmışlardır.

218 Karş. **Nicklisch,** Rolle des Subunternehmers, Sh. 39.

219 BK m. 369 hükmünün bu karakteri ile ilgili olarak bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 582 vd.

220 **Gauch,** Werkvertrag, N. 582.

- Asıl sözleşme metnine dahil bir hükmün taşeronluk sözleşmesinin içeriğine de dahil olduğunu iddia eden taraf bu iddiasını (yani taraflar arasında böyle bir anlaşmanın mevcut olduğunu) isbat etmek zorundadır (MK m. 6).
- Yollama genel işlem şartı haline getirilmiş bir hüküm gereği olsa dahi, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde yollamaya ilişkin bu hüküm mevcut taşeronluk sözleşmesinin bir kısmı olarak değerlendirilir ve müstakil olarak yoruma tabi tutulur[221]. Böylece bu hükmü yorumlayan hâkim, bu hükmün genel olarak ne anlama geldiğini belirlemeye değil; aksine mevcut olay bakımından sözkonusu olan özel şartları dikkate alarak, bu hükmün sözleşmeyi akdetmiş bulunan taşeronluk sözleşmesinin tarafları bakımından ne anlam ifade etmekte olduğunu bulmaya çalışacaktır.
- Bu hükmün taraflar için ne anlam ifade ettiğinin tesbiti esnasında ise müstakilen ilgili hüküm değil, sözleşmede yer verilmiş bütün hükümler bir bütün olarak değerlendirmeye alınacak[222] ve ilgili hükmün sözleşmenin bütünü içerisinde ne anlam ifade etmekte olduğu tesbit edilecektir[223].
- Yine asıl sözleşmeden taşeronluk sözleşmesine, asıl sözleşmede yer aldıkları şekliyle (aynen) nakledilmiş bulunan hükümler de müstakil olarak yoruma tabi tutulacaktır. Bu hükümler ancak nakledilmekle taşeronluk sözleşmesinin bir parçası haline geldiklerindendir ki, sözkonusu asıl sözleşme kurallarının taşeronluk sözleşmesinin tarafları için ifade ettiği anlam esas olacaktır. Bu nedenle de, aynı hükmün taşeronluk sözleşmesi bakımından yorumlanması ile asıl sözleşme bakımından yorumlanması farklı neticelerin doğumuna yol açabilecektir[224].
- Nihayet, taşeronluk sözleşmesi taraflarının bireysel görüşmeler yoluyla sözleşme metnine dahil ettikleri hükümler ile, asıl sözleşmeye yollama yapmak suretiyle sözleşme metnine dahil ettikleri hükümler birbiri ile çatıştığı takdirde, tarafların bireysel görüşmeler yoluyla kabul ettikleri hükümlere üstünlük tanınacaktır[225].

ccc. Belirli hususları açıkça düzenlemenin yararlı ve sakıncalı yönleri

Sözleşme görüşmeleri çerçevesinde bu doğrultuda mutabakat sağlanması, genellikle taraflar arasında uzun görüşmeler yapılmasını gerekli kılar. Öncelikle taraflar diğer sözleşmede yer verilmiş bulunan benzer hükümleri incelemek suretiyle, sözleşmeler arasında bir uyumun sağlanmasının mümkün olup olmadığını ve eğer mümkün ise hangi kapsam ve sınırlar içerisinde mümkün olabileceğini araştırmak zorundadırlar. Buna ilaveten sözleşme metninde diğer sözleşmenin hükümlerini tamamlayan veya ondan ayrılması gerekli olan bazı hükümlere yer verilmesi zorunluluğu da bulunabilir. Mesela asıl sözleşmedeki müteahhidin borçları ile taşeronluk sözleşmesindeki taşeronun borçları en azından kapsam bakımından birbirinden farklı olmak zorundadır. Taşeronluk sözleşmesi akdedilirken bu hususun gözardı edilmesi düşünülemez. Özellikle yapılacak işin baraj, köprü, otoyol, anahtar teslimi bir fabrikanın kurulması gibi büyük çaplı bir

---

221 Karş. **Gauch/Schluep/Schmid,** Bd. I, N. 1241 vd.

222 Karş. **Jäggi/Gauch,** Art. 18 N. 9 ve 427 vd.; **Saxer,** Sh. 124.

223 Karş. **BGE** 115 II 348 vd.; **BGE** 113 II 50; **BGE** 109 II 225 vd.; **BGE** 101 II 325.

224 **Cerutti,** N. 256.

225 Karş. **BGE 81 II** 346 vd. özellikle 350; **Sweet,** Sh. 634.

inşaatla ilgili olduğu ve genellikle olduğu üzere sözleşme taraflarından bazılarının yabancı gerçek veya tüzel kişilerden müteşekkil olduğu düşünülecek olursa, görüşmeler yoluyla bu hususta mutabakat sağlanması için harcanması gereken zaman haddinden fazla olabilecektir. Zira bu tür uluslararası sözleşmeler, taraflar arasında çok defa çeşitli teknik adamlar ve danışmanların da katıldığı, bazan aylar ve hatta yıllar süren görüşme ve müzakereler sonucunda kurulur. Bu görüşmeler sonucu ortaya çıkan sözleşme, çok defa konuları ayrıntılı biçimde düzenleyen, bu sebeple de çok sayıda (bazen yüzlerce) madde içeren bir sözleşme niteliği taşır[226]. Bu yüzden, uygulamanın ihtiyaçları dikkate alındığında bu yöntem son derece kullanışsız bulunmaktadır[227].

Fakat her şeye rağmen taraflar arasında bu hususta mutabakat sağlamak için çaba sarfedilmesi, aynı zamanda sözleşmelerin birbiri ile uyumunu temine yönelmiş açık kuralların sözleşme metninde yer alması ve böylelikle geniş ölçüde hukukî emniyetin sağlanması neticesini doğuracak ve ayrıca sözleşmeler arasında, tarafların bütün ihtiyaçlarını tatmin edecek şekilde uyum da sağlanmış olacaktır. Yine ifade etmek gerekir ki, böyle bir durumda sözleşme ile ilgili anlam kaymaları ve dolayısıyla yorum problemleri asgarî düzeye inmiş olacaktır.

Bu arada ifade etmek gerekir ki, tarafların karşılıklı rızası ile sözleşme metnine dahil edilmiş olmalarına rağmen bazı sözleşme hükümlerinin (*özellikle yedek hukuk kaidesi niteliğindeki kanun hükümlerinin çözümünden ayrılan düzenlemelerin*) geçersiz sayılması tehlikesi de mevcuttur. Mesela eser sözleşmesi ile ilgili kanunî zamanaşımı süresini (BK m. 363) değiştiren sözleşme hükümleri buna bir örnektir: Doktrin ve uygulamada, zamanaşımı süresinin kısaltılmasına ilişkin anlaşmaların ancak, alacaklının haklarını ileri sürmesini haksız bir şekilde zorlaştırmamak kaydıyla[228] geçerli olabileceği[229]; beş yıllık zamanaşımı süresinin uzatılmasına ilişkin anlaşmaların ise en fazla 10 yıl için geçerli olacağı[230] kabul edilmektedir. Yine BK m. 363/II hükmünün öngörmüş bulunduğu beş yıllık sürenin kısaltılmasının, sadece ayıba karşı tekeffülden doğan haklar bakımından etkili olacağı; yoksa diğer sözleşmeye aykırılık hallerinde bu kısaltmanın geçerli olmayacağı isabetli bir şekilde ifade edilmektedir[231]. Bundan başka, ayıplı ifa müteahhidin ağır kusurundan ileri geliyorsa kısaltmaya ilişkin şartın geçerli olmayacağı; zira BK m. 99/I hükmünün zamanaşımı süresinin kısaltılması şeklindeki sorumluluktan kurtulma şartlarına da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir[232].

---

226 **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar hukuku, Sh. 156.

227 **Schwarz,** Sh. 84.

228 Mesela ayıbın mevcut olup olmadığının anlaşılması için gerekli süre dolmadan, kısaltılmış bulunan zamanaşımı süresi dolmuş ise hukukî imkânların kullanılması hakkaniyete aykırı bir şekilde sınırlanmış olur (**BGE** 108 II 196 vd.).

229 SJZ 1955, Sh. 212; Ayrıca karş. **BGE** 97 II 350 E 2d; **BGE** 108 II 194; **von Tuhr/Escher,** § 80, not 57 ye ait metin, Sh. 217; **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 371, N. 5d; **Guhl/Merz/Koller,** Sh. 488; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 371 N. 35; **Mosimann,** Sh. 129; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 227; **Seliçi,** Sh. 211; **Yavuz,** ÖBİ, Sh. 486.

230 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 371 N. 5b, c; **BGE** 81 II 143; **BGE** 58 II 145/146; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 226; **Seliçi,** Sh. 211.

231 **BGE** 102 II 413.

232 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 371 N. 5d; **Mosimann,** Sh. 129; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 227; **Yavuz,** ÖBİ, Sh. 486.

Bu doğrultuda ikinci bir örnek ise sözleşmeden dönme imkânını düzenlemek amacıyla kabul edilmiş sözleşme hükümleri ile ilgili olarak verilebilir: Taşeron sözleşmeleri uygulamasında genellikle asıl müteahhit bakımından özel bir sözleşmeden dönme hakkı kabul edilmekte ve asıl müteahhidin bu hakkını, iş sahibinin asıl sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda kullanabileceği öngörülmektedir[233]. Asıl müteahhidin bu hususta yetkisini kullanarak sözleşmeyi sona erdirmesi ihtimali bakımından ise taşeronun, sadece o zamana kadar yapmış bulunduğu işlerin bedelini talep edebileceği kararlaştırılmakta; yerine getirilmemiş edim kısımları bakımından ise (taşeronun) herhangi bir talep hakkına sahip olmayacağı ayrıca hükme bağlanmaktadır[234].

Asıl müteahhidin bu doğrultuda bir menfaati bulunduğu şüphe götürmez; fakat onun bu hususta ki iktisadi menfaatleri hukukî olarak da haklı bir konuma getirilebilmesi bakımından yeterli olmamalıdır. İş sahibinin sözleşmenin her aşamasında sözleşmeyi sona erdirme imkânına sahip olduğu muhakkaktır; fakat böyle bir durumda asıl müteahhit BK m. 369 gereği sözleşmenin bu şekilde sona erdirilmiş olması nedeniyle uğramış bulunduğu bütün zararları (ifa menfaati dahil olmak üzere[235]) iş sahibinden talep etme imkânına sahiptir. Bu çerçevede asıl müteahhidin, iş sahibi tarafından asıl sözleşmenin sona erdirilmiş olması nedeniyle taşeronluk sözleşmesini sona erdirmesi durumunda o da taşerona, aynı şekilde bu zamana kadar yapmış bulunduğu işin bedeline ilaveten diğer bütün zararlarını da tazmin etmek durumunda olmalıdır. Zaten asıl müteahhit, böylelikle taşerona ödemek durumunda kalacağı miktarı iş sahibinden, sözleşmenin bu şekilde sona erdirilmiş olması nedeniyle uğradığı zarar kapsamında tazmin etme imkânına da sahiptir[236]. Hal böyle iken asıl müteahhidin her iki sözleşmeye de taraf olması nedeniyle maruz kaldığı olumsuz sonuçları taşerona yüklemeye çalışması; hatta kendisi iş sahibinden bütün zararını tazmin ettiği halde, taşerona ödemek durumunda olduğu tazminattan da ayrıca kâr elde etmeye çalışması BK m. 20 anlamında ahlâka aykırı bir yaklaşım tarzı olarak değerlendirilmek ve sözkonusu hüküm geçersiz sayılmak gerekir.

bb. Diğer akdî ilişkideki hükümlere yollama yapılması

Sözleşmeler arasındaki uyumu temin bakımından bir önceki yönteme nazaran nisbeten daha az zaman ve çaba harcanmasını gerekli kılacak bir yol da diğer akdî ilişkideki ilgili hükümlere yollama yapılmasıdır. Bu ihtimalde taraflar, diğer sözleşmenin hükümlerine olduğu gibi yollama yapmakla yetinebilecekleri gibi; o sözleşmenin hükümlerini doğrudan kendi sözleşmelerinin metnine dahil etmek suretiyle kendi sözleşmelerinin bir parçası haline de getirebilirler[237].

Bu yöntem bakımından da çeşitli sorunlar ortaya çıkabilirse de; kullanılmakta olan her iki usûl bakımından da tarafların diğer sözleşmenin hükümlerinin içeriğinden gerçekten haberdar oldukları kabul edilebilir. Mesela taşeronluk sözleşmesini

---

233 **Kleine-Möller,** §3 N. 27.

234 **Kleine-Möller,** §3 N. 27.

235 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 377 N. 13b; **Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 377 N. 3; **Becker,** Berner Kommentar, Art. 377 N. 6; **Pedrazzini,** SPR VII/1, Sh. 550; **Öz,** Sh. 147; **BGE** 96 II 196; **BGE** 69 II 139.

236 **Kleine-Möller,** §3 N. 28.

237 **Schwarz,** Sh. 85; Ayrıca karş. **Vetter,** Risikodurchstellung, Sh. 79 vd.; **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2366; **Saxer,** Sh. 55.

tamamlamak üzere asıl sözleşmeye yollama yapılması sözkonusu ise mantıklı olarak düşününce taşeronun, ancak, doğrudan sözleşme metnine dahil edilmek ya da yollama yapılmak istenen asıl sözleşme hükümlerinin içeriğini öğrendikten sonra buna onay vereceği söylenebilir[238].

Uygulamada bu usûl genellikle asıl müteahhit tarafından tercih edilir; zira o her iki sözleşmeye de taraf olmasının sağladığı kolaylıkla her iki sözleşmenin de içeriğinden haberdardır. Dolayısıyla bu yöntemi kullanarak sözleşmeler arasındaki uyumu en iyi o temin etme imkânına sahiptir. İş sahibi ve taşeronun ise tarafı olmadıkları diğer sözleşmenin içeriğinden haberdar olmaları istisnaî bir durumdur. Kaldı ki genellikle taşeronluk sözleşmesi asıl sözleşmeye uydurulur. Diğer etkenler yanında bunun sebebi, taşeronluk sözleşmesinin konu ve içeriğinin asıl sözleşmenin konu ve içeriği ölçü alınarak belirlenmesi zorunluluğunun bulunması[239] ve asıl müteahhidin asıl sözleşmeden kaynaklanan borcunun ifası için taşerondan istifade etmek istemesidir[240]. Özellikle taşeronluk sözleşmesinin akdedilmesi bakımından mevcut zaman sıkıntısı sebebiyle taraflar, sadece sözleşmenin (sözleşmenin konusu, ifa zamanı ve ödenecek ücret gibi) esaslı unsurları üzerinde mutabakat sağlayacaklar ve diğer ayrıntılar için ise (genellikle) asıl sözleşmeye yollama yapmakla yetineceklerdir[241].

Şüphesiz ki bu durum, kural olarak asıl müteahhidin asıl sözleşmenin içeriğini bütün ayrıntıları ile bilmekte olduğu anlamına gelir. Ayrıca asıl müteahhidin, sadece bu ihtimalde asıl sözleşme hükümlerine yollama yapma yöntemini kullanarak sözleşmeler arasında uyumu temin etmesi mantıklı bir hareket tarzı olacaktır. Eğer yollama yapılmak istenen sözleşme hükümlerinin içeriği taraflarca bilinmiyorsa, sözleşmeler arasındaki uyumun temini bakımından diğer sözleşmeye yollama yapılması yerine, bu hususun açıkça düzenlenmesi muhtemel risklerin önüne geçilebilmesi bakımından daha gerçekçi bir yöntem olacaktır.

bbb. Diğer sözleşmenin belirli hükümlerine yollama yapılması

(1). Sözleşme konusunun tanımlandığı bölüme yollama yapılması

Özellikle büyük çaplı inşaat işleri bakımından sözleşmeler yüzlerce belgeden müteşekkil olabilir. Bunun gibi çok geniş kapsamlı veya teknik olarak zor bir işin yapılması ile ilgili sözleşme metni, çok defa yapılacak işin tanım ve kapsamı, zaman planı, hesaplama cetvelleri, teknik resim ve çizelgeler, ölçüm analizleri vb. düzinelerce sahifeden müteşekkil müstakil belgeleri bünyesinde barındıracaktır. Yapılacak işin bütün detayları ile tanımlandığı belge, kendisine yollama yapılmak suretiyle, özellikle teknik veri ve ölçüler açısından taşeronluk sözleşmesinin de konusu haline getirilebilir. Böyle bir durumda hiç şüphesiz, asıl sözleşmenin konusunu tanımlayan bu belgenin işin tamamına yönelik olduğu, taşeronluk sözleşmesinin ise genellikle bu işin sadece bir kısmını kapsadığı gözden uzak

---

238 **Schwarz,** Sh. 85-86.

239 Asıl müteahhit yapı işlerini taşeronlara ihale ederken, gerek taşeronların ücretlerinin belirlenmesi ve ödenmesi, gerekse onlara karşı ayıba karşı tekeffülden doğan hakların ileri sürülmesi bakımından hukukî bir kargaşanın doğmaması için, her bir taşeronun yerine getireceği işin diğerinden ve kendisinin işlerinden açık bir şekilde ayrılmasını temin edecek tedbirleri de almak zorundadır (**Kleine-Möller,** §3 N. 13).

240 **Kleine-Möller,** §3 N. 13, 14; **Schwarz,** Sh. 86.

241 **Vetter,** Risikodurchstellung, Sh. 79; **Saxer,** Sh. 55.

tutulmamalıdır[242]. Bu bakımdan asıl sözleşmedeki iş tanımına yollama yapılması ihtimalinde de taşeronluk sözleşmesinin konusunu teşkil edecek işin açıkça belirlenmesine dikkat edilmesi, daha sonra ortaya çıkabilecek yorum problemlerinin aşılması bakımından yararlı olacaktır[243]. Buna mukabil asıl sözleşmede işin tanımlandığı belge, taşeronlara yaptırılma zorunluluğu bulunan işler dikkate alınarak hazırlanmış ve yapılacak işleri bu çerçevede tanımlamakta ise[244] bu bakımdan herhangi bir zorlukla karşılaşılmayacaktır[245].

(2). Diğer teknik kurallara yollama yapılması

İnşaat sözleşmelerinde genellikle, benzer işlerde kullanılmak üzere ilgili meslek kuruluşları tarafından özel olarak hazırlanmış bulunan teknik kuralların da (ilgili sözleşme bakımından) geçerli olacağı hususunda hükümlere yer verilir. Bu tür teknik kurallar, aynı tür işlerin sahip olması gerekli teknik özelliklerin nelerden ibaret olduğunu hükme bağlayan genel kurallar niteliğindedir. Bu nedenle de mesela doğrudan bu teknik kurallara yollama yapılmak yerine taşeronluk sözleşmesinde, asıl sözleşmenin tabi olduğu teknik kuralların taşeronluk sözleşmesi bakımından da geçerli olacağı şeklinde bir hükme yer verilmesi ihtimalinde, genellikle bu kuralların yorumu ile ilgili herhangi bir zorlukla kaşılaşılmayacaktır[246].

(3). Diğer akdî ilişkideki hükümlere teker teker yollama yapılması

Nihayet taraflar diğer sözleşmede yer alıp, yollamanın gerçekleştirildiği sözleşmenin hukukî konumu itibariyle önem taşıyan, ifa zamanı, ödenecek ücret, teslim ve kabulün gerçekleştirilmesi, ayıp ihbarının şekli ve süresi, cezai şart, zamanaşımı süresi, sözleşmeden dönme hakkı gibi hükümlere yollama yapma imkânına da sahiptirler. Mesela taşeronluk sözleşmesinde yer verilecek bu kabilden bir yollamanın şu şekilde formüle edilmesi düşünülebilir: *„Fazla ücret ödenmesi, işin kabulünün gerçekleştirilmesi ve zamanaşımı sürelerinin belirlenmesi ile ilgili olarak, asıl sözleşmede yer verilmiş bu kabilden kurallar uygulama alanı bulacaktır"*.

(4). Diğer sözleşmenin belirli hükümlerine yollama yapılmasının yarar ve sakıncaları

Sözleşmede yer alması arzu edilen bütün hususların teker teker düzenlenmesi yerine diğer sözleşmedeki belirli hükümlere ya da sözleşmenin bir bölümüne yollama yapılmasının sağladığı avantaj, fazla çaba sarfedilmesine gerek kalmaksızın sözleşmeler arasında gerekli uyumun böylelikle temin edilebilmesidir. Gerçi burada kendisine yollama yapılmış bulunmayan sözleşme hükümlerinin de yollama yapılan hükümleri tamamlayacak şekilde uygulanabilip uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkabilir. Böyle bir soru, tarafların bu hususta açık bir mutabakatı

---

242 **Kleine-Möller,** §3 N. 13.

243 Buna karşılık **Nicklisch/Weick,** (*Einl. §§ 4-13, N. 91 VOB*) ve **Vetter** (RIW 1986, Sh. 81, 83) böyle hareket edilmiş olmaması ihtimalinde de çok önemli bir yorum sorununun ortaya çıkmayacağını ifade etmektedirler.

244 Mesela bir inşaat işinde: Kaba inşaat işi, tesisat işleri, yalıtım işleri, boya ve badana işleri vb. ayırımlar yapılmak suretiyle işin konusu belirlenmiş ise durum böyledir.

245 **Schwarz,** Sh. 87.

246 **Nicklisch/Weick,** Einl. §§ 4-13 N. 91; **Vetter,** RIW 1986, Sh. 81, 83.

mevcut olmadığı sürece olumsuz yanıtlanmak zorundadır; zira aksi takdirde taraflar hayali bir iradenin esiri kılınmış olurlardı[247].

Vetter'in de açıkça ortaya koyduğu gibi[248], diğer sözleşmedeki belirli hükümlere yollama yapılması yorum bakımından bazı sorunlara yol açabilir. Bu durumu bir örnekle açıklayalım[249]: İş sahibi ile yapılmış bulunan sözleşmede, asıl müteahhidin edime dahil olmayan bazı işleri, bu işlerin bedelinin sözleşmede kararlaştırılan ücretin belirli bir yüzdesini geçmesi durumunda ücretsiz olarak yapmakla yükümlü olmayacağı şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Bu hükmün taşeronluk sözleşmesine de dahil edilmesi durumunda taşeronun, edime dahil olmayan ücretsiz işleri, bu işlerin bedelinin asıl sözleşmedeki ücretin belirli bir yüzdesine ulaşması durumunda mı, yoksa taşeronluk sözleşmesindeki ücretin belirli bir yüzdesine ulaşması durumunda mı ücretsiz olarak yerine getirmekten kurtulacağı hususunda bir sorun ortaya çıkacaktır. Bu tür örnekler daha da çoğaltılabilir: Mesela taşeronluk sözleşmesinde, asıl sözleşmede işin kabulü ile ilgili olarak yapılmış düzenlemenin uygulanacağı ifade edilerek asıl sözleşmeye yollama yapılmış bulunması ihtimalinde, yapılmış bulunan bu yollamadan, asıl sözleşmedeki bu hükmün sadece taşeron-asıl müteahhit arasındaki ilişki bakımından da uygulama alanı bulacağını mı anlamak gerektiği; yoksa tam aksine taşeronun ediminin kabul zamanının da asıl sözleşmedeki edimin kabulü, yani bütün inşaatın tamamlanması zamanı olduğunun mu anlaşılması gerektiği noktasında sorun yaşanabilecektir[250]. Yine şu olay bakımından da bazı tereddütler ortaya çıkması mümkündür: İş sahibi ile asıl müteahhit zamanaşımı süresinin 6 yıl olacağını kararlaştırmış olsalar; bu hükme yapılacak bir yollama taşeronun ayıba karşı tekeffül borcunun tabi olacağı zamanaşımı süresinin de 6 yıl olduğu şeklinde yorumlanabilecektir. Oysa her iki sözleşme arasında bu bakımdan tam bir uyumun temini ancak bu hükmün, sadece taşeronun asıl müteahhide karşı sorumlu olduğu garanti zamanaşımı süresini, onun iş sahibine karşı sorumlu olduğu süre ile aynı kılan bir hüküm olarak anlaşılması ile değil; aynı zamanda bu garanti zamanaşımı süresinin iş sahibi bakımından işlemeye başladığı an ile, taşeron-asıl müteahhit arasındaki ilişki bakımından işlemeye başlayacağı ânın da aynı olacağı şeklinde yorumlanması ile mümkün olabilecektir[251].

Kısaca ifade etmek gerekirse, diğer sözleşmede yer verilmiş hükümlere bu şekilde yollama yapılması, bazı durumlarda sözleşmeler arasında gerçekleştirilmesi amaçlanan uyumun boşa çıkması neticesini doğurabilecek, yorumla ilgili önemli bazı sorunların yaşanmasına sebebiyet verebilir. Bu riski tamamiyle ortadan kaldırmak mümkün gözükmüyorsa da sözleşmeye, yapılan atfı tamamlamak için açıklayıcı kayıtlar konulması suretiyle asgarî düzeyde tutulması mümkündür[252]. Buna ilaveten diğer sözleşmenin sadece bazı hükümlerine yapılacak bir yollama,

---

247 Karş. **Nicklisch/Weick,** Einl. §§ 4-13 N. 92.

248 Özel olarak bkz. **Vetter,** RIW 1986, Sh. 81, 83 vd.

249 **Vetter,** RIW 1986, Sh. 81, 84.

250 **Schwarz,** Sh. 88.

251 **Kleine-Möller,** §3, N. 14; **Schwarz,** Sh. 89.

252 Mesela taşeronluk sözleşmesine şu ek kayıt düşülebilir: *„Taraflar, asıl sözleşme hükümlerine yapılan bu yollama ile, her iki sözleşme arasında uyumun temin edilmesinin amaçladığı hususunda mutabakata varmışlardır. Bu çerçevede özellikle vurgulanmalıdır ki asıl müteahhit, taşerona karşı olan haklarını, asıl sözleşme bakımından benzer haklar kendisine karşı iş sahibi tarafından ileri sürülebildiği müddetçe, ileri sürme imkânına sahip olacaktır"* (Karş. **Kleine-Möller,** §3 N. 17-18).

sözleşmeler arasındaki uyumun sözleşmenin tamamı bakımından değil, duruma göre belki de önemli bazı hükümleri bir kenara bırakılmak suretiyle bir kısmı bakımından sağlanmaya çalışılması tehlikesini doğuracaktır.

ccc. Diğer sözleşmenin bütününe yollama yapılması

İş gücü ve zaman kaybı, mesela asıl sözleşmedeki belirli kayıtların doğrudan taşeronluk sözleşmesinin metnine alınması veya belirli bir surette yeniden şekillendirilmesi ya da bu hükümlerin taşeronluk sözleşmesinde yer verilmek üzere hazır bulundurulması suretiyle önlenebilir.

(1). Görünüş şekilleri

Her iki akdî ilişki arasında uyumun sağlanması bakımından, sözleşmelerden birisinde yer verilmiş ve her iki sözleşme bakımından da önemli bir hükmün bir akdî ilişki bakımından dikkate alınmaması tehlikesi, bir sözleşmedeki (bu sözleşme genellikle asıl sözleşme olacaktır) bütün hükümlerin topluca diğer sözleşme metnine dahil edilmesi suretiyle bertaraf edilmesi de düşünülebilir. Uygulamada bu şekilde diğer sözleşmenin bütününe yollama yapılması suretiyle sözleşme içeriğinin belirlenmesi yöntemine özellikle sözleşme taraflarının, sadece temel konulardaki önemli ihtiyaçları karşılamak üzere sözleşmenin kurulması doğrultusunda sağlamış oldukları mutabakatın tamamlanması amacıyla gerçekleştirildiği ifade edilmektedir[253]. Ayrıca asıl sözleşmeye bir kül olarak yollama yapılmasının sözkonusu olduğu bu ihtimalde tarafların, diğer sözleşme hükümlerine yollama yaparken *„diğer konularda asıl sözleşmedeki hükümler geçerli olacaktır"* veya *„sözleşme asıl sözleşmenin hükümleri dikkate alınarak tamamlanacaktır"* tarzında ibarelere yer verdiklerine de işaret edilmektedir[254].

(2). Diğer sözleşmenin bütününe yollama yapılmasının yarar ve sakıncaları

Yukarıda ortaya konulmuş bulunan yorumun farklı doğrultularda yapılması tehlikesine dair sorunlara burada rastlanılması ihtimali, sadece belirli kurallara yollama yapılması ihtimaline nazaran daha da büyüktür. Zira bu şekilde toptan yapılan bir yollama, somut olarak hangi hükümlerin bu sözleşme bakımından da geçerli olacağına dair bir açıklık taşımaktan uzak olacaktır. Böylece sadece yapılan bu yollamanın nasıl yorunlanmak zorunda olduğu değil, aynı zamanda, mesela taşeronluk sözleşmesinin de benzer bir hüküm içermesi ihtimalinde, bu yollamanın gerçekten geçerli olup olmadığının belirlenmesi meselesi de ortaya çıkacaktır.

Yine böyle bir ihtimalde yollama yapılmış bulunan asıl sözleşme, taraflarınca bütün hükümleri müzakareler sonucu kabul edilmiş bireysel bir sözleşme olsa dahi, taşeronluk sözleşmesi bakımından genel işlem şartı olarak değerlendirmeye tabi tutulabilecek ve bu bakımdan da bazı sınırlamalar gündeme gelebilecektir. Zira asıl sözleşme, taşeronun hazırlanmasına katılması sözkonusu olmaksızın asıl müteahhit ve iş sahibi arasındaki bireysel görüşmeler yoluyla hazırlanmış bir metin konumunda olacaktır.

---

253 Daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Vetter,** RIW 1986, Sh. 81, 83; **Vetter,** Risikodurchstellung, Sh. 83; **Nicklisch/Weick,** Einl. §§ 4-13 N. 93.

254 **Nicklisch/Weick,** Einl. §§ 4-13 N. 93; **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2366; **von Westphalen,** FS Locher, Sh. 375, 377; **Vetter,** RIW 1986, Sh. 81, 83; **Gauch,** Werkvertrag, N. 155; **Saxer,** Sh. 56.

Asıl sözleşmeye yapılacak bu tür bir yollama, her iki tarafın da ortak arzusu ile yapılmış veya bir tarafın teklifini diğerinin kabul etmesi suretiyle yapılmış bulunsa dahi, sadece sözleşmeler arasında uyum temin etmek suretiyle kendi üzerindeki risklerden kurtulmak isteyen asıl müteahhidin menfaatlerine hizmet edecektir. Taşeronun ise asıl sözleşmenin kendi akdî ilişkisine dahil edilmesi suretiyle her iki sözleşmenin birbirine uydurulmasında kural olarak herhangi bir mefaati bulunmayacak; aksine asıl müteahhidin her iki sözleşmeye de taraf olması nedeniyle karşı karşıya bulunduğu risklerin üzerine aktarılması, kendi konumunu kötüleştirecektir. Bu nedenle asıl sözleşmeye bu şekilde yollama yapılması suretiyle taşeronluk sözleşmesinin içeriğine dahil edilmesi, kural olarak asıl müteahhidin teklifi ve onun sözleşmenin kurulması aşamasında sahip olduğu güçlü konumu nedeniyle taşeronun da bunu kabul etmesi tarzında gerçekleşecektir. Böyle bir durumda ise taşeronluk sözleşmesinin bu şekilde kurulmuş olması ile, asıl müteahhide ait genel işlem şartlarının kullanılması suretiyle kurulması arasında bir fark görmemek ve genel işlem şartları bakımından kabul edilen sınırlandırmaların bu ihtimalde de uygulama alanı bulacağını kabul etmek isabetli bir yaklaşım tarzı olacaktır[255]. Zira bu bakımdan önemli olan, yollama yapılan metnin hazırlanma şeklinden ziyade, sözleşme içeriğine dahil edilmiş bulunan bu metin üzerinde tarafların, bireysel görüşmeler çerçevesinde tartışma ve değerlendirme yapma imkânına sahip olup olmadıklarıdır.

cc. Değerlendirme

Tarafların bireysel görüşmeler yoluyla sözleşmelere, her iki akdî ilişki arasında uyumu temin edecek hükümlere özellikle yer vermeleri, asıl sözleşme ve taşeronluk sözleşmesi arasındaki uyumu çok geniş ölçüde temin edecektir. Yalnız bu yöntemle ilgili kısımlar bakımından uyumun sağlanması hem çok uğraş ister ve hem de dikkat ve özeni zorunlu kılar. Buna karşılık asıl sözleşmenin belirli hükümlerine veya bütününe yollama yapılmak suretiyle sözleşmeler arasındaki uyumun temini daha basit ve az zahmet isteyen bir yöntemdir; fakat bu yöntem de arzu edilen uyumun yorum yoluyla veya yapılan bu yollama çerçevesinde asıl sözleşme metninin genel işlem şartı gibi değerlendirmeye tabi tutulması ihtimalinin bulunması nedeniyle sonuçsuz kalması tehlikesini beraberinde taşır.

2. Genel işlem şartlarının kullanılması

a. Genel olarak

Her iki akdî ilişki arasındaki uyum, bu doğrultuda hükümler içeren genel işlem şartlarının kullanılması suretiyle de temin edilebilir[256]. İster asıl inşaat

---

255 Bu yönde bir mahkeme kararı için bkz.: **OLG Hamm,** BB 1988, Sh. 868 vd.; Ayrıca karş. **Schwarz,** Sh. 91; **Saxer,** Sh. 55.

256 Her ne kadar hukuk sistemimiz genel işlem şartlarının denetlenmesi ile ilgili olarak özel bir düzenlemeye (*Bu arada tüketici kredi sözleşmeleri ile ilgili bazı düzenlemelere (m. 10/I) yer veren 4077 sayılı ve 23.2.1995 tarihli "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun"a (RG 8.3.1995, S. 22221) işaret edilebilirse de; bu kanun da genel işlem şartları ile ilgili herhangi bir hüküm içermemektedir*) sahip değilse de; genel işlem şartları kullanmak suretiyle akdedilmiş bulunan sözleşmelerin Borçlar Kanunu tarafından belirlenmiş genel sözleşme sınırları çerçevesinde denetiminin yapılması doktrin [***Oğuzman/Öz,*** *Sh. 21;* ***Kocayusufpaşaoğlu,*** *§23;* ***Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,*** *Sh. 159;* ***Atamer,*** *§5 vd.;* ***Eren,*** *Borçlar Hukuku C. I, Sh. 204-206]* ve uygulamada [***Yarg.*** *3. HD. 2.6.1998, E 1998/4263, K. 1998/6098 (YKD 1998, Sh. 1140-1141);* ***Yarg.*** *13. HD., 7.4.1981, E. 1981/1045, K. 1981/2514 (Yasa Der. Mayıs 1981, Sh. 658).*] genel bir kabul görmekte ve bu doğrultuda tesbit edilmiş bazı temel ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkeler doğrultusunda genel işlem şartlarının denetlenmesinin ise başlıca üç aşamada gerçekleşeceği ifade edilmektedir

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

sözleşmesinin taşeronluk sözleşmesine; isterse taşeronluk sözleşmesinin asıl inşaat sözleşmesine uygun bir şekilde kurulması sözkonusu olsun, bu hususta uyum yine asıl müteahhit aracılığı ile temin edilecektir[257]; zira asıl müteahhit her iki sözleşmenin de tarafıdır.

Genel işlem şartlarının bu doğrultuda kullanılması çok çeşitli şekillerde gündeme gelebilir; hatta daha önce ifade edildiği gibi[258] taraflar arasındaki bireysel görüşmeler yoluyla hazırlanmış bulunan asıl inşaat sözleşmesi metni dahi genel işlem şartı olarak değerlendirilebilir. Yine her iki sözleşmenin kurulması esnasında aynı genel işlem şartlarının kullanılması da mümkündür. Özellikle asıl sözleşmenin kurulması esnasında iş sahibine ait genel işlem şartlarının kullanılmış olması ihtimalinde[259] asıl müteahhit, hem iş sahibinin özel isteklerini taşerona kabul ettirebilmek ve hem de böylece maruz kaldığı riskleri taşerona nakledebilmek amacıyla aynı genel işlem şartlarının taşeronluk sözleşmesi bakımından da kullanılmasını uygun görebilir[260].

Bu arada unutulmamalıdır ki, her iki sözleşme için de aynı genel işlem şartları kabul edilmiş bulunsa dahi bu genel işlem şartları her iki sözleşme bakımından da ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulacak ve gereğinde her iki sözleşme bakımından da farklı neticelere ulaşılması mümkün olabilecektir[261]. Bu sözleşmelerin nisbîliği ilkesinin bir gereği ve sonucudur.

Sözleşme taraflarından birisinin kendi genel işlem şartlarını diğer tarafa kabul ettirebilip ettiremeyeceği ise daha ziyade onun iş piyasasındaki konumuna bağlıdır. Mesela taşeron olarak faaliyet göstermekte olan müteahhitler genellikle küçük ölçekli işletmeler olup[262]; diğer taşeronlarla da büyük bir rekabet içerisinde bulunacaklarından, genellikle asıl müteahhit tarafından kendilerine sunulan genel işlem şartlarını kabul etmek durumunda kalacaklardır.

Her iki akdî ilişki arasındaki uyumun genel işlem şartları kullanılmak suretiyle temin edilmeye çalışılması ihtimalinde taraflar, bu genel işlem şartlarının doktrin

---

(***Kocayusufpaşaoğlu,*** *§23 N. 7*):
i. Genel işlem şartlarının *bireysel sözleşme içeriğine dahil olup olmadıklarının* incelenmesi,
ii. Bireysel sözleşme içeriğine dahil olduğu kabul edilen genel işlem şartlarının *yorumlanması*

iii. Ve nihayet bireysel sözleşme içeriğine dahil olduğu kabul edilen genel işlem şartlarının *içerik denetimine* tabi tutulması.

Biz de konu ile ilgili açıklamalarımızı, bu çerçevede geliştirilmiş temel esasları dikkate almak ve gereğinde yabancı doktrin ve mahkeme içtihatlarından da istifade etmek suretiyle yapacağız.

257 **Schwarz,** Sh. 92.

258 Bkz. §4 II. 1.b. bb. ccc. (2).

259 İş sahibine ait genel işlem şartlarının kullanılması daha ziyade, iş sahibinin asıl müteahhit karşısında daha güçlü bir konumda olduğu sözleşmeler bakımından sözkonusu olur.

260 Ayrıca ifade etmek gerekir ki, asıl sözleşmede kullanılmış bulunan genel işlem şartlarının asıl müteahhide ait olması durumunda, bu genel işlem şartlarının taşeronluk sözleşmesi bakımından da uygulanması asıl müteahhit bakımından mantıklı bir hareket tarzı olmayacaktır; zira o, asıl inşaat sözleşmesi bakımından müteahhit taraf iken; taşeronluk sözleşmesi bakımından iş sahibi konumundadır.

261 Karş. **Locher,** Subunternehmer, Sh. 2236.

262 Ülkemizin şartları düşünüldüğünde özellikle mesken inşaatı ile ilgili olarak faaliyet göstermekte olan taşeronların, tüzel kişiliği bulunmayan ve en fazla bir kaç işçi çalıştıran küçük çaplı esnaf işletmeleri oldukları görülecektir.

ve uygulamada kabul edilmiş bazı ilkeler[263] çerçevesinde denetime tabi tutulacağını da hesaba katarak hareket etmek zorundadırlar.

b. Genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine dahil olması

Genel işlem şartlarının sözleşme metnine dahil olduğu ve böylece ilgili sözleşmenin bir parçasını teşkil ettiğinin kabul edilebilmesi için tarafların, özellikle asıl müteahhidin, nelere dikkat etmeleri gerektiği sorusu gündeme gelecektir.

Kural olarak sözleşme içeriğine dahil olduğu kabul edilebilecek olan hususlar, tarafların üzerinde müzakere ettiği ve böylece üzerinde uyuşma sağladıkları hususlardır[264]. Bu nedenle taraflardan herbiri, ister genel işlem şartı olarak formüle edilmiş hazır bir metin halinde hazır bulunsun isterse bulunmasın, kendisi bakımından önem arzettiğine inandığı hususları[265] sözleşme görüşmelerine dahil etmek ve böylece muhatabının onayını almak zorunda olacaktır.

Bu doğrultuda karşı âkidi (taşeron veya iş sahibi) tâcir olmayan asıl müteahhit, onu genel işlem şartları hususunda bilgilendirmeli ve kendisinden beklenebildiği ölçüde ona bu genel işlem şartlarının içeriğinden haberdar olabilmesi için gerekli fırsatı temin etmelidir[266]. Bu durum asıl inşaat sözleşmesi veya başka genel işlem şartlarının taşeronluk sözleşmesinin kapsamına da dahil edilmek istenmesi durumunda, sözkonusu metnin incelemek üzere taşerona teslim edilmesini veya en azından önemli hükümleri hakkında bilgilendirilmesini zorunlu kılar[267]. Taşerona, asıl sözleşme metni veya diğer genel işlem şartlarını iş sahibine müracaat etmesi durumunda görüp inceleme imkânına sahip olduğunun belirtilmesi bu hususta yeterli kabul edilmemektedir[268]. Zira iş sahibi ile mevcut

---

263 Her ne kadar genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin bu ilkelerin tacirler bakımından uygulama alanı bulmayacağı ifade ediliyorsa da (***Kocayusufpaşaoğlu,*** *§23 N. 2 vd.;* ***Atamer,*** *§5 II.*); biz taşeronun tacir olması ihtimalinde dahi, istisnaî bazı durumlar hariç (*Yapım tekniklerine ilişkin özel bilgisi nedeniyle taşeronun aranan bir müteahhit olması ihtimali böyledir*), genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin tesbit edilmiş bulunan ilkelerin uygulanmasının isabetli bir yaklaşım tarzı olacağını düşünüyoruz. Zira bu ilkelerin temelinde genel işlem şartları kullanılmak suretiyle bir taraf lehine bozulmuş bulunan sözleşme adaletinin yeniden tesis edilmesi düşüncesi yatmaktadır (***Kocayusufpaşaoğlu,*** *§23 N. 2 vd.;* ***Atamer,*** *§3, §6*). Genellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler olarak örgütlenmiş bulunan taşeronların asıl müteahhit karşısındaki pazarlık güçlerinin çok sınırlı olduğu ve asıl müteahhidin kendi genel işlem şartlarını onlara kolaylıkla kabul ettirebileceği düşünülünce, tüketicilerin durumunda olduğu gibi onların da korunma ihtiyacı içerisinde oldukları kendiliğinden anlaşılacaktır. Kaldı ki pazarlık imkânının çok sınırlı olduğu durumlarda, tacirler bakımından da genel işlem şartları karşısında özel korunma ihtiyacının istisnaî olarak gündeme gelebileceği, tacirler bakımından bu ilkelerin uygulanmasını kabul etmeyen yazarlar tarafından da benimsenmektedir (*Bu hususta bkz.* ***Baudenbacher,*** *Carl: Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht" in: AGB-Eine Zwischenbilanz, WIV Stichworte Nr. 2, St. Gallen/Berlin 1991, Sh. 17-65*, Sh. 17, 32; **Lutz,** Sh. 5; **Atamer,** §5 II.)

264 **Oğuzman/Öz,** Sh. 64 vd.

265 Sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için BK m. 2/I gereği tarafların, sözleşmenin objektif olarak esaslı kabul edilen noktalarında uyuşmuş olmaları gerekli ve yeterlidir. Fakat bunun yanında taraflardan birisinin sözleşme içeriğine dahil olmasını istediği (subjektif olarak esaslı sayılan) bazı hususlar mevcut ise bu hususların sözleşme görüşmelerine dahil edilmesi zorunludur. Aksi takdirde karşı tarafın bu hususların sözleşme içeriği olmasının istendiğini anlaması ve dolayısıyla onun kabul beyanının bu hususları da kapsayacak şekilde yorumlanması mümkün olmayacaktır (**Oğuzman/Öz,** Sh. 65; **Atamer,** §8 I).

266 **Bühler,** Vertragsrecht, Sh. 27; **Oğuzman/Öz,** Sh. 21; **Kocayusufpaşaoğlu,** §23 N. 8 vd.; **Hatemi,** özel bölüm, Sh. 25; **Eren,** Borçlar Hukuku C. I, Sh. 205; Bu husus Alman Genel İşlem Şartları Kanunu § 2 hükmünde de açıkça düzenlenmiştir.

267 Karş. **Korbion/Locher,** Teil I N. 146.

268 **Locher,** Subunternehmer, Sh. 2235, 2236; **Ingenstau/Korbion,** Einl. N. 93.

akdî ilişkiye yabancı olması nedeniyle, taşeronun ilgili metnin içeriği ile ilgili bilgi sahibi olmak için iş sahibine müracaat etmek zorunda bırakılması, onun durumunun (katlanması kendisinden beklenmeyecek) şekilde ağırlaşmasına sebebiyet verebilecek bir taleptir.

Bu arada işaret edilmelidir ki asıl müteahhit, asıl sözleşme metninin kendisi ile ilgili olabilecek hükümleri hususunda taşeronu bir şekilde bilgilendirmiş ise taşeronun mutlaka asıl sözleşme metnini görmesini aramak da doğru olmayacaktır; zira asıl sözleşmede asıl müteahhidin haklı olarak taşerona göstermek istemeyebileceği hükümler (mesela ücret gibi) yer alacaktır. Bu hususta karar verilmesi bakımından asıl önemli olan husus, genel işlem şartlarını kullanmak isteyen âkit taraftan hangi çabaların beklenebileceğidir. Ayrıca, karşı âkidine genel işlem şartlarının içeriği ile ilgili bilgi sahibi olma imkânını bahşetmesinin asıl müteahhit bakımından bir külfet (Obliegenheit) teşkil ettiği de gözden uzak tutulmamalıdır[269].

Kural olarak genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin ilkelerin karşı âkidin tacir olması ihtimalinde uygulama alanı bulmayacağı[270], ancak tacirler arasında pazarlık imkânının çok sınırlı olduğu istisnaî hallerde genel işlem şartları karşısında korunma ihtiyacının gündeme gelebileceği yönündeki düşünce tarzı[271] kabul edilecek olsa dahi; bu tür sözleşmeler bakımından da genel işlem şartları, ancak ilgili âkit tarafların sözkonusu metnin geçerli olacağı doğrultusunda açıkça veya zımnen mutabakat sağlamaları durumunda sözleşme içeriğine dahil kabul edilecektir[272]. Asıl müteahhit muhakkak surette genel işlem şartlarının mevcudiyetinden karşı âkidini haberdar etmeli ve böylece ona, sözkonusu genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkânını bahşetmelidir[273]. Özellikle asıl inşaat sözleşmesine yollama yapılan durumlarda, kural olarak taşeronun bu sözleşmenin içeriği ile ilgili bilgi sahibi olması mümkün olmadığından, dürüstlük kuralının bir gereği olarak ona, sözkonusu metnin içeriği hakkında bilgi sahibi olma imkânı bahşedilmelidir. Eğer asıl müteahhit taşeronun bu metin ile ilgili bilgi sahibi olması hususunda üzerine düşeni yapmamış ise taşeron, kendisi için önem taşıyan bu metin hakkında bilgilendirilmesini dürüstlük kuralı çerçevesinde talep edebilmelidir[274]. Kural olarak taşeron diğer akdî ilişki ile ilgilenmek ve onun içeriği hakkında bilgi sahibi olmak zorunda olmadığından, ticarî işler bakımından da asıl

---

269 Karş. **Ulmer/Brandner/Hensen,** § 2 N. 45 vd.; **Schwarz,** Sh. 95; Ayrıca bkz. **BGH** WM 1988, Sh. 607, 610.

270 **Kramer,** Berner Kommentar, Art. 19-20, N. 298; **Kocayusufpaşaoğlu,** §23 N. 3; **Kramer,** SJZ 81 (1985), Sh. 18; **Merz,** FG Schönenberger, Sh. 160.

271 **Baudenbacher,** *Carl: Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht" in: AGB-Eine Zwischenbilanz, WIV Stichworte Nr. 2, St. Gallen/Berlin 1991, Sh. 17-65,* Sh. 17, 32; **Lutz,** Sh. 5; **Atamer,** §5 II; Buna mukabil Alman hukuk sistemi başka bir çözüm tarzını benimsemiştir. §24 AGB-Gesetz hükmü, genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin yasa hükümlerinden bazılarının tacirler bakımından da uygulama alanı bulmasını kabul etmiştir. Buna göre, ilgili kanunun yürürlük denetimine ilişkin § 2 ve yasak sözleşme hükümlerine ilişkin § 10 ve § 11 tacirler bakımınından uygulama alanı bulamayacak ise de; içerik denetimine ilişkin genel hüküm olarak öngörülmüş bulunan § 9 hükmü, bu tür genel işlem şartları bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

272 Daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Kleine-Möller,** §4 N. 56; **Bühler,** Vertragsrecht, Sh. 25; Ayrıca bkz. **BGH,** BauR 1992, Sh. 496, 497; **BGH,** WM 1988, Sh. 460, 463; **BGH,** NJW 1985, Sh. 1838, 1839.

273 Genel olarak bu doğrultuda: **BGH,** WM 1988, Sh. 460, 463.

274 Karş. **Korbion/Locher,** Teil I N. 146.

müteahhidin, taşeronu bu hususta bilgilendirmesini aramak adaletli bir yaklaşım tarzı olacaktır[275].

Özet olarak ifade etmek gerekirse, her iki akdî ilişki arasındaki uyumu genel işlem şartları kullanmak suretiyle temin etmek isteyen âkit taraf, muhatabının sözkonusu metnin içeriği ile ilgili bilgi sahibi olması hususunda gerekli özen ve dikkati göstermekle mükellef olacak; aksi takdirde sözkonusu genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine dahil olmaması neticesine katlanacaktır.

c. Şaşırtıcı kayıtların durumu

Genel işlem şartlarının denetlenmesi ile ilgili olarak kabul edilmiş bulunan ilkelerden bir tanesi de şaşırtıcı kayıtların sözleşme içeriğine dahil edilmemesini öngörmektedir[276]. Bu durum özellikle genel işlem şartlarının, içerdiği kurallar öğrenilmeden veya okunmadan toptan kabul edilmiş olması ihtimalinde gündeme gelir. Bu ilke çerçevesinde, sözkonusu genel işlem şartlarının özellikle sözleşmenin dış görünüşü dikkate alındığında bu metni kullanan şahsın karşı âkidinin beklemeyeceği ölçüde şaşırtıcı bazı hükümler içermesi durumunda, bu hükümler sözleşme metnine dahil kabul edilmeyecektir. Eğer bir kayıt somut akdî ilişki veya işlerin mutad cereyanı dikkate alındığında alışılmamış bir kayıt olarak nitelendirilebiliyorsa veya akdedilen sözleşmeye yabancı bir nitelik taşıyorsa bu anlamda şaşırtıcı bir kayıt olarak kabul edilecektir[277]. Bir kaydın uygulamada genellikle kullanılıyor olması onun alışılmış bir kayıt olarak kabul edilebilmesi için yeterli değildir[278]. Mesela asıl müteahhidin kullanmakta olduğu genel işlem şartları, bazı hususlarda asıl sözleşmeye yollamada bulunmasına rağmen taşeron, asıl sözleşmenin bu hükümleri ile ilgili olarak bilgilendirilmemiş veya onun iş sahibine müracaat etmesi öngörülmüş ise bu kayıtlar şaşırtıcı kayıtlar olarak da kabul edilebilir ve bu suretle de sözleşme metnine dahil olmadıkları neticesine ulaşılabilir. Aynı şekilde asıl müteahhidin iş sahibine karşı kullandığı genel işlem şartlarının, müteahhidin netice sorumluluğunu ortadan kaldıracak (mesela iş sahibine sadece ayıbın giderilmesi talebinde bulunabilme imkânı verecek) şekildeki hükümler de aynı şekilde değerlendirilmektedir[279].

Yine akdin içeriğini, diğer taraf aleyhine ivaz ilişkisini ortadan kaldıracak şekilde başka temel borçlar ihdas etmek suretiyle belirleyen kayıtlar da şaşırtıcı kayıt olarak nitelenip akdin içeriğinden kabul edilmeyebilir. Mesela taşeronun akit yapma özgürlüğünü veya edim ile karşı edim arasındaki ivaz ilişkisini, taşeronu asıl müteahhidin kendi takdirine göre belirleyeceği başka yapı işlerini de (karşılıksız olarak) yerine getirme yükümlülüğü altına sokmak suretiyle ihlal eden kayıtlar, bu nitelikte kayıtlar olarak kabul edilmektedir[280].

---

275 **Schwarz,** Sh. 96.

276 **BGE** 119 II 443; **BGE** 108 II 416, 418; **Kramer,** Berner Kommentar, Art. 1 N. 201-204; **Scherrer,** N. 476; **Cerutti,** N. 386; **Kocayusufpaşaoğlu,** §23 N. 11; **Oğuzman/Öz,** Sh. 21; **Atamer,** §8 V. 1; **Hatemi,** özel bölüm, Sh. 25; **Yarg.** 3. HD. 2.6.1998, E. 1998/4263, K. 1998/6098 (YKD 1998, Sh. 1140, 1141); Alman genel işlem şartları kanunu da § 3 hükmü ile bu hususu açıkça düzenlemiştir.

277 Bkz. **Schönenberger/Jäggi,** Zürcher Kommentar, Art. 1 N. 499; **Bühler,** Vertragsrecht, Sh. 27; **Ulmer/Brandner/Hensen,** § 3 N. 12; **Schlünder,** § 3 N. 2 vd.; **Cerutti,** N. 387.

278 **OLG Hamburg,** BB 1984, Sh. 934.

279 **BGH,** BB 1991, Sh. 1522.

280 Bkz. **Ulmer/Brandner/Hensen,** Anh. §§ 9-11 N. 722, § 3 N. 14 vd., N. 26.

d. Bireysel görüşmeler yoluyla benimsenmiş hükümlerin önceliği

Genel işlem şartlarının mevcudiyetine rağmen tarafların, belirli bir konuda özel mutabakat sağlamış olmaları ihtimalinde bu mutabakat, genel işlem şartlarına ters düşen bir hüküm içermiş olsa dahi sonraki özel hüküm olarak değerlendirilecek ve genel işlem şartları karşısında öncelikle uygulanacaktır[281]. Taraflar genel işlem şartlarının içerdiği hükümleri toptan benimsemek yerine, teker teker değerlendirmek suretiyle sözleşme metnine dahil etmiş iseler[282], yine üzerinde değerlendirme yapılarak kabul edilmiş bulunan sözleşme hükümlerinin bu nitelikte olmayan diğer hükümlere nazaran uygulama önceliği bulunacaktır[283].

Bireysel görüşmeler yoluyla kabul edilmiş hükümlerle ilgili bu öncelik hakkı, temelini dürüstlük kuralında bulun güven teorisine dayanmaktadır. Buna göre taraflar, bir konuda özel bir mutabakat sağlamış iseler, onların gerçek hukukî işlem iradelerinin bu mutabakata ters düşen genel işlem şartının uygulanmaması yönünde olduğunu kabul etmek mantığın bir gereğidir[284].

e. Genel işlem şartlarının kullanıcı aleyhine yorumlanması

Genel işlem şartlarının denetlenmesi ile ilgili olarak kabul edilmiş temel ilkelerden birisi de "*bir genel işlem şartının yorumunda hükmün içeriğine ilişkin tereddüt yaşanması halinde, muhtemel yorumlardan kullanıcı aleyhine olan anlamın tercih edilmesi*" yönündedir[285]. Bu nedenle asıl müteahhit, genel işlem şartlarını kullanırken bu hususu da dikkate almak zorundadır; zira bireysel görüşmeler yoluyla asıl sözleşmeye yollama yapılmış olması ihtimalinde ortaya çıkması muhtemel yorum problemleri[286] ile burada da karşılaşabilecektir. Bu durum özellikle genel işlem şartları ile asıl sözleşmeye yollamada bulunulmuş olması ihtimalinde, asıl sözleşmeye ait hangi hükümlerin ve hangi kapsamda taşeronluk sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulacağı meselesi bakımından gündeme gelebilir. Objektif olarak doğru olduğu kabul edilebilecek birden fazla anlamın tesbit edilmiş olması nedeniyle, bu sorunun yorum yoluyla aşılması mümkün

---

281 **BGE** 88 II 341, 347; **Jäggi/Gauch,** Zürcher Kommentar, Art. 18 N. 471; **Kramer,** Berner Kommentar, Art. 1 N. 210; **Bühler,** Vertragsrecht, Sh. 31; **Yarg.** 3. HD. 2.6.1998 t., E. 4263, K. 6098 (YKD 1998, Sh. 1140, 1141); **Kocayusufpaşaoğlu,** §23 N. 11; **Oğuzman/Öz,** Sh. 21; **Atamer,** §9 I. 2. a); Alman genel işlem şartları kanunu da bu doğrultuda bir hüküm içermektedir (§ 4 AGB-Gesetz).

282 **Scherrer,** N. 477.

283 Kira sözleşmesi ile ilgili benzer bir olayda İsviçre Federal Mahkemesi de aynı sonuca ulaşmıştır. Karara konu olayda kullanılan matbu kira sözleşmesi, alt kira sözleşmesi yapma yasağı getirmektedir. Fakat buna rağmen sözleşmenin daktilo ile yazılmış bulunan kısmında taraflar "*...Odaların teker teker kiralanabileceğini...*" hükme bağlamış bulunmaktadırlar. Federal Mahkeme tarafların bu özel mutabakatına (doğru bir şekilde) daha fazla önem vermiş ve bu mutabakatla tarafların alt kira konusundaki arzularını ortaya koymuş olduklarını; bu çerçevede alt kiranın geçerli kabul edilmesinin gerekli olduğunu ve dolayısıyla da matbu sözleşme metnindeki alt kira yasağının kaldırılmış sayılması gerektiğini ifade etmiştir (**BGE** 81 II 346 vd. özellikle 350).

284 **Bühler,** Vertragsrecht, Sh. 32.

285 **Kocayusufpaşaoğlu,** §23 N. 13; **Oğuzman/Öz,** Sh. 21; **Atamer,** §9 II. 2.; **Yarg.** 3. HD. 2.6.1998 t., E. 4263, K. 6098: "*...Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmenin) uyuşmazlık halinde hâkim tarafından kontrolünde açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı... ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.*" (YKD 1998, Sh. 1140, 1141); Alman genel işlem şartları kanunu da bu doğrultuda bir hüküm içermektedir (§ 5 AGB-Gesetz).

286 Bu hususta bkz. §4. II. 1. b. bb. bbb. (4).

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

gözükmüyorsa asıl müteahhit, kendi aleyhine olan çözümü kabul etmek zorunda kalacaktır[287].

Yine bu kural genel işlem şartı olarak kullanılmış metnin müstakil bazı hükümleri bakımından da uygulama alanı bulabilir[288]. Mesela *asıl müteahhidin kendisine ihbar ettiği ayıpları taşeronun kabulden önce derhal gidermek zorunda olduğu; aksi takdirde asıl müteahhidin sözkonusu ayıbı, masrafları taşerona ait olmak üzere bizzat giderme veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep etme imkânlarından dilediğini kullanabileceği* yolundaki kayıtlar bu kapsamda değerlendirilecektir; zira bu tür bir kayıt asıl müteahhide, taşeronun kusurunun bulunup bulunmadığını dikkate almaksızın tazminat talebi dahil, ayıp nedeniyle gündeme gelebilecek bütün hakları otomatik olarak tanımaktadır[289].

f. Genel işlem şartlarının içerik denetimi

Her iki akdî ilişki arasındaki uyumun bu yolla temin edilmesi bakımından en önemli sorun, genel işlem şartları aracılığı ile tarafların, sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini hangi şartlar altında değiştirebilecekleri meselesidir. Zira genel işlem şartları genellikle kullanıcının menfaatleri düşünülerek hazırlanmakta ve muhataba sözkonusu şartlar üzerinde müzakere imkânı tanınmamakta; onun bakımından akit serbestisi, sözkonusu şartları kabul edip etmemesine indirgenmiş olmaktadır[290] [291]. Bu durum ise yukarıda açıklanan şartlara riayet edilmek suretiyle sözleşme içeriğine dahil edilmiş olsalar dahi genel işlem şartlarının içerik denetimine tabi tutulması[292] ve tabir caiz ise sözleşmenin kurulması aşamasında kendisini koruma imkânı bulamamış olan muhatabın hiç değilse sonradan korunması gereğini doğurmaktadır.

aa. Genel olarak

Genel işlem şartlarının içerik denetiminde ölçü olarak alınan kaidelerden bir tanesi, sözkonusu hükümlerin kanunun yedek hukuk kaidesi niteliğindeki[293] hükümlerine aykırı olup olmadıklarıdır[294]. Zira bu tür kurallar aynı zamanda

---

287 **Schwarz,** Sh. 99.

288 Bkz. **Ulmer/Brandner/Hensen,** § 5 N. 29 daha ayrıntılı açıklamalarla birlikte.

289 **Glatzel/Hofmann/Frikell,** Sh. 275; Benzer şekilde **OLG Düsseldorf,** BauR 1985, Sh. 452.

290 Böyle bir durumda taşeronun başka bir asıl müteahhitle çalışmak üzere harekete geçmesinin de bir faidesi olmayacaktır. Zira sözleşme uygulamasında genel müteahhit olarak faaliyet göstermekte olan hemen bütün müteahhitler, benzer hükümler içeren genel işlem şartları kullanmaktadırlar.

291 Bkz. **Bühler,** Vertragsrecht, Sh. 35.

292 Genel işlem şartlarının içeriği bakımından denetlenebilip denetlenemeyeceği ve bu denetlemenin hangi hukukî esasa dayanarak yapılabileceği meselesi tartışmalıdır. Bu çalışma kapsamından konu ile ilgili tartışmaların incelenmesi sözkonusu değildir. Fakat ifade edilmelidir ki bu görüşler arasında gittikçe ağırlık kazanmaya başlayan düşünce tarzı, "*genel işlem şartları arasında yer alan haksız ve adalete aykırı hükümlerin, BK m. 19/II anlamında kamu düzenine aykırı düşebileceği ve bu yoldan geçersiz sayılabileceği*"ni savunan düşünce tarzıdır (Bu ve diğer görüşlerle ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Atamer,** §10; **Kocayusufpaşaoğlu,** §23 N. 16 vd.).

293 Bireysel mutabakat yoluyla akdedilmiş sözleşmelerin durumunda olduğu gibi, genel işlem şartlarının da emredici hukuk kaidelerine aykırı hükümler içermesinin geçersizlik sebebi olacağını ayrıca açıklamaya gerek duymuyoruz.

294 **Ulmer/Brandner/Hensen,** § 9 N. 42; **Atamer,** §10 II 6 c; Genel işlem şartlarının denetlenmesinde yedek hukuk kurallarının bir araç olarak kullanılabileceğini Yargıtay da kabul etmektedir: "*...Ayrıca tamamlayıcı hukuk kurallarının düzenleme fonksiyonu, hakkaniyete uygunluk gibi esaslar gözönünde tutularak, genel işlem şartları içinde vasıflandırabileceğimiz sigorta genel şartlarında yer alan bazı kuralların da geçersiz*

taraflar arasındaki menfaat dengesini dikkate alarak getirilmiş kurallar olup; bu kuraldan ayrılan çözümler, kanun tarafından kurulmuş bulunan bu dengenin bozulması neticesini doğuracaktır[295]. Kanun koyucunun bunları "*yedek hukuk kuralı*" olarak düzenlemiş olmasındaki amaç taraflara, aralarındaki sözleşmeyi kendilerine en uygun içerikte akdetme imkânı bahşetmektir; yoksa taraflardan sadece birisine, kendi çıkarlarına uygun şartları karşı tarafa dikte ettirme imkânı bahşetmek değil[296].

Yedek hukuk kaidelerinin yanında, bu ve diğer (emredici hukuk) kaidelerin temelinde yatan ve belki de kanun tarafından açıkça zikredilmiş olmayan hukukun genel ilkeleri ile temel değer yargılarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir[297]. Bu nedenle her iki akdî ilişkiyi birbirine bağımlı kılan genel işlem şartlarının değerlendirilmesi esnasında, kanun koyucunun her iki akdî ilişkiyi birbirine bağımlı kılmak gibi bir amacının bulunmadığı hususunun da gözden uzak tutulmaması ve sözleşmelerin nisbîliği ilkesi ile bu ilkenin bir uzantısı görünümünde olan saydamlık ilkesinin (Transparenzgebot)[298] de bu bakımdan bir değerlendirme aracı olarak dikkate alınması isabetli bir yaklaşım tarzı olacaktır.

Yalnız kanunun yedek hukuk kaidesi niteliği taşıyan hükmünden ayrılan bütün genel işlem şartlarının geçersiz olacağı şeklinde bir yaklaşım tarzının isabetli olmadığı da ortadadır. Bunun kabulü için genel işlem şartlarını kabul eden taraf hem mevcut yapısal eşitsizlik nedeniyle haklarını gereğince koruyamayacak durumda olmalı, hem de bu eşitsizlik nedeniyle sözleşmenin sonuçları bu taraf için katlanılamayacak derecede aşırı bir yük oluşturmalıdır[299]. Kısaca sadece yedek hukuk kaidelerinden ayrılan bir çözümün benimsenmiş olması taraflardan biri aleyhine bir eşitsizliğin varlığına işaret etse de başlı başına bu durum sözleşmeye müdahale için yeterli olmayıp; ayrıca muhatabın menfaatlerinin önemli ölçüde tehlikeye düşmüş olması da gerekir. Bu ise genel işlem şartını kullanan şahsın ve muhatabının karşılıklı menfaatlerinin değerlendirilmesini gerekli kılar. Bu değerlendirme yapılırken ise sözkonusu hükmün, asıl müteahhidin özel menfaatleri nedeniyle âdil bir hüküm olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı araştırılacaktır[300].

---

sayılacağı kabul edilebilecektir." [**Yarg.** 11. HD. 14.4.1995, E. 1995/1993, K. 1995/3369 (YKD 1995, Sh. 1407, 1411)].

295 **BGH,** WM 1978, Sh. 406, 408; **BGH,** NJW 1984, Sh. 2404; **BGH,** NJW 1985, Sh. 2328; **Ulmer/Brandner/Hensen,** § 9 N. 42.

296 **Becker,** Auslegung, Sh. 77; **Atamer,** §10 II 6 a.

297 Bu hususta bkz. **Ulmer/Brandner/Hensen,** § 9 N. 137; **Soergel/Stein,** § 9 N. 33 AGBG; **Baudenbacher,** *Carl: Wirtschafts-, Schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983,* Sh. 293; **Atamer,** §10 II 6 a; Hatta anayasada yer verilmiş bulunan normların da kamu düzeni kavramı yoluyla, dolaylı olarak özel hukuk alanında uygulanmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir (**Kramer,** Berner Kommentar, Art. 19-20 N. 163; **Kocayusufpaşaoğlu,** §23 N. 17; **Serozan,** Sözleşmeden dönme, Sh. 213 vd.).

298 Saydamlık ilkesi kısaca, sözleşme tarafının ilgili sözleşme çerçevesinde sahip olduğu hak ve borçlarının kapsam ve içeriğini (yine) ilgili sözleşme metninden rahatlıkla anlayabilmesini temine yönelmiş bir ilke olup; Alman doktrin ve uygulamasında § 9 AGB-Gesetz hükmüne istinaden, genel işlem şartları ile ilgili bir denetim aracı olarak kabul edilmektedir (Bu hususta bkz. **Korbion/Locher,** Teil I N. 106; **Glatzel/Hofmann/Frikell,** Sh. 58, 90 vd.; **Soergel/Stein,** § 9 N. 21 AGBG; **BGH,** BauR 1986, Sh. 345).

299 **Staudinger/Schmidt,** § 242 N. 467; **Atamer,** §2 IV, §10 III 1 ve 2; Ayrıca karş. **Soergel/Stein,** § 9 N. 13 AGBG.

300 Karş. **Ulmer/Brandner/Hensen,** § 9 N. 141; **Schwarz,** Sh. 104.

İfade etmek gerekir ki bu hususta nihai karar verilmeden önce, bir taraf aleyhine mevcut dengesizliğin başka yollardan telafi edilmiş olup olmadığının da araştırılması bir zorunluluk olup; bu araştırma, sözleşmenin bütün hükümlerinin birbirleriyle karşılaştırılmasını ve elverişsiz bir hükme karşılık muhatap açısından elverişli bir başka hükmün öngörülmüş olup olmadığına bakılmasını gerekli kılar[301].

Bu çerçevede olmak üzere iş sahibi veya taşeronun hukukî durumunun kötüleşmemesi veya haklarının sınırlanmamasına ait menfaatleri karşısında, asıl müteahhidin her iki akdî ilişkiye taraf olması nedeniyle maruz kaldığı risklerden kurtulmaktaki menfaatinin daha üstün tutulabilip tutulamayacağı araştırılacaktır[302]. Böylece asıl müteahhit ne kadar büyük oranda yedek hukuk kaidelerinden ayrılan çözümleri benimsemiş olursa, bu genel işlem şartının geçersiz sayılması ihtimali de o oranda artmış olacaktır[303]. Zira özellikle risk alanlarının tek taraflı olarak kaydırılmasına ilişkin birçok genel işlem şartının, taraflar arasındaki dengeyi bozmaya yönelik olduğu açık olup; ekonomik açıdan daha zayıf olan tarafın normalden daha fazla risk üstlenmek zorunda bırakılması halinde adil olmayan bir hükmün varlığı rahatlıkla kabul edilebilecektir[304].

Yapılan bu açıklamalar doğrultusunda, asıl müteahhidin kullandığı genel işlem şartları arasında yer alabilecek muhtemel kayıtlar şu şekilde değerlendirmeye tabi tutulabilecektir:

bb. Sözleşmenin kurulması ve bağlayıcılık kazanması ile ilgili kayıtlar

Taşeronluk sözleşmesinin kurulmasını, doğrudan veya dolaylı olarak asıl inşaat sözleşmesinin geçerli olarak kurulmuş olup olmamasına bağımlı hale getiren genel işlem şartlarının geçersizliğine hükmedilmelidir[305]. Hatta asıl müteahhidin, taşeronlar arasındaki rekabetten mümkün olduğu ölçüde istifade etmek suretiyle, iş sahibine en iyi teklifi vermek ve fakat henüz işin kendisine verileceğinin kesin olmadığı bu zaman diliminde taşeron karşısında bir yükümlülük altına girmiş olmamak hususunda çok önemli bir menfaate sahip olması dahi bu neticede bir değişikliğe yol açmamalıdır. Zira bu suretle taşeronun hukukî durumu, doğrudan doğruya kendisinin herhangi bir şekilde müdahale imkânına sahip olamayacağı asıl sözleşme ile ilgili gelişmelere bağlanmış ve onun bakımından hukukî bir güvensizlik meydana getirilmiş olacaktır[306]. Böylece asıl sözleşmenin kurulup kurulmamasına ilişkin riskin tek taraflı olarak taşerona yüklenmiş olması, asıl müteahhidin bu doğrultudaki çok önemli menfaatine rağmen her iki akdî ilişki arasındaki uyumun teminine engel olacaktır.

Bu tür bir kaydın aynı zamanda taşeronun, asıl sözleşmenin kurulup kurulmayacağının belli olacağı zaman dilimine kadar teklifi (icabı) ile bağlı kalmaya devam edeceği anlamına geldiğinin de unutulmaması gerekir. Taşeronun icabı ile bağlılığının, miktarı belli olmayan bir zaman dilimi için devam ettirilmesi aynı zamanda onun sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünün de kısıtlanması

---

301 **BGHZ** 114, Sh. 238, 242; **Ulmer/Brandner/Hensen,** § 9 N. 85; **Atamer,** §10 III 4.

302 **Locher,** NJW 1979, Sh. 2238; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 141 VOB/A; Bu yönde **BGH,** NJW 1989, Sh. 1603, 1605.

303 Karş. **Ulmer/Brandner/Hensen,** § 9 N. 71, 129, 141; **BGH,** NJW 1989, Sh. 1603; **BGH,** BauR 1987, Sh. 555.

304 **Atamer,** §10 III 4; Ayrıca karş. **Ulmer/Brandner/Hensen,** § 9 N. 145.

305 **Schwarz,** Sh. 105.

306 **Schwarz,** Sh. 105.

anlamına gelecektir[307]. Bu tür bir kayıt, icabın bağlayıcılık süresini düzenleyen Borçlar Kanunu hükümlerine de aykırı olacaktır. Zira burada taşeronun bir süre belirleyerek teklifte bulunması sözkonusu olmadığına göre o, durumun niteliğine göre belirlenecek olan[308] kabul haberinin kendisine ulaşması ânına kadar geçecek zaman dilimine kadar icabı ile bağlı olacaktır (BK m. 3, 4, 5). Borçlar Kanunu bu hususta haklılığı takdir edilebilir belirli kriterler koymuştur. Oysa bu tür bir genel işlem şartı, taşeronun bilgisi dışında cereyan edip müdahale imkânına da sahip olmadığı iş sahibi ile asıl müteahhit arasındaki müzakerelerin sona ermesine kadar icabı ile bağlı olması neticesini doğuracaktır.

Yapılan bu açıklamalar nedeniyle taşeronluk sözleşmesinin yürürlüğe girmesini asıl sözleşmenin yürürlüğe girmiş olmasına veya iş sahibinin bu hususta bazı garantiler vermesine yahut bazı ödemeler yapmasına bağlayan kayıtlar da geçersiz kabul edilecektir[309]. Ayrıca ifade etmek gerekir ki bu tür kayıtlar da sözleşmenin hüküm ifade etmesini, taşeronun herhangi bir şekilde etkide bulunma imkânına sahip olmadığı üçüncü bir şahsın (iş sahibinin) iradesine tabi kılmakta ve böylece taşeronun hukukî durumunu önemli ölçüde tehlikeye sokmaktadır[310].

cc. İşin kabulü ve ücretin ödenmesi ile ilgili kayıtlar

Taşeronluk sözleşmesinde yer verilmiş olup; işin kabulü, ücretin ödenmesi veya avans ödemesi yapılmasını iş sahibinin işi kabul etmesi veya benzer ödemeleri yapmasına bağımlı hale getiren kayıtların[311] da sözleşmelerin nisbîliği ilkesi ile bu ilkede temelini bulan saydamlık ilkesine aykırılık nedeniyle geçersizliğine hükmedilmelidir[312]. Zira böyle bir düzenleme taşeronun, akdî ilişki nedeniyle karşı karşıya bulunduğu riskleri tahmin edip, gerekli tedbirleri almasını imkânsız kıldığı gibi onun hukukî güvenliğinin de sarsılmasına yol açar[313]. Oysa taşeronun maruz kalacağı risklerin önceden tahmin suretiyle belirlenebilir olması hukukî emniyet ve açıklığın vazgeçilmez bir şartıdır[314]. Buna ilave olarak bu tür bir kayıt, teslim gerçekleşmiş olmasına rağmen ödemenin belli olmayan bir zamanda gerçekleştirilmesini öngörmekle; ücretin teslim zamanında muacceliyet kesbedeceğini öngören BK m. 364 hükmüne de aykırı düşecektir[315]. Bu netice

---

307 Zira taşeron icabı ile bağlı bulunduğu bu süre içerisinde başka sözleşme yapma imkânından da yoksun olacaktır; çünkü her şeye rağmen asıl sözleşmenin kurulması ve taşeronluk sözleşmesinin hüküm ifade etmesi ihtimali de mevcuttur.

308 İcabın bağlayıcılık süresi, bu icabın hâzırlar arasında yapılmış olup olmamasına (BK m. 5) ve icapla birlikte bir süre belirlenmiş olup olmamasına göre belirlenmektedir (BK m. 3, 4); (Bu konuda açıklamalar için bkz. **Oğuzman/Öz,** Sh. 54 vd.; **Akyol,** Borçlar hukuku, Sh. 75 vd.).

309 Bu hususta daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Vetter,** RIW 1986, Sh. 81, 87 vd.; **Vetter,** RIW 1984, Sh. 170, 174 vd.

310 Karş. **Schwarz,** Sh. 106.

311 **Gauch,** Werkvertrag, N. 156 vd.

312 Karş. **Korbion/Locher,** Teil I N. 258; **Ulmer/Brandner/Hensen,** Anh. §§ 9-11 N. 725; **Wolf/Horn/Lindacher,** § 23 N. 291; **Staudinger/Coester,** § 9 N. 97; **OLG München,** BB 1984, Sh. 1386.

313 Sözleşmelerin nisbîliği ilkesi, üçüncü şahıslar bakımından olduğu gibi, sözleşmenin taraflarına da bu ilişki çerçevesinde sahip oldukları hak ve borçların kapsam ve miktarını kesin bir şekilde değerlendirme imkânı vermektedir (**Henke,** Sh. 11); **Chaix,** Sh. 183.

314 **Henke,** Sh. 11; **Chaix,** Sh. 183; Ayrıca karş. **Schwarz,** Sh. 107.

315 Asıl müteahhidin taşerona yapacağı ödemelerin fiilen iş sahibinin kendisine yapacağı ödemelere bağlı olması da bu neticeyi değiştirmeyecektir; Ayrıca bkz. **Korbion/Locher,** Teil I N. 258.

özellikle, taşeronun kendisine hiç bir ödeme yapılmadan edimini büyük oranda meydana getirmiş olduğu durumlar bakımından tereddütsüz kabul edilmelidir[316]. Zira böylelikle asıl müteahhit ücretin ödenmesine ilişkin riski, iş sahibine karşı ileri sürebileceği herhangi bir talep hakkına sahip olmayan taşerona devretmiş ve neticede aralarındaki sözleşme gereği taşerona yapmak zorunda olduğu ödemeleri yapmaktan kurtulmuş olacaktır[317].

Bu açıklamalar işin kabulü ile ilgili kayıtlar için de geçerlidir. Zira bu tür kayıtlar da BK m. 362'nin temelinde yatan düşüncelere terstir. Taşeron kendi ediminin asıl müteahhit tarafından kabulünde ücretin muacceliyet kazanması yanında çok önemli başka menfaatlere de sahiptir[318]. Asıl müteahhidin her iki akdî ilişkiye taraf olması nedeniyle karşı karşıya bulunduğu risklerin büyüklüğü de taşeronun herhangi bir şekilde müdahale imkânına sahip olmadığı asıl sözleşmeye bağımlı kılınması için haklı bir gerekçe teşkil etmeyecektir. Zira böyle bir durumda taşeronun menfaatleri hiç dikkate alınmamış ve tek taraflı olarak asıl müteahhidin menfaatleri öne çıkarılmış olacaktır[319].

Bu tür bir kayıt istisnaî olarak, taşeronun ediminin sözleşmeye uygunluğunun bütün işin tamamlanmasından veya daha sonraki müteahhitlerin işlerini tamamlamalarından önce tesbit edilmesinin mümkün olmadığı durumlarda[320]; yahut durum böyle olmamasına rağmen işin kabulünün makul bir zaman dilimi için ertelenmesinin öngörüldüğü ihtimallerde geçerli kabul edilebilecektir[321].

dd. Ayıba karşı tekeffül borcu ile ilgili kayıtlar

Taşeronun ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin zamanaşımı süresinin başlamasını, doğrudan asıl müteahhidinkinin işlemesine başlamasına bağımlı kılan kayıtların da geçersizliğine hükmedilmelidir[322]. Nisbîlik prensibinin bir gereği olarak taşeronun hukukî durumunun, kendisinin müdahale imkânı olmaksızın bir başka akdî ilişki çerçevesinde ortaya çıkan gelişmelere bağımlı kılınmasının önüne geçilmelidir.

---

316 **Korbion/Locher,** Teil I N. 258.

317 **Korbion/Locher,** Teil I N. 258; Ayrıca karş. **Ulmer/Brandner/Hensen,** Anh. §§ 9-11 N. 725; **Wolf/Horn/Lindacher,** § 23 N. 291; **Staudinger/Coester,** § 9 N. 97; **OLG München,** BB 1984, Sh. 1386.

318 Yapı eserinin kabulü ile gündeme gelen bu menfaatlerin başlıcaları şunlardır: Ücretin muacceliyet kazanması, isbat yükünün yer değiştirmesi, hasarın intikali, açık ayıplarla ilgili sorumluluğun sona ermesi, sözleşme cezasının talep edilme imkânının sona ermesi.

319 Bu tür genel işlem kayıtları, genel hukuk düşüncesinden hareketle Alman Mahkemeleri tarafından da geçersiz olarak değerlendirilmektedir: **BGH,** NJW 1989, Sh. 1602 vd.; **OLG Düsseldorf,** BauR 1985, Sh. 111 vd.; **OLG München,** BauR 1987, Sh. 554, 559; **OLG Karlsruhe,** DB 1983, Sh. 725; **OLG Nürnberg,** DB 1980, Sh. 1393; Aynı doğrultuda açıklamalar için bkz. **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 140 vd. VOB/A; **Kleine-Möller,** §3 N. 31, 35; **Locher,** NJW 1979, Sh. 2235, 2237 vd.; **Locher,** Privates Baurecht, N. 391; **Staudinger/Peters,** § 631 N. 38; **Ulmer/Brandner/Hensen,** Anh. §§ 9-11 N. 725; **Werner/Pastor,** N. 914; **Wolf/Horn/Lindacher,** § 23 N. 290.

320 **Glatzel/Hofmann/Frikell,** Sh. 256; Daha ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. **Ulmer/Brandner/Hensen,** Anh. §§ 9-11 N. 725.

321 Alman Federal Mahkemesi bir kararında (**BGH** NJW 1989, Sh. 1602, 1603) 4 veya 6 haftalık bir ertelemeyi kabul edilebilir olarak nitelerken 2 aylık bir ertelemenin çok uzun olduğuna hükmetmiştir. Aynı doğrultuda: **Kniffka,** ARGE, Sh. 46, 61; Ayrıca bkz.; **Wolf/Horn/Lindacher,** § 23 N. 290; **Glatzel/Hofmann/Frikell,** Sh. 256; **Ingenstau/Korbion,** Anh N. 140 VOB/A.

322 **Glatzel/Hofmann/Frikell,** Sh. 265; **Schwarz,** Sh. 108.

Aksi takdirde sadece taşeronun tekeffülüne ilişkin zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması, durması veya kesilmesi asıl müteahhit veya iş sahibinin iradesine tabi kılınmış olmakla kalınmaz; aynı zamanda taşeron, asıl müteahhit veya başka taşeronların sebebiyet vermiş olduğu ayıplar nedeniyle de kendi zamanaşımı süresinin durması veya kesilmesine katlanmak zorunda bırakılmış olur[323].

Taşeronun bu şekilde hukukî güvensizlik içerisinde bıkakılması, hukukî barış ve emniyetin temini amacıyla kabul edilmiş bulunan zamanaşımı süresinin amaçları[324] ile de bağdaştırılabilecek bir durum değildir[325].

Yapılan bu açıklamalar aynı şekilde, taşeronun asıl müteahhide vermiş bulunduğu teminatın çözülmesini, asıl müteahhidin iş sahibine vermiş bulunduğu teminatın çözülmesi şartına bağlayan kayıtlar için de geçerli olmak gerekir[326]. Bu tür bir kaydın sebebiyet verebileceği adaletsizlik, iş sahibinin özellikle başka taşeron veya asıl müteahhidin sebebiyet vermiş bulunduğu ayıplar nedeniyle teminatı iadeden kaçınması ihtimali bakımından göze çarpmaktadır. Zira böylece taşeronun sorumluluk alanı haksız bir şekilde genişletilmiş olmaktadır[327].

ee. Edim yükümlülüğünün kapsamına ilişkin kayıtlar

Yine ilave edim yükümlülükleri bakımından da taşeronun önceden tahmin edemeyeceği ölçüde her iki akdî ilişkiyi doğrudan birbirine bağımlı kılan kayıtların da geçersizliği neticesine ulaşılmalıdır[328]. Taşeronun edim yükümlülüğünün kapsamına, yerine getirilmesi önemli ölçüde kendi etki alanı dışındaki şartların gerçekleşmesine bağlı bazı edim yükümlülüklerinin de dahil edilmesini öngören kayıtların durumu böyledir. Mesela taşerona başka taşeronlar tarafından dökülmüş inşaat molozları da dahil olmak üzere bütün inşaat mahallini temizleme yükümlülüğü getiren[329]; taşerona ait iskele[330] veya diğer araç gerecin diğer müteahhitlerin de kullanımına tahsis edilmesi zorunluluğu yükleyen; inşaat mahallini anahtarların tesliminden önce temizleme yükümlülüğü getiren[331] kayıtlar,

---

323 "*Taşeronun ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun, asıl müteahhidin iş sahibine karşı sorumluluğunun zamanaşımına uğramasından 1 ay sonra zamanaşımına uğramasını*" öngören bir genel işlem şartını Düsseldorf eyalet yüksek mahkemesi, benzer gerekçelerle geçersiz kabul etmiştir (**OLG Düsseldorf,** BauR 1995, Sh. 111).

324 Genel olarak zamanaşımı sürelerinin amaçları ile ilgili açıklamalar için bkz. **Palandt/Heinrichs,** § 194 N. 4 vd.

325 **Staudinger/Peters,** bu tür bir kayıt aracılığı ile her iki akdî ilişki arasında uyum sağlanmasını, nihai olarak § 638 BGB hükmünde öngörülen sürelerin aşılmaması durumunda kabul etmektedir (§ 631 N. 38).

326 **Korbion/Locher,** Teil I N. 262; Bu doğrultuda bir karar için bkz. **OLG Hamm,** BB 1988, Sh. 868.

327 **Korbion/Locher,** Teil I N. 262.

328 **Schwarz,** Sh. 109.

329 Kendisi veya başka taşeronlar tarafından dökülmüş olup olmadıkları ile ilgilenmeksizin, inşaat mahallindeki bütün molozların kaldırılması ile ilgili masrafların taşerona ait olacağı yönündeki bir genel işlem şartının geçersiz kabul edileceği ile ilgili olarak bkz. **OLG München,** BauR 1987, Sh. 554; **OLG München,** NJW-RR 1989, Sh. 276; **OLG Koblenz,** BauR 1992, Sh. 635.

330 **OLG München,** BauR 1987, Sh. 554; **OLG München,** BauR 1986, Sh. 579=NJW-RR 1986, Sh. 382.

331 **OLG München,** BauR 1987, Sh. 554; Ayrıca taşeronun inşaat mahallini teslimden önce temizlememesi durumunda, mehil tayinine lüzum bulunmaksızın asıl müteahhidin yapacağı

bu şekilde müteahhidin edim yükümünü ağırlaştırın tipik genel işlem şartları olarak kabul edilir. Bu tür kayıtlar bir çok açıdan tereddüde sebebiyet vermektedir. Mesela böylece hem edim karşı edim arasındaki ivaz dengesi önemli derecede ihlal edilmiş olmakta ve hem de taşeronun, ifası sadece kendi iradesine bağlı olmayan ilave edim yükümlülükleri altına girmesine sebebiyet verilmektedir. Bu durum ise taşeronun ediminin sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirilmesi ve dolayısıyla bu edimin kabul işlemlerinin belli olmayan bir zaman dilimine ertelenmesi neticesine yol açacaktır[332].

Asıl müteahhit bu duruma benzer şekilde, yapılan edim değişikliklerinin de ilave bir ücret ödenmesi sözkonusu olmaksızın taşeron tarafından yerine getirilmesini[333] temin edecek veya bu işler için ücret ödenmesini iş sahibinin kendisine ücret ödemesi şartına bağlı kılacak kayıtları genel işlem şartları arasında kabul ettirmek hususunda menfaati bulunacaktır[334]. İlk ihtimal bakımından taşeronun haklarına tahammül edilmez bir tecavüzde bulunulmuş olur; zira bu şekilde taşeronun edim yükümlülüğünün tek taraflı olarak genişletilmesi, asıl müteahhidin keyfi iradesine tabi kılınmış ve bu tür bir değişiklik talebinin yerine getirilmesi yükümlülüğü edim ile karşı edim arasındaki ivaz dengesini taşeron aleyhine ihlâl etmiş olacaktır[335]. İkinci ihtimal bakımından ise sözleşmelerin nisbîliği ilkesi ihlal edilmiş olur; zira böylece taşeronun ücret talebi, akdî ilişki dahilinde cereyan etmesi sözkonusu olmayan ve üstelik taşeronun da herhangi bir şekilde etkide bulunma imkânına sahip olmadığı[336] bir duruma (iş sahibinin ödeme yapmasına) bağımlı kılınmış olacaktır[337].

g. Genel işlem şartları kullanılmasının yarar ve sakıncaları

Her iki akdî ilişki arasındaki uyumun genel işlem şartları ile temin edilmesinin sağladığı en büyük faide, diğer akdî ilişkiye ait hükümlerin toptan alınması ihtimalinde olduğu gibi, her iki akdî ilişkinin birbirine bağımlı kılınması doğrultusundaki iradeyi büyük bir engelle karşılaşmaksızın ortaya koymasıdır. Buna ilave olarak genel işlem şartları çok farklı şekillerde bu hususdaki iradeyi somutlaştırma imkânını da bahşeder. Genel işlem şartlarını kullanan şahıs kendisini diğer akdî ilişkinin hükümlerini toptan sözleşme içeriğine dahil etmek ve böylece ortaya çıkan çeşitli yorum problemleri ile uğraşmak zorunda da kalmayacaktır. O, bütünüyle kendisine ait olan ve yoruma ihtiyaç bırakmayan

---

temizleme masraflarını karşılamak durumunda olacağı doğrultusundaki bir genel işlem şartının geçersiz olacağı ile ilgili olarak bkz. **OLG Nürnberg,** Schäfer/Finnern/Hochstein, Nr. 2 zu § 10 Nr. 3 AGB-Gesetz.

332 **Schwarz,** Sh. 109-110.

333 Bu arada ifade edilmelidir ki, yapılan bu açıklamalar taşeronun ilave masraflar yapmasını gerektirmeyen küçük çaplı değişiklik talepleri bakımından geçerli değildir. Bu tür değişiklik taleplerinin ücretsiz olarak yerine getirilmesi dürüstlük kuralının bir gereğidir. Değişiklik taleplerinin bu anlamda katlanılabilir olup olmadığı ile ilgili açıklamalar için bkz. §4. III. 2. b.

334 **Heiermann,** NJW 1986, Sh. 2682 vd.; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 140 VOB/A; **Kleine-Möller,** § 3 N. 31; **Korbion/Locher,** Teil I N. 260, 261; **Ulmer/Brandner/Hensen,** Anh. §§ 9-11 N. 722; **Wolf/Horn/Lindacher,** § 23 N. 287; **OLG München,** BB 1984, Sh. 1386; **OLG Düsseldorf,** BauR 1981, Sh. 392.

335 Karş. **Korbion/Locher,** Teil I N. 261.

336 Taşeron iş sahibi ile akdî ilişki içerisinde bulunmadığından onu, bu ödemeyi asıl müteahhide yapması hususunda zorlama imkânına da sahip değildir.

337 **Frikell/Glatzel/Hofmann,** Sh. 160; **Schwarz,** Sh. 110.

genel işlem şartları vasıtasıyla bu neticeye ulaşmak imkânına sahip olacaktır. Yine o, bireysel mutabakat yoluyla bu neticenin temin edilmesi ihtimalinde olduğunun aksine, bu genel işlem şartlarını birden fazla taşeron veya iş sahibine karşı da kullanma imkânına sahiptir. Bu hususta asıl müteahhidin dikkat etmesi gereken tek husus, genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine dahil sayılabilmesi için gerekli ön şartlara riayet etmektir.

Genel işlem şartlarının bu amaçla kullanılmasının tehlikeli tarafı ise içerik kontrolü neticesinde hükümsüz sayılması ihtimalinin bulunmasıdır. Zira asıl müteahhit yukarıda açıklanan türden kayıtlar kullanarak her iki akdî ilişki arasındaki uyumu temin etmeyi denemekle; her şeyden önce sözleşmelerin nisbîliği ilkesi ile bu ilkenin bir görünüm şeklinden ibaret olan saydamlık ilkesine (Transparenzgebot) aykırı hareket etmiş ve muhatabının, maruz kalacağı riskleri tarafı olduğu akdî ilişkiyi dikkate alarak önceden tahmin ve tesbit etme imkânını sona erdirmiş olacaktır[338].

Her iki akdî ilişki arasındaki uyumun, iş sahibi veya taşeronun haklarının kısıtlanması suretiyle dolaylı bir yoldan temin edilmeye çalışılması ihtimalinde de aynı tehlike gündemdedir. Bu ihtimal bakımından içerik denetiminde esas alınacak kriter ise sözkonusu kayıt aracılığı ile bertaraf edilmiş bulunan yedek hukuk kaidesi olacaktır.

Bütün bu sakıncalı taraflarına rağmen genel işlem şartlarının kullanılmasından vazgeçilmesi mümkün gözükmemektedir. Bunun sebeplerinden bir tanesi, özellikle büyük çaplı projeler bakımından sözleşmenin bireysel görüşmeler yoluyla akdedilmesindeki zorluklardır. Bu tür bir sözleşmenin zorunlu içeriğinden kabul edilen hükümlerin çokluğu, sözkonusu hükümlerin önceden formüle edilerek tam bir metin haline getirilmeleri zorunluluğunu doğurmaktadır. Buna ilaveten sözleşme şartlarının önceden bilinmesi bu proje için verilecek bir teklifin (icabın) hazırlanması bakımından da önemlidir. Zira kural olarak asıl müteahhit bir çok taşeronu sözkonusu proje için teklif vermek üzere davet edeceğinden, bu müteahhitlere önceden hazırlanmış bir metin vermek durumunda olacaktır.

III. Yorum araçlarının kullanılması ve dürüstlük kuralı

1. Yorum

Bazı durumlarda her iki akdî ilişki arasındaki uyumun yorum araçlarının kullanılması suretiyle temin edilmesi de mümkündür. Fakat bu ihtimal bakımından kanun hükümlerinin yorumlanması ile sözleşme hükümlerinin yorumlanmasının birbirinden ayrılması gerekli olduğu gibi; bir sözleşme veya kanun hükmünün yorum aracılığı ile anlamının tesbiti ile sözleşmenin tamamlanmasının da birbirinden ayrı incelenmesi gerekir.

a. İlgili kanun hükümlerinin yorumlanması

Kanun yorumlanması ile ulaşılmak istenen amaç, hukukî bir düzenlemenin anlamının araştırılması ve açıklığa kavuşturulmasıdır[339]. Kanun hükmünün yorumunda, hükümde kullanılan kelimelerin anlamı, yorumlanacak hükmün bütün

---

338 **Schwarz,** Sh. 113.

339 **Larenz/Wolf,** §4 II N. 28 vd.; **Akyol,** Hukuka giriş, Sh. 203.

kanun içerisinde bulunduğu yer, kanun koyucunun gerçek iradesi ve hükmün temelinde yatan genel hukuk prensipleri temel alınacak başlıca esaslardır[340]. Bu doğrultuda yapılan bir yorum, bazı durumlarda sözleşmelerin birbiri ile uyumunun sağlanması neticesini doğurabilir. Bu duruma örnek olarak eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin zamanaşımı süresini düzenleyen BK m. 363/II hükmünde yer alan "*gayrimenkul inşaata müteallik*" ifadesinin yorumlanması gösterilebilir.

Asıl müteahhidin taşerona karşı ayıp nedeniyle sahip olduğu talep haklarına ilişkin zamanaşımı süresi BK m. 363 çerçevesinde belirlenir. Ve bu zamanaşımı süresi, asıl sözleşmede iş sahibinin benzer talepleri ile ilgili zamanaşımı süresinin işlemeye başlamış olup olmadığından bağımsız olarak işlemeye başlar. Bu çerçevede taşeronun edimini tekeffül etmekle yükümlü olduğu zamanaşımı süresi, kendi ediminin teslimi ile birlikte işlemeye başlayacaktır. Bu zamanaşımı süresi ile ilgili olarak taşeronluk sözleşmesinde özel bir düzenleme sözkonusu değil ise zamanaşımı süresinin belirlenmesi bakımından asıl sözleşmede daha uzun veya daha kısa bir zamanaşımı süresinin öngörülmüş bulunması da herhangi bir etkiye sahip olmayacaktır[341].

BK m. 363 hükmü müteahhit tarafından yapılmakta olan işin niteliğini esas alarak bir ayırıma gitmiş ve yapılan işin "*gayrimenkul inşaata müteallik*" bir iş olması ihtimalinde zamanaşımı süresini 5 yıl olarak belirlemiştir. Asıl inşaat sözleşmesi çerçevesinde asıl müteahhidin yaptığı işin *gayrimenkul inşaata müteallik* bir iş olduğu hususunda bir tereddüt gündeme gelmez ise de; taşeronların yaptıkları işler müstakil olarak değerlendirmeye alındığı takdirde, bu işlerden bazılarının bu niteliği taşıyıp taşımadığı hususunda tereddüt uyanabilir. Bu tereddüt, sözkonusu hükmün uygulama alanının belirlenmesi bakımından ilgili eser sözleşmesine konu edimin müstakil olarak değerlendirmeye tabi tutulmasından kaynaklanmaktadır. Asıl müteahhit ile taşeronun edimlerinin birbirinden bağımsız olarak bu bakımdan değerlendirilmesi ihtimalinde ise taşeronun asıl müteahhide karşı tekeffül süresi 1 yıl olarak tesbit edilirken; aynı edimin iş sahibine karşı yüklendiği netice sorumluluğunun kapsamında yer alması nedeniyle asıl müteahhidin iş sahibine karşı tekeffül süresi 5 yıl olabilmektedir[342].

Buradan hareket eden Koller, doktrin ve uygulamada hakim bu yorum tarzına karşı çıkmaktadır. Yazar beş yıllık uzun zamanaşımı süresinin sadece iş sahibi - asıl müteahhit arasındaki akdî ilişki bakımından değil; aynı zamanda asıl müteahhit - taşeron arasındaki akdî ilişki bakımından da uygulama alanı bulacağını kabul etmektedir[343]. Yalnız yazarın düşüncesine göre sözkonusu hükmün taşeron bakımından da uygulama alanı bulabilmesi için, taşeronun ediminin müstakil olarak gayrimenkul inşaat teşkil etmesi zorunlu kabul edilmemeli; yan müteahhitlerin (Nebenunternehmer) durumunda olduğu gibi, taşeronun da gayrimenkul bir inşaatın meydana getirilmesinde faaliyet göstermesi ve onun yaptığı işin bu inşaatın meydana getirilmesinde kullanılması yeterli

---

340 **Larenz/Wolf,** §4 II N. 36 vd.; **Akyol,** Hukuka giriş, Sh. 207 vd.

341 Karş. **Staudinger/Peters,** § 637 N. 93.

342 Aynı şekilde iş sahibi sözkonusu işi asıl müteahhide vermek yerine, bizzat kendisi taşerona vermiş olsa idi, o da ancak 1 yıllık zamanaşımı süresinden istifade edebilecekti (Karş. **Gauch,** Werkvertrag, N. 2250; **Koller,** Nachbesserung, N. 424).

343 Örnek olarak karş. **SJZ** 1940 (41), Sh. 282, Nr. 183; **BGE** 117 II 425.

görülmelidir[344]. Böylelikle taşeronun, bu inşaatın meydana getirilmesine katkıda bulunan diğer şahıslarla birlikte bir gayrimenkul inşaat meydana getirmekte olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. Zaten BK m. 363/II hükmü de daha fazla bir gereklilik aramaz[345]. Bu çerçevede mesela yeni inşa edilmiş bir binanın boya işlerini yapmak üzere görevlendirilmiş bulunan bir taşeron da BK m. 363/II hükmü çerçevesinde 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır[346].

Genel kabul gören yorum tarzı çerçevesinde, taşeron tarafından meydana getirilen yapı eserinin belirli bir taşınmaz inşaat için özel olarak üretilmiş; fakat bu yapı eserinin bizzat taşeron tarafından monte edilmemiş olması ihtimalinde; sözleşme konusu edimlerin müstakil olarak değerlendirmeye tabi tutulmasına ilişkin yorum tarzının bir sonucu olarak, bu taşeronun tekeffül sorumluluğunun BK m. 363/II hükmüne tabi olmaması neticesi doğmaktadır[347]. Bu yaklaşım tarzı bazı durumlarda gerçekten adaletsiz sonuçların doğumuna yol açabilelecek bir yaklaşım tarzıdır. Mesela bir genel müteahhit, bir yapı eserinin taşeron kullanmak suretiyle meydana getirilmesini borçlanmış ve mesela bu taşeronlardan birisi kendi edimini inşaata bizzat monte etmemiş ise böyle bir durum ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda genel müteahhit, bu taşeron tarafından sebebiyet verilmiş bulunan bir ayıp için iş sahibine karşı beş yıl süre ile sorumlu tutulurken; bu taşeron genel müteahhide karşı sadece bir yıl süre ile tekeffülden sorumlu olacaktır. BK m. 363/II hükmünün genel kabul gören yorum tarzından kaynaklanan böyle bir sonucun adaletli bir sonuç olmadığını Federal Mahkeme de kabul etmesine rağmen[348], bu sonucun yorum yoluyla önüne geçilmesinin mümkün olmadığı ifade edilerek, bu yorum tarzında ısrar edilmektedir[349].

Federal Mahkeme, asıl müteahhit ile taşeron bakımından ortaya çıkan bu adaletsiz sonucun ancak yapılacak yeni bir kanunî duzenleme ile giderilebileceği fikrindedir[350]. Fakat Koller'in izah tarzına göre her iki zamanaşımı süresinin yorum yoluyla da birbirine uydurulması mümkün gözükmektedir: BK m. 363/II hükmünün lafzı taşınmaz bir yapı eserinin ayıplı olmasını aramaktadır. Ayıp nedeniyle gündeme gelebilecek talep hakları, bütün müteahhitlere karşı beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Müteahhitler arasında farklı muamele yapılması gerekliliğinin kanun metninden çıkarılması mümkün gözükmemektedir. Kanunun lafzından ayrılmayı gerekli kılan bir zorunluluk da mevcut değildir. Tam tersine kanun metni, kendi edimini yapı eserine bizzat monte etmiş olup olmadığı ile ilgilenmeksizin mimar ve mühendislere karşı sözkonusu olan talepler bakımından

---

344 **Koller,** Nachbesserung, N. 407 vd.

345 Eser sözleşmesinin konusunun mutlaka bir yapı eserinin inşaası olması zorunluluğu mevcut değildir; meydana getirilmesi borçlanılmış bulunan edimin, aynı şekilde borçlanılmış bulunan diğer edimlerle birleştirildiğinde bir bütün olarak gayrimenkul inşaatı meydana getirecek olmaları yeterlidir. Bu manada eser sözleşmesinin konusu, gayrımenkul inşaatın bir parçasını da teşkil edebilir (**Koller,** Nachbesserung, N. 407 dn. 468).

346 Bu örnekle ilgili olarak aynı düşüncede **Gauch,** Werkvertrag, N. 2235).

347 **BGE** 120 II 214; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2240, 2242.

348 **BGE** 120 II 220 E. 3d; Aynı düşüncede **Gauch,** Werkvertrag, N. 2240, 2242.

349 Aynı sonuç için bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 2239-2240; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 371 N. 21.

350 **BGE** 120 II 214.

da beş yıllık zamanaşımı süresinin geçerli olacağını kabul etmiştir. Bu çerçevede müteahhitler arasında ayırım yapılması anlaşılabilecek bir durum değildir[351].

Koller tarafından ileri sürülen bu yorum tarzı kabul edilse dahi yapılan işin neticede bir gayrimenkul inşaatta kullanılıyor olması dikkate alınarak, her taşeronun yerine getirdiği edim bakımından beş yıllık zamanaşımı süresinin sözkonusu olacağını ifade etmek de isabetli bir yaklaşım tarzı olmayacaktır. Bu bakımdan önemli olan husus, sadece meydana getirilen edimin gayrimenkul inşaatta kullanılıp kullanılmadığı değil, inşaatta kullanılmış bulunsa dahi edimin, inşaatın bir bütün olarak ortaya çıkması ve fonksiyonlarını yerine getirmesine hizmet edip etmediği olsa gerektir[352]. Mesela asansör ve alarm sistemi ile havalandırma veya aydınlatma sistemlerinin gayrimenkul inşaatın fonksiyonlarını yerine getirmesine tahsis edilmiş olduğu rahatlıkla kabul edilebilir. Buna mukabil mesela anahtar teslimi bir fabrika inşaatı için özel olarak üretilmiş makinalar (bilgisayar sistemleri, üretim makinaları, jeneratör veya türbin sistemi gibi), gayrimenkul inşaata ayrılmaz bir şekilde monte edilmiş olsalar dahi, bunlar bakımından 5 yıllık zamanaşımı süresi değil, bir yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması doğru olacaktır; zira, bu sistemler içinde bulundukları binaya değil, bina bu sistemlerin fonksiyonlarını yerine getirmesine tahsis edilmiştir[353].

Bu yorum, taşeronun da kendi işlerini doğrudan inşaat mahallinde yerine getirmemiş olsa dahi, meydana getirdiği inşaat kısmı ile ilgili ayıp sorumluluğunun beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olması neticesini doğurmaktadır. Bu durum ise asıl müteahhit açısından her iki sözleşmenin zamanaşımı sürelerinin birbirine uydurulması anlamına gelecektir[354]; zira asıl müteahhit kendi işleri ile ilgili olarak nasıl iş sahibine karşı beş yıl süre ile sorumlu ise aynı süre içerisinde kendisi de taşerona karşı taleplerini yöneltebilecektir.

Yalnız yine de zamanaşımı süresi bakımından asıl müteahhidin istediği gibi bir uyuma BK m. 363/II hükmünün yorumlanması yoluyla da ulaşılması mümkün gözükmemektedir; zira zamanaşımı sürelerinin beş yıl olarak kabul edildiği ihtimalde dahi, bu sürelerin başlangıç ânı genellikle birbirinden farklı olabilecek veya aynı anda başlamış olsalar dahi iş sahibi asıl müteahhide karşı hakkını son anda kullanmış olabilecektir. Buna rağmen yorum aracılığı ile asıl müteahhidin bu konuda katlanmak zorunda kaldığı risk en aza indirilmiş ve en azından akdî ilişkiler arasında asgari bir uyum sağlanmış olacaktır[355].

Kanun hükmünün yorumlanması suretiyle her iki sözleşmenin birbirine yaklaştırılmasına bir başka örnek ise BK 358/II hükmünde yer verilmiş bulunan *„münasip bir mühlet"* ibaresinin anlamının tesbiti bakımından gündeme gelebilir. Bu hüküm iş sahibine, işin yapımının geciktirilmesi, yapı eserinin ayıplı olacağının anlaşılması veya diğer bir sözleşmeye aykırılık halinin bulunması ihtimalinde, sözleşmeye aykırı bu durumun ortadan kaldırılması için müteahhide „münasip bir mehil„ tayin etmek suretiyle sözleşmeden dönme imkânı vermektedir[356]. Eğer

---

351 **Koller,** Nachbesserung, N. 424.

352 Karş. **Gauch,** Werkvertrag, N. 2251.

353 **Gauch,** Werkvertrag, N. 2251.

354 **Schwarz,** Sh. 131.

355 **Schwarz,** Sh. 132.

356 **Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 366 N. 1; **Zeltner,** N. 132.

taşeron iş sahibinin muvafakati ile işin yapımına dahil edilmiş veya taşeron görevlendirilmesi bizzat iş sahibi tarafından talep edilmiş ise onun bu süreyi tayin ederken, asıl müteahhidin sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için taşerona müracaat etmek zorunda olduğu ve bunun için de asıl müteahhidin ayrıca bir süreye ihtiyacı olduğu hususunu gözönünde bulundurarak hareket etmesi beklenecektir. Böylece iş sahibi (süreyi tayin ederken bu hususu dikkate almamış olsa dahi), asıl müteahhidin aynı doğrultudaki taleplerini taşerona yöneltmesi nedeniyle meydana gelecek gecikmeleri dikkate alarak hareket etmek zorunda olacaktır[357]. Asıl müteahhidin, iş sahibinin haberi olmadan taşeron kullanması ihtimalinde ise iş sahibinin bu durumu dikkate alarak hareket etmek zorunda olduğu söylenemeyecektir.

Aynı durum taşeron bakımından da geçerlidir. Mesela taşeron, asıl müteahhide birlikte hareket etme mükellefiyetine (Mitwirkungspflicht) dahil bir borcunu yerine getirmesi için bir süre tayin etmiş ve bu mükellefiyetlerini yerine getirmemesi durumunda sözleşmeden BK m. 94 gereği döneceğini ihtar etmiş ise[358]; bu ihtimalde de taşeron BK m. 106 gereği *„münasip mehil"* belirlerken, asıl müteahhidin bu yükümlülüklerini duruma göre ancak iş sahibinin iştiraki ile yerine getirme imkânına kavuşabileceğini hesaba katarak hareket etmek zorunda olacak ve böylece ortaya çıkabilecek olan gecikmeleri de *„münasip mehil"* süresi içerisine dahil etmek zorunda kalacaktır.

Verilen bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, kanun hükümlerinin yorumlanması suretiyle her iki sözleşme arasında uyumun temini ancak, istisna olarak nitelenebilecek bazı durumlar bakımından mümkün olabilmektedir. Yorumlanacak hükmün anlam ve amacı dikkate alınarak yapılacak bir yorum, olayın özel niteliği gereği var olan sınırların uygun olmayan bir şekilde aşılmasının önüne geçecektir[359].

b. Sözleşmenin yorumlanması

Sözleşmenin yorumu, ilgili tarafların akit çerçevesinde üzerinde mutabakata varmış oldukları noktaları tesbite ve bunların içeriğini somutlaştırmaya hizmet ettiğinden, sadece ilgili hukukî ilişki gözönünde bulundurularak icra edilecek bir hukukî faaliyettir. Bu çerçevede kabul etmek gerekir ki asıl inşaat sözleşmesi ve taşeronluk sözleşmesi kural olarak birbirlerinden bağımsız olarak yoruma tabi tutulacaklardır[360]. Böylece bu iki sözleşmeden birisini yorumlamak isteyen hâkim, diğer sözleşmeyi dikkate almaksızın ve müstakilen ilgili sözleşme taraflarının ne istemiş olduklarını tesbite çalışacaktır.

Daha önce de ifade edildiği gibi[361] taşeronluk sözleşmesinin yorumlanmasında, *„asıl sözleşmeye uygun yorum yapılması gerekliliği"*[362] bulunmadığı gibi, asıl

---

357 **Schwarz,** Sh. 132.

358 İş sahibinin yapı eserinin meydana getirilebilmesi için müteahhitle birlikte hareket etme mükellefiyetine aykırı hareket etmesi durumunda, müteahhidin BK m. 94'ün yollaması nedeniyle borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler çerçevesinde sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir (**Zeltner,** N. 255 vd.; **Gauch,** Werkvertrag, N. 1342).

359 **Schwarz,** Sh. 133.

360 Karş. **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2370; **Locher,** Subunternehmer, Sh. 2236; **Saxer,** Sh. 49; **Cerutti,** N. 232.

361 Bkz. §3. III. 1.

sözleşmenin *ikinci dereceden bir yorum aracı* olarak gözönünde bulundurulması dahi mümkün olmayacaktır. Bu sonucu, objektif olarak tesbit edilmesi mümkün olan, taşeronluk sözleşmesinin asıl sözleşmenin ifasına yönelmiş bir sözleşme olması gerçeği dahi değiştiremeyecek ve yorum yoluyla her iki sözleşme arasında eşgüdüm sağlanması veya taşeronluk sözleşmesinde yer verilen hükümlerin hukukî bağımsızlıklarının sona erdirilmesi düşünülemeyecektir[363].

Kural bu yönde olmasına rağmen, tarafların her iki sözleşmeyi birbirine uygun bir şekilde akdetmelerine veya yine *sözleşmede yer verilmiş olan bazı kayıtların* yorumlanması neticesinde tarafların her iki sözleşmeyi birbirine uygun bir şekilde akdetmeyi istemiş oldukları neticesine ulaşılmasına bir engel yoktur. Mesela taşeronluk sözleşmesinde yer verilen bir hükümle bazı hususların düzenlenmesi bakımından asıl sözleşmeye yollama yapılmış olması, genellikle tarafların her iki sözleşmeyi birbirine uygun olarak akdetmek istedikleri şeklinde yorumlanacaktır[364]. Yalnız ifade etmek gerekir ki, taşeronun her iki sözleşmenin birbirine uygun bir şekilde akdedilmesi hususunda iradesinin mevcut olduğunu kabul edebilmek için kural olarak onun, asıl sözleşmede yer verilmiş bulunan hükümlerden en geç taşeronluk sözleşmesinin kurulması ânında haberdar olması aranmalıdır. Zira yorum, öncelikle tarafların iradesinin hangi yönde olduğunu açığa kavuşturmak için girişilen bir faaliyettir.

Yukarıda asıl sözleşmede normal zamanaşımı süresinden farklı bir zamanaşımı süresinin belirlenmiş olması ile ilgili olarak verilen örneğin[365] de ortaya koyduğu gibi; bu hususta bir başka mesele de her iki sözleşme arasında hangi kapsam ve ölçüde eşgüdüm ve uyum sağlanmasının gerekli olduğu meselesidir. Verilen bu örnek çerçevesinde taşeronun sorumluluğu sadece 6 yıl süre ile mi devam etmelidir; yoksa bu hükmün asıl sözleşmeden nakledilmesi nedeniyle zamanaşımı süresi, işlemeye başlaması bakımından da asıl sözleşmeye uydurulmak mı gerekir? Yorumun buradaki görevi taraflarca seçilmiş bulunan deyim ve ifadeleri ve onların akdî ilişki bakımından ifade ettikleri anlamı ortaya çıkarmak olacaktır. Bu faaliyet esnasında ilgili sözleşme hükmünün hangi anlama gelebileceğini açıklığa kavuşturabilmek için tarafların üzerinde mutabakata varmış bulundukları diğer noktalarda bir ipucu aranması veya sözleşmenin amacının araştırılması zorunlu olacaktır. Yalnız yorum özellikle, tarafların asıl sözleşme hükümlerini bütün olarak taşeronluk sözleşmesine nakletmiş oldukları durumlarla, bu hususta düzenleme yapma ihtiyacı hissetmedikleri için sözleşmede yer vermedikleri noktalar bakımından, üzerinde mutabakata varılmış bulunan bir sözleşme hükmünün kapsamının tereddütsüz bir şekilde tesbit edilememesi neticesine de

---

362 Bu gereklilikten, alt sözleşmenin yorumlanması esnasında, onun asıl sözleşme ile uyum içerisinde olmasını temin edecek şekilde yorumlanması zorunluluğu anlaşılır. Bu yorum tarzı, her iki sözleşmenin mümkün olduğu kadar birbirine uygun olarak kurulmasında büyük menfaatleri bulunan asıl müteahhidin çıkarlarına uygundur. Fakat alt sözleşmenin yorumlanmasında böyle bir yol takip edilmesi, alt sözleşmenin bağımsızlığına uygun bir sonuç olmadığı gibi çoğu zaman da alt müteahhit için adaletsiz sonuçların doğmasına yol açabilir. Ancak eğer alt sözleşmenin tarafları asıl sözleşmenin tamamına veya bir kısmına yollamada bulunmuş iseler çözüm ister istemez başka türlü olmak zorundadır. Alt sözleşmede asıl sözleşmeye yapılmış bulunan bu yollamanın yorumu ile ilgili bir ihtilafta, alt sözleşmenin asıl sözleşme ile uyumunu sağlayacak bir sonuca ulaşma zorunluluğu ortaya çıkabilecektir (Karş. **Sweet,** Sh. 632).

363 **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2365; **Saxer,** Sh. 50.

364 **Schwarz,** Sh. 135.

365 Bkz. §4.II.1.b.bb.bbb.(4).

götürebilecektir. Böyle durumlarda ise sözleşmenin tamamlayıcı yorumu önemli bir rol oynayacaktır.

c. Sözleşmenin tamamlayıcı yoruma tabi tutulması

Sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun görevi, tarafların üzerinde uyuşmuş oldukları hususların objektif olarak amlamının tesbiti ile sözleşme metninde düzenlenmemiş veya düzenlenmekle beraber müphem bırakılmış bulunan hükümlerin, tarafların farazi ortak iradeleri (değerlendirmeleri) çerçevesinde tamamlanmasını mümkün kılmaktır[366]. Fakat doğrusunu ifade etmek gerekirse, her iki akdî ilişki arasında uyumun temini amacıyla tamamlayıcı yoruma hiç bir kayıt ve şarta bağlı olmadan başvurulabilip başvurulamayacağı hususu netlik kazanmış değildir. Mesela taşeronluk sözleşmesinde sadece asıl sözleşmedeki hükümlerin bu sözleşme bakımından da geçerli olacağı yolunda genel bir hükme ver verilmiş olsa, böylece her iki tarafın gerçek arzusunun hangi yönde olduğunun ortaya konulması, bilhassa hangi kurallar bakımından ve hangi kapsamda her iki sözleşmenin birbiri ile uyumunun temin edileceğinin tesbit edilebilip edilemeyeceği hususu şüpheli gözükmektedir.

Her şeye rağmen **Nicklisch**, büyük çaplı inşaat sözleşmeleri bakımından tamamlayıcı yoruma başvurmayı uygun görmekte ve bunun için taşeronun büyük bir projenin yapımına dahil edilmiş olduğunun farkına varabilecek durumda olmasını ve tarafların sözleşmelerin birbiri ile uyum içerisinde akdedilmesi yönünde bir arzu taşıdıklarının tesbit edilmesinin gerekli olduğunu ifade etmektedir[367]. Yine **Nicklisch**, eğer sözleşmede bu yönde açık bir hükme yer verilmiş değilse, otomatik olarak her iki sözleşmenin birbirinden bağımsız bir değerlendirmeye tabi tutulması yerine, sözleşmenin yorumlanması ve tamamlayıcı yorum kuralları çerçevesinde taraflarca her iki sözleşme arasında bir uyumun arzu edilip edilmediği ve ediliyorsa hangi ölçüde arzu edildiğinin araştırılması gerektiğini de ifade etmektedir[368].

Bu görüş çeşitli açılardan tereddüt uyandırmaktadır. Daha önce de açıklandığı gibi eğer asıl sözleşmedeki belirli hükümlerin özellikle taşeronluk sözleşmesine alınmış olduğu durumlarda dahi, birbiri karşısında aynı ağırlıkta fakat birbirine zıt yorumlar gündeme gelebiliyorsa, hele bu şekilde, sözleşme metninden bu yöndeki taraf iradelerinin doğrudan veya dolaylı olarak ortaya çıkarılması imkânının bulunmadığı durumlarda, sadece yapılmakta olan işin niteliğinden hareketle böyle bir sonuca ulaşılması gerçekten zor gözükmektedir. Sözleşme görüşmeleri esnasında her iki sözleşmenin birbiri ile uyumunun sağlanması doğrultusunda bir arzu belirsiz bir şekilde ortaya konulmuş bulunsa dahi, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu neticesinde bu hususta olumlu veya olumsuz bir neticeye ulaşabilmek için sözleşme metninde yeterli bir ipucu-dayanak noktası bulunması zorunludur. Sözleşme metninde böyle bir belirtinin aranması, akdî yükümlülüklerin çok büyük

---

366 Tamamlayıcı yorum ile ilgili genel açıklamalar için bkz. **Larenz/Wolf**, §33 II N. 9 vd.; **Merz**, Berner Kommentar, Art. 2 N. 131 vd.

367 **Nicklisch**, NJW 1985, Sh. 2365, 2369; **Nicklisch**, Subunternehmer, Sh. 36; **Nicklisch/Weick**, Einl. §§ 4-13 N. 88 vd.

368 **Nicklisch**, NJW 1985, Sh. 2365, 2369; **Nicklisch**, Subunternehmer, Sh. 36; **Nicklisch/Weick**, Einl. §§ 4-13 N. 88 vd.; Doğrusu Nicklisch asıl sözleşme hükümlerinin bütün olarak taşeronluk sözleşmesinin içeriğine dahil edildiği durumlarda bu yolla uyumun sağlanmasına ihtiyatla yaklaşmaktadır (**Nicklisch/Weick**, Einl. §§ 4-13 N. 93).

ölçüde değiştirilmesi neticesine yol açabileceği için, sözleşmelerin birbirine uygun hale getirilmesi bakımından evleviyetle gereklidir[369]. Fakat eğer aynı mahiyette çeşitli hükümler tasavvur edilebiliyorsa, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu tamamen tesadüfe dayalı bir sonuç doğurabilir ve böylelikle hukukî güvenliğin sarsılmasına yol açabilir. Eğer sözleşme metninde bu konuda hiçbir işaret bulunamıyorsa, tarafların her iki sözleşme arasında uyumun sağlanmasına yönelmiş farazi iradeleri nasıl araştırılacak ve böylece bu doğrultuda bir hüküm sözleşme metnine nasıl dahil edilecektir?

Sözleşmenin tamamlayıcı yorumu, burada ortaya konulmuş bulunan sorunla ilgili bir başka etken dolayısıyla, çok durumlarda zaten hiç gündeme gelmeyecektir. Şöyle ki, eğer yeterince açık olmayan veya eksik bulunan taraf iradelerinin, kanunun yedek hukuk kaidesi niteliğindeki kuralları aracılığı ile tamamlanması mümkün ise sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ancak çok dar sınırlar içerisinde müracaat edilebilecektir[370]. Borçlar Kanunun hem genel ve hem de özel kısmındaki (eser sözleşmesi ile ilgili düzenlemeler dahil) ilgili hükümlerden olayların büyük bir çoğunluğuna uyan bu nitelikte kurallar çıkarılmakta ve bu kurallar nisbîlik prensibini esas almaktadır.

Fakat eğer burada farklı bir düşünce tarzı ortaya konulur ve kanun tarafından düzenlenmiş bulunan sözleşme tiplerinden birisine kolaylıkla dahil edilemeyen sözleşme tipleri bakımından, öncelikle yedek hukuk kaidelerine müracaat edilmesi değil; bunun aksine özel menfaat durumlarına, örf âdet kaidelerine veya objektif hakkaniyet ölçülerine öncelik verilerek tamamlayıcı yoruma cevaz verilmek istenirse[371], böyle bir durumda dahi sözkonusu kriterlerden her iki sözleşmenin birbirine uydurulması neticesine götürecek bir tamamlayıcı yoruma ulaşılması güç gözükmektedir[372].

Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki, tamamlanmaları genellikle uzun bir zaman dilimine bağlı olan büyük çaplı inşaat sözleşmelerinin (komplexe Langzeitverträge) tamamiyle kendine özgü kurallara tabi ve kanun tarafından düzenlenmemiş bir sözleşme tipi olup olmadıkları şüphelidir. Burada sorun bu sözleşmenin tanımlanmasını, sınırlarının belirlenmesini ve onu diğer sözleşmelerden ayırmaya yarayan karakteristik özelliklerinin tesbitini mümkün kılacak kriterlerin ortaya konulmasındadır. Hangi durumlarda bu tür bir sözleşmenin mevcut olduğu kabul edilecektir? Bu tür bir sözleşme ile ilgili şartların varlığından sadece endüstri amaçlı büyük inşaatlar bakımından mı; yoksa mesela müstakil evlerden müteşekkil bir sitenin yapımı gibi nisbeten daha küçük çaplı inşaatlar bakımından mı söz edilebilecektir? İkinci ihtimalde de inşaatın tamamlanıp teslime hazır hale gelmesi çok büyük zaman dilimine yayılabilmektedir. Bu tür sözleşmeler bakımından sınırın belirlenmesi epeyce zor olsa gerektir. Bu hususta dikkate alınabilecek muhtemel kriterler ne Nicklisch tarafından ortaya konulmuştur ve ne de kolaylıkla tesbit edilebilir niteliktedir. Bu tereddütler gözardı edilerek, tamamlanması uzun bir zaman dilimine bağlı büyük çaplı inşaat sözleşmesi, kanun tarafından düzenlenmemiş kendine özgü yapısı olan

---

369 **Schwarz,** Sh. 137.

370 **Larenz/Wolf,** §33 II N.12 vd.; **Medicus,** AT, N. 344; **BGHZ** 16, Sh. 71, 76; **BGHZ** 90, Sh. 69, 75.

371 Bkz. **MüKo/Mayer-Maly,** § 157 N. 26, 37.

372 **Schwarz,** Sh. 137.

bir sözleşme olarak kabul edilmek istense dahi, her halde (bu hususta açıklık sağlayacak) diğer şartlar zikredilmemiştir[373].

Bu tür sözleşmeler bakımından her iki akdî ilişki arasında uyumun tamamlayıcı yorum yoluyla temin edilmesine tarafların kendilerine özgü (şahsî) menfaat durumları da tatminkâr bir gerekçe oluşturmaz; zira her iki sözleşmenin birbiri ile uyumunun sağlanması öncelikle asıl müteahhidin kendisine ait riskleri iş sahibine veya (bilhassa) taşerona devretmesine hizmet edecektir[374]. Halbuki bu durum hem iş sahibinin ve hem de taşeronun menfaatlerine aykırıdır. Unutmamak gerekir ki, sözleşmenin tamamlayıcı yorumunda sadece bir tarafın menfaatleri gözönünde bulundurularak hareket edilemez; aksine tamamlayıcı yorum, her iki tarafın dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket ederek sözleşmedeki mevcut boşluğu, *menfaatleri arasında adaletli bir denge tesis etmek suretiyle* doldurmak isteselerdi ortaya koyacak oldukları farazi iradenin tesbitine yönelmiştir[375]. İş sahibi veya taşeronun bu hususta açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen hukukî açıdan zararlı bir konumda olmaya hazır olup olmadıkları sorusuna şüphe ile yaklaşmak dürüstlük kuralının bir gereğidir.

Aynı gerekçeler örf ve âdet kuralları çerçevesinde sözleşmeler arasında uyumun sağlanması, özellikle akdî risklerin diğer tarafa nakledilmesi çabası bakımından da geçerlidir. Sadece sözleşme uygulamasında[376], genellikle kanunun yedek hukuk kaidelerinden ayrılan çözümlerin benimsenmekte olması, taşeronun akdî riskleri nihaî olarak üzerine almayı (memnuniyetle) kabul etmek zorunda olduğunu iddia etmek için yeterli olmasa gerektir[377]. Tam aksine (bu suretle), asıl müteahhidin her iki sözleşmeye de taraf olmaktan kaynaklanan kendi özellikli konumunu taşeronun zararına kullanması tehlikesinin oluştuğu ve böylelikle bir *„hak gasbı"*[378] tehlikesinin bulunduğu doğru bir şekilde gözönünde bulundurulmalıdır.

Nihayet her iki sözleşme arasında dürüstlük kuralı çerçevesinde zorunlu bir eşgüdüm ve uyum sağlanması gerekliliği de kabul edilemezdi. Gerçi asıl müteahhidin her iki sözleşmeye de taraf olması nedeniyle katlanmak durumunda olduğu riskleri üzerinden atma ihtiyacı içerisinde olması takdir edilebilir. Fakat objektif hakkaniyet ölçülerinin gerekli kıldığı şekilde, nisbîlik ilkesinden asıl müteahhit lehine taşeron aleyhine vazgeçilmesi burada yerinde gözükmemektedir. Zira çok istisnaî durumlar hariç iktisaden daha zayıf bir konumda bulunması nedeniyle taşeronun korunmaya daha muhtaç olduğuna dikkat etmek gerekir. Bazı durumlarda taşeronun daha zayıf bir konumda bulunduğundan şüphe edildiği takdirde[379], asıl müteahhit için yapılan bu değerlendirmeler bu defa taşeron

---

373 Tamamı için bkz. **Schwarz,** Sh. 138.

374 Bu hususta bkz. §1. V. 2. b. cc.

375 **Larenz/Wolf,** §33 N. 11.

376 Büyük çaplı uluslararası inşaat sözleşmelerinde, işin kabulü, garanti süreleri ve ücretin ödenmesi hususlarında taşeronluk sözleşmesinin asıl sözleşmeye bağımlı kılınmasının mutat bir uygulama olduğu ifade edilmektedir (**von Westphalen,** FS Locher, Sh. 176).

377 **Schwarz,** Sh. 138.

378 Bu şekilde: **Ulmer/Brandner/Hensen,** Anh. §§ 9-11, N. 720; ayrıca bkz: **v. Hoyningen/Huene,** AGBG, N. 147; Aynı şekilde **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 139 VOB/A.

379 Mesela bkz: **Vetter,** RIW 1986, Sh. 88 dn. 56; **Vetter,** BB 1971, Sh. 1126, 1129'da her ne olursa olsun risk dağıtımının asıl müteahhidin piyasadaki konumu nedeniyle akamete uğratılmaması gerektiğini açıkça vurgulamaktadır.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

bakımından gündeme gelecektir. Böyle bir ihtimalle taşeronun kendi iş piyasasında aranır bir müteahhit olmasını sağlayacak özel bilgi ve yapım tekniklerine (know-how) sahip olması sebebiyle, sözleşme bakımından güçlü bir konumda bulunması ihtimalinde karşılaşılır; fakat böyle bir durum çok istisnaî hallerde ortaya çıkar. Genellikle taşeronlar ihalelere küçük ve orta ölçekli müteşebbisler olarak katılırlar ve üstelik birbirleri ile de büyük bir rekabet içerisinde bulunurlar. Taşeronun sözleşmenin zayıf tarafını teşkil ettiği ve dolayısıyla korunması gerekliliğini sadece izah edilmiş bulunan sözleşme uygulamasında risklerin ona yüklenmesi gerçeği ortaya koymamakta; bilakis bu hususu, mesela çeşitli ülkelerde sadece küçük ve orta ölçekli işletmeleri korumak amacıyla sevk edilmiş bulunan düzenlemeler de göstermektedir. Mesela Fransa'da bu amaçla bir kanun[380] çıkarılmış bulunmaktadır. Aynı şekilde Almanya'da ilgili meslek odalarının bir araya gelmek suretiyle hazırlamış oldukları genel müteahhitlerin yapacakları sözleşmelerle ilgili (tavsiye niteliğinde olmak üzere) esasları belirleyen "*Merkblatt für Generalunternehmer*" adlı belgede[381] de taşeronların korunma ihtiyacı „*temel prensip*" olarak kabul edilerek; genel müteahhidin kendisine iş sahibi tarafından nasıl muamele edilmesini istiyorsa, kendisinin de taşerona aynı şekilde muamele etmesi gereği öngörülmüştür[382].

Her iki akdî ilişkinin nihai olarak asıl müteahhidin menfaatleri dikkate alınmak suretiyle bu şekilde birbirine uyumu temin edildiği tardirde ise taşeron bakımından sözkonusu olan bu korunma ihtiyacı gözardı edilmiş olacaktır. Taşeronun iktisaden zayıf ve bu nedenle korunmaya muhtaç konumu dikkate alınarak, asıl müteahhidin hakkaniyet gerekçeleri ile muhakkak surette nazarı itibara alınması gerektiği ifade olunan ihtiyaçları gözardı edilmek zorundadır. İstisnaî bazı durumlarda ise taşeronun asıl müteahhidin menfaatleri karşısındaki korunma ihtiyacı, her iki sözleşmenin birbirine uydurulması ile de karşılanabilir; fakat böyle bir ihtimal sadece, taşeronun bu durumu dikkate alarak, kendi hukukî menfaatleri bakımından gündeme gelebilecek zararlı sonuçları katlanılabilir bir konumda tutma imkânına sahip olduğu durumlarda gündeme gelebilir. Her halde sözleşmenin tamamlayıcı yorumunda, yorumun niçin sözleşmelerin birbirine uydurulması yönünde ve üstüne üstlük (başlangıçta=sözleşmenin kurulması aşamasında) düzenlenmesi gerekli hususları sözleşmede açıkça düzenleme imkânını elinde bulunduran asıl müteahhit lehine bir sonuca ulaşılacak şekilde yapılması gerektiği anlaşılmamaktadır[383].

---

380 Taşeronlarla ilgili bu kanun 31.12.1975 tarihli olup Lex Neuwirth olarak anılmaktadır. Bu fransız kanunu asıl müteahhide asıl sözleşmenin kurulması esnasında kullanacağı taşeronları iş sahibine isim olarak bildirme, taşeronla kararlaştırmış olduğu sözleşme bedelini, cezai şarta ilişkin kayıtları ve nihayet garantiye ilişkin hüküm ve kuralları iş sahibininin onayına sunma mükellefiyeti getirmektedir (Kısım I). Eğer iş sahibi bir kamu kuruluşu ise bu iş sahibi taşerona doğrudan ödeme yapma imkânına da sahiptir. Buna ilaveten asıl müteahhit ancak kendisi tarafından bizzat yerine getirilen işlerin bedelini temlik veya terhin edebilir (Kısım II). Eğer iş sahibi bir kamu kuruluşu değilse asıl müteahhit, ya taşerona bir teminat vermelidir ya da iş sahibinin taşerona doğrudan ödeme yapması imkânını tanımalıdır. Bunun yanında taşeron bakımından ise asıl müteahhidin ödeme yapmaması durumunda, doğrudan iş sahibine müracaat ederek ücretini alma hakkı mevcuttur (Kısım III). Bu düzenlemenin ayrıntıları ile ilgili olarak bkz: **Kühnel/Langer,** RIW 1977, Sh. 610-612; **Meinert,** BauR 1978, Sh. 13, 14 vd.; **Sajonz,** Sh. 74 vd.

381 Metin için bkz. **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 142 VOB/A.

382 Merkblatt für Generalunternehmer: Madde VI 1; VI 3b; VII 2; VII 4.

383 **Schwarz,** Sh. 140.

d. Değerlendirme

Yapılan bütün bu açıklamalar gösteriyor ki yorum, her iki akdî ilişkinin birbiri arasındaki uyumun temini bakımından kayda değer bir hukukî araç olmaktan uzaktır. Kanunun yorumlanması her iki sözleşmeyi birbirine yaklaştırabilmek bakımından bazı durumlarda yararlı olabilmektedir; fakat sözleşmelerin birbiri ile büsbütün uyumunun sağlanması; özellikle taşeron ile iş sahibi arasında doğrudan akdî ilişki kurulabilmesi neticesine kanunun yorumlanması suretiyle ulaşılamamaktadır. Bu ilişki bakımından kanunun yorumlanma tarzı ile ilgili bir kural tesbiti mümkün gözükmemekte; yorum esnasında nasıl hareket edileceği meselesi daha ziyade olayın özelliklerine bağlı bulunmaktadır. Sözleşmenin yorumlanması da bazı durumlarda sözleşmelerin birbiri ile uyumu neticesine götürebilmektedir. Fakat yorum, uyumun sadece tarafların şahsî görüşmeleri aracılığı ile veya genel işlem şartları kullanılması suretiyle sağlanmış olmasına göre icra edilmektedir. Sonucu daha ziyade bu hususta sağlanmış ilgili mutabakatın içeriğine bağlı olduğundan yorumun, sözleşmelerin birbirine uydurulması bakımından müstakil bir yöntem teşkil ettiğini ifade etmek mümkün olmasa da onun, bu hususstaki tamamlayıcı araçlardan birisi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Sözleşmenin tamamlayıcı yorumu aracılığı ile sözleşmeler arasında eşgüdüm ve uyumun sağlanmasını ise hiçbir şekilde mümkün görmemek gerekir; zira böylelikle sözleşmelerin hangi kapsam ve miktarda birbirine uydurulacağı sorusunu cevaplamayı sağlayacak yeterli dayanak noktası (gerekçe) tesbit edilebilmiş değildir[384]. Yalnız ifade etmek gerekir ki bu yöntem aracılığı ile tarafların eksik bırakmış oldukları hususların kanun hükümleri ölçü alınmak suretiyle tamamlanmasına bir engel yoktur.

2. Dürüstlük kuralı

a. Genel olarak

Bütün hakların özünde bulunan temel ilke niteliğindeki dürüstlük kuralı[385], taraflar arasındaki hukukî ilişkiler üzerinde çok çeşitli şekillerde etkili olabilir. Bu durum öncelikle, dürüstlük kuralına sınırsız bir şekilde müracaat edilme zorunluluğu bulunan[386] borçlar hukuku alanı bakımından geçerlidir. Bununla beraber dürüstlük kuralının (MK m. 2) hukukî gelişimi ile hukukî sonuçlarının bütünüyle incelenmesi bu çalışmanın kapsamında ele alınabilecek konular değildir[387]. Fakat bu kuralın sözleşme hukukunda gösterdiği gelişme, çok basit bir şekilde doktrin ve uygulamada üç kısma ayrılarak incelenmektedir[388]. Öncelikle dürüstlük kuralı, mesela edim yükümlülüğünün çeşit ve kapsamına göre ihbar, koruma ve özen gösterme, birlikte hareket etme, garanti v.s. gibi yan edim yükümlülüklerinin doğumuna sebebiyet verebilir. Bu yan edim yükümlülükleri ya sözkonusu

---

384 Netice olarak aynı: **Vetter,** RIW 1986, Sh. 81, 91; **Schwarz,** Sh. 141.

385 Bkz. **BGH** NJW 1954, Sh. 1524, 1526.

386 Bkz. **MüKo/Roth,** § 242 N. 58.

387 Bu hükümle ilgili çok geniş yorum ve değerlendirmeler için Bern (Merz), Münich (Roth) ve Staudinger (J. Schmidt) şerhlerine müracaat edilebilir. Yine ayrıca **Fikentscher** (§27), **Larenz** (Schuldrecht I, §10, Sh. 125 vd.'da) ve **Akyol**'un (Dürüstlük kuralı) eserlerinde bu hususta geniş açıklamalar bulunabilir.

388 Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. **MüKo/Roth,** §242 N. 103.

yükümlülüğün ifasını talep etme ya da bu yükümlülüğün ihlali durumunda tazminat talebi ileri sürme imkânı doğurabilirler[389]. Yine dürüstlük kuralı aracılığı ile bir hak sona erdirilebileceği veya kullanılması sınırlanabileceği gibi yeni bir hak ihdas edilebilir veya yine bir hakkın muhtevası da genişletilebilir. Bunlara örnek olarak her şeyden evvel bir hakkın kötüye kullanıldığı durumlar anılabilir[390]. Nihayet işlem temelinin çökmesi teorisi veya taraflar arasında meydana gelen büyük iktisadi dengesizlik nedeniyle sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması, yahut borç ilişkisinin ortadan kaldırılmasına hükmedilmesi de dürüstlük kuralında temelini bulan özel durumlar olarak zikredilebilir[391]. Bütün bu örnekler açısından ortak olan nokta, hepsinin de kural olarak borçlar hukuku kaynaklı hukukî bir ilişki şeklinde doğmuş, özel bir hukukî bağın (Sonderver-bindung)[392] mevcudiyeti faraziyesine dayanmaları olup; istisnaî bazı durumlarda artan sosyal temas (bei engen sozialen Kontakten) nedeniyle de temelini dürüstlük kuralında bulan bazı hak ve mükellefiyetlerin doğumunun sözkonusu olmasıdır[393]. Bunlara örnek olarak ise culpa in contrahendo'dan kaynaklanan talepler, hukukî görünüşe olan güvenden kaynaklanan sorumluluk ve aynı şekilde mutlak hakların komşuluk ilişkisi nedeniyle sınırlandırılması gösterilebilir[394].

Burada incelenmekte olan sorunla ilgili olarak ise şu tesbitlerin yapılması mümkün gözükmektedir[395]: Özel bağlılık ilişkisi (Sonderverbindung), taraflar arasında kural olarak borçlar hukuku kaynaklı bir hukukî ilişkiden meydana gelir. Fakat borçlar hukuku kaynaklı bağlılık ilişkileri, taraflar arasındaki hukukî ilişkilerin izahının da gösterdiği gibi, esas itibariyle sadece iş sahibi ile asıl müteahhit ve asıl müteahhit ile taşeron arasında meydana gelir; yoksa iş sahibi ile taşeron arasında böyle bir ilişkinin meydana gelmesi normal durum değildir. Bu çerçevede dürüstlük kuralı sadece ilgili hukukî ilişkiler bakımından etkili olabilecektir. Bunun yanında dürüstlük kuralının taşeron ile iş sahibi arasında hukukî bir ilişkinin kurulması neticesine götürebilip götüremeyeceği sorusu ortaya atılabilir. Yoğun sosyal temas nedeniyle artan özen yükümlülüğü ile ilgili olarak verilen örneklerin bu durumla ilgili olduğu söylenemez. Gerçi iş sahibi ile taşeron arasında da culpa in contrahendo kaynaklı bir sorumluluk ilişkisi doğabilir; fakat bu sadece, başlı başına bir akdî ilişkinin kurulması-hazırlanması bakımından gündeme gelir; yoksa bu sayede, iş sahibi ile asıl müteahhit veya asıl müteahhit ile taşeron arasındaki hukukî ilişkileri doğrudan etkileyen yeni bir hukukî ilişki meydana gelmiş olmaz. Bu çerçevede dürüstlük kuralının hukukî görünüşe güvenin korunmasından kaynaklanan bir sorumluluk için dayanak noktası olarak görülmesi de yanlış olacaktır. Nihayet komşuluk münasebeti ile mukayese edildiğinde de iş sahibi ile taşeron arasında mevcut sosyal kontak, burada da oradaki durumla mukayese edilebilir bir temel kural geliştirmeyi gerekli kılacak derecede yoğun değildir. Olsa

---

389 Bu konuda özel olarak bkz. **MüKo/Roth,** §242 N. 103.

390 Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. **MüKo/Roth,** §242 N. 104.

391 Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. **MüKo/Roth,** §242 N. 105.

392 Bkz. **MüKo/Roth,** §242 N. 54; Biraz daha farklı bir görüşte, **Staudinger/Schmidt,** §242 N. 162 vd.; **Fikentscher,** §27 I 3 N. 162 vd.

393 Dürüstlük kuralı hakkaniyet gerekçeleri ile sadece bazı talep haklarının azaltılması veya ortadan kaldırılması neticesine götürebilir; yoksa bu hüküm aracılığı ile kanun veya sözleşme ile tanınmamış yeni bir hak ihdas edilemez: **BGH,** NJW 1981, Sh. 1779; **BGH,** NJW 1954, Sh. 1524, 1526.

394 Özel olarak bkz. **MüKo/Roth,** §242 N. 54.

395 **Schwarz,** Sh. 142.

olsa bu ilişki bakımından da taşeron veya iş sahibinin kendisini yek diğerinin etki ve tehlike alanına bırakmış olduğu durumlarla, kendilerini veya işçi yahut diğer yakınlarını (diğerinin sorumluluk alanına giren) bir tehlikeye maruz bırakmış oldukları durumlarda sosyal kontağın özel bir yoğunluk taşıdığı kabul edilebilir. Durum böyle olmakla beraber burada da kural olarak dürüstlük kuralı, sözleşmenin üçüncü şahsı koruyucu etkisi teorisi[396] aracılığı ile de iş sahibi ve taşeron arasında doğrudan talep haklarının tesisi neticesine götüremeyecektir; zira kural olarak asıl müteahhide ne iş sahibi ve ne de taşeron karşısında özel bir koruma ve özen yükümlülüğü tekabül etmez[397].

Bütün bunlara rağmen dürüstlük kuralı sadece iş sahibi - asıl müteahhit ve taşeron - asıl müteahhit ilişkisi bakımından etkili olacaktır. Istisnaî olarak iş sahibi ile taşeron arasında akitten veya haksız fiilden kaynaklanan talepler gündeme geldiği takdirde, doğaldır ki dürüstlük kuralı bu ilişki bakımından da etkili olacaktır. Bununla beraber dürüstlük kuralı aracılığı ile iş sahibi ile taşeron arasında üçlü ilişki kabilinden, yeni ve bağımsız bir hukukî ilişkinin kurulması mümkün gözükmemektedir[398].

Yalnız, yukarıda ortaya konulan sınırlar çerçevesinde kalmak üzere, dürüstlük kuralı aracılığı ile her iki akdî ilişkinin birbirine yaklaştarılmasının temin edilebilip edilemeyeceği ve eğer edilebilecekse hangi kapsam dahilinde temin edilebileceği meselesinin ayrıca araştırılması zorunludur. Bundan sonra aşağıdaki olay grupları bakımından dürüstlük kuralı aracılığı ile her iki akdî ilişki arasındaki uyumun hangi ölçüde temin edilebileceği araştırılacaktır[399].

b. Edim değişikliklerinin katlanılabilirliği

aa. Genel olarak

Müteahhit kendi iş sahibine karşı, eser sözleşmesi ile borçlanmış bulunduğu yapı eserinin meydana getirilmesi (ve teslimi) ile borçludur (BK m. 355). Onun borcunun kapsam ve içeriği ise akdedilmiş bulunan sözleşme çerçevesinde belirlenir ve müteahhit, kural olarak bu kapsam ve içerikte bir yapı eseri meydana getirmekten sorumlu tutulabilir. Kural bu yönde olmakla birlikte, müteahhidin bu

---

396 Sözleşmenin üçüncü şahsı koruyucu etkisi dürüstlük kuralının dolaylı etkisinden çıkarılmak istenmeyip; aksine bunun sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile ilgili mahkeme içtihatlarınca oluşturulduğu ifade edilse dahi, mahkemeler tarafından yapılacak yorum da dürüstlük kuralı temeline dayalı olarak yapıldığından, yine dürüstlük kuralının etkisinin gözardı edilmesi mümkün olmayacaktır.

397 Eğer bunlar, açıkça veya farkedilebilir-anlaşılabilir bir tarzda asıl müteahhitle olan akdî ilişkinin koruma alanına dahil edilmişler ise elbetteki bir başka durum meydana gelecek ve böylelikle iş sahibi veya taşeron hakkaniyet gereği sorumluluk alanının genişlemesine müsaade etmek zorunda olacaktır. Böylece iş sahibi, kendisinin asıl müteahhidin şahsı ve işçilerine karşı göstermekle yükümlü olduğu özen gösterme mükellefiyetinin kapsamına taşeronu da dahil etmek durumunda olacağı gibi; taşeron da iş sahibinin kendisine karşı bazı talepler ileri sürmesine katlanmak durumunda olacaktır. İş sahibi ve taşeronun temelini dürüstlük kuralında bulan bu teori çerçevesinde birbirlerine karşı doğrudan talep hakkına sahip oldukları durumlarla ilgili açıklamalar için bkz. ilerde §7. III. 6. ve §7. IV. 3.

398 **Schwarz,** Sh. 143.

399 Bu araştırma, yukarıda anılan ve dürüstlük kuralı temeline dayalı olarak geliştirilen olay grupları (*Yan edim mükellefiyetleri, Koruma mükellefiyetleri, Emprevizyon*) çerçevesinde veya onlar temel alınarak yapılmayacaktır. Zira olay gruplarının bu şekilde sınırlandırılması her zaman adil sonuçlara götürmeyebilmekte ve üstelik bu olay grupları, birbirleri arasındaki sınır tam anlamıyla netlik kazanmadığından birbirleriyle karışabilmektedirler.

borcunun kapsam ve içeriğinin bazı şartların gerçekleşmesiyle değiştirilmesi gerekliliği de gündeme gelebilir. Bu değişiklik ihtiyacı, sözleşmenin kurulması esnasında öngörülmesi mümkün olmayan teknik (*Mesela teknik bir yenilemenenin yapılması zorunluluğu veya üzerinde inşaat yapılacak gayrimenkulün özel yapısından kaynaklanan bir zorunluluk gibi*) veya hukukî (*Mesela bir ruhsatın eksik olduğunun anlaşılması veya ilave bazı rüsum, vergi veya harç ödenmesi gerekliliğinin ortaya çıkması gibi*) bir gereklilikten kaynaklanabileceği gibi[400]; sözleşmenin kurulmasından sonra iş sahibinin bu işin yapılması tarzı ile ilgili fikrini değiştirmiş olmasından da kaynaklanabilir. Bu noktada önem taşıyan husus, müteahhidin edim borcunda bir değişiklik yapılması ihtiyacının gündeme gelmiş olmasıdır. Bu değişiklik ihtiyacının giderilmesi müteahhidin ilave bazı işler yapmasını gerekli kılabileceği gibi; daha önce yapılması kararlaştırılmış bazı işlerin yapılmasından vazgeçilmesi veya kararlıştırılandan daha farklı bir şekilde (*başka bir malzeme veya başka bir yapı tekniği kullanılması suretiyle*) yapılmasını da gerekli kılabilir[401].

Bu değişiklik ihtiyacının taraflar arasında sağlanacak bir mutabakatla giderilebileceğinde şüphe yoktur. Fakat konumuz bakımından önem taşıyan husus, iş sahibinin müteahhitten tek taraflı olarak, bu değişiklik ihtiyacını karşılamasını talep etme imkânına sahip olup olmadığıdır. İş sahibinin sahip olabileceği bu tür bir talep hakkının ya ilgili kanun hükümleri tarafından tanınmış bir yetkiye ya da sözleşmeden kaynaklanan bir yetkiye dayanması düşünülebilir[402]; bazı durumlarda sözleşmenin tamamamlayıcı yorumu ile iş sahibine bu tür bir yetki tanınması da mümkün kabul edilmektedir[403].

Eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin iş sahibine tek taraflı olarak kullanabileceği bu tür bir yetki tanımadığı açıktır[404]. Fakat iş sahibinin BK m. 369 gereği, müteahhidin bütün zararlarını tazmin etmek suretiyle yapı eserinin tamamlanması ânına kadar sözleşmeyi her zaman fesih yetkisine sahip olduğu düşünüldüğünde; onun, sözleşmeyi feshetmek yerine sözkonusu değişiklik nedeniyle müteahhidin uğrayabileceği zararları tazmin etmek suretiyle, tek taraflı olarak bu değişikliği icra etmesini talebe hakkı bulunduğunun da kabulü gerekecektir[405].

İş sahibine tek taraflı olarak edimde değişiklik yapılmasını talep etme yetkisi sözleşme ile de tanınmış olabilir. Bu konuda sözleşmeler ile ilgili genel geçerlilik şartlarından başka bir sınır sözkonusu değildir. İş sahibinin sözleşme gereği sahip olduğu bu yetkinin içerik ve kapsamının belirlenmesinde ilgili sözleşmenin

---

400 **Schwarz,** Sh. 144.

401 **Gauch,** Werkvertrag, N. 768; **Schwarz,** Sh. 144.

402 **Gauch,** Werkvertrag, N. 774; **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 369 N. 8b c.

403 **Gauch,** Werkvertrag, N. 774; **Heiermann/Riedl/Rusam,** § 1 N. 30 VOB/B; **Nicklisch/Weick,** § 1 N. 23 VOB/B.

404 Bu başlık altında incelenmekte olan durumun, BK m. 365/II kapsamına girmediğine dikkat etmek gerekir. Eğer bu hükmün kapsamına dahil edilebilecek bir durum sözkonusu ise; bu takdirde burada incelenmekte olan anlamı ile sözleşmede değişiklik yapılması değil, sözleşmenin değişen duruma uydurulması veya gerekli ise sözleşmenin tamamen sona erdirilmesi sözkonusu olacaktır.

405 **Gauch,** Werkvertrag, N. 775; **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 369 N. 8b c.

hükümleri esas alınacak ve gerekiyorsa, bu sözleşmenin yorumlanması suretiyle iş sahibinin mevcut olduğu kabul edilen bu yetkisinin sınırları belirlenecektir[406].

Sözleşmede kararlaştırılan edimde değişiklik yapılması ihtiyacı ortaya çıktığı halde, sözleşmede bu duruma ilişkin bir hüküm bulunmaması sözleşmede bir boşluk olduğu anlamına geleceğinden, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile iş sahibine bu tür bir yetki tanınmasının gerekli olup olmadığının da araştırılması gerekir[407]. Böyle bir faaliyet ise ilgili sözleşme taraflarının farazi iradelerinin araştırılmasını gerekli kılar[408]. Buna göre iş sahibinin tek taraflı olarak sözleşmede değişiklik yapılmasını talep etme imkânına sahip olabilmesi, tarafların makul ve dürüst şekilde hareket eden kimseler olarak bu hususu mevcut inşaat sözleşmesi bakımından düzenlemek isteseIerdi, iş sahibine bu tür bir yetki tanımak suretiyle bu boşluğu doldurmak isteyeceklerinin söylenebildiği durumlarda mümkün olacaktır[409]. Sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun özellikle inşaat sözleşmeleri bakımından, bu sözleşmelerin özel yapısı gereği büyük bir önemi haiz olduğu kabul edilmektedir[410]. Zira inşaat sözleşmeleri bakımından, sözleşmenin kurulması esnasında, daha sonra (projenin hayata geçirilmesi aşamasında) ortaya çıkabilecek bütün gelişmelerin öngörülmesi ve sözleşmenin buna göre düzenlenmesi; bu tür projelerin hayata geçirilmesinin tarafların etki alanı dışında cereyan eden bir çok etkene bağlı olması nedeniyle, genellikle mümkün olamamaktadır[411]. Bu nedenledir ki inşaat sözleşmeleri uygulamasında iş sahibinin sözkonusu durumlar bakımından bu tür bir yetkiye sahip olmasının, dürüstlük kuralı gereği tarafların farazî ortak iradesine uygun olduğu genel olarak kabul edilmekte[412] ve iş sahibinin, müteahhidin sorumluluk alanına tek taraflı müdahelede bulunmak suretiyle, onun meydana getirmek durumunda olduğu edimde bazı değişiklikler talep etme yetkisine sahip olması benimsenmektedir[413].

Bu çerçevede iş sahibi, mesela resmî makamlar tarafından talep edilip kaçınılması mümkün olmayan veya yapı eserinin sözleşmeye uygun bir şekilde ve hiç bir zorlukla karşılaşmadan meydana getirilmesi için gerekli olan edim değişikliklerinin yapılmasını tek taraflı olarak müteahhitten talep etme imkânına sahip olacaktır. Fakat ne tür bir zorunluluktan kaynaklanırsa kaynaklansın, iş sahibinin bu tür bir yetkiye sahip olabilmesi için, sözkonusu değişikliğin müteahhidin ediminin

---

406 **Gauch,** Werkvertrag, N. 777.

407 **Gauch,** Werkvertrag, N. 778; **Heiermann/Riedl/Rusam,** § 1 N. 30 VOB/B.

408 Karş. **Jäggi/Gauch,** Zürcher Kommentar, Art. 18 N. 498; **Kramer,** Berner Kommentar, Art. 18 N. 238.

409 Karş. **Jäggi/Gauch,** Zürcher Kommentar, Art. 18 N. 498; **Kramer,** Berner Kommentar, Art. 18 N. 238; **Oğuzman/Öz,** Sh. 144.

410 **Gauch,** Werkvertrag, N. 778; **Heiermann/Riedl/Rusam,** § 1 N. 30 VOB/B.

411 Karş. **Nicklisch/Weick,** § 1 N. 24 VOB/B; **Gauch,** Werkvertrag, N. 779.

412 **Enders,** BauR 1982, Sh. 537 vd.; **Kapellmann/Schiffers,** Bd. II, N. 1007, 1008; **Staudinger/Peters,** Vorb. § 631 N. 49; **Gauch,** Werkvertrag, N. 779.

413 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 369 N. 8c; **Gauch,** Werkvertrag, N. 779; **Nicklisch/Weick,** § 1 N. 23 VOB/B; **Heiermann/Riedl/Rusam,** § 1 N. 30 VOB/B; **Kleine-Möller,** § 10 N. 453; **Ingenstau/Korbion,** § 1 N. 31 VOB/B; **BGH** BauR 1996, Sh. 378=NJW 1996, Sh. 1346; daha geniş kapsamlı değişikliklerin talep edilebileceği düşüncesinde: **Kapellmann/Schiffers,** Bd. II, N. 1004 vd.; **MüKo/Soergel,** § 631 N. 202: Bu yazar ise iş sahibinin tek taraflı değişiklik talep etme yetkisinin, inşaat sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanan bir yetki olduğunu; zira bu sözleşme bakımından, değişen şartlara uydurulma zorunluluğu bulunduğunu ifade etmektedir.

tamamen değiştirilmesi neticesini doğurmaması ve onun bakımından da bu değişikliğin katlanılabilir bir nitelik taşıması gerektiği doğru bir şekilde ifade olunmaktadır[414].

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, inşaat sözleşmeleri uygulamasında müteahhidin, iş sahibinin makul gerekçelerle kendisine yöneltmiş olduğu bu tür talepleri yerine getirmekten kaçındığı durumlar yok denecek kadar azdır; zira müteahhit, tecrübelerinin bir gereği olarak bir çok durumda, sözkonusu değişiklik yapılmaksızın yapı eserinin tamamlanmasının mümkün olup olmadığını kendisi de (zaten) tesbit edebilecek durumda olacaktır[415].

Sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile iş sahibinin bu tür değişiklik yapma yetkisine sahip olup olmadığı değerlendirilirken, dürüstlük kuralının bir gereği olarak sadece iş sahibinin menfaatleri değil, müteahhidin menfaatleri de dikkate alınmak zorundadır. Zira yorum, ister tamamlayıcı olsun isterse açıklayıcı, *tarafların ortak iradesinin* açıklığa kavuşturulması amacıyla yapılır[416] (BK m. 18). Bu nedenle iş sahibine bu tür bir yetki tanınabilmesi için, bu değişikliğin iş sahibi bakımından ***istenilebilir olması*** gerektiği gibi; müteahhit bakımından da ***katlanılabilir olması*** gerekir. Bu çerçevede müteahhit bakımından değerlendirme yapılırken, iş sahibince yapılmak istenen bu değişikliğin bu hususta hukukî veya fiilî bir zorunluluk bulunduğu için mi; yoksa iş sahibi bakımından yararlı bir değişiklik olduğu için mi yapılmak istendiğinin de dikkate alınması zorunludur.

Yine iş sahibinin bu tür bir yetkisinin bulunduğunun kabul edildiği durumlarda da, eğer bu değişiklik neticesinde müteahhidin fazladan masraflar yapması gerekiyorsa iş sahibinin, BK m. 369 hükmünün uygulanması ihtimalinde olduğu gibi, müteahhidin bu yüzden uğrayacağı bütün zararları ödemek zorunluluğu bulunmasa da; değişiklik nedeniyle yapılması sözkonusu olan fazla masrafları müteahhide ödemesi gerekir[417]. Tarafların ödenmesi gerekli miktar hususunda mutabakat sağlayamamaları ihtimalinde, müteahhidin böylelikle talep edebileceği miktar, sözleşmede asıl ücretin nasıl kararlaştırılmış bulduğundan bağımsız olarak BK m. 366 çerçevesinde belirlenecektir[418].

İşte buraya kadar yapılmış bulunan açıklamalar çerçevesinde iş sahibinin asıl müteahhitten edim değişikliği talep ettiği ve talebin taşeronun ediminde de değişiklik yapılmasını gerekli kıldığı durumlarda; aynı şekilde asıl müteahhidin de taşerona karşı benzer bir yetkiye sahip olup olmadığı meselesi gündeme gelecektir. Bu değişiklik talebi taşeron tarafından kabul edilecek olursa[419], asıl müteahhit bakımından herhangi bir zorluk sözkonusu olmaz. Fakat taşeronun bu duruma itiraz etmesi ihtimalinde asıl müteahhit, her iki sözleşme arasındaki özel konumu nedeniyle bazı zorluklarla karşılaşacaktır. Böyle bir ihtimalde ise dürüstlük kuralına dayanarak taşerona, asıl müteahhidin bu özel durumunu

---

414 **Vygen,** FS Locher, Sh. 263; **Staudinger/Peters,** Vorb. § 631 N. 49; **Gauch,** Werkvertrag, N. 779.

415 **Gauch,** Werkvertrag, N. 779.

416 **Merz,** Berner Kommentar, Art. 2 N. 121 vd.

417 Karş. **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 369 N. 8c; **Gauch,** Werkvertrag, N. 785.

418 **Gauch,** Werkvertrag, N. 785.

419 Akit serbestisi ilkesi çerçevesinde tarafların karşılıklı anlaşması suretiyle inşaat sözleşmesinde değişiklik yapılması her zaman mümkündür.

dikkate alma mükellefiyetinin yüklenebilip yüklenemeyeceği ve bu suretle her iki sözleşme arasında uyumun temin edilmesinin mümkün olup olmadığı sorusunun cevaplandırılması gerekir.

bb. Her iki akdî ilişki arasındaki uyumun temini

Her iki sözleşmenin birbiri karşısındaki hukukî bağımsızlığı, her bir değişiklik talebinin sadece ilgili akdî ilişki bakımından etkili olması neticesini doğurur: İş sahibi değişikliği asıl müteahhitten, asıl müteahhit de taşerondan talep etme imkânına sahiptir. Bu nedenle değişiklik arzusunun yerine getirilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin de her bir akdî ilişki bakımından özel olarak yapılması zorunluluğu mevcuttur. İş sahibinin değişiklik arzusunu asıl müteahhide karşı yöneltme yetkisine sahip olması, asıl müteahhidin taşerona karşı benzer bir talep ileri sürebilmesi bakımından hiç bir anlam ifade etmez. Taşeron bakımından da asıl müteahhidin durumunda olduğu gibi bu değişiklik talebine uyma zorunluluğunun meydana gelebilmesi, yukarıda açıklanan şartların taşeronluk sözleşmesi bakımından da oluşmuş olması şartına bağlıdır. Buna göre iş sahibi tarafından talep edilen bir değişiklik asıl müteahhit tarafından katlanılabilir olarak değerlendirildiği halde, taşeron bakımından katlanılabilecek bir talep olarak değerlendirilmeyebilecektir. Mesela asıl müteahhit sözkonusu değişiklik talebini, plan ve projelerde yapacağı bir değişiklikle bizzat yerine getirme imkânına sahip olduğu halde, böyle bir değişiklik talebinin karşılanması taşeron bakımından (mesela işletmesinin buna göre organize edilmiş olmaması nedeniyle) önemli zorluklar doğurabilir[420]. Böyle bir ihtimalde değişiklik talebinin yerine getirilmesi asıl müteahhit bakımından katlanılabilir olarak nitelendiği halde, taşeron bakımından böyle kabul edilemeyecektir.

Buna mukabil, sözkonusu değişiklik talebinin icra edilmesi taşeronun önemli derecede fazla masraf yapmısını gerekli kılması ihtimalinde; ancak bu masrafların tamamının asıl müteahhit tarafından karşılanması ihtimalinde bu değişiklik taşeron bakımından da katlanılabilir olarak kabul edilecektir[421]. Asıl müteahhit böylece ortaya çıkan bütün masrafları ödemeye hazır olduğu halde, taşeronun bu talebi reddetmesi; dürüstlük kuralı gereği taşeronun korunmaya lâyık başka menfaatinin bulunmaması nedeniyle, hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu örneğin de ortaya koyduğu gibi bazı durumlarda asıl sözleşme çerçevesinde ortaya çıkan bir gelişme, dolaylı olarak da olsa taşeronluk sözleşmesini de etkileyebilmektedir. Asıl müteahhit, iş sahibinin değişiklik arzusunu hiç masraf yapmadan veya çok az bir masraf yapmak suretiyle kendi işletmesinde yerine getirme imkânına sahip olabilir; fakat bu değişikliğin icrası taşeron bakımından katlanılabilir olarak kabul edilemediği için o, tam tazminat ödemek suretiyle taşeronluk sözleşmesini kısmen veya tamamen feshetmek (BK m. 369) zorunda kalmış ise; iş sahibinin taşerona ödenmesi sözkonusu olan bu tazminatı da asıl müteahhide masraf olarak ödemesi gerekecektir[422]. Bu ihtimalde ise taşeronluk sözleşmesinin mevcudiyetinin dolaylı olarak asıl sözleşmeyi etkilemesi gündeme gelmektedir.

Bu iki örneğin de ortaya koyduğu gibi, her iki sözleşme açısından da değişiklik taleplerinin katlanılabilir olup olmadığının değerlendirilmesi aşamasında, her ne kadar her iki sözleşme hukuken birbirinden bağımsız iki ayrı sözleşme olsa da; bu

---

420 **Schwarz,** Sh. 146.

421 **Schwarz,** Sh. 147.

422 Karş. **Kleine-Möller,** § 10 N. 508.

iki sözleşmenin birbiri üzerinde meydana getirdiği fiilî etkilerin gözardı edilmesi mümkün gözükmemektedir. Özellikle her üç şahsın da etki ve egemenlik alanı dışında gelişen bazı olaylar nedeniyle edimde değişiklik yapılmasının gerekli olduğu ihtimallerde (*mesela resmî makamların bazı değişiklikleri gerekli görmesi*[423] veya *bu değişikliğin herkes tarafından geçerliliği kabul edilen genel teknik kuralların bir gereği olduğu durumlarda*[424]), böylece ortaya çıkan değişiklik ihtiyacının her iki müteahhit bakımından da katlanılabilir olup olmadığının değerlendirilmesi esnasında bu fiilî etkilerin gözardı edilmesi mümkün gözükmemektedir. Yine bu değerlendirmenin taşeron bakımından yapılması esnasında, asıl müteahhit bakımından yapılması sözkonusu olan *istenebilirlik değerlendirmesinin*, onun iş sahibi karşısındaki akdî bağlılığı da dikkate alınmak suretiyle yapılması dürüstlük kuralının bir gereği olarak karşımıza çıkacaktır.

Bu suretle dürüstlük kuralı asıl müteahhide, kendi karşı âkidine (asıl sözleşme bakımından iş sahibine, taşeronluk sözleşmesi bakımından taşerona) karşı, diğer akdî ilişki bakımından mevcut hukukî bağlılığının dikkate alınmasını talep etme imkânını bahşetmekte ve bunun neticesi olarak her iki akdî ilişkinin birbiri arasında uyumun teminine hizmet etmektedir. Yalnız böyle bir uyumun dürüstlük kuralı aracılığı ile temin edilmiş olmasından, sözleşmelerin nisbîliği ilkesinin de böylece aşılmış olacağı neticesi çıkarılmamalıdır; zira temin edilen bu uyuma rağmen her iki akdî ilişkinin birbiri karşısındaki hukukî bağımsızlığı halen devam etmekte ve mesela edim ve karşı edim taleplerinin sadece ilgili taraflar arasında ileri sürülmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Dürüstlük kuralının buradaki rolü, istenilebilirlik-katlanılabilirlik değerlendirmesinin yapılmasında, diğer akdî ilişki ile olan hukukî bağlılığın dikkate alınması gerekliliğini teminden ibaret olup; dürüstlük kuralı gereği bu akdî bağlılık dikkate alındığı halde, edim değişikliğinin katlanılabilir olmadığı neticesine ulaşılması ihtimali de mevcuttur. Zira diğer akdî ilişkinin mevcudiyeti, katlanılabilirlik değerlendirmesinin yapılması bakımından etkili olan kriterlerden sadece birisini teşkil edecektir[425].

Son olarak ifade etmek gerekir ki, iş sahibi tarafından talep edilmesi sözkonusu olan edim değişiklikleri ile ilgili bu açıklamalar; iş sahibinin mevcut edimin kapsamının genişletilmesi veya sözleşmede yer almayan başka edim taleplerinde bulunması ihtimalleri bakımından da geçerlidir. Bu durumlarda da her bir talep her iki akdî ilişki bakımından ayrı ayrı değerlendirilmeli ve bu taleplerin yerine getirilmesinin asıl müteahhit ve taşeron bakımından katlanılabilir olduğu neticesine ulaşılabiliyorsa, bu durumlarda da her iki sözleşme arasında uyumun temini, ilgili talepler kapsamında mümkün olmalıdır.

c. Hakkın kötüye kullanılması itirazı

Haklar, kötüye kullanılmaları durumunda dürüstlük kuralı aracılığı ile tamamen ortadan kaldırılabileceği gibi, kullanılmalarına sınır da getirilebilir (MK m. 2). Böyle bir durumda dürüstlük kuralının sözleşme sınırlarını aşacak bir şekilde uygulama alanı bulabilip bulamayacağı meselesi ortaya çıkabilir. Bununla ilgili olarak şu örnekler anılabilir:

---

[423] **Nicklisch/Weick,** § 1 N. 23 VOB/B; **Kleine-Möller,** § 10 N. 505; **Heiermann/Riedl/Rusam,** § 1 N. 30 VOB/B.

[424] **Kleine-Möller,** § 9 N. 76 vd.

[425] **Schwarz,** Sh. 147.

aa. Diğer akdî ilişkiye taraf olan şahsın yapmış olduğu hile

BK m. 31 hükmü çerçevesinde akdin iptali imkânı, sadece hilenin sözkonusu olduğu akdî ilişki bakımından gündeme gelir. Buna göre mesela iş sahibi akdin kurulmasını temin için asıl müteahhide karşı hile yapmış ise asıl müteahhit, sadece asıl sözleşmeyi iptal etmeye yetkilidir. Asıl müteahhit aynı şekilde taşerona karşı da sözleşmeyi iptal etme yetkisine sahip değildir. Aynı şekilde işlem temelinin çökmesi teorisine dayalı olarak da asıl müteahhidin sözleşmeyi sona erdirme hakkının mevcut olmadığı sonucuna varmak gerekir; aksi takdirde hileyle ilgisi bulunmayan bir üçüncü şahıs olarak taşeron zarar görmüş olacaktır. Böyle bir ihtimalde asıl müteahhit taşeronluk sözleşmesini, olsa olsa BK m. 369 hükmüne göre sona erdirme imkânına sahip olacaktır.

Ortaya çıkması ihtimali çok nadir olmakla birlikte, bizzat taşeronun üçüncü şahıs olarak asıl sözleşmenin kurulması ile ilgili bir hile yapmış olması dahi asıl müteahhide taşeronluk sözleşmesini iptal etme hakkı vermeyecektir[426]; zira hileye maruz kalan sözleşme asıl sözleşmedir; yoksa taşeronluk sözleşmesi değil. Fakat her şeye rağmen, asıl müteahhidin BK m. 369 çerçevesinde sözleşmeyi sona erdirmiş olması ihtimalinde taşeronun, bu hüküm gereğince ücretinin tamamını almasına izin vermek de adaletli bir yaklaşım tarı olarak gözükmemektedir. Burada asıl müteahhide ya akdin müsbet ihlali teorisi çerçevesinde önemli bir sebebe dayalı olarak sözleşmeden dönme hakkı tanımak veyahut da onun sözleşmeden BK m. 369 hükmü çerçevesinde dönmesini ve taşeronun bu hüküm çerçevesinde sahip olduğu hakları ileri sürmesi ihtimalinde, onun bu talebini hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle reddetmek isabetli bir yaklaşım tarzı olacaktır[427]; zira taşeron kendisinin asıl müteahhide karşı riayet etmekle yükümlü olduğu kabul edilen[428], asıl müteahhidin sözleşme yapmak istediği başka şahısları etkilemekten imtina etme yükümlülüğüne aykırı davranmıştır. Gerçi akdin müsbet ihlali teorisine dayalı olarak kabul edilen asıl müteahhidin bu talep hakkı sadece asıl müteahhit ile taşeron arasındaki akdî ilişkiyi etkilemekte ve her iki sözleşmenin hukukî bağımsızlığı baki kalmaktadır; fakat bununla beraber taşeronun bu hareketi nedeniyle devreye giren dürüstlük kuralı her iki akdî ilişkiyi asıl mütehahit yararına birbirine yaklaştırmış olmakta ve asıl müteahhidin korumasız kalmasını önlemiş olmaktadır.

bb. Taşeronun ihbar mükellefiyeti

Alman Federal Mahkemesi tarafından verilmiş bir karardan hareketle bazı durumlarda taşerona ihbar mükellefiyeti yüklenmesinin sözkonusu olup olmayacağı meselesini de incelemek istiyoruz. Federal Mahkeme bu kararında[429], kendisine yöneltilmiş bir ifa talebini reddetmiş bulunan asıl müteahhidin kabul (alacaklı) temerrüdüne düşüp düşmediği sorusunu aydınlatma çabasındadır. Karara konu olayda asıl müteahhit, taşeronun kendisine yöneltmiş olduğu ifa talebi üzerine eserin bütün olarak tesliminin gerçekleşmesine kadar beklemesini yazılı olarak bildirmiş ve bu hususta onunla anlaşmış olduklarını ümit etmiştir. Taşeron ise bu hususta herhangi bir yorum yapmamıştır. Temyiz mahkemesi asıl

---

426 **Schwarz,** Sh. 164.

427 Bunun dışında hem asıl müteahhit ve hem de iş sahibi taşerona karşı haksız fiil sorumluluğuna müracaat edebilirler; Ayrıca karş. **Schwarz,** Sh. 164.

428 Genel olarak bkz. **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 154 VOB/A.

429 **BGH**, BauR 1991, Sh. 461=NJW-RR 1991, Sh. 914=ZfBR 1991, Sh. 159.

müteahhidin bu yazısını kabulün reddi olarak değerlendirirken; Federal Mahkeme bu açıklamayı *„kabul hususunda biraz daha beklenmesine yönelik bir muvafakatin teminine yönelmiş bir rica"* olarak kabul etmiştir[430]. Yüksek mahkeme açıklamalarına devamla taşeronun, eğer asıl müteahhidin ricasını kabul etmeyip kısmi kabulün gerçekleştirilmesini arzu ediyor idiyse bu arzusunu, bir temerrüt durumunda ortaya çıkması muhtemel hukukî sonuçların önemi dolayısıyla ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak asıl müteahhide bildirmekle yükümlü olduğunu kabul etmiş ve buradan hareketle nihaî olarak asıl müteahhidin kendi ricasının taşeron tarafından zımnen kabul edilmiş olduğunu düşünmeye hakkı olduğu sonucuna varmıştır[431].

Alman Federal Mahkemesi bu kararını genel olarak dürüstlük kuralı temeline dayandırmış; fakat bu hususta ayrıntılı bir açıklama yapmamıştır. Bu bakımdan burada bir taraftan taşeronun, karşı âkidin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri ile ilgili açıklamalarına reaksiyon göstermeye ilişkin, akdî bir yan edim yükümlülüğünün mevcut olduğu neticesine ulaşılması düşünülebileceği gibi; çelişkili davranış yasağına (venire contra factum proprium) ve yine hukuk uygulamasında bu kuraldan çıkarılmakta olan uyandırılan güvene aykırı hareket etme yasağına dayanılması da düşünülebilir[432]. Eğer taşeron asıl müteahhidin açık beyanına hiç bir tepki göstermemiş ise o, taşeronun kendi beyanına itiraz etmemekle bu hususdaki muvafakatini ortaya koyduğu neticesine ulaşmakta haklı olacaktır. Böylelikle taşeron bu doğrultuda bir karar vermek niyetinde olmasa dahi, sanki bu yönde irade beyanında bulunmuş gibi muameleye tabi tutulacaktır[433].

Dürüstlük kuralı burada da etkilerini bir akdî ilişki bünyesinde meydana getirmektedir; fakat bu suretle asıl müteahhide, her iki akdî ilişki arasındaki durumunu iyileştirme imkânı bahşetmiş olmaktadır[434]: Taşeron aksi yönde bir irade açıklamasında bulunmadığı sürece asıl müteahhit, taşeronun ediminin kabulünün eserin tamamının kabulü ile birlikte gerçekleştirieceği hususu başlangıçta kararlaştırılmış olmamasına rağmen, onun kabulünü de eserin tamamının kabulüne erteleme imkânına kavuşmuş olur. Bu yüzden taşeronun hukukî durumunun zarar görmesi de sözkonusu olmaz; zira asıl müteahhidin bu kabilden isteklerine itiraz etme imkânı kendi selahiyetinde bulunmaktadır.

d. Akdî ilişkiden kaynaklanan yan edim mükellefiyetleri

Yukarıda anılmış bulunan örneklerin ortaya koyduğu gibi bazı durumlarda yan edim mükellefiyetleri de akdî ilişkilerin birbirine yaklaştırılmasına hizmet edebilmektedir. Gerçi bu mükellefiyetler netice olarak mevcut akdî ilişkiler dışında, mesela taşeron ile iş sahibi arasında yeni ve başlıbaşına bir hukukî ilişki meydana getirmemektedirler; fakat bunlar muhtemel riskleri azaltabilir ve asıl müteahhidin her iki akdî ilişki arasındaki mevcut konumunun iyileşmesine hizmet edebilirler[435].

---

430 **BGH,** ZfBR 1991, Sh. 159, 160.

431 **BGH,** ZfBR 1991, Sh. 159, 160.

432 Bu hususta daha fazla izahat için bkz. **Staudinger/Dilcher,** Vorb. §§ 116-144 N. 45.

433 **Schwarz,** Sh. 166.

434 **Schwarz,** Sh. 166.

435 **Schwarz,** Sh. 167.

Bu arada ifade etmek gerekir ki eser sözleşmesi ile ilgili hükümler arasında, BK m. 356/I hükmüne benzer şekilde iş sahibinin müteahhide karşı sadakat ve özen gösterme borcunu düzenleyen bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumun kanun koyucunun eser sözleşmesi ile ilgili hükümleri düzenlerken, bir taraftan müteahhidin, sözleşmedeki uzman taraf olarak[436] bu anlamda özel bir korumaya ihtiyacı bulunmadığı düşüncesini esas aldığı; diğer taraftan ise bu sözleşmeyi âni ifalı bir sözleşme olarak düzenlemek istemesi nedeniyle, iş sahibine eserin meydana getirilebilmesi için müteahhide yardım ve muavenette bulunma borcu yüklemeyi gerekli görmediği şeklinde izah edilmekte; fakat bu eksikliğin dürüstlük kuralı ile tamamlanabileceği ve iş sahibine müteahhit ve yardımcılarına bir zarar vermemek için gerekli şeyleri yapma borcu yüklenebileceği kabul edilmektedir[437].

Bu çerçevede mesela belirli bir taşeronun işin yapımına dahil edilmesini asıl müteahhide kabul ettirmiş olan iş sahibi, taşeronları herhangi bir şekilde etkilememek ve bunları seçerken özenli davranmakla yükümlüdür. Bu şekilde hareket etmek hususunda onun, akdî ilişkiden kaynaklanan bir yan edim mükellefiyeti mevcuttur. Aynı şekilde taşeron da iş sahibini etkilemek suretiyle asıl müteahhidin zarara uğratılmasına sebebiyet vermemekle mükelleftir[438].

Taşeron bakımından yan edim mükellefiyetleri, iş sahibinin asıl müteahhide karşı ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde bazı taleplerde bulunması ihtimalinde de ortaya çıkacaktır. Mesela asıl müteahhit taşerona ayıbı bizzat gidermesinden kaynaklanan talep haklarını ileri sürmekte ise tazminat yükümlülüğünün kapsamı daha farklı mütalaa edilecektir. Özellikle taşeronun asıl müteahhide karşı, iş sahibinin ayıbı gidermek için yapmış bulunduğu masrafları ve bu masraflara ilişkin faizi ödemekle yükümlü olup olmadığı meselesi ile; taşeronun iş sahibi ile asıl müteahhit arasında vukubulmuş daha önceki dava masraflarını da ödemekle yükümlü tutulup tutulamayacağı meselesi ihtilaflıdır[439].

Kural olarak taşeron bu masrafları tazmin etmekle yükümlü tutulamamalıdır; zira bu masraflar taşeronun ayıpla malûl ifasının doğrudan sonucu olmayıp; aksine asıl müteahhidin iş sahibine karşı ifa yükümlülüğünü yerine getirmeyerek temerrüde

---

436 *„...Gerçekte yer tesbiti ve proje idarece yapılmış olmakla köprünün yıkılmasından idarenin 1. derece kusurlu olarak kabulü doğrudur. Ancak Borçlar Kanununun 357. maddesi hükmünce, müteahhit köprü yerinin isabetli olup olmadığını ve kendisine verilen projenin fenne ve amaca uygun bulunup bulunmadığını inceleyerek inşaatın fenne uygun ve muntazam şekilde icrasını tehlikeye koyacak bir halin varlığını tesbit ederse durumu iş sahibine derhal haber vermek zorunluluğundadır..."* [**Yarg.** 15. HD. 6.5.1991 t., E. 5792, K. 2285 (**Karahasan,** İnşaat-İmar-İhale hukuku, Sh. 1243-1244)] Bu yönde **Yarg.** 15. HD., 14.11.1989 t., E. 828, K.4778 (**Uygur,** C. I, Sh. 591).

437 **Gauch,** Werkvertrag, N. 1320; **Zeltner,** N. 147; **Chaix,** Sh. 129; Yargıtay da dürüstlük kuralı gereği iş sahibinin, müteahhidi belirli hususlarda aydınlatmakla mükellef olduğunu kabul etmektedir: *„...İş sahibinin başlıca borcu ücret borcudur. Ayrıca -kararlaştırılmış ise- malzeme borcu vardır. Bunlara ek olarak genelde dürüstlük kuralı sonucu (MK m. 2) malzeme tesliminde, -arsa dahil- iş sahibi tarafından bilinen ve ancak göze çarpmayacak derecede olan tehlikeli ya da işi etkileyecek vasıflardan yüklenicinin haberdar edilmesi gerekir..."* (**Yarg.HGK,** 1.7.1992 t., E. 15-309, K. 452; Karar için bkz. **Uygur,** C. I, Sh. 381-382).

438 Bkz. **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 153 VOB/A; **Schwarz,** Sh. 167.

439 Olumsuz: **OLG Köln,** BauR 1989, Sh. 376; **Kaiser,** Mängelhaftungsrecht, N. 83 vd.; Onaylayan: **Werner/Pastor,** N. 913; **Knacke,** ARGE, Sh. 87, 90 vd.; **Jagenburg,** NJW 1989, Sh. 2729, 2736; sınırlı olarak kabul eden: **Locher,** Baurecht, N. 393 (Eğer bu davanın görülmesi gerekliliği mevcut ise ve bu dava asıl müteahhit tarafından lâyıkı veçhile yürütülmüş ise).

düşmüş ve nihayet dava edilmiş olması nedeniyle oluşmuştur. Fakat asıl müteahhidin taşerona, iş sahibinin kendisine karşı ayıbın giderilmesi talebinde bulunduğunu haber vererek; ondan kendi ediminden kaynaklanması muhtemel ayıplarla ilgili olarak, iş sahibi ile hukukî bir mücadeleye girişip girişemeyeceği hususundaki kararını açıklamasını talep etmiş ise çözüm başka türlü olacaktır. Bu ihtimalde taşeronun, akdî ilişkiden kaynaklanan bir yan edim mükellefiyeti mevcut olup bu mükellefiyetin ihlali daha önceki dava masrafları ile faiz masraflarının da taşeron tarafından tazmin edilmesi sonucuna götürecektir[440]. Hiç şüphesiz taşeronun ayıba karşı tekeffül borcu her zaman, kendisi tarafından sebebiyet verilmiş bulunan ayıplarla iş sahibince itiraz edilmiş bulunan ayıpların aynı olması ihtimalinde ortaya çıkacaktır.

Gerçi ifade olunan bu yan edim mükellefiyetleri sadece ilgili akdî ilişki dahilinde oluşmaktadır; fakat asıl müteahhidin diğer akdî ilişkiden kaynaklanan mükellefiyetleri ile ilgili olarak nazarı itibara alınmakta ve onun menfaatlerine hizmet etmektedir. Yan edim mükellefiyetleri son derece çeşitli olup, muhakkakki sadece asıl müteahhit yararına değil karşılıklı olarak taşeron veya iş sahibi yararına da meydana gelirler. Daha ziyade asıl müteahhit bakımından da karşı âkidine karşı, başka akdî ilişkiler kurması doyayısıyla özellikle yan edim mükellefiyetleri oluşabilir. Mesela iş sahibine karşı taşeronun kimliği ve adresinin bildirilmesi, aynı şekilde taşeronluk sözleşmesinin kapsamının açıklanması[441] [442] veya üçüncü şahsın zararının tazmini (Drittschadensliquiditation) yoluyla bir zarar iş sahibi tarafından tavsiye edilmiş bulunan taşerona karşı dava etme zorunluluğu dikkate alınarak bazı yan edim mükellefiyetlerinin doğması muhtemeldir[443].

Asıl müteahhit bakımından yan edim mükellefiyetleri sözleşmeye konulmuş bulunan özel hükümler doayısıyla da gündeme gelebilir. Mesela asıl müteahhit, Alman Federal Mahkemesinin 1964 yılında vermiş bulunduğu kararına[444] konu bir olayda taşeronla, yapacağı ücret ödemelerinin bu edimle ilgili olarak asıl sözleşmede iş sahibi tarafından ödenmiş veya ödenmek zorunda olan ücrete bağlı olarak gerçekleştirilmesi hususunda mutabakata varmıştır. Buna göre taşeron, iş sahibi eseri teslim ve kabul edip ödeme yapmadıkça ücretinin ödenmesini talep edemeyecektir. Bu tür bir mutabakatın mevcudiyeti ihtimalinde asıl müteahhit, dürüstlük kuralının bir gereği olarak, iş sahibinin ödeme yapmasını mümkün kılacak ve iş sahibine karşı ifa talebinin hayata geçirilebilmesini temin edecek her şeyi yapmak zorunda olacaktır[445]. Diğer taraftan asıl müteahhit, eğer taşerona yapılacak ödemelerin iş sahibi-asıl müteahhit arasındaki akdî ilişki bünyesinde yapılacak hesaplaşmada dikkate alınması kararlaştırılmış ise iş sahibine karşı da taşeronun taleplerini makul olup olmadıkları noktasından kontrol etmekle mükellef olacaktır[446].

---

440 Aynı fikirde: **Knacke,** ARGE, Sh. 87, 90 vd.; **Schwarz,** Sh. 168.

441 Bü yükümlülük dürüstlük kuralının bir gereğidir; Fakat asıl müteahhitten taşeronluk sözleşmesinin bütün ayrıntılarını ve taşerona ödemek durumunda olduğu ücret miktarını açıklaması beklenemez.

442 Bkz. **Staudinger/Peters,** § 631 N. 35, § 633 N. 153.

443 **Schwarz,** Sh. 168.

444 **BGH,** VersR 1964, Sh. 298 vd.

445 **Schwarz,** Sh. 169.

446 **BGH** kararına konu olayda durum açıkça bu şekildeir (Bkz. VersR 1964, Sh. 298, 299). Kural olarak muhakkak ki asıl müteahhide taşeronun hesapları bakımından özel bir kontrol

Özet olarak ifade etmek gerekirse yan edim mükellefiyetleri varılacak akdî mutabakat çerçevesinde çok çeşitli şekillerde gündeme gelebilmekte ve zorunlu olarak bir taraf yararına oluşmaktan ziyade, menfaat durumuna göre bütün taraflar bakımından yararlı olabilmekte veya bütün taraflar aleyhine ilave bazı mükellefiyetlerin yerine getirilmesi zorunluluğuna yol açabilmektedir.

e. Sonuç

Taraflar arasındaki akdî ilişkilerin birbirinden bağımsız olması nedeniyle dürüstlük kuralının, sadece iş sahibi ile asıl müteahhit ve aynı şekilde asıl müteahhit ile taşeron arasındaki akdî ilişki bakımından uygulama alanı bulması temel kuraldır. Dürüstlük kuralı aracılığı ile iş sahibi ile taşeron arasında doğrudan bir akdî ilişki kurulması ise mümkün gözükmemektedir.

İlgili sözleşme sınırları içerisinde kalmak üzere, ilave bazı mükellefiyetlerin oluşabileceği veya dürüstlük kuralı gereği bu akdî ilişki dışında bulunan üçüncü şahıslarla ilgili bazı etkilerin meydana gelebileceğini de gözönünde bulundurma zorunluluğu vardır; mesela edim değişikliklerinin katlanılabilirliğinin değerlendirilmesi veya ilgili akdî ilişki haricinde bulunan (diğer sözleşmedeki) âkit şahsın gizli bir şekilde hile yapmasında durum böyledir. Bu ihtimal bakımından dürüstlük kuralı akdî ilişkilerin belirli ölçüde birbirlerine yaklaştırılması neticesine götürebilir. Fakat hiç bir şekilde, bu yönde bir zorunluluk bulunduğundan söz edilemez. Bu, her zaman somut olayın özelliklerine bağlıdır. Böylece sözleşmelerden birisinin sona erdirilmiş olduğu bütün durumlarda dürüstlük kuralının, asıl müteahhidi her iki sözleşmeye de taraf olması nedeniyle maruz kaldığı risklerden kurtarma imkânını bahşetmediği tesbit edilmiştir. Nihayet dürüstlük kuralı olayın özelliklerine göre, hakkaniyet gereği asıl müteahhidin durumunu düzeltici bir rol de icra edebilir; fakat buradan hareketle bu yönde bir kural geliştirilmesi mümkün gözükmemektedir. Böylelikle dürüstlük kuralı, bu ilişkiye dahil taraflardan sadece birisinin menfaatlerine de hizmet etmemekte; aksine örnek kabilinden zikredilmiş bulunan bazı yan edim mükellefiyetlerinin de ortaya koyduğu cihetle, bu ilişkiye dahil bulunan her üç şahsın menfaatlerine hizmet edebileceği gibi, bunlar aleyhine ilave mükellefiyetlerin doğumuna da yol açabilmektedir.

3. Bu kısma ilişkin genel değerlendirme

Her iki akdî ilişkinin birbiri ile uyumunun temini amacıyla kullanılabilecek yöntemlerden birisinin tarafların bu yöndeki özel mutabakatı diğerinin ise genel işlem şartlarının kullanılması olduğu sabittir. Tarafların bu yönde varacakları mutabakat, olayın özellikleri ve tarafların bu hususdaki özel ihtiyaçları dikkate alınarak akdî ilişkiler arasında özel bir uyumun teminini mümkün kılacaktır. Kural olarak bu yöntem bununla ilgili sınırlamalar kapsamına girmediği müddetçe avantajlı bir yöntemdir[447].Fakat diğer taraftan bu yöntemin kullanılması çok fazla zaman kaybına neden olduğundan hukuk uygulaması bakımından genellikle pratik bir yöntem olarak kabul edilmemektedir. Bu yöntem bünyesinde belirli hükümlerin

---

mükellefiyeti yüklenemez. Taşeronun alacak talebi asıl müteahhide yöneltilmiş bir taleptir, yoksa iş sahibine karşı değil. Eğer asıl müteahhit taşeronun edimine isabet eden ücret kısmını iş sahibine karşı bir hesaplaşma unsuru olarak sunuyorsa, burada da sadece asıl müteahhidin bir talebi sözkonusu olup; bu talep ya haklıdır veya değil (**Schwarz,** Sh. 169 dn. 498).

447 **Schwarz,** Sh. 171.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

bir bütün olarak veya parçalar halinde diğer sözleşmeden nakledilmesi yoluna gidilmesi durumunda ise duruma göre bu kısımların yorumu ile ilgili bazı sorunların ortaya çıkma ihtimali mevcuttur.

Sözleşmelerin birbiri ile uyumunun temini bakımından yorum, başlıbaşına bir yöntem teşkil etmemektedir. Gerçi sözleşmenin ve sadece özel bazı olaylar bakımından sınırlı olmak üzere kanunun yorumu ile her iki akdî ilişkinin belirli ölçüde birbirine yaklaştırılması mümkündür. Fakat bu sayede bir kural geliştirmek mümkün gözükmemekte; hatta bazı durumlarda kanunun yorumu bu bakımdan aksine neticeler de verebilmektedir. Ayrıca sözleşme yorumu, istisnaî bazı durumlarda tarafların birlikte ortaya koyduğu iradeleri veya taraflarca kullanılmış bulunan genel işlem şartlarının tamamlanması suretiyle akdî ilişkilerin birbirine yaklaştırılması neticesine götürebilmekte ise de; bu yöntem de başlı başına bir kural geliştirilmesi bakımından yeterli gözükmemektedir.

Kanaatimizce her iki akdî ilişki arasında eşgüdüm ve uyum sağlanması yönünde genel bir ilkenin dürüstlük kuralı temeline dayalı olarak geliştirilmesi de mümkün gözükmemektedir. Gerçi bu yolla sözleşmelerin birbirine uygun hale getirilmesi mümkündür; fakat böyle bir neticeye ulaşılması, daha çok somut olayın özelliklerine bağlıdır. Ayrıca ifade edilmelidir ki, bu suretle akdî ilişkilerin birbirine uydurulması ile varılacak netice de farklı olabilmektedir: Dürüstlük kuralı yardımı ile ilişkiye dahil her bir tarafın menfaatlerine hizmet edilmesi mümkün olduğu gibi, bunlardan her biri aleyhine bazı mükellefiyetlerin doğması da mümkündür. Keza her iki sözleşmenin birbiri ile uyumunu sağlayacak başlıbaşına bir yöntemden burada da söz edilemez.

2. Bölüm
İş sahibi-Asıl müteahhit-Taşeron arasındaki hukukî ilişkiler ve sona erme meselesi

§5. İş sahibi ile asıl müteahhit arasındaki taşeronla ilgili hukukî ilişki

I. Genel olarak

İş sahibi ile asıl müteahhidin birbirleri karşısındaki hukukî durumlarının tesbiti bakımından doğal olarak asıl inşaat sözleşmesi esas alınacaktır. Asıl müteahhit bu sözleşmeden doğan borçlar bakımından iş sahibine karşı tek başına sorumlu olacak; iş sahibi de bu müteahhidin yerine getirmekle yükümlü olduğu edimler bakımından sadece onu sorumlu tutma imkânına sahip bulunacaktır. Hatta asıl müteahhidin, bir genel müteahhit olarak sözleşme konusu projenin hayata geçirilmesi ile görevlendirilmiş olması da bu durumda bir değişiklik meydana getirmeyecek ve o da sözleşme veya işin niteliği gereği işin yapımında taşeron kullanma yetkisine sahip olmasından bağımsız olarak, iş sahibine karşı tek başına bütün işin sorumluluğunu yüklenmiş olacaktır. Böylece iş sahibi ile taşeron veya taşeronlar arasında da kural olarak doğrudan akdî ilişki meydana gelmeyecektir. Aynı şekilde, asıl sözleşmeden kaynaklanan borcun ifası bakımından asıl müteahhit ile taşeronun, iş sahibine karşı müteselsil sorumluluğu da sözkonusu olmayacaktır[1].

Asıl müteahhidin, genel müteahhit olarak görevlendirilmiş bulunduğu veya kendisine sözleşme ile taşeron kullanma yetkisinin tanınmış bulunduğu durumlarda, özen borcunun bir gereği olarak iş sahibini, işin yapımına dahil etmiş bulunduğu taşeronlar hakkında bilgilendirmesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir[2]. Aynı şekilde asıl sözleşmede taşeronluk sözleşmesinin içerik ve kapsamının belirlenmesi esnasında gözönünde bulundurulması gerekli bazı esasların tesbit edilmiş bulunduğu durumlarda da asıl müteahhidin, yapmış bulunduğu taşeronluk sözleşmesinin içeriği hakkında asıl müteahhidi bilgilendirmesinin özen borcunun ve hakkaniyetin bir gereği olacağı ayrıca ifade edilmektedir[3].

Taşeronun işin yapımına dahil edilmiş olması, asıl müteahhidin iş sahibine karşı olan edim borcunda herhangi bir değişiklik meydana getirmez ve asıl müteahhit daha önce neyi borçlanmış ise bu borcu aynı kapsam ve içerikte devam eder[4]. Taşeron veya alt taşeron inşaat işinin icrası esnasında iş sahibine bir zarar verdiği takdirde iş sahibi, BK m. 100 hükmünden istifade ile asıl sözleşme çerçevesinde tazminat talep edebilecektir. İş sahibinin uğramış olduğu zarar, teslim edilmiş bulunan eserde bir bozukluk (ayıp) şeklinde veya teslimde gecikmeden doğan bir

---

1 **BGH** BauR 1981, Sh. 383=NJW 1981, Sh. 1779.

2 **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 151 VOB/A.

3 **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 151 VOB/A.

4 **Gauch,** Werkvertrag, N. 177; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 363 N. 31.

zarar şeklinde ortaya çıkmış ise asıl müteahhidin ayıp veya teslimde gecikme dolayısıyla sorumluluğuna gidilebilecektir. Her iki halde de asıl müteahhidin sorumluluğu, işin meydana getirilmesinde taşeron kullanmasından bağımsız olarak mevcut olup[5]; asıl müteahhidin taşerona rücu etme imkânına sahip olup olmaması ile bir ilgisi yoktur[6]. Böylece asıl müteahhidin taşeronun fiilleri nedeniyle sorumluluğu, eserdeki ayıp veya gecikme dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluk karşısında ikinci planda kalmış olmaktadır[7]. İş sahibinin uğramış olduğu zarar inşaatta bozukluk şeklinde kendini göstermiş ise o, ancak BK m. 359-363 hükümleri çerçevesinde asıl müteahhidi sorumlu tutabilecektir. Bunun için iş sahibi, öncelikle BK m. 359 gereği yapılması zorunluluğu bulunan muayene ve ihbar yükümünü yerine getirmek zorundadır. Aksi takdirde asıl müteahhit, kimin sebebiyet vermiş olduğundan bağımsız olarak, inşaattaki açık ayıplar nedeniyle sözkonusu olabilecek her türlü sorumluluktan kurtulacaktır. İş sahibi ayıp nedeniyle sözkonusu olan bu sorumluluk dışında bir başka imkân olarak, taşeronun borca aykırı fiillerinden dolayı asıl müteahhidin sorumlu tutulmasını talep edemez[8]. Aynı durum inşaatın tesliminin taşeron yüzünden gecikmesi ihtimalinde de sözkonusu olup; bu durumda da gecikmeden bizzat asıl müteahhit sorumludur. Teslimde gecikmenin taşeronun şu veya bu şekildeki davranışı nedeniyle ortaya çıkmış bulunması önem taşımaz[9].

Buna mukabil ayıp dolayısıyla ortaya çıkan zararların (Mangelfolgeschäden) tazmini bakımından durum farklıdır. Asıl müteahhidin ayıp dolayısıyla ortaya çıkan zararları tazminle yükümlü tutulabilmesi, onun kusurlu olmasını şart kılar. Bu zararların tazmini bakımından asıl müteahhidin kusur sorumluluğunun istisnasını ise BK m. 100 teşkil eder[10]. Böylece iş sahibi, eğer asıl müteahhidin kusuru bulunmadığı için ayıp dolayısıyla uğradığı zararların tazminini ondan talep etme imkânı bulamamışsa, bu zararların taşeronun borca aykırı fiillerinden kaynaklanması durumunda, yine de asıl müteahhitten tazminat talebinde bulunabilecektir.

İster ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde olsun, isterse ifadaki gecikme dolayısıyla olsun, iş sahibinin taşerona karşı herhangi bir talep ileri sürmesi ise mümkün değildir; zira onun muhatabı akdî ilişki içerisinde bulunduğu asıl müteahhittir. Taşeron ise akdî ilişki içerisinde bulunduğu asıl müteahhide karşı, taşeronluk sözleşmesi çerçevesinde sorumlu olacaktır. Ayıp nedeniyle iş sahibinin taşerona doğrudan müracaat imkânı kural olarak ancak, asıl müteahhidin taşerona karşı sahip olduğu ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını ona temlik etmesi[11] veya taşeronluk sözleşmesinin tam üçüncü şahıs yararına sözleşme şeklinde akdedilmiş olması, ya da taşeronun iş sahibine karşı da kendi meydana getireceği

---

5 Zira, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde iş sahibine tanınmış bulunan haklar (onarım, ücret indirimi ve sözleşmeden dönme) sebebiyet verme esasına dayanmaktadır (**Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 363 N. 31); **Gauch,** Werkvertrag, N. 178; **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 21a; **BGE** 116 II 308.

6 **Gauch,** Werkvertrag, N. 177, 1893; Ayrıca karş. **Spiro,** Sh. 206.

7 **BGE** 111 II 172; **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 5e; **Gauch,** Werkvertrag, N. 853; **Seliçi,** Sh. 122.

8 **Seliçi,** Sh. 123.

9 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 21a, b; **Seliçi,** Sh. 123.

10 **BGE** 116 II 307 vd.; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 363 N. 31; **Saxer,** Sh. 29.

11 Taşeronluk sözleşmesinde temlik yasağının öngörülmesi ihtimalinde (BK m. 162/II) bu yol da kapanmış olacaktır (**Schlechtriem,** ZfBR 1983, Sh. 101).

inşaat kısmının ayıptan âri olacağı hususunda ayrıca bir taahhüt altına girmiş olması ihtimallerinde gündeme gelebilir[12]. Bu ihtimaller yanında, iş sahibinin BK m. 391/III hükmünden kıyasen istifade suretiyle taşerona doğrudan müracaat imkânına sahip olup olamayacağı meselesi ayrıca incelenecektir[13]. Aynı durum ayıp dolayısıyla uğranılmış bulunan zararlar (Mangelfolgeschäden) bakımından da geçerlidir. Bunun tek istisnası üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisi çerçevesinde gündeme gelebilir; ki bu durum da ayrı bir başlık altında inceleme konusu yapılacaktır[14].

II. Asıl müteahhidin taşeronun fiillerinden sorumlu tutulabilmesinin hukukî dayanağı

Asıl müteahhidin iş sahibine karşı bu hususdaki sorumluluğu incelenirken ikili bir ayırım yapılması yararlı olacaktır. Buna göre asıl müteahhit, taşeronu işin yapımına ya bu hususta yetkisi bulunduğu için ve bu yetkisini kullanmak suretiyle dahil eder; ya da o, bu hususta yetkisi bulunmamasına rağmen taşeronu işin yapımına dahil etmiş olur. Birinci ihtimalde asıl müteahhidin sözleşmeye uygun bir şekilde işin yapımına dahil etmiş olduğu taşeronun fiillerinden sorumlu olup olmayacağı gündeme gelirken; ikinci ihtimalde ise asıl müteahhidin müstakilen bu hareketi sözleşmeye aykırı bir davranış olup, taşeronun fiillerinden sorumlu olup olmayacağı meselesinin yanında onun sözleşmeye aykırı bu davranışı nedeniyle de sorumlu olup olmayacağı tartışması gündeme gelir.

1. Asıl müteahhidin taşeronu, bu hususdaki yetkisini kullanmak suretiyle işin yapımına dahil etmiş olması

Asıl müteahhit taşeron kullanımı hususundaki yetkisini kullanıp işin yapımına dahil edeceği taşeronları belirlerken de özen borcunun bir gereği olarak, inşaat işinin organizasyonu veya inşaat araç ve gereçlerinin tedarikinde olduğu gibi özenle hareket etmek zorundadır[15]. Aksi takdirde asıl müteahhit, özen yükümüne aykırı hareket etmiş olması nedeniyle kusurlu sayılır ve onun bu davranışının zarara neden olduğu isbat edilebiliyorsa, ayrıca işi fiilen yapmış bulunan taşeronun davranışı nedeniyle sorumluluğun sözkonusu olup olmadığını araştırmaya gerek kalmaz[16].

Asıl müteahhidin bu hususdaki özen borcu, sadece taşeronun seçimi ile de sınırlı değildir. O, taşeronu seçmekte olduğu gibi ona talimat verirken de özen borcunun bir gereği olarak özenli ve dikkatli olmak zorunda olup; taşerona vermiş bulunduğu talimatlarla ilgili bir kusuru sözkonusu ise bu durumda da özen borcuna aykırı hareket etmiş olur ve bu sebeple iş sahibine karşı sorumluluğu

---

12 Ki bu son ihtimalde, taşeronun iş sahibine karşı olan sorumluluğunun kapsamı, kendi aralarındaki mutabakatın içeriğine göre belirlenecekse de iş sahibi, böyle bir ihtimalde dahi ancak onarım talebinde bulunabilecektir; yoksa tarafı olmadığı taşeronluk sözleşmesinden dönme veya ücretin indirilmesi taleplerini ileri süremeyecektir (Karş. **Gauch,** Werkvertrag, N. 1502).

13 Bu konuda bkz. §7. III. 4.

14 Bkz. §7. IV. 6.

15 **Staudinger/Peters,** § 631 N. 29.

16 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 19b; **Seliçi,** Sh. 95; **Eren,** Müteahhidin borçları, Sh. 67.

gündeme gelir[17]. Buna mukabil asıl müteahhidin taşerona nezaret etmesi, taşeronun bağımlı yardımcı kişi olmaması nedeniyle özen borcunun kapsamına dahil kabul edilmemektedir[18].

Bazı istisnaî haller dışında taşeron, asıl müteahhide bağımlı olarak faaliyet göstermez. O, asıl müteahhit tarafından kendisine ihale edilen işi asıl müteahhidin yönetim ve denetimi altında yerine getirmekten ziyade, kendi işletme ve organizasyon anlayışı çerçevesinde yerine getirir. Bu nedenle taşeronu alelade ifa yardımcısı konumundaki şahıslardan (mesela işçilerin durumunda olduğu gibi) ayırmak gerekir. Böylelikle taşeron, klasik anlamda ifa yardımcısı olmaktan ziyade ikame edilen şahıs (Substitut) konumundadır[19]. Borçlar Kanunu ikame edilen şahıs kavramına vekalet sözleşmesi ile ilgili olarak yer vermiştir (BK m. 390/III ve BK m. 391). Bu düzenleme (BK m. 391/II) ile Borçlar Kanunu asıl vekilin alt vekil dolayısıyla sorumluluğunu, benzer durumları genel olarak düzenlemek amacıyla sevk edilmiş bulunan BK m. 100 hükmünün getirmiş bulunduğu sorumluluk düzeninin dışına çıkarmış ve asıl vekilin sorumluluğunu, alt vekilin seçimi ve ona talimat verilmesi esnasında gerekli özenin gösterilmesiyle sınırlamıştır. İnceleme konumuz bakımından asıl önemli olan mesele de bu hükümden hareketle asıl müteahhidin, taşeron kullanımının caiz olduğu durumlarda, taşeronu iyi seçtiğini ve ayrıca ona iyi talimat da verdiğini isbat ederek sorumluluktan kurtulabilip kurtulamayacağıdır. Başka bir ifadeyle, acaba bu gibi durumlarda asıl müteahhit vekalette caiz olan ikame halleri için BK m. 391/II hükmünün tanımış olduğu kurtuluş beyyinesinin kıyas yoluyla kendisi bakımından da uygulanmasını talep edebilecek midir?

Doktrinde bir görüş vekalet sözleşmesi ile ilgili bu hükmün, bazı istisnaî durumlar bakımından kıyasen eser sözleşmesi alanında da uygulanmasının yerinde olacağını ifade etmekte[20] ve bu düşünce '*Diğer akitler hakkındaki kanunî hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur*' diyen BK m. 386/II hükmü ile gerekçelendirilmektedir[21]. Bu düşünce tarzı çerçevesinde diğer sözleşmeler hakkındaki kanunî hükümlere tabi olan işler alanında da ilgili sözleşmelerin kanunen düzenlenmeyen noktalarında vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması, bu hükme kıyasen kolaylıkla kabul edilebilir[22].

---

17 **BGE** 90 IV 250; İsviçre Federal Mahkemesinin bu kararına konu olayda müteahhit, hafriyat işinde çalıştırdığı yardımcılarına toprak altında bulunan tesisatlar hakkında hiçbir bilgi vermemiş ve hafriyat esnasında toprak altında bulunan gaz boruları patlamıştır. Bu nedenle de müteahhidin özenle yönetim borcuna aykırı hareket etmiş olduğu kabul edilmiştir.

18 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 15c; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 93; **Eren,** Müteahhidin borçları, Sh. 67.

19 **von Tuhr/Escher,** § 70 II, Sh. 124; **Seliçi,** Sh. 124; **Tandoğan,** Mes'uliyet, Sh. 446; **Karahasan,** İnşaat-imar-ihale hukuku, Sh. 209; **Uygur,** C. I, Sh. 352-353.

20 **Yavuz,** Dolaylı Temsil, Sh. 91-92; **Yavuz,** ÖBİ, Sh. 475; **Weber** de borcun üçüncü şahıslar tarafından ifası ile ilgili açıklamalarda bulunurken, ikamenin caiz olduğu durumlarda borçlunun sorumluluğunun İBK m. 399/II (BK m. 391/II) hükmü çerçevesinde belirleneceğini ifade etmekte; fakat bu düşüncesinin gerekçesini açıklamamaktadır (Berner Kommentar, Art. 68 N. 67).

21 **Yavuz,** Dolaylı Temsil, Sh. 92.

22 **Yavuz,** Dolaylı Temsil, Sh. 92.

Fakat bu düşüncenin aksine doktrinde BK m. 391/II hükmünün vekalet ilişkisine özgü, özel bir hüküm olduğu fikri hâkimdir[23]. Vekalet dışındaki ilişkilerde borçlu borcunun ifasını, sadece bu şahsın seçiminden ve ona talimat vermekten sorumlu olacak biçimde üçüncü bir şahsa bırakamaz[24]. Zaten böyle bir neticeye ulaşmak durumun niteliği ile de bağdaşmaz[25]. Zira unutmamak gerekir ki, vekil yerine bir başka şahsı ikame etmekte ve bu şahsı ikame ederken aslında kendi hesabına değil müvekkili hesabına hareket etmektedir[26]. Oysa müteahhit için böyle bir durum sözkonusu değildir. O, taşeronu iş sahibi hesabına değil, kendi adına ve hesabına işin yapımına dahil etmekte ve taşeronu işin yapımına dahil ederken çoğu zaman bu işten ayrı bir kazanç elde etmeyi de arzu etmektedir[27]. Yine vekilin alt vekil ile ilgili sorumluluğunun bu şekilde sınırlanmış olması, vekâlet sözleşmesinin getirdiği sorumluluk düzeni ile de uyum içerisindedir. Kanun koyucu alt vekil tayin etmeyi de vekilin diğer borçları ile aynı sorumluluk düzenine tabi tutmak istediği içindir ki, bu hükmü sevketmiştir. Bilindiği üzere vekilin sorumluluğu vekâlet konusu işin yerine getirilebilmesi için özenli bir şekilde çalışmaktan ibarettir. Vekâlet sözleşmesinin kapsamında alt vekil tayin etme yetkisi de yer aldığına göre, onun başka türlü bir muamaleye tabi tutulması vekâlet sözleşmesinin getirdiği sorumluluk düzeni ile bağdaştırılamayacak bir yaklaşım tarzı olurdu. Oysa eser sözleşmesi bakımından getirilmiş bulunan sorumluluk düzeni daha farklıdır. Müteahhit, sadece sözleşme konusu işin yapılması için özenli bir şekilde çalışmaktan değil; tam aksine bu işin meydana getirilmiş olup olmamasından sorumlu tutularak, onun bakımından bir netice sorumluluğu kabul edilmiştir. Eğer istisnaî bazı durumlarda da olsa işin taşeronlara yaptırılması durumunda onun vekilin durumunda olduğu gibi sadece taşeronları seçmekten ve onlara talimat vermekten sorumlu olacağı kabul edilecek olursa, müteahhide kanunun öngördüğü sisteme aykırı bir şekilde (ve kolaylıkla)

---

23 **BGE** 70 II 216/221; **von Tuhr/Escher,** § 70 II, Sh. 124; **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 20a, b; **Tandoğan,** Mes'uliyet, Sh. 447-448; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 94; **Seliçi,** Sh. 125; **Eren,** Müteahhidin borçları, Sh. 67; Bu düşünceye göre vekil, BK m. 396 gereği vekaletten her zaman istifa etme hak ve yetkisine sahip olup; o, istifa etmeyip üçüncü bir şahsı ikame vekil olarak tayin etmekle alacaklı müvekkilin yararına bir iş yapmış olmaktadır (**von Tuhr/Escher,** § 70 II, Sh. 124). Kanaatimizce bu hükmün diğer akdî ilişkilere uygulanmamasının gerekçesini başka yerlerde aramak daha isabetli olacaktır. Bize göre kanunda bu hükme yer verilmiş olmasının temelinde, vekilin her zaman istifa imkânına sahip olmasından ziyade, vekâlet sözleşmesi bakımından kabul edilmiş bulunan sorumluluk düzeni yatmaktadır. Vekilin, vekâlet sözleşmesi çerçevesinde netice sorumluluğu mevcut değildir; onun sorumluluğu, vekâlet konusu işin gereğince yapılması için gerekli özen ve dikkatin gösterilmesine tekabül eder. Ayrıca ifade edilmelidir ki vekil, alt vekil tayin etmiş olmasına rağmen istifa etmeyip, bu şahısla aynı anda vekil sıfatına haiz de olabilir.

24 Kaldı ki eski İsviçre Borçlar Kanununun 351. maddesinde eser sözleşmesinde müteahhidin, ifayı bıraktığı kişilerin bu türlü kusurundan sorumlu tutulacağı açıkça belirtilmişti. 1911 yılında İsviçre Borçlar Kanununun değiştirilmesi sırasında bu hükme, gereksiz olduğu kanısı ile yer verilmemiş ve metinden çıkartılmıştır. Zira bu değişiklik sırasında Borçlar Kanununun yeniden kaleme alınan 100. maddesindeki genel hüküm kapsamına, borçlu adına bağımsız olarak ifayı gerçekleştiren üçüncü kişilerin de dahil olduğu düşünülmüştür (**Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 20a).

25 Ayrıca ifade etmek gerekir ki, vekalet sözleşmesi bakımından hangi durumlarda ikame vekilin, hangi durumlarda ise BK m. 100 anlamında alelade yardımcı şahsın sözkonusu olduğu da bu alandaki son derece tartışmalı konulardan birisidir (Bu konuda ileri sürülen fikirler ve yapılan değerlendirmeler ile ilgili olarak bkz. **Şenocak,** Sh. 140-150).

26 **Spiro,** Sh. 93-94; **Şenocak,** Sh. 144.

27 Bu konuda bkz. §1. V. 1. a. ff.

netice sorumluluğundan kurtulma imkânı verilmiş olacaktır[28]. Kanaatimizce bu açıklamalar çerçevesinde vekâlet sözleşmesi ile ilgili bu düzenlemenin, vekil ile müvekkil arasındaki sorumluluk düzeninin (BK m. 390) bir yansıması olarak değerlendirilmesi daha isabetli bir yaklaşım tarzı olacaktır.

Bu çerçevede asıl müteahhidin kendi borcunun ifası amacıyla taşeronu işin yapımına dahil etmiş bir borçlu konumunda olduğunu kabul ile onun taşeronun fiillerini iş sahibine karşı BK m. 100 çerçevesinde tekeffül etmek zorunda olduğunu ifade etmek ve böylelikle doktrindeki hakim fikre[29] katılmak daha doğru olacaktır. Hatta iş sahibinin, belirli bir taşeronun işin yapımına dahil edilmesi hususunda onay vermiş olması dahi bu sorumluluk düzeninde bir değişikliğe yol açmamalıdır; zira iş sahibi, asıl müteahhidin sözleşmenin uzman tarafını teşkil etmesi[30] nedeniyle, işin yapımına dahil edeceği şahısların yeterlilik ve kalitelerini belirleme hususundaki yeterliliğine güvenebilmelidir[31]. Kaldı ki bu hükmün uygulama alanının vekâlet sözleşmesi dışında başka akdî ilişkilere de yayılması bir tarafa, vekâlet ilişkisi bakımından uygulanırken dahi, geniş ölçüde uzmanlaşma ve iş bölümüne dayalı modern hayatın gereklerine ters düştüğü gerekçesi ile, vekil lehine tanınmış bulunan bu ayrıcalığın mümkün olduğu kadar dar yorumlanması gerektiği doğrultusunda bir eğilim gittikçe ağırlık kazanmaktadır[32].

---

28 Ayrıca ifade etmek gerekir ki, vekalet sözleşmesi bakımından da BK m. 391/II hükmünün uygulanması ile ilgili sorunlar, daha ziyade vekil ile müvekkil arasında sarih olarak bir işin görülmesi için üçüncü bir kişinin görevlendirilmesi borcunun kararlaştırıldığı durumlarda değil, vekilin müvekkil hesabına bir işin görülmesini üstlendiği, fakat bu iş için bir üçüncü kişiye vekalet vermeye de yetkili olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Zira bu durumlarda borçlu her şey yolunda gittiği sürece müvekkile karşı bu kişiyi alelade yardımcı kişisi '(BK m. 100 anlamında) gibi gösterecek ve bu işin görülmesinden doğan ekonomik menfaatleri elde edecektir; fakat işler yolunda gitmediğinde, uygulamada kaim vekil-alelade yardımcı kişi ayırımı problemine ilişkin bütün olaylarda olduğu gibi, akti yaparken veya işi bir üçüncü kişiye devrederken bundan doğan sorumluluğu da devretmek istediğini, dolayısıyla üçüncü kişinin sadece kaim vekil olduğunu iddia edecektir (**Şenocak,** Sh. 144).

29 **BGE** 116 II 308; **BGE** 107 II 439; **Spiro,** Erfüllungsgehilfen, Sh. 95 dn. 32, 189; **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 5h, 15c, 22a; **Gauch,** Werkvertrag, N. 177; **Saxer,** Sh. 28; **Pedrazzini,** SPR VII/1, Sh. 532; **Cerutti,** N. 419 vd.; **Huber,** N. 110; **Chaix,** Sh. 117; **Gauch/Schluep/Rey,** C. II, N. 2839; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 76; **Seliçi,** Sh. 124; **Eren,** Müteahhidin borçları, Sh. 68; **Werth,** BauR 1976, Sh. 84; **BGH** BauR 1981, Sh. 383= NJW 1981, Sh. 1779; **BGH** BauR 1979, Sh. 324=ZfBR 1979, Sh. 160; **BGHZ** 66, Sh. 43=BauR 1976, Sh. 131=NJW 1976, Sh. 516; Kural olarak asıl müteahhit taşeronun fiilleri nedeniyle BK m. 55 (§ 831 BGB) çerçevesinde sorumlu değildir (**BGH** BauR 1994, Sh. 780 ff.); Bu hususta ayrıca bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 2343.

30 Bu yönde **Yarg.** 15. HD. 14.11.1989 t., E. 828, K. 4778 (**Uygur,** C. I, Sh. 591).

31 **Huber,** N. 94.

32 Bu hükmün uygulama alanı ile ilgili olarak savunulan eski düşünce tarzı sözkonusu hükmün, caiz ikamenin sözkonusu olduğu bütün durumlarda uygulama alanı bulacağını kabul ederken (Karş. **Becker,** Berner Kommentar, Art. 399 N. 4 vd; **Jaussi,** Sh. 273 vd.; **Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 399 N. 2; **Derendinger,** N. 110 vd., 313; **Koller,** Erfüllungsgehilfen, N. 394 vd., 412); bu hususta ileri sürülen yeni düşünce tarzlarından ilki BK m. 391/II hükmünün uygulama alanının caiz ikame halleri bakımından da sınırlanması gerektiğini savunmakta ve bu sınırlandırmanın "*ikame vekilin görevlendirilmesindeki menfaatin müvekkile veya asıl vekile ait olmasına göre*" yapılması gerektiğini kabul etmektedir. Buna göre eğer vekil, alt vekili müvekkilin işinin uzman bir şahıs tarafından yapılması amacıyla, yani müvekkilin menfaatlerini gözeterek görevlendirmiş ise bu hüküm uygulanmalı; tam aksine vekil, daha büyük kapsamlı işleri de alabilmek amacıyla kendi menfaatlerini düşünerek alt vekil görevlendirmiş ise onun sorumluluğu BK m. 100 hükmü çerçevesinde belirlenmelidir (**Hofstetter,** SPR VII/2, Sh. 74 vd.; **Schneeberger,** Sh. 185 vd.; Federal Mahkeme de bu yeni düşünce tarzına iki ayrı kararında yer vermiş; fakat bu hususta kesin bir tavır takınmaktan kaçınmıştır: **BGE** 107 II 245; **BGE** 112 II 353 vd);

2. Asıl müteahhidin caiz olmayan bir şekilde taşeron kullanmasının sonuçları

Bu hususta yetkisi bulunmadığı halde işin yapımına taşeron dahil etmiş bulunan asıl müteahhidin, sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunmuş olduğu hususunda tereddüt sözkonusu değilse de; bunun için asıl müteahhidin sadece taşeronla bir sözleşme imzalamış olmasının yeterli olmadığı, onun gerçekten sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunmuş olduğunun kabul edilebilmesi için taşeronun, fiilen işin yapımında görevlendirilmiş olmasının gerekli olduğu (*tatsächlicher Beizug*) ifade edilmektedir[33]. Tarafların sözleşmeye koyacakları bir hükümle taşeronluk sözleşmesinin akdedilmesini dahi yasaklamaları bakımından ise bir engel yoktur.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, taşeronun işin yapımına dahil edilmiş olması sözleşmeye aykırı olmasına rağmen, eğer taşeron yapı işini sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirmiş ve iş sahibinin bu işin özellikle asıl müteahhit tarafından ifa edilmiş olmasında özel bir menfaati mevcut değil ise iş sahibinin taşeron tarafından meydana getirilmiş bulunan yapı eserini ifa olarak kabul etmemesi iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil edecektir[34].

a. Asıl müteahhidin böylece ortaya çıkan zararlarla ilgili sorumluluğu

Borçlunun caiz olmayan bir şekilde yardımcı şahıs kullanması durumunda BK m. 100 hükmünün uygulama alanı bulup bulmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bu hususta savunulmakta olan bir fikre göre, caiz olmayan bir şekilde yardımcı şahıs kullanılması durumunda borçlu, bu şekilde borca aykırı davranmış olması nedeniyle ortaya çıkan zararlardan, yardımcı şahsın bizzat sebebiyet vermiş bulunduğu zararlar da dahil olmak üzere BK m. 96 hükmü gereği sorumlu olmalı; BK m. 100 hükmünün uygulanma alanı ise sadece ifa yardımcısı kullanımının caiz olduğu durumlara münhasır kılınmalıdır[35]. Bunun karşısında yer alıp kanaatimizce de üstün tutulması gereken[36] fikre göre ise BK m. 100 hükmünün uygulama alanı

Sözkonusu hükmün uygulama alanının sınırlanmasını savunan bir diğer düşünce tarzı ise bu sınırlandırmanın, alt vekilin edimini ifa etmek zorunda olduğu şahsa göre icra edilmesini savunmakta ve alt vekilin edimini asıl vekile ifa etmek zorunda olduğu ikame durumlarına bu hükmün uygulanmasının sözkonusu olmayacağını; buna karşılık alt vekilin edimini bizzat müvekkile ifa etmek zorunda olduğu durumlarda (yani üçüncü şahıs yararına bir alt vekâlet sözleşmesinin mevcut olduğu ihtimallerde) ise BK m. 391/II hükmünün uygulanmasının gündeme geleceğini kabul etmektedir (**Cerutti,** N. 449 vd.).

33 **Gauch,** Werkvertrag, N. 639; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 364 N. 51; **Bühler,** Zürcher Kommentar, Art. 364 N. 68; **Aral,** Sh. 342.

34 Karş. **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 465; **Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 399 N. 9; **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 399 N. 2a.

35 **von Tuhr,** SJZ 17, Sh. 225 vd.; **von Tuhr/Escher,** § 70 I, Sh. 122-123; **Honsell/Wiegand,** Art. 101 N. 12; **Baechler,** Sh. 12; **Enneccerus/Lehmann,** Sh. 198; **Jaussi,** Sh. 31; **Pedrazzini,** SPR VII/1, Sh. 532; **Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 101 N. 11. Aynı şekilde Alman Hukukunda da bu ihtimalde borçlunun § 278 BGB hükmüne göre değil, § 276 BGB hükmüne göre sorumlu olacağı savunulmaktadır (**Palandt/Heinrichs,** § 278 N. 23).

36 Zira aksi takdirde caiz bir şekilde ifa yardımcısı kullanan borçlu, caiz olmayan bir şekilde yardımcı şahıs kullanan borçluya nazaran daha kötü bir konuma getirilmiş olacaktır (**Koller,** Erfüllungsgehilfen, N. 230). Şöyle ki, BK m. 96 hükmünün esası kusur sorumluluğudur. Buna göre borçlu, caiz olmayan şekilde yardımcı şahıs kullanmakta kusuru bulunmadığını isbat etmek suretiyle sorumluluktan tamamen kurtulma imkânına sahiptir (BK m. 96). Oysa BK m. 100 hükmü gereği sorumlulukta borçlu böyle bir imkâna sahip olmayıp; kendisinin hiç bir kusuru bulunmasa dahi, ifa yardımcısının borca aykırı davranışından sorumludur. Eğer borca aykırı olarak yardımcı şahıs kullanılması durumunda her iki hükmün birbiri ile yarıştığı ve

sadece ifa yardımcısı kullanımının caiz olduğu durumlarla sınırlı tutulmamalı, borçlunun caiz olmayan şekilde yardımcı kullanması halinde de sözkonusu hüküm uygulama alanı bulmalı ve böylelikle alacaklının caiz olmayan şekilde ifa yardımcısı kullanan borçluyu, şartları gerçekleştiği oranda her iki hüküm çerçevesinde de sorumlu tutabileceği kabul edilmelidir[37].

Böylelikle asıl müteahhit, bu hususta yetkisi bulunmadığı halde yapı işini kısmen veya tamamen bir taşerona devretmiş ve o da işi hiç veya gereği gibi yapmayarak iş sahibinin zarara uğramasına sebebiyet vermiş ise sözleşmeye aykırı kusurlu davranışı dolayısıyla, bu zarardan (her iki hükmün de aradığı şartların gerçekleşmesi koşuluyla) hem BK m. 96 hükmü çerçevesinde ve hem de BK m. 100 hükmü çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir. Durum böyle olmasına ve her iki hükme ilişkin sorumluluğun birbiriyle yarıştığının kabul edilmesine rağmen, her iki hükmün birbirinden ayrı sorumluluk şartlarına sahip olduklarına ve yine her iki hükme göre sorumluluğun kapsamının da birbirinden farklı olduğuna dikkat etmek gerekir[38].

Taşeronun sözleşmeye aykırı bir şekilde işin yapımına dahil edilmiş olması akdin müsbet ihlalini teşkil eder ve asıl müteahhit doğrudan BK m. 96 hükmü çerçevesinde sorumlu tutulur[39]. Her ne kadar asıl müteahhidin BK m. 96 hükmü gereği sorumlu tutulabilmesi, BK m. 100 hükmü çerçevesindeki sorumluluktan farklı olarak, onun kusurunun bulunmasına bağlı ise de; mevcut durum bakımından bu husus çok önemli değildir. Zira inşaat sözleşmesine aykırı olarak işin yapımında taşeron görevlendirmiş bulunan asıl müteahhidin olayların büyük bir çoğunluğunda kusurunun bulunduğu[40] kabul edilecektir[41].

Buna karşılık pratik olarak her iki sorumluluk normunun kapsamı birbirinden farklı olup, BK m. 96 hükmünün sağladığı imkânlar, BK m. 100 hükmüne nazaran daha geniştir: Buna göre BK m. 96 hükmü gereği sözkonusu olan sorumluluk, sadece sözleşmeye aykırı olarak kullanılmış bulunan ifa yardımcısının sebebiyet vermiş bulunduğu zararlarla sınırlı olmayıp; yardımcı şahıs kullanılması nedeniyle

---

alacaklının dilediği hükme başvurabileceği kabul edilmezse, bizzat borca aykırı davranışta bulunmuş olan borçlu daha avantajlı bir konuma getirilmiş olacaktır. Yine ilk düşünce tarzının zayıf yönlerinden birisini de borçlunun caiz olmamasına rağmen borcun ifasını bir başkasına bırakmasının, caiz olmayan şekilde yardımcı kişi kullanmada kusuru olmadığını isbat edemediği sürece, akdî yükümlülüklerini kusurlu şekilde ihlal etmiş sayılacağı ve böylelikle onun alacaklıya verilen her türlü zarardan, hatta ifa yardımcısının haksız fiilî sonucu yol açtığı zararlardan dahi sorumlu olacağının ileri sürülmesidir (**von Tuhr,** SJZ 17, Sh. 229). Oysa artık, borçlunun ancak borca aykırı davranışı ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunan sonuçlarından sorumlu tutulabileceği herkes tarafından kabul edilen bir düşünce tarzıdır.

37 **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 92; **Seliçi,** Sh. 95; **Tunçomağ,** Özel Hükümler, Sh. 995; **Şenocak,** Sh. 113-114; **Yavuz,** ÖBİ, Sh. 474; **Gauch,** Werkvertrag, N. 177, 640; **Cerutti,** N. 458; **Eren,** Müteahhidin borçları, Sh. 68; **Koller,** Erfüllungsgehilfen, N. 234; **Hofstetter,** SPR VII/2, Sh. 73. Ayrıca bkz. **Guhl/Merz/Koller,** Sh. 229; **von Büren,** Allgemeiner Teil, Sh. 396; **Gauch/Schluep/Rey,** Bd. II, N. 2862; **Saxer,** Sh. 30.

38 **Cerutti,** N. 458.

39 **Gauch/Schluep/Rey,** Bd. II, N. 2862; **Koller,** Erfüllungsgehilfen, N. 220 vd.; **Cerutti,** N. 459; **Gauch,** Werkvertrag, N. 640; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 92; **Tandoğan,** Mes'uliyet, Sh. 441; **Oğuzman/Öz,** Sh. 353; **Corboz,** SJK 459, Sh. 21.

40 Bunun bir tek istisnası, asıl müteahhidin borcun ifasında taşeron kullanımının mümkün olmadığını kusursuz bir şekilde bilmemesi olabilir (Bu hususta bkz. **Koller,** Erfüllungsgehilfen, N. 230).

41 **Cerutti,** N. 459.

meydana gelen ve asıl müteahhidin borca aykırı bu davranışı ile uygun illiyet rabıtası içerisinde bulunan bütün zararların[42] tazminini gerekli kılar[43]. Oysa BK m. 100 hükmü gereği gündeme gelen sorumlulukta asıl müteahhidin sorumluluğu, bizzat ifa yardımcısı konumundaki taşeronun iş sahibine vermiş bulunduğu zararların tazminine yönelmiş olacaktır.

b. Caiz olmayan bir şekilde taşeron kullanımının yol açabileceği diğer sonuçlar

Herşeyden önce iş sahibi, bir taşeronun caiz olmayan bir şekilde inşaatın yapımına dahil edilmiş olması durumunda, asıl müteahhitten taşeronun işten uzaklaştırılmasını isteyebilir. Onun bu isteği asıl müteahhit tarafından dikkate alınmazsa bu yüzden uğradığı zararının tazmin edilmesini dava edebilir. Zira asıl müteahhidin bu davranışı, onun taşeronun borca aykırı davranışlarından BK m. 100 çerçevesinde sorumlu olması neticesini doğurmakla kalmayıp; aynı zamanda akdin müsbet ihlali dolayısıyla BK m. 96 gereği sorumlu olmasına da yol açacaktır[44].

Caiz olmayan bir şekilde taşeron kullanılmış bulunması, asıl müteahhit bakımından tazminat sorumluluğu yanında başka sakıncaların da ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir. Her şeyden evvel bu durumu öğrenmiş bulunan iş sahibi, ortaya bir zararın çıkmasını beklemek zorunda değildir. O, dilerse taşeronun işin yapımından uzaklaştırılmasını talep edebileceği gibi; tartışmalı olmakla birlikte bir görüşe göre asıl inşaat sözleşmesini sona erdirme imkânına dahi sahiptir. Yine bazı sözleşmeler bakımından asıl müteahhidin elde edeceği ücretin indirilmesi de gündeme gelebilecektir.

aa. Taşeronun işten uzaklaştırılmasını talep hakkı

İş sahibi, asıl müteahhidin sözleşmeye aykırı bir şekilde işin yapımında taşeron görevlendirdiğini öğrendiği takdirde, onun böylece ortaya bir zarar çıkıncaya kadar beklemesi ve bu zararının tazminini talep etmesi gerektiğini söylemek doğru olmayacaktır. Böyle bir durumda alacaklı, ifanın sözleşmeye uygun bir şekilde asıl müteahhit tarafından yerine getirilmesini temin edecek hukukî araçlara ihtiyaç duyacak ve bu amaçla öncelikle asıl müteahhitten bu duruma son vermesini talep edecektir[45]. Bunun yanında iş sahibinin, zilyedliğin korunması (MK m. 894 vd. ile Zilyedliğin İdari Yoldan Korunmasına dair 3091 sayılı kanun) ve mülkiyet hakkının korunmasına (MK m. 618) ilişkin talepler çerçevesinde, taşerona karşı bizzat harekete geçme imkânına sahip olduğunu da unutmamak gerekir.

MK m. 894 gereği *„zilyed, bütün gasp ve tecavüz fiillerini kuvvet kullanarak defetmek hakkına sahiptir"*. Mesela bu hüküm, aynı zamanda inşaatın yapıldığı taşınmazın zilyedi durumunda bulunan iş sahibine, sözleşmeye aykırı bir şekilde

---

42 **Oğuzman/Öz,** Sh. 324; **Koller,** Erfüllungsgehilfen, N. 225.

43 **Koller,** Erfüllungsgehilfen, N. 224, dn. 194; Mesela asıl müteahhidin işin yapımına dahil etmiş olduğu taşeron, bu vesileyle iş sahibinin bazı sırlarına vakıf olmuş ve bu nedenle iş sahibi bazı zararlara uğramış ise durum bu şekildedir. Böyle bir ihtimalde iş sahibinin zararı ifa yardımcısı konumundaki taşeronun fiilinden değil, asıl müteahhidin borca aykırı olarak taşeron görevlendirmesi nedeniyle meydana gelmiştir.

44 **Gauch,** Werkvertrag, N. 640; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 92; **Corboz,** SJK 459, Sh. 21; **Eren,** Müteahhidin borçları, Sh. 68.

45 **Cerutti,** N. 471; Ayrıca bkz. **Höchli,** Sh. 41-42.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

işin yapımına dahil edilmiş bulunan taşeronların inşaat mahalline girmelerine engel olma veya inşaat mahalline girmiş bulunan taşeron var ise onları bizzat inşaat mahallinden uzaklaştırma imkânını bahşedecektir[46]. Yine iş sahibi 3091 sayılı *„Zilyedliğin idari yoldan korunması ile ilgili kanun*"un kendisine vermiş bulunduğu yetkileri kullanmak suretiyle de taşeronun inşaat mahallinden uzaklaştırılmasını temin edebilecektir.

bb. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının bulunup bulunmadığına ilişkin tartışma ve değerlendirmesi

İş sahibinin asıl müteahhitten caiz olmayan bir şekilde taşeron kullanımına son vermesini istemesine rağmen, asıl müteahhidin taşeron kullanımından vazgeçmemesi durumunda sözleşmeyi sona erdirme imkânının bulunup bulunmadığı ise tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi, bir müteahhidin sözleşmeye göre bizzat ifa ile mükellef olmasına rağmen, bu yükümlülüğüne aykırı hareket ederek işi başkasına yaptırması durumunda alacaklı iş sahibinin borçlu temerrüdü hükümlerinden (BK m. 106-108) istifade etmek suretiyle sözleşmeden dönebileceğini kabul etmiştir[47].

Fakat Federal Mahkemenin bu düşüncesi isabetli bulunmayarak eleştirilmiş[48] ve böyle bir durumda en doğru çözümün BK m. 358/II hükmü çerçevesinde bulunabileceği ifade edilmiştir[49]. Bu düşünceye göre BK m. 358/II hükmü iş sahibinin özel durumu dikkate alınarak getirilmiş bir hüküm olup; böylelikle ona, eserin sözleşmeye aykırı bir şekilde meydana getirilmesine kendi başına engel olma imkânı tanınmıştır[50]. Bu düşünceye göre caiz olmayan bir şekilde taşeron kullanılması da BK m. 358/II hükmü çerçevesinde değerlendirilmeli ve iş sahibine orada aranmakta olan şartlara riayet etmek suretiyle işi başkasına yaptırma imkânı tanınmalıdır. Bu hükme göre iş sahibinin işi başkasına yaptırma imkânına sahip olabilmesi için üç ayrı şartın gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir:

Öncelikle işin görülmesi esnasında eserin sözleşmeye aykırı veya ayıplı olarak meydana getirileceğinin kesin bir şekilde öngörülebilir olması aranacaktır. Bu doğrultuda, asıl müteahhidin caiz olmayan bir şekilde işin yapımına taşeron dahil

---

46 **Gauch,** Werkvertrag, N. 640; **Cerutti,** N. 482; Karş. **Höchli,** Sh. 44.

47 **BGE** 103 II 55.

48 Federal Mahkemeye yöneltilmiş bulunan eleştirilerin bizce en önemlisi, Federal Mahkemenin düşüncesinin aksine, caiz olmayan bir şekilde taşeron kullanımını borçlu temerrüdü olarak nitelenmesinin mümkün olmamasıdır (**Cerutti,** N. 503). Gerçekten henüz muaccel olmamış bir borç için temerrütten söz edilmiş olması benimsenebilecek bir yaklaşım tarzı değildir.

49 **Gauch,** Werkvertrag, N. 640; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 364 N. 52; **Cerutti,** N. 497-505.

50 **Cerutti,** N. 497.

etmiş olması[51], madde hükmünde aranmakta olan *„...mukaveleye muhalefet..."* in sözkonusu olduğu durumlardan birisi olarak kabul edilmektedir[52].

İkinci olarak BK m. 358/II hükmünde *„...mukaveleye muhalefet..."* in müteahhidin kusurundan kaynaklanması aranmakta[53] ve yine bu görüşü savunmakta olan yazarlar, bilerek caiz olmayan bir şekilde yapı işinde taşeron kullanan müteahhidin kusurlu olduğunun kabulünde herhangi bir zorlukla karşılaşılmayacağını haklı olarak ifade etmektedirler[54].

Nihayet bu hususta aranan üçücü şart ise iş sahibinin, müteahhidi sözleşmeye aykırı bir şekilde hareket etmemesi hususunda uyarması ve ona bu davranışından vazgeçmesi için uygun bir mehil vermesi gerekliliğidir (BK m. 358/II). Buna göre iş sahibi, asıl müteahhide sözleşmeye aykırı bir şekilde işin yapımına dahil etmiş bulunduğu taşeronu inşaat mahallinden uzaklaştırması ve yapı eserinin sözleşmede öngörüldüğü şekliyle meydana getirilmesi için gerekli tedbirleri almasına imkân tanıyacak bir mehil tayin etmekle yükümlüdür[55]. Asıl müteahhidin, taşeronluk sözleşmesini sona erdirip kendisine verilen uygun mehil içinde işi bizzat yapmaya başladığını inandırıcı bir şekilde beyan etmemesi durumunda ise iş sahibi, BK m. 358/II'den doğan hakkını kullanabilmeli ve böylelikle, masrafı ve hasarı müteahhide ait olmak üzere işi kendi bulacağı başka birine yaptırmalıdır[56].

BK m. 358/II hükmünün düzenleme alanına giren durumlarda sözleşmeden dönmenin mümkün olup olmadığı daha önce de tartışılmıştır. Bu hususta ileri

---

51 Caiz olmayan bir şekilde taşeron kullanımı kavramının kapsamına, taşeron kullanımının sözleşme veya kanun gereği yasak olduğu durumlar girdiği gibi, kaatlmizce asıl inşaat sözleşmesinde hangi taşeronların görevlendirileceğinin kararlaştırılmış olduğu durumlarda, asıl müteahhidin makul bir sebep beyan etmeksizin ve mesela sadece kendi menfaatlerine daha uygun olduğu için bu taşeronlardan başka taşeronları görevlendirmiş olduğu durumların da dahil olduğunu kabul etmek gerekir. Zira iş sahibi, yapı işini belirli bir müteahhide verirken onun birlikte çalışacağı taşeronları da dikkate alır ve bu husus ilgili müteahhit lehine karar vermesinde genellikle önemli bir rol oynar.

52 **Gauch,** Werkvertrag, N. 640, 877; **Cerutti,** N. 499; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 64.

53 **Gauch**'un fikrine göre, buradaki *„müteahhidin kusuru"* ifadesinin, *"sözleşmeye aykırı durumun meydana gelmesinde iş sahibinin herhangi bir kusurunun bulunmaması"* şeklinde anlaşılması gerekir; zira teslim edilen eserin ayıplı olması halinde, ayıp sonucu zararın tazmini bir yana bırakılacak olursa, müteahhidin sorumluluğu sebep sorumluluğudur ve o bu sorumluluktan, ancak iş sahibinin kendi kusuruyla ayıba yol açtığını kanıtlayarak kurtulabilir (BK m. 361). Eğer işi başkasına düzelttirmek veya yaptırmak için mutlaka müteahhidin kusuru aranırsa, bu kusurun bulunmadığı, fakat iş sahibinin kendi kusurunun da olmadığı hallerde eserin ayıplı bir şekilde meydana getirilmesine karşı korunmak için eserin bitip teslim edilmesinin beklenmesi gerekirdi; bu ise BK m. 358/II'nin amacına aykırı düşerdi (Werkvertrag, N. 880-881).

54 **Cerutti,** N. 500; Karş. **Gauch,** Werkvertrag, N. 880-881.

55 BK m. 107/I hükmüne kıyasen, mehil tayininden asıl müteahhidin durumuna göre faydasız kalacağının anlaşıldığı durumlarda (mesela daha önce uyarılmasına rağmen taşeron kullanımından vazgeçmeyeceğini ifade etmiş ise) vazgeçilebileceği de ifade edilmektedir (**Cerutti,** N. 501, dn. 524; **Gauch,** Werkvertrag, N. 884; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 65; Benzer şekilde **Pedrazzini,** SPR VII/1, Sh. 525).

56 **Gauch,** Werkvertrag, N. 640, 870, 2420; **Cerutti,** N. 497; **Cerutti,** İsviçre Federal Mahkemesinin yukarıda anılan kararını eleştirirken, yüksek mahkemenin iş sahibinin, en azından sözleşmeden dönme ve işin başkasına yaptırılması imkânlarından dilediğine başvurabilip başvuramayacağı hususunu tartışmış olmamasını bir eksiklik olarak ifade etmekle; bazı durumlarda iş sahibine sözleşmeden dönme imkânının da tanınabileceği fikrine yakın gözükmektedir (N. 505).

sürülen fikirlerden birisine göre iş sahibi, vermiş bulunduğu mehlin faydasız kalması üzerine işi mutlaka başkasına yaptırmak zorunda olmayıp; mehlin sonunda dilerse BK m. 106'daki üç seçimlik haktan birisini kullanabilir ve bunu yapabilmek için yeniden mehil tayin etmesine de lüzum yoktur[57]. Dolayısıyla bu görüş doğrultusunda iş sahibinin diğer imkânlar yanında sözleşmeden dönme yetkisi de bulunmaktadır.

Bu hususta ileri sürülmüş bulunan bir diğer görüş ise iş sahibinin kural olarak işi başkasına yaptırma imkânına sahip olduğunu; ancak işin başkasına yaptırılması imkânının bulunmadığı veya iş üçüncü bir şahsa bırakılsa dahi onun da işi zamanında bitiremeyeceği hallerde BK m. 106-108 hükümleri çerçevesinde dönme hakkının kullanılabileceği şeklinde, bir önceki görüşe nazaran iş sahibine daha sınırlı olarak sözleşmeden dönme imkânı tanımaktadır[58].

İleri sürülen bu fikirler doğrultusunda, meseleyi asıl müteahhidin caiz olmayan bir şekilde işin yapımına taşeron dahil etmesi bakımından değerlendirmek gerektiğinde şu tesbitlerin yapılması yararlı olacaktır:

Kanaatimizce de böyle bir durumda mesele, BK m. 358/II hükmü çerçevesinde değerlendirilmek gerekir. Zira caiz olmayan bir biçimde taşeron kullanmakla asıl müteahhidin sözleşmeye aykırı bir davranış içerisinde bulunduğu şüphesizdir. Eğer böylelikle yapı eserinin sözleşmeye aykırı bir şekilde meydana getirileceğini önceden tahmin etmek, BK m. 358/II hükmünün ifadesiyle *„kat'iyetle"* mümkün ise iş sahibi öncelikle asıl müteahhide bir mehil vererek bu taşeronla olan ilişkisini sona erdirmesini talep etmelidir. Hatta iş sahibinin bu imkândan istifade edebilmesi için, yukarıda açıklanan iş sahibine caiz olmayan bir şekilde taşeron kullanımı ihtimalinde tanınmakta olan diğer imkânlardaki durumun aksine, taşeronun fiilen işin yapımına başlamış olmasını beklemeye de gerek yoktur. Bu imkânın kullanılabilmesi için, asıl müteahhidin taşeronla sözleşme imzalamış ve bu durumdan iş sahibinin haberdar olmasını yeterli kabul etmek gerekir. Zira bu hüküm, henüz sözleşmeye aykırılık ortaya çıkmadan, ilerde ortaya çıkma ihtimali yüksek bulunan sözleşme aykırılıklarının önüne geçilmesini temine yönelmiştir[59]. Eğer asıl müteahhit, taşeronluk sözleşmesini sona erdirip kendisine verilen uygun mehil içinde işi bizzat yapmaya başladığını inandırıcı bir şekilde beyan etmez ise iş sahibi, BK m. 358/II'den doğan hakkını kullanmalı ve böylelikle masrafı ve hasarı müteahhide ait olmak üzere işi kendi bulacağı başka bir şahsa yaptırmalıdır. Bunun dışında BK m. 358/II hükmü çerçevesinde iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınması ise sözkonusu değildir. Zira her şeyden önce madde hükmü gayet açık olup, tereddütten uzaktır. Böyle bir durumda alacaklı iş sahibine borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönme imkânı tanınması da mümkün olamayacaktır; zira borçlu temerrüdünün gündeme gelebilmesi için vazgeçilmez şart, muaccel bir alacağın mevcudiyeti iken (BK m. 101/I); burada

---

57 **BGE** 46 II 251/252; **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 366 N. 7d; **Tandoğan** da *„borçlunun temerrüdünde feshe ilişkin BK. md. 106/108 kıyas yoluyla diğer sözleşmeye aykırılık hallerinde ve bu arada BK. md. 358 f. II'deki hallerde de uygulanabilmelidir; başka bir deyimle, müteahhit verilen mehil içinde gereken düzeltmeyi yapmaz veya imalatı sözleşmeye uygun biçimde yapmağa girişmezse iş sahibi başkasına yaptırmak yerine fesih yolunu tercih edebilmelidir"* demek suretiyle (ÖBİ C. II, Sh. 69) Gautschi'nin fikrini benimsemiş gözükmektedir.

58 **Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 366, N. 6.; **Öz,** Sh. 62, 63.

59 **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 62.

sözkonusu olan sözleşmeye aykırılık muacceliyetten önce gündeme gelmektedir[60]. İncelemekte olduğumuz ihtimal bakımından ise ortada ifası talep edilebilecek bir borç henüz mevcut olmadığı gibi; bazı durumlarda işin yapımına başlanması dahi sözkonusu değildir[61]. Kaldı ki, asıl müteahhit sözleşme gereği işin yapımına başlanması gereken süreyi geçirmiş olsa dahi borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması yine de sözkonusu olmayacaktır[62]; zira doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen ve bizim de isabetli bulduğumuz fikre göre, müteahhidin eserin teslimi dışında bağımsız bir iş görme borcu mevcut olmayıp[63]; kural olarak eser sözleşmesi ani edimli bir borç ilişkisi meydana getirdiğinden, yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili faaliyetler birer ifaya hazırlık faaliyetidir[64]. Böyle olunca da caiz olmayan bir şekilde taşeron kullanan asıl müteahhidin bu davranışı, ifaya hazırlık faaliyetlerinin sözleşmeye aykırı bir şekilde yürütülmesi veya yürütülmek istenmesinden ibaret olup; onun eserin meydana getirilmesine ilişkin özen borcuna aykırılık teşkil edecektir.

BK m. 358/II hükmünün kapsamına giren durumlarda borçlu temerrüdü hükümlerinin doğrudan veya kıyasen uygulanması suretiyle iş sahibine sözleşmeden dönme imkânı tanınmasının uygun olmayacağını böylece ifade ettikten sonra; bazı durumlarda iş sahibine BK m. 358/I hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle sözleşmeden dönme imkânı tanınması gerektiği düşüncesine de değinmek yararlı olacaktır. Bu düşünceyi savunan yazarların fikrine göre, eğer işin üçüncü bir şahsa yaptırılması imkânı mevcut değil ise burada da eser borcu muaccel olmadan önce sözleşmeden dönülebilmelidir[65]. Böylelikle bu gibi istisnaî durumlarda BK m. 358 hükmünde bir boşluk bulunduğu benimsenerek, maddenin ilk fıkrasında sözleşmeden dönme imkânı tanınmış bulunan hallerin arasına bu durum da eklenmekte[66] ve sözleşmeye aykırı bir şekilde hareket eden müteahhit karşısında iş sahibine sözleşmeden dönme imkânının tanınabilmesi için, yukarıda açıklanan işin başkasına yaptırılabilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlardan başka, işin başkasına yaptırılması imkânının bulunmaması şartı da eklenmiş olmaktadır.

Bu düşünce tarzı benimsenmiş olsa dahi inceleme konumuz açısından sözleşmeden dönme yine de gündeme gelemeyecektir. Zira inşaat sözleşmesinde yapı edimi kural olarak borçlu dışında üçüncü şahıslar bakımından da gerçekleştirilebilecek bir edimdir. Kaldı ki bir önceki fıkrada (BK m. 358/I) sözleşmeden dönmeyi düzenlemiş bulunan kanun koyucunun, herhalde unutkanlık

---

60 **Koller,** Berner Kommentar, Art. 366 N. 28.

61 Yalnız ifade etmek gerekir ki, eser sözleşmesinde müteahhidin iş görme faaliyetlerinin ayrı bir edim borcu olduğu, bir başka deyişle, eser sözleşmesinden sürekli bir borç ilişkisi doğduğu fikrini savunan yazarlar da mevcuttur (**Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 377 N. 1a). Zaten burada borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmak istenmesinin temelinde de bu düşünce yatmaktadır (Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Öz,** Sh. 49-51).

62 Zaten bu ihtimal de BK m. 358/I hükmünde özel olarak düzenlenmiş olup; bu hükümde aranan bazı şartların gerçekleşmesi durumunda iş sahibine sözleşmeden dönme imkânı bahşeden ayrı bir sebeptir (Bu hususta açıklamalar ve tartışmalarla ilgili olarak bkz. **Öz,** Sh. 47 vd.).

63 Aksi fikirde: **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 377 N.1a.

64 **Seliçi,** Sürekli borç ilişkileri, Sh. 26; **Yavuz,** ÖBİ, Sh. 460; **Öz,** Sh. 20; **Gauch,** Werkvertrag, N. 9; **Larenz,** Schuldrecht II/1, § 53 III, b, Sh. 369; **BGE** 98 II 302.

65 **Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 366 N. 6; **Öz,** Sh. 62-63.

66 **Öz,** Sh. 62.

eseri veya kasden kanun boşluğu bırakmak için aynı hükmün II. fıkrasını bu şekilde düzenlemiş olduğunu söylemek, (en azından ilk bakışta) doğru olmasa gerektir. Dolayısıyla iş sahibi, kanun metnine uygun bir şekilde öncelikle işi başkasına yaptırmayı denemeli; hatta eğer kendisi yapabiliyorsa üçüncü şahsa yaptırmak yerine bizzat yapma yolunu da seçebilmelidir[67].

Kanaatimizce caiz olmayan bir şekilde taşeron kullanımının sözkonusu olduğu durumlarda sözleşmeden dönme, ancak bir tek ihtimalde gündeme gelebilir: *Sözleşmeye uygun ifanın* gerçekleştirilmesi imkânının sözleşmenin kurulması esnasında veya daha sonra objektif olarak imkânsız olması[68]. Böyle bir durumda ifa imkânsızlığından söz etmek uygun olmayacaktır[69]; zira sözleşmeye aykırı - *mesela ayıplı*- olsa da ifa, borçlu veya (eğer kendisine tanınacak süre içerisinde yapmamakta ısrar ederse) üçüncü şahıslar tarafından gerçekleştirilebilecek durumdadır. Fakat alacaklının böyle bir durumda borçluya mehil vererek borca uygun ifanın gerçekleştirilmesini talep etmesinin de bir anlamı yoktur; zira hiç kimse ifayı sözleşmeye uygun bir şekilde gerçekleştirme imkânına sahip değildir. Böyle bir durumda yapı eserinin ayıplı olacağını bilerek işin başkasına yaptırılması ve böylece ifanın gerçekleştirilmesinden sonra, alacaklının ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönmesi (BK m. 360) borçlunun menfaatlerine; alacaklıya BK m. 369 gereği tam tazminat vermek suretiyle sözleşmeden dönme yolunu tercih etmesini söylemek ise onun menfaatlerine uygun bir yaklaşım tarzı olmayacaktır. İşte ancak böyle bir ihtimalde, BK m. 358/II hükmünün bir boşluk içerdiği ve bu boşluğun, BK m. 358/I hükmüne kıyasen iş sahibine sözleşmeden dönme imkânı tanınmak suretiyle doldurulması gerektiğinin kabul edilmesi adaletli bir yaklaşım tarzı olacaktır[70].

Yalnız kabul etmek gerekir ki böyle bir durumun caiz olmayan şekilde taşeron kullanımından kaynaklanması ihtimali yok denecek kadar azdır. Bu ihtimal ancak, sözleşmeye aykırı bir şekilde taşeron kullanmak suretiyle yapı eserini meydana getirmek isteyen asıl müteahhidin, yapı tekniğine ilişkin çok özel ve kendisi dışında hiç kimsenin vakıf olmadığı bilgileri kullanmak suretiyle inşaatı meydana getirmeyi borçlanmış olması ihtimalinde gündeme gelebilir. Bu ihtimalde iş sahibi BK m. 358/II hükmünün kendisine vermiş bulunduğu imkânı kullanmak suretiyle işi başkasına yaptırabilecektir; fakat başkasının meydana getireceği yapı eseri, asıl sözleşmede tanımlanan edime uygun olmayacak ve o edimle karşılaştırıldığında ayıplı olduğunu kabul etmek gerekecektir. Hukuk sistemimizde, yapma borcunun zorla ifasını temin de mümkün olmadığından iş sahibi, kendisine verilmiş bulunan süreye rağmen sözleşmeye uygun ifayı gerçekleştirmek için harekete geçmeyen asıl müteahhide borcunu zorla ifa ettirme imkânına da sahip değildir[71]. Bu

---

67 İş sahibinin yapı işini bizzat yerine getirebilmesi ile ilgili olarak bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 891.

68 Karş. **Gauch,** Werkvertrag, N. 2422-2425.

69 İfanın hem borçlu ve hem de üçüncü şahıslar bakımından mümkün olmadığı durumlarda zaten sözleşmeden dönme gündeme gelmeyecektir. Böyle bir durum, ifa imkânsızlığını ifade eder ve mesele borçlunun kusurunun bulunup bulunmamasına göre BK m. 96 veya BK m. 117 çerçevesinde çözüme kavuşturulur.

70 **Gauch,** Werkvertrag, N. 2424.

71 Bu arada ifa imkânsızlığını *„mevcut bir borcun cebrî icra yoluyla elde edilemeyecek duruma girmesi"* olarak tanımlayan bir görüşün mevcudiyetine değinmekte de yarar vardır. Bu düşünceye göre, iş görme edimini içeren borçlarda borçlunun kesinlikle borcunu ifa etmeyeceğini açıklaması üzerine, borç imkânsızlaşmış sayılacak ve BK m. 96 hükmüne göre tazminat borcu doğacaktır. Zira iş görme şeklindeki edimini yerine getirmemeye kararlı olan

durumda iş sahibi ya BK m. 369 gereği tam tazminat ödemek suretiyle sözleşmeden dönme ya da borçlunun bu hususlaki olumsuz tavrını terk etmesini bekleyerek; borcun muacceliyet ânına kadar borçlu bu tavrından vazgeçmez ise temerrüt hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönme yolunu seçebilecektir. Her iki çözümün de menfaatler dengesine uygun olmadığı açıktır. İşte ancak bu ihtimalde iş sahibine BK m. 358/I hükmüne kıyasen sözleşmeden dönme imkânı tanımak uygun olacaktır.

cc. Asıl müteahhidin bu suretle tasarruf etmiş bulunduğu masrafların durumu

Asıl müteahhidin, olayların büyük bir çoğunluğunda olduğu gibi, caiz olmayan bir şekilde işin yapımına taşeron dahil etmek suretiyle bazı ilave kazançlar elde etmesi veya en azından bazı masraflardan tasarruf etmesi de mümkündür. Caiz olmayan bir şekilde taşeron kullanılmış ve fakat buna rağmen sözleşmeye uygun ifanın gerçekleştirilmiş olduğu ihtimallerde, acaba iş sahibi, sözleşmeye aykırı bir şekilde elde edilmiş bulunan bu ilave kazanç ile ilgili olarak herhangi bir talep ileri sürebilecek ve mesela bu ilave kazancın sözleşme bedelinden indirilmesini talep imkânına sahip olabilecek midir?

Bu sorunun cevaplandırılması bakımından öncelikle, sözleşmede kararlaştırılan ücretin türüne bakılmakta ve mesele bu ücretin türüne göre ikili bir ayırım yapılmak suretiyle neticeye bağlanmaktadır[72]: Eğer müteahhidin alacağı ücretin BK m. 366 çerçevesinde, müteahhidin yapacağı masraflar dikkate alınarak belirlenmesi sözkonusu ise; böyle bir durumda ücret, müteahhidin yapmış bulunduğu gerçek masraflar dikkate alınarak hesaplanacağından; eğer caiz olmayan bir şekilde taşeron kullanılması, sözleşmeye uygun hareket edilmiş olsaydı gerçekten yapılması gerekli masrafların azalmasına sebebiyet vermiş ise, asıl müteahhidin alacağı ücretin bu azalmış bulunan masraf oranında indirilmesi gerekecektir[73].

Buna mukabil asıl müteahhidin ücreti, sözleşmede kesin bir miktar olarak belirlenmiş ise iş sahibi, BK m. 365/III gereği bu doğrultuda herhangi bir talepte bulunamayacak ve asıl müteahhit sözleşmede öngörülenden daha az masraf yapmış bulunsa da kararlaştırılmış bulunan ücretin tamamını ödemek durumunda kalacaktır[74].

III. Asıl müteahhidin BK m. 100 hükmü gereği sorumluluğuna ilişkin bazı özellikler

Asıl müteahhidin ifa yardımcılarının fiillerinden sorumluluğunun esası kusura dayanır; fakat kusur ve derecesi yardımcı şahıs dikkate alınarak değil, ifa

---

borçludan, cebrî icra yoluyla bu alacağın -aynen- elde edilmesi mümkün değildir [**Oğuzman,** Hizmet Akdinin Feshi, Sh. 15 vd.; **Oğuzman/Öz,** Sh. 293; **Öz,** Sh. 158 vd.].

72 **Cerutti,** N. 520.

73 Tam aksine caiz olmayan bir şekilde taşeron kullanılması, yapılması gerekli masrafların artmasına sebebiyet vermiş ise; asıl müteahhit sözleşmeye aykırı bu davranışının neticelerine kendisi katlanacak ve fazladan yapmış bulunduğu masrafların ücretin hesabında dikkate alınmasını talep edemeyecektir; **Cerutti,** N. 521; Ayrıca Karş. **BGE** 96 II 61; **Gauch,** Werkvertrag, N. 964, 965.

74 **Cerutti,** N. 522.

yardımcısı kullanan borçlu dikkate alınarak belirlenecektir[75]. Bu durumda edim fiilini bizzat borçlu icra etmiş olsaydı, yardımcı şahsın davranış biçiminin kendisi için dahi *„kusur teşkil edip etmeyeceği"* incelenecektir. Yardımcı şahıstan beklenen özenin ölçüsü bizzat borçlunun göstermesi gereken özendir. Yardımcı kişinin somut olaydaki davranışı borçlunun göstermek zorunda olduğu bu özen derecesine ulaşmıyor, ondan sapma gösteriyorsa borçlu sorumlu olacaktır. Böylece borçlu kendi yerine yardımcı kişi koymakla, alacaklı karşısında sahip olduğu konumunu onun aleyhine iyileştiremeyeceği, alacaklıya karşı yükümlendiği borcun muhtevasını, kalitesini değiştiremeyeceği gibi, yardımcı kişinin davranışında kendisi bulunmuş olsaydı üstlenmek zorunda kalacağı sorumluluktan (*yani akit ya da kanun gereği gösterilmesi gereken bir özen eksikliğini ihtiva eden davranış nedeniyle hiç ya da gereği gibi ifa edilmeyen borcun yerine geçen tazminat yükümlülüğünden*) da kurtulamayacaktır. Burada borçlunun sorumluluğu, kendisinin ya da yardımcı kişinin kusuruna değil; yardımcı kişinin, alacaklının borçludan yerine getirilmesini beklemeye akit ya da kanun gereği hakkı olduğu özeni göstermemiş olması vakıasına dayanmaktadır[76]. Asıl müteahhit, vaad ettiği edimin ifası için gerekli teknik bilgi ve beceriye sahip olmayan taşeron görevlendirmesi durumunda, bu taşeronun borcun gereği gibi ifası için lüzumlu teknik bilgi ve beceriye sahip olmamasından sorumlu olacaktır. Başka bir deyişle teknik bilgi ve beceriyi gerekli kılan bir yapı işinin meydana getirilmesinde gösterilecek özenin derecesi, asıl müteahhidin kullandığı taşeronun fiilen sahip olduğu bilgi ve kapasitesine göre değil, asıl müteahhidin bizzat üstlenmiş olduğu işin niteliği, muhtevası ve yerine getiriliş şekline göre belirlenecektir[77].

Yine ifade etmek gerekir ki, özellikle anahtar teslimi işlerin yapımında (mesela bir fabrikanın anahtar teslimi yapılması işinde olduğu gibi), yapılacak işin iş bölümüne dayalı bir organizasyonla yerine getirilmesi sözkonusu olduğundan asıl müteahhit, iş sahibinin her münferit iş için dürüstlük kuralına göre vaad edildiğini kabul etmekte haklı olduğu ve her münferit işin mahiyet ve niteliğine göre belirlenecek bir özenden sorumlu tutulmalıdır[78].

Doktrinde, borcun belirli bir yardımcı kişi tarafından ifa edileceğinin taahhüt edilmesi halinde, bu belirli yardımcı kişinin alacaklı tarafından bilinen bilgi ve

---

[75] Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunda *„kusur"* meselesi tartışmalıdır. Bazı yazarlar borçlunun bu sorumluluğunun bir sebep sorumluluğu olduğunu ifade ile, bu hususta ne borçlunun ve ne de yardımcı şahsın kusuru bulunmasının aranmayacağını ifade ederken (***Tschudi,*** *Sh. 39 vd.;* ***Auer,*** *Sh. 18*); diğer bazı yazarlar ise borçlunun sorumluluğu için yardımcı şahsın kusurunu şart koşmaktadırlar (***von Tuhr,*** *SJZ 17, Sh. 225 vd.;* ***von Tuhr/Escher,*** *§ 70 III, Sh. 128-129; Alman Hukukunda:* ***von Caemmerer,*** *Sh. 33 vd.*). Bu hususta doktrinde hakim olan görüş ise farazi kusur esasına dayanmaktadır (***BGE*** *46 II 130;* ***BGE*** *53 II 240;* ***BGE*** *70 II 220;* ***BGE*** *82 II 533;* ***BGE*** *90 II 21;* ***BGE*** *91 II 296;* ***BGE*** *95 II 254;* ***Bucher,*** *Allgemeiner Teil, Sh. 351;* ***Gauch/Schluep/Rey,*** *Bd. II, N. 2864 vd.;* ***Honsell/Vogt/Wiegand,*** *Art. 101 N. 14;* ***Guhl/Merz/Koller,*** *Sh. 229;* ***Oser/Schönenberger,*** *Zürcher Kommentar, Art. 101 N. 12;* ***Becker,*** *Berner Kommentar, Art. 101, N. 14;* ***Saxer,*** *Sh.28;* ***Oğuzman/Öz,*** *Sh. 356-357;* ***Eren,*** *Borçlar hukuku C. II, Sh. 1070 vd.;* ***Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,*** *Sh. 898;* ***Tandoğan,*** *Mes'uliyet, Sh. 444-445;* ***Şenocak,*** *Sh. 210 vd.;* ***Yarg.*** *11 HD. 17.1.1980 t. ve E. 1980/1 K. 1980/33 (YKD Eylül 1980, Sh. 1246 vd.);* ***Larenz,*** *Schuldrecht I, §20 VIII, Sh. 303-304;* ***MüKo/Hanau,*** *§ 278, N. 35*). Yukarıda yapılan açıklamalar da doktrinde hakim bulunan bu görüş esas alınmak suretiyle yapılmıştır.

[76] **Şenocak,** Sh. 212.

[77] Karş. **Şenocak,** Sh. 214.

[78] Karş. **Gauch/Schluep/Rey,** Bd. II, N. 2895; **Şenocak,** Sh. 217.

ehliyetinin de borçlunun yerine getirilmesinden sorumlu olduğu özen derecesini tayinde dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir[79]. Özellikle büyük çaplı inşaat sözleşmelerinde asıl müteahhit, iş sahibine, sözleşmenin kurulmasından önce, işin yapımına dahil etmeyi düşündüğü taşeronları genellikle bildirir ve iş sahibi de belirli bir müteahhide yapı işini verip vermeyeceğine karar verirken taşeronların kimliğini de dikkate alır[80]. Böylelikle taraflar, yukarıda ifade edilen düşünce çerçevesinde, borçlunun sorumluluğunun tayininde dikkate alınması gerekli özen derecesi bakımından da (en azından zımnî) bir mutabakat sağlamış olarak kabul edilmeli ve asıl müteahhidin bu hususta ki sorumluluk derecesi tayin edilirken taşeronun sahip olduğu bazı özel bilgi, yetenek ve kabiliyetler de dikkate alınmalıdır. Böylelikle asıl müteahhit, kendisi ve iş sahibi tarafından bilinen şahsî bilgi ve kabiliyetleri dolayısıyla işin yapımına dahil edilmiş bulunan taşeronların, kendilerinden beklenmeyen özen derecesine ulaşmayan davranışlarıyla alacaklı iş sahibine vermiş olduğu zararlardan da sorumlu tutulabilmelidir[81].

İfa yardımcısı kullanan şahıs, kendisine atfı kabil olan ifa yardımcısının fiillerinden, eğer onun yaptığı işi kendisi yapmış olsaydı, kendisine atfı kabil bir kusur sözkonusu olmayacak idiyse sorumlu olmayacaktır. Bu kural özellikle ifa yardımcısının, yardımcı kullanan şahıstan daha uzman birisi olduğu durumlar bakımından uygulama alanı bulur[82]. Bu çerçevede asıl müteahhidin taşeronun davranışlarından sorumlu tutulabilmesi için bu davranışların, müteahhidin mesleği gereği bilmesi gerekli tipik bilgiler ve mesleği icabı sahip olması gerekli tipik yetenekler ölçü alındığında bir kusur teşkil etmesi gerekir[83]. Özellikle taşeronun, yapı tekniğine ilişkin özel bilgi ve yetenekleri (know-how) nedeniyle işin yapımına dahil edilmesinin sözkonusu olduğu durumlarda asıl müteahhidin sorumluluğu kural olarak, bu taşeronun mesleği gereği bilmesi gerekli tipik bilgiler ve mesleği icabı sahip olması gerekli tipik yetenekler dikkate alınarak değil; aksine *bizzat kendisinin* mesleği gereği bilmesi gerekli tipik bilgileri ve mesleği icabı sahip olması gerekli tipik yetenekleri dikkate alınmak suretiyle belirlenecektir. Buna göre asıl müteahhit, kural olarak taşeronun davranışının yapı taahhüdü işlerinde mutad olarak bilinmesi gerekli yapı tekniği kural ve usullerine uygun olduğunu

---

79 **Spiro,** Sh. 248-249; **Tandoğan,** Mes'uliyet, Sh. 417; **Şenocak,** Sh. 217-218; Ayrıca bkz. **von Tuhr/Escher,** § 69 II, Sh. 115; **Gauch/Schluep/Rey,** Bd. II, N. 2746; **Tunçomağ,** Genel Hükümler, Sh. 813.

80 **Akyol,** ÖBİ II, Sh. 99.

81 Karş. **Şenocak,** Sh. 218.

82 **Honsell/Wiegand,** Art. 101 N. 14; **Gauch,** Werkvertrag, 1923; Başka fikirde: **Ott,** SJZ 1978, Sh. 290.

83 Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, seyyar bir vincin sökülmesine ilişkin bir sözleşme ile ilgili olarak vermiş bulunduğu bir kararında, davalının bu iş için görevlendirmiş bulunduğu şahsın, alınması gerekli bir tedbiri gereği gibi almamış olmasında kusuru olup olmadığı değerlendirmesini yaparken, onun bu ihmalinin tehlikeliliğini öngörebilecek derecede bir uzmanlığa fiilen sahip olmamasının önemli olmadığı ve davalının davacıya karşı bu hususta ki sorumluluğunun belirlenmesinde, vinç işlerinde gereği gibi tecrübe ve uzmanlığa sahip olan bir kişinin göstermesi gereken özenin ölçü alınması gerekliliğinin bulunması nedeniyle davalının böylece doğan zarardan sorumlu olduğu neticesine varmıştır (**BGE** 92 II 234, 241); Yine **Yarg. HGK** da vermiş bulunduğu bir kararında (15.6.1994 t. E. 1994/11-178, K. 1994/398), borçlunun ifa yardımcılarının fiillerinden sorumluluğu ile ilgili olarak bu hususu açıkça vurgulamış ve borçlunun yardımcı kişiyi seçerken *„...göreceği iş için vasıflı, yeterli eğitim görmüş, yeni bilgi, yöntem ve tekniği özümsemiş ve işlemiş olmasını..."* arayacağını ifade etmiştir (YKD Nisan 1995, Sh. 530 vd. özellikle 533).

ispatla BK m. 100'e göre sorumlu olmaktan kurtulabilecektir[84]. Yalnız uzman bir taşeron kullanan asıl müteahhidin, iş sahibine karşı, açıkça veya zımnî olarak, sadece uzman bir şahsın gösterebileceği özen ve ihtimamı göstermeyi borçlanmış olduğu durumlarda bu kural geçerli olmayacaktır[85].

Asıl müteahhit, taşeron tarafından işin yapımına dahil edilmiş bulunan alt taşeronların vermiş bulunduğu zararlardan da BK m. 100 gereği sorumludur[86]. O, iş sahibine karşı böyle bir durumda da yapı işinin sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilmesi bakımından tek sorumlu şahıs olması dolayısıyla, alt taşeronların asıl sözleşmenin ifası ile fonksiyonel bir bütünlük arzeden fiilleri ile sebebiyet vermiş oldukları zararlardan da böylece sorumludur[87]. Taşeronun, alt taşeron tayin etmek hususunda bir yetkisinin bulunup bulunmaması ise asıl müteahhidin iş sahibine karşı olan sorumluluğu bakımından herhangi bir rol oynamaz[88]. Zira yardımcı şahıs kullanılması, borçluyu alacaklıya karşı yeni bir borç altına sokmayacağı gibi, onun halihazır yükümlülüklerinde de bir değişiklik meydana getirmemeli ve alacaklı borçlunun ifa yardımcısının da ifa yardımcısı kullanmak hususunda yetkisinin bulunup bulunmadığı ile ilgilenmek zorunda bırakılmamalıdır[89].

Nihayet asıl müteahhit, taşeronların aslî edimin yerine getirilmesine ilişkin kusurlarından değil, aynı zamanda bütün sözleşme ilişkisi içerisinde borçlu sıfatıyla yükümlü olduğu bütün özen ve davranış borçlarının ifasına ilişkin davranışlarından da sorumlu olacaktır[90].

IV. Asıl müteahhidin taşeron tarafından gizlenmiş bulunan ayıplarla ilgili sorumluluğu

Borçlar Kanunu müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu açık ve gizli ayıpları dikkate almak üzere farklı bir düzenlemeye tabi tutmuştur. Buna göre

---

84 **Seliçi,** Sh. 126; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 94; **Gauch,** Werkvertrag, 1923; Karş. **BGE** 95 II 54 (son cümle) ; Ayrıca karş. **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 364 N. 25a, 28c.

85 Karş. **Spiro,** Sh. 248; **Honsell/Wiegand,** Art. 101 N. 14; **BGE** 70 II 215.

86 **Becker,** Berner Kommentar, Art. 101, N. 9; **von Büren,** Allgemeiner Teil, Sh. 396; **Spiro,** Sh. 168; **Cerutti,** N. 430; **von Tuhr/Escher,** Sh. 125, dn. 18.

87 **Cerutti,** N. 430.

88 **Spiro,** Sh. 168; **Koller** ise böyle bir durumda meseleyi ikiye ayırarak incelemenin doğru olacağını ifade etmekte ve borçlu, kendi ifa yardımcısının da bir başka ifa yardımcısı tayin edeceğinden haberdar ise BK m. 100 hükmünün doğrudan uygulanmasını; borçlunun bu durumdan haberdar olmadığı ihtimallerde ise kural olarak BK m. 100 hükmünün uygulama alanı bulamayacağını; ancak borç BK m. 67 çerçevesinde üçüncü şahıslar tarafından da ifa edilebilecek bir borç olduğu takdirde BK m. 100 hükmünün kıyasen uygulanmasının doğru olacağını belirtmektedir (Erfüllungsgehilfen, N. 235 vd.). **Saxer** ise taşeronun, asıl müteahhidin iradesi dışında bir alt taşeron görevlendirmiş olması ihtimalinde, asıl müteahhidin iş sahibine karşı sorumluluğunun BK m. 100 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle belirlenmesine taraftardır (Sh. 30-31).

89 **Spiro,** Sh. 169; Ayrıca ifade etmek gerekir ki, asıl müteahhidin sadece kendi tayin ettiği ve dolayısıyla akdî ilişki içerisinde bulunduğu ifa yardımcılarının fiillerinden sorumlu olacağını kabul etmek, hakkaniyete de aykırı bir düşünce tarzı olacaktır. Zira böylelikle asıl müteahhit bakımından iş sahibine karşı olan yükümlülüklerinden kolaylıkla kurtulma imkânı bahşedilmiş ve iş sahibi zararının tazmini bakımından, hiç bir şekilde akdî ilişki içerisinde bulunması mümkün olmayan alt taşeronla karşı karşıya bırakılmış olurdu (Bkz. **Cerutti,** N. 431).

90 **Seliçi,** Sh. 127.

müteahhit, açık ayıplarla ilgili sorumluluktan yapı eserinin kabulü ile kurtulduğu halde, kasden gizlemiş bulunduğu ayıplarla ilgili sorumluluğu devam etmektedir (BK m. 362/I). Bu hüküm müteahhide, ayıplar hususunda aydınlatma-ihbar mükellefiyeti[91] yüklemek suretiyle, böylece ortaya çıkabilecek muhtemel zararlardan iş sahibini korumayı hedeflemektedir. Müteahhidin bu hususta ihbar yükümlülüğünün doğması için, yapı eserindeki ayıbı bizzat kendisinin bilmesi de şart olmayıp; bu hususu ifa yardımcısı olarak kullandığı şahısların bilmesi de yeterlidir[92]. Ayrıca bu bilginin kesinlik taşıması da aranmayacak, bu hususta dikkate değer bir şüphenin bulunması yeterli kabul edilecektir. Her ne kadar kanun metni yeterince açık değilse de ayıbın iş sahibine bildirilmesine ilişkin bu ihbar yükümlülüğünün kapsamına, müteahhidin yapı eserindeki ayıpların ortaya çıkarılması için iş sahibine yardım etme mükellefiyetinin de girdiğinin söylenmesi ise doğru olmayacaktır[93].

İnşaat sözleşmesinde asıl müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin zamanaşımı süresi, kural olarak işin kabulünden itibaren 5 yıldır (BK m. 363/II). Bu bakımdan ayıba asıl müteahhidin mi yoksa taşeronun mu sebebiyet vermiş olduğunun bir önemi yoktur. Aynı şekilde inşaattaki ayıp taşeron tarafından hileli bir şekilde gizlenmiş ise ayıbın asıl müteahhit tarafından gizlenmesinde olduğu gibi, artık 5 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması sözkonusu olmayacak ve satım akdine yapılmış bulunan yollama dolayısıyla BK m. 207/III hükmü kıyasen uygulanacaktır. Bu duruma göre zamanaşımı süresi yapı eserinin tesliminden itibaren 10 yıl olarak tesbit edilecektir[94].

Kanun metni (BK m. 362/I) ayıbın kasden gizlenmiş olmasından anlaşılması gerekli şeyin ne olduğunun belirlenmesi bakımından yeterince açık olmamasına rağmen, BK m. 196 hükmüne kıyasen, ayıbın kasden gizlenmesi kavramı ile en azından *ayıbın hileli bir şekilde gizlenmiş olması*nın kasdedilmiş olabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır[95]. Bu ise öncelikle sözkonusu ayıbın müteahhit tarafından bilinirken, iş sahibi tarafından bilinmemesini gerekli kılar[96]. Bu ayıbın asıl müteahhit tarafından bilinmesi gerekliliği onun, ifa olarak arzettiği yapı

---

91 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 370 N. 8a.

92 **Gauch,** Werkvertrag, N. 831; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 111.

93 **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 370 N. 9; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2091.

94 **BGE** 107 II 232; **BGE** 100 II 34; **BGE** 96 II 184; **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 371 N. 5e; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2277; **Guhl/Merz/Koller,** Sh. 488; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 371 N. 15, 30; **Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 371 N. 4; **Yarg. 15. HD.** 17.3.1976 t. E. 1975/5464, K. 1976/1210 (YKD Mart 1977, Sh. 702 vd.); **Tandoğan,** ÖBİ C. II, sh. 226; Bazı yazarların fikrine göre ise ayıbın kasden gizlenmesi halinde zamanaşımı süresinin kendisi uzamayıp; bir veya beş yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması ayıbın farkedilmesi tarihine ertelenir; ancak gizlenmiş de olsa ayıbın on yıl içerisinde farkına varılması zorunludur (**Becker,** Berner Kommentar, Art. 210 N. 4; **von Büren,** Besonderer Teil, Sh. 48); Alman hukukunda da ayıbın hile ile gizlenmesi durumunda ayıba karşı tekeffül zamanaşımı normalden farklı düzenlenmiştir. Buna göre inşaat sözleşmeleri bakımından normal zamanaşımı süresi 5 yıl olarak düzenlenmişken (§ 638 BGB), ayıbın hile ile gizlenmesi durumunda zamanaşımı 30 yıl (§ 195 BGB) olmaktadır.

95 **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 370 N. 9; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2090; Başka fikirde **Becker,** Berner Kommentar, Art. 370 N. 3.

96 **Gauch,** Werkvertrag, N. 2092, daha ayrıntılı açıklamalarla birlikte.

eserinde bir ayıbın bulunup bulunmadığını araştırma yükümlülüğünün de bulunması durumunda bir anlam taşıyacaktır[97].

Asıl müteahhidin bu bakımdan ifa yardımcılarının fiillerinden sorumluluğunun arzettiği özellikler, yapı eserinin iş bölümü esasına dayalı bir şekilde meydana getiriliyor olması gerçeği de dikkate alınarak şu şekilde tesbit edilebilir:

Öncelikle asıl müteahhit, iş sahibine karşı olan ihbar yükümlülüğünü lâyıkıyla yerine getirebilmek için, kendisinin kontrol ve denetimi altında olmaksızın inşaatın bir kısmını kendi sorumluluğu altında inşa etmek üzere görevlendirmiş bulunduğu taşeronların bu hususta bilgilerine de tekeffül etmek zorunda olduğundan; ayıbın taşeron tarafından kasden gizlenmiş olmasının sorumluluğunu da taşımak zorundadır[98]; aksi takdirde ona taşeron görevlendirmek suretiyle bu sorumluluktan rahatlıkla kurtulma imkânı verilmiş olurdu[99]. Bu gibi durumlarda mesele iş sahibi açısından değerlendirildiğinde, bu ayıbı zamanında fark etmiş olsaydı ayıp ihbarında bulunacağı ve ayıptan kaynaklanan haklarını kullanacağı rahatlıkla söylenebiliyorsa, asıl müteahhit bakımından hileli bir gizlemenin mevcut olduğu kabul edilecektir.

Aynı şekilde asıl müteahhidin yapı eserindeki ayıbın mevcudiyetinden, müstakilen yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili faaliyetleri denetlemek veya teslimden önce yapı eserinin ayıplı olup olmadığını kontrol etmek üzere görevlendirmiş bulunduğu bir taşeron veya mimar yahut mühendisin kendisinden gizlemiş olması nedeniyle haberdar olamaması durumunda da aynı sonuç geçerli olacaktır[100]. Bu ihtimal bakımından da asıl müteahhit bu ayıbı gerçekten bilmese de sözkonusu ifa yardımcısının bilmesi yeterli kabul edilecek ve o, bu ifa yardımcısının bilgisini de tekeffül etmek zorunda olacaktır[101]. Asıl müteahhit, mesela ifa yardımcısı konumundaki bu şahısların ayıbın oluşmasında bizzat sorumlulukları bulunduğu için durumdan ne kendisini ve ne de iş sahibini haberdar etmemiş olmaları ihtimalinde dahi, iş sahibine karşı mevcut ihbar yükümlülüğünden kurtulması sözkonusu olamayacaktır[102]. Hatta asıl müteahhit yapı eserinin ayıplı olduğunu bildiği halde; iş sahibinin taşeron, mimar veya mühendis tarafından bu hususta aydınlatılacağı düşüncesi ile, iş sahibini durumdan haberdar etmemiş olduğu durumlarda dahi ayıbı hile ile gizlemiş sayılacaktır.

Yalnız ifade etmek gerekir ki, bu son durumda asıl müteahhidin sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için, yapı eserindeki ayıbı gizleyen taşeronun asıl müteahhit tarafından yapı faaliyetlerini denetlemek veya yapı eserinin ayıplı olup olmadığını

---

97 Eğer müteahhit sözkonusu ayıptan, bu hususta bilgi sahibi olmak için gerekli araştırmaları isteyerek yapmadığı için haberdar olamamışsa, bu durumda da onun ayıptan haberdar olduğu kabul edilecektir (Karş. **Gassner,** BauR 1990, Sh. 314). Müteahhidin, ayıbı hileli bir şekilde gizlerken böylece kendisine herhangi bir menfaat temin etmek istemesi veya iş sahibine zarar vermek amacını taşıması zorunluluğu ise mevcut değildir (**MüKo/Soergel,** § 638 N. 32).

98 **Spiro,** Sh. 257; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2097; Bu netice Alman Hukuku bakımından da benimsenmektedir (**BGHZ** 117, Sh. 319).

99 **BGHZ** 66, Sh. 43, 45 vd; **Schwarz,** Sh. 54; **Kaiser,** Mängelhaftungsrecht N. 179; **Kniffka,** ARGE Sh. 46, 63; **Staudinger/Peters,** § 638 N. 33.

100 **MüKo/Soergel,** § 638 N. 36; **BGHZ** 117, Sh. 320; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2098.

101 Karş. **Spiro,** Sh. 257.

102 **Gauch,** Werkvertrag, N. 2093.

kontrol etmek üzere görevlendirmiş[103] veya en azından bu taşeronun organizasyon ve kontrol faaliyetlerini yürütmesine muvafakat etmiş olması aranmalıdır. Zira ancak bu takdirde asıl müteahhit borcunun ifasında yardımcı şahıs kullanmış kabul edilebilecektir[104]. Yoksa asıl müteahhit, bu işle görevlendirmiş olmadığı taşeronların, kendi meydana getirmekle yükümlü oldukları kısımlar dışındaki inşaat kısımları ile ilgili (bu kabilden) tesadüfi bilgilerini tekeffül etmekle yükümlü tutulamayacaktır.

Son olarak asıl müteahhit, yapı eserindeki ayıptan taşeronlar bu ayıbı gizlemiş olduğu için değil de yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili faaliyetleri gereği gibi organize etmediği veya yine organizasyondaki eksiklikler nedeniyle farklı taşeronlar tarafından meydana getirilmiş bulunan inşaat kısımlarını kabulden önce yeterince kontrol edememesi nedeniyle öğrenememiş ve bu nedenle de iş sahibine karşı olan ihbar yükümlülüğünü yerine getirememiş olabilir. Benzer bir olayda Alman Federal Mahkemesi, sanki asıl müteahhit ayıptan haberdar imiş ve bu ayıbı iş sahibinden hileli bir şekilde gizlemiş gibi onu sorumlu tutmuştur[105]. Bu kararda yüksek mahkeme asıl müteahhidin kendi işletmesini nasıl organize edeceğinin kendi bileceği bir iş olduğunu; fakat onun sözleşmede, ayıptan uzak bir yapı eserinin meydana getirilmesini borçlanmış bulunduğundan, her hal ve kârda, tamamlanmış bulunan yapı eserinin teslim ânında ayıbının bulunup bulunmadığı hususunda gerçeğe uygun bir karar verilebilmesi için gerekli şartları hazırlamak zorunda olduğunu ifade etmiş ve bu kararına gerekçe olarak da müteahhidin iş bölümü esasına dayalı olarak faaliyet gösteriyor olmasından kaynaklanan riskler nedeniyle iş sahibinin haklarına bir sınırlama getirilmesinin doğru olmayacağını zikretmiştir[106]. Yüksek mahkeme, eğer asıl müteahhidin böyle bir mükellefiyetinin bulunmadığı kabul edilecek olursa, onun bu faaliyetleri gereğince yapmak hususunda yeterince özenli davranmayacağını da ayrıca belirtmiştir[107]. Bu karar çerçevesinde asıl müteahhit gerek yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili faaliyetlerin denetlenmesi, gerekse teslimden önce tamamlanmış yapı eserinin kontrol edilmesi için gerekli organizasyonu hiç veya gereği gibi sağlayamamış ve eğer bu organizasyon gereği gibi yapılabilmiş olsaydı ayıbın mevcudiyetinden haberdar olunacağının söylenebildiği durumlarda ayıbı hile ile gizlemiş olarak kabul edilecektir[108].

Bu tarz bir çözüm, kararda da açıkça ifade edildiği gibi, şüphesiz ki temelini dürüstlük kuralında bulan haklı bir çabaya dayanmaktadır: *İş sahibini karşı âkidinin iş bölümü esasına dayalı bir şekilde faaliyet gösteriyor olmasından kaynaklanan olumsuz sonuçlardan korumak.* Kanaatimizce böyle bir neticeye, asıl müteahhidin iş sahibine karşı yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili faaliyetlerin organizasyon ve kontrolünü de üstlenmiş olduğu inşaat sözleşmeleri

---

103 **MüKo/Soergel,** § 638 N. 36; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2100; Aynı yönde **BGHZ** 66, Sh. 43, 45 vd.

104 Karş. **Koller,** Erfüllungsgehilfen, N. 197.

105 **BGHZ** 117, Sh. 320=BauR 1992 Sh. 500 vd.=NJW 1992, Sh. 1754 vd.

106 **BGHZ** 117, Sh. 320=BauR 1992 Sh. 501=NJW 1992, Sh. 1754.

107 Bu karar Almanyada çeşitli tartışmalara sebebiyet vermiş ve netice olarak bu karara karşı çıkanlar olduğu gibi (**Rutkowsky,** NJW 1993, Sh. 1748 vd.); olumlu karşılayanlar da olmuştur (**Kniffka,** ZfBR 1993, Sh. 255 vd.; **Ingenstau/Korbion,** § 13 N. 270a VOB/B; **Schwarz,** Sh. 54; **Siegburg,** N. 182 vd.).

108 **Gauch,** Werkvertrag, N. 2101; **Schwarz,** Sh. 54.

bakımından daha rahatlıkla ulaşılabilecektir. Mesela bir genel müteahhidin iş sahibine karşı anahtar teslimi bir inşaatın yapılmasını borçlanmış bulunduğu sözleşmeler bakımından durum böyledir. Bu tür bir sözleşmede genel müteahhit, sözleşmede açıkça böyle bir borç üstlenmemiş olsa dahi işin niteliği gereği, yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili faaliyete katılmış bulunan bütün taşeron ve diğer ifa yardımcıları arasında gerekli organizasyon ve denetim faaliyetlerini lâyıkıyla yürütmek mecburiyetinde olacak[109] ve bir organizasyon hatası nedeniyle bir ayıbın mevcudiyetini fark edememiş ise bunun neticelerine katlanmak durumunda olacaktır. Böyle bir sonuç, inşaat sözleşmesinin profesyonel tarafını müteahhidin teşkil etmesi gerçeği ile de uyum arzedecektir. Genel müteahhit inşaatın yürütülmesi ile ilgili bütün faaliyetlerde olduğu gibi, denetim ve kontrol faaliyetlerini de profesyonelce yerine getirmek ve bu iş için görevlendireceği şahısları seçerken özenli davranmakla yükümlüdür[110]. Her şeyden evvel müteahhit, seçmiş bulunduğu bu şahsın yeterli bilgi birikimine sahip olmasına da ayrıca dikkat etmek zorundadır. Bu şahısların işlerini gereği gibi yapmamaları durumunda, asıl müteahhit, hem özenli bir seçimde bulunmadığı için BK m. 96 gereği, hem de bu şahıslar ifa yardımcısı konumunda olduğu için BK m. 100 gereği sorumlu olacaktır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, hile ile gizlenmiş bir ayıbın mevcut olup olmadığına ilişkin isbat yükü iş sahibinin üzerindedir[111].

V. Asıl müteahhidin iş sahibi tarafından sözleşme yapmak üzere bildirilen taşeron ile ilgili sorumluluğu

1. Genel olarak

Daha önce de ifade edildiği üzere[112], işin yapımına dahil edilmesi sözkonusu olan taşeronların iş sahibi tarafından belirlenmesi özellikle uluslararası inşaat sözleşmelerinde sıklıkla gündeme gelen bir yöntemdir. Bu taşeronların belirlenmesinde iş sahibinin çeşitli ölçülerde etkili olması mümkün ise de burada asıl inceleme konusu yapmak istediğimiz durum, taşeronların tamamen iş sahibi tarafından belirlenmiş olması ihtimalidir. İş sahibi bu taşeronları asıl inşaat sözleşmesinde ismen belirtmek suretiyle belirlemiş olabileceği gibi; saklı tutmuş olduğu bir yetkiye binaen, sözleşmenin kurulmasından sonra taşeronları belirleyerek müteahhide bildirmiş de olabilir[113]. Burada vurgulanması gerekli olan husus kullanılan yöntemden ziyade, taşeronların belirlenmesi yetkisinin tamamen iş sahibinin elinde bulunması ve böylelikle taşeronların işe uygunluk ve yeterliliklerinin de tamamen iş sahibi tarafından kontrol edilmesinin sözkonusu olmasıdır. Böyle bir durumda asıl müteahhit, taşeronların belirlenmesine herhangi bir şekilde müdahale etmek yetkisine sahip olmamasına rağmen, iş sahibi tarafından seçilerek isimleri kendisine bildirilmiş bulunan taşeronlarla sözleşme yapmak ve onları işin yapımına dahil etmek zorunda kalmaktadır. Hatta bazı durumlarda sözleşme görüşmeleri de iş sahibi tarafından yürütülmekte ve bu

---

109 **Scherrer,** N. 51.

110 **Kniffka,** ZfBR 1993, Sh. 257.

111 **BGE** 89 II 409; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2104; **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 370 N. 8c; **Kniffka,** ZfBR 1993, Sh. 258-259.

112 Bkz. §2. II. 2. a.

113 Karş. **Koller,** Erfüllungsgehilfen, N. 206.

arada taşerona ödenmesi gerekli ücret ve taşeron tarafından yapılacak olan işin ayrıntı ve özellikleri onun tarafından belirlenmekte; fakat akdî ilişki asıl müteahhit ile kurulmakta ve bu taşeronun yaptığı işlerle ilgili hukukî sorumluluk tamamen ona ait olmaktadır[114]. Böylelikle iş sahibi herhangi bir hukukî sorumluluk altına girmeksizin taşeronluk sözleşmesinin kurulması ile ilgili kontrol imkânına sahip olmakta ve ekonomik avantajlarından istifade etmekte iken; asıl müteahhit ekonomik olarak kontrol imkânı bulunmaksızın hukukî sorumluluk altına girmiş olmaktadır[115].

İşin yapımına dahil edilecek taşeronları belirleme yetkisinin asıl müteahhide ait olduğu *alışılmış sözleşme kuruluş tarzına* uymayan bu özel durum dikkate alınmak suretiyle, asıl müteahhidin bu taşeronlarla ilgili sorumluluğu yumuşatılmaya çalışılmaktadır. Bu çaba hem çok uzun zamandan beri bu sistemi kullanmakta olan İngiliz Hukuk sisteminde gözlenmekte; hem de Alman ve İsviçre Hukuk sistemlerinde gözlenmektedir.

2. İngiliz ve Alman hukuk sistemlerinde başvurulan çözüm yolları

a. İngiliz hukuk sistemi bakımından durum

Bu sistemin beraberinde getirdiği hukukî sorunlarla ilgili olarak ingiliz hukuk sisteminde hem inşaat sektöründe kullanılmak üzere hazırlanmış bulunan standart sözleşme metinleri aracılığı ile ve hem de mahkeme kararları vasıtasıyla çeşitli çözüm yolları geliştirilmiştir. Mesela standart sözleşme metinlerinden birisi olan ICE hukukî olarak dezavantajlı bir konumda bulunan asıl müteahhidin bu durumunu ona, ekonomik bir menfaat temin etmek suretiyle dengelemeye çalışmaktadır[116]. Burada asıl müteahhide sağlanmış bulunan ekonomik avantaj, taşerona asıl müteahhit aracılığı ile yapılması sözkonusu olan ödemelerin belirli bir yüzdesinin[117], kendi alacağı ücretin dışında ayrıca ödenmesi suretiyle temin edilmektedir.

Yine ICE ve RIBA, asıl müteahhidin iş sahibi tarafından kendisine sözleşme yapmak üzere bildirmiş bulunduğu taşeronla mutlak surette sözleşme yapmak zorunda olmadığı ve onun bu hususta haklı gerekçelerinin bulunması halinde, sözkonusu taşeronla sözleşme akdetmeyi reddedebileceğini de öngörmektedirler[118].

Bütün bunlara rağmen taşeronun edimini ayıplı olarak ifa etmiş olması veya onun yüzünden ifa zamanının geçirilmesi durumunda hukukî sorumluluk yine de asıl mütehahidin üzerinde bulunmakta ve bu olumsuz duruma tamamen taşeron tarafından sebebiyet verilmiş bulunsa dahi, iş sahibinin bu yüzden uğramış bulunduğu bütün zararı tazmin etmek ve böylelikle onun kötü seçiminin olumsuz sonuçlarına katlanmak zorunda kalmaktadır. Bu nedenle ICE soruna taraf

---

114 **Weick** bu sistemin, birbiri ile bağdaştırılması mümkün gözükmeyen iki amacı birbirine bağlayan dahice bir sistem olduğunu ifade etmektedir (Sh. 202).

115 **Weick,** Sh. 202.

116 **ICE Conditions of Contract,** 6th Ed. 1991, Cl. 59B (6).

117 Asıl müteahhide ödenmesi sözkonusu olan bu ücret *„cash discount"* olarak anılmakta ve mesela inşaat sektöründe kullanılmakta olan bir başka standard sözleşme metni olan RIBA (Ed. 1975) Standard Form of Building bu miktarı % 2,5 olarak öngörmektedir (Cl. 27).

118 **RIBA** StF Cl. 27 (a); **ICE** StF Cl. 59 (1).

menfaatlerini dengeleyecek bir çözüm yolu getirmek amacındadır. Bu andaki düzenlemeye göre[119] asıl müteahhit, bu taşeronun fiillerinden, onun ifa etmiş olduğu işi bizzat kendisi ifa etmiş olsaydı sorumlu tutulabilecek idiyse sorumlu tutulabilmektedir[120]: RIBA ise bir adım daha ileri gitmekte ve eğer bu taşeronun temerrüde düşmüş olması nedeniyle, asıl müteahhidin de temerrüde düşmesi sözkonusu olacaksa, iş sahibine otomatik olarak asıl müteahhidin de ifa süresini uzatma yükümlülüğü getirmektedir[121].

b. Alman hukuk sisteminin çözümü

Alman Hukuk sisteminde de müteahhidin projenin hayata geçirilmesi ile ilgili netice sorumluluğunun kapsamına ilişkin temel kural, önceden beri belirli olay grupları bakımından sınırlanmaya çalışılmaktadır. Bu hususta genel düşünceye göre müteahhit, iş sahibinin talimatları nedeniyle meydana gelmiş bulunan ayıplardan sorumlu tutulmamalıdır[122]. Sadece eser sözleşmesi ile ilgili § 645 BGB hükmü[123] karşı edim tehlikesi ile ilgili olarak kaynağını bu temel düşüncede bulan bir düzenleme içermesine ve bu doğrultuda özel bir hüküm bulunmamasına rağmen eğilim bu yöndedir.

Buna karşılık inşaat sözleşmelerinde uygulanması sözkonusu olabilen VOB/B bu hususu açıkça hükme bağlamış (§ 13 Nr. 3) ve müteahhidin ayıba ilişkin sorumluluğunun, bu ayıbın meydana gelmesine iş sahibinin talimatları veya daha önce projede görevlendirilmiş bulunan önceki bir müteahhidin hatalı iş yapması sebebiyet vermiş ise müteahhidin bu hususta kontrol yükümlülüğünü gereğince yerine getirmiş olması şartıyla ortadan kalkacağını ifade etmiştir. Bu hüküm aracılığı ile müteahhidin sorumluluğunun kaldırılmış olmasının, temelini dürüstlük kuralında bulduğu ve iş sahibinin işin yapılması ile ilgili talimatlarının ayıbın meydana gelmesine ilişkin tehlikeyi artırması nedeniyle müteahhitten böylelikle

---

119 Daha önceki (5th Ed. Cl. 59A (6)) düzenlemede de kural olarak İş sahibi-Asl müteahhit-Taşeron arasındaki sorumluluk zinciri muhafaza edilmekte; fakat iş sahibi asıl müteahhitten, kendisinin taşerona rücu etme imkânı bulunan miktar için tazminat talebinde bulunabilmekte ve böylelikle, asıl müteahhidin taşerona rücu etme imkânına sahip olmadığı miktara ilişkin nihaî sorumluluk iş sahibine yüklenmiş olmaktaydı. Bu doğrultuda verilmiş bulunan mahkeme kararları da bulunmaktadır: Karş. Lord Reid: N W Hospital Board v. Bickerton Ltd kararı (Karar için bkz. All E.R. 1970 I, Sh. 1039 ve 1043); Gilbert-Ash Ltd. v. Modern Engineering kararı (Karar için bkz. All E.R. 1973 III, Sh. 195 vd.); Ayrıca bkz. Dawnays Ltd. v. Minter Ltd. kararı (Karar için bkz. W.L.R. 1971 III Sh. 1205).

120 **ICE** StF 6th Ed. Cl. 59(3).

121 **RIBA** StF Cl. 23 (g); Taraflarca RIBA standard sözleşme metninin uygulanmasına karar verilmiş bulunan bir olayla ilgili olarak İngiliz Mahkemesi (House of Lords) de; bu hususta sorumluluğun asıl müteahhide yüklenemeyeceği neticesine ulaşmıştır (Westminister Corp. v. Jarvis (1970) 1 W.L.R. 637). Bu karara konu olayda bir kamu kuruluşu otopark inşa ettirmek üzere bir genel müteahhit ile sözleşme imzalamış ve sözleşmede RIBA StF temel olarak alınmıştır. İnşaattaki beton işlerini yapmak üzere iş sahibinin mimarı bir taşeron belirlemiş ve asıl müteahhidin bu suretle işin yapımına dahil ettiği bu taşeron, öngörülen sürede işlerini bitirerek inşaat mahallini terk etmiştir. Otoparkın inşaatı henüz devam ederken asıl müteahhit, bu taşeron tarafından yapılmış bulunan beton işlerinin hatalı olduğunu fark etmiş ve durumdan taşeronu haberdar ederek bu hataların giderilmesini temin etmiştir. Fakat bu yüzden diğer işlerin yapılması aksamış ve bunun doğal neticesi olarak da inşaat teslim zamanına yetiştirilememiştir.

122 Bu hususta genel olarak bkz. **Nicklisch,** Festschrift für Bosch, Sh. 731; **Staudinger/Peters,** § 633 N. 35; **RGRK/Glanzmann,** § 633 N. 7; **MüKo/Soergel,** § 633 N. 57; **Larenz,** Schuldrecht II/1, § 53 II a, Sh. 347; Ayrıca bkz. **BGH,** NJW 1992, Sh. 1104.

123 Ki bu hüküm BK m. 368/III hükmüne benzer bir düzenleme içermektedir.

meydana gelen ayıpları da tekeffül etmesini beklemenin doğru olmayacağı esasından hareket ettiği ifade edilmekte; bu nedenle de bu hükmün sadece VOB hükümlerine tabi olan inşaat sözleşmeleri bakımından değil, bütün diğer eser sözleşmeleri bakımından da uygulanmasının doğru olacağı kabul edilmektedir[124].

İş sahibi tarafından seçilmiş taşeronların yol açtığı ayıplardan sorumluluk ile ilgili olarak bir mahkeme kararına rastlanamamış ise de doktrin, iş sahibinin bu yöndeki talimatını da iş sahibi tarafından asıl müteahhide yöneltilmiş bir talimat olarak değerlendirmekte ve asıl müteahhidin bu taşeronu işin yapımına dahil etmekten başka seçeneğinin bulunmaması nedeniyle, aynı esasın burada da uygulanmasını benimsemekte[125] ve bu hususta şu yorum yapılmaktadır: İş sahibinin bu yöndeki talimatı, ancak yöneltmiş bulunduğu talimatın meydana getirebileceği riskleri açıkça veya zımnî olarak üstlenme isteğini de içermesi durumunda, müteahhide ait bulunan risklerin iş sahibine devredilmiş olduğu kabul edilecektir. Eğer iş sahibi, kendi önermiş olduğu taşeronla ilgili olarak ileri sürülmüş bulunan sakıncalara rağmen, onun işin yapımına dahil edilmesi hususunda ısrar etmiş ise böylelikle o, meydana getirilmiş bulunan eserde bu taşeron tarafından sebebiyet verilmiş bulunan ayıplarla ilgili riski zımnî olarak üstlenmiş olacaktır[126].

3. İsviçre ve Türk hukuk sistemleri bakımından durum

İsviçre Federal Mahkemesi, benzer bir konuda vermiş olduğu bir kararında, meseleyi BK m. 361 hükmü çerçevesinde değerlendirerek; iş sahibinin bu doğrultuda vermiş bulunduğu talimatın, bu hüküm tarafından düzenlenen *„işin yapılması tarzına ilişkin bir talimat"* olduğu neticesine varmıştır[127].

Gerçekten doktrinde de iş sahibi veya yetkili temsilcisinin belirli bir taşeronun işin yapımına dahil edilmesi ile ilgili talimatının, iş sahibinin işin yapılması ile ilgili olarak müteahhide yöneltmiş bulunduğu diğer talimatlarla aynı muameleye tabi tutulması gerektiği kabul edilmektedir[128]. Buna göre mesele BK m. 361 çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulacak ve bu hükmün aradığı şartların gerçekleşmesi ihtimalinde, asıl müteahhidin bu taşeronla ilgili sorumluluğu ya tamamen sona erecek ya da sınırlanmış olacaktır.

Daha önce de açıklandığı üzere kural olarak asıl müteahhit, taşeronun yaptığı iş sebebiyle yapı eserinde meydana gelen ayıplardan, ayıba taşeronun yaptığı işin sebebiyet vermiş olup olmamasından bağımsız olarak sorumludur[129]. Asıl

---

124 **MüKo/Soergel,** § 633 N. 58-61, 66; **Ingenstau/Korbion,** § 13 N. 179 VOB/B; **Schwarz,** Sh. 55; **Schmidt,** Sh. 1494.

125 **Nicklisch,** Festschrift für Bosch, Sh.748; **Haupkappe,** Sh. 60-61.

126 **Haupkappe,** Sh. 61; Yazar açıklamalarına devamla, böylelikle müteahhidin bu taşeronun sebebiyet vermiş olduğu ayıplarla ilgili olarak, bizzat kendisi bu taşerona karşı müracaat hakkına sahip olduğu oranda iş sahibine karşı da sorumlu olacağını; kendisinin bu taşeronun sorumluluğuna müracaat imkânı mevcut değil ise iş sahibinin de kendisine karşı bu ayıplar nedeniyle müracaat imkânı bulamayacağını ifade etmekte, fakat bu düşüncesine ilişkin bir gerekçe zikretmemektedir.

127 **BGE** 116 II 305-315.

128 **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 369 N. 19; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2026, ayrıca bkz. N. 628; **Koller Jo,** Sh. 103; **Dürr,** Sh. 72; **Yavuz,** ÖBİ, Sh. 485; **Öz,** Sh. 111-112; **Uygur,** C. I, Sh. 651; **Eren,** Müteahhidin borçları, Sh. 80; Ayrıca karş. **Chaix,** Sh. 145 vd.

129 Bkz. §5. I.

müteahhidin aynı şekilde oluşan ayıp dolayısıyla uğranılan zararlarla ilgili sorumluluğunun kapsamı ise yine kural olarak BK m. 100 hükmü çerçevesinde belirlenecektir. Asıl müteahhidin taşeronlarla ilgili hukukî sorumluluğuna ilişkin bu açıklamalar, taşeronun iş sahibi tarafından belirlenmiş olması ihtimalinde ise aşağıdaki sınırlamalar çerçevesinde geçerli olacaktır:

Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki, bu sınırlamaların sözkonusu olabilmesi için iş sahibinin belirli bir taşeronon işin yapımına dahil edilmesi yönündeki talimatının kesin bir nitelik taşıması gerekir. Mesela iş sahibinin müteahhide bu hususta tavsiyelerde bulunması, görüşünü açıklaması, bazı istek ve temennilerini ona iletmesi, bu anlamda talimat olarak nitelenemeyecektir[130]. Aynı şekilde iş sahibinin, sadece asıl müteahhit tarafından seçilen taşeronun işin yapımına dahil edilmesi hususunda onay verdiği veya asıl müteahhidin işin yapımına dahil etmiş olduğunu iş sahibine yalnızca ihbar etmiş olduğu taşeronlar da bu anlamda iş sahibi tarafından önerilen taşeron olarak kabul edilemeyecektir.

BK m. 361 hükmü çerçevesinde asıl müteahhit, işin yapımına dahil edilmek üzere belirli bir taşeronu önermiş bulunan iş sahibini, geçerli bir şekilde uyarmak imkânına sahiptir. Yapacağı bu uyarıda asıl müteahhit, kendisine tavsiye edilmiş bulunan taşeronun, kendi düşüncesine göre yapı eserinin ayıptan uzak olarak meydana getirilmesi (en azından sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmesi) için gerekli niteliklere sahip olmadığını iş sahibine iletme imkânına sahiptir[131] Hüküm, yapılması gerekli bu uyarı bakımından herhangi bir şekil zorunluluğu öngörmemiş ise de bu uyarının *„sarahaten"* yapılmasını aramaktadır (BK m. 361). Bu çerçevede asıl müteahhidin yapacağı uyarıda, kendisinin bu hususdaki düşüncelerini açık ve tereddüde mahal vermeyecek bir şekilde ortaya koyması zorunludur[132]. Asıl müteahhit yapacağı bu uyarıyı çok çeşitli sebeplere dayandırabilir: Taşeronun iş için gerekli yeterliliğe sahip olmadığı, tecrübesiz olduğu, teknik donanımının yetersiz olduğu veya kendisi üzerinde güven uyandırmadığı ya da basit bir şekilde bu taşeronu tanımadığı gibi. Fakat asıl müteahhidin yapmış bulunduğu uyarıda, sadece taşeronu tanımadığını bildirmesi veya yine sadece bu şahsın güvenilmez birisi olduğunu bildirerek bu hususta gerekçe beyan etmemiş olması, bu bakımdan kendisine düşeni yapmış kabul edilmesi için yeterli olmayacaktır[133]. Aynı sonuç asıl müteahhidin sadece, kendisi olsaydı bu taşeronun yerine bir başkasını tercih edeceğini bildirmiş olduğu durumlar için de geçerlidir[134]. Buna karşılık asıl müteahhidin yapacağı uyarıda, bu taşeronun işin yapımına dahil edilmesinde ısrar edilmesi durumunda, bu şahsın sebebiyet vereceği ayıplardan sorumlu olmayacağını ayrıca belirtmesi zorunluluğu

---

130 **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 369 N. 6; **Gauch,** Werkvertrag, N. 1928, 2034; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 210; **Uygur,** C. I, Sh. 651.

131 **BGE** 116 II 309; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2027; **Koller Jo,** Sh. 103.

132 **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 369 N. 11; **Becker,** Berner Kommentar, Art. 369 N. 1; **Gauch,** Werkvertrag, N. 1946, 2027; **Furrer,** Sh. 111; Ayrıca karş. **Gauch/Schluep/Schmid,** Bd. I, N. 574; **Koller Jo,** Sh. 103; **Tandoğan,** ÖBİ, C. II, Sh. 211; **Uygur,** C. I, Sh. 651; **Eren,** Müteahhidin borçları, Sh. 80.

133 **BGE** 116 II 309; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 369 N. 9; Benzer şekilde **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 211.

134 **BGE** 116 II 308; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 369 N. 9; **Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 369 N. 1; **Gauch,** Werkvertrag, 2027; **Schlatter,** Sh. 66.

aranmamalı ise de[135]; her halde yapılan bu uyarı üzerine iş sahibinde, asıl müteahhidin bu taşeronun sebebiyet vereceği olumsuz neticeleri üstlenmek istemediği düşüncesi açık bir şekilde uyanmış olmalıdır[136].

İş sahibi, asıl müteahhidin usulüne uygun uyarısına rağmen bu taşeronun işe dahil edilmesi hususunda ısrar ederse, bu taşeronun yapmış bulunduğu iş nedeniyle ortaya çıkan ayıplarla ilgili olarak asıl müteahhidin sorumluluğu ortadan kalkmış olacaktır[137]. Yalnız bu sonucun meydana gelebilmesi için asıl müteahhidin bu taşeronu gereği gibi işin yapımına dahil etmiş, ona yapacağı iş için gerekli talimatları vermiş ve işlerin normal cereyanına göre kendisinden beklenebilecek ölçüde onu denetlemiş olması da şarttır[138].

Kural bu yönde olmasına rağmen istisnaî bazı durumlarda, asıl müteahhidin iş sahibi tarafından önerilen taşeronun yaptığı işlerle ilgili ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun, iş sahibini uyarmamış olmasına rağmen ortadan kalkabileceği de ifade edilmektedir[139]. Gerçekten, eğer önerilen taşeronun ayıptan uzak bir yapı eseri meydana getirilmesi bakımından yeterli niteliklere sahip olup olmadığının, asıl müteahhit tarafından değil, *bu hususta ki özel bilgi ve tecrübesi nedeniyle iş sahibi tarafından* bilinmesi zorunluluğu mevcut ise böyle bir durum sözkonusu olabilir[140]. Aynı sonuç sadece iş sahibinin taşeronun yeteneklerini doğru bir şekilde değerlendirebilecek özel bilgiye sahip olduğu bu özel durumlar için değil; bu hususta doğru bir şekilde karar verilmesini sağlayacak bir uzmanlığa sahip olunmadan da taşeronun yeteneksiz veya güvenilmez bir şahıs olduğunun herkes tarafından bilinebildiği durumlar için de geçerlidir[141]. Böyle bir durumda da asıl müteahhidin, sözkonusu taşeronun ayıpsız bir yapı eserinin meydana getirilmesi için gerekli yeteneklere sahip olup olmadığı hususunda özel bir araştırma yapma ve iş sahibini uyarma borcu bulunmayacaktır[142].

Bu arada bir hususun açıklığa kavuşturulmasında faide vardır: Asıl müteahhidin, iş sahibinin bu yöndeki talimatı nedeniyle işin yapımına dahil etmek zorunda kaldığı taşeron, olayların büyük bir çoğunluğunda sözleşmede zikredilir ve bu nedenle müteahhit, sözleşmenin kurulmasından önce de işin yapımına dahil edilmesi sözkonusu olan taşeron veya taşeronların kim olduğundan haberdar olur. Bu gibi durumlarda sözleşme henüz kurulmamış olmasına rağmen asıl müteahhit bakımından, dürüstlük kuralı gereği bu hususta ki bilgi ve düşüncelerini iş sahibi ile paylaşma mükellefiyeti gündeme gelebilir[143]. Gerçekten, mesela iş sahibinin işin

---

135 Bu mesele tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi (**BGE** 95 II 50), müteahhidin BK m. 361 çerçevesinde yapacağı uyarının bu hususu da içermesini zorunlu görürken; doktrinde genellikle böyle bir zorunluluk aranmamaktadır (**Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 369 N. 2; **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 369 N. 9; **Gauch,** Werkvertrag, N. 1941; Biraz farklı: **Becker,** Berner Kommentar, Art. 369 N. 1).

136 **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 369 N. 10.

137 **Gauch,** Werkvertrag, 2027; Karş. **Spiro,** Sh. 167 dn. 7.

138 **Gauch,** Werkvertrag, 2027.

139 **BGE** 116 II 310; **Gauch,** Werkvertrag, 2029.

140 **BGE** 116 II 310.

141 **BGE** 116 II 310; **Gauch,** Werkvertrag, 2029.

142 **BGE** 116 II 310; **Gauch,** Werkvertrag, 2029.

143 Müteahhit bakımından gündeme gelebilen yükümlülüğün, iş sahibinin daha sonra sözleşme içeriğine dahil olması sözkonusu olan bütün talimatları bakımından (mesela meydana

yapımına dahil edilmesini öngördüğü taşeron, piyasada kötü şöhreti bulunan bir müteahhit olup asıl müteahhit de bu durumdan haberdar ise, iş sahibini bu hususta uyarmaması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir. Eğer asıl müteahhit, sözleşme görüşmeleri esnasında bu taşeronla ilgili olarak iş sahibini gerekli şekilde uyarmış olmasına rağmen; sözleşmenin kurulmasından sonra iş sahibi sözkonusu taşeronu işin yapımına dahil etmesi için kendisine bildirdiğinde, asıl müteahhidin BK m. 361 gereği tekrar bir uyarıda bulunması ise aranmayacaktır[144].

Böylece iş sahibinin gereğince uyarılmış olduğu veya böyle bir uyarı yapılmasının istisnaen zorunlu olmadığı durumlarda asıl müteahhit, iş sahibi tarafından kendisine tavsiye edilmiş bulunan taşeronun yaptığı işler nedeniyle yapı eserinde meydana gelen ayıplarla ilgili sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu netice iki bakımdan izah edilmeye muhtaçtır:

Öncelikle böyle bir sorumluluktan kurtuluşun gündeme gelebilmesi, asıl müteahhidin sözkonusu taşeronu gerçekten işin yapımına gereği gibi dahil etmiş, ona işin yapılması için gerekli talimatları vermiş ve işlerin mûtad cereyanına uygun bir şekilde onu denetlemiş olması da şattır. Eğer müteahhit bu yükümlülüklerinden birisini ihlal eder ve böylelikle yapı eserinde bir ayıp meydana gelmiş olursa, BK m. 361 gereği sorumluluktan kurtuluş gündeme gelmeyecektir. Aynı sonuç, sözleşmede belirli işlerin bu alanda özel bilgi sahibi uzman taşeronlara yaptırılması hususunda mutabakata varılmış bulunan durumlarda, iş sahibinin müteahhitten, bu işlerin yapılması için sahip olunması gerekli özel bilginin kendisine tavsiye ettiği taşeronda bulunup bulunmadığını kontrol etmesini beklemesinin sözkonusu olmadığı durumlar için de geçerlidir. Fakat bu son ihtimalde müteahhidin, bu taşeronu doğru bir şekilde işin yapımına dahil etme, ona gerekli talimatları verme ve denetleme mükellefiyeti, bu işler için aranmakta olan özel bilgiye sahip olmaksızın yapılabilecek olan ölçüde kendisinden beklenebilecektir[145].

Yine taşeronun gerekli yeteneklere sahip olmasına ve gereğince denetlenmiş bulunmasına rağmen, yapı eserindeki ayıp bu taşeronun ayıplı malzeme kullanması nedeniyle meydana gelmiş ise asıl müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun kalkması sözkonusu olmayacaktır. Zira böyle bir durumda iş sahibinin talimatı, sadece bu taşeronun işe dahil edilmesine yöneliktir; yoksa asıl müteahhit veya taşeron tarafından kullanılacak olan malzemenin belirlenmesine değil[146].

Asıl müteahhidin taşeronun yapmış bulunduğu işler nedeniyle ortaya çıkmış bulunan ayıplar nedeniyle sorumluluktan kurtulduğu bu gibi durumlarda iş sahibinin, bu ayıplar nedeniyle doğrudan taşerona müracaat etme imkânının bulunup bulunmadığı sorusu gündeme gelecektir[147].

---

getirilecek yapı eserinin tarif edilmesinde olduğu gibi) doğabileceği kabul edilmektedir (Bu hususta bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 1950 vd.).

144 **Gauch,** Werkvertrag, N. 1951.

145 **Gauch,** Werkvertrag, N. 2055.

146 **Gauch,** Werkvertrag, N. 2032; Ayrıca karş **BGE** 116 II 310.

147 Asıl müteahhidin BK m. 100 sorumluluğundan kurtulmaya ilişkin kurtuluş kanıtı getirmesi ve bu sorumluluğun sözleşme ile daraltılmış olması ihtimallerinde de aynı hukukî durum sözkonusudur. Bu ihtimallerde de zarara sebebiyet veren şahsın, vermiş bulunduğu zararı

4. İş sahibinin tavsiye ettiği taşerona doğrudan müracaat imkânı

Daha önce de açıklandığı üzere[148], bu taşeronun işin yapımına dahil edilmesi iş sahibi aracılığı ile gerçekleşmiş bulunduğu halde taşeronluk sözleşmesi, asıl müteahhit ile taşeron arasında kurulmakta ve iş sahibi ile taşeron arasında herhangi bir akdî ilişki meydana gelmemektedir. Dolayısıyla iş sahibinin taşerona karşı sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir talep ileri sürmesi imkânı da kural olarak gündeme gelmeyecektir.

Böyle bir sonuç iş sahibinin uğramış bulunduğu bu zararının tazminini, başka bir yoldan talep edebilip edemeyeceği sorusunu da beraberinde getirecektir[149]. Burada incelenmekte olan ihtimalde iş sahibinin zarara uğramasına sebebiyet vermiş bulunan taşeron, bizzat iş sahibinin asıl müteahhide yöneltmiş bulunduğu bir talimat neticesinde işin yapımına dahil edilmiş ve netice olarak bu taşeron, asıl müteahhidin iş sahibine karşı olan borcunun da ayıptan âri bir şekilde ifasına engel olacak bir şekilde, edimini ayıplı olarak ifa etmiştir. Bu ayıp nedeniyle nihaî olarak iş sahibi zarara uğramıştır. Yukarıda açıklanmış bulunduğu gibi asıl müteahhit, BK m. 361 hükmü çerçevesinde bu taşeronun yol açmış bulunduğu zararları tekeffül etmek zorunda olmadığından, bu zarar asıl müteahhit ile iş sahibi arasındaki hukukî ililişki bakımından *ayıp dolayısıyla uğranılmış bir zarar* olarak nitelendirilemeyecek ve dolayısıyla asıl müteahhit tazminatla yükümlü olmayacak; nihayet onun, iş sahibine karşı tazminat sorumluluğundan kurtulmaya ilişkin menfaatini taşerona karşı ileri sürmesi de gündeme gelmeyecektir. Böylece asıl müteahhidin açacağı tazminat davasında taşeron, onun menfaatinin ve netice olarak zararının bulunmadığını ileri sürerek bu davanın reddini isteyebilecektir. İş sahibinin, sözleşmelerin nisbîliği ilkesi gereği taşerona karşı doğrudan tazminat davası açması da mümkün olmadığından; netice olarak taşeronun borca aykırı davranışının olumsuz sonuçlarından sorumlu tutulamaması gibi hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkmış olacaktır.

Bu konu ile ilgili açıklamalara burada son veriyoruz; zira daha sonra iş sahibinin taşerona doğrudan müracaat imkânının bulunup bulunmadığı meselesi özel olarak incelenecektir[150].

VI. Asıl müteahhidin taşeron tarafından yapılmış olan işlerle ilgili ücret alacağı

Asıl müteahhit, taşerona yaptırmış olduğu işlerle ilgili olarak da iş sahibinden ücret talep etme hakkına sahiptir. Hatta iş sahibinin doğrudan taşerona ödeme yapmış bulunması ihtimalinde dahi, eğer aksine bir anlaşma sözkonusu değilse, bu durumdan asıl müteahhidin ücret alacağı herhangi bir şekilde etkilenmez. Yalnız böyle bir durumda bir ayırım yapılması yararlı olacaktır: Eğer yapılan bu ödeme, asıl müteahhidin iş sahibine yöneltmiş bulunduğu bu yöndeki talimatına (BK m.

---

tazmin etmeden kalması ve iş sahibinin bu zarara bizzat katlanması zorunluluğu gündeme gelmektedir.

148 Bkz. §2. II. 2. a. bb.

149 Elbette şartlarının gerçekleşmesi durumunda iş sahibi, sözkonusu taşerona haksız fiil hükümleri çerçevesinde de müracaat edebilecektir. Fakat haksız fiil sorumluluğuna ilişkin şartların gerçekleşmesi ihtimalinin çok fazla olmaması bir tarafa, bu şartların gerçekleştiği durumlarda dahi iş sahibinin konumu, akdî sorumluluk imkânından yararlanması ihtimaline nazaran daha olumsuzdur (Bu hususta bkz. **Oğuzman/Öz,** Sh. 363 vd.).

150 Bkz. §7.

457) veya daha önce asıl sözleşmede kabul edilmiş bulunan üçüncü şahıs lehine şarta (BK m. 111) binaen gerçekleştirilmiş bulunuyorsa; asıl müteahhidin iş sahibine karşı mevcut alacağı yapılan ödeme miktarınca sona ermiş olacaktır[151]. Buna mukabil iş sahibi, asıl müteahhidin bu yönde bir talimatı olmaksızın veya onun aksi yöndeki talimatına rağmen ödemeyi gerçekleştirmiş bulunuyorsa, yapılmış bulunan bu ödemeden asıl mütehahidin ücret alacağı herhangi bir şekilde etkilenmeyecektir[152]. İş sahibinin doğrudan taşerona yapmış bulunduğu ödeme ile asıl müteahhidin borcunun sona ermiş olması[153] da bu neticeyi değiştirmeyecektir. Böyle bir durumda iş sahibi, bu hususta herhangi bir yetkisi olmadığı halde, kendi iradesi ile başkasının borcunu ödeyen, daha doğru bir tabirle vekaletsiz iş gören bir şahıs konumundadır. Bu nedenle o, BK m. 413 hükmü gereği vekaletsiz iş gören sıfatıyla yapmış bulunduğu bu ödemenin kendisine masraf tazminatı olarak iadesini talep edebilecektir[154]. Eğer iş sahibi bu ödemeyi, asıl müteahhidin aksi yöndeki beyanına rağmen yapmış ise böyle bir ihtimalde, kural olarak vekaletsiz iş görme sözkonusu olmayacağından soruna sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde çözüm aranacaktır. Zira yapılmış bulunan bu ödeme ile, asıl müteahhidin pasifi azalmış ve o, ödemeyi gerçekleştiren iş sahibi aleyhine zenginleşmiş olacaktır[155]. Böylece iş sahibi taşerona yapmış bulunduğu bu ödeme ile ilgili olarak, asıl müteahhide karşı ya vekaletsiz iş görme, ya da sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde müracaat imkânı bulacaktır. Hatta o, şartları gerçekleştiğinde bu alacağı ile asıl müteahhidin kendisine karşı olan alacağını takas etme imkânına da sahip olacaktır (BK m. 118).

Diğer taraftan, iş sahibi, taşeronun ücret alacağını kendi taşınmazı üzerindeki kanunî ipotek hakkından kurtarmak amacıyla ödemiş durumda ise onun alacağına kanun gereği halef olur (BK m. 109/b. 1; MK m. 799) ve bu sıfatıyla asıl müteahhitten taşeronun ücret alacağını kendisine ödemesini talep edebilir; hatta asıl müteahhidin kendisinden olan bir alacağı ile takas edebilir. Bunun dışında iş sahibi, eğer taşerona karşı asıl müteahhitten olan alacağı nedeniyle müteselsilen sorumlu olmayı kabul etmiş ise asıl müteahhide karşı BK m. 146 vd. çerçevesinde rücu hakkını da kullanabilecektir[156].

VII. İş sahibinin işin yerine getirilmesi ile ilgili talimatları

İş sahibi, ifanın anlaşmaya uygun bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için zorunluluk bulunduğu ve kural olarak asıl müteahhidin kendi sorumluluğunda bulunan yapı eserinin meydana getirilmesine (sözleşme konusu inşaatın yapılmasına) zarar vermediği sürece, karşı âkidi olan asıl müteahhide bazı talimatlar vermeye yetkili olabilir. Bu hususdaki yetki ya sözleşmede bu doğrultuda bir hükme yer verilmiş

---

151 **von Büren,** Allgemeiner Teil, Sh. 457; **von Tuhr/Escher,** § 59 I, Sh. 20 vd.; **Rüegg,** Sh. 71 vd.; **Bucher,** Allgemeiner Teil, Sh. 295 vd.; **Gauch,** Werkvertrag, N. 179.

152 **von Büren,** Allgemeiner Teil, Sh. 459 vd.; **von Tuhr/Escher,** § 59 I, Sh. 21 vd.; **Rüegg,** Sh. 45 vd.; **Weber,** Berner Kommentar, Art. 68 N. 121; **Gauch,** Werkvertrag, N. 179; **Palandt/Heinrichs,** Anm. 1 zu § 362 BGB.

153 **von Tuhr/Escher,** § 59 II, Sh. 26; **Guhl/Merz/Koller,** Sh. 215; **Gauch/Schluep/Rey,** Bd. II, N. 2043-2046; **Schraner,** Art. 68 N. 44; **Weber,** Berner Kommentar, Art. 68 N. 44; **Gauch,** Werkvertrag, N. 179; **Oğuzman/Öz,** Sh. 194.

154 **von Tuhr/Escher,** § 59 II, Sh. 27; **Gauch,** Werkvertrag, N. 179; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 94.

155 **von Tuhr/Escher,** § 59 II, Sh. 27.

156 **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 95.

bulunmasından[157] ya da böyle olmasa bile bazı özel durumlar için dürüstlük kuralından (MK m. 2) çıkarılmaktadır[158]. Fakat iş sahibi, kural olarak sadece kendi karşı âkidine -asıl müteahhidin kendisi veya onun yetkili temsilcisine- direktifler vermeye yetkili ve izinlidir. Onun taşerona bu nitelikte talimat verme yetkisi ise işin niteliği gereği bulunmayacaktır. Aksi halde iş sahibi, hiç beklenmedik bir şekilde asıl müteahhidin sorumluluk ve yetki alanına girmiş ve onun izin veya onayı olmadan onun tarafından borçlanılmış bulunan yapı eserinin meydana getirilmesine ilişkin borcuna müdahalede bulunmuş olurdu[159].

Asıl müteahhidin iş sahibi tarafından kendisine yöneltilmiş bulunan bu nitelikteki talimatları taşerona iletmesi bakımından ise bir engel sözkonusu değildir. Fakat böyle bir ihtimalde bu talimatlar, her ne kadar iş sahibi tarafından asıl müteahhide yöneltilmiş ve o sadece bu talimatları taşerona ileten bir aracı konumunda gözükse de, taşeronla olan hukukî ilişki bakımından asıl müteahhidin kendi talimatları olarak nitelenecek[160] ve bu talimatlar nedeniyle olumsuz bir netice ortaya çıkması ihtimalinde mesele BK m. 361 hükmü çerçevesinde değerlendirilecektir[161].

---

157 **Gauch,** Werkvertrag, N. 1927; **Koller,** Nachbesserung, N. 53.

158 **Heiermann/Riedl/Rusam,** B § 4 N. 16; **Ingenstau/Korbion,** § 4 N. 67 VOB/B; **Schwarz,** Sh. 52.

159 **Schwarz,** Sh. 52; Hatta Alman Hukuku bakımından, iş sahibinin bu duruma rağmen taşerona talimatlar vererek onu etkilemiş ve bu durum asıl müteahhidin bir zarara uğramasına yol açmış olması ihtimali ile ilgili olarak asıl müteahhidin, akdin müsbet ihlaline dayanarak bu zararının tazminini iş sahibinden talep edebileceği savunulmaktadır (**Staudinger/Peters,** § 631 N. 35).

160 **Gauch,** Werkvertrag, N. 1934.

161 Bu arada unutmamak gerekir ki taşeron, özellikle büyük çaplı inşaat sözleşmelerinde, genellikle bir alandaki özel bilgi ve yetenekleri sebebiyle işin yapımına dahil edilmektedir. Bu nedenle de asıl müteahhidin kendisine yöneltmiş bulunduğu talimatların BK m. 361 çerçevesinde değerlendirmesi yapılırken, bu husus dikkate alınacaktır (**Becker,** Berner Kommentar, Art. 369 N. 2).

§6. Taşeron ile asıl müteahhit arasındaki hukukî ilişki

I. Sözleşmenin konusu

Bu ilişki asıl müteahhidin kendi adına ve hesabına taşeronla yapmış bulunduğu eser sözleşmesine dayanır. Taşeron, bu sözleşmede öngörülmüş bulunan yapı eserini, sözleşmeye göre malzemeyi de kendisi sağlayarak veya sağlamayarak, bir ücret karşılığında meydana getirmek ve asıl müteahhide (yoksa iş sahibine değil) teslim etmekle yükümlüdür[162]; aynı şekilde taşeronun yapı eserinin ayıpları nedeniyle sorumluluğu da asıl müteahhide karşıdır. Sözleşmenin konusu asıl müteahhit ile taşeron arasında sağlanmış bulunan mutabakat çerçevesinde tesbit olunur. Zira bu akdî ilişki, asıl müteahhidin kendi adına ve hesabına yapmış bulunduğu taşeronluk sözleşmesine dayanır.

Taşeronluk sözleşmesi hukuken asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşme ise de; asıl sözleşmedeki borcun ifasına yönelmiş bir sözleşme olması nedeniyle asıl sözleşmeden fiilen etkilenmemesi mümkün değildir; en azından bu sözleşmenin konusu, kapsamı itibariyle asıl sözleşmedekinden farklı olsa bile, asıl sözleşmenin konusu dikkate alınarak belirlenecektir. Zira genellikle asıl müteahhit, asıl sözleşmeden kaynaklanan borcunun bir kısmını bizzat kendisi yerine getirir ve geriye kalan işi ise bir veya birden fazla taşerona ihale eder. Bu nedenle normal şartlarda her iki sözleşme konuları dışında da birbirleri ile benzerlik arzedecektir. Fakat yine de her iki sözleşmenin hukukî bağımsızlığı çerçevesinde, taşeronluk sözleşmesinin konusu bu sözleşmenin kendi içeriğine göre belirlenecektir. Hatta her iki sözleşme arasındaki fiilî bağlılık nedeniyle birbirinden farklı olması normal şartlarda beklenmeyecek olan işin yerine getirilme tarzı, kullanılacak malzemenin kalite ve cinsi ile teslim zamanı da bu tür kayıtların asıl sözleşmede bulunup bulunmamasından bağımsız olarak taraflar arasında belirlenir. Asıl sözleşmede, taşeronluk sözleşmesinin içerik ve kapsamının ne olacağına ilişkin bazı kayıtlara yer verilmiş olması da, taşeronluk sözleşmesinin tarafları için bağlayıcı olmayacaktır[163].

II. İşin kabulü ve ücret borcunun muacceliyeti

Asıl müteahhit, taşeronun sözleşme konusu yapı eserini sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirmesi ile birlikte bu edimi, yapı işinin bütününden bağımsız olarak kabul etmekle yükümlü olup; yapı eserinin bütün olarak meydana getirilmesi faaliyetlerinin henüz devam etmekte olduğu bahanesini ileri sürerek taşeronun edimini teslim almaktan kaçınamaz[164].

---

162 **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 82.

163 Sözleşmelerin nisbiliği ilkesinin bir gereği olan bu hukukî durum, mesele sadece taşeronluk sözleşmesi açısından değerlendirildiğinde böyledir; fakat asıl mütaehhidin asıl sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı hareket ederek, taşeronluk sözleşmesini olması gerekenden farklı bir şekilde akdetmesi, en azından asıl müteahhidin özen borcuna aykırılık teşkil edecektir; Bu konuda ayrıca bkz. **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 151 VOB/A.

164 ***BGH*** NJW 1989, Sh. 1602, 1603; **Ingenstau/Korbion,** § 12 N. 5 VOB/B; **Schwarz,** Sh. 38.

İnşaat sözleşmesinin konusunu teşkil eden yapı işinin iş sahibine ait bir arsa üzerinde yapılması sözkonusu ise kabul borcu, kural olarak müteahhidin, iş sahibine yapı işinin tamamlandığını açıkça veya zımnî olarak bildirmesi ile doğacaktır[165]. Müteahhit yapıyı iş sahibi tarafından görülebilecek biçimde tamamlamış ve onun üzerinde tasarruf edebileceği hale getirmişse, işin tamamlanmış olduğunun zımnî bir şekilde bildirilmesinden sözedilebilir. Bir taşeronun kendi iş sahibi olan asıl müteahhitten başka birisine ait bir taşınmaz üzerinde yaptığı işlerde teslim borcu da aynı şekilde açıkça veya zımnen gerçekleştirilecek bir bildirim ile yerine getirilir[166]. Doğaldır ki taşeronun yapacağı bu bildirim iş sahibine değil, kendi iş sahibi konumunda bulunan asıl müteahhide yönelmiş olacaktır.

Taşeronun ediminin kabulünün, aynı zamanda asıl müteahhit ile iş sahibi arasındaki akdî ilişki bakımından bir kısmî kabul olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu ise asıl müteahhit ile iş sahibi arasındaki akdî ilişki dikkate alınarak karara bağlanacaktır[167].

Diğer taraftan kabul, taşeronun kararlaştırılmış bulunan ücret alacağının muacceliyeti için de şarttır[168] (BK m. 364). Taşeronun ücret alacağının muacceliyeti bakımından, asıl sözleşmedeki ücret alacağının muaccel olup olmamasının bir önemi bulunmadığı gibi, iş sahibinin önceden ödemelerini yapmış olup olmamasının da bir önemi yoktur[169]. Herhalde asıl müteahhit, taşeronun ücret alacağını talep edebileceği tek muhatabıdır[170]. Yani asıl müteahhidin bu borcunu hiç veya gereğince yerine getirmemesi ihtimalinde taşeron, ücret alacağının ödenmesi talebini taşeronluk sözleşmesine yabancı olan iş sahibine yöneltme imkânına sahip değildir.

III. Taşeronun ayıba karşı tekeffül borcu

1. Taşeronun asıl müteahhide karşı mevcut sorumluluğunun genel olarak değerlendirilmesi

Asıl müteahhidin taşerona karşı sahip olacağı ayıba karşı tekeffüle ilişkin hakların çeşit, kapsam ve kullanılma imkânları bakımından; iş sahibinin kendisine karşı sahip olduğu benzer haklarla örtüşmesinde büyük menfaati mevcuttur. Bu, asıl

---

165 **BGE** 115 II 459; **BGE** 113 II 267; **BGE** 89 II 409; **Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 367 N. 3; **Gauch,** Werkvertrag, N. 92; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 125.

166 **Gauch,** Werkvertrag, N. 92; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 125.

167 Mesela iş sahibinin temsilcisi olup kabule ilişkin faaliyetleri onun adına yürütmekte olan mimar veya mühendis, taşeronun ediminin asıl müteahhit tarafından kabulü ânında hazır bulunmuş ve taşeronun ediminin asıl sözleşme bakımından üzerinde anlaşılmış bir kısmî edim olarak kabul edilemeyeceği neticesine varılmışsa, bu ihtimalde kısmî kabulden söz edilemeyecektir. Bu doğrultuda bir karar için bkz. **OLG Düsseldorf - Schäfer/Finnern/Hochstein,** Nr. 14 zu §12 VOB/B.

168 *„Eser sözleşmesinde, Borçlar Kanunu'nun 364. maddesinde yer alan hüküm ücretin ödendiğine karine olmayıp, genelde ödeme zamanını gösteren kuraldır. İmal ve teslim borcunun yerine getirildiğini ispat davacı yüklenicîye, ücret borcunun ödendiğini ispat külfeti M.K'nun 6. maddesi uyarınca bunu savunan davalı iş sahibine aittir..."* (**Yarg. 15 HD.** 28.3.1991 t. 1990/4180 E. 1991/1579 K.; Karar için bkz. **Kostakoğlu,** Sh. 697).

169 **Vetter,** Risikodurchstellung, Sh. 82.

170 **Vetter,** Risikodurchstellung, Sh. 82; **Gauch,** Werkvertrag, N. 173; **Saxer,** Sh. 107.

müteahhit bakımından bir gereklilik olup; aynı zamanda onun bu hususta korunması gerekliliğinin de sınırını teşkil edecektir[171].

a. Ayıbın taşeron veya daha önceki müteahhidin (Vorunternehmer) sorumlu olduğu bir sebepten kaynaklanması ihtimali

Taşeron, asıl müteahhide karşı yapı eserinin ayıplarını BK m. 360 çerçevesinde tekeffül etmek zorundadır. Taşeronun asıl müteahhidin iş sahibine karşı mevcut borcunu ifa etmek amacıyla işin yapımına dahil edilmiş olması, kendisine bir ayrıcalık tanınması neticesini doğurmaz ve onun durumu, asıl müteahhidin iş sahibine karşı olan ayıba karşı tekeffül borcuna nazaran bir farklılık arzetmez. Daha önce de ifade edildiği gibi, her iki sözleşmenin hukuken birbirinden bağımsız iki sözleşme olması temeline dayalı olarak, ayıba karşı tekeffül borcu da her iki müteahhit bakımından birbirinden ayrı değerlendirmeye tabi tutulur.

Buna mukabil özellikle asıl müteahhidin birden fazla taşeronu işin yapımına dahil ettiği durumların -ki bu ihtimalde taşeronlar birbirleri karşısında yan müteahhit (Nebenunternehmer) konumundadırlar- özellikle incelenmesi gereklidir. Zira böyle bir ihtimalde işin niteliği gereği taşeronlar edimlerini genellikle aynı anda değil, birbirini takip ederek ifa ederler ve önceki taşeronun (Vorunternehmer) ifa etmiş olduğu edim, teknik olarak daha sonrakilerin (Nachfolgeunternehmer) edimlerinin temelini teşkil eder. Mesela bir inşaatta önce kazı, kalıp ve betonlama işlerinin yapılması daha sonra ise duvarların örülerek sıva işlerinin yapılması gibi. İşte böyle bir durumda, inşaatta daha önce faaliyet göstererek edimini ifa etmiş bulunan önceki müteahhitlerden (Vorunternehmer) birisinin edimini ayıplı ifa etmiş olması, zorunlu olarak taşeronun ediminin de ayıplı olması neticesine yol açabilir. Mesela, inşaatta kullanılan betonun iyi olmaması, izolasyon ve yalıtım işlerini yapmakla görevlendirilmiş taşeronun ediminin de ayıplı olması neticesine yol açabilecektir. Edimi bu şekilde ayıplı hale gelmiş bulunan taşeronun, kendi edimindeki bu ayıptan sorumlu tutulması reddedilmekte ve daha önceki müteahhidin ayıplı ediminin neticelerine bizzat iş sahibinin (burada asıl müteahhidin) katlanması gerektiği ifade edilmektedir[172]. Taşeronla asıl müteahhit arasındaki hukukî ilişki bakımından diğer taşeronlar asıl müteahhidin ifa yardımcısı olarak kabul edilmemesine rağmen[173] asıl müteahhit, önceki taşeronların ayıplı ifasına ilişkin bu sorumluluğu, ayıbın bu müteahhitlerin işlerini özenli yapmamalarından veya elverişsiz malzeme kullanmalarından veyahut da başka bir sebepten kaynaklanmış olup olmadığından bağımsız olarak taşerona karşı üstlenmek zorunda olacaktır[174]. Zira özellikle önceki müteahhit tarafından inşa edilmiş ayıpla malûl inşaat kısımları, BK m. 368/III anlamında, iş sahibi (burada asıl müteahhit) tarafından temin edilmiş ayıplı malzeme veya ayıplı taşınmaz olarak değerlendirilmektedir[175].

---

171 **Kleine-Möller,** § 3 N. 35.

172 **Gauch,** ZBJV 1982, Sh. 73; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2038; **Scherrer,** N. 376; **MüKo/Soergel,** § 633 N. 74.

173 Bu hususta açıklamalar için bkz. §6. IV. 2.

174 **Gauch,** Werkvertrag, N. 2038.

175 **Gauch,** ZBJV 118, Sh. 79; **Gauch,** Werkvertrag, N. 1199; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 376 N. 22; **Koller Jo,** Sh. 99; **Scherrer,** Sh. 145; **v. Craushaar,** BauR 1987, Sh. 15; **Siegburg,** FS Korbion, Sh. 418.

Yalnız böyle bir neticenin meydana gelebilmesi için, bu husus BK m. 361'de ayrıca düzenlenmiş olmamasına rağmen, taşeronun önceki müteahhidin edimi bakımından kontrol ve uyarı mükellefiyetini yerine getirmiş olması da gerekir[176]. Taşeronun bu mükellefiyetini yerine getirmiş olduğunun kabul edilebilmesi ve ayıba ilişkin sorumluluktan kurtulabilmesi için, ya kendi edimini üzerine inşa edeceği önceki müteahhidin edimini gereğince kontrol ederek, bu edimdeki ayıbın kendi edimine de zarar verebileceği düşüncesinde ise asıl müteahhidi uyarması (BK m. 357/III); ya da gereğince kontrol etmiş olsa dahi bu neticeyi fark edemeyecek durumda olması zorunludur[177]. Mesela inşaatın beton işlerini yapmakla görevlendirilmiş taşeron, daha önce kullanıma hazır hale getirilmiş beton kalıplarının ayıplı olduğunu fark ederse durumdan asıl müteahhidi haberdar etmek ve onun talimatına göre hareket etmek zorunda olacaktır.

Buna mukabil taşeron ayıba ilişkin sorumluluğundan, asıl müteahhidin denetim görevini yerine getirmemiş olması gerekçesine dayanarak ve eğer asıl müteahhit bu borcunu gereğince yerine getirmiş ve kendisini yapı edimini meydana getirirken yeterince denetlemiş olsa idi bu ayıbın oluşmayacağı iddiasını ileri sürerek kurtulması ise mümkün olamayacaktır[178]. Zira öncelikle ifade etmek gerekir ki, asıl müteahhidin taşerona karşı kural olarak böyle bir yükümlülüğü bulunmaz. Asıl müteahhit taşerona karşı böyle bir yükümlülük altına girmiş bulunsa dahi o, kendi menfaati için taşeronu denetleyecektir; yoksa taşeronun menfaati için değil[179]. Taşeron kendi edimi ile ilgili olarak hiç bir denetimin sözkonusu olmadığı ihtimallerde dahi, borcunu sözleşmeye uygun ve ayıpsız olarak yerine getirmek zorundadır[180].

Yine asıl müteahhit, taşeronun ayıpsız olarak inşa etmekte olduğu kısmın bir başka taşeron (yan müteahhit) tarafından telef edilmesi veya hasara uğratılması ihtimalinde, sözkonusu yapı ediminin kendisinin bilgi ve onayı yahut da bu doğrultudaki talimatı gereği kullanılmış olması durumunda, böylece ortaya çıkabilecek muhtemel zararlara ilişkin sorumluluğu da taşerona karşı üstlenmek durumundadır[181].

Nihayet taşeronun ediminin ayıplı olması, iş sahibi tarafından temin edilmiş bulunan malzeme veya yapının inşa edilmesi için tahsis edilmiş bulunan

---

176 **Gauch,** ZBJV 1982, Sh. 73; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2039; **Scherrer,** N. 377; **Yavuz,** ÖBİ, Sh. 485; **MüKo/Soergel,** § 633 N. 74.

177 Karş. **Gauch,** Werkvertrag, N. 2040.

178 Karş. **Gauch,** Werkvertrag, N. 2057; **Koller,** Nachbesserung, N. 49.

179 **Koller,** Nachbesserung, N. 49; Nitekim **BİGŞ** m. 13/II ve III hükmüne göre de *„Herhangi bir işin kontrol teşkilatının denetimi altında yapılmış olması müteahhidin, üstlenmiş olduğu işi bütünüyle projelerine, sözleşme ve şartnamelerine, teknik ve sanat kurallarına uygun olarak yapmak hususundaki yükümlülüklerini ve bu konudaki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.*

Müteahhit, üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak teknik ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan kendisine verilen projeye ve/veya teknik belgelere göre işi yapmakla bu projenin ve/veya teknik belgelerin iş yerinin gereklerine, teknik ve sanat kurallarına uygun olduğunu, ayrıca işin yapılacağı yeri, kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş, kabul etmiş ve bu suretle işin teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılır".

180 Karş. **Gauch,** Werkvertrag, N. 2057; Buna karşılık asıl müteahhidin taşeronlar arasındaki koordinasyonu sağlama yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması ihtimalinde ise durum başkadır. Bu ihtimalle ilgili olarak bkz. aşağıda §6. III. 1. b.

181 **Gauch,** Werkvertrag, N. 1199.

taşınmazın ayıplı olmasından kaynaklanması ihtimalinde de, ayıba asıl olarak önceki müteahhidin ediminin sebebiyet vermiş olması ihtimalinde olduğu şekliyle, taşeronun böylece ortaya çıkan ayıpla ilgili sorumluluğunun bulunmadığı ve böyle bir durumda taşeronun ediminin ayıplı olmasına ilişkin tehlikenin de asıl müteahhidin sorumluluk alanına dahil olduğunun kabul edilmesi adaletli bir yaklaşım tarzı olacaktır[182].

b. Ayıbın asıl müteahhidin koordinasyon yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasından kaynaklanması

Daha önce de ifade edildiği gibi asıl müteahhit, taşerona karşı iş sahibi konumunda olup; taşeronluk sözleşmesi bakımından onun hak ve sorumluluklarına tabidir. Buna göre asıl müteahhit, taşeronun ediminin ayıplı olmasına bizzat kendisi sebebiyet vermiş ise iş sahibinin durumunda olduğu gibi BK m. 361'deki şartların gerçekleştiği ihtimallerde taşerona karşı ayıp nedeniyle müracaat imkânından yoksun bulunacaktır[183].

Yapı eserindeki ayıbın meydana gelmesinde asıl müteahhidin sorumluluğunun bulunması çeşitli şekillerde gündeme gelebilirse[184] de konumuz bakımından önem taşıyan durum, özellikle işin yapımına birden fazla taşeron görevlendirilmesinin sözkonusu olduğu ihtimallerde ayıbın, asıl müteahhidin taşeronlar arasındaki eşgüdüm ve uyumun teminine ilişkin yükümlülüğünü[185] hiç veya gereğince yerine getirmemiş olmasından kaynaklanmasıdır. Asıl müteahhidin bu yükümlülüğünü hiç veya gereğince yerine getirmemiş olması, kendisine karşı bu hususta yöneltilmesi sözkonusu olabilecek ifa talebinden bağımsız olarak farklı neticelerin doğumuna yol açabilir[186].

Taşeron yapı eserindeki ayıbı, kusuru bulunup bulunmamasından bağımsız olarak tekeffül etmek zorunda olup; bunun tek istisnası ayıba iş sahibinin (burada iş sahibi konumunda olan asıl müteahhidin) sebebiyet vermiş olması ihtimalidir (BK m. 361). Eğer ayıp, asıl müteahhidin koordinasyon yükümlülüğü çerçevesinde taşerona yöneltmiş olduğu talimatlar nedeniyle meydana gelmiş ise iki durumu

---

182 Karş. **Koller Jo,** Sh. 101; **Gauch,** Werkvertrag, N. 1199.

183 Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 1912 vd.; Gautschi, Berner Kommentar, N. 1 vd. zu Art. 369; **Koller,** Nachbesserung, N. 40 vd.; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 208 vd.

184 **Gauch,** iş sahibinin müterafık kusurunun kabul edildiği durumlara örnek olmak üzere, şu olayları zikretmektedir: 1. Ayıbın kısmen müteahhit tarafından uyarılmış bulunan iş sahibinin yanlış talimatından, kısmen de müteahhidin kullanmış bulunduğu malzemenin ayıplı olmasından kaynaklanması; 2. Ayıbın oluşmasında hem iş sahibinin gerçekten yanlış olan işin görülmesi ile ilgili talimatının ve hem de müteahhidin, sözleşmenin uzman tarafı olarak bu talimatın yanlışlığını farkedip iş sahibini uyarmamış olmasının etkili olması (N. 2057).

185 Asıl müteahhidin aslında iş sahibine karşı olan bu yükümlülüğünün ona karşı gerçek anlamda bir borç olduğu hususunda tereddüt yoksa da; iş sahibinin müteahhide karşı da benzer yükümlülüklerinin bulunması ihtimaline binaen, mesele taşeron bakımından değerlendirildiğinde bu yükümlülüğün hukukî niteliği tartışmalıdır. Genel olarak projenin hayata geçirilebilmesi için iş sahibinin müteahhitle birlikte hareket etme mükellefiyetinin (Mitwirkungspflicht) hukukî niteliği ile ilgili olarak yürütülmekte olan bu tartışmada ileri sürülen görüşler ve değerlendirme için bkz. §6. dn. 252.

186 Böylelikle ortaya çıkabilecek neticelere örnek olarak, asıl müteahhidin alacaklı temerrüdüne düşmesi, BK m. 370 anlamında ifa imkânsızlığı, BK. m. 368/III anlamında yapı eserinin telef olması, edimin ifasının gecikmesi ve nihayet yapı eserinin ayıplı olması zikredilmektedir (bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Scherrer,** N. 142-170).

birbirinden ayırarak değerlendirme yapılması yerinde olacaktır[187]: Böyle bir durumda ya taşeronun BK m. 361 gereği ayıp nedeniyle sorumluluğunun tamamen kalkması gündeme gelecek; ya da onun (en azından BK m. 43 ve 44 hükümleri çerçevesinde) bu sorumluluğundan kısmen kurtulması sözkonusu olacaktır. Yalnız her iki neticenin doğumu da taşeronun, asıl müteahhidi zamanında uyarmış olması ve buna rağmen asıl müteahhidin talimatında ısrar etmiş olması şartına bağlıdır (BK m. 361).

Buna göre eğer asıl müteahhit, taşeronun kendisini zamanında uyarmış olmasına rağmen talimatında ısrar etmiş ve yapı eserindeki ayıp sadece bu sebeple meydana gelmiş ise o, taşerona karşı ayıba karşı tekeffül borcundan doğan bütün haklarını kaybeder (BK m. 361) ve netice olarak iş sahibine karşı olan sorumluluğu bakımından taşerona rücu imkânı bulamaz.

Müteahhidin yapı eserindeki ayıplardan sorumluluğu kural olarak sebep sorumluluğu esasına; ayıp nedeniyle ortaya çıkan zararlar (Mangelfolgeschäden) nedeniyle sorumluluğu ise kusur esasına dayanır (BK m. 360). Eğer ayıbın ortaya çıkmasına taşeron ve asıl müteahhit birlikte sebebiyet vermişlerse, bu durumda BK m. 361 hükmünün doğrudan uygulanması sözkonusu olmaz ve taşeronun sorumluluktan tamamen kurtulması mümkün olamaz ise de onun, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun sınırlanması gündeme gelir[188]. Böyle bir durumda, BK m. 98/II hükmünün yollaması çerçevesinde BK m. 44/I hükmünün uygulanması suretiyle taşeronun ayıp nedeniyle uğranılan zararlarla ilgili sorumluluğunun sınırlanması yoluna gidileceği hususunda herhangi bir tereddüt sözkonusu değildir[189]. Ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde taşeronun tekeffül etmek zorunda olduğu diğer taleplerle ilgili olarak da bu neticeye ulaşılmasını İsviçre Federal Mahkemesi önceleri reddetmiş ise de[190]; son zamanlarda vermiş olduğu kararlarında bu talepler bakımından da müteahhidin sorumluluğunun sınırlanmasının dürüstlük kuralının bir gereği olduğunu kabul etmektedir[191]. Bu duruma kıyasen, ayıbın meydana gelmesinde asıl müteahhidin de kusurunun bulunduğu durumlarda, taşeronun ayıp nedeniyle sorumluluğunun tamamen ortadan kalkacağını kabul etmek doğru olmayacaksa da; asıl müteahhidin, taşeronun yapacağı ayıbın giderilmesi masraflarına kusuru oranında katılmasının gerekli olduğunu ifade etmek isabetli olacaktır[192].

---

187 **Scherrer,** N. 153.

188 **Scherrer,** N. 155-157; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2061 vd.

189 Bu netice, müteahhit ile iş sahibi arasındaki hukukî ilişki bakımından hem İsviçre Federal Mahkemesi (***BGE** 116 II 458; **BGE** 116 II 311*) ve hem de doktrini (***Gauch,** Werkvertrag, N. 2061; **Scherrer,** N. 156; **Koller,** Nachbesserung, N. 56; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 369 N. 26: Yazarlar, 99/III ve Art. 44/I hükümlerinin ayıp nedeniyle uğranılan zararların tazmini bakımından doğrudan uygulama alanı bulacağını; aynı hükümlerin bedelin tenzili ve onarım talepleri bakımından ise kıyasen uygulanacağını ifade etmektedirler N. 27*) tarafından açık bir şekilde benimsenmektedir.

190 **BGE** 85 II 193.

191 **BGE** 116 II 458; **BGE** 119 II 127.

192 **Koller,** Nachbesserung, N. 56, 512; **Scherrer,** N. 158; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2065; Ayrıca karş. **BGE** 119 II 127 vd.; Alman hukuku bakımından da aynı neticeye § 242 BGB hükmünün uygulanması suretiyle ulaşılmaktadır; Bu hususta bakınız: **BGH** BauR 1971, Sh. 265; **BGH** NJW 1981, Sh. 1448; **BGHZ** 90, Sh. 344=BauR 1984, Sh. 395=NJW 1984, Sh. 1676; **Ingenstau/Korbion,** § 13 Nr. 5, N. 603 VOB/B; **Kaiser,** N. 146a; **Werner/Pastor,** Der Bauprozeß, N. 2137; **Fikentscher,** §27 III 4, N. 170.

2. Ayıbın giderilmesi

Yapı eserindeki ayıbın giderilmesine ilişkin talep hakkı[193] asıl sözleşme ve taşeronluk sözleşmesinde, bu hakkın diğer sözleşme bakımından mevcut olup olmadığı veya ilgili sözleşme bakımından bu yola müracaat edilip edilmediğinden bağımsız olarak mevcuttur[194]. Bir edimin ayıplı olup olmadığı da yine ilgili akdî ilişkide borçlanılmış olan şey dikkate alınarak ve müstakil olarak değerlendirilir. Her iki sözleşmede borçlanılmış bulunan akdî edim yükümlülükleri birbirinden öyle farklı olabilir ki, bir sözleşme bakımından ayıplı ifa olarak değerlendirilen bir durum, diğeri bakımından öyle değerlendirilmeyebilir[195]. Bu çerçevede her bir akdî ilişkide, tesbit edilmiş bulunan ayıpların giderilmesi veya garanti edilmiş niteliklere uygun edimin meydana getirilmesi için yapılması gerekli şeylerin nelerden ibaret olduğu meselesi de ayrı ayrı incelenip değerlendirilmek zorundadır. Aynı şekilde, bir sözleşme bakımından müteahhit tarafın sözkonusu ayıbı giderme imkânına sahip olup olmadığı[196] da ilgili müteahhidin subjektif durumu değerlendirilerek ortaya konulacaktır. Mesela taşeron, ayıbı giderebilecek durumda değil ve sözkonusu ayıbı gidermeyi arzu ediyorsa, bu ayıbın giderilmesi için bir başka taşeronu görevlendirmek zorunda kalabilir. Aynı şekilde asıl müteahhit de taşeronun ayıbı gidermemesi veya giderecek durumda olmaması nedeniyle, iş sahibine karşı olan sorumluluğu bakımından bir başka taşeronu görevlendirmek zorunda kalabilir.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, BK m. 360/II hükmü karşısında asıl müteahhidin ayıbın giderilmesi talebinde bulunabilmesi, bu iş için yapılması gerekli masrafların aşırı olmaması şartına bağlıdır. Bu hususta değerlendirme, taşeronun ayıbın giderilmesi için yapmak zorunda olduğu masraflarla; asıl müteahhidin ayıbın giderilmesi ile elde edeceği menfaat esas alınarak yapılacaktır[197]. Taşeronun yapacağı masraf miktarı kural olarak işçilik ve malzeme masrafından ibarettir; eğer taşeronun ediminin ayıbının giderilmesi için ayıplı olmayan başka edim

---

193 Ayıbın giderilmesi talebinin hukukî niteliği tartışmalıdır. Bu hususta ileri sürülen görüşlerden birisi, bu talebin sorumluluk sistemi içerisinde ifa talebinin bir yansıması olduğu ve böylelikle yapı eserindeki bozukluk dolayısıyla bozulmuş bulunan edim-karşı edim dengesinin yeniden kurulmasını temin ettiğini ifade edilmektedir (**Seliçi,** Sh. 173; **Staudinger/Peters,** § 633 N. 159; Ayıbın giderilmesi talebini, ifa talebinin bir görünüm şekli olarak niteleyen bir Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. NJW 1976, Sh. 143); Bunun karşısında yer alan diğer düşünce tarzı ise bu talep hakkını, ayıp nedeniyle iş sahibinin sahip olduğu diğer talep hakları gibi, yenilik doğuran bir hak olarak kabul etmektedir (**Koller,** Nachbesserung, N. 6.).

194 **BGH** NJW 1981, Sh. 1779=BauR 1981, Sh. 383=ZfBR 1981, Sh. 167; **BGH** BauR 1990, Sh. 358=NJW 1990, Sh. 1475=BB 1990, Sh. 590; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 146, 154 VOB/A; **Locher,** Privates Baurecht, N. 393; **MüKo/Soergel,** § 635 N. 17; Ayrıca bkz. **BGH** NJW 1977, Sh. 1819.

195 **Staudinger/Peters,** N. 37 §.631; **Schwarz,** Sh. 39.

196 Köln eyalet yüksek mahkemesinin önüne gelmiş bulunan bir olayda, kendisine aliminyum pencere ısmarlanan müteahhit, pencereleri ayıplı imal etmiş ve teslimden bir süre sonra aliminyum pencere imalini bırakmıştır. Kendisine pencerelerin ayıplı olduğu bildirildiğinde de bu durumu bahane ederek ayıbı giderme kabiliyetinden artık yoksun bulunduğu iddiasını ileri sürmüş ve yüksek mahkeme ise müteahhidin bu savunmasını reddederek onun, bu işi yapabilecek bir başka müteahhidi görevlendirmek suretiyle de olsa ayıbı gidermesinin gerekli olduğu neticesine varmıştır (**OLG Köln** BB 1971, Sh. 373); benzer şekilde **Staudinger/Peters,** § 633 N. 154.

197 **Gauch,** Werkvertrag, N. 1749 vd.; **Seliçi,** Sh. 175; Alman Hukuk sistemi ile ilgili olarak ayrıca bkz. **Nicklisch/Weick,** § 13 N. 115 VOB/B; **MüKo/Soergel,** § 633 N. 136; **Werner/Pastor,** Der Bauprozeß, N. 1369.

kısımlarına da zarar verilmesi sözkonusu olacaksa; bu zararların giderilmesi için yapılması gerekli olan masraf da taşeronun yapacağı masrafa dahil edilecektir[198]. Asıl müteahhidin ayıbın giderilmesini talep imkânının bulunup bulunmadığının belirlenmesinde, taşerona ödenecek olan ücret miktarının ise ölçü olarak alınmayacağı kabul edilmektedir[199]. Bu durumda eğer asıl müteahhidin ayıbın giderilmesi ile sağlayacağı menfaat, taşeronun ayıbı gidermek için yapmak zorunda kalacağı masrafa nazaran daha fazla ise o, ayıbın giderilmesi talebinde bulunabilecektir. Böylece taşeronun bu işten alacağı bütün ücreti kaybedecek; hatta fazladan bazı ödemeler yapmak zorunda kalacak olması, asıl müteahhidin ayıbın giderilmesi talebinin önüne geçilmesi bakımından yeterli olmayacaktır[200].

a. Ayıbın masrafları taşerona ait olmak üzere giderilmesi

İş sahibi veya asıl müteahhidin ayıbı bizzat giderip bu iş için gerekli masrafların tazminini isteyebilip isteyemeyeceği, ilgili âkit tarafın -asıl müteahhit veya taşeron- ayıbın giderilmesi bakımından temerrüt halinde olup olmamasına göre hükme bağlanacak olup[201]; onun bu hususta kusurunun bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur[202]. Asıl müteahhidin masraflara ilişkin tazminat talebi, ayıbın bizzat kendisi tarafından değil üçüncü bir şahıs -bu şahıs iş sahibi dahi olabilir- tarafından giderilmesi durumunda dahi mevcuttur[203]. Zira ayıbı gidermekle yükümlü olan müteahhit (burada taşeron), bu ayıbın giderilmesi için gerekli masrafları, bu masrafların kimin tarafından yapıldığı ile ilgilenmeksizin ödemek zorundadır[204]. Hatta ayıbın giderilmesi ile ilgili faaliyetlerin asıl müteahhidin kusuru olmaksızın başarıya ulaşmaması tehlikesine ilişkin sorumluluk da taşerona ait olacaktır. Bu tehlikeye de taşeronun katlanmak zorunda olması, ayıbın giderilmesine ilişkin faaliyetlerin, ayıbı giderme hakkına sahip olan asıl müteahhit tarafından bizzat yürütülmüş veya iş sahibine havale edilmiş olmasından da bağımsızdır[205].

Yine asıl müteahhit taşerondan, iş sahibinin ayıbın giderilmesi masraflarını tazmin etmek için kendisine karşı açmış bulunduğu dava nedeniyle yapmak zorunda kaldığı masrafları da, ayıp nedeniyle ortaya çıkan doğrudan zarar olarak talep

---

198 **Seliçi,** Sh. 175.

199 Karş. **BGE** 111 II 174; **Gauch,** Werkvertrag, N. 1752; **Seliçi,** Sh. 175 dn. 171; **BGHZ** 59, Sh. 368 vd.; **Stotz,** Sh. 130; **Werner/Pastor,** Der Bauprozeß, N. 1370.

200 Karş. **Ingenstau/Korbion,** § 13 N. 624 VOB/B; **Gauch,** Werkvertrag, N. 1753.

201 *„...İş sahibi, Borçlar Kanununun 358/II nci maddesinde, yüklenicinin kusurlu olduğu hallerde, Borçlar Kanununun 97 nci maddesinde genellikle öngörüldüğü gibi, tehlike ve giderleri yükleniciye ait olmak üzere imalâta devamın üçüncü bir kişiye tevdi olunacağını ihtar ettikten sonra, sözleşmeyi fesih etmeden işi kendisi üçüncü bir kişiye yaptırmaya yetkilidir. Ne var ki, bunun için yüklenici sözleşmeye göre borcunu ifada mütemerrid bulunmalı ve kendisine ifa için verilen süreden bir sonuç alınmamış olmalıdır...“* (**Yarg.** 15. HD. 23.2.1978 t., E. 332, K numarası zikredilmemiş; Karar için bkz. **Karahasan,** İnşaat, imar, ihale hukuku, Sh. 1289).

202 **von Tuhr/Escher,** § 67 IV, Sh. 91 vd.; **Gauch,** Werkvertrag, N. 1805.

203 **OLG Köln,** BauR 1989, 376; Bu karara göre taşeronun tazminat yükümlülüğü, sadece ayıbın giderilmesi için yapılması gerekli masraflarla sınırlı kalmalıdır. Genel müteahhidin ayıbın giderilmesi için gerekli masrafları karşılamak üzere yapmış bulunduğu ödünç sözleşmesine ait faizleri de taşerona tazminat olarak yüklemeye hakkı yoktur; zira bu faiz, ayıp nedeniyle ortaya çıkan doğrudan zarar kapsamına dahil değildir.

204 **Locher,** Baurecht, N. 393.

205 Karş. **von Tuhr/Escher,** § 67 IV, Sh. 91; **Gauch,** Werkvertrag, N. 1810.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

etme hakkına sahiptir. Aynı şekilde taşeronun gıyabında iş sahibinin asıl müteahhit aleyhine yaptırmış bulunduğu delil tesbitine ilişkin masraflar da taşerondan talep olunabilecektir[206].

b. Masraf avansı

Özellikle inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının teminat altına alınması için sözleşme taraflarının, müteahhidin ücret alacağının bir kısmının, yapı eserinin teslimi ile değil, teslimden itibaren geçecek belirli bir süre sonra muaccel olması hususunda anlaşmaları uygulamada sıklıkla rastlanan bir durumdur[207].

Asıl müteahhidin, taşerondan ayıbın bizzat kendisi veya görevlendireceği bir başka şahıs tarafından giderilmesi ile ilgili faaliyetlerde kullanılmak üzere peşin masraf avansı istemesi de mümkün olmalıdır[208]. Bu çerçevede asıl müteahhit taşerona karşı, kendisinin daha önce benzer şekilde iş sahibine herhangi bir avans ödemesi yapmış olup olmadığından veya böyle bir ödeme yapma zorunluluğu içerisinde bulunup bulunmadığından bağımsız olarak, ayıbın giderilmesi için avans isteme hakkına sahip olacaktır[209]; zira asıl müteahhit, taşeronun sebebiyet vermiş olduğu şüphesiz bulunan bir ayıbın giderilmesi için kendi ekonomik imkânlarını kullanmak zorunda bırakılamaz[210]. Hatta iş sahibinin asıl müteahhide yönelttiği bu doğrultudaki talebi mahkemece reddedilmiş bulunsa dahi durum aynıdır. Yine masraf avansının belirlenmesi bakımından sadece taşeron tarafından meydana getirilmesi borçlanılmış bulunulan eserdeki ayıbın derecesi önemli olup; asıl müteahhidin meydana getirmesi için taşerona ihale ettiği eserin ayıplarının giderilmesi için gerekli olan masrafların asıl müteahhit tarafından karşılanmasının objektif olarak gerekli olduğu durumlar bundan istisnadır[211].

3. Sözleşmeden dönme, ücret indirimi[212], zararın tazmini talepleri

Eser sözleşmesinde de BK m. 205/II hükmünün uygulanması suretiyle, ayıbın doğrudan yol açtığı zararlar bakımından kusur aranmaksızın tazminat borcu doğması, diğer zararlar bakımından ise müteahhidin kusuru sözkonusu ise tazminat borcunun doğması şeklinde bir ayırıma gidilmesinin gerekli olup olmadığı hususu tartışmalıdır[213].

---

206 **Locher,** Baurecht, N. 393.

207 **Stotz,** Sh. 126-127; Karş. **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 368 N. 18; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2403 vd.

208 Karş. **Koller,** Nachbesserung, N. 497; **von Tuhr/Escher,** §67 IV Sh. 91; **Gauch,** Werkvertrag, N. 1816; **Stotz,** Sh. 124 dn. 304.

209 **Schwarz,** Sh. 39.

210 **BGHZ** 110, 205 vd. özellikle 208=NJW 1990, 1475=BauR 1990, 590; **Gauch,** Werkvertrag, N. 1816.

211 **Schwarz,** Sh. 39.

212 **Gautcshi** iş sahibinin ayıp nedeniyle sahip olduğu bedelde indirim yapma hakkının tazminat niteliğinde olmadığını ifade ederek, ayıbın meydana gelmesinde iş sahibinin müterafik kusurunun bulunduğu ihtimallerde bu tarz bir neticeye ulaşılmasını kabul etmemektedir (Berner Kommentar, Art. 368 N. 16f).

213 Taraftar: **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 368 N. 11b, 25; Karşı: **Pedrazzini,** SPR VII/1, Sh. 517 vd.; **Gauch,** Werkvertrag, N. 1890.

Sözleşmeden dönme, ücret indirimi veya zararın tazminine ilişkin talepler de sadece ilgili akdî ilişki bakımından bu hakların kullanılması ile ilgili şartların oluşup oluşmamasına bağlıdır. Özellikle asıl müteahhidin taşerona karşı ücret indirimi ve ayıplı eserin tamirine ilişkin hakları, iş sahibi kendisine karşı bu tarz bir talep ileri sürmeksizin yapı eserini olduğu gibi kabul etmiş bulunsa ve o ücretinin tamamını elde etmiş bulunsa dahi mevcut olabilir[214]. Zira bu taleplerin mevcudiyeti bakımından önemli olan husus bir zararın mevcudiyeti değil, ayıbın mevcut olup olmadığıdır[215]. Yine aynı şekilde asıl müteahhit iş sahibinden ücretinin tamamını almış olsa dahi, taşerona karşı ayıplı ifa nedeniyle tazminat talebinde bulunabilir. Zira tazminat talebi, iş sahibinin bu ayıbı fark edip etmemesine ve bu çerçevede taleplerini ileri sürüp sürmemesine değil; bilakis taşeronun ediminin ayıplı olup olmadığına ve böylece bir malvarlığı zararının doğup doğmadığına bağlıdır[216]. Kaldı ki iş sahibinin, ayıbı fark etmiş olmasına rağmen asıl müteahhitten tazminat talep edememesinin sebebi, asıl sözleşmede yer verilmiş bir sorumsuzluk kaydı da olabilir[217].

Taşeronun böylece ortaya çıkan tazminat yükümlülüğünün kapsamı genel hükümlere göre belirlenecektir. Buna göre taşeron borcunu ayıpsız olarak ifa etmiş olsaydı dahi asıl müteahhit tarafından yapılması gerekli masraflar tazminat talebinden düşülecektir. Eğer bu masraflar yapı eseri ayıpsız olarak meydana getirilmiş olsaydı dahi müteahhit tarafından yapılması gerekli masraf olarak nazara alınamıyorsa, tazminat talebine mahsup edilmeyecektir; aksi takdirde müteahhide eser sözleşmesinden kaynaklanan netice sorumluluğundan kurtulma imkânı sağlanmış olurdu. Böylece mesela, taşerondan bir planlama hatası nedeniyle tazminat talep edebilecek durumda olan genel müteahhit, iş usulüne uygun bir şekilde planlanmış olsaydı dahi meydana gelecek ve sözleşmede ücretin götürü olarak kararlaştırılmış olması nedeniyle iş sahibinden talep edemeyeceği fazla masrafları, normal ifa masrafı olarak tazminat talebine mahsup etmek zorunda olmayacaktır[218].

Eğer iş sahibi asıl müteahhide karşı ayıbın giderilmesi yolunu seçmiş ise asıl müteahhit, ya taşeronun edimini bizzat tamir edecek ve yaptığı masraflarla ilgili olarak bedelin tenzilini talep edecektir; ya da tamir için taşerona müracaat edecektir. Bunun dışında asıl müteahhidin sözleşmeden dönmesi imkânı sözkonusu olmayacaktır[219].

---

214 **Locher,** NJW 1979, 2235 ff; **Locher,** Baurecht N. 393; **MüKo/Soergel,** §635 N. 17; Başka fikirde **Werner/Pastor/Müller,** Stichwort: Subunternehmer, Ziffer 2.

215 **Locher,** Baurecht, N. 393.

216 **Locher,** Baurecht, N. 393; **Schwarz,** Sh. 40; **Werner/Pastor,** Der Bauprozeß, N. 1057.

217 Bu çerçevede mesela taraflar, asıl müteahhidin ifa yardımcılarının hiç bir kusurundan sorumlu olmayacağı doğrultusunda bir hükme asıl sözleşmede yer vermiş olabilirler (BK m. 100/II). Böyle bir durumda benzer bir sorumsuzluk kayde alt sözleşmede de yer almadığı sürece taşeronu, asıl sözleşmedeki sorumsuzluk kaydından yararlandırmak için bir sebep gözükmemektedir.

218 **BGH,** BauR 1990, Sh. 84; **Locher,** Baurecht, N. 393; **Schwarz,** Sh. 40-41.

219 **Koller,** Nachbesserung, N. 590.

4. Ayıba karşı tekeffül borcundan doğan hakların tabi olduğu zamanaşımı süresi

Asıl müteahhidin taşerona karşı ayıp nedeniyle sahip olduğu talep haklarına ilişkin zamanaşımı süresi BK m. 363 çerçevesinde belirlenir ve bu zamanaşımı süresi, asıl sözleşmede iş sahibinin benzer talepleri ile ilgili zamanaşımı süresinin başlamış olup olmadığından bağımsız olarak işlemeye başlar. Bu çerçevede taşeronun edimini tekeffül etmekle yükümlü olduğu zamanaşımı süresi, kendi ediminin teslimi ile birlikte işlemeye başlayacaktır[220] [221]. Bu zamanaşımı süresi ile ilgili olarak taşeronluk sözleşmesinde özel bir düzenleme sözkonusu değil ise zamanaşımı süresinin belirlenmesi bakımından asıl sözleşmede daha uzun veya daha kısa bir zamanaşımı süresinin öngörülmüş bulunması da herhangi bir etkiye sahip olmayacaktır[222].

BK m. 363 hükmü ise ayıba karşı tekeffülden doğan hakların zamanaşımı süresini, sözleşmenin konusunu dikkate almak suretiyle düzenlemiş ve böylece 1 ve 5 yıllık iki ayrı zamanaşımı süresi öngörmüştür[223]. Hüküm, zamanaşımı sürelerinin belirlenmesi bakımından sözleşme konusu işin *„...gayrimenkul inşaata müteallik..."* bir iş olup olmamasını esas almış ve bu niteliği taşıyan işleri 5 yıllık uzun zamanaşımın süresine tabi tutmuştur. Bu hüküm tarafından taşınmaz inşaata ilişkin zamanaşımı süresinin 5 yıl olarak kabul edilmesinin, taşınmaz inşaattaki bozuklukların genellikle daha uzun bir sürede ortaya çıkmalarından[224] ve taşınmaz inşaatın sağlamlık ve jeolojik şartlarla hava şartlarına mukavemet, yani dış etkenlere dayanıklılığının anlaşılması için uzunca bir süreye ihtiyaç bulunmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir[225].

Taşınmaz inşaat kavramdan ne anlaşılması gerektiği ise oldukça tartışmalı bir meseledir. **Gautschi'**nin taşınmaz üzerinde kanunî ipotek hakkı tescili istenebilecek tüm işlerden dolayı tekeffülün 5 yıllık zamanaşımına tabi tutulması görüşü[226] hem Federal Mahkeme[227] ve hem de doktrin tarafından[228]

---

220 İmar Kanununa tabi inşaatlarda Yargıtay zamanaşımı süresinin başlangıcını yapı kullanma izni tarihi olarak kabul etmektedir (**Yarg.** 15. HD., 29.5.1975, E. 1975/2814, K. 1975/2824; Karar için bkz. İBD, 1976, Sh. 56). Ancak inşaatın, iş sahibine daha önce teslim edildiği ispat edilebiliyorsa, zamanaşımı süresinin başlangıcının bu tarih olması gerekir (**Seliçi,** Sh. 210).

221 BİGŞ'ne tabi inşaat işlerinde de inşaatlardaki bozukluklardan doyayı idarenin hakları 5 yıllık zamanaşımı süresine tabidir (m. 27). Bu halde zamanaşımı süresi kesin kabul tarihinden itibaren işlemeye başlar (**Yarg.** 15 HD., 9.10.1974., E. 1974/1498, K. 1974/1081: *„...BİGŞ in 27. maddesine göre, müteahhit yaptığı inşaat ve ameliyatta katî kabul tarihinden itibaren 5 sene içinde, malzemenin hileli olmasından veya inşaat ve tamirin fenni icaplarına uygun olarak yapılmamasından mesuldür..."* (Karar için bkz. Karahasan, Mülkiyet Hukuku, İstanbul 1975, Sh. 1198).

222 Karş. **Staudinger/Peters,** § 637 N. 93.

223 Eser sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar hakkında Borçlar Kanununun 126. maddesine Türk Ticaret Kanununun tatbikine dair kanunla eklenen 4. bend nedeniyle BK m. 363/I hükmünün yürürlükten kalkmış olup olmadığı meselesi tartışmalıdır. Bu husustaki tartışma ve değerlendirmeler için bkz. **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 228 vd.; **Seliçi,** Sh. 230 vd.

224 Bu gerekçe aynı zamanda bina satımı ile ilgili ayıba karşı tekeffül zamanaşımı süresini 5 yıl olarak düzenleyen BK m. 215/III hükmünün temelinde yatan düşünceyi de yansıtmaktadır.

225 **BGE** 93 II 242 özellikle 245; **BGE** 117 II 428; **BGE** 120 II 214; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2225; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 371 N. 21; **Pedrazzini,** SPR VII/1, Sh. 529; **Corboz,** SJK 460, Sh. 24; **Bühler,** Zürcher Kommentar, Art. 371 N. 35; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 223; **Seliçi,** Sh. 208.

226 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 371 N. 12a ve b.

benimsenmemiştir. Gerçekten bir müteahhit taşınmaz inşaat üzerinde yalnız emek veya emek ve malzeme sarfederek yaptığı her türlü işten dolayı kanunî ipotek hakkının tescilini isteyebilir (MK m. 807 b. 3); ancak bu işlerin bazıları taşınmaz inşaat kavramına girmeyebilir. Mesela kazı işlerini yapan bir müteahhit de yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep edebileceği halde; bu işin kendisi taşınmaz inşaat kavramına dahil kabul edilmemektedir. Kaldıki her iki hükmün (MK m. 807/b. 3 ve BK m. 363/II) amaçları da birbirlerinden farklıdır[229].

Bu gün genellikle benimsenen düşünce tarzı eser sözleşmesine konu işin niteliğini dikkate alarak meselenin çözüme kavuşturulması doğrultusundadır[230]. Şüphe yok ki bu düşünce tarzı, asıl müteahhidin taşerona karşı talepleri bakımından da aynı şekilde uygulama alanı bulacak ve asıl sözleşmeden bağımsız olarak taşeronluk sözleşmesinin konusunun taşınmaz inşaata ilişkin bir iş olup olmamasına göre ilgili zamanaşımı süresi belirlenecektir[231] [232]. Doktrinde taşınmaz inşaattan sadece binalar değil *malzeme ve emek sarfiyle ve insan emeğiyle arza bağlı olarak meydana getirilen taşınmaz eşya*[233] (köprüler, istinad duvarları, parmaklıklar, bir su haznesi ve ona bağlı kanal ve borular gibi) anlaşılmakta[234] ve 5 yıllık uzun zamanaşımı süresinin uygulanabilmesi için ayrıca bir de BK m. 363/II hükmünün temelinde yatan düşünceden hareketle, sözleşme konusu edimin niteliğinin dikkate alınması gerektiği ve ayıpların tipik biçimde 1 yıldan daha uzun bir sürede ortaya çıkacak nitelikte olması şartı aranmaktadır[235]. Federal Mahkemenin düşüncesine göre, bir taşınmaz üzerinde bir müteahhidin yaptığı her türlü iş taşınmaz inşaat olarak nitelendirilemez; böyle bir nitelendirme için eser

---

227 **BGE** 93 II 242 özellikle 245; **BGE** 120 II 214.

228 **Gauch**, Werkvertrag, N. 2218 vd.; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 371 N. 21; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 223 dn. 488; **Seliçi,** Sh. 208.

229 MK m. 807/b. 3 müteahhidin taleplerini teminat altına alma; BK m. 363/II ise yapı eserinin ve onda ortaya çıkabilecek ayıpların özel niteliği gereği iş sahibinin taleplerinin daha erken zamanaşımına uğramasını önleme amacındadır (**BGE** 93 II 242, özellikle 245).

230 **BGE** 120 II 214; **BGE** 113 II 268; **BGE** 93 II 242; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 371 N. 20; **Stotz,** Sh. 167 vd.; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2218.

231 **BGE** 120 II 214; **BGE** 93 II 242.

232 **Koller** bu düşünce tarzına karşı çıkmaktadır. Bu yazarın fikrine göre de bir işin taşınmaz inşaat olarak nitelendirilmesi bakımından eser sözleşmesine konu edimin niteliği dikkate alınacaktır. Fakat bu değerlendirme yapılırken, bir taşınmaz inşaatın bütün olarak meydana gelebilmesi için gerekli işlerin bir tek müteahhit tarafından mı yoksa birden fazla müteahhit tarafından mı yapılmakta olduğu ile ilgilenmeksizin, bütün müteahhitlerin yaptıkları işlerin bir tek iş olarak kabul edilmesi ve bu işlerin tamamının bir bütün olarak taşınmaz inşaat niteliğine sahip olup olmadığının araştırılması gerekir. Zira bütün müteahhitler (yan müteahhit veya taşeron) neticede bir tek yapı eserinin meydana getirilmesine ilişkin faaliyete iştirak etmektedirler (**Koller,** Nachbesserung, N. 403 vd., 407, 421, 424). Böylece yazar, iş sahibinin konumunun iyileştirilmesi çabasındadır. Bu yazarın fikirlerinin değerlendirilmesi için bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 2219, 2227.

233 Yeni bir yapı eseri meydana getirmek olduğu kadar eskisinin tamir ve tadili de buraya dahil kabul edilmekte; ancak esaslı olmayan tamir ve tadil işleri taşınmaz inşaat hükmüne tabi tutulmamaktadır (Bkz. **Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 371 N. 6; **Becker,** Berner Kommentar, Art. 371, N. 7; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 223).

234 **Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 371 N. 5; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2222; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 222; **Seliçi,** Sh. 208.

235 **BGE** 120 II 214; **BGE** 113 II 268; **BGE** 93 II 242; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 371 N. 20; **Pedrazzini,** SPR VII/1, Sh. 529; **Corboz,** SJK 460, Sh. 24; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2218; **Seliçi,** Sh. 209.

sözleşmesinin konusunu teşkil eden edim, bizzat mahiyeti itibariyle taşınmaz bir inşaat sayılabilmelidir[236]. Bu hususta yeni bir bina yapılması, bir yolun istinad duvarının inşası, bir binanın temellerinin, duvarlarının veya çatısının önemli bir kısmının yenilenmesi, bir evin büyütülmesi veya tadil edilmesi örnek olarak gösterilebilir[237].

Bu anlamda taşınmaz inşaat bağımsız, başlı başına bütünlük arzeden bir inşaat eseri olarak ortaya çıkabileceği gibi; bütünleşerek eseri meydana getirecek kısmî inşaat işleri olarak da görülebilir[238]. Böylece ilgili müteahhit (taşeron veya yan müteahhit) tarafından meydana getirilmekte olan inşa eserinin daha büyük bir yapı eserinin bir parçasını teşkil edip etmemesinin de bu bakımdan bir önemi bulunmayacaktır[239]. Dolayısıyla bir işin taşınmaz inşaat niteliği taşıyıp taşımadığını tayin için, inşaatın tamamını yürütmek gerekli olmayıp; aksine dışardan bakıldığında müstakil bir yapı parçası olarak nitelenmesi mümkün olmasa da bir taşınmaz inşaatın bir kısmının yapılması dahi bu nitelikte bir iş olarak kabul edilmek gerekecektir. BK m. 363 hükmünün mantık ve amacı, belirli bir inşaat için yerine getirilmek zorunda olan işlerin bir tek müteahhit tarafından yapılması ile birden çok müteahhidin yaptığı işlerin bir araya getirilmesi suretiyle yapılması arasında fark görmemeyi gerekli kılmaktadır[240]. Mesela bir binanın iç ve dış cephelerinin sıvanması[241], çatısının yapılması, duvarlarının örülmesi, betonarme işleri, merdivenlerinin yapılması, kalorifer, su ve elektrik tesisatı, izolasyon işleri, dış cephe boya işleri[242] bu nitelikte işler olarak kabul edilmektedir[243].

---

236 **BGE** 93 II 242.

237 Yapılan işin taşınmaz inşaat olup olmadığını tayinde, edimin değeri, ücretin yüksekliği veya ayıptan dolayı uğranılacak zararın kapsam ve mitkarı da yalnız başlarına etken bir unsur olamazlar (**Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 223).

238 **Seliçi,** Sh. 209-210.

239 **BGE** 120 II 214; **BGE** 113 II 268; **BGE** 93 II 242; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 371 N. 20; **Stotz,** Sh. 167 vd.; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2218.

240 **Koller,** Nachbesserung, N. 403; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2233.

241 **BGE** 117 II 425 vd. (Bu karara konu olayın gelişimi şu şekilde cereyan etmiştir: Bir bankanın emekli sandığı bir çok daireden oluşan bir inşaatın yapılması için bir genel müteahhitle sözleşme imzalamıştır. Bu genel müteahhit de, sözkonusu inşaatın betonarme ve duvar işlerini yapmak üzere bir taşeronu görevlendirmiştir. Bu taşeron da bir başka taşeronla imzalamış olduğu bir eser sözleşmesi ile, binanın dış cephesinin sıvanması işini bu alt taşerona ihale etmiştir. Fakat bu alt taşeronun yapmış olduğu sıvada daha sonra çatlaklar meydana gelmiş ve ona karşı ayıp hükümleri çerçevesinde müracaat eden taşeronun bu talebi ile ilgili olarak İsviçre Federal Mahkemesi, Art. 371/II OR (BK m. 363/II) hükmünü uygulamıştır.)

242 İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelen bir olayda bu tür işler bakımından, yapılan işin ayıplı olup olmadığının ve hava şartları veya jeolojik olaylar gibi dış etkenlere dayanıklılığının anlaşılması için uzunca bir süreye ihtiyaç bulunmadığı gerekçesi ile 1 yıllık zamanaşımı süresini uygulamıştır (**BGE** 93 II 245). Fakat Federal Mahkemenin bu kararı Gauch tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre Federal Mahkemenin bu gerekçesi doğru değildir. Dış cephe boyasının ayıplı olup olmadığının tesbiti ile ilgili olarak da geç tesbit edilme riski bulunmaktadır; özellikle yapılan işin iklim şartlarına dayanıklı olup olmadığnın belirlenmesi bakımından genellikle 1 yıldan daha uzun bir süreye ihtiyaç bulunmaktadır (**BGH,** BauR 1994, Sh. 102). Ayrıca BK m. 363/II hükmünde, boya işlerinin Alman Medeni Kanununun yaptığı gibi (§ 638 BGB) önceden mevcut bir taşınmaz eşya üzerinde yapılması ile bir taşınmaz inşaat üzerinde yapılması arasında fark görmeyi gerektiren kanunî bir dayanak da bulunmamaktadır (**Gauch,** Werkvertrag, N. 2235).

243 **BGE** 117 II 425 vd.; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2233.

İnşaatta emek sarfetmeden, sadece malzeme gönderilmesi halinde, sözkonusu malzemeler özel olarak o inşaat için yapılmış ve gönderilmiş bulunsalar dahi, müstakil eser sözleşmesinin konusu menkul bir eşya olduğundan, bu işler taşınmaz inşaat kavramına dahil kabul edilmemektedir[244]. Aynı şekilde müteahhidin malzeme harcamadan, sadece emek harcayarak yaptığı (hafriyat işleri, çukur kazılması, çevre düzenlemesi gibi) işler de taşınmaz inşaat sayılmayıp, bunlardaki ayıplar için bir yıllık zamanaşımı süresi sözkonusu olur[245]. Bununla birlikte, müteahhidin sadece emeğini koyup iş sahibine ait malzemeyi kullanması, yapılan işin taşınmaz inşaat sayılmasına engel olmaz[246].

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde taşeronun edimi müstakil bir değerlendirmeye tabi tutularak, onun tekeffül borcuna ilişkin zamanaşımı süresi belirlenecek ve bu hususta asıl müteahhidin ediminin bir etkisi olmayacaktır. Böylece iş sahibine karşı yapı işinin tamamının yerine getirilmesine ait netice sorumluluğunu üzerinde taşıyan asıl müteahhit, bu yapı işinin bazı kısımlarını taşeronlara yaptırma yoluna gitmiş ise kendisine karşı, eseri muayene ve ayıbı ihbar külfetleri bu işlerin her biri için ayrı ayrı ve her birinin tamamlanmasından itibaren değil, yapı eserinin bütün işleri tamamlanıp teslim edilmesinden sonra ortaya çıkacak[247] ve bu zaman dilimi içerisinde asıl müteahhidin de taşerona karşı müracaat imkânına sahip olup olmamasının hiç bir önemi bulunmayacaktır[248]. Netice olarak asıl müteahhit, kendisinin taşerona karşı sahip olduğu benzer talep haklarının zamanaşımına uğramış bulunduğu bir zaman diliminde, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ile karşı karşıya kalabilecektir[249]. Zira taşeron (kural olarak) kendi ediminin kabulü için yapı eserinin bütününün tamamlanmasını beklemek zorunda değildir.

IV. Asıl müteahhidin üçüncü şahısların fiilleri nedeniyle taşerona karşı sorumluluğu

Asıl müteahhit taşerona karşı iş sahibi konumunda olup; inşaat sözleşmesi çerçevesinde onun sahip olduğu hak ve yükümlülüklere sahiptir. Eğer asıl müteahhit bu haklarının kullanılması veya borçlarının ifası için yardımcı şahıs kullanıyorsa, bu yardımcı şahsın fiillerinden BK m. 100 çerçevesinde sorumluluğu

---

244 **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 225; **Seliçi,** Sh. 210.

245 **Gauch,** Werkvertrag, N. 2245; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 225; **Seliçi,** Sh. 210.

246 **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 225; **Seliçi,** Sh. 210.

247 "*Yalnız taşeronların tekeffüllerine ilişkin belgeler iş sahibine verilmişse o, zararın artmaması için alt müteahhitleri ayıpları gidermeğe çağırmalıdır; fakat bu çağrı yapılmasa dahi, genel müteahhidin tekeffülü bakidir*" **BGE** 94 II 161; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 168.

248 Ayrıca ifade edilmelidir ki, her iki akdî ilişkinin bu bakımdan da birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmesi sadece zamanaşımı sürelerinin farklı zamanlarda işlemeye başlamasına sebebiyet vermeyip; aynı zamanda her iki müteahhidin tekeffülüne ilişkin zamanaşımı sürelerinin farklı olması neticesine de yol açabilir. Mesela Federal Mahkemenin dış cephe boyasını taşınmaz inşaat kabul etmeyen içtihadı (**BGE** 93 II 242) doğrultusunda hareket edilecek olursa, asıl müteahhidin taşerona karşı talepleri 1 yıllık zamanaşımı süresine tabi olurken; iş sahibinin asıl müteahhide karşı (boya işleri dahil) bütün bina ile ilgili talepleri BK m. 363/II hükmü gereği 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Halbuki iş sahibi boya işlerini taşerona, yan müteahhit olarak bizzat kendisi vermiş olsaydı, burada 1 yıllık zamanaşımı süresi sözkonusu olacaktı.

249 **Kleine-Möller,** § 3 N. 36.

gündeme gelecektir. Bu çerçevede olmak üzere asıl müteahhidin ifa yardımcısı olarak düşünülebilecek şahıslar iş sahibi ve önceki müteahhittir.

1. İş sahibi ve yardımcıları

İş sahibi ile arasındaki hukukî ilişki bakımından asıl müteahhidin, taşeronun fiillerini BK m. 100 çerçevesinde tekeffül etmek zorunda olduğunu daha önce tesbit etmiş bulunuyoruz[250]. Yine taşeron ile olan hukukî ilişkisi bakımından asıl müteahhidin, iş sahibinin fiillerinden aynı şekilde sorumlu tutulabilip tutulamayacağının da incelenmesi gerekir.

Buna göre iş sahibinin asıl müteahhidin ifa yardımcısı sıfatını taşıyabilmesi, asıl müteahhidin isteği doğrultusunda taşerona karşı mevcut bir borcunun ifasında görev almış olmasını şart kılar (BK m. 100). Oysa asıl müteahhidin iş sahibi veya yardımcılarını bu şekilde kendi borcunun ifası amacıyla görevlendirmesi, işin niteliği gereği pek mümkün gözükmemektedir[251]. Böyle bir ihtimal ancak, asıl müteahhidin iş sahibi konumunda bulunması nedeniyle yerine getirmekle yükümlü olduğu işin icrasına başlanabilmesi için zorunlu olan ön hazırlık işlemlerinin yapılması veya taşeronla birlikte hareket etme mükellefiyeti (Mitwirkungspflicht) bakımından gündeme gelebilir. Asıl müteahhit, iş sahibinin kendisine karşı olduğu gibi, taşerona karşı işin icrasına başlayabilmesi ve işini sözleşmeye uygun olarak meydana getirip zamanında teslim edebilmesi için bazı mükellefiyetleri yerine getirmekle yükümlüdür[252]. Asıl müteahhit, yan edim borcu olarak kabul ettiğimiz

---

250 Bu hususta bkz. §5. II.

251 **Werth,** BauR 1976, Sh. 84.

252 Dilimize kısaca "*birlikte hareket etme mükellefiyeti*" olarak çevrilebilecek olan bu tür mükellefiyetler, almanca hukuk literatüründe "*Mitwirkungspflicht*" olarak adlandırılmakta ve inşaat projesinin hayata geçirilebilmesi için müteahhidin değil işin niteliği gereği iş sahibinin yerine getirmek zorunda olduğu bazı mükellefiyetleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Mesela inşaat projesinin hazırlatılması, ilgili ruhsat ve izinlerin alınması, inşaatın yapılması sözkonusu olan taşınmazın müteahhidin işe başlaması için hazır hale getirilmesi, elektrik ve su bağlantılarının yapılması, eğer gerekli ise taşınmaz ile anayol bağlantısının sağlanması vb. işler bu anlamda iş sahibi tarafından yerine getirilmesi gereken mükellefiyetler olarak kabul edilmektedir (***Ingenstau/Korbion,*** *§ 9 N. 6 VOB/B;* ***Zeltner,*** *N. 22;* ***Gauch,*** *Werkvertrag, N. 1328 vd.*). Kural olarak iş sahibi tarafından yerine getirilmesi gereken bu mükellefiyetlerin hukukî niteliği ise tartışmalıdır. Bu tartışmada bazı yazarlar bu mükellefiyetleri bir külfet (Obliegenheit) olarak kabul edip; iş sahibinin bu mükellefiyetine aykırı hareket etmiş olması nedeniyle zarara uğrayan müteahhidin herhangi bir tazminat talebinde bulunamayacağını kabul ederken *(**Keller/Schöbi,** N. 1196 vd.; **Ott,** SJZ 1978, Sh. 287; **Schönenberger/Jäggi,** Zürcher Kommentar, Art. 1 N. 78; **BGHZ** 50, Sh. 175, 178; **Palandt/Sprau,** § 642 N. 1; **Heiermann/Riedl/Rusam,** § 4 N. 1vd. VOB/B: En son anılan yazarlar, alacaklının külfetlerine (Obliegenheiten) riayet etmemesinin alacaklı temerrüdünün doğumuna yol açacağını ve bu çerçevede Alman Hukukunun bir özelliği olarak § 304 BGB hükmü gereği borçlunun ancak masraf tazminatı talep edebileceğini ifade etmektedirler*); bazı yazarlar ise iş sahibinin bu tür mükellefiyetlerini başlıbaşına mevcudiyeti sözkonusu olmayan bir yan edim borcu (unselbsständige Nebenpflicht) olarak nitelemekte ve bu mükellefiyetin gerçek anlamda borçlar ile külfetler (Obliegenheit) arasında bulunduğunu, müteahhidin müstakil olarak bu yan edim borçlarının ifasını talep etmesi mümkün olmamakla birlikte, bu mükellefiyete aykırı hareket edilmiş olduğu durumlarda, bu duruma istinaden tazminat talebinde bulunabileceğini ifade etmektedirler (*Daha ayrıntılı açıklamalar için bkz.* ***Zeltner,*** *N. 40 ve 325 vd.*). İş sahibi bakımından gündeme gelen müteahhit ile birlikte hareket etme yükümlülüğünün külfet (*Obliegenheit*) olma niteliğini kural olarak benimsemekle birlikte somut akdî ilişki bakımından tarafların, bu yükümlülüğü iş sahibi bakımından temel veya yan bir borç haline getirmelerine de bir engel bulunmadığını ifade eden yazarların mevcudiyetine de ayrıca işaret etmek gereklidir (***Nicklisch,*** *BB 1979, Sh. 533 vd.;* ***Nicklisch/Weick,*** *§ 4 N. 8 vd. VOB/B;* ***von Craushaar,*** *BauR 1987, Sh. 14;* ***Lachmann,*** *BauR 1990, Sh 409;* ***Larenz,*** *Schuldrecht II/1, § 53 III c, Sh. 371;*

bu yükümlülüklerinden bazılarını tek başına yerine getirme imkânına sahip iken; bazılarını ise ancak bu hususta gerekli bilgi, belge ve talimatları iş sahibinden aldıktan sonra yerine getirme imkânına kavuşabilir[253]. Mesela inşaat sözleşmelerinde inşaatın yapılacağı taşınmazın işe başlamaya hazır hale getirilmesi, uygulama projesinin teslimi, işin yapılma tarzı ile ilgili bazı talimatların verilmesi veya gerekli malzemenin teslimi gibi[254]. Taşerona karşı mevcut bu tür mükellefiyetlerinin yerine getirilmesi bakımından asıl müteahhit, iş sahibinden istifade etmiş olur. BK m. 100 anlamında bir borçlunun ifa yardımcısı da bu borçlunun (burada asıl müteahhit) kendi borcunu ifa etmek amacıyla yardımından istifade etmiş olduğu şahıstır. Bu hükme göre bir şahsın ifa yardımcısı olarak kabul edilebilmesi için, bir borcun mevcudiyeti ve borçlunun bu borcun ifası için

---

***MüKo/Soergel,** § 642 N. 11 vd.; **Heiermann/Riedl/Rusam,** § 4 N. 5 VOB/B; **Gauch,** Werkvertrag, N. 1344; **Scherrer,** N. 141*). Hatta bu yazarlardan **Nicklisch,** §§ 133 ve 157 BGB hükümleri çerçevesinde sözleşmenin yorumlanması suretiyle de iş sahibi bakımından gündeme gelen bu külfetin gerçek anlamda bir borç olduğu neticesine ulaşılmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir (*BB 1979, Sh. 533, 540; Aynı fikirde: **MüKo/Soergel,** § 642 N. 11*). Gerçekten bu tür mükellefiyetlerin kural olarak külfet olduğu kabul edilmekle birlikte, sözleşmenin yorumlanması ve bu arada işin özel niteliğinin gözönünde bulundurulması suretiyle, iş sahibinin müteahhitle birlikte hareket etmesine ilişkin mükellefiyetinin sadece bir külfet olmakla kalmayıp; gerçek anlamda akdî bir borç olduğu sonucuna da ulaşılabilir. Bu tür bir yorumun yapılması, eser sözleşmesinin özellikle büyük çaplı bir inşaata veya anahtar teslimi işlerin yapılmasına tekabül ettiği durumlarda daha kolay olacaktır (*MüKo/Soergel, § 642 N. 11*). Bu tür sözleşmeler bakımından -*Kanun koyucunun eser sözleşmesi bakımından model olarak kabul etmiş olduğu düşüncenin aksine*- iş sahibinin birlikte hareket etme mükellefiyeti büyük önem taşır ve genellikle meydana getirilecek yapı eserinin kalitesi ve sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirilmesi bakımından önemli bir rol oynar. Bu gibi durumlarda iş sahibi ve müteahhit arasında yapı eserinin meydana getirilmesine ilişkin süreç içerisinde işbirliğinin temin edilmesindeki zorunluluk, bu tür sözleşmeler bakımından iş sahibinin birlikte hareket etme mükellefiyetinin bir külfetten ziyade gerçek anlamda bir borç - temel edim borcu değil fakat ihlali durumunda tazminat yükümlülüğü doğuracak olan yan edim borcu- olarak nitelenmesini hakkaniyete uygun kılacaktır (*Benzer şekilde **RGRK/Glanzmann,** § 631 N. 46*). Netice olarak iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün, sözleşmenin her iki tarafının da karşılıklı ve güvene dayalı bir şekilde yapı eserinin meydana getirilmesine katkıda bulunmalarını gerekli kılan inşaat sözleşmelerinin özel yapısı dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmesi zorunludur. Böyle bir sözleşme bakımından her iki taraf da, ancak sözleşme gereği yerine getirmeleri gerekli yükümlülüklerini doğru bir şekilde yerine getirdikleri takdirde, yapı eserinin zamanında ve sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirilmesinin mümkün olduğunu hesaba katmak zorundadırlar (*Ingenstau/Korbion, § 9 N. 15 VOB/B*). Mesela iş sahibi pojeye ait planları, inşaatın yapılması sözkonusu olan taşınmazı, ilgili ruhsat ve izinleri, eğer gerekli ise taşınmaza elektrik ve su bağlantısının yapılmış olmasını, ilgili inşaat sahasına ulaşılması için gerekli olan hallerde yol bağlantılarını inşaat işlerinin başlamasından önce müteahhidin kullanımına hazır hale getirmek durumundadır (*Ingenstau/Korbion, § 9 N. 6 VOB/B; **Zeltner,** N. 22*); İş sahibinin bu yükümlülüklerini yerine getirmesinden önce, sözkonusu projenin hayata geçirilmesi, müteahhidin kendisinde bulunması gerekli bütün yeteneklere sahip olması durumunda dahi asla mümkün olmayacaktır. Bu nedenle (diğer eser sözleşmelerindeki durumun aksine) inşaat sözleşmeleri bakımından iş sahibinin sözkonusu yükümlülüklerinin sadece birer külfet (Obliegenheit) olduğunu ifade etmek doğru olmayacak ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi dava edilebilecek gerçek anlamda birer borç olarak nitelendirilmeleri mümkün gözükmese de ihlâl edildikleri zaman sözleşmenin müsbet ihlali nedeniyle tazminat talebine imkân veren birer yan edim mükellefiyeti olduklarını kabul etmek [*Zeltner, N. 42, 325 vd.; **Kapellmann,** Bauen, N. 271; **von Craushaar,** BauR 1987, Sh. 14; **RGRK/Glanzmann,** § 631 N. 46; bu doğrultuda: **BGH,** NJW 1974, Sh. 229; **Locher,** Baurecht, N. 64; Ayrıca ifade etmek gerekir ki Almanyada uygulanmakta olan VOB, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi, inşaatın meydana getirilmesini ilişkin faaliyetleri engellemekte ise bazı şartlarla müteahhide tazminat talep etme imkânı vermektedir (§ 6 Nr. 6 VOB/B)*] daha doğru olacaktır.

253 **Kapellmann,** Bauen, N. 270.

254 Bu hususta daha ayrıntılı açılamalar için bkz. **Kapellmenn/Schiffers,** Bd. I, N. 1288 vd.

bir başkasının yardımından istifade etmesi yeterlidir. Ayrıca bu üçüncü şahsın fiilen borcun ifasına katılmış olması da aranacaktır[255]. Bunun dışında üçüncü şahsın borçlunun emri altında bulunması gerekmediği gibi; borçlunun sözkonusu borcunu bu şahsın yardımı olmaksızın yerine getirme imkânına sahip olup olmasının da bir önemi bulunmamaktadır.

Bu çerçevede eğer iş sahibi veya yardımcıları asıl müteahhidin açık veya varsayılan isteği doğrultusunda, kendisinin taşerona karşı olan bu tür mükellefiyetlerini yerine getiriyorlarsa bu şahısların, genel olarak asıl müteahhidin ifa yardımcısı oldukları ifade edilebilir[256]. Bu bakımdan önemli olan husus, taşerona karşı alacaklı konumunda olan asıl müteahhidin *sözleşme gereği yerine getirmek zorunda olduğu mükellefiyetlerinin ifası için* bir başka şahsın yardımından istifade etmekte olup olmadığıdır[257]. Bu şahısların yardımından, sözleşmeden kaynaklanan temel edim borcunun yerine getirilmesi için mi, yan edim borçlarının yerine getirilmesi için mi, yoksa bir külfetin (Obliegenheit) yerine getirilmesi için mi istifade edilmekte olduğunun ise herhangi bir önemi yoktur[258].

Mesela iş sahibi asıl müteahhide karşı inşaatın plan ve projelerini tayin edeceği bir mimar aracılığı ile yaptırmayı borçlanmış olsa; asıl müteahhit de iş sahibi sıfatıyla aynı planları taşerona teslim etmek zorunda olduğundan; iş sahibinin daha doğrusu onun tayin ettiği mimarın yapacağı bir planlama hatası nedeniyle taşeronun bir zarara uğraması ihtimalinde, ona karşı BK m. 100 çerçevesinde sorumlu olacaktır[259].

Özetle ifade etmek gerekirse asıl müteahhidin iş sahibi ve yardımcılarının fiillerinden BK m. 100 hükmü gereği sorumluluğu taşerona karşı, mevcut projenin hayata geçirilebilmesi için yerine getirilmesi zorunlu birlikte hareket etme mükellefiyetlerinin (Mitwirkungspflichten) ifası bakımından sözkonusu olabilir. Bu durum ise çok istisnai bazı ihtimallerde ortaya çıkabilir ve kural iş sahibinin asıl müteahhidin ifa yardımcısı olarak kabul edilmemesi yönündedir[260]. Zira kural olarak iş sahibi, taşeronla olan akdî ilişki ile ne ilgilenecek ve ne de ilgilenmek zorunda kalacaktır.

---

255 **Koller,** Erfüllungsgehilfen, N. 163 vd.; **Bucher,** Allgemeiner Teil, Sh. 352; **Honsell/Vogt/Wiegand,** Art. 101 N. 7; **Palandt/Heinrichs,** § 278 N. 7; **MüKo/Hanau,** § 278 N. 12; **Larenz,** Schuldrecht I, §20 VIII, Sh. 298; **Eren,** Borçlar hukuku C. II, Sh. 1068; **Tunçomağ,** Genel Hükümler, Sh. 840; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** Sh. 892; **Şenocak,** Sh. 151.

256 **Spiro,** Sh. 102; **Schwarz,** Sh. 42; **Kniffka,** ARGE, Sh. 46, 64 vd.; Buna mukabil iş sahibinin yapılan işleri kontrol etmek üzere görevlendirmiş bulunduğu mimar veya mühendis bu açıdan iş sahibinin daha doğrusu asıl müteahhidin ifa yardımcısı olarak nitelendirilemeyecektir. Bu hususta bkz. **Schmalzl,** FS Locher, Sh. 225-227; yine iş sahibinin inşaattaki koordinasyon faaliyetlerinin icrası için sözkonusu olabilen yardım etme yükümlülüğü ile ilgili olarak: Sh. 228 ff.

257 **Spiro,** Sh. 100.

258 **Spiro,** Sh. 102; **Kniffka,** ZfBR 1991, Sh. 8 vd.; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 124 VOB/A.

259 **BGH** BauR 1987, Sh. 86=NJW 1987, Sh. 644, 645; **BGH,** BauR 1999, Sh. 51; **Schwarz,** Sh. 42.

260 **Gauch,** Werkvertrag, N. 744; **Chaix,** Sh. 131; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 124 VOB/A; **Saxer,** Sh. 29.

2. Önceki müteahhit (Vorunternehmer)

Daha önce de ifade edildiği gibi bir yapı eserinin meydana getirilmesi genellikle birden fazla müteahhidin katkısını gerekli kılar ve bu müteahhitler işin niteliği gereği edimlerini aynı anda değil, genellikle birbirlerini takip ederek ifa ederler. Böylece önceki müteahhit veya müteahhitlerin (Vorunternehmer) ifa etmiş olduğu edim, teknik olarak daha sonrakilerin (Nachfolgeunternehmer) edimlerinin temelini teşkil eder. İşte asıl müteahhit ile taşeron arasındaki hukukî ilişki bakımından, taşeronun önceki bir müteahhidin fiilleri nedeniyle zarara uğramış bulunması ihtimalinde, bu zararının tazmini için asıl müteahhide müracaat imkânının bulunup bulunmadığının da incelenmesi gerekir.

Doktrinde bu mesele de yukarıda iş sahibi ve yardımcıları ile ilgili olarak yapılmış bulunan açıklamalar çerçevesinde değerlendirilmekte ve bütün yapı eserinin meydana getirilmesi işinde faaliyet göstermekte olan diğer müteahhitler de kural olarak asıl müteahhidin ifa yardımcısı olarak kabul edilmemektedir[261]. Sözkonusu düşünceye göre bu müteahhitlerin taşeronluk sözleşmesinden kaynaklanan bir borcun ifası amacıyla değil; bilakis, asıl müteahhit ile aralarında akdedilmiş bulunan sözleşme çerçevesinde bizzat kendi borçlarını ifa eden şahıslar konumunda olmaları böyle bir neticeye ulaşmayı gerekli kılmaktadır[262]. Gerçekten asıl müteahhit diğer müteahhitleri, taşerona karşı olan borcunun ifası amacıyla değil iş sahibine karşı olan borcunun ifası amacıyla işin yapımına dahil eder. Böylece asıl müteahhit, mesela önceki müteahhit işini icra ederken taşeronun edimine bir zarar vermiş olsa, kural olarak bu zarardan sorumlu olmayacaktır.

Önceki müteahhidin kural olarak asıl müteahhidin ifa yardımcısı olduğu kabul edilmemesine rağmen[263], bu durum asıl müteahhidin taşerona karşı yerine getirmekle mükellef olduğu inşaat mahallinin zamanında ve sözleşmeye uygun bir şekilde işin icrasına başlanmasına elverişli bir hale getirilmesi mükellefiyetinde[264]

---

261 **Gauch,** Werkvertrag, N. 678, 1922; **Gauch,** ZBJV 118, Sh. 72; **Scherrer,** Sh. 34 vd.; **Zeltner,** Sh. 81 dn. 271.

262 **Scherrer,** Sh. 35; **Gauch,** Werkvertrag, N. 1922; Ayrıca karş. **BGHZ** 95, Sh. 132-133; Bu karar doğrultusunda açıklamalar için bkz. **Schmalzl,** FS Locher, Sh. 225, 227 vd.

263 Almanyada da iş sahibinin daha önceki müteahhidin sebebiyet vermiş bulunduğu ayıp veya gecikmeden daha sonraki müteahhide karşı sorumlu olup olmadığı, Alman Federal Mahkemesinin 1985 tarihli kararından (BauR 1985, Sh. 561 vd.) beri tartışılmaktadır. Söz konusu kararında Federal Mahkeme, iş sahibinin önceki müteahhitlerin fiillerinden ifa yardımcısı sıfatıyla sorumluluğunu kabul etmemiştir. Bu duruma göre, taşerona karşı iş sahibi konumunda olan asıl müteahhit bakımından da önceki müteahhit ifa yardımcısı olarak kabul edilmeyecektir. Bu tartışma için bkz.: **Kraus,** BauR 1986, Sh. 17 vd.; **Vygen,** BauR 1989, Sh. 387 vd.; **Vygen,** BauR 1994, Sh. 629 vd.; **Schmalzl,** FS Locher, Sh. 225, 227 vd.; **Marbach,** Sh. 96; **Kapellmann/Schiffers,** Bd. II, N. 1509; **Kapellmen,** Bauen, N. 274 vd.; Alman Federal Mahkemesinin sözkonusu kararına rağmen, önceki müteahhidin yol açtığı gecikmeden iş sahibinin § 278 BGB hükmü çerçevesinde sorumlu olduğu doğrultusunda bir karar için ayrıca bkz.: **OLG Celle,** BauR 1994, Sh. 629 vd.

264 Taşerona karşı iş sahibi konumunda bulunan asıl müteahhidin bu yükümlülüğü, yapı eserinin sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirilebilmesi için taşeronla birlikte hareket etme mükellefiyetine (Mitwirkungspflicht) dahil en tipik yükümlülüktür (Karş. **Zeltner,** N. 96 vd.). Buna göre taşeronun işe başlayabilmesi için gerekli ortamı sağlamak, asıl müteahhidin mükellefiyetidir. Böylece asıl müteahhit, taşeronun işe başlamaya hazır olmasına rağmen önceki müteahhidin işlerini zamanında bitirememesi nedeniyle işin yapımına başlayamaması durumunda, alacaklı temerrüdüne düşme tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. Zira böyle bir durumda asıl müteahhit, netice olarak kendisi tarafından yerine getirilmesi sözkonusu olan birlikte hareket etme mükellefiyetine aykırı hareket etmiş ve yapı eserinin meydana getirilmesini engellemiş olmaktadır (*İş sahibinin sadece kendisine kabul için sunulan yapı*

bir değişikliğe yol açmaz[265]. Asıl müteahhit bu mükellefiyetini zamanında yerine getirememesi durumunda taşeron bakımından ortaya çıkabilecek olan zararlı sonuçlara katlanmak durumunda kalır. Mesela sıva işlerinin yapılması ile görevlendirilmiş bir taşeronun işin icrasına başlayabilmesi, en azından bina duvarlarının tamamlanmış; elektrik, su ve kalorifer tesisatının monte edilmiş olmasını gerekli kılar. Asıl müteahhit sözleşme gereği taşeronun işe başlaması gereken âna kadar bu işlerin zamanında ve eksiksiz olarak yapılmasından taşerona karşı sorumludur. Asıl müteahhidin taşerona karşı mevcut bu sorumluluğu üç değişik sonuca yol açması düşünülebilir[266]: 1. Alacaklı temerrüdü hükümlerinin (BK m. 90 vd.) uygulanması sözkonusu olabilir; 2. BK m. 361 hükmünün uygulanması suretiyle taşeronun ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulması gündeme gelebilir[267]; 3. BK m. 368 hükmü çerçevesinde hasar tehlikesinin asıl müteahhide intikali sözkonusu olabilir. Bu üç durum bakımından asıl müteahhit önceki müteahhidin kendisinin ifa yardımcısı olup olmamasından bağımsız olarak, sadece taşerona karşı mevcut yan edim mükellefiyetini zamanında yerine getirememiş olarak kabul edildiği için hukukî durumunun kötüleşmesine katlanmak zorunda kalacaktır.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, eğer asıl müteahhit taşerona karşı mevcut bir yükümlülüğünün ifası amacıyla önceki müteahhidi görevlendirmiş ise bu şahsın fiilerini BK m. 100 hükmü gereği tekeffül etmek zorundadır. Mesela asıl müteahhit, yapı eserinin meydana getirilmesi için görevlendirilmiş bulunan müteahhitler arasındaki eşgüdüm ve uyumun temin edilmesi amacıyla bir müteahhide görev vermiş ise bu müteahhit onun ifa yardımcısı olarak kabul edilecektir[268]. Yine önceki müteahhit, taşeronun hem kendi işinin yapımında kullanmak ve hem de asıl müteahhidin ihtiyaç duyduğunda kullanması amacıyla inşaat mahalline getirmiş bulunduğu araçları (mesela taşeronun kurmuş olduğu iskeleyi) kullanarak bir zarara sebebiyet verdiği durumlarda da asıl müteahhidin ifa yardımcısı olarak kabul edilecektir[269].

V. İş sahibi veya önceki müteahhidin sebebiyet vermiş bulunduğu zararlardan sorumluluk

Kural olarak asıl müteahhidin ifa yardımcısı olarak kabul edilmeyen iş sahibi ile önceki müteahhitlerin (Vorunternehmer) bazı davranışları, asıl müteahhidin taşerona karşı mevcut, yapı eserinin sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirilmesine ilişkin birlikte hareket etme mükellefiyetinin hiç veya gereğince yerine getirilmesine engel teşkil edebilir ve hatta onun bakımından bazı zararlı sonuçlara da yol açabilir. Mesela taşeron, iş sahibinin uygulama projesini zamanında kendisine teslim etmemesi veya önceki müteahhidin işlerini zamanında bitirememesi veya edimini ayıplı olarak ifa etmiş olması nedeniyle, kendi yapı

---

eserini kabul etmemekle değil; aynı zamanda birlikte hareket etme mükellefiyetini yerine getirmemekle de alacaklı temerrüdüne düşmüş olacağına dair bkz.: ***Gauch/Schluep,*** *N. 2492;* ***Zeltner,*** *N. 252*).

265 **Zeltner,** Sh. 81 dn. 271.

266 **Scherrer,** N. 125.

267 Taşeronun edimindeki ayıptan önceki müteahhidin sorumlu olması ile ilgili hukukî durum hakkında bkz. §6. III. 1. a.

268 **Gauch,** Werkvertrag, N. 1922; **Scherrer,** N. 121.

269 **Gauch,** Werkvertrag, N. 1922; **Scherrer,** N. 122.

ediminin inşaasına başlayamamış olabilir. Böyle bir ihtimalde her şeyden evvel taşeron, yapı eserinin inşaasına zamanında başlayamaması nedeniyle işini sözleşmede kararlaştırılmış bulunan süre içerisinde tamamlama imkânını kaybetmiş olabilir. Bunun yanında sözkonusu durum nedeniyle taşeron, fazladan bazı masraflar yapmak zorunda kalabileceği gibi; işin icrasına zamanında başlayamaması onun ediminin ayıplı olmasına ve hatta telef olmasına da sebebiyet vermiş olabilir. Acaba bu zararlı sonuçlara taşeron kendisi mi katlanacaktır; yoksa bu hususta asıl müteahhide müracaat edebilecek midir?

Yine aynı şekilde iş sahibi veya önceki müteahhit, taşeronun işin icrasına başlamasına (dolaylı da olsa) fiilen engel olmak dışında başka zararlara uğramasına da sebebiyet vermiş olabilirler. Mesela iş sahibi veya önceki müteahhit, taşeronun ediminin teslimden önce telef olmasına veya başka malvarlığı zararlarına uğramasına da sebebiyet vermiş olabilirler. Böyle bir durumda asıl müteahhit, kural olarak ifa yardımcısı sıfatıyla kendilerine tekeffül etmek durumunda olmadığı bu şahısların fiilleri nedeniyle ortaya çıkmış bulunan zarardan yine de sorumlu tutulabilecek midir?

1. İş sahibi veya önceki müteahhidin engelleyici davranışlarının sonuçlarından sorumluluk

Taşeron kendi yapı edimini ancak, asıl müteahhidin kendisine karşı olan birlikte hareket etmeye ilişkin yükümlülüklerini (Mitwirkungspflichten) yerine getirmesi durumunda gereği gibi ifa etme imkânına kavuşabilir. Asıl müteahhidin edimini ifa etmesi de aynı şekilde, iş sahibinin kendisine karşı benzer yükümlülüklerini yerine getirmesine bağlıdır. İş sahibinin bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi, nihaî olarak taşeronun da borcunu hiç veya gereği gibi ifa edememesi neticesine sebebiyet verebilecek[270]; yahut en azından işin icrasına başlamakta gecikmesi neticesini doğurabilecektir.

Bu suretle ortaya çıkan engellerin inşaatın sözleşmede kararlaştırılmış bulunan zaman içerisinde tamamlanması imkânını ortadan kaldırması bir tarafa, ifa zamanının bu şekilde geçirilmesi yüksek miktarlarda ilave masrafların yapılmasını da gerekli kılacaktır[271].

Müteahhidin işin icrasına başlamakta gecikmesinin hukukî sonuçları BK m. 358/I hükmü ile düzenlenmiştir. Bu hüküm ise "*iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan teehhür*"den söz etmektedir. Doktrinde, burada yer verilen "*kusur*" deyiminin yerinde olmadığı; aslında "*iş sahibine isnadı kabil olmayan gecikme*"nin kastedildiği doğru bir şekilde ifade edilmektedir[272]. Böylece müteahhit işin icrasına iş sahibine isnadı kabil bir sebep yüzünden başlayamıyorsa, kendisine bir sorumluluk yüklenmesi sözkonusu olmayacak ve bu durumun neticelerine iş sahibi

---

270 **Kleine-Möller,** § 3 N. 24.

271 Almanyada yapılmış bulunan bir araştırmada, bu şekilde proje akışının aksaması, duruma göre maliyet masraflarının % 30-50 oranında artması sonucunu da beraberinde getirmektedir (*Bu hususta bkz.* ***Olshausen Hans-Gustav,*** *Planung und Steuerung als Grundlage für einen zusätzlichen Vergütungsanspruch bei gestörtem Bauablauf, FS für H. Korbion zum 60. Geburtstag, Düsseldorf 1986, Sh. 323*).

272 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 366 N. 4c; **Oser/Schönenberger,** Art. 366 N. 2; **Gauch,** Werkvertrag, N. 679; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 115.

katlanacaktır[273]. Bu neticenin kabulü bakımından iş sahibinin kusurlu bulunması da şart olmayıp; müteahhidin işin yapımına başlamasına engel olan durumun iş sahibinin risk alanından kaynaklanması BK m. 370 hükmüne kıyasen yeterli kabul edilecektir[274].

Yapılan bu açıklama çerçevesinde iş sahibinin risk ve sorumluluk alanından kaynaklanan engeller, asıl müteahhit ile taşeron arasındaki hukukî ilişki bakımından asıl müteahhidin etki ve sorumluluk alanına dahil kabul edilecek[275] ve netice olarak iş sahibinin bu şekildeki davranışları nedeniyle taşeronun işin icrasına başlayamamasından kaynaklanan olumsuz neticelere asıl müteahhidin katlanması gerekecektir. Zira taşeronun işin icrasına başlayabilmesi için gerekli ön şartların hazırlanması asıl müteahhidin sorumluluğunda olup; o, bu hususta kusurunun bulunup bulunmamasından bağımsız olarak işin icrasına başlanabilmesi için elverişli şartları hazırlamakla yükümlüdür[276]. Taşeron ile asıl müteahhit arasındaki hukukî ilişki bakımından, işin icrasına başlamak için kendisinden beklenebilecek şeyleri yapmış; fakat iş sahibinin engelleyici davranışları nedeniyle bu amacına ulaşamamış bulunan taşerona bu hususta bir sorumluluk yüklenmesi ise kanaatimizce sözkonusu olamayacaktır. Hatta iş sahibinin (burada asıl müteahhidin) işin icrasına başlanabilmesi için gerekli birlikte hareket etme mükellefiyetine aykırı hareket etmesi nedeniyle yapı eserinin telef olması, ifa zamanın geçirilmesi veya yapı eserinde bir ayıp meydana gelmesi ihtimallerinde de sorumluluğun, bu hususta kendisinin bir kusurunun bulunup bulunmamasından bağımsız olarak iş sahibine (burada asıl müteahhide) ait olacağı ifade edilmektedir[277].

Eğer iş sahibinin bu tarz bir hareketi nedeniyle taşeron, yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili bir zaman kaybına uğramış ise her şeyden önce o, asıl müteahhitten sözkonusu sürenin uygun bir miktar uzatılmasını talebe hak kazanacaktır[278] [279]. Bunun yanında asıl önemli olan mesele, işin yapımının böylece engellenmiş olması nedeniyle ortaya çıkan fazla masrafların kim tarafından karşılanacağının belirlenmesidir. Mesela taşeron, iş sahibinin bu tavrına rağmen edimini sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edebilmek için, daha fazla çalışmak, ilave iş veya makine gücünü devreye sokmak ya da maliyetin yükselmesine yol açacak

---

273 Bkz. **Yarg.** 15. HD. 25.12.1973, E. 438/K. 422: "*BK m. 358 f. I in uygulanabilmesi için gecikmeye kimin davranışının sebep olduğu mahkemece tesbit edilmeli ve müteahhidin işe zamanında başlama borcunu sözleşmeye uygun olarak yerine getirip getirmediği tâyin edilirken iyi niyet kuralları gözönünde tutulmalıdır.*" (Yayınlanmamış bu karar için bkz. **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 115 dn. 123).

274 **Gauch,** Werkvertrag, N. 680.

275 **Gauch,** Werkvertrag, N. 680; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 116; **Saxer,** Sh. 109.

276 Karş. **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 115.

277 **Zeltner,** N. 305; **Gauch,** Werkvertrag, N. 678 vd.

278 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 366 N. 4d; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 366 N. 16; **Saxer,** Sh. 109. Bu neticenin, tarafların farazi iradesine dayalı olarak sözleşmedeki boşluğunun doldurulması suretiyle temin edilebileceği kabul edilmekte ve tarafların bu hususta başka bir düzenlemeyi öngörmeleri bakımından ise hukukî bir engelin bulunmadığı ifade edilmektedir (**Gauch,** Werkvertrag, N. 682, 1335; Ayrıca karş. **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 366 N. 4d).

279 Aynı şekilde BİGŞ m. 27/II hükmü de bu doğrultuda bir düzenleme içermektedir: "*Sözleşmesinde belirtilen ve sorumluluğu müteahhide ait olmayan zorunlu gecikme nedenlerinin doğuşunda, durum idarece incelenerek işi engelleyici nedenlere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatılır.*"

başka imal metodları kullanmak zorunda kalırsa[280] durum böyledir. Kural olarak asıl müteahhit, kendisinin sorumluluk alanından kaynaklandığı kabul edilen bu fazla masrafları tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Yalnız sözleşmede kararlaştırılmış bulunan ücret şekline göre bu hususta izlenmesi gerekli usûl farklılık arzedecektir[281].

İş sahibi konumundaki asıl müteahhidin bu hususlaki sorumluluğunun kusuruna bağlı olmaması nedeniyle onun, fiilen işin icrasına başlanmasına engel olan önceki müteahhidin benzer davranışları neticesinde ortaya çıkan fazla masrafları da karşılaması gerektiği kabul edilmektedir[282]. Böylelikle taşeron, önceki müteahhidin edimin zamanında ifa edememesi veya ayıplı ifa etmiş olması ve bu ayıpların giderilmesi için fazladan bir zamana ihtiyaç bulunması nedeniyle işin icrasına zamanında başlayamamış ve böylece fazla masraf yapmak zorunda kalmış ise bu masraflarının karşılanması için de asıl müteahhide müracaat edebilecektir. Asıl müteahhidin, önceki müteahhidin fiillerini BK m. 100 hükmü gereği tekeffül etmekle yükümlü olmamasının da taşeronun kusura bağlı olmayan fazla masraf talebinin engellenmesi için yeterli olmayacağı ayrıca ifade edilmektedir[283].

2. Bir diğer taşeronun sebebiyet vermiş olduğu zararlar bakımından üçüncü şahsın zararını tazmin meselesi

Yukarıda da açıklandığı üzere iş sahibi ve diğer müteahhitlerin fiilleri nedeniyle asıl müteahhidin BK m. 100 hükmü çerçevesinde sorumluluğu çok istisnaî bazı durumlarda mümkün olmaktadır. Bu nedenle sözkonusu şahısların taşerona bir zarar vermeleri, mesela onun meydana getirmiş bulunduğu yapı eserinin telef olmasına veya ayıplı imal edilmesine yol açmaları ihtimalinde[284] üçüncü şahıs yararına bir zararın tazmini sorunu gündeme gelebilecektir[285]. Bu durumu bir

---

280 Karş. **BGH,** BauR 1986, Sh. 347; **Vygen,** BauR 1983, Sh. 414; **Zeltner,** N. 298.

281 Buna göre sözleşmede ücret yaklaşık (tahmini) olarak kararlaştırılmış ise müteahhidin ücreti, zaten yapacağı masraflar dikkate alınarak belirleneceğinden (BK m. 366) bir zorlukla karşılaşılmayacak ve normal şartlarda yapılması gerekmediği halde böylece yapılması zorunluluğu doğan bu masraflar da ücretin belirlenmesi esnasında dikkate alınacaktır. Ücretin götürü olarak kararlaştırılmış olması ihtimalinde ise ücret, müteahhidin yapacağı masraflardan bağımsız olarak belirlenmiş olacağından zorlukla karşılaşılacaktır. Sözleşmede ücretin götürü olarak belirlenmiş olduğu durumlarla ilgili bu hususta kanun bir düzenleme içermediğinden, kanunda boşluk bulunduğu ifade edilmekte ve bu boşluğun MK m. 1/II gereği hâkim tarafından, müteahhit yararına olmak üzere doldurulması gerektiği kabul edilmektedir. Bu hususta açıklamalar için bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 1336 vd.; **Zeltner,** N. 299 vd.

282 **Gauch,** Werkvertrag, N. 1338; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 116; **von Craushaar,** BauR 1987, Sh. 20.

283 **Gauch,** Werkvertrag, N. 1338; **von Craushaar,** BauR 1987, Sh. 20; **Kapellmann/Schiffers,** ise masrafları tazmin yükümlülüğünü, önceki müteahhidi ifa yardımcısı olarak kabul etmek suretiyle benimsemektedir (Bd. I, Sh. 414 vd.).

284 Bu arada ifade etmek gerekir ki asıl müteahhit, taşeronun ayıpsız olarak inşa etmekte olduğu kısmın iş sahibi veya bir başka müteahhit tarafından telef edilmesi veya hasara uğratılması ihtimalinde, sözkonusu yapı ediminin kendisinin bilgi ve onayı yahut da bu doğrultudaki talimatı gereği kullanılmış olması durumunda, böylece ortaya çıkabilecek muhtemel zararlara ilişkin sorumluluğu taşerona karşı üstlenmek zorundadır (**Gauch,** Werkvertrag, N. 1199).

285 Üçüncü şahsın zararının tazmini ile ilgili genel bilgi için bkz.: **Larenz,** Schuldrecht I, §27 IV, Sh. 459 vd.; **Fikentscher,** §50 II 3, N. 463 vd.; **Staudinger/Schiemann,** Vorb. zu §§ 249 ff. N. 62 vd.; **Armbrüster,** Recht 1993, Sh. 84 vd.; **Tandoğan,** Üçüncü şahsın zararının tazmini, Ankara 1963.

örnekle açıklayalım: Asıl müteahhit, taşeron A'yı bina çatısını yapmakla, taşeron B'yi ise izolasyon işlerini yapmakla görevlendirmiştir. Taşeron A bina çatısını yapmış ve fakat henüz teslim gerçekleşmemiştir. Bu arada izolasyon işlerini yapmakta olan taşeron B'nin, işini gereği gibi yapmaması nedeniyle çatı da hasar görmüştür.

Taşeron A'nın yapmış olduğu çatı, diğer taşeronun zarar vermesi nedeniyle ayıplı hale gelmiştir. Çatı ayıplı olarak teslim edilince taşeron A, ayıbın meydana gelmesinde kendisinin herhangi bir kusurunun bulunmamasına rağmen, asıl müteahhidin isteği doğrultusunda ya ücretinin bir kısmından vazgeçmek veya masrafları kendisine ait olmak üzere bu ayıbı gidermekle yükümlü olacaktır (BK m. 360/II). Ayıba karşı tekeffül hükümleri (BK m. 359-363) eser sözleşmesinde hasarın intikalini düzenlemekte olan BK m. 368 hükmünü temel düşünce olarak kabul etmekte ve bu çerçevede taşeron A, asıl müteahhit alacaklı temerrüdü halinde bulunmadığı sürece, yapı eserinin üçüncü şahıslar tarafından telef edilmesinin neticelerine katlanmak zorunda kalmaktadır.

Yapı eserinin kabulüne kadar taşeron A, sözleşme gereği ayıptan uzak bir yapı eseri meydana getirmek ve bunu teslim etmekle yükümlüdür. Ayıpla malûl yapı eserinin teslim edilmesi durumunda asıl müteahhit bir taraftan onarım talebinde bulunabilir, diğer taraftan ise ya sözleşmeden döner ya da ücretin indirilmesini talep edebilir. Böylelikle asıl müteahhidin, taşeron A'nın ayıplı ifada bulunması nedeniyle herhangi bir zarar görmesi sözkonusu olmaz.

Buna karşılık taşeron A, taşeron B tarafından zarara uğratılmıştır; fakat onun da taşeron B'ye karşı doğrudan müracaat imkânı mevcut değildir. Kanun tarafından düzenlenmemiş olan böyle bir durumda öncelikle haksız fiil hükümlerinin (BK m. 41 vd.) uygulanması suretiyle taşeron A'nın zararının karşılanması düşünülebilir. Taşeron A'nın haksız fiil hükümlerinden istifade edebilmesi ise sözkonusu yapı eserinin mülkiyet hakkına sahip olmasını zorunlu kılar. Zira şu anda hâkim olan fikir çerçevesinde sâfi malvarlığı zararları (reine Vermögensschäden) haksız fiil hükümlerinin koruma alanına dahil kabul edilmemektedir[286]. Oysa sözkonusu yapı ediminin maliki, çatının yapılmaya başlandığı ilk andan itibaren mütemmim cüz kuralı gereği mülkiyeti kazanmış olan taşınmaz malikidir.

Gerçi taşeron B ile akdî ilişki içerisinde bulunan asıl müteahhidin bu şahsa karşı akdî temele dayalı talepler ileri sürmesi düşünülebilir; fakat bunun için asıl müteahhidin, taşeron B'nin akde aykırı bir hareketi ile zarara uğramış bulunması gerekir. Halbuki yukarıdaki ihtimalde yapı eserinin teslim ânına kadar hasar tehlikesini taşeron A taşımaktadır (BK m. 368/I). Netice olarak taşeron A'nın, taşeron B'ye karşı doğrudan bir tazminat talep imkânı ise hiç bir şekilde mevcut değildir ve o, taşeron B kusurlu bir şekilde kendisine zarar vermiş olduğu halde, uğramış olduğu zarara kendisi katlanmak zorunda kalmaktadır. Bu sonuç doktrinde haklı olarak adaletsiz bulunmakta[287] ve bu gibi ihtimallerde üçüncü şahsın zararının tasfiyesine ilişkin kuralların (Drittschadensliquiditation) uygulanmasının adaletli ve yerinde olup olmayacağı özellikle Alman Hukuk çevrelerinde tartışılmaktadır.

---

[286] **Keller/Gabi,** Sh. 37; **Oftinger/Stark,** C. II/1, N. 43; **Gauch/Schluep,** N. 2630 vd.; **BGE** 82 II 28; **BGE** 95 II 481 vd. (özellikle 492); **BGE** 95 II 93, 106;

[287] **Gauch,** ZBJV 1982, Sh. 79 dn. 30; **Scherrer,** N. 300; **Nicklisch,** Subunternehmer, Sh. 109, 113 vd.; **Schwarz,** Sh. 45 vd.

Alman Federal Mahkemesi benzer bir olay ile ilgili olarak vermiş bulunduğu bir kararında bu düşünceye, mutazarrır taşeronun durumun özel niteliği gereği asıl müteahhidin yerine geçmesinin sözkonusu olmadığı; bilakis taşeronun diğer taşeronun verdiği zarar olarak ortaya çıktığı düşünülen, fakat aslında kendisine ait olan bu zararlara katlanabileceği; aksinin kabulünün ise zararın ortaya çıkmasına neden olan taşeronu sonuçları önceden öngörülmesi mümkün olmayan bir sorumluluğun içine çekebileceği gerekçesi ile karşı çıkmıştır[288]. Yine BGH'nın bu gerekçelerine ilave olarak, bu durumun üçüncü şahsın zararının tasfiye edilmesi imkânı tanınmış bulunan olay gruplarının hiç birisine uymadığı; oysa zarar veren için sözleşmedeki muhatabının menfaatinin, hatta üçüncü şahsın zararının tazmin edilmesi gerekliliğinin önceden tahmin edilebilir-öngörülebilir olmak zorunda olduğu itirazında bulunulmaktadır[289]. Böyle bir durumda üçüncü şahsın zararının tasfiyesi teorisinin (Drittschadensliquiditation) uygulanması suretiyle taşeron A'nın zararının tazmin edilmesi gerektiğini kabul eden yazarlar ise ileri sürülen bu gerekçelere karşı çıkmakta ve sözkonusu dogmatik düşüncelerin, üçüncü şahsın zararının tasfiyesi müessesesinin temelinde yatan, *„zarar verenin, zararın tesadüfen bir başkasının üzerinde doğmuş olması gerekçesi ile tazminat yükümlülüğünden kurtulmasına imkân vermeme*" fikrine aykırı olduğunu ifade etmektedirler[290]. Eğer asıl müteahhit, taşeron B'ye ihale etmiş olduğu işleri kendi işçileri aracılığı ile yapmış ve çatının zarara uğramasına bu işçiler sebebiyet vermiş olsaydı taşeron A, böylece ortaya çıkan zararını tazmin etmek imkânına sahip olabilecekti; ya da tam tersine taşeron A'nın yapmış olduğu çatı asıl müteahhidin işçileri tarafından yapılmış ve taşeron B izolasyon işlerini yaparken çatıya zarar vermiş olsaydı, yine taşeron B bu zararı tazmin etmek zorunda kalacak idi[291]. Örnek olayda taşeron B'nin işe dahil edilmesi ile tesadüfi bir zarar nakli ortaya çıkmıştır[292]. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, Alman doktrininde de ifade edildiği gibi üçüncü şahsın zararının tazminin sözkonusu olduğu olay gruplarının sınıflandırılması[293] bu müesseseden benzer menfaat durumlarında başka olaylar bakımından da yararlanılması imkânını kapatmış değildir[294]. Bu çerçevede nihai olarak taşeron A korumasız bırakılmak ve zarar veren de ödüllendirilmek istenmiyorsa çok sınırlı da olsa üçüncü şahıs zararının tazmini kabul edilmek zorunda kalınacaktır[295]. Yalnız ifade etmek gerekir ki bu sonuca ulaşabilmek için bu riskin zarar veren bakımından öngörülebilir olması da zorunludur[296]. Böylece taşeron B bakımından en azından başka bir taşeronun işe dahil edilmiş olduğunun

---

288 **BGHZ** 95, Sh. 136.

289 **BGHZ** 95, Sh. 136; **Feudner,** BauR 1984, Sh. 257.

290 **Nicklisch,** Subunternehmer, Sh. 109, 116; **Schwarz,** Sh. 46.

291 Kullanılan hukukî yapının tesadüfiliği, taşeron A'nın korumasız kalması neticesini doğurmamalıdır. Karş. **Şenocak,** Sh. 121.

292 **Nicklisch,** Subunternehmer, Sh. 109, 116; **Schwarz,** Sh. 46; **Scherrer,** N. 301.

293 Alman hukuk sisteminde şimdiye kadar bu imkânın tanınmış olduğu olay grupları ile ilgili olarak bkz. **MüKo/Grunsky,** Vorb. § 249 N. 119 ff.

294 **MüKo/Grunsky,** Vorb. § 249 N. 117; **Schwarz,** Sh. 46.

295 **Schwarz,** Sh. 46; Benzer sonuç için bkz. **Werth,** BauR 1976, Sh. 80, 88; Bu arada unutmamak gerekir ki, eğer tamamlanmış bir eser iş sahibinin mülkiyetine dahil olmuş, fakat kabul gerçekleşmeden üçüncü bir şahıs tarafından zarara uğratılmış olduğu bir ihtimal için üçüncü şahsın zararını tazmin imkânı **BGH** tarafından eser sözleşmesi bakımından tanınmaktadır **BGH** NJW 1970, Sh. 38, 41; Aynı sonuç İsviçre Hukuku bakımından da kabul edilmektedir: **Scherrer,** Sh. 101; **Koller Jo,** Sh. 97; **Gauch,** ZBJV 1982, Sh. 79, dn. 30.

296 **BGHZ** 40, Sh. 91, 100.

veya olacağının ve sözleşmeye aykırı hareket etmesi durumunda onun bakımından zararlı bir neticenin doğması ihtimalinin bulunduğunun tahmin edilebilir olması aranacaktır[297]. Bundan başka yine zarar verenin risk alanının çok fazla genişlemesine engel olmak için, doğabilecek sözkonusu zararın asıl müteahhit bakımından gündeme gelmeyeceğinin de onun tarafından öngörülebilir olmasını aramak gerekir[298]. Böylece netice olarak zarara uğramış bulunan taşeron, sadece böyle bir iş bakımından tipik olarak kabul edilebilen ve kendi yerinde asıl müteahhit olsaydı dahi ortaya çıkacak olan zararlarının tazminini talep edebilecektir.

Taşeron A'nın böylece ortaya çıkan zararının tazmininin gerekli olup olmadığı tartışmalı olduğu gibi, zararın tazmini gerektiği neticesine ulaşıldığı durumlarda, bu zararın netice olarak hangi yolla tazmininin sağlanacağı meselesi de tartışmalıdır. Bu hususta da birbirinden farklı üç ayrı çözüm önerilmektedir: Taşeron A'nın doğrudan (kendi adına) taşeron B'ye müracaat etmesi[299]; Asıl müteahhidin taşeron A adına taşeron B'ye müracaat etmesi[300]; Taşeron A'nın asıl müteahhidin sahibi bulunduğu talep hakkının kendisine temlikini istemesi[301].

---

297 **Schwarz,** Sh. 47.

298 Karş. **Kraus,** BauR 1986, Sh. 17, 27.

299 **Daub/Piel/Soergel/Stefani,** Kommentar zur VOB, Bd. 2, Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen, Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen, Wiesbaden und Berlin 1976, Sh. 442 § 10 N. 91, VOB/B.

300 **von Tuhr/Escher,** §68 VI, Sh. 112-113.

301 **Gauch,** ZBJV 1982, Sh. 79 dn. 30; **Gauch/Sweet,** Sh. 126.

§7. İş sahibi ile taşeron arasında doğrudan talep ilişkisi

I. Genel olarak

Asıl eser sözleşmesi ve taşeronluk sözleşmesi birbirlerinden tamamen ayrı iki akdî ilişki meydana getirmiş olduklarından; iş sahibi ile taşeron arasında kural olarak herhangi bir akdî ilişki meydana gelmez[302]. Bu nedenle iş sahibi, asıl sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle sahip olduğu hakları, akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi bütünüyle taşerona isnadı kabil bir sebepten kaynaklanmış olsa dahi, kural olarak sadece asıl müteahhide karşı ileri sürebilir. Böylece BK m. 100 gereği iş sahibinin taleplerini tekeffül etmek durumunda olan asıl müteahhit, önce bu sorumluluğun gereğini yerine getirecek ve ondan sonra taşeronluk sözleşmesi çerçevesinde de kendisi taşerona müracaat (rücu) edecektir.

Bu hukukî durum bazı ihtimallerde iş sahibi ve hatta taşeron bakımından bazı olumsuz neticelerin doğumuna yol açabilir ve her ikisi de diğerine karşı doğrudan bir talep hakkına sahip olmayı isteyebilir. Şöyle ki: Taraflar arasındaki hukukî ilişkinin incelenmesi esnasında da görüldüğü üzere asıl müteahhit, taşeronun fiillerini iş sahibine karşı BK m. 100 hükmü çerçevesinde tekeffül etmek zorundadır. Fakat (*asıl müteahhidin kurtuluş beyyinesi getirmesi; sözleşmeye aykırılığa, asıl müteahhidin bu hususta uyarısına rağmen iş sahibi tarafından işin yapımına dahil edilmesi istenen taşeronun sebebiyet vermiş olması; asıl sözleşmede ifa yardımcılarının fiilleri nedeniyle sorumluluğun sınırlanmış olması* gibi) bazı ihtimallerde asıl müteahhidin bu tekeffül sorumluluğundan kurtulması gündeme gelmekte ve ortaya çıkmış bulunan zararlı sonuçtan tamamen taşeron sorumlu olsa dahi, sözleşmelerin nisbîliği ilkesinin bir sonucu olarak iş sahibi taşerona müracaat imkânı bulamamaktadır.

Doğrudan başvuru ihtiyacı, sadece iş sahibi bakımından gündeme gelmez. Bazı durumlarda taşeron da bu tür bir hukukî imkâna sahip olma ihtiyacı içerisinde olabilir. Kural olarak taşeron da ücretinin ödenmesi talebini sadece akdî ilişki içerisinde bulunduğu asıl müteahhide karşı ileri sürebilir[303]; hatta taşeronun kendi yapı edimini sözleşmeye uygun bir şekilde ifa etmiş ve böylece iş sahibinin sözkonusu yapı eserinin mülkiyetini taşınmazın bütünleyici parçası haline geldiği ilk anda iktisap etmiş olması veya asıl müteahhidin, ödeme güçlüğü içerisinde bulunması veya iflâs etmiş olması nedeniyle taşerona karşı mevcut ücret ödeme borcunu yerine getirememiş olması dahi bu sonuçta bir değişikliğe yol açmaz[304]. Taşeron, yapmış olduğu işin

---

302 **BİGŞ** md. 18/V c. 2'ye göre de "*Taşeronların idareye karşı hiç bir sıfat ve yetkileri olmayıp bunlara yaptırılan tüm işlerden müteahhit sorumludur.*"

303 **BGE** 111 III 11 vd.; Semjud 80 (1958), Sh. 73; Semjud 79 (1957), Sh. 601 vd.; SJZ 50 (1954), Sh. 32, Nr. 10; Ayrıca *„Taşeronluk sözleşmesinden dolayı bu sözleşmenin tarafı olmayan iş sahibinin taşerona karşı sorumluluğunun bulunmayacağına ilişkin"* yayınlanmamış bir Yargıtay kararı (**Yarg. 15. HD.** 28.2.1974 t., E. 145, K. 166) için bkz. **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 88 dn. 90o; Aynı yönde **Yarg.** 15. HD. 7.2.1995 t., E. 4993, K. 7286 (Karar için bkz. **Karahasan,** İnşaat-imar-ihale hukuku, Sh. 1217-1218).

304 Alman Hukuku bakımından da taşeronun doğrudan iş sahibine müracaat etmek suretiyle ücretinin ödenmesini talep etme imkânı mevcut değilse de; inşaat işlerinde tarafların iradesine bağlı olarak uygulanmak üzere yayınlanmış bulunan VOB/B, iş sahibine, mütemerrit asıl müteahhidin borcunu doğrudan taşerona ödeme yetkisi tanımaktadır (*§ 16 Nr. 6: Bu konuda bilgi için bkz.* ***Ingenstau/Korbion,*** *§ 16 N. 314-337 VOB/B;* ***Heiermann/Riedl/Russam,*** *§ 8 N. 9 Einf. zu VOB/A, § 16 N. 122-127 VOB/B*).

ücretinin ödenmesi ile ilgili olarak iş sahibine karşı, sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde de herhangi bir talep ileri süremez[305]. Vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan bir talep hakkı sözkonusu değildir; zira taşeron başkasının işini değil, asıl müteahhit ile aralarındaki sözleşmeden doğan borcunu ifa edebilmek için[306], bizzat kendi işini yapmaktadır. Keza aynı şekilde bu işin taşeron tarafından yapılması iş sahibinin istek ve menfaatlerine de uygun değildir; zira iş sahibi bu edimi kendi borçlusu olan asıl müteahhitten beklemektedir. Aynı şekilde burada sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması da sözkonusu olmayacaktır; zira taşeron kendi edimini hiç bir sebep bulunmaksızın değil, asıl müteahhitle kendi arasındaki sözleşme gereği yerine getirmekte[307] ve böylece asıl müteahhide karşı bir alacak hakkına sahip olmaktadır[308]. Yine taşeron, iş sahibinin sorumluluk alanından kaynaklanan bir sebeple işin yapımına başlayamaması ve bu nedenle bazı zararlara uğraması ihtimalinde, kural olarak asıl müteahhit iş sahibinin fiillerini taşerona karşı tekeffül etmek zorunda olmadığından o, uğramış bulunduğu bu zarara da bizzat katlanmak zorunda kalmaktadır[309].

Taşeronun kendisine ait malzemeyi kullanarak, iş sahibine ait taşınmaz üzerinde bir yapı eseri meydana getirmiş olduğu durumlarda MK m. 649 hükmü çerçevesinde bir talep hakkına sahip olması da kural olarak düşünülemeyecektir. Bilakis taşeron, yaptığı iş ve böylece meydana getirmiş olduğu yapı eseri ile ilgili olarak asıl müteahhide karşı aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan bir ücret alacağı elde etmiş olmakta ve bu durum da MK m. 649 kaynaklı bir talep hakkının doğumuna engel olmaktadır[309a].

---

305 Benzer şekilde **BGH** WM 1974, Sh. 197, 198; **Locher,** Baurecht, N. 392; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 126 VOB/A; **Kleine-Möller,** § 3 N. 8; **Schwarz,** Sh. 56; Saxer, Sh. 133; **Yalçınduran,** Sh. 172; Aksi fikirde: **Hautkappe,** Sh. 93 (Yazar, asıl müteahhidin taşeronun alacağını ödemek istemediği veya ödeyecek durumda olmadığı haller bakımından, istisnaî olarak bu imkânların gündeme gelebileceğini ifade etmektedir); Ayrıca karş. **BGH** BauR 1974, 134.

306 Doğaldır ki, taşeronluk sözleşmesinin geçerli olmaması ihtimalinde taşeron, iş sahibine karşı vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan talepleri ileri sürebilecektir.

Sözleşme dışı yapılan işin bedelinin vekâletsiz iş görme hükümlerine göre talep edileceğine ilişkin Yargıtay kararları için bkz. **Kostakoğlu,** Sh. 680 vd.

307 Buna karşılık eğer iş sahibi, kendisini taşerona karşı borçlu zannederek hataen (ona) ödeme yapmış ise bu durumda iş sahibi, taşerona karşı sebepsiz zenginleşme talebini ileri sürebilir (BK m. 62). Eğer taşeron iş sahibinin düşmüş bulunduğu bu hatanın farkına varabilir ise o, kendisine yapılmış bulunan bu ödemenin asıl müteahhit adına yapıldığı iddiasını ileri süremeyecek ve burada doğrudan ona karşı sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürülebilecektir.

308 Buna karşılık taşeron, sözleşme kapsamında yer almayan (dolayısıyla da asıl müteahhidin iş sahibine karşı borçlanmadığı) sözleşme dışı bazı işler yapmış ise, yapılmış olan bu fazla işler dolayısıyla iş sahibi sebepsiz olarak zenginleşmiş olur. Bu ihtimalde taşeron, iş sahibine karşı sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde doğrudan talepte bulunabilir; İş sahibi de iyiniyetli zenginleşen konumunda olacağı için, BK m. 63/I hükmü çerçevesinde iade anında elinde bulunan miktarla sınırlı olmak üzere zenginleştiği miktarı tazmin etmek durumunda kalacaktır. Fakat asıl müteahhit iş sahibinden, taşeronun bu ediminin karşılığını sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep etmiş ise, iş sahibi yine sebepsiz zenginleşen konumundan çıkmış olacağından taşeron, bu ihtimalde de iş sahibine karşı sözkonusu talebi yöneltemeyecektir (**Saxer,** Sh. 134-135; **Yalçınduran,** Sh. 173).

309 Bu hususta bkz. §6. IV. 1.

309a Taşeron, MK m. 649 çerçevesinde bir talep hakkına ancak, asıl müteahhidin meydana getirilmiş olan yapı eseri sebebiyle kendisine ücret ödemek zorunda olmadığı istisnai durumlarda sahip olabilir. Böyle bir durum mesela onun, geçerli olduğunu zannettiği bir taşeronluk sözleşmesine güvenerek yapı eserini meydana getirmiş veya mevcut sözleşmenin kapsamında borçlanılmış olmayan bir edim meydana getirmiş olması ihtimallerinde gündeme gelebilir. Bu ihtimallerde iş sahibi, taşerona MK m. 649/I hükmü çerçevesinde muhik bir tazminat vermekle mükellef olacaktır (**Saxer,** Sh. 135).

Kural olarak iş sahibi ile taşeronun birbirlerine karşı doğrudan müracaat imkânlarının bulunmaması, sözleşmelerin nisbîliği prensibinin bir gereği ise de bazı istisnaî durumlarda bu iki şahsın birbirlerine doğrudan müracaat etmeleri de sözkonusu olabilir. Bu iki şahıs arasında doğrudan müracaat imkânının sözkonusu olduğu bu durumlar, özellikle asıl müteahhidin ortaya çıkan zararı tazmin etmek zorunda olmadığı[310] veya tazmin etmek zorunda olsa dahi ödeme kabiliyetinin bulunmadığı[311] ihtimallerde taraflar bakımından önemli bir avantaj olarak karşımıza çıkacaktır.

Meseleye Borçlar Kanununun yaklaşım tarzı da ilginçtir. Diğer alt sözleşme türleri ile ilgili olarak özel düzenlemeler içeren Borçlar Kanunu, işin yapımına taşeron dahil edilmesini, müteahhidin işin yapımına başkalarını dahil etmesini kesin bir şekilde reddetmemekle zımnen kabul etmiş bulunduğu halde (BK m. 356/II), eser sözleşmesi alanında alt sözleşmelerle ilgili bir düzenlemeye yer vermemiştir. Halbuki kira (hem adi kira ve hem de hasılat kirası bakımından) (BK m. 259/III, m. 284/III) ve vekâlet sözleşmeleri bakımından (BK m. 391/III) durum böyle değildir. Asıl kiraya veren ve müvekkilin, alt kiracı ve alt vekile doğrudan müracaat ihtiyacını dikkate alan kanun koyucu, bu iki alt sözleşme türü bakımından bu doğrultuda hükümler sevketme yolunu tercih etmiştir.

Kanun koyucunun bu yaklaşım tarzının, eser sözleşmesini âni ifalı bir sözleşme türü olarak düzenlemek istemesinden kaynaklandığı ifade edilebilirse de; aynı kanun koyucunun müteahhide yapı eserini teslim borcu[312] kadar, ifaya hazırlanması için gerekenlerin yapılması borcunu da yüklediğinin (BK m. 355) unutulmaması gerekir. Bu nedenle hem vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin, BK m. 386/II hükmü gereği haklarında özel bir düzenleme bulunmayan diğer iş görme sözleşmeleri ile ilgili olarak da uygulama alanı bulacak olması; hem de Borçlar Kanununun diğer alt sözleşme türleri ile ilgili benzer hükümler içermekte olduğu gerçeği dikkate alınmak suretiyle, iş sahibi ve taşeron arasındaki ilişki bakımından BK m. 391/III hükmünün (en azından kıyasen) uygulanması ve böylece onlara karşılıklı olarak doğrudan müracaat imkânı tanınmasının mümkün olup olmadığının incelenmesi isabetli bir yaklaşım tarzı olacaktır.

Ayrıca iş sahibi ile taşeron arasında akdî temele dayalı bir doğrudan talep ilişkisinin başka yollardan kurulması imkânının bulunup bulunmadığı da araştırılacaktır. Yine, bazı durumlarda, kanundan doğan bir ipotek hakkı olan yapı alacaklısı ipoteği çerçevesinde taşeronun doğrudan iş sahibine müracaat imkânına sahip olduğuna da işaret etmek gerekir.

Dikkat edilecek olursa iş sahibi ile taşeron arasında doğrudan talep ilişkisinin kurulması çabası, nihai olarak sözleşmelerin nisbîliği ilkesinin bu ilişki bakımından aşılmasına yönelmiştir. Bu nedenle, öncelikle incelenmekte olan sözleşme bakımından sözleşmelerin nisbîliği ilkesinin anlam ve öneminin kısaca incelenmesinde yarar vardır.

---

310 Mesela asıl müteahhit, taşeronun fiili ile ilgili BK m. 100 sorumluluğunun sözleşme ile tamamen kaldırılmış olduğu veya yine o "*borcu bizzat ifa etmiş olsaydı davranışının kusurlu sayılmayacağını*" isbat ettiği durumlarda tazminat sorumluluğundan kurtulacaktır.

311 Mesela asıl müteahhidin iflâs etmiş olması böyle bir netice doğuracaktır.

312 Nitekim BK m. 358/I *„...teslim için tayin edilen zaman...“*; m. 359/I *„...imal olunan şeyin tesliminden sonra...“*; m. 360/I *„...iş sahibi, o şeyi kabulden...“*; m. 362 *„...sarahaten veya zımnen kabulü...“*; m. 363/II *„...tesellüm zamanından...“* hükümlerindeki ifadelerden kanunun açıkça teslim borcunu eser sözleşmesinin aslî edimi içinde gördüğü anlaşılmaktadır. Bkz. **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 363 N. 4; **Seliçi,** Sh. 19, dn. 40.

II. Sözleşmelerin nisbîliği ilkesinin anlamı ve taşeronluk sözleşmesi bakımından taraflara sağladığı avantajlar

Roma Hukuku döneminden beri sözleşme hukukunun temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmiş bulunan nisbîlik ilkesi, sözleşmenin sadece tarafları arasında hukukî bir zincir olmasını ve bu zincirin dışında yer alan üçüncü şahısların bu ilişkiden herhangi bir şekilde etkilenmemesini ifade eder[313]. Nisbîlik ilkesi sayesinde akdî ilişki, insanlar arasındaki diğer ilişkilerden ayrılır ve borçlu ile alacaklıyı kapsamına dahil ederek, bu akdî ilişkiden kaynaklanan haklar ve borçlardan üçüncü şahısların etkilenmemesi neticesini doğuran özel bir bağlılık ilişkisi olarak ortaya çıkar[314].

Bu ilke dogmatik temelini ise "*akit serbestisi ilkesi*"nde bulur. Böylece bir hukukî ilişkiden kaynaklanan hakların ve borçların doğumu, bu hukukî ilişkiye katılmış bulunan tarafların serbest iradesinden kaynaklanmış ve sözleşmelerin nisbîliği ilkesi, bütün özel hukukun temelini oluşturan "*akit serbestisi*" ilkesinin bir görünüm tarzı olarak ortaya çıkmış olur[315]. Kendi rızası olmadan üçüncü bir şahıs bir hukukî ilişkiye dahil edilemeyeceği gibi, onun bu hukukî ilişkiden kaynaklanan hak veya borçlarla ilgilenmek zorunda bırakılması da mümkün değildir.

Sözleşmelerin nisbîliği ilkesine bizim kanunlarımızda açıkça yer verilmiş değildir[316]; fakat bu ilke önceden olduğu gibi bu gün de özel hukukun ve bilhassa borçlar hukukunun temel esaslarından birisidir[317]. Bu çerçevede, sözleşme uygulamasında kanun tarafından öngörülmüş temel prensiplerden ayrılmanın şüpheli görünmesi bir yana; her iki akdî ilişki ile ilgili hukukî değerlendirmenin müstakil olarak yapılması, sorunların daha açık bir şekilde ortaya konulup çözüme bağlanmasını mümkün kılmakta[318]; hatta aksine hareket bazı durumlarda âkit taraflardan birisi bakımından zararlı bazı neticelerin doğumuna da yol açabilmektedir. Bunun yanında sözleşmelerin nisbîliği ilkesi, sözleşme hukukunun temel kurallarından birisi olarak kabul edilmiş ve ayrıca bir çok mahkeme kararına da konu olarak[319] sınırları ve tabi olduğu esaslar hukuk uygulamasında somut bir hal almış ve (tam manasıyla) iyice yerleşmiştir. O bakımdan nisbîlik prensibi hukukî emniyet ve

---

313 **Henke,** Sh. 11; **Akyol,** Üçüncü şahıs yararına sözleşme, Sh. 1.

314 **Henke,** Sh. 14; **Chaix,** Sh. 182.

315 **Kramer,** Berner Kommentar, Einl. N. 45; **Martens,** AcP 177, Sh. 139; **Krasser,** Sh. 90, 299; **Chaix,** Sh. 183.

316 Sözleşmelerin nisbîliği prensibi, Fransız MK m. 1165'de açıkça düzenlenmiştir; bu hükme göre: *„Sözleşmeler sadece âkit taraflar için hüküm husule getirirler; üçüncü şahıslar için zararlı bir sonuç doğuramazlar ve onlara ancak m. 1121'de ifade edilen halde faydalı olabilirler."* Bu prensip, Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde açık bir hüküm olarak kanunlarda yer almamakla birlikte, borçlar hukukunun sistemi bu prensibe dayanmaktadır. Sözkonusu prensibi, Türk ve İsviçre Borçlar Kanunları bakımından, borçların üçüncü şahıs hakkındaki tesirine dair fasıldan çıkarmak mümkündür (**Tandoğan,** Üçüncü şahsın zararı, Sh. 21 dn. 86; **Yavuz,** Dolaylı Temsil, Sh. 3-4).

317 **Dörner,** Sh. 5; **Yavuz,** Dolaylı Temsil, Sh. 4.

318 **Bucher,** Allgemeiner Teil, Sh. 107.

319 Mahkeme kararlarında, sözleşmelerin nisbîliği ilkesinin bütün yönleriyle değerlendirilmesi sözkonusu olmamakta; daha ziyade bu ilkenin mevcudiyeti tartışmasız bir şekilde benimsenip, onun üzerine karar verilmektedir. **BGE** 117 II 315, 318; **BGE** 63 II 18, 21.

açıklığın zorunlu bir şartı olarak karşımıza çıkmakta[320] ve bu iki sözleşme bakımından nisbîlik ilkesinden vazgeçilmesi kanunî esaslarla da doğrusu pek bağdaşmamaktadır.

Nihayet her iki sözleşmede âkit tarafların üzerinde anlaştıkları hususların birbiri ile tıpatıp aynı olması zorunluluğu bulunmaması da asıl sözleşme ile taşeronluk sözleşmesinin birbirinden ayrı olarak değerlendirmeye tabi tutulmasını gerekli kılan hususlardan birisi olarak karşımıza çıkar. Gerçekten BK m. 355 müteahhidin *„...bir şey imalini..."* borçlanmasından bahsetmekte ve müteahhidin borcunun konu ve kapsamının taraflar arasındaki mutabakat çerçevesinde sözleşme ile belirlenmesi esası kabul edilmektedir. Müteahhidin ifa edeceği edimin ayrıntıları, ilgili sözleşmenin taraflarınca belirleneceğine göre[321]; somut olay bakımından bu hususun doğru bir şekilde tesbiti ancak asıl sözleşme ve taşeronluk sözleşmesinin ilgili hükümlerine müracaat suretiyle mümkün olabilecektir. Asıl müteahhidin iş sahibine karşı yerine getirmek zorunda olduğu edim ile taşeronun yerine getirmek zorunda olduğu edim, işin niteliği gereği birbirinden farklı olmak zorundadır. Asıl müteahhit, genellikle inşaatın tamamının inşaasını borçlanırken taşeron sadece bu inşaatın sadece kendisine ihale edilen kısımlarını inşa etmeyi borçlanmaktadır. Fakat taşeron tarafından borçlanılmış bulunan inşaat kısımları bakımından da üzerinde mutabakata varılmış hususların asıl sözleşme ile aynı olması zorunluluğu yoktur. Bu hususta her iki sözleşmede yer alan kayıtların (mesela asıl müteahhidin taşerona çok ucuza temin etme imkânına sahip olduğu inşaat malzemelerini kullandırmak istemesi durumunda olduğu gibi) bilinçli bir şekilde birbirinden farklı düzenlenmiş olması ihtimali bir yana; gayri ihtiyari olarak iki sözleşmenin birbirinden farklı düzenlenmesi ihtimali de mevcuttur. Mesela asıl müteahhit iş sahibine karşı inşaatta kullanacağı malzemenin orta kalitede olmasını borçlanmışken; gayri ihtiyari bir şekilde taşerona işi ihale ederken onun kullanacağı malzemenin birinci sınıf olacağını hükme bağlamış olabilir.

Her iki sözleşmede mutabakata varılan hususların birbirinden farklı olması ihtimali, yapı eserinin ayıplı olması durumunda yöneltilecek garanti taleplerinin birbirinden farklı şekilde gelişmesi neticesini de doğurabilir. Edimin ayıplı olup olmadığı netice olarak ilgili sözleşmede borçlanılmış bulunulan şeye göre belirlenir. Bu nedenle birbirinden farklı şekilde kararlaştırılmış bulunulan edim yükümlülükleri birbirinden farklı, hatta birbirine ters garanti taleplerinin ortaya çıkması neticesine de yol açabilir.

Yine sözleşmelerden birisi bakımından mevcut hükümsüzlük sebebi, sözleşmelerin nisbîliği ilkesinin bir gereği olarak sadece ilgili akdî ilişki bakımından etkili olacaktır. Mesela sözleşmelerden birisinin kanuna veya ahlâka aykırılık nedeniyle hükümsüz (BK m. 20) olması ihtimalinde, nasılki taşeronluk sözleşmesinin bu sebeple hükümsüz olması asıl sözleşmenin hükümsüz sayılması neticesine yol açmazsa, asıl sözleşmenin hükümsüz olması da taşeronluk sözleşmesinin geçersizliğine yol açmayacaktır. Kanuna veya ahlâka aykırı bir kayıt içermeyen sözleşmedeki dürüst âkit, dürüst şekilde hareket etmeyen diğer sözleşmenin

---

320 **Bucher,** Allgemeiner Teil, Sh. 107; **Honsell/Bucher,** Vorb. Art. 1-40 N. 38 vd.; Sözleşmelerin nisbîliği ilkesi, üçüncü şahıslar bakımından olduğu gibi, sözleşmenin taraflarına da bu ilişki çerçevesinde sahip oldukları hak ve borçların kapsam ve miktarını kesin bir şekilde değerlendirme imkânı vermektedir (**Henke,** Sh. 11).

321 Bu hususta açılamalar için bkz. **Staudinger/Peters,** § 631 N. 8 vd.

tarafları ile aynı muameleye tabi tutularak onun da bu durumdan zarar görmesi önlenmelidir. Böyle bir durumda iyiniyetli bu şahsın hukukî işlemin kurulmuş ve geçerli olduğuna dair haklı güveni korunmak zorundadır.

İrade beyanında bulunan şahsın bu iradesini geri alma imkânına sahip olduğu irade sakatlıkları alanında kanun koyucu, bu imkânın kullanılmasını hukukî emniyeti temin bakımından sınırlandırmıştır. Bir irade beyanına muhatap olan şahıs, kural olarak muhatabının beyanına güvenebilmelidir. Bu bakımdan bir akdî ilişki ile ilgili olarak gündeme gelen irade sakatlığı kolaylıkla diğer akdî ilişki bakımından da etkili olamamalıdır. Mesela eğer iş sahibi irade beyanını hata nedeniyle BK m. 23 vd. hükümleri gereği iptal ederse, bu durum sadece asıl müteahhit bakımından etkili olacak; yoksa durumdan taşeronun etkilenmesi sözkonusu olmayacaktır. Zira iş sahibi sözkonusu irade beyanını sadece asıl müteahhide karşı yöneltmiştir; yoksa taşerona karşı değil. Aynı şekilde taşeron da iş sahibinin irade beyanına güvenmek imkânına sahip değildir; zira onun sözleşme yaptığı şahıs iş sahibi değil sadece asıl müteahhittir. Bu durum da her iki sözleşmenin hukukî olarak birbirinden ayrı değerlendirilmesinin hakkaniyete uygun olacağını ayrıca ortaya koymaktadır.

III. İş sahibinin taşerona doğrudan müracaat imkânı

İş sahibinin taşerona karşı doğrudan müracaat imkânı çeşitli şekillerde gündeme gelebilir. Öncelikle sözleşme tarafları alt sözleşmenin kötü ifası nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunları dikkate alarak iş sahibinin taşerona karşı doğrudan müracaat hakkını özel olarak düzenleme yoluna gitmiş olabilirler. Bu da iki şekilde sözkonusu olabilir: İş sahibinin bu hakkı, ya taşeronun iş sahibine karşı açıkladığı bir garanti taahhüdünden ya da alt sözleşmenin üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak kurulmuş olmasından kaynaklanır. İş sahibinin taşerona karşı doğrudan müracaat imkânı, asıl müteahhidin taşerona karşı sahip olduğu alacak haklarını temlik etmesiyle de imkân dahiline girecektir.

Daha sıklıkla ortaya çıkan diğer bazı durumlarda ise taraflar, iş sahibi ve taşeron arasında doğrudan müracaat imkânının düzenlenmesi yönünde (açık veya zımnî) herhangi bir irade açıklamasında bulunmazlar. Bu durumlar bakımından ise hukuk sistemimizin genel mantığı içerisinde, ilk sözleşene (yani iş sahibinin) alt sözleşene (yani taşerona) karşı doğrudan müracaat imkânı bahşeden hukukî müesseleri araştırmak isabetli olacaktır. Bu araştırmanın yürütülmesi esnasında bir taraftan sözleşmelerin nisbîliği ilkesi, diğer taraftan da hukuk sistemimizin alt sözleşmelerle ilgili olarak getirmiş bulunduğu özel düzenlemelerin dikkate alınması zorunludur.

1. Taşeronun iş sahibine karşı ayrıca garanti taahhüdünde bulunması

Taşeronluk sözleşmesi, alt sözleşme olması nedeniyle birbirine bağlı iki ayrı hukukî ilişkinin mevcudiyetini gerekli kılar. Dolayısıyla tarafların hak ve borçlarının kapsamı da müstakil olarak ilgili akdî ilişki çerçevesinde belirlenir. Hukukî durum böyle olmasına rağmen iş sahibi ve taşeronun, asıl sözleşme ve alt sözleşme dışında özel bir mutabakat sağlayarak, iş sahibinin doğrudan taşerona karşı bazı taleplerde bulunması hususunda anlaşmaları bakımından ise bir engel yoktur. Böylece alt sözleşme ilişkisinin karakteristik olarak sahip olduğu iki irade

mutabakatına, bu âna kadar aralarında herhangi bir akdî ilişki bulunmayan iş sahibi ve taşeron arasındaki irade mutabakatı da eklenmiş olacaktır[322].

İş sahibi ve taşeron arasında varılan bu tür bir mutabakatın nihaî amacı *taşeronun ediminin* sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edileceği hususunda iş sahibine güvence vermek[323] olacaktır[324]. Bu çerçevede, taşeronun ediminin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda iş sahibinin sahip olacağı hakların kapsamı ise bu tip kayıtların içeriğinin yorum aracılığı ile tesbit edilmesine bağlıdır. Garanti taahhüdünün, taşeronluk sözleşmesine katılan taraflar arasındaki irade mutabakatı karşısında bağımsız bir niteliğe sahip olması gibi, bu tahhütten doğan haklar da diğer haklardan bağımsız bir nitelik taşır[325].

İş sahibi ile taşeron arasında bu tür bir mutabakat sağlanması, iş sahibi açısından kendisine doğrudan müracaat imkânı verebilecek diğer hukukî müesselelere oranla çok daha avantajlıdır; zira bu ihtimalde iş sahibine karşı alt sözleşmeden kaynaklanan itiraz ve def'i haklarının ileri sürülmesi sözkonusu olmayacaktır[326]. Fakat bu tür bir garantinin geçerli bir şekilde doğumu, iş sahibi ile taşeronun bu hususta karşılıklı mutabakat sağlamalarına bağlı olup; asıl sözleşme veya taşeronluk sözleşmesinde bu tür bir kayda yer verilmiş olması yeterli değildir[327]. Yalnız ifade etmek gerekir ki, sözleşme uygulamasında iş sahibi ve taşeronun bu tür bir mutabakat sağladıkları durumlar yok denecek kadar azdır[328].

2. Üçüncü şahıs yararına sözleşme

Borçlar Kanunu m. 111'de yer alan bu hukukî müessese, ekonomik hayatta yaşanan gelişmelerin doğurduğu ihtiyaçları karşılamak amacıyla benimsenmiş ve

---

322 **Gauch,** Werkvertrag, N. 164; **Cerutti,** N. 569; **Chaix,** Sh. 217; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 85; **Yavuz,** ÖBİ, Sh. 475; **Yalçınduran,** Sh. 179.

323 **Yalçınduran,** taşeronun kendisine verilen işleri yerine getireceği hususunda iş sahibine karşı akdî yükümlülük altına girebileceğini kabul ettikten sonra, yükümlülük altına girmenin *„...üçüncü şahsın fiilini taahhüt olabileceği gibi kefalette bulunma da olabil..."*eceğini ifade etmektedir (Sh. 169). Bu yaklaşım tarzı kanaatimizce doğru olmamak gerekir. Zira hem üçüncü kişinin fiilini taahhüt ve hem de kefalet, başkasının (yani üçüncü bir şahsın) edimini temin etmek üzere başvurulan hukukî kurumlardır. Oysa burada taşeron iş sahibine karşı başkasının edimi ile ilgili olarak değil, bizzat kendi edimi ile ilgili olarak sorumluluk altına girmeyi isteyecektir. Aksi takdirde taşeronun *kendi borcuna kefil olması* (!) veya *kendi fiilini taahhüt etmesi* (!) gibi, bu kurumların niteliği ile bağdaştırılması mümkün olmayan garip bir durum ortaya çıkacaktır.

324 Mesela taşeron, iş sahibine karşı, asıl müteahhidin kendisini işin yapımına dahil etmesi durumunda edimini ayıpsız olarak meydana getireceğini temin etmek amacıyla bu tür bir taahhüt altına girmiş olabilir (**Gauch,** Werkvertrag, N. 164; **Cerutti,** N. 570).

325 **Cerutti,** N. 571; **Rückteschler,** Sh. 308.

326 Üçüncü şahıs yararına sözleşme, temlik ve diğer hukukî müesseseler çerçevesinde taşeron, asıl müteahhide karşı ileri sürebileceği bütün itiraz ve def'i haklarını iş sahibine karşı da dermeyan edebilir. İtiraz ve def'ilerin bu şekilde dermeyan edilebilirlikleri, sözleşmelerin nisbîliği ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkar (**Chaix,** Sh. 218 dn. 767) ve bazı durumlarda iş sahibinin haklarının taşerona karşı etkili olmaması neticesine yol açabilirler.

327 **Gauch,** Werkvertrag, N. 164; **Cerutti,** N. 577; **Chaix,** Sh. 219.

328 Alman sözleşme uygulamasında bu tür bir uygulamanın azlığı ile ilgili olarak bkz. **Rückteschler,** Sh. 308; **Rücktechler**'in ifadesine göre, iş sahibi ile taşeron arasındaki bu tür garanti taahhütlerine İngiliz sözleşme uygulamasında sıkça rastlanmaktadır (Sh. 307).

İsviçre ve Türk Hukuk Sistemlerinde olduğu gibi diğer hukuk sistemleri[329] tarafından da kabul edilmiştir[330]. Üçüncü şahıs yararına sözleşme, tam manasıyla sözleşmelerin nisbîliği ilkesine bir istisna teşkil eder; zira bu müessese akdî ilişkiye yabancı bir üçüncü şahsın bu akdî ilişkiden kaynaklanan bir alacak hakkına sahip olmasına hizmet etmektedir.

Bu istisnanın gündeme gelebilmesi için taşeronluk sözleşmesine taraf olan asıl müteahhit ve taşeronun bu doğrultuda mutabakat sağlamaları yeterli olup; üçüncü şahsın da bu işleme katılması veya onay vermesi gerekli değildir[331]. Yine bir sözleşmenin bu niteliği kazanabilmesi özel bir şekil şartının gerçekleştirilmesine de bağlı değildir. Bu çerçevede öncelikle taşeronluk sözleşmesinde yer verilmiş kayıtların incelenmesi ve bu sözleşmenin üçüncü şahıs konumundaki iş sahibi lehine bir sözleşme niteliği taşıyıp taşımadığının araştırılması gerekecektir. Sözleşmenin üçüncü şahıs yararına bir sözleşme olduğu neticesine ulaşılması ihtimali bakımından ise iş sahibinin, ifa talebi yanında ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan yararlanabilip yararlanamayacağı meselesi ile sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle uğramış bulunduğu zararların tazmini amacıyla taşeronu dava edebilip edemeyeceği meselesinin de incelenmesi gerekecektir.

Bu arada ifade edilmelidir ki, burada yapılan incelemenin amacı, iş sahibinin taşerona karşı doğrudan müracaat hakkının bulunup bulunmadığı meselesinin açığa kavuşturulması olduğundan; çalışma kapsamında sadece tam üçüncü şahıs yararına sözleşme inceleme konusu yapılacaktır. Gerçekten de eksik üçüncü şahıs yararına sözleşme sadece karşı âkide, ifanın üçüncü şahsa gerçekleştirmesi hususunda borçluyu zorlama imkânı verirken (BK m. 111/II); tam üçüncü şahıs yararına sözleşme doğrudan üçüncü şahsa "*borcun ifasını şahsen talep etme*" imkanı vermektedir (BK m. 111/II). Yalnız eksik üçüncü şahıs yararına sözleşmenin çalışma konumuz bakımından hiç bir önem arzetmediği neticesine ulaşmak da isabetli olmayacaktır; zira sözleşmede yer verilmiş bu tür bir kayıt, sözleşmenin koruma alanına lehdar konumundaki bu üçüncü şahsın da dahil edilmesi bakımından bir kriter olarak kabul edilebilir[332].

a. Tarafların bu yöndeki iradelerinin tesbiti

Bilindiği gibi üçüncü şahıs yararına sözleşme, müstakil bir sözleşme tipi olmayıp; aslında bilinen sözleşme tiplerinin içerdikleri bu doğrultuda kayıtlar nedeniyle

---

329 Fransız Medeni Kanunu 1121. maddesinde, Alman Medeni Kanunu § 328 vd. ında üçüncü şahıs yararına sözleşme müessesesini düzenlemişlerdir.

330 Roma Hukuku döneminde sözleşmenin etkisi, kural olarak, tarafları ile sınırlı olup; bu kural *res inter alios acta aliis neque prodest* vecizesi ile ifade ediliyordu. Roma Hukukunda sadece bör sözleşmenin üçüncü şahıslar hakkında etki ve hüküm doğurması değil, aynı zamanda sözleşmede üçüncü şahsın yararının amaçlanması da yasaktı. Bu yasak da *alteri stipulari nemo potest* vecizesi ile ifade edilmekteydi (*Bu hususta açıklamalar için bkz.* ***Akyol,*** *Üçüncü şahıs yararına sözleşme, Sh. 1 vd.*). Bu çerçevede Roma Hukuku bakımından sözleşmelerin nisbîliği ilkesinin geçirdiği aşamalarla ilgili olarak bkz. **Müller, Ulrich:** *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter: ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Lehre von der unmittelbaren Drittberechtigung und Drittverpflichtung, Stutgart/Berlin/Köln/Mainz 1969*, Sh. 31 vd.; **Larenz,** Schuldrecht I, §4 I; **Akyol,** Üçüncü şahıs yararına sözleşme, Sh. 1 vd.; **Chaix,** Sh. 193 vd.

331 **Gauch,** Werkvertrag, Sh. 165 vd.; **Honsell/Gonzenbach,** Art. 112 N. 6 vd.; **Saxer,** Sh. 23.

332 Bu hususta bkz. **Cerutti,** N. 568; **Chaix,** Sh. 220.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

kazanmış oldukları özel bir niteliği ifade eder[333]. Mesele taşeronluk sözleşmesi bakımından değerlendirildiğinde, bu hukukî müessese çok elverişli bir çözüm oluşturur. Zira bu suretle, aynı edimin iki ayrı ifa muamelesine konu olmasının önüne geçilmiş ve taşeronun edimini doğrudan iş sahibine ifa etmesinin temini ile hem işlemler kısaltılmış ve hem de masraflar azaltılmış olur[334].

Genellikle taşeron, asıl müteahhitle yaptığı sözleşmeden kaynaklanan borcunu işin niteliği gereği inşaat mahallinde ve dolayısıyla iş sahibi nezdinde ifa etmeyi borçlanır. Fakat taşeronun kendisine ait bir taşınmaz üzerinde faaliyet göstermesi zorunluluğu iş sahibine, taşerona karşı ifa talebinde bulunma hakkı bahşetmez. Bunun için asıl müteahhit ile taşeronun yaptıkları sözleşmeye bu hususta hüküm koymaları ve iş sahibinin de taşerona karşı ifayı talep hususunda şahsî bir talep hakkına sahip olacağını kararlaştırmaları gerekir. Gerçekten kendi akdî ilişkilerinin taşıyacağı özelliklerin belirlenmesi tamamen sözleşme taraflarının iradesine bağlı olup; sadece iş sahibinin bu doğrultuda önemli bir menfaatinin bulunması[335] bu bakımdan etkili olmayacaktır. O, ancak tarafların bu doğrultuda mutabakat sağlamaları ihtimalinde kendisine ait bir talep hakkına sahip olabilir[336].

İş sahibinin ancak taşeron ile asıl müteahhit arasında temin edilecek bir mutabakat ile bu tür bir talep hakkına sahip olabilmesi, sözleşme taraflarına bu tür bir talep hakkını kendi ihtiyaçları doğrultusunda ilişkiye dahil etme imkânını verecektir. Böylece taraflar, iş sahibinin bu tür bir talep hakkına sahip olmasını (mesela onun asıl müteahhide karşı olan yükümlülüklerini ifa etmesi gibi[337]) belirli şartların gerçekleşmesine bağlayabilecekleri gibi[338]; iş sahibine tanınan bu talep hakkının taşeronun yerine getirmekle yükümlü olduğu yapı ediminin bir kısmına ilişkin olabileceği hususunda da mutabakata varabilirler.

Her ne şekilde olursa olsun taşeronluk sözleşmesine bu tür bir hüküm konulması sözleşmenin, tam üçüncü şahıs yararına sözleşme niteliği kazanmasına yol açacaktır (BK m. 111/II). Böylece taşeronluk sözleşmesi *nitelikli*[339] bir alt sözleşme özelliği kazanacak ve tarafları dışında iş sahibi lehine de haklar doğuracaktır. Borçlar Kanunu diğer alt sözleşme türleri bakımından alt sözleşmeye taraf olmayan, asıl kiraya veren ve vekâlet veren lehine alt kiracı ve alt vekile doğrudan müracaat imkânı tanımak suretiyle (BK m. 259/III, BK m. 284/III, BK m. 391/III) bu alt sözleşmeleri nitelikli birer alt sözleşme haline getirdiği halde, eser sözleşmesi bakımından bu tarz bir düzenleme mevcut olmadığından, taşeronluk

---

333 Karş. **Honsell/Gonzenbach,** Art. 112 N. 1 vd.; **Guhl/Merz/Koller,** Sh. 164.

334 **Cerutti,** N. 108, 113; **Rückteschler,** Sh. 318; **Chaix,** Sh. 220.

335 İş sahibinin bu hususdaki önemli menfaati olsa olsa, bu doğrultudaki taraf iradelerinin oluşması bakımından bir etken rolü oynayabilir (**Rückteschler,** Sh. 321).

336 Karş. **BGE** 112 II 39; **Becker,** Berner Kommentar, Art. 112 N. 25; **von Tuhr/Escher,** § 83 II, Sh. 247; **Akyol,** Üçüncü şahıs yararına sözleşme, Sh. 24.

337 **Cerutti,** N. 142.

338 Karş. **von Tuhr/Escher,** §83 II, Sh. 247; **Cerutti,** N. 129; **Saxer,** Sh. 25.

339 Alt sözleşmeler, üçüncü şahıs lehine hak doğurup doğurmamalarına göre ikiye ayrılarak incelenmekte ve üçüncü şahıs lehine de haklar doğuran alt sözleşmeler nitelikli alt sözleşmeler olarak nitelendirilirken; bu özelliği taşımayan alt sözleşmeler basit alt sözleşmeler olarak nitelendirilmektedirler (**Cerutti,** N. 92 vd.; **Gauch/Schluep/Rey,** Bd. II, N. 4041).

sözleşmesinin kanun hükmü gereği bu özelliği taşıması da sözkonusu değildir[340]. Taşeronluk sözleşmesinin iş sahibi yararına bir sözleşme olarak yapılması doğrultusunda bir örf ve âdet kuralı (BK m. 111/II) da bulunmadığına göre bu sözleşmeye bu niteliği kazandırabilmek, ancak tarafların bu yöndeki iradesi ile mümkün olacaktır[341]. Yalnız taşeronluk sözleşmesinin üçüncü şahıs yararına bir hüküm içerdiği hususunda tarafların zımnî bir mutabakat sağlamaları mümkün kabul edildiği gibi[342], taraf iradelerinin yorumlanması, hatta sözleşmenin tamamlayıcı yoruma tabi tutulması suretiyle sözleşmenin üçüncü şahıs yararına bir kayıt içerdiği neticesine ulaşılabileceği dahi kabul edilmektedir[343]. Gerçekten de güven teorisi çerçevesinde (özellikle şekle tabi olmayan sözleşme türleri bakımından) bir akdin üçüncü şahıs lehine sözleşme niteliği kazanması bizce de mümkün olmak gerekir[344]. Mesela iş sahibine, kötü ifa veya ifa etmeme durumunda taşerona başvuru imkânının tanınmış bulunduğu durumlarda bu tür bir neticeye varılması mümkün olmak gerekir[345].

Taşeronun iş sahibi tarafından belirlenmiş olduğu durumlarda dahi taşeronluk sözleşmesi, üçüncü şahıs yararına sözleşme özelliğini[346] ancak, asıl müteahhit ile taşeronun bu doğrultuda mutabakat sağlamaları ihtimalinde kazanabilir[347].

Bu açıklamalardan sonra ifade etmek gerekir ki diğer sözleşmeler bakımından olduğu gibi[348], taşeronluk sözleşmesine de bu tarz kayıtlar konulması uygulamada çok başvurulan bir yol olmayıp[349]; istisnaî bazı durumlarda gündeme

---

340 Bu konuda bkz. **Cerutti,** N. 133 vd.; **Saxer,** Sh. 24.

341 **Cerutti,** N. 138; **Gauch,** Werkvertrag, N. 166; **Gauch,** Subunternehmer, Sh. 170; **Gauch,** ZBJV 118, Sh. 85; **Chaix,** Sh. 221 vd.

342 Bu doğrultuda bir mahkeme kararı için bkz. **OLG Karlsruhe,** NJW 1956, Sh. 913.

343 **Tandoğan,** Üçüncü şahsın zararının tazmini, Sh. 70; **Gauch,** Werkvertrag, N. 165; **Chaix,** Sh. 222; **Akyol,** Üçünca şahıs yararına sözleşme, Sh. 24 vd.; **Oğuzman/Öz,** Sh. 792; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** Sh. 220; **Eren,** Borçlar Hukuku C. II, Sh. 1135; **BGE** 81 II 351; Yargıtay bu yorumun dürüstlük kuralı çerçevesinde (güven teorisi ışığında) yapılacağını ifade etmiştir (**Yarg.HGK** 7.11.1962 t., E. 35, K. 41; İKİD 1963, Sh. 2081).

344 Karş. **Akyol,** Üçüncü şahıs yararına sözleşme, Sh. 33; **Honsell/Gonzenbach,** Art. 112 N. 8 vd. Bu durumun aksine alt sözleşmenin bir geçerlilik şartına tabi olduğu durumlarda, bu şekle uyulmadan sözleşmenin üçüncü şahıs yararına sözleşme niteliğini kazanması mümkün gözükmemektedir (**Becker,** Berner Kommentar, Art. 112 N. 8; **Bucher,** Allgemeiner Teil, Sh. 480 dn. 43).

345 Bu ve daha başka örnekler için bkz. **Akyol,** Üçüncü şahıs yararına sözleşme, Sh. 26 vd.

346 Bu arada ifade edilmelidir ki, taşeronun iş sahibi tarafından belirlenmiş olduğu durumlarda, sözleşmenin koruma alanının taşeron veya iş sahibi yararına genişletilmesi daha kolaylıkla kabul edilebilecektir. Bu hususta bkz. §7. IV. 3. b. cc. bbb.

347 Karş. **Rückteschler,** Sh. 307; İngiliz hukuku bakımından, iş sahibi tarafından belirlenmiş olan taşeronun iş sahibine karşı, kullanacağı malzemenin veya meydana getireceği yapı eserinin belirli bir kaliteyi haiz olması hususunda taahhüt altına girmesi ihtimalinde, (istisnaen) iş sahibi ve bu taşeron arasında doğrudan akdî ilişkinin mevcut olacağı kabul edilmektedir (Bu hususta bkz. **Rückteschler,** Sh. 167).

348 Bu konuda genel olarak bkz. **MüKo/Gottwald,** § 328 N. 16; Ayrıca karş. **Soergel/Hadding,** § 328 N. 32.

349 Bunun bir çok sebebi mevcuttur: Öncelikle asıl müteahhit, iş sahibine bu tür bir yetki tanınmış olsa dahi, önceden olduğu gibi hem kendi edim yükümlülüğü ve hem de ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun gereklerinden kurtulmuş olmayacaktır. Yine aşağıda görüleceği üzere, ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan hakların durumunda olduğu gibi, taşeronluk sözleşmesinden kaynaklanan bazı hakların kullanılması da asıl müteahhit bakımından

gelmektedir[350]. Hatta taşeronluk sözleşmesinin geniş bir uygulama alanına sahip olduğu Alman sözleşme uygulamasında dahi durum aynıdır[351]. Oysa ki, taşeronluk sözleşmesine bu tarz bir kayıt konulması suretiyle asıl müteahhidin karşı karşıya bulunduğu tehlikelerden bazılarının önüne geçilmesi imkânı mevcuttur. Şöyle ki, iş sahibinin talebi üzerine taşeron edimini ifa edince asıl müteahhit bakımından da kısmî bir kabul gerçekleştirilmiş olacak ve böylece normalde bütün yapı eserinin kabulü ile ortaya çıkacak olan ifaya bağlı sonuçlar, taşeronun edimini ifa etmesi ile bu kısım bakımından ortaya çıkmış ve neticede asıl müteahhit, her iki sözleşmeye taraf olması nedeniyle maruz kaldığı risklerden birisini[352] bertaraf etmiş olacaktır[353].

b. İş sahibinin taşerona karşı sahip olduğu haklar

Üçüncü şahıs yararına sözleşme, ilgili sözleşmenin taraflarının değişmesi neticesini doğurmaz. Bu nedenle taşeronluk sözleşmesinde iş sahibi lehine bu tür bir kayda yer verilmiş olması, iş sahibinin sözleşmenin tarafı haline gelmesi neticesini doğurmayacaktır[354]. Üçüncü şahıs yararına sözleşme ile kendisine hak tanınmış bulunan lehdarın hukukî durumu, BK m. 162 vd. anlamında alacağı temellük eden şahsın hukukî durumu ile aynıdır[355].

Bu çerçevede iş sahibinin ifayı talep hakkına sahip olduğu hususunda herhangi bir tereddüt sözkonusu değil ise de; alt sözleşmeden kaynaklanan yenilik doğuran haklar ile sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle uğranılan zararların tazmini bakımından tereddüt uyanabilir.

aa. Alt sözleşmeden kaynaklanan yenilik doğuran haklar bakımından hukukî durum

aaa. Ayıba karşı tekeffülden doğan haklar

Taşeronun edimini ayıplı ifa etmesi durumunda, iş sahibinin ayıpsız ifaya olan menfaati dolayısıyla ayıp ihbarında bulunabileceği şüphesiz ise de; ayıba karşı tekeffülden doğan yenilik doğuran hakları (*BK m. 360/I: sözleşmeden dönme; BK*

---

zorlaşmaktadır. Diğer taraftan taşeron da, kendi haklarını ileri sürebileceği ikinci bir borçluya sahip olmaksızın, duruma göre kendi alacaklısı asıl müteahhide nazaran ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan hakları kullanmakta daha büyük menfaat sahibi olabilen ikinci bir alacaklı ile karşı karşıya kalmış olacaktır (***Rückteschler,*** *Sh. 336;* ***Saxer,*** *Sh. 25 dn. 165; Ayrıca karş.* ***Gauch/Schluep/Rey,*** *N. 4031*).

350 **Gauch,** Werkvertrag, N. 165; **Saxer,** Sh. 25.

351 **Schwarz,** Sh. 64; Ayrıca karş. **MüKo/Gottwald,** § 328 N. 16.

352 Kendisinin taşeron karşı sahip olduğu talep hakları ile iş sahibinin, kendisine karşı sahip olduğu talep haklarına ilişkin zamanaşımı sürelerinin farklı zamanlarda işlemeye başlaması nedeniyle ortaya çıkan riskten kurtulmuş olacaktır.

353 Yalnız bu neticenin meydana gelebilmesi için iş sahibinin, taşeronun edimini, asıl müteahhidin kendisine karşı borçlu olduğu asıl edime nazaran kısmi edim olarak kabul etmesine bağlıdır.

354 **Becker,** Berner Kommentar, Art. 112 N. 26 vd.; **Bucher,** Allgemeiner Teil, Sh. 478; **von Tuhr/Escher,** §82 II, Sh. 239; **Akyol,** Üçüncü şahıs yararına sözleşme, Sh. 174; **Cerutti,** N. 188; **Honsell/Gonzenbach,** Art. 112 N. 15; **Rückteschler,** Sh. 319; **Gauch/Schluep,** Bd. II, N. 3997; **Chaix,** Sh. 223; **Staudinger/Kaduk,** § 328 N. 128.

355 **Bucher,** Allgemeiner Teil, Sh. 475; **Chaix,** Sh. 223.

m. 360/II: ayıbın giderilmesi ve semenin tenzili talebinde bulunma) kullanabilip kullanamayacağı sorusu gündeme gelebilir. Bu hususdaki hâkim görüş, üçüncü şahıs yararına sözleşmenin lehdarının temel akdî ilişki karşısında bir *üçüncü şahıs olmasını* esas almaktadır. Bu durumda üçüncü şahıs, taraf olmadığı bir akdî ilişki üzerinde etkili olabilecek haklar üzerinde tasarrufta bulunamayacaktır. Buna göre eser sözleşmesi bakımından semenin tenzilinin talep edilmesine ilişkin hak, taşeronluk sözleşmesinin esaslı unsurlarından birisinin değişmesine yol açacaktır. Aynı şey sözleşmeden dönme hakkı bakımından da geçerli olup; lehdarın bu imkândan istifade edebileceğini kabul etmek ona, hukukî açıdan yabancı olduğu bir akdî ilişkiyi makable şâmil bir şekilde ortadan kaldırma imkânı vermek anlamına gelecektir. Netice olarak iş sahibine taşerona karşı sadece ayıbın giderilmesi talebinde bulunma imkânı kalmış olmaktadır. Böylece ayıba karşı tekeffülden doğan diğer yenilik doğuran hakların kullanılması asıl müteahhidin yetki alanında kalmaktadır. Bu sonuç hem İsviçre Federal Mahkemesinin ve hem de doktrindeki hâkim düşüncenin meseleye yaklaşım tarzını yansıtmaktadır[356].

Yalnız ifade edilmelidir ki sözleşmenin tarafları ile lehdar arasında ayırım yapılması esasına dayanan bu düşünce tarzı, hem bu ilişkiye dahil şahısların tamamının menfaatlerini tatmin etmekten uzak olması ve hem de hukukî durumu zorlaştırma riskini bünyesinde barındırması nedeniyle eleştirilmektedir. Şöyle ki, bir taraftan lehdara ifa talebinde bulunma imkânı verilip (BK m. 111/II), diğer taraftan da bu ifa talebinin devamı olarak nitelendirilebilecek ayıba karşı tekeffülden doğan hakların bu şahıstan esirgenmesi mantıksız gözükmektedir. Yine yapı ediminin nihaî alacaklısı konumundaki iş sahibinin (Mesela taşeronun faaliyet gösterdiği evde ikamet edecek olan iş sahibinin durumunda olduğu gibi), asıl müteahhide nazaran, sözleşmeden dönülmesi veya semenin tenzilinin yerinde olup olmadığını daha iyi değerlendirme imkânına sahip olacağı da ifade edilmektedir[357].

Bu yazarların ileri sürdükleri düşünceler onların bu hususdaki hukukî endişelerinin birer yansıması olarak ortaya çıkmakla beraber; onlar tarafından ileri sürülen çözümlerin de bu ilişkiye dahil olan bütün şahısların hukukî çıkarlarına hizmet ettiğini iddia etmek pek doğru gözükmemektedir. Zira taşeronluk sözleşmesi çerçevesinde lehdar iş sahibinin sözleşmeden dönme veya semenin tenziline ilişkin hakları kullanabileceğinin kabulü, bazı hassas problemleri de beraberinde getirecektir: İş sahibi sözleşmeden dönünce o, teslim aldığı yapı eserini taşerona iade etmek durumunda kalırken; taşeron kendisine ödenmiş bulunan ücreti asıl müteahhide iade etmek durumunda olacaktır. Bu durum ise iş sahibinin menfaatlerine uygun olmayacaktır. Keza aynı şekilde semenin tenziline ilişkin hakkın kullanılması ihtimalinde de taşeron, aldığı fazla ücret kısmını asıl müteahhide iade etmekle yükümlü olacak ve bu durum iş sahibinin durumunda herhangi bir iyileşmeye yol açmayacaktır[358]. Netice olarak hâkim görüşe bağlı

---

356 **BGE** 114 II 239, 247; **Becker,** Berner Kommentar, Art. 112 N. 26; **Cerutti,** N. 188; **Jaussi,** Sh. 282; **von Tuhr/Escher,** § 82 II, Sh. 239; **Staudinger/Kaduk,** § 328 N. 128; § 335 N. 4 vd, 15 vd.; **Rückteschler,** Sh. 329; **MüKo/Gottwald,** § 335 N. 5 vd.; Bu düşünce tarzı hakkında görüş belirtmeyen yazarlar: **Gauch/Schluep,** Bd. II, N. 4023; **Honsell/Gonzenbach,** Art. 112 N. 15.

357 **Cerutti,** N. 195; **Rückteschler,** Sh. 332; **Papanikolaou,** Sh. 69, 79 vd. (Bu yazar asıl müteahhidin alt sözleşmeden tek başına dönemeyeceğini, bunun için iş sahibinin de onayını alması gerektiğini ileri sürmektedir).

358 **Chaix,** Sh. 224 ve aynı sahifede dn. 797.

kalınmasının isabetli olduğu ve azınlık görüşünün ileri sürdüğü sakıncaların da fazla bir öneme haiz olmadığını tesbit etmek gerekir.

Özellikle inşaat sözleşmesinde olduğu gibi sözleşmenin uzun bir zaman dilimine yayılmasının sözkonusu olduğu durumlarda, ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme ne iş sahibinin ve ne de müteahhit tarafın çıkarlarına hizmet etmeyecektir. Zira bu şekilde sözleşmeden dönülmesi, ancak yapı ediminin tamamlanıp teslim edilmesinden sonra gündeme gelecek ve bu hak kullanıldığında ise öncelikle mevcut ilişkinin tasfiye edilmesi zorunluluğunun bulunması sebebiyle (bir anlamda) o zamana kadar (iş sahibi veya müteahhit tarafından) yapılmış masraflar[359] boşa gitmiş olacaktır. Ayrıca yapı eserinin ifaya hazır hale getirilmesine kadar geçmiş olan sürenin kaybedilecek olması gerçeği de unutulmamalıdır. Kaldı ki, BK m. 360/III hükmü de yapı eserinin iş sahibine ait bir arsa üzerinde meydana getirilmesi ihtimalinde, eğer sözkonusu inşaatın kaldırılması aşırı masrafa yol açacak ise sözleşmeden dönme seçeneğinin tercih edilmesi imkânını vermemektedir[360]. Bu pratik bakış açısı dışında, ayrıca ifade edilmelidir ki doktrin, rıza fesadı hallerinde alt sözleşmeyi iptal etme hakkının münhasıran alt sözleşmeye katılanlara ait olduğunu ve bu iptal hakkının üçüncü şahıs lehine sözleşmenin lehdarı tarafından kullanılmasının mümkün olmadığını oybirliği ile kabul etmektedir[361]. Akitten dönme ile akdin iptali farklı olgular üzerine kurulmuş iki ayrı hukukî müessese ise de; bu iki hukukî müessesenin yol açacağı hukukî neticeler aynı olmaktadır[362]. Bu duruma rağmen lehdarın ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme imkânına sahip olduğunun kabul edilmesi, bu şahsın asıl sözleşmeyi iptal etmeye ilişkin yenilik doğuran haktan mahrum olmasına rağmen, nasıl olup da alt sözleşmeyi ayıp nedeniyle sona erdirme imkânına sahip kılındığının izah edilmesi zorlaşacaktır[363].

Netice olarak ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını, sadece taşeronluk sözleşmesinin tarafı konumundaki asıl müteahhidin kullanabileceğini kabul etmek bize göre de daha isabetli bir yaklaşım tarzıdır.

Ayıplı ifa durumunda semenin tenziline ilişkin seçimlik hakkın kullanılması, sözleşmeden dönme imkânına nazaran sözleşme taraflarının daha çok yararınadır. Fakat, üçüncü şahıs yararına sözleşme durumunda lehdarın bu imkândan fiilen

---

359 Özellikle sözleşme konusunun, taşeron kullanımını gerekli kılacak kadar büyük çaplı bir projenin hayata geçirilmesine ilişkin olduğu düşünülünce, yapı ediminin ifaya hazır hale getirilmesi ânına kadar yapılması gerekli masrafların boyutu daha iyi anlaşılabilecektir.

360 Zaten Alman Medenî Kanunu da eser sözleşmesi bakımından ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme imkânının kullanılmasından önce, iş sahibinin ayıbın giderilmesini talep etmesi gerekliliğini öngörmüştür: § 634/I BGB hükmüne göre iş sahibi, § 633/II ve § 634/II BGB hükümlerinde kabul edilmiş istisnaî durumlar hariç, sözleşmeden dönme veya semenin tenziline ilişkin imkânlardan birisini kullanmaya karar vermeden önce, müteahhitten makul bir süre içerisinde ayıbı gidermesini talep etmek zorundadır. Aynı şekilde İsviçrede inşaat işlerinde kullanılmak üzere hazırlanmış bulunan SIA-Norm 118 de iş sahibine, sözleşmeden dönme seçeneğini kullanmadan önce müteahhitten ayıbı gidermesini talep etme zorunluluğu getirmektedir (Art. 169/I).

361 **Becker,** Berner Kommentar, Art. 112 N. 26; **Akyol,** Üçüncü şahıs yararına sözleşme, Sh. 133-134; **Cerutti,** N. 192; **Honsell/Gonzenbach,** Art. 112 N. 15; **Papanikolaou,** Sh. 66; **Rückteschler,** Sh. 329; **Chaix,** Sh. 225.

362 Her iki hukukî müessese de sözleşmenin kurulduğu andan itibaren ortadan kalkması neticesine yol açmaktadır.

363 **Chaix,** Sh. 225.

nasıl istifade edebileceğinin izahı kolay değildir. Gerçekten de iş sahibinin, kendisinin ödemediği bir bedelin indirimini taşerona karşı nasıl dermeyan edebileceğinin anlaşılması zordur[364]. Bu nedenle, doktrindeki hâkim fikrin bu açıdan da kabulü bize de isabetli gözükmektedir.

Yapı eserindeki ayıbın giderilmesi talebi bakımından ise durum farklıdır. Öncelikle bu hakkın kullanılması, hiç bir surette taşeronluk sözleşmesinin içeriğinde bir değişikliğe yol açmaz. Tam aksine bu imkân, ifanın sözleşmeye uygun bir şekilde gerçekleştirilmesine hizmet eder. Bu nedenle edimin ayıpsız bir şekilde elde edilmesine yönelmiş bu imkândan, sözkonusu edimin nihaî alacaklısı konumundaki lehdar iş sahibinin de yararlanması gerektiğinin kabulü mantığın bir gereğidir[365].

bbb. Borçlu temerrüdünden doğan haklar

Taşeronun borcunun ifasında gecikmiş olması ihtimalinde, BK m. 101/I hükmü gereği yapılması gerekli temerrüt ihtarının kimin tarafından yapılacağı meselesi gündeme gelebilir. İfa zamanını geçirmiş bir borçlunun ihtar edilmesi, nihaî olarak borca uygun ifanın gerçekleştirilmesine yönelmiş olup; bu ihtarın yapılması taşeronluk sözleşmesinin içeriği üzerinde de herhangi bir değişikliğe yol açmaz. Aynı zamanda bu ihtarın yapılması ne asıl müteahhit ve ne de iş sahibi bakımından zararlı bir neticenin doğumuna da yol açmaz. Bu nedenle iş sahibine temerrüt ihtarında bulunmak yetkisinin tanınması, onun haiz olduğu talep ve takip hakkının tabii bir neticesi olarak kabul edilmelidir[366]. Yine bu ihtarın yapılması ne lehdar ve ne de asıl müteahhit bakımından herhangi bir sakıncalı durum meydana getirmediğinden, asıl müteahhidin de temerrüt ihtarında bulunabileceği kabul edilmektedir[367]. Aynı gerekçelerle, BK m. 106/I gereği verilmesi gereken mehlin de her iki şahıs tarafından da verilebileceğinin kabulü gerekir.

Borçlu temerrüdünün iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ile ilgili olarak meydana gelmesi ihtimalinde BK m. 106/II alacaklıya seçim hakları tanımaktadır. Lehdar, sözleşme konusu edim ile olan yakın ilişkisi sebebiyle, fiilen kanun tarafından öngörülmüş bu haklardan hangisinin daha elverişli olduğunu en iyi takdîr edebilecek şahıs konumundadır. Bu sebeple ideal olan çözüm, BK m. 106/II'deki seçim hakkının kullanılması yetkisinin iş sahibine ait olmasıdır[368].

Buna göre iş sahibi, taşeronun temerrüde düşmüş olmasından sonra dahi ifayı talep etmeye devam edebilir (BK m. 106/II); aynı şekilde ifa yerine tazminat talebinde de bulunabilir (BK m. 106/II). Bu iki seçimlik hak alt sözleşmenin temel unsurlarının değişmesi neticesini doğurmaz. Buna karşılık sözleşmeden dönme hakkının (BK m. 106/II) kullanılması ihtimalinde sözleşme, geriye etkili (ex tunc) olarak sona ermiş olur (BK m. 108) ve böylelikle taşeron ile asıl müteahhit

---

364 **Chaix,** Sh. 226.

365 **Chaix,** Sh. 226.

366 "*Aksini düşünmek onun hak kazanması ve ifayı talep edebilme imkânı ile çelişme teşkil ederdi*" (**Akyol,** Üçüncü şahıs yararına sözleşme, Sh. 118).

367 **Cerutti,** N. 193; **Chaix,** Sh. 226; **Akyol,** Üçüncü şahıs yararına sözleşme, Sh. 118; **Bucher,** bu ihtarın kim tarafından yapılacağı hususunda şüpheye düşülmesi ihtimalinde, kural olarak lehdar tarafından yapılmasına izin verilmesi gerektiği fikrindedir (Allgemeiner Teil, Sh. 480).

368 **Bucher,** Allgemeiner Teil, Sh. 480; **Cerutti,** N. 194; **Honsell/Gonzenbach,** Art. 112 N. 15; **Spirig,** Zürcher Kommentar, Art. 170 N. 53 (Alacağın temliki çerçevesinde).

arasındaki akdî ilişkinin ortadan kalkması sonucu doğar. Ayıba karşı tekeffülden doğan haklarla ilgili olarak yapılan açıklamalarla uyum içerisinde olmak amacıyla, iş sahibinin tarafı olmadığı bir akdî ilişkinin kaderi hakkında karar verme yetkisinin bulunmayacağını ifade etmek isabetli bir yaklaşım tarzı olacaktır[369]. Böylece borçlu temerrüdü üzerine gündeme gelen sözleşmeden dönme yetkisi de sadece asıl müteahhide ait olacaktır[370] [371].

ccc. Taşeronun sahip olduğu itiraz ve def'i haklarının durumu

İş sahibinin doğrudan taşerona karşı ileri sürebileceği kabul edilen bu hakların, aslında iş sahibinin tarafı olmadığı bir akdî ilişkiden kaynaklanan haklar oldukları unutulmamalı ve taşeron, sözkonusu hakların sadece iş sahibi tarafından kullanılıyor olması nedeniyle hukukî açıdan daha olumsuz bir konuma düşürülmemelidir. Bu nedenle taşeron, asıl müteahhide karşı olduğu gibi, iş sahibine karşı da taşeronluk sözleşmesi çerçevesinde sahip olduğu itiraz ve def'i haklarını ileri sürebilmelidir[372]. Bu çerçevede olmak üzere, eğer ayıplı ifa sözkonusu ise taşeron, iş sahibinin kendisine karşı yönelteceği (mesela ayıbın giderilmesi) talebine karşı, BK m. 359/I hükmü çerçevesinde öngörülen muayene ve ihbar yükümünün yerine getirilmemiş olduğunu ileri sürebilecektir[373]. Taşeron aynı şekilde zamanaşımı def'ini (BK m. 363) ileri sürme imkânına da sahiptir. Bu bakımdan ifade etmek gerekir ki zamanaşımı süresi, taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, yapı eserinin asıl müteahhide teslimi ile işlemeye başlayacaktır. Fakat burada, yapı eseri asıl müteahhide değil, iş sahibine teslim edilmiş olacağından, zamanaşımı süresi de bu andan itibaren işlemeye başlayacaktır[374]. Yine taşeron, asıl müteahhidin ücret alacağını ödememesi ihtimalinde, iş sahibine karşı ödemezlik def'ini de ileri sürebilir[375]. Bunun yanında taşeron iş sahibine karşı sahip olduğu şahsî def'ileri de ileri sürme hakkına sahip olacaktır[376].

Bu açıklamalar çerçevesinde, genel olarak iş sahibinin hukukî konumunun, taşeron tarafından ileri sürülebilecek bu itiraz ve def'iler nedeniyle zayıflayabileceği söylenebilir. Fakat bu durum, iş sahibinin taşerona karşı sahip olacağı doğrudan

---

369 **Chaix,** Sh. 227.

370 **Spirig,** alacağın temliki ile ilgili olarak temlik edenin, ancak temellük eden şahsın bu hususta onayını aldıktan sonra sözleşmeden dönme yetkisini kullanabileceğini kabul etmektedir (Zürcher Kommentar, Art. 170 N. 59, 60). Mademki bu imkânının kullanılması etkilerini temlik edenin hakları üzerinde değil, temellük edenin hakkı üzerinde gösterecektir; bu yaklaşım tarzının doğruluğunu kabul etmek gerekir.

371 BK m. 102 ve m. 106/II'de öngörülmüş tazminat talepleri ile ilgili hukukî durum aşağıda ayrıca incelenecektir: Bkz. §7. III. 6.

372 **Becker,** Berner Kommentar, Art. 112 N. 28; **Bucher,** Allgemeiner Teil, Sh. 483; **Akyol,** Üçüncü şahıs yararına sözleşme, Sh. 211; **Cerutti,** N. 144; **Gauch/Schluep,** Bd. II, N. 4030; **Honsell/Gonzenbach,** Art. 112 N. 17; **Rückteschler,** Sh. 335; **Chaix,** Sh. 227; **von Tuhr/Escher,** §83 IV, Sh. 248; **Keller/Schöbi,** Sh. 213; **Jaussi,** Sh. 288; Ayrıca karş. **BGE** 91 II 10 vd. Bu husus Alman Hukukunda § 334 BGB hükmü ile açıkça hükme bağlanmıştır.

373 Bilindiği üzere iş sahibinin muayene ve ihbar yükümlerini yerine getirmemesi BK m. 362/II hükmü çerçevesinde yapı eserinin zımnen kabul edilmiş sayılması neticesini doğuracaktır.

374 Karş. **Chaix,** Sh. 228.

375 **Bucher,** Allgemeiner Teil, Sh. 483; **Cerutti,** N. 144; **Chaix,** Sh. 227.

376 **Bucher,** Allgemeiner Teil, Sh. 483; **Cerutti,** N. 144; **Chaix,** Sh. 227.

müracaat imkânının beraberinde getireceği avantajlar karşısında katlanılmaz bir durum olarak gözükmemektedir. Bundan başka itiraz ve def'ilerin dermeyan edilebilirliği taşerona, üçüncü şahıs lehine sözleşmenin lehdarına karşı muhtemel sorumluluğunu önceden değerlendirme imkânı vermek suretiyle, onun kendi hukukî durumunda açıklık ve güven sağlamaktadır[377].

bb. İş sahibinin uğradığı zararlarla ilgili talep hakları

Taşeronun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi iş sahibinin çeşitli tazminat taleplerinin doğumuna yol açabilir. Bu tazminat talepleri ayıplı ifa (BK m. 360/I ve II), sözleşmenin müsbet ihlali (MK m. 2/I ve BK m. 96/I) veya borçlu temerrüdü (BK m. 102 ve m. 106/II) neticesinde ortaya çıkmış olabilir. Yine bu tazminat talepleri ifa davasının yardımcısı karakterine sahip olup[378]; aynı zamanda temlik edilmeleri de mümkündür[379]. İş sahibi taşerona karşı ifayı talep etmeye yetkili olduğu gibi, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle uğramış olduğu zararın tazminini talep etmeye de yetkilidir[380]. Lehdar iş sahibinin bu çerçevede talep edebileceği tazminat miktarı, borca aykırılık nedeniyle onun şahsî malvarlığında meydana gelen eksilme dikkate alınarak hesaplanacaktır[381].

Taşeron, asıl müteahhide karşı sahip olduğu itiraz ve def'ileri, iş sahibinin kendisine yönelteceği tazminat talebine karşı da ileri sürebilecektir.

c. Değerlendirme

Nihaî olarak ifade edilebilir ki, taşeronluk sözleşmesinin üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak akdedilmesi, iş sahibine, tarafların hukukî güvenliğini zedelemeden doğrudan müracaat imkânını temin edebilmektedir.

Bu sayede iş sahibi öncelikle akdî sorumluluk hükümlerinin getirmiş olduğu avantajlardan (isbat kolaylığı, zamanaşımı süresi, safi malvarlığı zararlarının dahi tazmin edilmesi imkânı) istifade imkânı elde etmiş olur. İkinci olarak iş sahibi taşeronun borcunu ayıplı ifa etmesi durumunda ondan, bu ayıbın giderilmesi talebinde bulunabilmektedir. Yine iş sahibi, alt sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle uğramış bulunduğu zararlarının tazmini (BK m. 360: Ayıp nedeniyle uğranılan zararlar, BK m. 96: Akdin müsbet ihlali, BK m. 102 ve 106: Borçlu temerrüdü) ile ilgili olarak taşerona da müracaat imkânına sahip olmaktadır.

İş sahibinin bu şekilde doğrudan müracaat imkânına sahip olması, taşeronun menfaatlerine de zarar vermeyecektir; zira o, asıl müteahhit karşısında sahip olduğu bütün itiraz ve def'ileri iş sahibine karşı da ileri sürme imkânına sahiptir.

---

377 Karş. **Chaix,** Sh. 228.

378 **Cerutti,** N. 180; **Papanikolaou,** Sh. 75.

379 Ne bir kanun hükmü ve ne de işin özel niteliği, eser sözleşmesinin kötü ifası nedeniyle ortaya çıkmış bulunan zararın tazmin edilmesine ilişkin talep hakkının temlikine engel teşkil etmez (**Rückteschler,** Sh. 316).

380 **Honsell/Gonzenbach,** Art. 112 N. 15; **Akyol,** Üçüncü şahıs yararına sözleşme, Sh. 120 vd.; **Oğuzman/Öz,** Sh. 803; **Cerutti,** N. 180; **Papanikolaou,** Sh. 75; **Chaix,** Sh. 229.

381 **Akyol,** Üçüncü şahıs yararına sözleşme, Sh. 120; **Cerutti,** N. 180; **Papanikolaou,** Sh. 61; **Rückteschler,** Sh. 333; **Jaussi,** Sh. 279.

3. Temlik

İş sahibi, asıl müteahhidin taşerona karşı sahip olduğu talep haklarını kendisine temlik etmesi durumunda da taşerona karşı doğrudan başvuru imkânına kavuşacaktır[382]. Temlik, iş sahibi ile asıl müteahhit arasında sağlanacak mutabakatla gerçekleşir ve geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır (BK m. 163/I). Bunun dışında işleme herhangi bir şekilde taşeronun da katılmasına ihtiyaç yoktur (BK m. 162/I). Fakat temlik ile taşeronun mevcut sorumluluğunun ağırlaştırılması veya hukukî durumunun zayıflatılması da mümkün değildir. Taşeron, temliki öğrendiği anda asıl müteahhide karşı sahip olduğu bütün itiraz ve def'i haklarını iş sahibine karşı da ileri sürme imkânına sahip olacaktır (BK m. 167/I). Bu arada unutulmamalıdır ki, taşeronluk sözleşmesinde temlik yasağı bulunduğu durumlarda asıl müteahhit, ancak taşeronun muvafakatini aldıktan sonra bu sözleşmeden doğan haklarını temlik etme imkânına sahip olabilecektir[383].

Taşeronluk sözleşmesinde temlik yasağı bulunmasa da iş sahibi, asıl müteahhidi temlike zorlayamaz. Kural olarak hem iş sahibine karşı ve hem de taşerona karşı doğrudan başvuru imkânına sadece asıl müteahhit sahiptir. Onun iş sahibi veya taşeronla temlik sözleşmesi yapmış olması, bu sözleşmeyi yapmadığı diğer şahsa karşı da bu tür bir mükellefiyet altına girmesine sebebiyet vermez. Mesela asıl müteahhidin taşerona karşı sahip olduğu onarım talep etme hakkını iş sahibine temlik etmesi ihtimalinde, taşeron da asıl müteahhidin iş sahibine karşı sahip olduğu ücret alacağı hakkını kendisine temlik etmesi için onu zorlama imkânına sahip değildir[384].

Kanun, sözleşme veya akdî ilişkinin niteliğinin buna müsaade etmemesi dışında, taşerona karşı sahip olduğu bütün talep haklarını iş sahibine temlik etme imkânına sahiptir (BK m. 162/I). Bu hususta ilk akla gelecek haklar, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılması ile doğmuş olan alacak hakları[385], ayıp sebebiyle uğranılmış bulunulan zararı talep hakkı[386] ve diğer tazminat talepleridir[387]. Taşeronluk sözleşmesinin tam üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak akdedilmiş olması ihtimalindeki durumun aksine[388], temlike konu tazminat alacağının miktarı

---

382 **Saxer,** Sh. 172; **Schwarz,** Sh. 62.

383 Asıl eser sözleşmesinde asıl müteahhidin, taşeronluk sözleşmesi çerçevesinde sahip olduğu haklarını temlik etmeyi borçlanmış olması da bu hukukî durumda herhangi bir değişiklik meydana getirmez (**Saxer,** Sh. 172 dn. 50).

384 **Schwarz,** Sh. 62.

385 Ayıba karşı tekeffül borcunun kapsamında yer alan hakların kullanılması ile doğan hakların (sözleşmeden dönmede verilenlerin iadesini talep hakkı, semenin tenzilinde fazla ödenen ücret kısmının iadesini talep hakkı ve ayıbın giderilmesinin talep edilmesi neticesinde ayıbın giderilmesine ilişkin talep hakkı) temlik edilebileceği kabul edilmektedir (**BGE** 114 II 247; **Bühler,** Berner Kommentar, Art. 368 N. 219; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2442, 2444; **Koller,** Nahchbesserung, Sh. 8; **Saxer,** Sh. 172 dn. 51).

386 **BGE** 118 II 145; **Bühler,** Berner Kommentar, Art. 368 N. 220; **Gauch,** Werkvertrag, N. 2445; **Koller,** Nahchbesserung, Sh. 8; **Saxer,** Sh. 172 dn. 52.

387 Mesela gecikme veya akdin müsbet ihlali sebebiyle uğranılmış bulunulan zararların tazminini talep hakkı gibi.

388 Bkz. Yukarıda §7. III. 2. b. bb.

belirlenirken, iş sahibinin uğramış olduğu zarar miktarı değil, bizzat asıl müteahhidin malvarlığında meydana gelmiş olan eksilme dikkate alınacaktır[389].

4. BK m. 391/III hükmünün kıyasen uygulanması

a. Genel olarak

Yukarıda incelenmiş bulunan hukukî imkânların her üçü de tarafların bu hususdaki iradelerini zorunlu kılar. Oysa sözleşme uygulamasında çok istisnaî durumlar hariç, ne taşeron iş sahibine karşı doğrudan garanti taaahhüdü altına girmekte ve ne de taşeronluk sözleşmesi üçüncü şahıs yararına bir sözleşme olarak akdedilmektedir. Benzer şekilde, bu yönde bir zaruret[390] olmadıkça temlik sözleşmesi de yapılmamaktadır. Bu ilişkiye dahil olan şahısların bu hususdaki isteksizlikleri, iş sahibinin doğrudan taşeronun fiilleri nedeniyle zarar görmesi ihtimalinin genişliği karşısında bir tezat meydana getirir[391]. Borçlar Kanununun meseleye yaklaşım tarzı ise ilginçtir. Kanun koyucu alt kira ve alt vekâlet sözleşmeleri bakımından (ilk) kiraya veren ile (ilk) vekâlet verene, alt kiracı ve alt vekile karşı doğrudan müracaat imkânı tanımış olduğu halde, alt eser sözleşmesi bakımından bu tür bir imkânı kabul etmiş değildir.

Böyle bir durumda meselenin, sözleşmelerin nisbîliği ilkesi çerçevesinde değerlendirilip halledilmeye çalışılması ve böylelikle her iki sözleşme arasındaki fiilî birlikteliğin gözardı edilmesinin taraf menfaatleri açısından tatminkâr neticeler doğurmayacağını düşünen bazı yazarlar, BK m. 391/III hükmünün kıyasen eser sözleşmeleri alanına da taşınması gerektiği yönünde görüşler ileri sürmüşlerdir[392].

Bu doğrultuda ileri sürülen fikirlerden ilki **Von Tuhr/Escher**'e aittir. Bu yazarların düşüncesine göre, zararı alacaklı tarafından borçludan talep edilebilecek olan üçüncü şahıs, alacaklının bu dava hakkını temlik etmekten veya bizzat kullanmaktan sebepsiz olarak kaçınması ve bu alacaklıyı hukukî açıdan dava ve takip etmenin çok önemli güçlüklerinin bulunduğu akdî ilişkiler bakımından, BK m. 391/III hükmünün kıyasen uygulanmasının kabulü suretiyle bizzat borçluyu dava edebilmelidir[393]. Yani bu duruma göre iş sahibi, asıl müteahhidin taşerona karşı sahip olduğu dava ve takip hakkını kullanmaktan veya temlik etmekten kaçınması ve fiilen asıl müteahhidi dava ve takip etmenin önemli güçlüklerinin bulunması ihtimalinde, BK m. 391/III hükmünden kıyasen istifade suretiyle (bizzat) taşeronu

---

389 **BGE** 114 II 247; **Bühler,** Berner Kommentar, Art. 368 N. 220; **Gauch,** Werkvertrag, N. 1911, 2445; **Saxer,** Sh. 172.

390 Asıl müteahhit taşerona karşı sahip olduğu talep haklarını karşılıksız olarak iş sahibine temlik etmeye yanaşmayacaktır. O, ancak iş sahibi de kendisine (mesela ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kaldırılması veya taşeronun fiillerine ilişkin tekeffül sorumluluğunun kısmen yahut tamamen sona erdirilmesi gibi) bazı menfaatler temin ettiği takdirde temlike yanaşacaktır (**Schwarz,** Sh. 63).

391 **Chaix,** Sh. 230.

392 Karş. **von Tuhr/Escher,** § 68 VI, (dn. 123 ve 124'e ait metin) Sh. 113 ve §70 V, Sh. 130; **Chaix,** Sh. 232; **Yalçınduran,** Sh. 192 vd.; **Gauch** da bu yaklaşım tarzını, üzerinde düşünülmeye değer bulmaktadır (Werkvertrag, N. 166; Subunternehmer, Sh. 170). Bu hükümden genel olarak üçüncü şahsın zararının sözkonusu olduğu bütün hallerde istifade edilmesinin düşünülebileceği yönünde: **Tandoğan,** Üçüncü şahsın zararı, Sh. 94 vd. (özellikle Sh. 97-98).

393 **von Tuhr/Escher,** § 68 VI, (dn. 123 ve 124'e ait metin) Sh. 113 ve §70 V, Sh. 130.

dava ve takip etme imkânına kavuşabilecek ve böylece zararını tazmin ettirme imkânına kavuşmuş olacaktır.

Bu hususta görüş beyan eden **Tandoğan** ise iki farklı bakış açısı ortaya koymuştur. Bunlardan ilkine göre BK m. 391/III hükmü, üçüncü şahsın zararının tazmininin hakkaniyete uygun olduğu hallerde üçüncü şahsa, akde aykırı hareket eden veya başkasının hukukî varlığını haleldar eden kimseye karşı doğrudan doğruya dava hakkı tanımak hususundaki umumi esasın bir ifadesi olarak kabul edilebilir ve bahis mevzuu hallerde de bu hükmün kıyasen tatbiki düşünülebilir[394].

Yazarın ortaya koyduğu ikinci bakış açısına göre ise bu hükmün, üçüncü şahsın zararının tazmini gereken bütün hallerde değil, fakat yalnız vekaletten gayrı akitlerde borçlunun kendi yerine başkasını ikame etmiş olduğu durumlarda kıyasen uygulanması da düşünülebilir. Fakat böyle hallerde yerine bir başkasını ikame eden borçlu, onun fiillerini BK m. 100 hükmü gereği alacaklıya karşı tekeffül etmek durumunda olacağından, alacaklının zararının tazmin edilmeden kalması tehlikesi yoktur. Böyle durumlarda alacaklıya tanınacak doğrudan başvuru imkânı, borçlunun alacaklının menfaatini ileri sürmekten kaçınması veya borç ödemekten aczi halinde pratik faydası olabilir[395]. Buna mukabil, BK m. 391/II hükmünün kıyasen tatbik edilmesi suretiye borçlunun sorumluluğunun hafifletilmiş olduğu durumlarda, BK m. 391/III hükmünün de kıyasen tatbiki ve alacaklıya doğrudan doğruya dava hakkı bahşedilmesi zaruridir[396].

Benzer şekilde **Yavuz** da bu hükmün kıyasen eser sözleşmesinde de uygulanabileceği kanaatini taşımakta ve *„Böylece istisna sözleşmesinde de, asıl iş sahibi, kendi müteahhidine karşı ileri sürebileceği bütün hakları alt müteahhide karşı ileri sürebilecektir"* ibaresine yer vermektedir[397].

Chaix'in yaklaşım tarzı ise daha farklı ve bu hükmün kıyasen diğer akdî ilişkiler bakımından uygulanmasını öngören görüşler arasında en geniş uygulama alanına sahip olanıdır. Bu yazarın düşüncesine göre tarafların, iş sahibinin taşerona karşı doğrudan talep hakkına sahip olmasını açıkça kabul veya reddetmedikleri bütün durumlarda, BK m. 391/III hükmünün kıyasen uygulanması ve böylece iş sahibinin taşerona karşı doğrudan başvuru imkânına kavuşturulması gerekir[398]. BK m. 391/III hükmü, kanun koyucunun alt sözleşmelerle ilgili özel duyarlılığının bir yansıması olarak Borçlar Kanununda yer almıştır. Böylece iş sahibine tanınacak doğrudan talep yetkisi, kanunun ruhuna aykırı olmayıp; borç ilişkisinin nisbîliği ilkesinin beraberinde getirdiği sakıncaların da ortadan kalkması neticesini doğuracaktır[399]. Chaix'in düşüncesine göre BK m. 391/III hükmünün kıyasen

---

394 **Tandoğan,** Üçüncü şahsın zararı, Sh. 97.

395 **Tandoğan,** Üçüncü şahsın zararı, Sh. 97-98.

396 **Tandoğan,** Üçüncü şahsın zararı, Sh. 98; Böylece yazar **von Tuhr/Escher** tarafından ileri sürülmüş bulunan düşünce tarzına (§ 68 VI, (dn. 123 ve 124'e ait metin) Sh. 113 ve §70 V, Sh. 130) yaklaşmış olmaktadır.

397 **Yavuz,** ÖBİ, Sh. 475.

398 **Chaix,** Sh. 233 vd. özellikle 238 vd.; Chaix tarafından savunulan bu düşünce, **Yalçınduran** tarafından da *„aynen"* benimsenmiştir (Sh. 186 vd.).

399 **Chaix,** Sh. 238, 265.

uygulanması suretiyle iş sahibi, taşerona karşı ayıbın giderilmesi talebini[400] ileri sürebileceği gibi, temerrüt ihtarında da bulunabilecek ve onu temerrüde düşürebilecektir[401]. İş sahibi kural olarak borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle uğramış bulunduğu zararların[402] tazminini de taşerondan talep edebilecektir. Yalnız asıl müteahhidin taşeronun fiillerine ilişkin sorumluluğundan kurtulma imkânına sahip olduğu durumlarda[403] ise iş sahibi, BK m. 391/III hükmünün uygulanması suretiyle taşerona karşı doğrudan başvuru imkânından yoksun olacaktır. Zira bu hüküm, doğrudan başvuru imkânını asıl sözleşenin alt sözleşene karşı sahip olduğu talep hakları ile sınırlandırmaktadır[404]. Aynı şekilde iş sahibine bu hükümden kıyasen istifade imkânı tanınması taşeronun hukukî durumunu eskisinden daha kötü bir duruma da getirmeyecektir; zira o, iş sahibine karşı hem asıl müteahhide karşı sahip olduğu itiraz ve def'i haklarını hem de bizzat iş sahibine karşı sahip olduğu itiraz ve def'i haklarını ileri sürme imkânına sahip olacaktır[405].

Diğer taraftan **Gauch** da, asıl müteahhidin işin yapımını tek başına taşerona devretmiş olduğu durumlar bakımından, bu taşeronluk sözleşmesinin tam üçüncü şahıs yararına sözleşme niteliği kazanabilmesi için sözleşme taraflarının bu yönde iradeye sahip olması ya da bu yönde bir örf adet kuralının mevcudiyetini arayan BK m. 111/II'nin aramakta olduğu bu gerekliliğin aşılmasının mümkün olup olmadığı tartışmasını açmaktadır[406]. Bu tartışmanın olumlu neticelenmesi ihtimalinde iş sahibi, sözleşme gereği taşeronun edimini doğrudan kendisine ifa etmek zorunda olduğu durumlar (*yani taşeronluk sözleşmesinin eksik üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak akdedilmiş olduğu durumlar*) bakımından, BK m. 391/III hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle taşerona karşı ileri sürebileceği doğrudan talep hakkına sahip kılınabilecektir[407].

Ortaya konulmuş bulunulan bu görüşlerin ortak yönleri, BK m. 391/III hükmünün vekâlet dışındaki başka akdî ilişkilere de kıyasen uygulanmasını kabul etmelerinde

---

400 **Chaix,** iş sahibinin ayıptan kaynaklanan diğer yenilik doğuran hakları (semenin tenzili, sözleşmeden dönme) kullanmasının ise mümkün olmadığını; zira bu hakların taşeronluk sözleşmesinin içeriğinin değişmesi neticesine yol açtıklarını, bu sebeple sözkonusu yenilik doğuran hakların ancak sözleşmeye taraf olan asıl müteahhit tarafından kullanılabileceğini doğru bir şekilde ifade etmektedir (Sh. 240).

401 **Chaix,** Sh. 241.

402 Mesela ayıp sebebiyle uğranılan zararlar (BK m. 360), akdin müsbet ihlali sebebiyle uğranılan zararlar (BK m. 96) ve temerrüt sebebiyle uğranılan zararlar (BK m. 102 ve 106/II) bu kapsamdadır.

403 Yazarın düşüncesine göre asıl müteahhidin BK m. 100 çerçevesinde kurtuluş beyyinesi getirdiği durumlar, ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğun asıl inşaat sözleşmesinde sınırlanmış veya tamamen ortadan kaldırılmış olduğu durumlar veya asıl müteahhidin gereğince uyarmasına rağmen iş sahibinin belirli bir taşeronun işin yapımına dahil edilmesi hususunda ısrar etmiş bulunduğu durumlarda BK m. 391/III hükmünün kıyasen uygulanması sözkonusu olamayacaktır (**Chaix,** Sh. 243). Bu üç durumda ise iş sahibi üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisi çerçevesinde taşerona doğrudan başvuru imkânına sahip kılınmalıdır (**Chaix,** Sh. 265).

404 Bu durumlarda ise asıl müteahhidin iş sahibine karşı sorumluluğu mevcut olmadığından onun, bu hususta taşerona rücu etmesi de gündeme gelmeyecektir.

405 **Chaix,** Sh. 264.

406 **Gauch,** Werkvertrag, N. 166; **Gauch,** Subunternehmer, Sh. 170.

407 **Cerutti** de bu bakış açısını kayda değer bulmaktadır(N. 138).

görülür. Sözkonusu görüşler, BK m. 391/III hükmünün diğer akdî ilişkiler bakımından nasıl uygulanacağı noktasında ise birbirlerinden ayrılmaktadırlar.

Gerçekten kabul etmek gerekir ki, ortaya çıkan sorunların mevcut kurallar çerçevesinde halledilmeye çalışılması bazı durumlarda adalet hislerini zedeleyecek olumsuz neticelerin doğmasına sebebiyet verebilir[408]. Borçlar Kanununun genel sisteminden, taşeronluk muamelesine katılmış bulunan bütün tarafların menfaatlerini dikkate almaya elverişli kurallar çıkarmak, onun mantık ve amacına da aykırılık teşkil etmez; aksine onun nihaî amacı olan adaletin gerçekleştirilmesine hizmet edilmiş olur[409]. Fakat her ne olursa olsun, bu tür bir faaliyetin gerçekleştirilmesi esnasında özellikle iki hususun gözden uzak tutulmaması bir zorunluluktur: Öncelikle hukuk sistemimizin temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilen sözleşmelerin nisbîliği ilkesi ile uyum içerisinde kalmak; İkinci olarak da mevcut kanun hükümlerinin sözkonusu meseleye yaklaşım tarzını gözardı etmemek.

Bu hususta kendi düşüncemizi ortaya koymadan önce, kıyasen uygulanması düşünülen BK m. 391/III hükmünün vekâlet sözleşmeleri alanında uygulama alanının genişletilmesi yönündeki yeni eğilimlerle, bu hükme kanunda yer verilmiş olmasının hukukî gerekçesinin ne olabileceğine ilişkin değerlendirmelerin incelenmesinin yararlı olacağını düşünüyoruz.

b. BK m. 391/III hükmünün uygulama alanının genişletilmesi yönündeki eğilimler

Geleneksel yaklaşım tarzı BK m. 391/III hükmünün düzenlediği manada vekâletin ikamesinden, alt vekâletin mevcut olduğu durumların anlaşılması gerektiğini kabul eder[410]. Bu düşünce tarzı ise BK m. 391 hükmünün, birbirine bağlı olarak akdedilmiş iki ayrı vekâlet sözleşmesinin birbiri ile uyumunu temin etmek, yani

---

408 Mevcut kuralların uygulanması neticesinde açık bir şekilde adalet hissini zedeleyen bir sonuca ulaşılması durumunda, gerçek olmayan bir kanun boşluğunun mevcudiyeti kabul edilmektedir (***Meier-Hayoz,*** *Berner Kommentar, Art. 1 N. 294;* ***Riemer, Hans-Michael,*** *Die Einleitunsartikel des Schweizerischen Zivilgezetsbuchs (Art. 1-10 ZGB) Bern 1987, Art. 1 N. 82*). Uç noktalarda hâkim MK m. 1/II ve III'e uygun bir şekilde bu boşluğu doldurmak mecburiyetindedir. Zira açık bir şekilde hukuka aykırı olan kuralları uygulayan hâkim, hakkı kötüye kullanmış, hukuk kurallarını suistimal etmiş olur (***Meier-Hayoz,*** *Berner Kommentar, Art. 1 N. 296;* ***Riemer,*** *Art. 1 N. 124;* ***Akyol,*** *Hukuka giriş, Sh. 272; Ayrıca bkz.* ***Akyol,*** *Dürüstlük kuralı, Sh. 21 vd.*). Hangi durumlarda adalet hislerini zedeleyen bir kural uygulaması mevcut olduğunun tesbitinde hâkimin adalet hissi etkili olacaktır. Mevcut hukuk kurallarının uygulanması ihtimalinde adalet hissini zedeleyen bir sonuç doğacağının kabul edildiği durumlara örnek olarak *„akit öncesi fiillerden sorumluluk"* (Culpa in contrahendo) meselesi gösterilmektedir. Bu alanda, haksız fiil hükümlerinin getirmekte olduğu korumanın yetersiz olduğu gerekçesiyle, kanun tarafından öngörülmemiş bir sorumluluk tipi mahkeme içtihatları aracılığı ile tesis edilmiş bulunmaktadır (***Gauch/Schluep,*** *N. 980; Ayrıca bkz.* ***Akyol,*** *Dürüstlük kuralı, Sh. 42 vd.*). Bu sonuca, haksız fiil hükümlerinin akit öncesinde taraflar arasında cereyan eden ilişkinin özel niteliğini değerlendirmek bakımından yetersiz kalması nedeniyle, sözkonusu alanda bir kanun boşluğu bulunduğunun kabul edilmesi suretiyle ulaşılması isabetli bir yaklaşım tarzı olarak değerlendirilmektedir (***Gauch/Schluep,*** *N. 982*).

409 **Chaix,** Sh. 231.

410 **Becker,** Berner Kommentar, Art. 399 N. 3; **Guhl/Merz/Druey,** Sh. 498; **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 398 N. 40c; **Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 399 N.5; **Honsell/Weber,** Art. 398 N. 6; **Tandoğan,** Üçüncü şahsın zararı, Sh. 85.

sadece "*saf alt vekâlet sözleşmesi*"[411]nin mevcut olduğu halleri düzenlemek amacını taşıdığını ifade edecektir. Fakat bu yönde yorum yapılmasına ilişkin bir zorunluluğun BK m. 391 hükmünün metninden çıkarılması ise mümkün gözükmemektedir.

Bu hususta belirleyici unsur, özellikle asıl akit çerçevesinde mutabık kalınan edimin alt akit vasıtasıyla ifa edilebilip edilemeyeceğinin bilinmesidir. İkame edilen şahsın faaliyetlerinin zorunlu kıldığı bağımsızlık, diğer bütün akit tiplerinde de alt irade mutabakatı açısından vekâlet akdindekinden farklı bir nitelendirme yapılmasına müsaade etmez. Mesela vekil ile üçüncü şahıs arasındaki hizmet ilişkisinde, bir taraftan işçinin vekile karşı bir tabiiyyet ilişkisi içerisinde bulunması; diğer taraftan da işçinin ediminin kısmen dahi vekilin edimi ile ayniyet taşımaması BK m. 391/III hükmünün uygulanması imkânını ortadan kaldırır. Buna karşılık vekilin yapacağı bir eser sözleşmesi, alt vekilinkine eşdeğerde bir bağımsızlık içerisinde vekilin söz verdiği edimin bir kısmı veya tamamının meydana getirilmesine imkân verir. Buradan hareket eden yeni bir düşünce tarzı, bir istisna alt akdi ve bir asıl vekaletten oluşan akitler grubu bakımından da BK m. 391/III hükmünün uygulama alanı bulması gerektiğini kabul etmektedir[412]. Gerçekten kanun metninin bu hususta yeterince açık olmaması nedeniyle bu yeni düşünce tarzının benimsenmesi bize de makul gözükmektedir. Ayrıca ifade edilmelidir ki bu görüşün kabulü, vekâlet ile istisna sözleşmeleri (özellikle fikrî istisna sözleşmesi[413]) arasındaki sınırın çok kesin olmaması ve bir akdî ilişkinin bazı durumlarda vekâlet bazı durumlarda ise eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi durumunda bu bakımdan birbirinden farklı sonuçlara ulaşılmasının önüne geçilebilmesi bakımından da yararlı olacaktır[414].

Eser sözleşmesinin bir asıl vekâlet sözleşmesine bağlı olarak yapılması neticesinde BK m. 391/III hükmüne tabi kılınması, bu hükmün uygulama alanının olağanüstü bir şekilde genişlemesi neticesini doğuracaktır. Bu hükmün vekâlete ilişkin saf alt sözleşmelerle, bir asıl vekâlet ve bir alt eser sözleşmesinin sözkonusu olduğu karma alt sözleşmelere uygulanması kabul edildikten sonra, saf alt eser sözleşmesi bakımından da uygulanması düşünülemez mi? Bu sorunun doğru bir şekilde cevaplandırılabilmesi, öncelikle bu hükmün sadece vekâlet sözleşmesine has bazı özellikler dikkate alınarak düzenlenmiş bir hüküm mü; yoksa gerçekleştirilmesi belirli bir zaman dilimine yayılmış bütün iş görme sözleşmeleri bakımından uygulanabilecek (bir anlamda) genel bir hüküm mü olduğu meselesinin açıklığa kavuşturulmasını gerekli kılar.

c. BK m. 391/III hükmünün sevk edilmesindeki amaç

Doktrin, müvekkilin alt vekile karşı doğrudan müracaat imkânına sahip kılınmasının sebepleri üzerinde durmaktan ziyade, BK m. 391/II hükmünün hukukî

---

411 Bu kavram için bkz. **Cerutti,** N. 45.

412 **Derendinger,** N. 323 ve 325; **Fellmann,** Berner Kommentar, Art. 398 N. 562; **Chaix,** Sh. 234.

413 Maddi olmayan varlıkların da eser sözleşmesine konu olabileceği doğrultusundaki fikir, artık genellikle benimsenmektedir. Bu hususta bkz. **Becker,** Berner Kommentar, Art. 363 N. 4-5; **Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 363 N. 2; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 16 vd.; **Öz,** §1 II 2 c; **Tunçomağ,** Özel hükümler, Sh. 953; **Yavuz,** ÖBİ, Sh. 454 vd.

414 **Chaix,** Sh. 234.

gerekçelerini ortaya koyma çabası içerisindedir. Bu çerçevede, vekilin sorumluluğunu ikame şahsın seçimi ve ona gerekli talimatların verilmesi ile sınırlayan BK m. 391/II hükmünün, vekâlet sözleşmesinin kural olarak ücretsiz bir sözleşme olmasından hareket edilerek kabul edildiği ifade edilmekte[415] ve vekilin bu şekilde sorumluluğunun sınırlanmış olması ve ikame şahsın fiilleri nedeniyle müvekkile karşı sorumlu olmaması gerçeği karşısında müvekkile, hiç değilse doğrudan zararın failine müracaat imkânı tanınmış bulunduğu kabul edilmektedir[416].

Bu düşünce tarzının benimsenmesi durumunda, BK m. 391 hükmünün zorunlu olarak ivazlı bir sözleşme olan eser sözleşmesi alanına taşınması mümkün olamayacaktır. Fakat kabul etmek gerekir ki, bu yaklaşım tarzının benimsenmesi bir çok açıdan mümkün değildir. Öncelikle vekâlet sözleşmesinin ivazsız bir sözleşme olması meselesi, artık geçmişte kalmıştır. Bu gün vekâlet ilişkisinin en çok uygulama alanı bulduğu avukatlık, doktorluk ve bankacılık gibi alanlarda, verilen hizmetin ücretsiz ve gönüllü bir iş olarak yapılması bu günün koşullarında mümkün değildir. Bu nedenle vekâlet sözleşmesinin ivazsız olarak yapılan bir sözleşme olması BK m. 391 hükmünün varlık sebebi olarak değerlendirilmemelidir[417]. Bundan başka müvekkile verilmiş bulunan doğrudan müracaat imkânı, vekilin sorumluluğunu hafifleten BK m. 391/II hükmünün bir karşılığı olarak da değerlendirilemez. BK m. 391/III hükmü açıkça "*her iki suretle...*" demek suretiyle sadece vekilin sorumluluğunun hafifletildiği ikame vekâlet hallerinde değil[418]; tam aksine vekilin sorumluluğunun devam ettiği ihtimallerde[419] de müvekkilin, vekilin alt vekile karşı sahip olduğu haklardan bizzat istifade etmesini kabul etmiş durumdadır.

Yine vekâlet sözleşmesinin karakteristik özelliklerinden birisinin de taraflar arasındaki "*güven ilişkisi*" olduğu ifade edilmektedir[420]. Acaba taraflar arasındaki bu güven ilişkisi de BK m. 391/III hükmünün kabulünde etkili bir unsur olarak değerlendirilebilir mi? Mesela tıbbî bir hizmetin verilmesine ilişkin vekâlet sözleşmesinde, hastanın alt vekile karşı da kendi doktoruna karşı sahip olduğu hakları kullanma imkânına sahip olması bakımından bu güven ilişkisi büyük bir önem taşıyacaktır. Fakat bu güven ilişkisinin sadece vekâlet sözleşmesine has bir özellik olarak değerlendirilmesi de doğru değildir. Zira bu unsur, bir yapı eserinin meydana getirilmesinin iş sahibinin kişiliği ve vücut tamlığını tehdit ettiği durumlarda[421] eser sözleşmesi bakımından da önemli bir unsur haline gelecektir[422].

---

415 Hatta bu tarihi sebeplerden hareket eden **Schneeberger,** BK m. 391/II hükmünün uygulama alanının, vekâlet sözleşmesinin bedava olduğu durumlarla sınırlı tutulmasını savunmaktadır (Sh. 247 ve özellikle 250).

416 **Derendinger,** N. 324; **Fellmann,** Berner Kommentar, Art. 399 N. 93; **Hofstetter,** SPR VII/2, Sh. 75; **Jaussi,** Sh. 48 vd.; Ayrıca karş. **Cerutti,** N. 179.

417 **Chaix,** Sh. 235.

418 Caiz ikame halleri kastediliyor (BK m. 391/II).

419 Caiz olmayan ikame halleri (BK m. 391/I) ile ikame caiz olmasına rağmen vekilin, alt vekili seçerken ve ona talimat verirken gerekli özeni gösterdiğini isbat edemediği haller kastediliyor.

420 **Bucher,** Besonderer Teil, Sh. 206; **Guhl/Merz/Druey,** Sh. 496.

421 Bir asansörün inşa edilmesi ve kurulmasında durum böyledir (Örnek için bkz. **Chaix,** Sh. 66 dn. 197).

Bu çerçevede bazı vekâlet türleri bakımından önemli bir unsur olan güven unsuru da BK m. 391/III hükmünün hukukî gerekçesinin açıklanması bakımından haklı ve yeterli bir gerekçe teşkil edemeyecektir. Daha önce de açıklandığı üzere[423], şahsen ifa prensibi vekâlet sözleşmesi bakımından olduğu gibi (BK m. 390/III) eser sözleşmesi bakımından da kural haline getirilmiştir (BK m. 356/II). Bu nedenle, müvekkilin doğrudan müracaat hakkının, vekâlet sözleşmesinin şahsen ifası kuralı ile gerekçelendirilmesi de mümkün gözükmemektedir.

Böylece BK m. 391/III hükmünün sevk edilmesindeki sebebi, vekâlet sözleşmesinin tarafları arasında meydana getirdiği güven ilişkisi veya bu sözleşmenin kural olarak ivazsız bir sözleşme olması ile açıklamak bütün ihtimaller bakımından isabetli olmayacağı anlaşılmıştır. Bu nedenle, sözkonusu hükmün sevk edilmesindeki amacı başka bir yerde, özellikle bu sözleşmenin tarafları arasında meydana getirdiği sorumluluk düzeninde (*yani vekilin sonucu garanti etmeksizin, vekâlet konusu işi yapmak için özenli bir şekilde çalışması*) aramak daha isabetli bir yaklaşım tarzı olacaktır.

Gerçekten ilk bakışta gereği gibi ifa edilmemiş bir vekâlet sözleşmesindeki alacaklının durumu, borçlusunu belirli bir neticenin gerçekleşmesinden sorumlu tutabilen alacaklı karşısında oldukça elverişsiz gözükmektedir: İkinci alacaklı sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesinde borçlusunun herhangi bir kusuru olmasa dahi BK m. 360 hükmünün tanıdığı imkânlardan istifade edebilirken; birinci alacaklı sadece borçlusunun kusuru ile uğramış bulunduğu zararların tazminini talep etme imkânına sahip bulunmaktadır (BK m. 390/II). Bu nedenle müvekkilin alt vekile karşı doğrudan dava hakkına sahip kılınmış olması ona, içerisinde bulunduğu bu olumsuz hukukî konumu telafi etmek amacıyla tanınmış bir imkân gibi gözükmektedir[424]. Bu bakış açısı çerçevesinde kanun müvekkile, kusur sorumluluğunun onun bakımından doğurduğu sakıncaları gidermek üzere doğrudan zararın failine karşı müracaat etme imkânı tanımış olmaktadır[425].

d. Değerlendirme

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde BK m. 391/III hükmünün vekâlet sözleşmesine özgü bir kural olduğu ve diğer akdî ilişkilere uygulanmasının isabetli bir yaklaşım tarzı olmayacağının kabulü bize daha isabetli gözükmektedir. Her şeyden önce bu hüküm, hukuk sistemimizin temel ilkelerinden birisi olan sözleşmelerin nisbîliği ilkesi çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulmak

---

422 Aynı fikirde: **BGE** 115 II 55; **Gauch,** Werkvertrag, N. 22; **Chaix,** Sh. 236.

423 Bkz. §2. III. 2. a; Ayrıca bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı,** Sh. 316.

424 **Chaix,** Sh. 236.

425 Bu çerçevede BK m. 391/III hükmünün uygulama alanına giren durumlar bakımından *„kanunî borç"*tan sözedilmesi (***Oser/Schönenberger,*** *Zürcher Kommentar, Art. 399 N. 11*); veya üçüncü şahıs yararına sözleşmenin özel olarak düzenlendiği bir halin varlığından söz edilmesi de (***Gautschi,*** *Berner Kommentar, Art. 399 N. 10a;* ***Gauch,*** *Werkvertrag, N. 166;* ***Cerutti,*** *N. 135*) isabetli olmamak gerekir; zira hem kanunî bir borcun varlığından söz edilebilmesi ve hem de üçüncü şahıs yararına bir sözleşmenin mevcudiyetinin kabul edilebilmesi için, öncelikle alt vekilin, doğrudan müvekkile ifa yetkisinin bulunması gerekir. Oysa burada sadece müvekkilin başvuru yetkisi mevcuttur; yoksa alt vekilin ifa yetkisi değil. Nitekim, BK m. 391/III hükmü, üçüncü şahıs yararına sözleşmelere ilişkin incelemelerde, bir sözleşmeye üçüncü şahıs yararına sözleşme niteliği kazandıran kanun hükmü olarak inceleme konusu yapılmamaktadır (Özel olarak karş. **Akyol,** Üçüncü şahıs yararına sözleşme, Sh. 44 vd.).

zorundadır. Yukarıda da ifade edildiği gibi kanun koyucu, taraflar arasındaki sorumluluk düzeninin müvekkil bakımından ortaya çıkardığı sakıncaları gidermek amacıyla, sözleşmelerin nisbîliği ilkesine bir istisna getirmiş ve müvekkile doğrudan talep yetkisi tanımıştır. BK m. 391/III hükmü bu yönüyle istisnai bir düzenlemedir.

Bu açıklamanın aksine müvekkil lehine alt vekile karşı tanınmış bulunan doğrudan talep hakkının, kanun tarafından öngörülmüş bir imtiyaz[426] değil; tam aksine tanınmış bulunan bu imkânın Borçlar Kanununun alt sözleşme türleri bakımından ortaya koymuş olduğu özel hassasiyetin bir yansıması olduğu yönündeki düşünce tarzı[427] ise kanaatimizce isabetli değildir.

Borçlar Kanununun, düzenlemiş bulunduğu sözleşme tipleri bakımından alt sözleşme ilişkisi kurulması ihtimalinde, ilk sözleşenin alt sözleşene karşı bazı hakları doğrudan ileri sürmesi imkânını tanıyan hükümlere yer vermiş olduğu; aynı şekilde eser sözleşmeleri alanında da alt sözleşme yapılması imkânı bulunduğu halde kanun koyucunun, benzer bir hükme bu alanda yer vermemiş olduğu[428] doğrudur. Fakat bu durum, Chaix'in düşüncesinin tersine bir yorumun yapılması bakımından daha güçlü bir gerekçe teşkil eder: Öncelikle kanun koyucunun, müteahhit bakımından bizzat ifa zorunluluğu değil, bizzat ifa kuralı getirmiş ve böylelikle işin yapımına taşeron dahil edilmesini (bir anlamda) göze almış olduğu halde, bu yönde bir hükme yer vermemekle meseleyi aksi yönde çözüme kavuşturmak istediğini iddia etmek de pekala mümkündür. Yani kanun koyucu, bu meseleyi olumsuz bir şekilde çözüme bağlamak istediği içindir ki, işin yapımına taşeron dahil edilmesi ihtimalini göze aldığı halde iş sahibi lehine bir doğrudan talep hakkı tanımamıştır. Ayrıca alt kira ve alt vekâlet sözleşmeleri ile ilgili bu hükümler, Borçlar Kanununun özel bölümünde yer almakta ve münhasıran bu sözleşme tipleri ile ilgili bulunmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun bu imkânı sadece belirli sözleşme tipleri bakımından öngörmekle, diğer sözleşme tipleri bakımından, sözleşme taraflarının aksi yönde bir hükme yer vermemiş olduğu bütün durumlarda sözleşmelerin nisbîliği ilkesine bağlı kalmak istediği neticesine ulaşmak daha kolaylıkla mümkündür. Bu çerçevede alt sözleşmelerle ilgili bu özel hükümlerden (BK m. 259/III, BK m. 391/III) hareketle, iş sahibine taşerona karşı ileri sürebileceği doğrudan talep hakkı tanımanın kanunun ruhuna uygun olduğunu söylemek[429] de doğru olmamak gerekir[430].

Ayrıca ifade edilmelidir ki, iş sahibine doğrudan müracaat imkânı tanınması, asıl müteahhit[431] ve taşeronun[432] menfaatlerine aykırı olduğu gibi onların hukukî

---

426 **Cerutti,** N. 169; **Fellmann,** Berner Kommentar, Art. 399 N. 93; **Derendinger,** N. 324; **Hofstetter,** SPR VII/2, Sh. 75; **Jaussi,** Sh. 48 vd.; **Yavuz** BK m. 391/III hükmünü Fransız Hukukunda tanınan *„doğrudan talep"* kavramı ile açıklamakta ve bu anlamda doğrudan talep hakkının ancak kanun tarafından öngörülen durumlarda mevcut olabileceğini ifade ederek, bu hükmün istisnai niteliğini kabul etmektedir (Dolaylı Temsil, Sh. 71 vd.).

427 **Chaix,** Sh. 237, 279.

428 **Chaix,** Sh. 237.

429 **Chaix,** Sh. 238.

430 Aynı yönde **Saxer,** Sh. 33.

431 Mesela asıl müteahhidin yanında iş sahibinin de böyle bir imkâna sahip olması, taşeronluk sözleşmesinin üçüncü şahıs yararına sözleşme şeklinde akdedilmiş olması ihtimali ile ilgili

durumlarını da zorlaştırır. Sözleşmeye taraf olmayan bir şahsın doğrudan talep imkânına sahip olması, mevcut hukuk sistemi içerisinde kuralı değil, istisnayı teşkil eder. Taraflar ancak, kendi iradeleri ile böyle bir imkânı tanımış olabilirler; yoksa kendi iradeleri dışında, üçüncü bir şahsın BK m. 391/III anlamında doğrudan talep hakkına sahip olması onların kolaylıkla düşünebilecekleri bir ihtimal değildir[433]. Kaldı ki, taşeronluk sözleşmesi bakımından BK m. 391/III hükmünün kıyasen uygulanmasını gerektiren aşırı bir adaletsizlik de sözkonusu değildir. Bütün alacaklıların durumunda olduğu gibi iş sahibi de, taşeronun fiilleri nedeniyle sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ihtimalinde ilk planda kendi muhatabı olan asıl müteahhidi sorumlu tutma imkânına sahip olup; asıl müteahhidin ödeme güçlüğü içerisine düşmesi veya iflas etmesine ilişkin risk bakımından ise onu diğer alacaklılardan farklı bir muameleye tabi tutmak için bir sebep mevcut değildir.

Eğer gerekli ise iş sahibine, taşerona karşı doğrudan müracaat imkânı tanınması ancak bir ihtimal bakımından kabul edilebilir. O da asıl müteahhidin taşeronun fiilleri sebebiyle mevcut sorumluluğundan kurtulma imkânına sahip olduğu durumdur. Böyle bir ihtimal ise Chaix'in de ifade ettiği gibi[434] üç farklı şekilde gündeme gelebilir: Asıl müteahhidin BK m. 100 sorumluluğu çerçevesinde kurtuluş beyyinesi getirmesi, asıl sözleşmede ifa yardımcılarının fiilleri sebebiyle sorumluluğun sınırlanmış veya tamamen ortadan kaldırılmış olması ve nihayet, asıl müteahhidin aksi yöndeki uyarısına rağmen iş sahibinin zarara sebebiyet vermiş olan taşeronun işin yapımına dahil edilmesi hususunda ısrar etmesi (BK m. 361). Ancak bu üç istisnai durum bakımından iş sahibi, taşerona karşı ileri sürebileceği doğrudan talep hakkına ihtiyaç duyacak ve açık bir şekilde korunma ihtiyacı içerisinde olacaktır. Fakat ne ilginçtir ki bizzat Chaix, iş sahibinin korunma ihtiyacı çok açık olmasına rağmen, bu durumlarda BK m. 391/III hükmünün kıyasen uygulanmasını kabul etmemektedir[435].

BK m. 391/III hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle iş sahibine tanınması sözkonusu olan hakkın içeriği de tatminkar değildir: Bu düşünceye göre iş sahibinin BK m. 391/III hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle taşerona karşı kullanabileceği hakların başında ayıba karşı tekeffülden doğan haklar gelecektir. İş sahibinin bu hakları taşeronluk sözleşmesinin içeriğini değiştirmemek koşuluyla kullanabilmesi kabul edildiğinden[436], BK m. 360 hükmünün tanıdığı bu haklardan sadece ayıbın giderilmesi talebini ileri sürebilecektir. Zira sözleşmeden dönme ve

---

olarak yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, taşeronluk sözleşmesinden kaynaklanan hakların kullanılmasını zorlaştıracaktır (Bkz. yukarıda §7. III. 2. b. aa. aaa. ve bbb.).

[432] Chaix'in düşüncesinin (Sh. 264) aksine, taşeronun taşeronluk sözleşmesi çerçevesinde hem asıl müteahhide ve hem de iş sahibine karşı (başka bir akdî ilişkiden kaynaklansalar dahi) sahip olduğu itiraz ve def'i haklarını iş sahibine karşı da ileri sürebilmesi onun hukukî menfaatlerinin korunması bakımından yeterli olmayacaktır. İş sahibinin taşerona karşı doğrudan talep hakkına sahip kılınması sebebiyle taşeronun hukukî durumunun gereğince korunabilmesi için onun, asıl müteahhide karşı bir başka hukukî ilişki sebebiyle sahip olduğu bütün itiraz ve def'i haklarını da iş sahibine karşı ileri sürebilmesi gerekir (**Saxer,** Sh. 34 dn. 228; Ayrıca karş. **Fellmann,** Berner Kommentar, Art. 398 N. 613).

[433] **Saxer,** Sh. 34.

[434] **Chaix,** Sh. 243.

[435] **Chaix,** Sh. 243.

[436] **Chaix,** Sh. 240.

semenin tenzili, asıl müteahhit ile taşeron arasındaki akdî ilişkinin içeriğinin değişmesi neticesini doğuracak nitelikte haklardır. İş sahibine bu hakların tanınması ona, tarafı olmadığı taşeronluk sözleşmesinin içeriğine müdahale imkânı bahşetmiş olacaktır. Bu ise BK m. 391/III hükmünün hedeflediği amacı aşar ve sözleşmelerin nisbîliği ilkesine aşırı bir tecavüz teşkil eder. Ayrıca sözleşmeden dönme, genellikle iş sahibinin menfaatlerine de ters düşecektir. Semenin tenziline ilişkin talep hakkına gelince, bu hakkın da taşeronluk ilişkisi gibi üç köşeli bir ilişkide uygulanması imkânı pratik olarak mümkün gözükmemektedir[437].

Netice olarak BK m. 391/III hükmünün kıyasen uygulanmasının kabulü ihtimalinde iş sahibi, alt sözleşmenin üçüncü şahıs yararına sözleşme şeklinde akdedilmiş olması ihtimalinde olduğu gibi, taşerona karşı sadece ayıbın giderilmesi talebini yöneltme imkânına sahip olacaktır[438].

Kabul etmek gerekir ki, iş sahibinin böyle bir imkâna sahip olması ile olmaması arasında çok büyük bir fark olmayacaktır; zira o, her durumda ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan bütün talep haklarını kimin sebebiyet vermiş olduğundan bağımsız olarak asıl müteahhide karşı ileri sürebilme imkânına zaten sahiptir[439]. İş sahibinin bu tür bir talep hakkına ihtiyaç duyacağı durumlar ise asıl müteahhide müracaat imkânı bulamadığı durumlardır. Biraz önce de ifade edildiği gibi, bu durumlar bakımından BK m. 391/III hükmünün kıyasen uygulanması, sözkonusu hükmün üçüncü şahsa alacaklının sahip olduğu haklardan daha fazlasını sağlamasının mümkün olmadığı gerekçesiyle, bizzat bu düşünceyi savunan yazar tarafından reddedilmektedir[440].

Yine BK m. 391/III hükmünü, üçüncü şahsın zararının tazmininin hakkaniyete uygun olduğu hallerde, üçüncü şahsa, akde aykırı hareket eden veya başkasının hukukî varlığını haleldar eden kimseye karşı doğrudan doğruya dava hakkı tanımak hususundaki umumi esasın bir ifadesi olarak kabul edilebileceği ve sözkonusu durumlarda bu hükmün kıyasen uygulanabileceği fikri[441] de bizce kabul edilebilir gözükmemektedir. Zira biz bu hükmün bütün içeriğiyle, vekâlet sözleşmesi bakımından sözkonusu olan sorumluluk düzeninin bir yansıması olarak değerlendirilmesi ve vekâlet verenin getirilmiş bulunulan bu sorumluluk düzeni sebebiyle zarar görmesinin önüne geçilmesi amacıyla sevk edilmiş olduğunu düşünüyoruz.

Netice olarak BK m. 391/III hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle iş sahibine, taşerona karşı ileri sürebileceği bir doğrudan talep hakkı tanınmasının mümkün olmadığını kabul ediyoruz. Böylece iş sahibi, hem ifa ve hem de uğramış olduğu zararın tazmini talebini, kural olarak yalnızca asıl müteahhide karşı yöneltebilecektir. Zira onun akdî ilişki içerisinde olduğu şahıs asıl müteahhittir ve iş sahibi, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, taşerona karşı ileri sürebileceği bir doğrudan talep hakkına da sahip değildir. Taşeronun fiilleri sebebiyle zarara

---

437 Üçüncü şahıs yararına alt sözleşme ile ilgili olarak bu konuda yapılan açıklamalara bkz. §7. III. 2. b. aa. aaa.

438 **Chaix,** Sh. 240.

439 Bu hususta bkz. §5. I.

440 **Chaix,** Sh. 243.

441 **Tandoğan,** Üçüncü şahsın zararı, Sh. 97.

uğrayan iş sahibi, olayların büyük bir çoğunluğunda bu zararının tazmini ile ilgili olarak asıl müteahhidi sorumlu tutma imkânına sahiptir[442]. BK m. 100 hükmü gereği taşeronun fiillerini tekeffül etmek durumunda olan asıl müteahhit, böylece iş sahibine ödemek zorunda kaldığı miktar için taşerona rücu imkânına sahip olacaktır. Asıl müteahhidin taşerondan talep edebileceği miktar, onun malvarlığının iş sahibinin zararını tazmin etmeden önceki durumu ile tazmin ettikten sonraki durumu arasındaki fark dikkate alınarak belirlenecek[443] ve taşeron sahip olduğu def'i ve itiraz hakları dikkate alınmak suretiyle bu zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

Fakat bu çözüm, iş sahibinin taşeronun fiili sebebiyle asıl müteahhide başvurma imkânına sahip olmadığı bazı durumlar[444] bakımından adaletsiz sonuçların doğumuna sebebiyet verebilecek bir çözümdür. Zira bu durumlarda taşeron, iş sahibine kusuru ile zarar vermiş olduğu halde, bu zarara netice olarak iş sahibinin katlanması gerekmektedir. Ortaya çıkması ihtimali bulunan bu adaletsiz sonucu telafi edecek başka bir hukukî temelin mevcut olup olmadığı ise birazdan özel olarak incelenecektir. Yapılacak bu inceleme bakımından, iş sahibinin zarara uğramasına sebebiyet veren sözleşmeye aykırılığın nasıl ortaya çıktığının herhangi bir önemi yoktur. İş sahibi ayıplı ifa, akdin müsbet ihlali veya borçlu temerrüdü sebebiyle zarara uğramış olabilir. Burada önemli olan husus, sözkonusu sözleşmeye aykırılığa taşeronun sebebiyet vermiş olmasıdır.

Bu sorun ile ilgili olarak önem taşıyabilecek başlıca iki teori sözkonusudur: Menfaatin yer değiştirmesi-Üçüncü şahsın zararının tasfiyesi teorisi (Drittschadensliquiditation) ve Üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisi (Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte).

5. Üçüncü şahsın zararının tasfiyesi ile ilgili teorinin uygulanması

Bu teorinin uygulanmasının sözkonusu olduğu durumların ortak özelliği sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle zarara uğramış bulunan şahıs ile sözleşme çerçevesinde bu zararın tazminini talep etme imkânına sahip olan şahsın farklı şahıslar olmasıdır. Bir başka ifadeyle bu durumların karakteristik özelliği, normal şartlarda karşı âkidin malvarlığında ortaya çıkması gereken zararın tesadüfen bir başka şahsın malvarlığında meydana gelmesi ve böylece sözleşmeye aykırı fiilden zarar gören şahıs ile bu zararın tazmini için dava açabilecek durumda olan şahsın farklı şahıslar olmasıdır[445]. Böyle bir durumda zarar gören şahıs dava hakkına sahip olmadığı için; dava hakkına sahip olan şahsın ise tazmini gereken bir zararı bulunmadığı için sözleşmeye aykırı hareket eden borçluya karşı dava

---

442 Bkz. §5. II.

443 **Gauch/Schluep,** N. 2695'te bu konuyla ilgili olarak *uneigentliche Drittschadensliquidation*'dan bahsediyor; **Tandoğan,** Réparation, Sh. 307.

444 Sözkonusu durum üç ihtimal bakımından gündeme gelebilir: 1. Asıl müteahhidin BK m. 100 hükmü çerçevesinde, zarar veren fiilî bizzat kendisi işlemiş olsaydı sorumlu tutulamayacak olduğunu isbat etmesi; 2. Asıl sözleşmede taşeronun fiilleri sebebiyle sorumluluğun kısıtlanmış veya tamamen kaldırılmış olması ve asıl müteahhidin bu hükümden istifade etmesini sağlayacak bir kurtuluş kanıtı getirmesi; 3. Asıl müteahhidin aksi yöndeki irade açıklamasına rağmen iş sahibinin belirli bir taşeronun işin yapımına dahil edilmesi hususunda ısrar etmesi ve zarara bu taşeronun sebebiyet vermiş olması (BK m. 361).

445 **Armbrüster,** Recht 11, Sh. 86; **Gauch/Schluep,** N. 2686; **Larenz,** Schuldrecht I, §27 IV b, Sh. 462 vd.; **BGE** 117 II 315, 319; **Brox,** N. 326; **Hırth,** Sh. 141; **Rückteschler,** Sh. 352.

açılamamakta ve sözkonusu zarara (*haksız bir şekilde*) üçüncü şahsın katlanması gerekmektedir.

a. Teorinin kaynağı

Alman hukuk sisteminde ortaya atılmış bulunan bu teori, belirli olay grupları dikkate alınmak suretiyle geliştirilmiştir[446]. Şimdiye kadar üçüncü şahsın zararının tazmininin kabul edilmiş bulunduğu bu olay grupları şunlardan ibarettir[447]: Dolaylı temsilde dolaylı temsil olunan şahsın uğramış bulunduğu zararın tazmini[448]; Satım konusu malın hasarının intikalinden sonra fakat malın teslimden önce hasarın gerçekleşmesi ihtimalinde henüz mülkiyeti kazanmamış bulunan alıcının uğradığı zararın tazmini[449]; Sözleşmede alacaklı konumunda bulunan şahsın maliki olmadığı sözleşme konusu şeyin bir zarara uğraması durumunda, bu şeyin malikinin uğramış bulunduğu zararın tazmini[450].

Yalnız ifade edilmelidir ki, Alman Hukukunda üçüncü şahsın zararının tazmininin uygun görüldüğü bu olay gruplarına İsviçre Hukukunda ihtiyatla yaklaşılmıştır. Zira bu hukuk sistemi Alman Hukuk sisteminden farklı olarak, sözkonusu olay grupları ile ilgili ve bütün tarafların menfaatlerini dengeleyebilecek adaletli çözümler üretilmesine imkân veren hükümler içermektedir:

Mesela dolaylı temsil ile ilgili olarak BK m. 393/I hükmü, dolaylı temsil olunan lehine, temsilcinin üçüncü şahsa karşı iktisap etmiş bulunduğu hak ve alacakların

---

446 Tarihsel olarak bu teorinin 22.01.1865 tarihinde Lübeck'te verilmiş bulunan bir mahkeme kararına dayanmakta olduğu ifade edilmektedir (**Urban,** Sh. 19; **von Cämmerer,** ZBJV 100, Sh. 341).

447 **Staudinger/Schiemann,** Vorb. zu §§ 249 ff. N. 69 vd.

448 Dolaylı temsil edilmiş bir iş sahibi, bir (dolaylı temsil yetkisine sahip) vekili bir yapı eserini müteahhit tarafından meydana getirtilmek üzere görevlendirmiştir. Kötü ifa durumunda (ayıp dolayısıyla ortaya çıkan zarar), meydana gelen zarar eser sözleşmesine taraf olmayan temsil olunan kişinin malvarlığında ortaya çıkacaktır (BK m. 32/III). Dolaylı temsil eden müteahhide karşı BK m. 360 hükmü çerçevesinde müracaat etme imkânına sahiptir; fakat o, sadece temsil olunan şahıs hesabına hareket etmiş olduğundan kendi malvarlığında herhangi bir zarar meydana gelmeyecektir.

449 Mesela gönderme borcunun sözkonusu olduğu bir satım sözleşmesi çerçevesinde satıcı, bu şeyi alıcıya teslim etmek üzere bir taşıyıcı ile anlaşmıştır. BK m. 183/I gereği hasar satım sözleşmesinin kurulması ile birlikte alıcıya intikal etmiş bulunduğundan, bu şahsın satım konusu şeyi telef etmesi ihtimalinde, satıcı BK m. 117 gereği borcundan kurtulacak ve alıcı şeyi teslim almadığı halde satım bedelini ödemekle yükümlü olacaktır. Böyle bir durumda, taşıyıcı ile akdî ilişki içerisinde bulunan satıcı, bu şahıstan herhangi bir tazminat talebinde bulunamayacaktır; zira, onun uğramış bulunduğu bir zararı yoktur. Zarara uğramış bulunan alıcı ise taşıyıcı ile akdî ilişki içerisinde değildir. Bu durumlar ile ilgili olarak bkz. **Armbrüster,** Recht 11, Sh. 86; **Gauch/Schluep,** N. 2689; **Schönle,** Zürcher Kommentar, Art. 185 N. 48 vd.; **Tandoğan,** Réparation, Sh. 310; **von Cämmerer,** ZBJV 100, Sh. 362 vd.; **Weber,** Drittschadensliquidation, Sh. 217.

450 Sahibinden ödünç olarak alınan bir arabayı, ödünç alan şahıs feribotla taşıtıyor. Bu feribotta çalışan bir işçi sözkonusu arabanın zarar görmesine sebebiyet veriyor. Bu arabayı ödünç olarak alan şahıs (zilyet) herhangi bir zarara uğramış olmadığından, zararın tazmini amacıyla feribotun sahibi nakliye şirketine müracaat edemeyecektir. Arabanın maliki ise (BK m. 96 anlamında herhangi bir kusurunun bulunmaması nedeniyle) ne ödünç alan şahsa karşı ve ne de (aralarında herhangi bir akdî ilişki bulunmaması nedeniyle) nakliyat şirketine karşı herhangi bir akdî talep ileri süremeyecektir. **Armbrüster,** Recht 11, Sh. 87; **Gauch/Schluep,** N. 2689; **Tandoğan,** Réparation, Sh. 311; **von Cämmerer,** ZBJV 100, Sh. 365 vd.; **Weber,** Drittschadensliquidation, Sh. 217.

kanunî temlikini öngörmektedir. Bu hüküm çerçevesinde dolaylı temsil yoluyla bir yapı eserini imal ettirmekte olan iş sahibi, bu yapı eserinin ayıplı imal edilmesi nedeniyle bir zarara uğramış olsa, BK m. 360 hükmü çerçevesinde dolaylı temsilcinin müteahhide karşı sahip olduğu hakları kullanabilecek ve uğramış olduğu zararı tazmin ettirebilecektir. Böylece BK m. 393/I hükmü, zarar gören sıfatı ile dava hakkı sahipliği sıfatının aynı şahısta birleşmesini temin etmekte ve netice olarak üçüncü şahsın zararının tazmini ile ilgili teorinin uygulanması ihtiyacı ortadan kalkmış olmaktadır[451].

Bu hususta ileri sürülmüş bulunan bazı ihtirazi kayıtlar[452] bir tarafa bırakılacak olursa, bu hükmün dolaylı temsil nedeniyle ortaya çıkabilecek bu tür sorunları çözebilecek bir düzenleme içerdiği ifade edilebilir. Bu hukukî duruma rağmen, bazı İsviçreli hukukçular[453] ve Kanton Mahkemeleri[454] sözkonusu teoriyi dolaylı temsil bakımından da uygulama eğiliminde gözükmektedirler.

Alacaklı sıfatı ile zarar gören sıfatının ayrılması sonucunu doğuran hasar intikali ile ilgili olay grupları bakımından[455] da vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmak suretiyle taraf menfaatlerine uygun bir neticeye ulaşılabilmektedir. Gönderme borcunun sözkonusu olduğu durumlarda satıcının sorumluluğu, satım konusu şeyi alıcıya teslim edecek bir nakliyeci ile sözleşme yapmaktan ibarettir. Bu sözleşme satıcı tarafından akdedilmekte ise de netice olarak alıcı hesabına yapılmış olmaktadır (BK m. 186). Satıcının buradaki sorumluluğu taşıyıcının özenli bir şekilde seçimi ve satım konusu şeyin ona teslîminden ibarettir. Böyle bir durumda ise nakliye sözleşmesinin yapılması ile ilgili olarak satıcı ile alıcı arasında dolaylı bir temsil ilişkisinin bulunduğu rahatlıkla kabul edilebilecektir[456]. Bu neticenin kabulü ile birlikte de BK m. 393/I hükmü çerçevesinde alıcının, satıcının satım konusu şeye nakliyeci tarafından zarar verilmesi nedeniyle sahip olduğu dava hakkını temellük etme imkânına sahip olacaktır.

---

451 **Chaix,** Sh. 246; Ayrıca karş. **Armbrüster,** Recht 11, Sh. 89; **Gauch/Schluep,** N. 2693.

452 **Weber,** dolaylı temsilcinin tazminat alacağını temsil olunan şahsa, temsil olunan şahsın uğramış olduğu gerçek zarar oranında temlik edebileceğini ifade etmektedir (Drittschadensliquidation, Sh. 222). Bu durumda karşı âkit tarafından verilen zararın, kanunî temlikin gerçekleşmesinden önce ortaya çıkmış olması aranacaktır (**Chaix,** Sh. 246 dn. 899).

453 **Mosimann,** Sh. 173.

454 St. Gallen Kanton Mahkemesi, 17.3.1978 (SJZ 76, Sh. 194); Bu kararla ilgili olarak ayrıca bkz. **Gauch/Schluep,** N. 2691.

455 Eğer satım sözleşmesinden aranılacak veya götürülecek bir borç doğmuş ise alacaklı ve zarar gören sıfatlarının birbirinden bu şekilde ayrılması meselesi gündeme gelmeyecektir. Gerçekten bu gibi durumlarda ardiye sahibi veya taşıyıcı şahıs, satıcının muavin şahısları konumundadırlar (**Schönle,** Zürcher Kommentar, Art. 185 N. 23a, 25). Netice olarak eğer şey telef olmuş veya bu muavin şahıslardan birinin fiili nedeniyle zarar görmüş ise satıcı, bu sonucu BK m. 100 gereği tekeffül etmekle yükümlü olacaktır. Buna karşılık eğer gönderilecek bir borç sözkonusu ise satım konusu şeyin taşıyıcı tarafından zarara uğratılması ihtimalinde, satıcı bu şahsın fiillerini BK m. 100 hükmü çerçevesinde tekeffül etmek durumunda olmayacaktır (**Schönle,** Zürcher Kommentar, Art. 185 N. 24; Aksi fikirde: **Piotet:** *Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers (Drittschadensliquidation)?, Bern 1994,* Sh. 266).

456 **Schönle,** Zürcher Kommentar, Art. 185 N. 48.

b. Teorinin etkileri

Bu teori Alman Hukuk sisteminde uygulandığı şekliyle, alacaklının üçüncü şahsın uğramış bulunduğu zararı (kendisinin uğramış bulunduğu bir zarar gibi) borçluya tazmin ettirmek amacıyla harekete geçmesi ve böylece bu şahsın uğramış bulunduğu zararın *„tasfiye"* edilmesini temine yönelmiştir[457]. Bu teori çerçevesinde üçüncü şahsa doğrudan kullanabileceği bir dava hakkı tanınması sözkonusu olmayıp; o, bu teorinin getirdiği çözümün benimsenmesi durumunda, ancak alacaklının borçluya karşı sahip olduğu dava hakkını kendisine temlik etmesi durumunda böyle bir imkâna sahip olabilmektedir[458].

Bu temlik ise BK m. 163/I hükmü gereği (en azından) âdi yazılı şekilde yapılmak zorundadır. Temlikle yükümlü alacaklının bu hususta herhangi bir menfaati bulunmadığından onun, bu temliki gerçekleştirmek bakımından çok da hevesli olmayacağı açıktır. Üçüncü şahsın alacaklıyı temliki icra etmeye zorlamak için yararlanabileceği hukukî bir imkâna sahip olup olmadığı hususu da açıklığa kavuşturulamamıştır[459].

Netice olarak, kanun tarafından öngörülen istisnai düzenlemeler dışında[460], bu şekilde temlik suretiyle üçüncü şahsın doğrudan dava hakkını kullanması bir varsayımdan ibaret kalmaktadır[461]. Aynı şekilde alacaklının üçüncü şahsın zararının tazmini amacıyla bizzat dava açması ihtimali de çok zayıftır. Kaldı ki alacaklı böyle bir davayı açmış olsa dahi, bu davanın başarı şansı daima borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu itiraz ve def'ilere bağımlı olacaktır.

c. Değerlendirme

Yukarıda da açıklandığı üzere bu teori, içlerinde taşeronluk sözleşmesinin yer almadığı bazı olay grupları etrafında gelişmiş olup; genel adalet düşüncesi temel alınmak suretiyle üçüncü şahsın zararının tazmin edilmesi bu olay gruplarına münhasır kılınmıştır. Bu teori çerçevesinde benzer olay gruplarına uygulanabilecek genel bazı ilkelere ulaşılması ise mümkün olamamıştır[462]. Her ne kadar bu olay gruplarının sınırlayıcı olmadığı ve ihtiyaç duyulması halinde teorinin başka olay grupları bakımından da uygulanmasının mümkün olduğu ifade ediliyorsa[463] da bu

---

457 **Gauch/Schluep,** N. 2688; **Honsell/Gonzenbach,** Art. 112 N. 22; **Fellmann,** Berner Kommentar, Art. 398 N. 605; **Weber,** Drittschadensliquidation, Sh. 218; **Hirth,** Sh. 142; **Rückteschler,** Sh. 352.

458 Bu hususta bkz. **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 125 VOB/A; **Werth,** BauR 1976, Sh. 80, 88; **Schwarz,** Sh. 47.

459 **Schönle**'nin düşüncesine göre MK m. 2/I hükmü satıcıya, üçüncü şahsa karşı sahip olabileceği tesadüfi alacak haklarının korunması bakımından özen gösterme mükellefiyeti yükler. Yazarın düşüncesine göre satıcının, üçüncü şahsa karşı sahip olduğu dava hakkını alıcıya temlik etmeye ilişkin bir yan edim borcu mevcuttur (Zürcher Kommentar, Vorb. Art. 184-551 N. 38). Böyle bir yan edim borcunun mevcudiyeti her akit tipine göre değişeceğinden, bu doğrultuda genel bir bir kuralın kabul edilmesi zor gözükmektedir.

460 Mesafe satımında BK m. 392/I hükmünün kıyasen uygulanmasını kabul etmek uygundur (**Schönle,** Zürcher Kommentar, Art. 185 N. 51).

461 **Chaix,** Sh. 249.

462 **Hirth,** Sh. 141.

463 **Fikentscher,** §50 II 3, N. 463.

güne kadar, ne bu teorinin ilk defa uygulandığı Alman Hukuk sisteminde ve ne de İsviçre veya Türk Hukuk sistemlerinde taşeronluk sözleşmesinin de bu olay grupları içerisine dahil edilmesi yönünde bir çabaya rastlanmamıştır. Kaldı ki, bu teorinin taşeronluk sözleşmesi bakımından da uygulanması kabul edilecek olsa dahi, üçüncü şahıs konumundaki iş sahibine taşerona karşı doğrudan müracaat imkânını bu teori vermemektedir.

Bu teori çerçevesinde iş sahibi, tamamen asıl müteahhidin bu hususlaki iyiniyetine bağlı kılınmaktadır. İş sahibi, asıl müteahhidin taşerona karşı sahip olduğu dava hakkını kendisine temlik etmekten kaçınması veya yine kendisinin zararının tazmini için taşeronu dava etmekten kaçınması ihtimalinde, zararın failine karşı doğrudan müracaat imkânı bulamayacaktır[464]. Elbette asıl müteahhidin, iş sahibinin zararının tazmini amacıyla taşeronu dava etmek veya ona karşı sahip olduğu dava hakkını iş sahibine temlik etmeye ilişkin bir yan edim borcunun bulunduğunun kabul edilmesi ihtimalinde[465], onun bu yan edim borcu akdin müsbet ihlalini teşkil edeceğinden iş sahibi, asıl müteahhidi taşerona karşı sahip olduğu dava hakkını temlike veya ona karşı kendi zararının tazmini amacıyla dava açmaya zorlayabilecektir. Fakat bu da iş sahibinin doğrudan taşerona karşı harekete geçememesi ve asıl müteahhidin iradesine bağlı kalması gerçeğini değiştirmeyecektir.

Netice olarak, taşeronluk muamelesinden kaynaklanan problemler için basit ve tarafların menfaatleri ile uyum arzeden bir çözümü, üçüncü şahsın zararını talep imkânını alacaklının arzusuna bağımlı kılan bu sistem içerisinde aramaktansa; iş sahibine taşerona karşı doğrudan müracaat imkânı tanıyan bir hukukî kurumda aramak daha isabetli bir yaklaşım tarzı olacaktır[466].

6. Üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisi

Bu teori üçüncü şahsa, meydana gelen zararın faili borçluyu akdî temele dayalı bir şekilde dava etme imkânı vermesi dolayısıyla, üçüncü şahsın zararının tasfiyesi (Drittschadensliquidation) ile ilgili teoriden ayrılmaktadır.

Bazı durumlarda iş sahibinin taşerona veya tam tersine taşeronun iş sahibine karşı üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisi çerçevesinde bazı talepler ileri sürebilip süremeyecekleri meselesi de gündeme gelebilir. Bu teori gereği akdî ilişki dışında bulunan üçüncü şahıslar, sözleşmeden kaynaklanan koruma yükümlülüklerinin kapsamı içerisine dahil edilmekte ve bu üçüncü şahıslara uğramış bulundukları zararı talep hususunda akdî temele dayalı bir dava hakkı tanınabilmektedir. Böyle bir imkânın tanınmış bulunması borçlunun sorumluluk alanının genişlemesi neticesini doğurduğundan, üçüncü şahıslar lehine talep hakları ancak özel bazı şartların gerçekleştiği istisnaî durumlar bakımından tanınmaktadır. Böylece üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşmenin mevcudiyeti

---

464 **Chaix,** Sh. 250.

465 Satım sözleşmesi ile ilgili olarak **Schönle,** satıcının sigortacı veya taşıyıcıya karşı sahip olduğu benzer hakları alıcıya temlik etmeye veya onun zararının tazmini amacıyla bu şahısları dava etmeye ilişkin bir yan edim borcunun bulunduğunu kabul etmektedir (Zürcher Kommentar, Vorb. Art. 184-551 N. 37 vd.).

466 **Chaix,** Sh. 250; Daha genel manada olmak üzere aynı düşüncede: **Armbrüster,** Recht 11, Sh. 91; **Weber,** Drittschadensliquidation, Sh. 226 vd.

ancak, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmenin yorumu çerçevesinde sözleşmenin amacına ve dürüstlük kuralına göre alacaklının kendilerine karşı koruma ve özen gösterme hususunda sorumlu olduğu üçüncü şahısları, borçlu bakımından bir borç teşkil eden koruma yükümlülüğünün kapsamına dahil etmek isteyebileceği ve alacaklının bu şahısların bu kapsama dahil edilmesindeki menfaatinin borçlu tarafından bilindiği veya en azından tahmin edilebildiği durumlarda kabul edilebilir[467].

a. Teorinin kaynağı ve gelişmesi

Bu teori de Alman Hukuk sistemi tarafından geliştirilmiştir. Teori, doktrinin gündemine daha önceleri dahil olmuş ise de[468] ilk defa bir mahkeme kararına 1959 yılında konu olmuştur[469]. Sözleşmeye yabancı bir şahıs lehine akdî nitelikli bir dava hakkı tanınması arzusu, sözleşmelerin nisbiliği ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasının adalet ve hakkaniyet ilkelerini ağır bir şekilde zedelediği durumlar için gündeme gelmektedir[470]. Doktrin ve kazai içtihat üçüncü şahsın uğramış bulunduğu bu tür bir zararın haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazmin edilmesini temin etmeye çalışmaktan ziyade akdî sorumluluk hükümlerinin uygulama alanının genişletilmesini tercih etmiştir. Tercihin bu yönde olması, daha ziyade Alman Hukuk sisteminin sorumluluk hukuku bakımından göstermekte olduğu zaafiyetin bir neticesi olarak açıklanmaktadır[471].

Üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme üçüncü şahıs yararına sözleşme ile benzerlik arzeder. Fakat üçüncü şahsa asıl edimin ifası yönünde bir talep hakkı sağlamak yerine, akde bağlı yan edim borçlarının ihlali nedeniyle uğramış bulunduğu zararlarının tazmini amacıyla bizzat talepte bulunma imkânı bahşeder. Bu sebepledir ki, burada üçüncü şahıs yararına sözleşmenin kanunda düzenlenmemiş bir türünün bulunduğu ifade edilmiş ve edilmektedir[472].

Bu gün doktrin üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme kurumunu, pozitif bir düzenlemeye konu olmadığı halde özerk bir hukukî kurum olarak kabul etmektedir[473]. Yalnız bu kurumun hukukî temeli ile ilgili olarak ise görüş birliği

---

467 Bkz. **BGHZ** 56, Sh. 269, 273.

468 *„Üçüncü şahıs yararına koruma etkisi taşıyan sözleşme"* (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter) kavramı ilk defa **Larenz** tarafından „Lehrbuch des Schuldrechts" adlı ve 1953 tarihli eserinin ilk basısında ortaya atılmıştır (Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band - Allgemeiner Teil, Berlin 1953, Sh. 139 vd.).

469 **BGH**, NJW 1959, Sh. 1676. Bu karara kadar kazai içtihat, benzer durumlar için § 328 BGB hükmü anlamında üçüncü şahıs yararına sözleşme kavramını kullanmak suretiyle çeşitli çözümler üretmiştir (Bu doğrultuda verilmiş mahkeme kararlarına örnek olarak bkz. **BGH**, NJW 1959, Sh. 816).

470 Karş. **Soergel/Hadding,** Anh. § 328 N. 1; **Hirth,** Sh. 29.

471 Gerçekten bu bakımdan haksız fiil sorumluluğunun beraberinde getirdiği en büyük sakınca, yardımcı şahıs kullanan sorumlu kişinin kurtuluş kanıtı getirebilme imkânına sahip olması olarak gösterilmektedir (**Soergel/Hadding,** Anh. § 328 N. 1; **Staudinger/Kaduk,** Vorb. § 328 N. 75; **Larenz,** Schuldrecht I, §17 II, Sh. 225).

472 *„Im Gesetz nicht geregeltes schwächere Typus des Vertrag zugunsten Dritter im weiteren Sinne"* (**Larenz,** Schuldrecht I, Sh. 226).

473 **Larenz,** Schuldrecht I, Sh. 224 vd.; **Gauch/Schluep,** N. 4045; **Akyol,** Üçüncü şahıs yararına sözleşme, Sh. 51 vd.; **Akyol,** Dürüstlük kuralı, Sh. 50; **Oğuzman/Öz,** Sh. 794-795;

henüz temin edilememiştir[474]. Her ne kadar üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisi nisbeten basit gözükse de bu teorinin zorluğu akdin koruma alanına dahil edilecek üçüncü şahısların belirlenmesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Genellikle haksız fiil teşkil eden bir durumu akdî sorumluluk kurallarına tabi tutmak suretiyle, akdî sorumluluk kurallarının uygulanma alanının sınırsız bir şekilde genişlemesini ve böylece borçlar hukukunun temel kurallarının ihlal edilmesini önlemek amacıyla Alman Hukuk sisteminde, bu kapsama dahil edilecek üçüncü şahısların belirlenmesi ile ilgili olarak dört ayrı kriter geliştirilmiştir[475]: İlk olarak üçüncü şahıs, sözleşme konusu edim ile yakın bir ilişki içerisinde bulunmalı (*Leistungsnähe*) ve bu yakınlık sebebiyle borcun ifası yüzünden ortaya çıkabilecek tehlikelerden en az alacaklı kadar etkilenmelidir[476]. Mesela tarafların mutabakatı çerçevesinde sözleşme konusu edimin üçüncü şahsın kullanımına tahsis edilmesi ihtimali bu yakınlığın mevcut olduğu durumlardan bir tanesidir[477]. Yalnız üçüncü şahsın sözleşme konusu edimle tesadüfen yakın bir ilişkiye girmiş olması, bu şahsın akdin koruma alanına dahil edilmesi bakımından yeterli değildir[478].

Bu hususdaki ikinci kriter, alacaklının üçüncü şahsa karşı bir koruma yükümlülüğünün bulunması ile ilgilidir (*Schutzpflicht des Gläubigers*). Önceleri bu şahıslar arasında ancak aile ve iş ilişkilerinde rastlanılan nitelikte şahsî bir ilişki bulunduğu durumlarda alacaklının (bu şahıslara karşı) koruma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmekteydi[479]. Çok sınırlayıcı olan bu kriteri[480] Alman Federal Mahkemesi taşeronluk sözleşmesi çerçevesinde vermiş olduğu bir kararda uygulamamıştır[481]. Yüksek mahkemenin daha sonra vermiş bulunduğu kararlar

---

Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar hukuku, § 2, N. 29 vd.; **Hatemi,** Sorumluluk hukuku, § 1, N. 13 vd.

474 **Staudinger/Jagmann,** Vorb. zu §§ 328 ff. N. 100 vd. Bu hususta doktrin ikiye ayrılmış gözükmektedir: İlk görüş taraftarları üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşmeyi pozitif hukuk kurallarına, özellikle de dürüstlük kuralına (§ 242 BGB) dayandırma çabası içerisindedir (***MüKo/Gottwald,*** *§ 328 N. 80 vd.;* ***Gernhuber,*** *§ 21 II 6 d;* ***Fikentscher,*** *§ 37 VII 1, N. 260;* ***Hirth,*** *Sh. 108, 113;* ***Larenz,*** *Schuldrecht I, § 17 II, Sh. 227;* ***Erman/Westermann,*** *§ 328 N. 12;* ***Akyol,*** *Dürüstlük kuralı, Sh. 50*). İkinci görüş taraftarları bakımından ise üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme, tarafların farazi rızalarına dayalı olarak yapılan tamamlayıcı yoruma dayanmaktadır (***Brox,*** *N. 377;* ***Soergel/Hadding,*** *Anh. § 328 N. 6 vd.;* ***Palandt/Heinrichs,*** *§ 328 N. 14;* ***Staudinger/Kaduk,*** *Vorb. §§ 328 ff. N. 80;* ***Medicus,*** *Schuldrecht I, Sh. 355;* ***Urban,*** *Sh. 107; Alman Federal Mahkemesi de bu düşünceyi paylaşmaktadır:* ***BGH,*** *NJW 1984, Sh. 355, 356*).

475 Yalnız ifade edilmelidir ki, bu kriterlerin sayısı ve niteliği henüz doktrinde kesin olarak yerleşmiş değildir (Bu hususta açıklamalar için bkz. **Dammann,** N. 340; **Staudinger/Kaduk,** Vorb. §§ 328 ff N. 79; **Larenz,** Schuldrecht I, Sh. 228).

476 **MüKo/Gottwald,** § 328 N. 78; **Fikentscher,** § 37 VII 2, N. 261; **Hirth,** Sh. 125 vd.; **Larenz,** Schuldrecht I, Sh. 227; **Brox,** N. 378; **Soergel/Hadding,** Anh. § 328 N. 14, 16; **Palandt/Heinrichs,** § 328 N. 16; **Medicus,** Schuldrecht I, Sh. 353; **Urban,** Sh. 141 vd.; **Dammann,** N. 314.

477 **Dammann,** N. 315.

478 **MüKo/Gottwald,** § 328 N. 87 (Bu nedenle mesela hasta ziyareti için hastaneye gelmiş bulunan bir ziyaretçi, hastane ile yapılmış bulunan sözleşmenin koruma alanına dahil olmayacaktır. Bu doğrultuda bir karar için bkz. **BGHZ** 2, Sh. 94 vd.); **Hirth,** Sh. 123; **Soergel/Hadding,** Anh. § 328 N. 14; **Dammann,** N. 317.

479 **Dammann,** N. 332 ve orada yapılan atıflar; **Larenz,** Schuldrecht I, Sh. 227; **MüKo/Gottwald,** § 328 N. 88-89.

480 **Hirth,** Sh. 126.

481 **BGHZ** 56, Sh. 269.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

çerçevesinde bir sözleşmenin üçüncü şahsı koruyucu etkisi bakımından önemli olan husus, sözleşmenin üçüncü şahsın hukukî egemenlik alanını etkilemesi ve üçüncü şahıs bakımından normal şartlarda katlanılabilecek ölçüyü aşan bir zarar tehlikesi meydana getirmesidir[482]. Bu düşünce tarzı çerçevesinde sözleşmenin koruma alanı, bu sözleşme ile gerçekleştirilmek istenen amaç, üçüncü şahsın sözleşme konusu edim ile olan ilişkisi ve bu üçüncü şahsın objektif olarak belirlenecek korunma ve kollanma ihtiyacı dikkate alınmak suretiyle belirlenecektir[483]. Bir diğer ifadeyle alacaklının, sözleşmenin koruma alanına dahil edilmek istenen üçüncü şahsa karşı, herhangi bir üçüncü şahsa karşı olandan daha geniş kapsamlı bir koruma mükellefiyetinin bulunması yeterli kabul edilmektedir[484].

Bu hususta üçüncü kriter ise yukarıdaki iki kriterle ilgili olarak belirtilen hal ve şartların borçlu tarafından öngörülebilir olmasıdır (*Erkennbarkeit*). Bu kriterin ortaya konulması suretiyle, kimlerin korunması gerekli üçüncü şahıslar kapsamına dahil olduğu, imkân ölçüsünde önceden belirlenebilir hale getirilmek istenmektedir[485]. Böylece bu şart, borçluya ait sorumluluğun kapsamının önceden tahmin edilemeyecek bir şekilde genişlemesini engellemiş olmaktadır. Yalnız bu öngörülebilirlik değerlendirmesinin objektif kriterler dikkate alınmak suretiyle mi, yoksa subjektif kriterler dikkate alınmak suretiyle mi yapılacağı meselesi tartışmalıdır. Alman Federal Mahkemesi değerlendirmenin objektif kriterlere göre yapılmasını esas alırken[486]; doktrin subjektif kriterlere öncelik tanımaktadır[487].

Nihayet dördüncü ve son kriter ise üçüncü şahsın korunma ihtiyacı içerisinde bulunmasıdır (*Schutzbedürftigkeit*). Doktinde bütün yazarlar tarafından benimsenmiş olmayan[488] bu şart, üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisinin ikincil bir karaktere sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Buna göre üçüncü şahsın zararını tazmin etmesini sağlayacak akdî temelli bir başka talep hakkına sahip olduğu durumlarda o, (hakkaniyet ve adalet düşüncelerinin bir gereği olarak) korunma ihtiyacı içerisinde olmayacaktır[489].

---

482 Örnek olarak bkz. **BGHZ** 69, Sh. 82 (özellikle 86); Aynı doğrultuda **Erman/Westermann,** § 328 N. 12a ve 12b; **Hirth,** Sh. 127.

483 **MüKo/Gottwald,** § 328 N. 89; **Soergel/Hadding,** Anh. § 328 N. 15.

484 **Fikentscher,** § 37 VII 2, N. 261; **Hirth,** Sh. 127 vd.; **Larenz,** Schuldrecht I, Sh. 228; **Brox,** N. 378; **Palandt/Heinrichs,** § 328 N. 17; **Medicus,** Schuldrecht I, Sh. 353; **Urban,** Sh. 142; **Dammann,** N. 331.

485 Böylece üçüncü şahsın uğrayacağı zararı tazmin durumunda kalacağını tahmin edebilen borçlu, bu riske karşı kendisini korumak amacıyla tedbir alma (mesela bu riski sigorta ettirmek suretiyle) imkânına da sahip olabilecektir (**MüKo/Gottwald,** § 328 N. 91; **Soergel/Hadding,** Anh. § 328 N. 17; **Dammann,** N. 360).

486 **BGH,** NJW 1985, Sh. 489 vd.; **BGH,** NJW 1987, Sh. 1760.

487 **MüKo/Gottwald,** § 328 N. 91; **Fikentscher,** § 37 VII 2, N. 261; **Hirth,** Sh. 129; **Larenz,** Schuldrecht I, Sh. 227; **Brox,** N. 378; **Soergel/Hadding,** Anh. § 328 N. 17; **Palandt/Heinrichs,** § 328 N. 18; **Medicus,** Schuldrecht I, Sh. 354; **Urban,** Sh. 143; **Dammann,** N. 353; **Staudinger/Kaduk,** Vorb. § § 328 ff. N. 79.

488 Mesela **Fikentscher, Hadding, Medicus** ve **Larenz** böyle bir kriterin mevcudiyetinden söz etmemektedirler.

489 **MüKo/Gottwald,** § 328 N. 92; **Hirth,** Sh. 129; **Brox,** N. 378; **Palandt/Heinrichs,** § 328 N. 18; **Urban,** Sh. 144; **Dammann,** N. 376.

Alman Federal Mahkemesi[490] ve doktrindeki hâkim düşünce tarzına göre[491] üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşmenin koruma alanına, korunan üçüncü şahsın sadece şahıs varlığı hakları değil (safi malvarlığı zararları dahil) bütün malvarlığı hakları dahil bulunmaktadır[492]. Hatta Alman Mahkemelerinin bu hususta vermiş bulunduğu kararların çok büyük kısmı malvarlığı zararlarına ilişkindir[493].

Alman hukuk sisteminde ortaya atılmış ve geliştirilmekte olan bu teori, İsviçre[494] ve Türk[495] hukuk sistemlerinde de ilgiyle karşılanmıştır. Bu teori sayesinde zarar gören üçüncü şahıs haksız fiil sorumluluğuna nazaran daha elverişli olan akdî sorumluluk hükümlerinden yararlanma imkânı elde etmekte ve böylece, haksız fiil kurallarının koruma alanına dahil olduğu kabul edilmeyen safi malvarlığı zararlarını da (reine Vermögensschäden) tazmin ettirme imkânına kavuşmuş olmaktadır.

Yalnız ifade edilmelidir ki, mesele ne doktrin ve ne de kazai içtihatlar bakımından tam manasıyla açıklığa kavuşmuş olmayıp; bu güne kadar ileri sürülmüş bulunan fikirler çerçevesinde sözleşmelerin üçüncü şahıs yararına koruma etkisi ile ilgili genel bir kuralın ortaya konulması henüz mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle bir sözleşmeden doğan koruma mükellefiyetlerinin kapsamına üçüncü şahısların da dahil edilmesinin mümkün olup olmadığı her olayın kendi özellikleri dikkate alınarak araştırılması gereken bir mesele olarak karşımıza çıkacaktır. Yalnız bir sözleşme bakımından üçüncü şahıs yararına koruma etkisinin kabulü için sözleşmenin tamamlayıcı yoruma tabi tutulması veya tarafların bu hususta zımnî irade mutabakatının araştırılması zorunlu olup, bu faaliyetler de büyük ölçüde tarafların hayalî-varsayılan iradesine dayanmayı gerekli kılmakta ve netice olarak da sorumluluğun aşırı derecede genişletilmesi tehlikesini beraberinde getirmektedir[496]. Nihayet sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde tarafların, bu doğrultuda sağlayacakları açık veya zımnî bir mutabakat ile üçüncü şahısların sözleşmenin koruma alanına dahil edilmelerini sağlamaları da mümkündür[497].

---

490 **BGHZ** 49, Sh. 350 vd.; **BGH,** NJW 1965, Sh. 1955, 1957; Alman Federal Mahkemesinin bu doğrultudaki diğer kararları için bkz. **MüKo/Gottwald,** § 328 N. 74.

491 **Soergel/Hadding,** § 328 N. 18; **MüKo/Gottwald,** § 328 N. 94; **Staudinger/Jagmann,** Vorb. zu §§ 328 ff. N. 96; **Palandt/Heinrichs,** § 328 N. 19; **Erman/Westermann,** § 328 N. 13;); **Larenz,** Schuldrecht I, Sh. 229; **Fikentscher,** § 37 VII 2, N. 261; **Gernhuber,** Sh. 514; **Dammann,** N. 388; **Hirth,** Sh. 54, 55.

492 **Staudinger/Schiemann,** Vorb. zu §§ 249 ff. N. 66.

493 **BGHZ** 69, Sh. 82; **BGHZ** 75, Sh. 321; Bu hususta mahkeme kararlarının geniş bir listesi için bkz. **Hirth,** Sh. 81 dn. 328.

494 **Armbrüster,** Recht 11, Sh. 91; **Bucher,** Allgemeiner Teil, Sh. 484; **Gauch/Schluep,** N. 4049; **Honsell/Gonzenbach,** Art. 112 N. 23; **Kramer,** Berner Kommentar, Allg. Einl. N. 144 vd.; **Spiro,** Sh. 200, 293.

495 **Tandoğan,** Üçüncü şahsın zararı, Sh. 164 vd., 312 vd., 346; **Akyol,** Üçüncü şahıs yararına sözleşme, Sh. 51 vd.; **Oğuzman/Öz,** Sh. 794-795; **Eren,** Borçlar hukuku C. I, Sh. 38 vd.; C. II, Sh. 1141; **Kocayusufpaşaoğlu,** §2 N. 29 vd.; **Hatemi,** Sorumluluk hukuku, § 1 N. 13 vd. Uygulamada da bu görüşün etkileri görülmeye başlanmıştır: **Yarg. HGK,** 6.5.1992 t., E. 13-213, K. 315 (YKD Ağustos 1992, Sh. 1176 vd.).

496 **Ingenstau/Korbion,** § 10 N. 23 VOB/B; **Staudinger/Jagmann,** Vorb. zu §§ 328 ff. N. 104 vd. daha geniş açıklamalarla birlikte.

497 Fakat doğrusunu ifade etmek gerekirse, üçüncü şahısların açıkça sözleşmenin koruma alanına dahil edildikleri olaylar çok nadir olarak ortaya çıkar ve bu doğrultuda verilmiş bulunan kararların tamamına yakınında olduğu gibi, genellikle tarafların bu doğrultudaki zımnî

b. Taşeronluk sözleşmesi açısından üçüncü şahsı koruyucu etki

Taşeronluk sözleşmesinin iş sahibi yararına koruma etkisi meydana getirip getirmeyeceği meselesi ile ilgili olarak Alman ve İsviçre doktrininde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Gauch, taşeronluk sözleşmesinin üçüncü şahsı koruyucu etkiye sahip olması düşüncesini reddeder. Bu yazarın düşüncesine göre sadece taşeronluk sözleşmesinin akdedilmiş olması, otomatik olarak iş sahibi ile taşeron arasında iş sahibi lehine bir koruma mükellefileti meydana getirmek için yeterli değildir[498]. Alman hukuk sistemi bakımından **Rückteschler** de taşeronluk sözleşmesinin iş sahibi yararına koruma etkisi meydana getirmesi düşüncesini, iş sahibinin taşeronun edimi ile bir yakınlığının bulunmaması ve yine iş sahibinin korunma ihtiyacı içerisinde olmaması gerekçelerini ileri sürmek suretiyle kabul etmemektedir[499]. **Dammann** ise iş sahibi ile asıl müteahhit arasında kurulmuş bulunan asıl sözleşmenin taşeron yararına bir koruma etkisi meydana getireceğini ifade etmekte[500] ve fakat aynı şekilde taşeronluk sözleşmesinin iş sahibi yararına bir koruma etkisi meydana getirip getirmeyeceği hususunda düşüncesini açıklamamaktadır. Bizde ise Tandoğan *„...alt müteahhidin ediminin asıl iş sahibinin arsası, binası veya başka bir şeyi üzerinde yapıldığı hallerde asıl iş sahibi edimin kötü yapılması dolayısiyle bu şeylerin veya kendi kişisel varlıklarının edime yakınlığı dolayısiyle uğradığı zararın tazminini alt müteahhitten alt müteahhitlik sözleşmesinin ona yüklediği özen yükümlülüğüne dayanarak isteyebileceği"* düşüncesindedir[501].

Her şeyden evvel ifade edilmelidir ki, temel edim yükümü haricinde müstakil bir borç ilişkisi teşkil etmesi dolayısıyla üçüncü şahısların (bu arada iş sahibinin) alt irade mutabakatından kaynaklanan fer'i borçlardan istifade ettirilmesine herhangi bir engel yoktur. Gerçekten eser sözleşmesi, edim alacaklısını korumayı hedefleyen bir çok yan edim borcu içerir. Bu yan edim borçları arasında, iş sahibi tarafından teslim edilmiş bulunan malzemenin itinalı bir şekilde kullanılması, işin yapılmasının imkânsız hale gelmesi ihtimalinde iş sahibinin durumdan haberdar edilmesi, her iki taraf bakımından da karşı âkidi bilgilendirme yükümü, iş sahibinin mutlak haklarını tehdit eden tehlikelerden iş sahibini korumak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü ve işin zamanında tamamlanabilmesi için gerekli bütün tedbirleri almak ve böylece iş sahibi açısından sözkonusu olabilecek zarar tehlikesinin önüne geçmek borçları yer almaktadır. Aynı zamanda bu sözleşme tipinin üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisinin uygulandığı ilk

---

iradelerinin mevcut olup olmadığının araştırılması zorunluluğu sözkonusu olur (Mesela bkz. **BGH,** BauR 1985, Sh. 571, 572; **BGH,** VersR 1989, Sh. 375, 376; Bu hususta daha geniş açıklamalar için ayrıca bkz. **Staudinger/Jagmann,** Vorb. zu §§ 328 ff. N. 103 vd.).

498 **Gauch,** Werkvertrag, N. 169 ve 861; **Cerutti** ise taşeronluk sözleşmesinin eksik üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak akdedilmiş olması ihtimalinde, iş sahibini sözleşmenin koruma alanına dahil saymaktadır (N. 123, 568).

499 **Rückteschler,** Sh. 350.

500 **Dammann,** N. 150; **Schlechtriem** de, özellikle asıl müteahhidin iflas etmesi veya ayıp dolayısıyla ortaya çıkan zararların tamamen taşeronun ayıplı ifasının bir sonucu olduğu durumlarda, bu teori çerçevesinde iş sahibine, taşerona doğrudan müracaat imkânı tanınmasını kabul etmekte; fakat o da taşeronun iş sahibine herhangi bir talepte bulunabilip bulunamayacağı hususunda düşüncesini açıklamamaktadır (ZfBR 1983, Sh. 101, 103).

501 **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 87.

örneklerden birisi olduğu da ifade edilmelidir[502]. Yukarıda da açıklandığı gibi üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisinin en önemli zorluğu, *„bir sözleşmenin koruma alanına dahil edilecek üçüncü şahısların kimlerden ibaret olduğunun belirlenmesi"* teşkil eder. Bu çerçevede alt sözleşmeden kaynaklanan koruma yükümlülüklerinin kapsamına iş sahibinin dahil edilmesinin mümkün olup olmadığının tesbit edilebilmesi için, Alman Hukuk sisteminin bu teori ile ilgili olarak geliştirmiş bulunduğu kriterlerin bu irade mutabakatı bakımından gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi isabetli olacaktır:

Bu hususdaki **ilk kriter**, iş sahibinin taşeronun ediminin yakınında bulunması (***Leistungsnähe***) ve bu yakınlık nedeniyle alacaklı asıl müteahhit kadar tehlikeye maruz kalıp kalmaması ile ilgililidir. Böylece alt irade mutabakatının taraflarının öngörebilecekleri bir şekilde iş sahibinin, taşeronun edimi ile yakın bir ilişkiye girmiş olması gerekecektir. Taşeronun meydana getireceği edim, netice olarak iş sahibine ait olacağına (ve hatta yapı eserinin iş sahibine ait bir taşınmaz üzerinde meydana getiriliyor olması ihtimalinde, yapı eserinin bu taşınmazın bütünleyici parçası haline geldiği ilk andan itibaren onun mülkiyetine dahil olduğuna) göre, iş sahibinin taşeronun edimi ile olan yakınlığı herhalde bundan daha yoğun bir şekilde gündeme gelmeyecektir[503]. **Rückteschler**'in ileri sürdüğü gibi[504] *„sadece"* asıl müteahhit ile iş sahibi arasında ayrıca bir akdî ilişkinin mevcut olması da iş sahibinin edime yakınlığının bu yoğunluğunun ortadan kalkmasına sebebiyet vermeyecektir[505]. Zira işin yapımına taşeronun dahil edilmiş olması, taşeronun ediminin netice olarak iş sahibine ait olması gerçeğini değiştirmeyecektir[506]. Kaldı ki, üçüncü şahsa ait hukukî değerlerin sözleşmenin koruma alanına dahil edilmesinin temelinde, sözleşme taraflarının bu hususdaki iradelerinin değil, fakat daha ziyade üçüncü şahsa, kendisinin yabancı olduğu bir akdî ilişki dolayısıyla hukukî değerlerinin maruz kaldığı tehlike nedeniyle bir karşılık temin edilmesi yönündeki haklı menfaatinin yatmakta olduğu ifade edilmektedir[507]. Üçüncü şahsın bu menfaati, kural olarak onun sözleşme tarafları ile olan ilişkisinden ve onların menfaatlerinden bağımsızdır.

İkinci kriter ise asıl müteahhidin iş sahibine karşı bir koruma mükellefiyetinin bulunması ile ilgilidir (***Schutz-, Fürsorge-, Obhutsfplicht des Gläubigers gegenüber dem Dritten***). Yukarıda da açıklandığı üzere böyle bir mükellefiyet,

---

502 Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Hirth,** Sh. 18 vd. Ayrıca eser sözleşmesi bakımından üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisinin gösterdiği gelişme ile ilgili olarak bkz. **Hirth,** Sh. 44 vd.

503 Karş. **Chaix,** Sh. 260.

504 **Rückteschler,** Sh. 350.

505 **Fellmann** da alt vekâlet sözleşmesi ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir: İstisnaî durumlar hariç alt vekil, asıl vekilin müvekkilin menfaatlerini korumakla yükümlü olduğunu ve kendisine alt vekâlet sözleşmesi ile devredilen asıl iş kısmının netice olarak bu menfaatin gerçekleştirilmesine hizmet ettiğini bilir. Bu yüzden o, kendi edimi ile asıl vekâlet veren şahsın menfaatleri üzerinde etkili olacağını ve ilk vekilin kendi karşı âkidi olan ilk vekâlet verenin menfaatlerini korumak hususunda çok önemli bir menfaati bulunduğunu öngörmek zorundadır (Berner Kommentar, Art. 398 N. 618); Alt kira sözleşmesi ile ilgili olarak aynı doğrultuda: **Larenz,** Schuldrecht I, § 17 II, Sh. 228).

506 Karş. **Chaix,** Sh. 260.

507 **Gernhuber,** tarafından savunulmakta olan bu düşünce (Sh. 530), kitabının son baskısında **Larenz** tarafından da benimsenmiştir (Schuldrecht I, § 17 II, Sh. 227); Aynı doğrultuda açıklamalar için bkz. ve karş. **Hirth,** Sh. 127; **Erman/Westermann,** § 328 N. 12a.

sadece edimin alacaklısı ve onun aile fertleri bakımından değil; aynı zamanda alacaklının iş ilişkisi içerisinde olduğu şahıslar bakımından da gündeme gelebilmektedir. Mesele eser sözleşmesi bakımından değerlendirildiğinde bu koruyucu etki, özellikle eserin meydana getirilmesi yüzünden önemli ölçüde tehdit altında bulunan şahıslar bakımından tanınmaktadır. Böylece müteahhidin, iş sahibinin meydana getirilmekte olan yapı eserinin yakın çevresinde bulunan ailesine mensup bütün şahıslarla çalışanlarına karşı koruma ve kollama yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir[508]. Bu yükümlülük iş sahibinin aile mensupları ve çalışanları ile ilgili olarak asıl müteahhit bakımından[509]; asıl müteahhidin aile mensupları ve çalışanları ile ilgili olarak da taşeron bakımından sözkonusu olacaktır. Dikkat edilecek olursa bu neticeye, alacaklının üçüncü şahsa ait değerlerin korunması ile ilgilenmesi gerekliliği çerçevesinde ulaşılmaktadır. Taşeronun edimini, nihai olarak iş sahibine kendi ediminin bir parçası olarak arzedecek olan asıl müteahhidin, bu bakımdan iş sahibinin menfaatlerini korumak doğrultusunda bir isteğe sahip olacağı[510] ve onun ilgi alanı[511] içerisinde yer alacağı şüphesizdir[512]. Bu çerçevede taşeronun, asıl müteahhidin iş sahibine karşı riayet etmekle yükümlü olduğu yan edim borçlarına aynen riayet etmekle yükümlü olduğunun ifade edilmesi yanlış olmayacaktır[513].

Üçüncü şart ise korunması gerekli üçüncü şahısların kimlerden ibaret olduğunun taşeron tarafından öngörülebilir olmasıdır (***Erkennbarkeit***). Bu şart sözleşmelerin nisbîliği ilkesinin bu alandaki yansıması niteliğindedir. Zira sözleşmelerin nisbîliği prensibi, üçüncü şahıslar bakımından olduğu kadar,

---

508 **MüKo/Gottwald,** § 328 N. 133; **Akyol,** Dürüstlük kuralı, Sh. 50; **Oğuzman/Öz,** Sh. 794; Bu doğrultudaki kararlara örnek olarak bkz. **BGH** VersR 1955, Sh. 740, 742; **BGH** MDR 1956, Sh. 534, 535; **BGHZ** 33, Sh. 247, 248 ff.; **BGHZ** 55, Sh. 11, 18; aynı şekilde **Palandt/Heinrichs,** § 328 N. 31 daha geniş açıklamalarla birlikte.

509 Son zamanlarda verilmiş bir karara örnek olarak bkz. **BGH** BauR 1994, Sh. 780, 781.

510 **Larenz**'in düşüncesine göre, alacaklının üçüncü şahsı edimden istifade ettirmeyi istemesi ve netice olarak da onu bu yüzden ortaya çıkabilecek bütün âni tehlikelerden koruma düşüncesini taşıması yeterlidir (Schuldrecht I, § 17 II, Sh. 228). Böylece mesela bir taksi sürücüsü, kendi müşterisinin isteği doğrultusunda arabaya binmiş olan şahısların da gitmek istedikleri yere esenlik ve güvenlik içerisinde ulaşmalarından sorumlu olacaktır. Aynı doğrultuda açıklamalar için ayrıca bkz. **Spiro,** Sh. 293; **Chaix,** Sh. 261.

511 Buraya kadar ele alınmış bulunan iki şartı dikkate almak suretiyle **Kocayusufpaşaoğlu** şu nitelendirmeyi yapmaktadır: *„Burada sözü edilen üçüncü kişinin yalnız edimin „tehlike alanı" içinde değil, aynı zamanda alacaklının „ilgi alanı" içinde de yer alması şarttır."* (§ 2 N. 33).

512 **OLG Braunschweig** 7 Mart 1986 tarihli bir kararında taşeronun bu yükümlülüğünün, iş sahibi ve onun çalışanlarına karşı da bulunduğu sonucuna varmıştır [**OLG Braunschweig** *NJW-RR 1986, Sh. 1314; Bu kararı* ***MüKo/Gottwald*** *da onaylamaktadır (§ 328 N. 133)*]. Mahkeme kararını, iş sahibinin sözleşmenin koruma alanına dahil edilmesinin, iş sahibi ile onun çalışanları karşısındaki benzer yükümlülükleri nedeniyle asıl müteahhidin muhtemel iradesine uygun olduğu; taşeronun ise asıl müteahhidin bu yöndeki muhtemel iradesini öngörebileceğini kabul ederek, sözleşmenin koruma alanının dürüstlük kuralına dayalı olarak zımnen genişletilmiş olduğu gerekçesine dayandırmıştır (**OLG Braunschweig** *NJW-RR 1986, Sh. 1314).* Mahkemenin bu kararı, asıl müteahhidin her zaman kendi sorumluluğunu sınırlamak yönünde bir iradeye sahip olacağı; bu nedenle de sözkonusu yaklaşım tarzının taşeronluk sözleşmesinin mevcut olduğu bütün durumlarda bu teoriye dayalı olarak taşeronun iş sahibine karşı tazminat yükümlülüğünün doğması sonucuna yol açacağı gerekçesi ile eleştirilmiştir (**Schwarz,** Sh. 66).

513 **Kaiser,** N. 97b ve aynı yerde dn. 50; **Schlechtriem,** ZfBR 1983, Sh. 101, 103; **Chaix,** Sh. 261.

sözleşmenin taraflarına da hak ve borçlarının kapsamını belirleme imkânı vermeyi amaçlar.

Eğer taşeron, sözleşme konusu edimin netice olarak bir üçüncü şahsa tahsis edildiğini biliyorsa, edimini kötü ifa etmesi ihtimalinde bu üçüncü şahsın zarara uğrama ihtimalinin bulunduğunu da bilmezlikten gelemeyecektir[514]. O halde taşeron, duruma göre iş sahibinin zararını tazmin etme borcunun kapsamını değerlendirme imkânına sahip olduğunda, nisbîlik prensibinin bir yansıması olan öngörülebilirlik şartı da gerçekleşmiş olacaktır. Alman Federal Mahkemesinin düşüncesinin[515] aksine, bu durumun taşeron tarafından öngörülebilir olup olmadığı hususundaki değerlendirme, onun subjektif durumu dikkate alınmak suretiyle[516] yapılmalıdır. Böylece bu değerlendirme yapılırken her olayın kendi özel şartlarının dikkate alınması, bir taraftan taşeronun meydana getireceği edimin kaderinin ne olacağını bilip bilmediğinin, diğer yandan da kendi karşı âkidinin (iş sahibine karşı) yüklendiği koruma mükellefiyetinin bilincinde olup olmadığının doğru bir şekilde tesbit edilebilmesi için gereklidir[517].

Mevcut olayın gelişim tarzı değerlendirildiğinde, genellikle asıl müteahhidin de kendisi gibi bir müteahhit olduğunu bilebilecek durumda olan taşeron, kendi ediminden nihai olarak yararlanacak olan şahsın asıl müteahhit değil, bu edim bakımından da asıl müteahhide karşı alacaklı konumunda bulunan iş sahibi olduğunu da bilebilecek durumda olacaktır[518]. Böylece taşeron ediminin borca aykırı olması ihtimalinde nihai olarak iş sahibinin zarara uğrayacağını da öngörebilecektir. Özellikle sürekli olarak aynı genel müteahhidin yürütmekte olduğu işlerde görev almakta olan taşeronlarla, böyle olmasa bile faaliyetlerini iş sahibine ait taşınmaz üzerinde yürütmekte olan taşeronlar[519] bakımından durum böyledir. Yine işin yapımına dahil edilecek taşeronun iş sahibi tarafından belirlendiği durumlar için de aynı şey geçerlidir. Ayrıca, bir yapı eserinin meydana getirilmesi amacıyla, hemen daima birden fazla taşeron görevlendirilecek ve bu taşeronlar bazen aynı zaman dilimi içerisinde, bazen ise birbirlerini takip ederek aynı proje kapsamında faaliyet göstereceklerdir. Böyle durumlarda da taşeron veya taşeronların ayrı bir iş sahibinin varlığından haberdar olmadıklarını iddia etmeleri epeyce zorlaşacaktır.

Bütün bu açıklamalar çerçevesinde, olayların büyük bir çoğunluğunda taşeronluk sözleşmesinin koruma alanı içerisine iş sahibinin dahil edilmesi gerekliliğinin

---

514 **Chaix,** Sh. 261.

515 **BGH,** NJW 1985, Sh. 489 vd.; **BGH,** NJW 1987, Sh. 1760.

516 **MüKo/Gottwald,** § 328 N. 91; **Fikentscher,** § 37 VII 2, N. 261; **Hirth,** Sh. 129; **Larenz,** Schuldrecht I, § 17 II, Sh. 227; **Brox,** N. 378; **Soergel/Hadding,** Anh. § 328 N. 17; **Palandt/Heinrichs,** § 328 N. 18; **Medicus,** Schuldrecht I, Sh. 354; **Urban,** Sh. 143; **Dammann,** N. 353; **Staudinger/Kaduk,** Vorb. §§ 328 ff. N. 79; **Chaix,** Sh. 262; **Bucher,** Allgemeiner Teil, Sh. 484.

517 **Chaix,** Sh. 262.

518 **Fellmann** da ait vekâlet sözleşmesi bakımından aynı neticeye ulaşmaktadır (Berner Kommentar, Art. 398 N. 618).

519 **Chaix,** Sh. 262; Aynı yönde **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 87.

taşeron tarafından öngörülebilir olacağı değerlendirmesini yapmak isabetli olacaktır[520].

Bir üçüncü şahsın sözleşmenin koruma alanına dahil edilebilmesi için doktrinde bazı yazarlar tarafından aranmakta olan **sonuncu şart** ise iş sahibinin korunma ihtiyacı içerisinde bulunmasını (***Schutzbedürftigkeit***) gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede eğer iş sahibi, akdî temele dayalı bir başka dava hakkına sahip olması nedeniyle uğramış bulunduğu zararın tamamını tazmin ettirme imkânına sahip ise aslen taşeronluk sözleşmesinin koruma alanı içerisine dahil edilme ihtiyacı içerisinde olmayacaktır. Buna göre iş sahibinin taşeronluk sözleşmesinin koruma alanı içerisine dahil edilmesi ancak üç durumda sözkonusu olabilecektir: 1. Asıl müteahhidin BK m. 100 çerçevesinde taşeronun fiilleri ile ilgili kurtuluş kanıtı getirmesi ihtimali; 2. Asıl müteahhidin aksi yöndeki irade açıklamasına rağmen, iş sahibinin belirli bir taşeronun işin yapımına dahil edilmesi doğrultusundaki talimatında ısrar etmesi; 3. Asıl inşaat sözleşmesinde taşeronun fiillerinden sorumluluğu daraltıcı veya tamamen sona erdirici bir kayda yer verilmiş olması ihtimali.

Böylece taşeronluk sözleşmesi bakımından üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisinin uygulama alanı bu üç ihtimal ile sınırlanmış olmaktadır[521]. Diğer ihtimaller bakımından iş sahibi, uğramış bulunduğu zararın tazmini ile ilgili olarak korunma ihtiyacı içerisinde olmayacaktır; zira o, bütün zararlarının tazmini ile ilgili olarak aslen asıl müteahhidi dava etme imkânına sahiptir.

c. Taşeronun sahip olduğu itiraz ve def'i haklarının durumu

İş sahibine tanınmış bulunan doğrudan müracaat imkânı bakımından, bu imkânın hukukî temelinden bağımsız olarak, öncelikle taşeronun sahip olduğu itiraz ve def'i haklarının durumunun incelenmesi gerekir. Zira bu durumlarda, sözleşmelerin nisbîliği ilkesinin bir gereği olarak iş sahibinin, asıl müteahhidin sahip olabileceği imkânlardan daha fazlasına sahip kılınmaması gerekecektir. Sözleşmenin koruma alanının genişletilmesinin bu şekilde sınırlandırılması, tazmin borcunun kapsamının borçlu tarafından öngörülebilir olması zorunluluğunun da bir gereğidir[522]. Ayrıca ifade edilmelidir ki bu teorinin kaynağı durumunda olan Alman doktrini de bu hususta, üçüncü şahıs yararına sözleşmeden kaynaklanan kurallar doğrultusunda, borçlunun kendi alacaklısına karşı sahip olduğu itiraz ve def'i haklarını üçüncü şahsa karşı da kullanabileceğini[523]; zira bu üçüncü şahsın, bizzat alacaklının sahip olduğu haklardan daha fazlasına sahip kılınmasının doğru olmayacağını ifade etmektedirler[524].

---

520 Aynı netice için bkz. **Chaix,** Sh. 263.

521 **Chaix,** Sh. 263.

522 Karş. **Honsell/Schluep,** Einl. Art. 184 ff. N. 73 vd.

523 Alman doktrininde bazı yazarlar bu sonuca §334 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle ulaşılmasını kabul ederken (**Brox,** N. 379; **Fikentscher,** § 37 II, N. 262); diğer bazıları ise sadece, üçüncü şahısların tarafı olmadıkları bir akdî ilişkiden, bu ilişkiye taraf olan şahıslardan daha fazla hak elde etmeyi bekleyemeyeceklerini ifade etmekle yetinmektedirler (**Soergel/Hadding,** Anh. § 328 N. 21; **Larenz,** Schuldrecht I, § 17 II, Sh. 229).

524 **Brox,** N. 379; **Fikentscher,** § 37 II, N. 262.

Böylece taşeron, iş sahibinin kendisine yönelteceği bir tazminat talebine karşı asıl müteahhidin müterafık kusurunun bulunduğunu[525], taşeronluk sözleşmesinde yer verilmiş olabilecek bir sorumluluktan beraat şartının mevcudiyetini[526], taşeronluk sözleşmesinden kaynaklanan haklarla ilgili zamanaşımı def'ini[527] veya ayıpla ilgili muayene ve ihbar mükellefiyetlerinin yerine getirilmiş olmadığını iş sahibine karşı da ileri sürebilecektir.

IV. Taşeronun iş sahibine doğrudan müracaat imkânı

1. Genel olarak

Taşeronun iş sahibine karşı doğrudan müracaat imkânına sahip olup olmaması, daha ziyade ücret alacağı bakımından önem taşır. Taşeron, yapı eserinin değerinin artmasına katkıda bulunmuş olması dolayısıyla bu doğrultuda kendisine göre haklı bir beklenti içerisinde olabilecektir. Halbuki bazı hukuk sistemlerinin[528] aksine hukuk sistemimiz, asıl müteahhidin ücret alacağını ödememesi durumunda taşerona, doğrudan iş sahibine müracaat etme imkânı vermemektedir. İş sahibinin, taşeronun ediminin dolaylı alacaklısı konumunda olması da bu neticede bir değişikliği yol açmaz. Zira iş sahibi taşeronluk sözleşmesinin tarafı olmadığından bu akdî ilişkiden onun aleyhine bir borç doğması kural olarak sözkonusu olmaz. Bu hukukî duruma, asıl sözleşmenin üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak akdedilmiş olması ihtimalinde bir istisna getirmek mümkün olabilecektir.

Yine yapı eserinin, iş sahibine ait bir arsa üzerinde meydana getirilmekte olduğu durumlarda taşeron, iş sahibine karşı kullanabileceği önemli bir imkâna sahiptir. Bu da MK m. 807/I b. 3 hükmü ile kendisine tanınmış bulunan tescile bağlı kanunî ipotek hakkıdır. Bu imkân aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir[529]. Fakat ifade edilmelidir ki taşeronun bu imkândan istifade edebilmesi, borcunu ifa etmek suretiyle taşınmazın değerinde bir artış meydana getirmiş olmasını şart kılar. Oysa taşeron borcunu henüz ifa etmediği bir dönemde de iş sahibine isnadı kabil bir sebeple zarara uğramış olabilir; ve böyle bir ihtimalde bu imkândan istifade etmesi sözkonusu olmaz. Aynı şekilde iş sahibinin kamu tüzel kişisi olması ve üzerinde inşaat yapılan taşınmazın da kamu malı olması ihtimalinde gerek asıl müteahhidin ve gerekse taşeronun böyle bir mal üzerinde ücret alacağı için ipotek hakkının tescilini talep etmeleri mümkün değildir. Zira bu tür malların borcun ödenmemesi ihtimalinde cebri icraya konu edilerek paraya çevrilmeleri imkânı yoktur[530]. Bu ihtimaller bakımından ise taşerona iş sahibine karşı doğrudan müracaat imkânı verecek başka hukukî imkânların bulunup bulunmadığının araştırılması isabetli olacaktır.

---

525 **MüKo/Gottwald,** § 328 N. 101; **Soergel/Hadding,** Anh. § 328 N. 23; **Staudinger/Kaduk,** Vorb. §§ 328 ff. N. 81.

526 **Soergel/Hadding,** Anh. § 328 N. 22; **Palandt/Heinrichs,** § 328 N. 20.

527 **MüKo/Gottwald,** § 328 N. 106; **Soergel/Hadding,** Anh. § 328 N. 26.

528 Fransız hukuk sistemi taşerona böyle bir imkân tanımaktadır (Loi Nr. 75-1334, t. 31.12.1975).

529 Bkz. §7. V.

530 **BGE** 105 IV 102 vd.; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 91; **Eren,** Müteahhidin borçları, Sh. 67.

Taşeronun böylece iş sahibine karşı doğrudan dava hakkına sahip olup olmadığının araştırılması en azından iki sebeple zorunlu gözükmektedir: Öncelikle iş sahibinin kural olarak asıl müteahhidin ifa yardımcısı sayılmaması nedeniyle, bu şahsın fiillerinden asıl müteahhidin sorumluluğuna gidilmesinin mümkün olmaması; bunun yanında bir de taşeronun maruz kaldığı zararların daha ziyade safi malvarlığı değerlerine (reine Vermögensschäden) ilişkin olması ve bu değerlerin haksız fiil sorumluluğunun kapsamına dahil olduğunun kabul edilmemesi.

Bu doğrultuda iş sahibinin taşeron karşısında gündeme gelebilecek sorumluluğu, taşeronun iş sahibine karşı olan sorumluluğunun ters çevrilmiş şekli olacaktır. Yalnız bu ihtimalde ortaya çıkan sorunlar birincisinden farklıdır. Zira müteahhidin iş sahibine karşı riayet etmekle yükümlü olduğu mükellefiyetleri ayrıntılı bir şekilde düzenlemiş bulunan kanun koyucu, ne iş sahibinin benzer mükellefiyetlerinin bulunup bulunmadığı ve ne de bu mükellefiyetlere aykırı hareket edilmesi ihtimalinde ne gibi sonuçların ortaya çıkacağını düzenleme gereği duymamıştır. Bu nedenle iş sahibinin müteahhide karşı riayet etmekle yükümlü olduğu mükellefiyetlerin mevcudiyet ve kapsamının belirlenmesi görevi doktrine düşmekte; iş sahibinin, mevcudiyeti kabul edilen ve yan edim mükellefiyeti olarak nitelenen bu mükellefiyetlere aykırı hareket etmesi durumunda ise sadece meydana gelen zararı tazmin borcu doğmakta; yoksa müteahhide, kendisinin ayıba karşı tekeffül borcu kapsamında ortaya çıkacağı kabul edilen yenilik doğuran haklara benzer bazı hakların tanınması sözkonusu olamamaktadır. Bu durum ise yan edim mükellefiyetlerinin doğumuna kaynaklık eden akdî ilişkiye taraf olmayan bir şahsın da sözkonusu yan edim mükellefiyetlerinden istifade ettirilmesine ilişkin hassas sorunların doğumuna sebebiyet vermektedir.

Bu hususdaki hukukî imkânların incelenmesi esnasında da açıkça görüleceği üzere, taşeronun iş sahibine karşı doğrudan müracaat imkânı ya tarafların taşeronun da sözleşmeden kaynaklanan yan edim mükellefiyetlerinin kapsamına dahil edilmesi doğrultusundaki somut iradesinden; ya da mevcut hukukî ilişkiye bir diğer hukukî müessesenin uygulanmasından kaynaklanabilecektir

2. Tarafların iradesi

Taraflar arasında sağlanacak bir mutabakat çerçevesinde taşerona hem ücret alacağı ve hem de uğraması ihtimali bulunan diğer zararları ile ilgili olarak doğrudan iş sahibine müracaat imkânı da tanınmış olabilir. Böyle bir imkânı taşeron, ya iş sahibinin doğrudan kendisine karşı bu doğrultuda bir taahhüt altına girmiş olması sebebiyle ya da asıl sözleşmenin üçüncü şahıs yararına sözleşme şeklinde akdedilmiş olması nedeniyle elde etmiş olabilir. Her iki ihtimalde de tarafların bu doğrultuda bir iradeye sahip olmaları zorunludur[531]. Böylece mesela asıl sözleşmede iş sahibi, ücret ödeme borcunu doğrudan taşerona karşı yerine getirmeyi kabul etmeli ve yine taşerona da ya tarafların açık iradesi ya da mevcut teamül[532], ücret alacağının ödenmesi talebini doğrudan iş sahibine ileri sürme imkânını vermelidir (BK m. 111/II).

---

[531] **Cerutti,** N. 569 vd.; **Saxer,** Sh. 127.

[532] Ne İsviçre ve Alman Hukuk sistemleri bakımından ve ne de bizim hukuk sistemimiz bazımından bu yönde bir teamülün varlığından söz edilebilir.

Nasıl ki taşeron kendi faaliyetleri neticesinde ortaya çıkması muhtemel zararlar nedeniyle iş sahibine karşı doğrudan taahhüt altına girebiliyorsa; aynı şekilde iş sahibi de taşerona karşı, taşeronun uğraması muhtemel zararları tazmin etmek hususunda bir taahhüt altına girmiş olabilir. Böyle bir ihtimalde taşeronluk ilişkisini meydana getirmekte olan iki ayrı eser sözleşmesi dışında, iş sahibi ile taşeron arasında da ayrı bir irade mutabakatı sözkonusu olacaktır. Bu tür bir irade mutabakatı duruma göre ya bir garanti sözleşmesi (BK m. 110) ya da kefalet sözleşmesi (BK m. 483 vd.) olarak ortaya çıkabilecektir[533]. Benzer şekilde iş sahibinin, taşerona karşı asıl müteahhidin ücret ödeme borcunu müteselsil olarak ödemeyi borçlanması[534] veya yine asıl müteahhidin borcunu (privativ veya kümülatif olarak) üstlenmesi de (BK m. 174 vd.) düşünülebilir.

Teorik olarak gerçekleşme ihtimali bulunan bu hukukî durumun, uygulamada gerçekleşme ihtimali ise çok zayıftır[535]. Zira taşeronun iş sahibi ve asıl müteahhit karşısındaki konumu genellikle, ne iş sahibine ayrıca bir garanti veya kefalet taahhüdünü kabul ettirebilecek ve ne de asıl eser sözleşmesinin kendisi yararına bir sözleşme olarak akdedilmesini temin edebilecek kadar güçlü değildir. Böyle bir ihtimal, sadece taşeronun kendi alanında sahip olduğu yapım teknikleri ile ilgili özel bilgi birikimi (know-how) nedeniyle aranan bir müteahhit olması durumunda sözkonusu olabilecektir[536]. Ancak bu ihtimalde taşeron, asıl müteahhidin kendi ücret alacağını ödememesi veya herhangi bir şekilde zarara uğramış olması ihtimalinde kendisini garantiye alacak hükümleri muhataplarına kabul ettirme imkânına sahip olabilecektir.

Yine iş sahibi, işin yapımına dahil edilmesi sözkonusu olan taşeronların belirlenmesi hususunda asıl müteahhit üzerinde etkili olma imkânına sahip olduğundan, taşerona kendisine karşı ayrıca bir garanti taahhüdünde bulunması hususunda baskı yapma imkânına sahip olabilirken, taşeronun böyle bir imkânı da bulunmamaktadır. Zira taşeron, genellikle asıl müteahhit tarafından belirlenir ve dolayısıyla onun, iş sahibinin belirlenmesi hususunda bir tercih imkânına sahip olması da gündeme gelmez[537].

Kaldı ki asıl müteahhit ile iş sahibi, sözleşme çerçevesinde gündeme gelebilecek yan edim mükellefiyetlerini düzenleyip bu mükellefiyetlerden taşeronun da istifade edebileceğini hükme bağlamak isteseler de; bu tür mükellefiyetlerin kapsam ve içeriği her olayın gelişim tarzı dikkate alınmak suretiyle dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenmekte olduğundan[538], önceden bu mükellefiyetleri belirlemeleri ve bunlardan taşeronun da istifade ettirileceğini kararlaştırmaları mümkün olmayabilir. Böyle bir durumda ne tür bir mükellefiyet altına girdiğini bilmeyen iş sahibinin, taşeronun da bu mükellefiyetlerden istifade ettirilmesi yönünde bir iradeye sahip olduğunun söylenmesi pek mümkün gözükmemektedir.

---

533 Karş. **Gauch,** Werkvertrag, N. 174; **Sajonz,** Sh. 212; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 126 VOB/A; **Saxer,** Sh. 128.

534 **Gauch,** Werkvertrag, N. 174.

535 **Chaix,** Sh. 269; Karş. **Cerutti,** N. 574.

536 **Cerutti,** N. 576; **Chaix,** Sh. 270.

537 **Chaix,** Sh. 269.

538 Bu hususta özel olarak bkz. §4. III. 2. d.

Nihayet taşeron, asıl müteahhidin ücret alacağının bir kısmı veya tamamını temlik etmesi ihtimalinde de (BK m. 164 vd.) iş sahibine karşı doğrudan başvuru imkânına sahip olabilir. Fakat bu ihtimalde taşeronun, taşeron sözleşmesinden kaynaklanan ücret alacağını değil, asıl eser sözleşmesi çerçevesinde asıl müteahhidin sahip olduğu ücret alacağını iş sahibine karşı ileri sürme imkânına sahip olduğu gözden uzak tutulmamalıdır[539].

3. Üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisi

Taşeronun iş sahibine doğrudan müracaatına hukukî temel teşkil edebilecek bir kurum da üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisidir. Daha önce de ifade edildiği gibi bu teorinin klasik uygulama alanlarından birisi eser sözleşmesidir.

İş sahibinin uğramış bulunduğu zararların tazmini bakımından, onun taşerona karşı yönelteceği tazminat taleplerine hukukî temel teşkil eden bu teori, aynı şekilde taşeronun uğramış bulunduğu zararların tazmini bakımından da hukukî temel teşkil etmeye uygun gözükmektedir. Bu teorinin ilk defa uygulanıp geliştirildiği Alman Hukuk Literatüründe de taşeronun, özellikle inşaat sözleşmeleri bakımından asıl müteahhit ile iş sahibi arasındaki sözleşmenin koruma alanına dahil olduğu kabul edilmektedir[540].

a. Teorinin uygulanma şartları

Eğer müteahhit sözleşme gereği yapması gereken işleri iş sahibine ait bulunan bir mekanda veya onun organizasyonu altında yapıyorsa, iş sahibinin müteahhide karşı kendi işçisi imiş gibi koruma yükümlülüklerinin gündeme geleceği ve böylece BK m. 332 hükmünün (§ 618 BGB) eser sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulacağı genel olarak kabul edilmektedir[541]. Bu sebeple iş sahibinin BK m. 332 hükmüne kıyasen asıl müteahhit ve onun inşaatta görevlendirdiği şahıslarla ilgili olarak koruma mükellefiyeti mevcuttur[542]. Yalnız ifade etmek gerekir ki, inşaat işlerini asıl müteahhit ile birlikte veya onun yerine yapmak üzere görevlendirilmiş bulunan taşeronların da bu kapsama dahil edilmesi suretiyle sözleşmenin üçüncü şahsı koruyucu etkisi ile ilgili talep haklarına sahip olabilip olamayacağı meselesi tartışmalıdır[543]. Esas itibariyle burada dikkate alınmak zorunda olan husus asıl

---

539 **Saxer,** Sh. 129.

540 **MüKo/Gottwald,** § 328 N. 93 vd.; **Soergel/Hadding,** Anh. § 328 N. 41 vd.; **Palandt/Heinrichs,** § 328 N. 31; Bu doğrultuda bir Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGHZ** 56, Sh. 269 vd. (Bu karara konu teşkil eden olayda, taşeronun işlerini iş sahibi tarafından kurulmuş bulunan bir iskele üzerinde yapması sözkonusudur. Bu işlerin yapılması esnasında iskele çökmüş ve taşeron yaralanmıştır. Yaralanan taşeron, uğramış bulunduğu zararlarının tazmini amacıyla iş sahibini dava etmiş ve mahkeme prensip olarak taşeronun davasını haklı bulmuş; fakat asıl sözleşmede yer verilmiş bulunan bir mes'uliyetten beraat şartı nedeniyle taşeronun açmış bulunduğu davayı reddetmiştir).

541 Bu konuda ve iş sahibinin yan edim mükellefiyetleri ile ilgili geniş bilgi için bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 894 vd.; **Staudinger/Oetker,** § 618 N. 58.

542 **BGHZ** 5, Sh 62, 64 ff.; **BGHZ** 26, Sh. 365, 368; **BGHZ** 33, Sh. 247, 248 ff.; **Palandt/Heinrichs,** § 328 N. 31.

543 **MüKo/Gottwald** bu sonucu **BGH'**nın VersR 1970, Sh. 831'deki kararına işaret ederek açıkça kabul etmektedir (§ 328 N. 134) Fakat işaret edilen BGH kararına konu olay, inceleme konusu bakımından önemli olan taşeronun sözleşmenin koruma alanına dahil edilebilip edilemeyeceği sorunu ile ilgili değil; aksine bir genel müteahhidin (daha doğrusu bu genel müteahhit ile akdî ilişki içerisinde bulunan taşeronun), iş sahibinin üçüncü bir müteahhide

müteahhidin, işçilerine karşı olduğu gibi taşerona karşı da özel bir tarzda koruma mükellefiyetinin bulunmadığıdır. Eğer iş sahibi ile asıl müteahhit açıkça başka bir mutabakata varmışlar veya taşeronun sözleşmenin koruma alanına dahil edilmesi yolunda sözleşmeye somut bir hüküm koymuşlarsa, herhalde bu hususta ayrıntılı bir inceleme yapılması yerinde olacaktır.

Bu kapsamda olmak üzere mesela taşeronun da iş sahibinin isteği doğrultusunda, iş sahibi tarafından temin edilmiş bir iş aletini kullanması sözkonusu ise bu takdirde, koruma yükümünün taşeron lehine genişletilmesini gerekli kılan özel bir durumun mevcut olduğu kabul edilmektedir[544]. Bu ihtimal bakımından iş sahibinin bu hususstaki isteği, koruma alanına taşeronun da dahil edilmesini haklı çıkaran ***bir emare*** teşkil etmektedir. Yine taşeronun işlerini, iş sahibinin **muvafakati** ile iş sahibine ait bulunan bir mekanda yapması sözkonusu ise iş sahibi bilerek taşeronun kendi sorumluluk alanına girmesine müsaade etmiş olur ki, böyle bir ihtimalde de taşeronu, asıl müteahhidin sözleşmenin koruma alanına dahil ettiği kendi işçileri ile aynı şekilde değerlendirmek ve ifa yardımcısı sıfatıyla sözleşmenin koruma alanına dahil etmek yerinde olur. Her ne şekilde görevlendirilmiş olursa olsun, asıl mütahhidin yetkisiz bir şekilde işin yapımına dahil etmiş bulunduğu taşeronları sözleşmenin koruma alanına dahil etmek ise mümkün değildir; zira böyle bir ihtimalde iş sahibi, taşeronun işe dahil edileceğini hesaba katmak zorunda olmadığı gibi; asıl sözleşmede müteahhidin kendi işçileri dışındaki şahısları sözleşmenin koruma alanına dahil edeceğine dair bir emare-işaret bulunması da mümkün değildir.

Benzer şekilde, işin yapımına dahil edilmesi sözkonusu olan taşeronun, iş sahibi tarafından belirlenmekte olduğu durumlar bakımından da aynı sonuca ulaşmak ve iş sahibi tarafından belirlenen taşeronların da sözleşmenin koruma alanına dahil olacaklarını kabul etmek isabetli bir yaklaşım tarzı olacaktır. Bu ihtimalde de iş sahibi, kendisi tarafından işin yapımına dahil edilmesi sözkonusu olan taşeronların sözleşmenin koruma alanına dahil olacaklarını öngörebilme bakımından herhangi bir zorlukla karşılaşmayacaktır.

Nihayet sözleşme metninde, taşeronun sözleşmenin koruma alanına dahil edilmesi ile ilgili somut bir emarenin mevcudiyeti Alman Federal Mahkemesinin 2 Mayıs 1985 tarihli kararına konu olmuş olay bakımından da kabul edilebilir[545]. Bu karara konu olayda iş sahibi ile genel müteahhit, *„müteahhide ait bulunan plan, proje, harita ve benzeri dokümanların müteahhidin izni olmaksızın çoğaltılamayacağı veya aleniyete intikal ettirilemeyeceği kuralını"* da (§ 3 Nr. 6 VOB/B) bünyesinde barındıran VOB/B'nin, aralarındaki akdî ilişki bakımından uygulama alanı bulacağı hususunda anlaşmışlardır. Alman Federal Mahkemesi bu koruma kuralının, genel müteahhidin edim borcunun ifasında taşeron kullanmış ve taşerona ait benzer nitelikteki belge ve dökümanları iş sahibinin emrine vermiş olması halinde, taşerona ait bu belge ve dökümanlar bakımından da uygulama alanı bulacağı neticesine varmıştır. Bu karar, taşeronun ancak asıl sözleşmenin kurulmasından sonra görevlendirilmiş olabileceği ve iş sahibinin bu görevlendirmeyi sözleşmenin kurulması esnasında hesaba katmak zorunda olmaması nedeniyle tereddüde yol

---

karşı sözkonusu koruma mükellefiyetleri bakımından ne ölçüde iş sahibinin ifa yardımcısı sayılabileceği sorunu ile ilgilidir.

544 **BGHZ** 56, Sh. 269, 271.

545 **BGH** BauR 1985, Sh. 571 vd.

açabilir. Fakat mahkeme haklı olarak, taşeronun edimi ile dokümanlarının, asıl müteahhide ait olup haklarında çoğaltılma yasağı bulunan diğer belge ve dokümanlarla birlikte iş sahibi tarafından herhangi bir itiraz ileri sürülmeksizin kabul edilmiş olmasında, taraflar arasında taşerona ait belge ve dokümanların da bu korumadan yararlandırılmsı hususunda zımnî bir mutabakat niteliği görmüş ve ona ait belge ve dokümanların da onun izni olmaksızın çoğaltılamayacağı ve başka bir şekilde değerlendirilemeyeceği neticesine varmıştır.

b. İş sahibine ait def'i ve itirazların durumu

İş sahibi, asıl müteahhidin benzer taleplerine karşı ileri sürebileceği bütün itiraz ve def'ileri taşerona karşı da ileri sürebilmelidir. Zira taşeron, sözleşmenin koruma alanına dahil olduğunda hiç bir şüphe bulunmayan asıl müteahhitle mevcut akdî ilişkisi dolayısıyla asıl inşaat sözleşmesinin koruma alanına dahil edilmekte ve ona böylece tanınmış bulunan talep haklarının asıl sözleşme ile meydana gelmiş bulunan akdî ilişkinin kapsamında değişiklik meydana getirmesi mümkün gözükmemektedir. İş sahibi, taşeronun asıl sözleşmenin koruma alanına dahil edilmesi suretiyle içerisinde bulunduğu hukukî durumdan daha kötü bir konuma getirilmemelidir.

Bu çerçevede olmak üzere mesela iş sahibi, sözleşmenin koruma alınına dahil edilen taşeronun zarara uğramasında asıl müteahhidin de kusurunun bulunduğunu ileri sürebilecektir (BK m. 98/II yollaması ile BK m. 44/I).

c. Değerlendirme

Yapılan bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere taşeronun, her durumda iş sahibi ile asıl müteahhit arasındaki sözleşmenin koruma alanına dahil edilmesi mümkün gözükmemektedir. Bunun sebebi taşeron ile asıl müteahhit arasında işçi ile müteahhit arasındaki ilişkiye benzer bir tabiiyyet ilişkisinin bulunmaması olup; taşeronun bağımsız bir müteahhit olarak yapı eserinin meydana getirilmesine katkıda bulunmasıdır. Bu çerçevede taşeronun asıl sözleşmenin koruma alanına dahil olduğunun kabul edilebilmesi için (onun) bu sözleşmenin ifasına katkıda bulunmuş olması olgusu dışında, asıl sözleşme taraflarının bu yönde bir iradeye sahip olmalarını aramak isabetli bir yaklaşım tarzı olacaktır. Yalnız tarafların bu yöndeki iradelerine açıkça asıl sözleşmede yer vermiş olmalarını zorunlu görmek ise taşeronun hiç bir zaman bu imkândan istifade ettirilmemesi neticesine yol açacaktır. Zira unutulmaması gerekir ki koruma mükellefiyeti, bir yan edim mükellefiyeti olup; bu mükellefiyetin kapsam ve içeriği, her akdî ilişkinin kendi özelliklerinin dürüstlük kuralı (MK m. 2) çerçevesinde değerlendirilmesi suretiyle ve genellikle ihtilafın doğumundan sonra gündeme gelir. Bu nedenle tarafların sözleşmenin kurulması aşamasında bu mükellefiyetlerin kapsam ve içeriğini belirlemeleri ve bunlardan taşeronun da istifade ettirileceğini kararlaştırmaları (fiilen) mümkün olmayacaktır.

Bu nedenle taşeronun da asıl sözleşmenin koruma alanına dahil edilebileceği durumları tesbit ederken, asıl sözleşme metninde tarafların bu yönde bir iradeye sahip olduklarını gösteren bir emarenin bulunması gerekli ve yeterli kabul edilmelidir. Böylece, iş sahibine isnadı kabil bir sebeple uğradığı zararı asıl müteahhitten talep etme imkânına sahip olmayan taşerona, bu zararının tazmini amacıyla doğrudan iş sahibine müracaat imkânı tanınmış olacaktır. Böyle bir sonuç aynı zamanda hakkaniyetin de gereğidir; zira aksinin kabulü zarara

sebebiyet vermiş bulunan iş sahibinin ödüllendirilmesi neticesini doğuracaktır[546]. Kaldı ki taşerona tanınmış bulunan doğrudan müracaat imkânının devreye girmesi için, sadece iş sahibinin yan edim mükellefiyetlerini ihlal etmesi yeterli olmayıp; aynı zamanda onun yapı eserinin meydana getirilmesinde taşeronun da faaliyet göstermekte olduğunu bilmesine bağlıdır. Ayrıca iş sahibi, asıl müteahhide karşı sahip olduğu itiraz ve def'i haklarını taşerona karşı da ileri sürebilecek ve böylece asıl müteahhit karşısındaki hukukî konumundan daha kötü bir konuma da düşürülmüş olmayacaktır.

V. Özel olarak yapı alacaklısı ipoteği

1. Genel olarak

Medenî Kanun m. 807 I b.3 gereği, bir gayrimenkul üzerindeki inşaatta malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış olan müteahhit ve işçilerin, bu gayrimenkul üzerinde kanundan doğan bir ipotek hakkının tescilini talep etme hakları mevcuttur. Kanundan doğan bu ipotek hakkı MK m. 811'de ifade olunan bazı şartların gerçekleşmesi kaydıyla, bu gayrimenkul üzerinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer rehin haklarına göre de öncelik hakkına sahiptir.

Bu ipotek hakkının kanun tarafından kabul edilmiş olmasının en önemli sebebinin *„inşaata sadece emek veya hem emek ve hem de malzeme vermek suretiyle katkıda bulunmuş olan şahısların böylelikle gayrimenkulün değerini artırmış oldukları ve malikin bu şahısların ücretleri ödeninceye kadar onlar aleyhine zenginleşmiş olması gerçeği*" olduğu kabul etmektedir[547]. İsviçre Federal Mahkemesinin mustakar içtihatları da bu yönde olup; bu kararlara göre de Art. 837 I Nr. 3 ZGB (MK m. 807 I b.3) hükmünün temelinde, inşaatın yapılmış olması dolayısıyla ortaya çıkmış bulunan değer fazlalığının ilk planda, bu değer fazlalığının meydana gelmesine emek veya emek ve malzeme vermek suretiyle katkıda bulunmuş olan müteahhit ve işçilerin alacaklarını temin etmeye tahsis edilmesinin gerekli olduğu düşüncesi yatmaktadır[548].

Bu hüküm bir ipotek hakkından yararlanma imkânını, inşaata yalnızca emek veya hem emek ve hem de malzeme vermek suretiyle katkıda bulunmuş olan şahısların alacakları bakımından tanımaktadır. Bu çerçevede inşaata sadece malzeme vermiş bulunan şahısların alacakları bakımından kural olarak böyle bir imkân sözkonusu değildir[549] Buna karşılık belirli bir inşaatta kullanılmak üzere imal edilmiş ve bu inşaat dışında kullanılması imkânı bulunmayan veya çok zor olan bir malzemenin verilmesi suretiyle inşaata katkıda bulunulması sözkonusu ise sadece malzeme vermek suretiyle inşaata katkıda bulunmuş olmasına rağmen istisnaen bu malzemeyi veren şahıs için de ipotek hakkı tanınmaktadır. Bu malzemeyi inşaata vermiş bulunan şahsın, sözkonusu malzemeleri inşaata bizzat monte etmesi de aranmamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi bu şahsa dahi ipotek hakkı

---

546 Karş. **Chaix,** Sh. 275.

547 **Schumacher,** Bauhandwerkerpfandrecht, N. 46; ; **Huber,** N. 333; **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 49 vd.

548 **BGE** 41 I 285 (293); **BGE** 56 II 163 (167); **BGE** 72 II 347 (350); **BGE** 97 II 212 (214); **BGE** 103 II 33 (35); **BGE** 105 II 264 (267).

549 **BGE** 53 II 467 (473); **BGE** 103 II 33.

tanınmasını müteahhidin de temin edilecek alacağın borçlusu olmasının kanun tarafından kabul edilmiş olması gerekçesine dayandırmaktadır[550] Özetle ifade etmek gerekirse sadece eser sözleşmesi veya malzeme teslimi sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar bakımından kanunî ipotek hakkı sözkonusu olabilmektedir[551].

2. Yapı alacaklısı kimdir?

Bu ipoteğin tescilini yalnızca müstakil olarak faaliyet göstermekte olan zanaatkârlarla müteahhitler talep imkânına sahip olup; iflas durumunda ücret alacakları imtiyaz tanınmak suretiyle (İİK m. 26, 140) zaten korunmuş bulunan işçilerin böyle bir hakları mevcut değildir[552] Yalnız ifade etmek gerekir ki böyle bir talep imkânına sahip olabilmek için *„müstakil olarak faaliyet göstermekte olan zanaatkâr"* veya *„müteahhit"* olmak tek başına yeterli olmayıp; bu talep hakkına konu alacağın yukarıda açıklanan özellikleri taşıması da gereklidir[553].

MK 807 I b.3 hükmü çerçevesinde ipoteğin tescilini talep hakkı, böylece teminat altına alınmak istenen alacağın borçlusunun gayrimenkul maliki mi yoksa müteahhit mi olduğundan bağımsız bir şekilde mevcut olabildiğinden; sadece doğrudan yapı alacaklıları değil dolayısıyla yapı alacaklısı olan şahıslar da (yani taşeronlar dahi) bu alacaklarının temini amacıyla ipoteğin tescilini talep hakkına sahip olacaklardır[554]. Taşeronun bu imkâna sahip olabilmesi, kendisinin işe dahil edilmiş olduğunun iş sahibi tarafından bilinmesine de bağlı değildir; hatta taşeron, işin yapımına asıl sözleşmeye aykırı bir şekilde dahil edilmiş bulunsa dahi bu ipotek hakkının tescilini talep edebilecektir[555]. Taşeronun bu imkâna sahip olabilmesi için kendisinin işin yapımına dahil olduğunu malike ihbar etme yükümlülüğü de yoktur[556]. Taşeronun kanun tarafından tanınmış bulunan bu ipoteğin tescilini talep hakkı, asıl müteahhidin sahip olduğu ipoteğin tescilini talep etme hakkından ayrı ve bağımsız bir haktır[557]. Asıl müteahhit lehine bu tür bir ipotek hakkının tescil edilmiş olması, aynı şekilde taşeron lehine de bu tür bir ipotek hakkının tescil edilmesine engel değildir. Bu nedenle taşınmaz malikinin, asıl müteahhidin alacak hakkını ödemek suretiyle onun sahibi olduğu rehnin tescilini talep hakkını sona erdirmiş olması, taşeronun hakkı üzerinde herhangi bir etkide bulunmayıp; onun bu talep hakkının sona ermesi, kendi alacağının sona

---

550 **BGE** 103 II 33 (35).

551 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 85.

552 **Schumacher,** Bauhandwerkerpfandrecht, N. 272; **Tuor/Schnyder/Schmid,** Sh. 849.

553 **BGE** 53 II 467 (472).

554 **BGE** 106 II 123 (127); **BGE** 105 II 264 (267); **BGE** 104 II 348 (354); **BGE** 95 II 87 (89); **Schumacher,** Bauhandwerkerpfandrecht, N. 286; **Tuor/Schnyder/Schmid,** Sh. 849; **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 81; **Gauch,** Werkvertrag, N. 183; **Gauch,** Subunternehmer, Sh. 171; **Honsell/Zindel/Pulver,** Vorb. zu Art. 363-379, N. 30; **Oğuzman/Seliçi,** Sh. 736; **Reisoğlu,** Kanunî ipotek, Sh. 33 vd.; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 88; **Eren,** Müteahhidin borçları, Sh. 67; *„...Taşeron, müteahhitten olan alacağı için taşınmaza ipotek tesis edebilir (MK 807/b.3)..."* (**Yarg.** 15. HD. 29.9.1987 t., E. 2885, K. 3326; Karar için bkz. **Kaçak, Nazif:** A'dan Z'ye Yargıtay İçtihatları Külliyatı, Ankara 1999, Sh. 1621).

555 **BGE** 105 II 264 (267); **BGE** 95 II 87 (89); **Gauch,** Werkvertrag, N. 150; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 89; **Eren,** Müteahhidin borçları, Sh. 67.

556 **Gauch,** Subunternehmer, Sh. 171 dn. 41.

557 **BGE** 95 II 87 (90).

ermiş bulunmasına bağlıdır[558]. Böylelikle malik, asıl müteahhidin alacağını kısmen veya tamamen ödemiş bulunsa dahi, bu durumdan taşeronun yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep hakkı herhangi bir şekilde etkilenmeyecektir[559]. Bu nedenle bazı ihtimallerde taşınmaz maliki açısından aynı edim için iki defa ödeme yapma zorunluluğu gündeme gelebilir. Bu sonuç yapı alacaklılarını korumak için getirilmiş bulunan sözkonusu çözümün sebebiyet verebileceği temel sorunlardan birisidir. Bu duruma göre taşınmaz maliki yapmış bulunduğu ödemenin amaca aykırı olarak kullanılması riskine katlanmak zorunda kalmaktadır[560].

3. Talebin yöneltileceği şahıs

Müteahhit veya zanaatkâr kanundan doğan ipoteğin tescilini talep etme hakkını doğrudan, kendisinin edimlerinden istifade etmiş bulunan taşınmaz malikine karşı yöneltecektir. Bu hakkın mevcudiyeti bakımından onun taşınmaz maliki ile mi yoksa malikin iş verdiği bir başka müteaahhitle mi akdî ilişki içerisinde bulunduğunun ise bir önemi bulunmamaktadır. Bu sonucu doğrudan *„...malik veya müteahhit zimmetinde tahakkuk eden ...“* ifadesine yer vermiş bulunan MK m. 807 I b.3 hükmü öngörmektedir[561]. Yapı alacaklısı ipoteği İsviçre Federal Mahkemesi[562] ve isviçreli bazı hukukçular tarafından[563] eşyaya bağlı borç (Realobligation) olarak nitelendirilmektedir. Buna göre bu hak şahsî hak ve aynî hak arasında yer alan bir hak türü olarak kabul edilmektedir[564]. Bu hak taşınmaz maliki bakımından eşyaya bağlı bir borç (Realobligation) olarak kabul edildiği takdirde ise rehin hakkının tescili sözkonusu olan taşınmazın bir üçüncü şahıs tarafından iktisap edildiği durumlarda, bu şahsın iyiniyetli veya kötüniyetli olduğu ile ilgilenmeksizin[565]; hak sahibi müteahhit veya zanaatkâr ona karşı da bu ipotek hakkının tescilini talep etme imkânına kavuşmuş olacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi, kanun koyucunun bu düzenleme ile taşınmaz malikinin, kendisi ile inşaatı yapmakta olan müteahhit

---

558 **BGE** 95 II 87 (90); **Oğuzman/Seliçi,** Sh. 736; **Reisoğlu,** Kanunî ipotek, Sh. 39.

559 **BGE** 120 II 216; **BGE** 105 II 264 (267); **BGE** 104 II 348 (354); **BGE** 95 II 87 (90); **Schumacher,** Bauhandwerkerpfandrecht, N. 287; **Gauch** ise başka fikirdedir (Raports, Sh. 696). Bu yazarın fikrine göre, taşerona bu imkânı bahşeden alacak hakkının kapsamı, iş sahibi tarafından asıl müteahhide yapılan ödeme sayesinde daralmıştır. Gauch hakim fikre böylelikle, kendi alacağını tahsil etmiş olan asıl müteahhit tarafından taşeronun ücretinin ödenmemesine ilişkin riske, kendi tarafı olduğu sözleşmeden kaynaklanan bir risk olması nedeniyle taşeronun katlanması gerekli iken, (bu riskin) iş sahibine yüklenmiş olacağı gerekçesi ile karşı çıkmaktadır. Fakat Gauch da kendi tavsiye ettiği bu çözüm tarzına rağmen, inşaatta birden fazla taşeron görevlendirilmiş bulunması ihtimalinde (özellikle taşeronun da bir başka taşeron görevlendirmiş olması durumunda) çeşitli zorlukların meydana geleceğini kabul etmektedir.

560 **Schumacher,** Gutachten, Sh. 268.

561 Bu hükmü karşılayan İsviçre Medeni Kanunu m. 837 I Nr. 3 hükmünün almanca metni ise şu şekildedir: *„sei es, daß sie den Grundeigentümer oder einen Unternehmer zum Schuldner haben“*.

562 **BGE** 95 II 87 (89).

563 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 77, yazar dn. 347'de bu hususta ayrıntılı açıklamalara yer vermiştir.

564 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 77. Realobligation kavramının içeriği isviçre hukukunda tartışmalıdır. Bazı yazarların (**Gilliéron,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 683) fikrine göre bu kavram kendisine özgü bir anlama sahip değildir.)

565 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 78, dn. 356'da yapılan ayrıntılı açıklamalarla birlikte; **Gauch,** Raports, ZSR 1982 II, Sh. 695.

arasına bir üçüncü şahsı dahil etmek suretiyle kanuna karşı hile yapması ve kanunî ipotek hakkını bertaraf etmesi imkânını önlemek istediğini ifade etmektedir[566].

4. İzlenmesi gereken usul

Yapı alacaklıları lehine bir ipotek hakkı tanınmış bulunmasına rağmen, bu rehin hakkının doğumu hak sahibinin iradesine tabi kılınmış ve diğer rehin haklarında olduğu gibi ancak tapu sicilinde gerçekleştirilecek bir tescilden sonra geçerli bir şekilde kurulmuş olacağı kabul edilmiştir. Bu rehin hakkı bakımından hak sahibine tanınmış bulunan kolaylık bu doğrultudaki talebini tek taraflı olarak tapu memuruna yöneltebilmesi noktasındadır. Hak sahibinin bu yetkisi, hukukî emniyetin temini ve bu arada taşınmaz malikinin de korunması amacıyla[567] hem belirli bir süre ile sınırlanmış ve hem de bu hakkın tescilinin gerçekleştirilebilmesi için alacak miktarının ya malik tarafından kabul edilmiş veya mahkeme kararı ile tesbit edilmiş olması gerekliliği öngörülmüştür.

a. Tescili talep süresi

Kanun sadece bir rehin hakkının tescilini talep etme imkânını öngörmüş bulunduğundan ipotek hakkı, tapu siciline yapılacak tescil ile doğacaktır. Bu tescili talep hakkını müteahhit veya zanaatkâr, en erken taşınmazda inşaat yapma borcunu yüklendiği anda kullanma imkânına sahip olup; tescilin en geç işlerin bitiminden itibaren üç ay içerisinde gerçekleştirilmesi zorunludur (MK m. 809). Yine yapı alacaklısının rehnin tescili ile ilgili talebini bu süre içerisinde tapu memuruna yöneltmesi yeterli olmayıp; aynı zamanda bu süre içerisinde tescilin de gerçekleştirilmiş olması zorunludur[568]. Üç aylık bu süre hukukî emniyetin temini amacıyla getirilmiş olup[569], kanunî rehin hakkının malik lehine bir ölçüde yumuşatılmasında etkili olmaktadır[570].

Kanun koyucu bu hakkın kullanılması ile ilgili olarak sadece bir nihaî süre öngörmemiş; bunun yanında bu hakkın kullanılabileceği süre bakımından bir başlangıç ânı da öngörmüştür. Buna göre yapı alacaklısı, sözkonusu yapı işini borçlanmış olduğu gün, sözkonusu rehin hakkının tescilini talep etme imkânına sahip bulunmaktadır. Kanun koyucu bu sürenin başlangıcını taşınmaz üzerinde başka türlü mükellefiyetlerin kurulması ihtimaline karşılık yapı alacaklılarına daha avantajlı bir sıra temin edebilmek amacıyla mümkün olduğu kadar öne almıştır[571].

Üç aylık süre MK m. 809 gereği her bir yapı alacaklısı için işlerin tamamlanmış olduğu gün başlamakta ve dolayısıyla bu süre her bir sözleşme için ayrı hesaplanmaktadır[572]. Objektif olarak önemsiz kabul edilebilecek ufak tefek tamirat

---

566 **BGE** 56 II 163 (167); **BGE** 95 II 87 (90).

567 **BGE** 102 Ia 85; **BGE** 112 II 218 ff.

568 **Schumacher,** Bauhandwerkerpfandrecht, N. 700 vd.

569 **BGE** 102 Ia 85; **BGE** 112 II 218 ff.

570 **Schumacher,** Gutachten, Sh. 273; **Schumacher,** Bauhandwerkerpfandrecht, N. 494.

571 **Tuor/Schnyder/Schmid,** Sh. 853.

572 **BGE** 76 II 135 (139); **BGE** 106 II 123 (127, 128).

işlerinin henüz bitirilmemiş olması, bu sürenin işlemeye başlamasına engel olmaz; meğer ki bu işler inşaatın tamamlanmış sayılabilmesi için vazgeçilmez bir fonksiyona sahip olsunlar[573]. Her bir yapı alacaklısı için bu sürenin ayrı hesaplanması gereği ve bu gereklilik nedeniyle küçük fakat inşaatın fonksiyonları bakımından vazgeçilmez işlerin bu sürenin işlemeye başlamasını sürekli erteleme ihtimalinin bulunması, bütün yapı alacaklıları bakımından bu sürenin sona ermesi ve artık böyle bir talepte bulunulup bulunulmayacağının kesin olarak anlaşılması çok uzun bir zaman dilimini gerekli kılabileceğinden, bu durum, taşınmaz maliki bakımından büyük bir hukukî güvensizlik kaynağı olabilmektedir[574].

b. Alacak miktarının taşınmaz maliki tarafından kabul edilmiş veya bir mahkeme kararı ile tesbit edilmiş olması

MK m. 809 hükmü gereği, sözkonusu rehin hakkının tescili için rehinle temin edilmek istenen alacak miktarının belirli hale gelmesi zorunludur. Bu da kanunun ifadesine göre iki şekilde gerçekleşebilir: Bu alacak ya taşınmaz maliki tarafından kabul edilmiş[575] veya bir mahkeme kararı ile tesbit edilmiş olmalıdır.

Bu doğrultuda açılacak bir davanın üç aydan fazla sürmesi, ülkemizin şartları da dikkate alındığında, kesin olarak beklenebilecek bir sonuç olduğundan (ve genellikle yapı alacaklıları sözkonusu haklarını işlerini bitirdikten sonra kullanmak eğiliminde olduklarından), yapı alacaklılarına böyle bir imkân tanınmasının bir anlamı kalmayacaktır. Bu nedenle sözkonusu süreyi geçirmek istemeyen ve hakkını bu arada taşınmaz üzerinde tescil edilebilecek diğer sınırlı aynî hak sahiplerine karşı da ileri sürebilmek isteyen yapı alacaklısının, MK m. 921 hükmünden istifade ile *muvakkat tescilin şerhini* gerçekleştirmesi doğru bir hareket tarzı olacaktır[576].

c. Taşınmaz malikinin yeterli teminat göstererek ipoteğin tescilini önleme imkânı

MK m. 809 son cümle gereği iş sahibine, ipoteğin tescili için müracaat etmiş bulunan alacaklıya karşı yeterli teminat göstermek suretiyle bu tescile engel olma imkânı tanınmıştır. Bu nedenle yapı alacaklısı ipoteği yardımcı-tali bir koruma aracı olarak nitelendirilmektedir[577]. Yapı alacaklısına verilecek olan teminatın türünü seçmek tamamen taşınmaz malikinin yetkisindedir. O bu alacak için bir kefil gösterebileceği gibi, menkul rehni de tesis edebilir. Bunun dışında malik, talep edilen alacağı bir bankaya tevdi etmek veya sözkonusu alacağı temin edecek bir banka teminat mektubu getirmek suretiyle de ipoteğin tesciline engel olma

---

573 **Schumacher,** Gutachten, Sh. 273; **Sajonz,** Sh. 189.

574 **Schumacher,** Gutachten, Sh. 272; **Sajonz,** Sh. 189.

575 Her ne kadar MK m. 809 hükmü *„alacak"*ın malik tarafından veya mahkeme kararı ile tanınmmasından söz ediyorsa da, burada önemli olan hususun alacağın tanınması değil *„alacağın rehinle temin edilmek istenen kısmının"* malik tarafından veya mahkeme kararı ile tanınmasının yeterli olduğu isabetli bir şekilde ifade edilmektedir (**Tuor/Schnyder/Schmid,** Sh. 853, dn. 56.).

576 **Tuor/Schnyder/Schmid,** Sh. 853.

577 **Tuor/Schnyder/Schmid,** Sh. 850.

imkânına sahiptir. Hatta iş sahibi, ipotek tescil edildikten sonra dahi, yeterli teminat göstererek ipoteğin terkini sağlayabilir[578].

5. Yapı alacaklısı ipoteğinin sırası

Yapı alacaklıları tescil edilmiş bulunan ipotek hakları bakımından birbirleri karşısında öncelik hakkına sahip değildirler. Farklı zamanlarda tescil edilmiş bulunsalar dahi, yapı alacaklılarının ipotek hakları rehin konusu taşınmazın paraya çevrilmesi suretiyle elde edilecek bedelden istifade bakımından sahiplerine öncelik hakkı bahşetmez (MK m. 810). Bu kural sayesinde, işin niteliği gereği işlerini daha önce bitirmiş olmaları gerekli olan (mesela inşaatın ince işleri olarak tabir edilen tesisat, doğrama, sıva ve boya işleri ancak kaba inşaatın tamamlanmasından sonra yapılabilecek işlerdir) bazı yapı alacaklılarının diğerlerine nazaran öncelik hakkına sahip olmaları önlenmiş olmakta ve hepsi bakımından aynı derecede bir koruma getirilmekte[579]; bu suretle yapı alacaklıları arasında ipoteğin tescili ile ilgili bir yarış yapılmasının da önüne geçilmektedir[580]. Bu nedenle yapı alacaklıları arasında sıra bakımından bir farklılık getirilmemiş olması olumlu bir düzenleme olarak kabul edilmektedir[581].

Diger rehinli alacaklılar karşısında ise yapı alacaklıları bakımından da genel kural geçerli olup; buna göre yapı alacaklısı ipoteğinin taşınmaz üzerindeki diğer haklar karşısındaki sırası tescil tarihine göre belli olacaktır (MK m. 930). Buna göre yapı alacaklısı ipoteği, kendisinden önce tescil edilmiş bulunan diğer rehin haklarından daha sonra gelecektir[582].

6. Yapı alacaklısının, daha ön sırada bulunan diğer rehinli alacaklılar karşısındaki öncelik hakkı

Olayların büyük bir çoğunluğunda üzerinde inşaat yapılmakta olan taşınmaz, yapı alacaklılarının ipotek hakları tescil edilmeden önce, genellikle yapılan inşaatı finanse etmek için alınmış bulunan kredileri temin etmek amacıyla başka rehin hakları ile yükümlenmiş olacaktır. Eğer yapı alacaklılarının kanundan doğan bu ipoteğin tescilini talep etme hakları bakımından bir imtiyaz tanınmamış olsaydı, yapı alacaklılarının bu yolla korunmaya çalışılması olayların büyük bir çoğunluğunda boşuna bir çaba olarak kalırdı[583].

Her bir rehin hakkının kurulduğu rehin derecesine herhangi bir zarar verilmeden korunması, ipotekli alacaklıların menfaatine hizmet etmektedir. Bu yüzden kanun koyucu yapı alacaklılarının kanunî ipotk hakları bakımından bir imtiyazı sadece dürüstlük kuralının gerekli kıldığı durumlarda tanımaktadır. Tanınmış bulunan bu imtiyaz hakkı da sadece dürüstlük kuralı ile bağdaşmayan bazı davranışları sayesinde yapı alacaklılarının önüne geçmiş bulunan rehinli alacaklılara karşıdır[584].

---

578 **Reisoğlu,** Kanunî ipotek, Sh. 101.

579 **Schumacher,** Gutachten, Sh. 272; **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 165; **Oğuzman/Seliçi,** Sh. 740; **Reisoğlu,** Kanunî ipotek, Sh. 148.

580 **Motzke,** Sh. 37.

581 **Schumacher,** Gutachten, Sh. 272; **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 165.

582 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 164.

583 **Sajonz,** Sh. 191; **Oğuzman/Seliçi,** Sh. 740.

584 **Tuor/Schnyder/Schmid,** Sh. 851.

Bu çerçevede MK m. 811 aşağıdaki (objektif ve subjektif) şartların gerçekleşmesi durumunda yapı alacaklıları bakımından bir imtiyaz öngörmektedir. Bu düzenlemenin amacı, inşaatın yapılması ile taşınmazın değerinde meydana gelmiş bulunan artı değerden, öncelikle bu artı değeri meydana getirmiş olan yapı alacaklılarının istifade etmelerini temin etmektir[585].

Öncelikle yapı alacaklısı, rehinli taşınmazın paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen bedel taşınmazın arsa değerinin üzerinde olduğu halde, alacağını kısmen veya tamamen elde edememiş olmalı ve bu durum da taşınmaz üzerinde, daha önceki sırada yer alan başka rehin hakları tesis edilmiş ve dolayısıyla paraya çevirme neticesi elde edilen bedelin daha önceki sırada yer alan bu rehinli alacaklılara tahsis edilmiş olmasından kaynaklanmalıdır (objektif şart[586]). MK m. 811 (ZGB Art. 841) hükmünden hareket eden İsviçre Federal Mahkemesi böyle bir durumun iki ihtimalde gerçekleşmiş olabileceğini kabul etmektedir[587]: Eğer yapı alacaklılarının zarar görmesi inşaat için alınmış bulunan kredinin başka amaçlarla kullanılmış olmasından kaynaklandığı; yani taşınmazın arsa değerinin üzerinde rehin yükü ile yüklenmesi ile elde edilen kredinin, taşınmazın değerini artırmış bulunan yapı alacaklılarının tatmin edilmesi amacıyla kullanılmadığı durumlar bu objektif şartın gerçekleşmiş kabul edildiği ilk durumdur[588]. Objektif şartın gerçekleşmiş kabul edildiği ikinci durum ise kredi veren şahsın yapı alacaklılarından bazılarını diğerleri aleyhine himaye etmiş olduğu durumlardır[589].

Yapı alacaklılarının kendilerine tanınmış bulunan bu imtiyazdan istifade edebilmeleri için öngörülmüş bulunan subjektif şart[590] ise kredi alacaklısının kendi lehine rehin hakkı tesis edilirken bu durumdan yapı alacaklılarının zarar görme ihtimalinin bulunduğunu bilmesi veya gerekli özeni göstermiş olması ihtimalinde bilebilecek durumda olmasıdır[591]. Federal Mahkeme kredi alacaklılarına (ki bu genellikle inşaat kredisi açmış bulunan bir banka olacaktır) bu hususta mümkün olan bütün dikkatlerini sarfetme görevi yüklemektedir[592]. Kredi veren, özellikle yapacağı avans ödemelerini inşaatta kaydedilen ilerlemeyi dikkate alarak kademe kademe yapmalı ve her bir müteahhit ve zanaatkâra yapacağı işin tahmini bedelini dikkate alarak ödemeleri gerçekleştirmelidir[593].

---

585 **BGE** 86 II 145 (152).

586 **BGE** 112 II 496; **Tuor/Schnyder/Schmid,** Sh. 851; **Oğuzman/Seliçi,** Sh. 740-741; **Reisoğlu,** Kanunî ipotek, Sh. 165; Daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Pfister-Ineichen,** Sh. 77 vd.

587 **BGE** 115 II 140 vd.

588 Ayrıca karş. **BGE** 86 II 150; 115 II 141; **Schumacher,** Bauhandwerkerpfandrecht, N. 976 ff. Eğer inşaat kredisi, taşınmazın değerinin artmasına katkıda bulundukları halde yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etme hakkına sahip olmayan mimar, mühendis, inşaata malzeme veren şahıs gibi diğer yapı alacaklılarının alacaklarının ödenmesi için kullanılmış ise amaç dışı kullanımın sözkonusu olmadığı kabul edilmektedir (**BGE** 112 II 494 ff.).

589 **BGE** 115 II 141 ve 143.

590 Bu konuda daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Pfister-Ineichen,** Sh. 149 vd.

591 Rehinli alacaklının, hal ve şartlara göre kendisinden beklenebilecek özeni gösterdiği takdirde zararı görebilecek durumda olması sübjektif şartın gerçekleşmesi için yeterlidir. Karş. **BGE** 86 II 150; özellikle kötü niyetlilik ile ilgili olarak bkz. **BGE** 115 II 145.

592 **BGE** 76 II 140; **BGE** 115 II 144; ayrıca bkz. **Schumacher,** Bauhandwerkerpfandrecht, N. 985

593 **BGE** 53 II 480; **BGE** 115 II 141 ff.

Öngörülen objektif ve subjektif şartların gerçekleşmesi durumunda her bir yapı alacaklısı, taşınmazda meydana getirmiş oldukları değer fazlalığına ilişkin bedelin[594] kendi alacaklarının ödenmeyen kısmına tahsis edilmesini talep edebilirler. Bu hususdaki talep daha önceki sırada yer alıp yapı alacaklıları aleyhine ortaya çıkarılmış bulunan artı değerden istifade etmiş bulunan rehinli alacaklılara yöneltilmek zorundadır[595].

7. Sistemin değerlendirilmesi

a. Taşeron bakımından durum

Bu düzenlemenin yapı alacaklıları (bu arada taşeronlar) bakımından avantajlı bir sistem olduğu muhakkaktır. Sistemin sağlamış olduğu faydalar şu şekilde özetlenebilir: Bu hakkın eşyaya bağlı bir borç olarak kabul edilmesi, diğer rehinli alacaklılar karşısında sağlanan imtiyaz, yapı alacaklıları arasında derece farkı öngörülmemesi, işe başlamadan önce tescil edilebilme imkânının bulunması ve en önemlisi bu hakkın doğumundan önce taraflarca bertaraf edilmesinin mümkün olmaması (Yani bu düzenlemeyi getirmiş bulunan hükümlerin emredici hükümler olması). Bu sistemin, sağladığı avantajlar düşünülünce yapı alacaklılarını (bu arada taşeronların da) etkili bir şekilde korumakta olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır[596].

İsviçre uygulamasının da gösterdiği gibi yapı alacaklılarına tanınmış bulunan imtiyaz hakkının etkileri, ihtilafları önleyici bir şekilde gündeme gelmektedir[597]. Bu durum sadece taşınmaz maliklerinin rehinli alacakları ödeme doğrultusundaki gayretlerinden değil, aynı zamanda bu imtiyaz hakkının ileri sürülebilmesi için gerçekleşmesi gerekli olan subjektif şartın gerçekleştiğinin ısbat edilmesindeki zorluktan da kaynaklanmaktadır. Mesela büyük çaplı bir inşaatta faaliyet göstermiş bulunan bir taşeronun, en azından kendi ediminin taşınmazın değerini ne ölçüde etkilediğini isbat etmesi çok zor olacaktır[598].

b. Taşınmaz malikinin durumu: İki defa ödeme yapma riski

aa. Sebepleri

Yapı alacaklısı ipoteğinin ortaya çıkardığı en büyük sorun, özellikle inşaatın meydana getirilmesinde taşeron kullanılması ihtimalinde, taşınmaz malikinin inşaat bedelini iki ve hatta bazen üç defa[599] ödemek zorunda kalması tehlikesini beraberinde getirmekte olmasıdır. Taşınmaz malikinin karşı karşıya bulunduğu bu

---

594 **BGE** 119 II 423; Yalnız bu değer fazlalığının yapılmış bulunan inşaat dolayısıyla meydana gelmiş olması gerekir. İnşaatın devam etmekte olduğu zaman süresi içerisinde arsanın değeri de artmış olabilir. Yapı alacaklılarına tanınmış bulunan bu imtiyazın temelinde yatan düşünce, taşınmazın değerinin artmasına emek veya malzemeleri ile katkıda bulunmuş olan yapı alacaklılarının zarara uğramasını önlemek olduğundan (**BGE** 115 II 140); onlar bu arada arsa değerinin artmış olması ile meydana gelen artı değerden istifade etmeleri mümkün olmayacaktır (Bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid,** Sh. 855.).

595 **BGE** 96 III 126 ff; **BGE** 105 II 11 ff.; **Tuor/Schnyder/Schmid,** Sh. 856.

596 **Schumacher,** Gutachten, Sh. 275; **Sajonz,** Sh. 193.

597 **Schumacher,** Gutachten, Sh. 271.

598 **Sajonz,** Sh. 194.

599 Taşeronun da bir başka taşeron görevlendirmiş olması ihtimali.

tehlike, yapı alacaklısı ipoteği ile ilgili olarak isviçreli hukukçuların üzerinde durduğu en önemli sorundur[600].

Hem asıl müteahhit ve hem de taşeron veya taşeronlar birbirlerinden bağımsız olarak bu ipotek hakkının tescilini talep etme imkânına sahip olabildiklerinden, inşaatın yapımına katılmış bulunan müteahhitlerin tamamının da alacağını elde edememiş olması ihtimalinde, asıl müteahhidin alacağının kapsamına taşeronların alacakları da dahil olmasına rağmen, aynı edim için birden fazla rehin hakkının tescil edilmesi gündeme gelebilecektir. Böyle bir durum ise taşınmaz malikinin aynı edimin bedelini iki ve hatta üç defa ödemesi tehlikesinin doğmasına yol açacaktır[601].

İki defa ödeme yapma tehlikesi, taşeronların bu hususlaki haklarının asıl müteahhidin alacağını elde etmiş olup olmamasına bağlı olmaması nedeniyle, taşınmaz malikinin asıl müteahhide olan borcunu ödemiş fakat asıl müteahhidin taşeron veya taşeronlara ödeme yapmamış olması ihtimalinde de ortaya çıkmaktadır. Asıl sözleşme bakımından götürü ücret kararlaştırılmış olan durumlarda hesapların yanlış yapılmış olması, işlerin iyi planlanıp iyi idare edilmemesi, maliyet bedellerinin artması vb. sebeplerle -kural olarak- sözleşme bedeli dışında bir talebin ileri sürülememesi esası (BK m. 365 I) dahi, iş sahibini asıl müteahhit dışında (dolaylı yapı alacaklısı olarak da nitelenen) taşeronlara karşı koruyamayacaktır[602]. Gerçi bu durumlarda taşınmaz maliki taşeronlara yapacağı ödemelerle ilgili olarak asıl müteahhide rücu etme imkânına sahiptir; fakat asıl müteahhidin ödeme güçlüğü içerisinde olduğu durumlarda -ki öyle olmasa taşeronlarının ücret alacağını öderdi- böyle bir imkâna sahip olması onun bakımından ekonomik olarak bir değer ifade etmeyecektir.

İki defa ödeme yapma riskinin mevcudiyeti, İsviçre Federal Mahkemesinin çeşitli kararlarında açıkça vurgulandığı gibi[603], bu hükmün İsviçre Medeni Kanununa alınması sırasında kanun koyucu tarafından da biliniyordu; fakat ifade edildiğine göre kanun koyucu, taşeronun menfaatlerini taşınmaz malikinin menfaatlerine tercih ettiği için bu hükme yer vermiştir[604]. Yalnız bu riskin kanunun hazırlandığı dönemde ortaya çıkması ihtimalinin, o dönemdeki iş ilişkilerinin, her alanda görülmekte olan uzmanlaşma eğilimleri ve yapı işleri bakımından kullanılmakta olan yeni organizasyon şekillerinin geniş ölçüde kullanılmakta olduğu zamanımıza göre daha basit olması nedeniyle, çok daha az olduğu da unutulmamalıdır[605].

bb. İki defa ödeme yapma riskinin önlenmesi için öngörülen çözüm yolları

Taşınmaz malikinin karşı karşıya bulunduğu bu sorun, İsviçreli Hukukçular Derneği'nin 1982 yılında düzenlemiş bulunduğu özel bir toplantıda bütün

---

600 **Tuor/Schnyder/Schmid,** Sh. 849; **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 100 vd.; **Gauch,** Werkvertrag, N. 184, 185; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 89; **Eren,** Müteahhidin borçları, Sh. 67.

601 **Schumacher,** Bauhandwerkerpfandrecht, N. 487, 488.

602 **Schumacher,** Bauhandwerkerpfandrecht, N: 492, 493.

603 **BGE** 95 II 87 (91); **BGE** 104 II 348 (354).

604 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 108.

605 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 108.

ayrıntıları ile değerlendirilmiş[606] ve bu sorunun aşılması bakımından hem mevcut kurallar çerçevesinde çözüm yolları araştırılmış ve hem de olması gereken hukuk bakımından bütün tarafların menfaatlerine uygun bir düzenlemenin nasıl gerçekleştirilebileceği hususunda değişik görüşler ortaya atılmıştır.

aaa. De lege lata çözüm yolları

İsviçre Federal Mahkemesi taşınmaz maliki bakımından ortaya çıkan bu olumsuz sonucu ürettiği çeşitli çözümlerle hafifletmeyi denemektedir: Bu yöndeki kararlarından birisinde Federal Mahkeme iş sahibi taşınmaz malikinin, kendisi için bir inşaat yapmış ve fakat görevlendirmiş olduğu taşeron tarafından taşınmaz üzerinde yapı alacaklısı ipoteği tesis edilmiş bulunan asıl müteahhit karşısında fiatta indirim yapma hakkına sahip olduğu neticesine varmıştır[607]. Bu kararında Federal Mahkeme asıl müteahhidin, taşeronlardan birisi tarafından ipotekle takyit edilmiş bir eser meydana getirmek suretiyle gerçekleştirdiği ifanın (hukukî bir) ayıpla malûl olduğu gerekçesi ile iş sahibinin bedelde indirim yapma hakkı olduğuna (BK m. 368 II) hükmetmiştir[608]. Doktrinde bu karar doğru bulunmakla beraber, işaat sahibinin fiatta indirim yapma hakkına sahip olmasının sadece iş sahibinin henüz ödeme yapmadığı veya ödeme yapmakla beraber geri alma imkânının bulunduğu durumlarda bir anlamı olabileceğini; böyle bir hakka sahip olmanın ücretin ödendiği ve asıl müteahhidin ödeme güçlüğü içerisinde bulunduğu veya iflâs ettiği durumlarda bir yarar getirmeyeceğine işaret edilmiştir[609].

Bir başka kararında Federal Mahkeme, asıl müteahhidin ücretinin tamamını tahsil etmiş olduğu halde taşeronlarına ücretlerini ödemeyerek onların sözleşme konusu alacakları için yapı alacaklısı ipoteği tesis etmelerine ve taşınmaz malikinin onların ücretini de ayrıca ödemesine sebep olmasının dolandırıcılık teşkil ettiği neticesine ulaşmak suretiyle[610], taşınmaz maliklerinin iki defa ödeme yapma riskine karşı önleyici bir tedbir getirmiştir.

Bundan başka Federal Mahkeme taşınmaz maliklerine, sözleşme yaparken kendilerinin iki defa ödeme yapma riski bulunduğunu dikkate alarak, sözleşme metnine aşağıdaki önlemlerden birisini dahil etmelerini tavsiye etmektedir[611].

(1). Asıl müteahhitten garanti alınması

Taşınmaz maliki iki defa ödeme yapma riskine karşı, asıl müteahhitten taşeronların alacaklarının ödenmiş olduğuna dair akdî bir garanti almak suretiyle kendisini koruma imkânına sahiptir[612]. **Zobl** bu düşünceye karşı, sözleşmeye

---

606 2 Ekim 1982 tarihli bu toplantıda yapılan bütün konuşma ve değerlendirmeler için ayrıca bkz.: ZSR 1982 II.Sh. 659-709.

607 **BGE** 104 II 348 (355).

608 **BGE** 104 II 355.

609 **De Haller,** L'hypothèque, Sh. 291; **Schlechtriem,** ZfBR 1986, Sh. 108-110.

610 **BGE** 105 IV 102 (104).

611 **BGE** 95 II 87 (91, 92).

612 **BGE** 95 II 87 (91); **Eren,** Müteahhidin borçları, Sh. 67; Nitekim İsviçre genel müteahhitler derneğinin hazırlamış bulunduğu *„standart genel müteahhitlik sözleşmesi"* de iki defa ödeme yapma riskinin önlenmesi bakımından bu tür bir düzenleme içermektedir (m. 32.1, 32.2; tam metin için bkz. **Huber,** Sh. 133 vd.).

konulacak bu tür bir kaydın başarı şansının, esas olarak asıl müteahhidin ödeme kabiliyetine bağlı olduğunu, taşınmaz malikinin asıl korunmaya ihtiyacı olan iflâs durumunda onu korumaya yetmeyeceği itirazını yöneltmektedir[613].

(2). İş sahibine doğrudan taşerona ödeme yapma imkânı tanınması

Taşınmaz maliki asıl müteahhit ile yapacağı sözleşmede, taşerona yapılacak ödemeleri garanti altına alabilmek için kendisine, asıl müteahhidin talimatı doğrultusunda taşeronlara doğrudan ödeme yapma imkânı veren bir hükmün yer almasını temin edebilir[614]. Federal Mahkemenin de vurguladığı gibi hiç şüphesiz böyle bir durumda taşınmaz maliki asıl müteahhidin kâr miktarını öğrenme imkânına kavuşmuş olacağından böyle bir kayıt ancak, asıl müteahhidin bütün taşeronları ve alacak miktarlarını taşınmaz malikine bildirmeye hazır olduğu durumlarda icra kabiliyetine sahip bir hüküm olarak sözleşmeye konulabilecektir[615]. Kural olarak asıl müteahhit, kendi kâr miktarının iş sahibi tarafından öğrenilmesini istemeyeceğinden, uygulamada böyle bir kaydın sözleşmeye girmesi ihtimali yok denecek kadar azdır[616].

(3). Ödemeleri gerçekleştirmek üzere güvenilir bir üçüncü şahıs tayin edilmesi

Bu hususta tarafların uygulayabileceği bir başka yöntem de tarafların uyuşarak, iş sahibinin yapacağı ödemeleri tahsil edip belirli şartlar altında asıl müteahhit ve taşeronlara yapılacak ücret ödemelerini gerçekleştirecek güvenilir bir üçüncü şahsın yardımını talep etmeleri olarak gösterilmektedir[617]. Güvenilir üçüncü şahsın yapacağı işi gereğince yapabilmesi ancak, kendisine gönderilen faturaların doğruluğunu kontrol yetkisine de sahip olması ile mümkün olacaktır. Yalnız bu yetkinin de doğru bir şekilde kullanılabilmesi, bu şahsın hem asıl sözleşme ve hem de taşeron sözleşmelerinin içerikleri hakkında bilgi sahibi olmasını şart kıldığından[618]; Federal Mahkeme[619] böyle bir durumda sözleşmeye sır saklama mükellefiyeti getiren bir hüküm konulmasını da tavsiye etmektedir[620].

Bu çözüm tarzı da güvenilir üçüncü şahsın, taşeronun tayin ettiği alt taşeronların da bulunup bulunmadığından emin olmasının mümkün olmaması ve böylece taşınmaz malikine mutlak bir koruma getirmemesi nedeniyle eleştirilmiştir[621].

---

613 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 102; aynı şekilde: **Huber,** N. 335.

614 **BGE** 95 II 87 (91); **Huber,** N. 339; **Eren,** Müteahhidin borçları, Sh. 67.

615 Bu hususa **Schlechtriem** de işaret etmektedir (ZfBR 1986, Sh.110).

616 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh.103.

617 **BGE** 95 II 87 (91).

618 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 103.

619 **BGE** 95 II 87 (91).

620 Kanaatimizce burada güvenilir üçüncü şahıs ile taraflar arasındaki hukukî ilişki ile ilgili olarak, en azından *„Diğer akitler hakkındaki kanunî hükümlere tâbi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur"* diyen BK m. 386 II gereği vekâlet hükümleri uygulama alanı bulacağından, sözleşmede böyle bir hüküm bulunmasa dahi bu şahsın sır saklama mükellefiyeti bulunacaktır (Sır saklama mükellefiyeti ile ilgili olarak bkz. **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 450 vd.).

621 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 103.

(4). Sözleşme bedelinin tevdi edilmesi

Bu hususta başvurulabilecek son bir imkân olarak Federal Mahkeme, sözleşme bedelinin asıl müteahhit yararına tevdi edilmesi ve tevdi edilen şahsın -mesela bankanın- asıl müteahhidin ücretini, sadece bütün taşeronların alacaklarının ödenmiş olduğunun isbat edilmesi durumunda ödeyeceği hususunda tarafların anlaşmasını göstermiştir[622].

Aynı şekilde bir başka çözüm tarzı olarak da sözleşme bedelinin tamamı için olmasa dahi, tarafların aralarında belirleyecekleri bir miktar için asıl müteahhidin kesin banka teminat mektubu vermesi ve bu teminat mektubunun yapı alacaklısı ipoteği tescili tehlikesinin ortadan kalktığı bir zaman diliminde (yani bütün işlerin bitiminden sonra geçecek olan üç aylık sürenin sonunda) asıl müteahhide iade edilmesi de düşünülebilir. Bir başka çözüm tarzı olarak ise bir taşeron tarafından ipotek tescili yoluna gidilmiş olması ihtimalinde iş sahibinin, BK m. 81 hükmü çerçevesinde, asıl müteahhidin muaccel olacak ilk alacağını bu ipoteğin terkinini temin edinceye kadar ödemekten kaçınması akla gelebilir[623].

Federal Mahkemenin de açıkça ifade ettiği gibi, ortaya konulmuş bulunan bütün bu çözümlerin taşınmaz maliki bakımından kesin bir koruma getirmesi sözkonusu değildir; zira bu çözümlerin büyük bir çoğunluğu asıl müteahhidin bu doğrultudaki rızasını gerekli kılmakta; bazılarının ise asıl müteahhidin alacağının ödenmiş olmasından sonra dahi ipotek tescili ihtimalinin bulunması nedeniyle soruna kesin bir çözüm getirememeleri tehlikesi bulunmaktadır. Zaten bu nedenledir ki İsviçre Federal Mahkemesi de kanun koyucunun özellikle taşınmaz maliklerinin maruz kaldığı bu olumsuz durumu dikkate alarak, onları bu tehlikeden etkili bir şekilde koruyacak bir düzenlemeye gitmesinin isabetli bir hareket tarzı olacağını kabul etmektedir[624].

Taşınmaz malikinin gerçekleştirilecek yeni bir kanunî düzenleme ile iki defa ödeme yapma tehlikesine karşı korumanın gerekli olduğu yolundaki düşünce, isviçreli yazarlar tarafından savunulduğu gibi[625]; Gauch tarafından yapılan bir araştırmada da aynı doğrultuda bir sonuca varılmıştır[626]. İsviçre doktrini, taşınmaz malikinin mevcut hükümler çerçevesinde iki defa ödeme yapma tehlikesinden kesin bir şekilde korunmasının, onun sözleşme yaptığı şahsın taşeron kullanıp kullanmadığından emin olmasının hiç bir zaman mümkün olmaması nedeniyle mümkün olmadığı noktasında birleşmektedir[627].

bbb. De lege ferenda çözüm yolları

İki defa ödeme yapma riskinin önlenmesi bakımından isviçreli yazarlar tarafından esas itibariyle şu çözümler tavsiye olunmuştur.

---

622 **BGE** 95 II 87 (91); **Huber,** N. 340.

623 Doğaldır ki bu çözüm tarzı, ancak asıl müteahhidin alacağının tamamının ödenmemiş olması ihtimalinde iki defa ödeme yapma tehlikesinin önlenmesi bakımından faideli olacaktır.

624 **BGE** 95 II 87 (92); Ayrıca bkz. **BGE** 104 II 348 (354).

625 **de Haller,** L'hypothèque, Sh. 289, 292; **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh.109; **Zobl,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 663; **Wichser,** Sh. 681, 682; Başka görüşte: **Gauch,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 693; **Schumacher,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 676, 677.

626 **Gauch,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 692, 693.

627 **Schumacher,** Bauhandwerkerpfandrecht, N. 496; **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 101.

(1). Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etme hakkının taşeronlar bakımından kaldırılması

Yapı alacaklısı ipoteğinin taşeronlar bakımından kaldırılmasını öngören bu düşünce, genel müteahhitlik sözleşmesinin uygulamada en çok başvurulan müteahhitlik tarzı olması dikkate alınarak, böyle bir düzenlemeye gidilmesi halinde dolaylı yapı alacaklısı olarak nitelenen müteahhitlerle zanaatkârların çok büyük bir kısmının tamamen korumasız bırakılmış olacağını ifade eden isviçreli yazarlar tarafından reddedilmiştir. Yine böyle bir yaklaşım tarzının yasama politikası bakımından da geriye dönüş anlamına geleceği ayrıca ifade edilmiştir[628].

(2). Rehinle temin edilmiş alacak miktarının asıl müteahhit ve taşeron arasında paylaştırılması

Grossen Fransız sistemini örnek alarak (Art. 2103 CC) rehinle temin edilmiş bulunan alacak miktarının, asıl müteahhit ve taşeron tarafından taşınmaza kazandırılmış bulunan artı değer ölçü alınarak paylaştırılmasını teklif etmiştir[629]. Bu teklifi değerlendirmiş olan Zobl, bu teklifin İsviçre sistemi bakımından neden kabul edilemez olduğunu da açıklamıştır: Paylaştırma, her bir müteahhit tarafından ortaya konulan artı değerin doğru bir şekilde ölçülmesini zorunlu kılar. Fakat bu iş zannedildiğinin aksine çok karmaşık olup bunun dışında inşaatın meydana getirilmesine katkıda bulunmuş olan bütün müteahhitlerin ücretlerinin rehnin kapsamına dahil olmaması neticesine de yol açabilir[630]. Mesela işlerin tamamını taşeronlara yaptırmakta olan bir genel müteahhit, bu ihtimalde rehin hakkından hiç bir şekilde istifade edemeyecektir[631]. Bu ihtimal bakımından ölçü olarak, meydana getirilen artı değer değil, talep edilmekte olan alacak miktarlarının dikkate alınması da düşünülebilir. Bu durumda ise asıl müteahhit rehinle teminat altına almak istediği alacak miktarından, her bir taşeronun temin etmek istediği alacak miktarını düşmek zorunda kalacaktır. Böylece sözleşme zincirinin son halkasında yer alan müteahhit veya zanaatkâr alacağının tamamını rehinle teminat altına alabilirken, zincirin ondan önceki halkalarında yer alan her bir müteahhit kendisinden sonrakilerin alacaklarını kendi alacağına mahsup etmek durumunda olacaktır.

Zobl bu düşünceye dayanan her iki uygulama tarzının da taşınmaz malikinin iki defa ödeme riskini önlemek bakımından yeterli olmayacağını; zira taşınmaz maliki asıl müteahhidin bütün alacağını ödemiş olsa dahi, kendi alacağını asıl müteahhitten tahsil edemeyen taşeronun ipotek tesis etme imkânının önüne geçemeyeceğini ifade etmektedir[632].

(3). Taşınmaz malikine, doğrudan taşerona ödeme yapma yetkisinin tanınması

Yukarıda İsviçre Federal Mahkemesinin sözleşmeye bu yönde hüküm konulması suretiyle temin etmek istediği taşeronlara doğrudan ödeme yapma yetkisi, gerçekleştirilecek kanunî bir düzenlemede iki defa ödeme yapma riskinin

---

628 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh.109.

629 Grossen, ZBGR 1973, Sh. 74 (**Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 111'den naklen).

630 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 111.

631 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 111.

632 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 111, 112.

önlenmesi bakımından başvurulabilecek bir çare olarak da bazı yazarlar tarafından ileri sürülmüştür[633]. Bu düşünceye göre taşınmaz maliki taşeronlara yaptığı her doğrudan ödemeyi, asıl müteahhidin alacağına mahsup etme imkânına sahip olacaktır.

Bu düşünce tarzı da **Zobl** tarafından eleştirilmiştir. Yazarın gerekçeleri şunlardan ibarettir: Bu modelin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi, taşınmaz malikinin bütün taşeronlarla ilgilenmesini zorunlu kılar ve tahmini güç bazı zorlukların doğması neticesine de yol açar. Zira taşınmaz malikinin bu ödemeyi yapabilmesi, öncelikle taşeron tarafından talep edilen alacağın haklı olup olmadığını bilmesine bağlıdır. Bu hususta doğru bir karar verebilmek ise sadece iyi bir hukuk bilgisini gerekli kılmakla kalmaz; aynı zamanda bir iş sahibinden değil profesyonel bir iş verende bulunması gereken uzmanlığı da gerekli kılar. Bunun ise işlerini bir genel müteahhide ihale ederek, bir tek kişi ile muhatap olmanın avantajlarından istifade etmek isteyen iş sahibinin amaç ve menfaatleri ile bağdaştığını ifade etmek doğru olmasa gerektir[634].

Zobl, bu önerinin dogmatik olarak da kabulünün mümkün olmadığını ifade etmekte ve şu açıklamalara yer vermektedir: Taşınmaz maliki bir taşeronun ifa talebini yerine getirince, ona yaptığı ödemeyi asıl müteahhidin alacağından ancak, takasın şartları gerçekleştiği takdirde mahsup mahsup imkânına sahip olacaktır. Böyle bir durum ise sadece birinci dereceden dolaylı yapı alacaklılarının (yani asıl müteahhidin taşeronlarının) rehin hakkı tesis etmiş olmaları durumunda sözkonusu olacaktır. Diğer ihtimallerde ise mahsup imkânı sözkonusu olmayacaktır. Zira alacaklar arasında mütekabiliyyet şartı (BK m. 118) gerçekleşmeyecektir[635].

(4). Rehin talebinin önşartı olarak, işin yapımına taşeronların dahil edilmesi için taşınmaz malikinin onayını alma

De Haller tarafından önerilen sistem ise sadece taşınmaz malikinin işin yapımına dahil edilmelerine onay vermiş olduğu taşeronlar için yapı alacaklısı ipoteği hakkının tanınmasını öngörmektedir[636]. Bu sistem de **Zobl** tarafından kabule şayan görülmemiştir. Yazarın fikrine göre bu çözüm de iki defa ödeme riskini önlemek bakımından yeterli olmayacaktır. Bir kere günümüzde inşaat sektöründe iyice yaygınlaşmış bulunan iş bölümü ve her alanda uzmanlaşma eğiliminin bir gereği olarak taşeron kullanılmadan bir inşaatın tamamlanması neredeyse imkânsız bir hal almış olduğundan iş sahibi ister istemez asıl müteahhidin bu yöndeki talebine onay vermek zorunda kalacaktır. Onayı verdikten sonra ise artık o iki defa ödeme yapmak riskini üzerine almak zorunda kalacaktır[637].

(5). Bankalara vermiş oldukları kredilerin kullanımını kontrol yetkisi tanınması

Bankaların verecekleri kredilerin gerek ödenmesi ve gerekse kullanımının kontrol edilmesi bakımından yetkili kılınmalarını sağlayacak bir kanunî düzenlemenin yapı

---

633 **Scheidegger,**Sh. 9 vd.; **de Haller,** Dissertation, Sh. 69 vd.

634 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 112.

635 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 112, 113.

636 **de Haller,** Dissertation, Sh. 101.

637 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 113.

alacaklısı rehninin tescili bakımından koruyucu bir tedbir olacağı ifade edilmiştir[638]. **Zobl** bu düşünceye de karşı çıkarak, bu çözümün her şeyden evvel sadece banka kredisi ile finanse edilmekte olan projeler bakımından uygulanma kabiliyeti bulacağını; bu projeler bakımından da kredi sözleşmelerinin özel hukuka tabi hukukî işlemler olması hasebiyle, bu hususta özel kanunî bir düzenleme olmadan da taraflarca böyle bir hükmün sözleşme metnine dahil edilebileceğini ifade etmiştir[639].

(6). Iflâs hukuku açısından taşeronların ücret alacaklarına imtiyaz tanınması

Gauch, asıl müteahhidin iflâs etmesi durumunda taşeronun ücret alacağının, ücretini alamayan işçinin ücreti ile aynı hukukî muameleye tabi tutulması fikrini ortaya atmıştır[640]. **Gauch**, hem mevcut sistemde taşeronların doğrudan taşınmaz malikine müracaat imkânlarının bulunması ve hem de Zobl tarafından de lege ferenda savunulan fikir çerçevesinde taşeronlara asıl müteahhidin alacak hakkı üzerinde kanunî bir rehin hakkı tanınmasını değerlendirerek, her iki durumda da taşeronların sosyal bakımdan korunmaya daha muhtaç durumda olan işçilere nazaran çok daha iyi bir hukukî imkâna sahip kılınmaları için bir sebebin bulunmadığını ifade etmiş ve bunun hukuk politikası açısından doğru olmadığı düşüncesi ile de lege ferenda taşeronların alacaklarının da işçilerin alacaklarının tabi olduğu hukukî statüye kavuşturulmasının doğru olacağını savunmuştur[641]. **Zobl** ise bu düşüncenin İsviçre'de iflâs hukuku ile ilgili olarak icra iflâs hukuku ile ilgili imtiyazlı alacakları mümkün olduğu kadar azaltma doğrultusundaki eğilimlere aykırı olduğu gerekçesi ile eleştirmiştir[642].

(7). Asıl müteahhidin, taşınmaz malikinin yapacağı ödemelere karşılık kanunî bir garanti vermekle yükümlü tutulması

De Haller ise bu hususta yaptığı öneride, işin yapımında taşeron görevlendiren asıl müteahhidin taşınmaz malikine, taşerona herhangi bir ödemede bulunması ihtimaline karşılık bir garanti vermekle mükellef tutulmasının isabetli olacağını; zira işin yapımına taşeron dahil etmekle asıl müteahhidin, taşınmaz malikinin üzerindeki akdî riski artırmakta olduğu fikrini savunmuştur[643]. **Zobl**[644] ve **Gauch**[645] bu öneriyi reddetmişler ve **Gauch** bu sistemin, Zobl tarafından önerilen taşerona asıl müteahhidin taşınmaz malikine karşı sahip olduğu alacak hakkı üzerinde bir rehin hakkı tanınması fikrine nazaran çok daha karmaşık ve eser sözleşmesinin sınırlarını zorlayan bir teklif olduğuna işaret etmiştir[646].

---

638 Grossen, ZBGR 1973, Sh. 74 (**Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 111'den naklen).

639 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 113, 114.

640 **Gauch,** Rapports, ZSR 1982 II Sh. 696, 697.

641 **Gauch,** Rapports, ZSR 1982 II Sh. 696, 697; Aynı görüşte: **Schlechtriem,** ZfBR 1986, Sh. 110.

642 **Zobl,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 700.

643 **de Haller,** L'hypothèque, Sh. 298, 299.

644 **Zobl,** Rapports, ZSR 1982 II Sh. 699-700.

645 **Gauch,** Rapports, ZSR 1982 II Sh. 696.

646 **Gauch,** Rapports, ZSR 1982 II Sh. 696.

(8). Taşınmaz malikinin iki defa ödeme yapmakla asıl müteahhide karşı ortaya çıkan rücu hakkının imtiyazlı alacaklar arasına dahil edilmesi

Wischer tarafından ortaya atılan bu fikir ise taşınmaz malikinin borcunu iki defa ödemesi nedeniyle asıl müteahhide karşı sahip olduğu rücu hakkını teminat altına almak üzere, onun bu alacağının icra iflâs kanununda yapılacak bir değişiklikle imtiyazlı alacaklar arasına dahil edilmesini öngörmektedir[647]. Bu görüş de bu güne kadar İsviçre doktrininde yankı bulmamıştır.

(9). Eser sözleşmelerinin resmi şekle tabi tutulması ve noterlere bilgilendirme yükümlülüğü getirilmesi

Yine **Wischer** tarafından ortaya atılan bir başka düşünce de sözleşmenin zayıf tarafı olan taşınmaz malikini korumak amacıyla, bütün eser sözleşmelerinin noterler tarafından düzenlenmesini zorunlu kılmayı ve noterlik mevzuatında yapılacak bir başka değişiklik ile de noterlere, taşınmaz malikini ZGB Art. 837 (MK m. 807) hükmü çerçevesinde ortaya çıkabilecek tehlikeler hususunda bilgilendirme yükümlülüğü getirilmesini öngörmektedir[648]. Fakat bu düşünce de **Zobl** tarafından iki defa ödeme yapma riskini önlemek bakımından yeterli olmayacağı gerekçesi ile eleştirilmiştir[649].

(10). Taşeronlara asıl müteahhidin taşınmaz malikine karşı sahip olduğu alacak hakkı üzerinde rehin hakkı tanınması

Nihayet **Zobl** yapı alacaklısı ipoteği ile ilgili olarak hazırlamış bulunduğu raporda[650], taşınmaz malikinin karşı karşıya bulunduğu iki defa ödeme yapma riskinin ortadan kaldırılması için New York sistemi olarak bilinen sistemin[651] yapı alacaklısı ipoteği bakımından da uygulanmasını ve böylelikle sadece taşınmaz maliki ile doğrudan akdî ilişki içerisinde bulunan yapı alacaklılarına ipotek hakkının tescilini talep hakkı verilmesini, taşeronların ise asıl müteahhidin taşınmaz malikine karşı sahip olduğu alacak hakkı üzerinde kanunî bir rehin hakkı tanınması suretiyle korunmalarını önermiştir[652]. Taşeronların görevlendirmiş olduğu alt taşeronlar bakımından da bu kanunî rehin hakkı, kendi işverenleri konumundaki taşeronun asıl müteahhide karşı olan alacak hakkı üzerinde uygulanacak ve onlar da böylelikle korunmuş olacaklardır. Dolaylı yapı alacaklıları bu rehin haklarını kendi borçlularının borçlusuna ihbar ettikleri andan itibaren bu şahıs, kendi borcunu alacaklısına ödemek suretiyle borcundan kurtulma imkânını kaybedecektir.

Zobl bu sistemin uygulanmakta olduğu ABD'de hiç bir sorun çıkmadan işlemekte olduğunu ve idari bakımdan ortaya çıkacağı ifade olunan zorlukların da bugünkü

---

647 **Wichser,** Rapports, ZSR 1982 II Sh. 682.

648 **Wichser,** Rapports, ZSR 1982 II Sh. 682.

649 **Zobl,** Rapports, ZSR 1982 II Sh. 700.

650 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 109, 110.

651 Karş. **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 69; **Motzke,** Sh. 44-46.

652 Taşeronların, asıl müteahhidin taşınmaz malikine karşı sahip oldukları alacak hakkı üzerinde kanunî bir rehin hakkı tanınması suretiyle korunması fikri yeni olmayıp; 1901 yılında hazırlanmış bulunan yapı alacaklarının korunması ile ilgili bir kanun teklifinde de (§ 15a) (Entwurfs B eines Reichgesetzes betreffend die Sicherung der Bauforderungen) bu doğrultuda bir düzenlemeye yer verilmiştir.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

sistemde yaşanan zorluklara nazaran daha fazla olmadığına ayrıca işaret etmektedir[653].

Zobl tarafından yapılan bu teklif basitliği nedeniyle açıkça takdir edilmiş ve yapılan teklifler arasında en iyisi olarak değerlendirilmiş[654] ise de bir çok eleştirinin de konusu olmuştur. Bu teklife yöneltilen başlıca eleştirileri şu şekilde özetlemek mümkündür:

(a). Taşeronun bütün taleplerinin bu tür bir rehin hakkı ile temin edilmesi bazı ihtimallerde mümkün değildir. Mesela asıl sözleşmede kararlaştırılmış bulunan götürü ücret, asıl müteahhidin yaptığı bir hata sonucu yanlış tesbit edilmiş ve taşeronların alacağı böylelikle asıl müteahhidin taşınmaz malikine karşı sahip olduğu alacak miktarından daha fazla bir meblağa ulaşmış bulunuyorsa veya taşerona yaptırılan iş, asıl müteahhit/iş sahibi arasındaki ilişki bakımından ücretsiz olarak yapılması gerekli bir iş iken asıl müteahhit/taşeron arasındaki ilişkide ücrete tabi bir iş ise taşeronun alacağının tamamının bu rehin hakkı aracılığı ile temin edilmesi mümkün olmayabilecektir[655]. Bu eleştiri, anılan bu ihtimallerde her şeyden evvel bütün alacak miktarının korumasız kalması tehlikesinin bulunmadığı ve alacak üzerinde rehin hakkının temin ettiği genel yararın (iki defa ödeme riskini ortadan kaldırması), yanlış hesap neticesi ortaya çıkması ihtimali bulunan bu sakıncaya tercih edilebileceği açıklaması ile cevaplandırılabilir[656].

(b). Yukarıdaki eleştiriye bağlı bir sonuç olarak, birden fazla taşeronun bu alacak üzerinde rehin tesis etmiş olmaları ve onların alacaklarının toplam miktarının, asıl müteahhidin alacak miktarının üzerinde olduğu ihtimallerde, bu alacağın taşeronlar arasında nasıl paylaşılacağı sorusu ortaya atılmaktadır[657]. Bu ihtimal sadece burada sözkonusu değildir. Mevcut kurallar çerçevesinde de aynı sırada yer alan rehinli alacaklıların, rehin konusunun satılması ile elde edilen meblağı paylaşmaları zorunluluğu ortaya çıkabilir[658].

(c). Mevcut kurallar çerçevesinde rehin hakkı tesis etmek isteyen yapı alacaklısı, kural olarak iş ciddiyet arzettiği takdirde bu rehin hakkının tesisi için müracaat yoluna gitmekte ve bir defada bu mesele halledilmekte iken; bu düzenlemenin hayata geçirilmesi ihtimalinde her yeni işe başlanılması durumunda iş sahibine bir ihbar gönderilmesi sözkonusu olacağından, iş sahibi kendisine gönderilecek sayısız ihbarla uğraşmak zorunda kalacaktır[659]. Bu eleştiri ise Zobl'un isabetle belirttiği gibi[660], alacak üzerinde kanunî rehin hakkının mevcudiyetini bildiren ihbarın karşı âkidin borçlusuna yapılmasının, yapı alacaklısı ipoteğinin tescili için izlenmesi gereken usul dikkate alındığında çok daha basit ve zahmetsiz bir iş olduğu şeklinde cevaplandırılabilir.

---

653 **Zobl,** Bauhandwerkerpfandrecht, Sh. 110; **Zobl,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 699.

654 **Gauch,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 696; **Wichser,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 682.

655 **Schumacher,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 678.

656 **Sajonz,** Sh. 202.

657 **Schumacher,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 678.

658 **Sajonz,** Sh. 202.

659 **Schumacher,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 678.

660 **Zobl,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 663.

(d). Bu çözüm tarzına yöneltilmiş bulunan bir başka eleştiri ise taşeronun alacağının, hem asıl müteahhidin iflâsı ve hem de taşınmaz malikinin iflâsı durumunda teminattan yoksun bir alacak durumuna düşeceği ve bu şahısların diğer alacaklıları ile aynı konuma tabi olması neticesine yol açacağı yönündedir[661]. Bu eleştiri de hem asıl müteahhidin ve hem de iş sahibinin aynı anda iflâs etmesi ihtimalinin çok zayıf bir ihtimal olduğu ve bu sebeple isabetliliği doğru bir şekilde tesbit edilmiş bulunan bir çözümden vazgeçmek için yeterli bir gerekçe oluşturmayacağı şeklinde cevaplandırılabilecektir[662].

(e). De Haller ise alacak hakkı üzerinde kanunî rehin hakkını öngören bu çözümün, yapı alacaklıları tarafından meydana getirilmiş olan artı değerin sadece onların alacaklarının karşılanmasına tahsis edilmesini öngören kanunun ruhuna aykırı düşeceği itirazını ileri sürmüştür[663].

(f). Schlechtriem de bu vesileyle, diğer rehinli alacaklıların rehin hakları ile taşeronların rehin hakkının karşı karşıya gelmesine ilişkin tehlikeden bahsetmektedir[664]. Mesela ihtiyaç duyulan malzemeleri temin etmek üzere görevlendirilmiş ve mesela bu çerçevede alacaklarını temin etmek üzere asıl müteahhidin iş sahibinden olan alacağını temlik almış bulunan bir malzeme satıcısının bulunduğu durumlarda böyle bir sorun gündeme gelecektir.

(g). Son olarak **de Haller**[665] alacak rehninin zorunlu olarak, asıl müteahhidin henüz iş sahibinden tahsil etmediği alacak miktarı ile sınırlı olacağı hususuna dikkat çekmektedir. Buna göre, iş sahibinin asıl müteahhide işin başlangıcında yüksek meblağlı avans ödemesi yapması veya asıl sözleşmede kararlaştırılan götürü fiatın çok düşük olması ihtimallerinde taşeronlar bakımından getirilmiş bulunan korumanın değeri azalmış olacaktır.

cc. Değerlendirme

Yöneltilmiş bulunan bütün bu eleştirilere rağmen taşeronlara kanundan doğan bir alacak rehni tanınması düşüncesi, de lege ferenda ileri sürülmüş bulunan fikirler arasında, hem taşınmaz malikinin iki defa ödeme yapma riskini ortadan kaldıracak ve hem de taraflar arasındaki menfaat dengesini en iyi koruyacak olan sistem olarak gözükmektedir[666]. Bu sistem Gauch tarafından da, gelecekte bu konuda yapılacak değerlendirmelerin odağına oturacak kadar önemli ve ele alınması gereken bir sistem olarak değerlendirilmiştir[667].

Böylelikle Schlechtriem tarafından yöneltilmiş bulunan eleştirinin aksine, meydana getirilmiş bulunan artı değerin yapı alacaklılarının alacaklarının karşılanmasına tahsis edilmesi düşüncesi de zarar görmüş olmayacaktır; zira bu amaç halihazır düzenlemede olduğu gibi doğrudan temin edilemeyecektir; fakat, hem kendisi de bir yapı alacaklısı olan asıl müteahhit bakımından rehin hakkının mevcudiyetini

---

661 **Schumacher,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 678.

662 **Sajonz,** Sh. 202.

663 **de Haller,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 672.

664 **Schlechtriem,** ZfBR 1986, Sh.110.

665 **de Haller,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 673.

666 **Sajonz,** Sh. 203.

667 **Gauch,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 696.

koruması ve hem de diğer yapı alacaklılarının asıl müteahhidin yapı alacaklısı rehni ile temin edilmiş alacağı üzerinde rehin hakkına sahip olmaları dolayısıyla, bu amaç bu kez dolaylı bir yoldan temin edilmiş olacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi ve isviçreli yazarların büyük bir çoğunluğunun taşınmaz malikinin karşı karşıya bulunduğu iki defa ödeme yapma tehlikesini ortadan kaldıracak yasal tedbirlerin alınması gerekliliğinden bahsetmelerine rağmen; bu alanda bir değişikliğe bu güne kadar gidilmemiştir. **Furglerin** de ifade ettiği gibi[668] bu hususta yapılacak bir yenileştirme takdire şayan ve yararlı olacaktır; fakat bu hususta bir acil durum sözkonusu değildir; yapı alacaklılarının korunması ile ilgili düzenlemelerin yargı kararları ile daha da geliştirilmesi mümkün gözükmektedir[669].

Kaldı ki, bizim hukuk sistemimiz bakımından yapı alacaklıları İsviçre'deki uygulamanın aksine sıklıkla bu yola başvurarak, kanundan doğan bu ipotek haklarının tescili yoluna gitmemektedirler. Bu neticenin meydana gelmesinde, herhalde izlenmesi gereken usulün pratik olmaması ve yargı sistemimizin hızlı işlememesi yatmaktadır. Zira genellikle iş sahibi ile müteahhit arasında ihtilaf doğduktan sonra bu yola başvurulmak istenmekte ve sözkonusu ipotek hakkının, rehin altına alınması sözkonusu olan alacak miktarının belirli olması zorunluluğu dolayısıyla hemen daima dava açma lüzumu doğmaktadır. Hem teminat altına alınması sözkonusu olan alacak miktarının belirlenmesine ilişkin bu yargılamanın uzun sürmesi ve hem de böylece alınacak karar doğrultusunda rehnin tescili ve tescil edilen rehnin paraya çevrilmesi işlemlerinin uzun sürmesi, bu yola başvurmak isteyen yapı alacaklılarının uzunca bir zaman dilimi beklemeleri zorunluluğunu doğurmakta ve neticede elde edilecek miktar enflasyon nedeniyle değerini sürekli olarak yitirmektedir. Ayrıca, yapı alacaklılarının Medeni Kanunun tanımakta olduğu bu imkân hakkında yeterli bilgiye sahip olmamaları da bir başka etkendir.

VI. İş sahibi ile taşeron arasında doğrudan akdî ilişki

1. Genel olarak

Bazı durumlarda iş sahibi ile taşeron arasında doğrudan akdî ilişki de gündeme gelebilir. Mesela iş sahibi asıl müteahhit ile yapmış bulunduğu eser sözleşmesinin kapsamında yer almayan bir inşaat kısmının yapılması işini kendi adına yaptığı bir sözleşmeyle, aynı inşaatta asıl müteahhidin taşeronu olarak faaliyet göstermekte olan müteahhide ihale edebilir. Fakat bu ihtimalde taşeron, alt müteahhit olarak değil yan müteahhit (Nebenunternehmer)[670] olarak faaliyet göstermiş olur. Taşerona yan müteahhit olarak, iş sahibinin temsilcisi sıfatıyla asıl müteahhit tarafından da iş verilmiş olabilir[671].

---

668 **Furgler,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 706.

669 **Gauch,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 693; **Schumacher,** Rapports, ZSR 1982 II, Sh. 676, 677.

670 Bu kavram ile ilgili açıklamalar için bkz. §1. IV. 2.

671 Asıl müteahhit iş sahibine belirli bir müteahhide iş vermesi doğrultusunda tavsiyede bulunmak istiyorsa o, bu müteahhidi belirlerken özenli ve dikkatli bir seçim yapmalıdır; aksi takdirde iş sahibine karşı tazminat yükümlülüğü ile karşı karşıya kalabilir (**Staudinger/Peters,** § 631 N. 29).

Her ne şekilde olursa olsun, taşeron ile iş sahibi arasında doğrudan bir akdî ilişkinin mevcudiyeti iddia ediliyorsa; bu şekilde bir akdî ilişkinin mevcudiyetini iddia edip, bu akdî ilişkiden kendi lehine menfaatler elde etmek isteyen kimse, bu akdî ilişkinin mevcudiyetini isbat etmek zorundadır (MK m. 6). Bu doğrultuda asıl müteahhidin taşeronluk sözleşmesini (doğrudan veya dolaylı) temsilci sıfatıyla akdedip etmediği hususunda bir uyuşmazlık sözkonusu ise temsil olunan adına hareketin ve temsil yetkisinin mevcudiyetinin isbat edilmesi gerekecektir. Daha önce de izah edildiği gibi[672] asıl müteahhit bakımından kural, taşeronluk sözleşmesini akdederken temsilci sıfatıyla başkası adına ve hesabına değil, bilakis kendi nam ve hesabına hareket ediyor olması yönündedir. Fakat asıl müteahhide, iş sahibini temsilen sözleşme akdetme yetkisi verilmesine de bir engel yoktur. Böyle durumlarda asıl müteahhidin, taşeronla sözleşme yaparken kendi adına mı yoksa iş sahibi adına mı hareket ettiğinin ortaya çıkarılabilmesi için bir araştırma yapılması zorunluluğu gündeme gelecektir. Bu araştırma bakımından önemli olan husus, temsilcinin asıl müteahhit sıfatını taşımasından ziyade, onun taşeronluk sözleşmesini akdederken kendi inşa borcunu düşünerek hareket edip etmediğinin açıklığa kavuşturulmasıdır[673].

2.Görünüm şekilleri

Doğrudan akdî ilişkinin mevcut olduğunun iddia edildiği her durumda, böyle bir ilişkinin mevcut olup olmadığının isbat edilmesi, neticede bir yorum meselesidir. Bu yorum faaliyeti de mevcut olayın özelliklerinin araştırılması zorunluluğunu doğurur. Bu araştırmanın yapılması esnasında ise sözleşme konusu şey, sözleşme akdedilirken içerisinde bulunulan şartlar ve olayın gelişim tarzı özellikle incelenmesi gerekli olan unsurlardır[674].

a. Taşeronun (aslında) asıl müteahhide karşı yerine getirmek zorunda olduğu edimler

Eğer taşeron, aslında asıl müteahhide karşı ifa etmekle yükümlü olduğu edimlerle ilgili ücret talebini doğrudan iş sahibine yöneltmiş ise böyle bir durumda iş sahibinin, bu edimin ifasını akdî ilişki içerisinde bulunduğu asıl müteahhitten talebe hakkı olmasına rağmen, ayrıca taşeronla da akdî ilişkiye girmek isteyip istemediğinin itinalı bir şekilde araştırılması zorunludur. Kabul etmek gerekir ki, böyle bir durumda karine doğrudan akdî ilişkinin istenmediği yolunda olacaktır[675]. Taşeronun sadece işlerini iş sahibine ait bir arsa üzerinde yerine getirdiği

---

672 Bkz. §1. III. 1.

673 Bu hususta bkz. **LG Kassel,** NJW 1983, Sh. 827; **OLG Hamm,** NJW-RR 1992, Sh. 153.

674 Yargıtay da inşaatta taşeron sıfatıyla çalışan müteahhidin, davalı iş sahibinin kendisine ilave bazı işler yaptırmış olduğu; bu nedenle sözkonusu işlerin ücretini kendisine ödemekle yükümlü olduğu iddiasını ileri sürmdüğü bir olayla ilgili olarak *„Dosyada mevcut 10.7.1985 günlü ve 281 sayılı Kooperatif Yönetim Kurulu kararında bir takim elektrik işlerinin davacıya 1.328.000TL bedelle verildiği anlaşıldığı gibi, davacıya da bir takım ödemelerde bulunulduğu anlaşılmaktadır.*
Bu durumda dava konusu işlerle ilgili olarak taraflar arasında akdî bir ilişkinin varlığı sabit olmaktadır. O halde mahkemece işin esasına girilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi ..." neticesine varmıştır (**Yarg.** 15. HD. 24.9.1990 t., E. 435, K. 3538; Karar metni için bkz. **Uygur,** C. I, Sh. 404-405).

675 **Schwarz,** Sh. 58.

durumlar, akdî bir bağlılığın mevcuduyetine karine teşkil etmeyecektir[676]. Aynı şekilde iş sahibinin taşeronun edimini beğenmiş veya ifa olarak kabul etmiş olması da tek başına akdî bağlanma iradesinin kabulü için yeterli olmayacaktır. Yine iş sahibinin bu hususta bir yetkisi olmadığı halde, taşerondan sadece kendi ediminin ifasını istemesi de onun taşeronla doğrudan akdî ilişki kurmak istediği şeklinde yorumlanamaz[677]; benzer şekilde vergi hukukuna ait bazı gerekçelerle bütün taraflar arasında varılmış bulunan bir mutabakat gereği, asıl müteahhidin daha az katma değer vergisi ödemesini temin etmek amacıyla[678] taşeron ücrete ilişkin faturayı doğrudan iş sahibi adına düzenleyerek ona göndermiş ve iş sahibinin de bu işin ücretini doğrudan taşerona ödemiş olması dahi taraflar arasında doğrudan akdî ilişki kurulduğu yolunda bir neticenin çıkarılması için yeterli olamayacaktır[679]. Taşeron, iş sahibinin ifayı asıl müteahhitten talep etmeye hakkı olduğunu bildiği içindir ki, iş sahibinin davranışları objektif bir yoruma tabi tutulmak ve onun taşeronla akdî ilişkiye girmek isteğini tereddüde mahal vermeyecek bir şekilde ortaya koyan davranışlarda bulunmasını aramak zorunludur. Böylece, iş sahibinin belirli bir taşeronun inşaatta görevlendirilmesini asıl müteahhitten talep etmiş olduğu durumlarda dahi doğrudan akdî ilişkinin kural olarak asıl müteahhit ile taşeron arasında oluştuğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır[680].

b. İlave edimler

Bazı durumlarda iş sahibinin ilave bazı işlerin yapılması veya inşaatın tamamlanmış bölümlerinin değiştirilmesi amacıyla yapmış bulunduğu sözleşmelerin değerlendirilmesi de problemli olabilir. Bu ihtimalde de kural olarak asıl müteahhit ile taşeronu iş sahibi karşısında aynı konumda değerlendirmemek ve aksine bir neticenin çıkarılması için yeterli sebep mevcut değil ise[681], kural olarak iş sahibinin bu ilave edimlerin yapılmasını da bu zamana kadarki muhatabı

---

676 Karş. **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 85.

677 **Staudinger/Peters,** § 631 N. 33; İş sahibinin bu hususta yetkisi bulunmadığı halde taşerona talimatlar vermiş olması ve bu nedenle asıl müteahhidin zarara uğraması durumunda asıl müteahhit, akdin müsbet ihlaline dayanarak iş sahibinden tazminat dahi isteyebilir; fakat böyle bir durum dahi iş sahibinin taşeronla doğrudan akdî ilişki içerisine girmek istediği hususunda bir karine olarak kabul edilmemektedir (**Staudinger/Peters,** § 631 N. 33; **Schwarz,** Sh. 58).

678 Taşeron ile müteahhit arasındaki ilişkide KDV'nin nihaî olarak müteahhit tarafından ödenmesi gerekir: *„Taşeron yapmış olduğu hizmetin bedeli üzerinden 3065 sayılı KDV Kanunu'nun 8. maddesi hükmünce, %12 oranında KDV'nin Devlete karşı mükellefi ise de, verginin hizmet alana aynen yansıtılması doğrultusunda aynı maddenin 1/a bendi hükmü bulunmasına ve bu durumda davacının düzenlediği 31.12.1986 tarihli faturada gösterilen 2.640.000TL'lık KDV'nin davalı yükleniciden tahsili gerekirken..."* **Yarg. karar numarası ve Yarg. ilgili dairesini ilave et.** (Karar için bkz. **Kostakoğlu,** Sh. 712).

679 Bu hususta bir Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGH,** BauR 1974, Sh. 134.

680 **Alman genel müteahhitler derneğinin** hazırlamış bulunduğu genel müteahhitlik ile ilgili tip sözleşmede de bu doğrultuda bir hüküm yer almaktadır: Merkblatt des Generalunternehmers Ziffer IV 2; IV 5 (Tam metin için bkz. **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 142 VOB/A).

681 *„...Dosyada mevcut 10.7.1985 günlü ve 281 sayılı Kooperatif Yönetim Kurulu Kararında bir takım elektrik işlerinin davacıya (taşerona) 1.328.000 TL bedelle verildiği anlaşıldığı gibi, davacıya da bir takım ödemelerde bulunulduğu anlaşılmaktadır.*

Bu durumda dava konusu işlerle ilgili olarak taraflar (taşeron ile iş sahibi) arasında akdî bir ilişkinin varlığı sabit olmaktadır..." (**Yarg.** 15. HD., 24.9.1990 t., E. 435, K. 3538; Karar için bkz. **Uygur,** C. I, Sh. 403, 404).

olan asıl müteahhide vermek istediğini kabul etmek gerekir[682]. Bu ihtimalde de taşeron, iş sahibinin birden çok anlama gelebilecek davranışlarına güvenmek imkânına sahip olmayıp; o ancak, iş sahibinin kendisi ile doğrudan akdî ilişki içerisine girme isteğini tereddüde mahal vermeyecek şekilde ortaya koyan davranışlarından kendisi lehine bir anlam çıkarma imkânına sahip olabilecektir[683].

---

682 İnşaat pojesinin gerçekleştirilmesi ile ilgili bütün akdî taleplerini yöneltebileceği bir tek muhataba sahip olmanın avantajlarından istifade edebilmek için.

683 **Schwarz,** Sh. 59.

§8. Sona erme bakımından asıl inşaat sözleşmesi ile taşeronluk sözleşmesi arasındaki ilişki

I. Genel olarak

Asıl eser sözleşmesi ile taşeronluk sözleşmesi birbirlerinden bağımsız olarak meydana geldikleri gibi sona ermeleri bakımından da birbirlerinden bağımsızdırlar. Bu nedenle sona erme sebepleri ve sona erme ile ortaya çıkan hukukî durumun da her iki akdî ilişki bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi zorunludur. Hukukî durum bu şekilde olmasına rağmen, alt sözleşme ilişkisinin mevcut olduğu bütün durumlarda olduğu gibi, bu iki sözleşmeden özellikle asıl sözleşmenin ifa dışında bir sebeple sona ermesinin taşeronluk sözleşmesini de etkilemesi (adeta) kaçınılmazdır. Aynı şekilde taşeronluk sözleşmesinin ifa dışında bir sebeple sona ermesi halinde asıl sözleşmenin devamı bu yüzden etkilenebilecekse de bu durum istisna teşkil edecektir. Asıl sözleşmenin sona ermesi nedeniyle ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçları önlemek isteyecek olan asıl müteahhit, bu bakımdan da sözleşmelerin birbirleri karşısındaki bağımsızlığını sona erdirip taşeronluk sözleşmesi ile asıl sözleşme arasında asgarî bir uyum sağlamanın yollarını arayacaktır.

II. Her iki sözleşmenin birbirinden bağımsızlığı kuralı ve bu durumun etkileri

Kural olarak her iki sözleşme sona ermeleri bakımından da birbirlerinden bağımsızdır. Yalnız bu durum, sözleşmelerden birisinin zamanından önce sona erdirilmesinin diğeri üzerinde dolaylı da olsa bazı etkiler meydana getirmesi ihtimalini ortadan kaldırmayacaktır.

1. Her iki sözleşmenin birbirinden bağımsız olarak sona ermesi kuralı

Her iki sözleşmenin sona ermeleri bakımından birbirlerinden bağımsız olmaları, bu iki sözleşmenin birbirleri karşısındaki hukukî bağımsızlıklarının bir sonucudur. Alt sözleşme ilişkisinin var olduğu bütün ilişkiler bakımından geçerli olan bu kural, doktrindeki genel eğilim tarzını da yansıtır[684]. Tesbit edebildiğimiz kadarıyla bu yorum tarzı, batı ülkelerinin birçoğunda da benimsenmiştir[685]. Bu temel kuralın en önemli hukukî sonucu, fiilen birbirine bağlı olan bu iki akdî ilişkiden birisinin sona ermesinin, otomatik olarak diğerinin de sona ermesi neticesini doğurmamasıdır. Bu sebeple taşeronluk sözleşmesinden doğan borç, asıl sözleşme ifadan başka bir sebeple sona erdirilmiş olsa dahi, taşeronluk sözleşmesinin kendisinden kaynaklanan sona erme sebeplerinden birisi gerçekleşmedikçe (mesela taraflardan birisinin sözleşmeden dönmesi, ifanın imkânsız hale gelmesi gibi) ifa edilmek zorunda olacaktır.

---

684 Alt kira sözleşmesi için: **Höchli,** Sh. 67; Taşeronluk sözleşmesi için: **Gauch,** Werkvertrag, N. 145; Alt vekâlet için: **Jaussi,** Sh. 265; **Saxer,** Sh. 47; **Cerutti,** N. 260.

685 Almanya için: **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2361; **Nicklisch,** Risiken, Sh. 50; İtalya için **Rubino-Sammartano,** Sh. 280; Hollanda için, **Rozemond,** Sh. 234.

Bu çerçevede, hem asıl sözleşmenin ve hem de taşeronluk sözleşmenin aynı olay sebebiyle fakat birbirinden bağımsız olarak, ifalarının imkânsız hale gelmesi ve böylece sona ermiş olmaları bu kurala istisna teşkil etmeyecektir. Mesela asıl sözleşmede borçlanılmış bulunulan tünel inşası borcunun, meydana gelen bir toprak kayması sebebiyle imkânsız hale gelmesi durumunda, kazılacak tünelin izolasyon işlerini yapacak olan taşeronun borcunun ifası da imkânsız hale gelmiş olacaktır. Böyle bir ihtimalde taşeronluk sözleşmesinin sona ermesi, asıl sözleşmenin sona ermiş olması sebebiyle değil; bizzat taşeronluk sözleşmesinden kaynaklanan borcun ifasının imkânsız hale gelmiş olması sebebiyledir[686].

Her iki sözleşmenin sona erme bakımından da birbirinden bağımsız olması, bunlardan birisinin sona ermesi halinde diğer akdî ilişkinin bu durumdan etkilenmesine mahal vermeden, sona eren sözleşmenin yerine yenisinin kurulabilmesi imkânını da beraberinde getirir. Bu duruma daha çok taşeronluk sözleşmesinin zamanından önce sona erdirildiği ihtimallerde rastlanıyor ve asıl sözleşme herhangi bir şekilde etkilenmeden taşeronlar değiştirilebiliyorsa[687] da; nadiren de olsa asıl inşaat sözleşmesinin bu şekilde sona erdirilerek, taşeronluk sözleşmesinin etkilenmesine gerek kalmaksızın yerine bir yenisinin akdedilmesi ve böylece taşeronun ediminin bu yeni asıl sözleşme çerçevesinde değerlendirilmesi de mümkün olabilmektedir. Bu ikinci ihtimal ile ilgili olarak şöyle bir örnek zikredilmektedir[688]: Kendisine verilmiş bulunan ölçülere göre bir bina için pencere üretmekte olan taşeron için, bu pencerelerin A'nın binası için mi, yoksa B'nin binası için mi üretildiğinin bir önemi yoktur. Bu nedenle asıl sözleşme sona erdirilerek yerine bir yenisi akdedilmiş olsa dahi, bu durumdan alt sözleşme etkilenmeyecek ve bu defa asıl müteahhit taşeronun ürettiği pencereleri B'nin binası için kullanabilecektir.

2. Taraflardan birisinin sözleşmeyi sona erdirmiş olmasının diğer akdî ilişki üzerindeki etkisi

a. Genel olarak

Asıl eser sözleşmesinin zamanından önce sona ermesi, bu sözleşmeden doğan borcun ifasına yönelmiş bulunan taşeronluk sözleşmesini de doğrudan veya dolaylı olarak etkiler.

Asıl sözleşme sona ermiş olmasına rağmen, taşeronluk sözleşmesinin ifası genellikle mümkün olacaktır. Fakat asıl müteahhidin bu sözleşmeyi akdederken ifa alacaklısı olarak öngörmüş olduğu şahsın artık mevcut olmaması, taşeron tarafından ifa edilecek olan edimi asıl müteahhit için anlamsız hale getirecektir[689]. Mesela asıl müteahhit, daha önce kendisinin akdetmiş bulunduğu inşaat sözleşmesinden doğan borcunu ifa amaç ve isteğiyle bir taşeronu işin yapımına dahil etmiş ve mesela bu taşeronla sözkonusu inşaatın marangozluk işlerinin yapımı için sözleşme akdetmiş olsa; asıl inşaat sözleşmesinin ifa zamanından önce sona erdirilmesi ihtimalinde dahi, taşeron bakımından (kapı, pencere, mutfak ve banyo dolaplarının imali gibi) marangozluk işlerinin yapımı halen mümkün olduğu halde; asıl müteahhit taşeron

---

686 **Saxer,** Sh. 47.

687 Karş. **Cerutti,** N. 263.

688 **Cerutti,** N. 267.

689 **Bischoff,** Sh. 165; **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2365; **Cerutti,** N. 205; **Saxer,** Sh. 46.

tarafından yapılmış bulunan sözkonusu malzemeleri sona ermiş bulunan sözleşmenin ifası amacıyla kullanamayacağından, taşeronun edimi onun için anlam ve önemini yitirmiş olacaktır[690]. Fiilî durum asıl müteahhit bakımından böyle olmasına rağmen o, taşeronun ifa teklifini haklı olarak reddetme imkânından yoksun olacak; aksi yönde bir tutum içerisine girmesi ise onun alacaklı temerrüdüne düşmesi neticesini doğuracaktır.

Asıl sözleşmenin sona ermiş olması, taşeronluk sözleşmesinin ifa edilebilmesi veya ifa hazırlıklarının icra edilebilmesi için iş sahibinin iştirakinin gerekli olduğu durumlarda, taşeron borcunu ifaya hazır olsa dahi, bu isteğini gerçekleştirmesine engel de olabilir. Mesela, taşeron (sıva işleri kendisine ihale edilmiş bulunan taşeronun durumunda olduğu gibi) borcunu ancak inşa olunan bina üzerinde yürüteceği hazırlık faaliyetleri sayesinde ifa imkânına kavuşabilecek olmasına rağmen, iş sahibi asıl sözleşmenin sona ermiş olması nedeniyle onun binaya girmesine izin vermekten veya bu iş için gerekli malzemeyi temin etmekten kaçınıyorsa böyle bir sonuç doğacaktır[691].

Benzer şekilde taşeronluk sözleşmesinin ifa dışında sona ermesi de asıl sözleşme üzerinde bazı dolaylı etkiler meydana getirebilir. Mesela taşeronluk sözleşmesinin ifa gerçekleşmeden sona ermiş bulunması, asıl sözleşmenin ifasını imkânsız hale getirebilir. Şöyle ki, eğer taşeron yapı tekniğine ilişkin çok özel bilgi birikimi ve beceri (know-how) gerektiren bir işin yapılması için görevlendirilmesi zorunlu olan bir taşeron olup da, bu çerçevede akdedilmiş bulunan taşeronluk sözleşmesi ifa gerçekleşmeden sona ermiş ve bu konuda uzman başka bir taşeronun bulunması da mümkün değil ise; bu ihtimalde taşeronluk sözleşmesinin sona ermesi asıl sözleşmenin ifasını imkânsız kılabilecektir.

b. İş sahibi tarafından asıl sözleşmenin sona erdirilmesinin taşeronluk sözleşmesi üzerindeki etkisi

aa. Edimin kullanım amacına ilişkin risklerin alacaklıya ait olması kuralı

Asıl inşaat sözleşmesi sona ermiş olmasına rağmen hukukî olarak taşeronluk sözleşmesinin bu durumdan etkilenmemesi asıl müteahhidi pek memnun etmeyecektir. Zira böylelikle o, ifası kendisi bakımından anlam ve önemini artık kaybetmiş bulunan taşeronun edimini kabul etmek zorunda kalacaktır. Asıl müteahhit özellikle sona ermiş bulunan asıl sözleşmeyi nazarı itibara alarak taşerona ısmarladığı edimi değerlendirebileceği yeni bir sözleşme yapma imkânı da bulamıyorsa, taşeronun ifa edeceği edimin onun bakımından ne kadar anlamsız olacağını ifade etmeye gerek yoktur. Kaldı ki asıl müteahhidin, bu arada yeni bir sözleşme yapmış bulunsa dahi, taşeronun ifa edeceği edimi bu yeni sözleşme çerçevesinde değerlendirme imkânını bulması çok nadir durumlarda mümkün olabilecektir[692].

İfa kendisi için anlam ve önemini ne ölçüde kaybetmiş olursa olsun asıl müteahhit, bu sebebe dayanarak taşeronluk sözleşmesini sona erdirme imkânı da bulamaz. Zira İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde, edimin kullanım amacına ilişkin rizikonun

---

690 **Cerutti,** N. 272; Ayrıca karş. **Bischoff,** Sh. 165; **Nicklisch,** NJW 1985, Sh. 2365; **Saxer,** Sh. 46.

691 **Cerutti,** N. 281, dn. 261 ve N. 345.

692 **Cerutti,** N. 331.

alacaklıya ait bulunması temel kuraldır[693]. Bu çerçevede asıl müteahhit, taşeronun edimi kendisi için anlamsız hale gelmiş olsa dahi ifayı kabul etmek zorundadır. Yine alacaklı konumundaki asıl müteahhit, sadece edimin ifasının sonradan kendisi için amlamsız hale gelmesi durumunda değil, daha akdin kurulması ânında edimin ifasının kendisi bakımından anlamsız olması durumunda[694] dahi ifayı kabul etmek zorunda olacaktır. Hatta asıl sözleşmenin ifadan önce sona ermesine yol açan sebep mücbir sebep (höhere Gewalt, force majeure) niteliği taşısa[695] dahi durum değişmeyecektir[696]. Ayrıca açıklamak gerekir ki asıl müteahhit, akit hususunda iradesini beyan ederken taşeronun ediminin kendisi için önemi hususunda hataya düşmüş (Mesela, hatalı bir şekilde asıl sözleşmenin kurulacağını düşündüğü için taşeronluk sözleşmesini akdetmiş) bulunsa dahi, kural olarak bu hata esaslı bir hata olarak nazara alınmayacaktır[697] (BK m. 24/II). Kaldı ki borçlu, alacaklının sözleşmeyi hangi saikle yaptığını araştırmak zorunda da bırakılamaz[698].

Bu duruma göre kendi alacaklısını kaybetmiş olan asıl müteahhidin önünde bir tek imkân bulunmaktadır: BK m. 369 hükmünden istifade ile taşeronluk sözleşmesini sona erdirmek[699]. Böylece asıl müteahhit hiç değilse malvarlığı zararını olabilecek en düşük seviyede tutma imkânı bulmuş olacaktır[700]. Kanaatimizce asıl müteahhidin bu imkânı kullanabilmesi, taşeronun ediminin imalini henüz bitirmemiş olması ve asıl müteahhidin bu doğrultuda irade beyanında bulunması dışında bir şarta bağlı değildir[701]. Bu arada unutmamak gerekir ki asıl müteahhit, böylece sözleşmeyi sona

---

693 **Bischoff,** Sh. 159; özellikle satım sözleşmesi için 160 vd.; kira sözleşmesi için 162 vd.; eser sözleşmesi için 164 vd.

694 Mesela, henüz görüşmelerini yürütmekte olduğu bir sözleşmeden doğacak borcunun ifasını temin için ihtiyaç duyacağı taşeronları şimdiden kendisine bağlamak isteyen bir genel müteahhidin (Generalunternehmer), bu taşeronlarla sözleşme imzalaması fakat daha sonra sözkonusu işin kendisine ihale edilmemesi durumunda olduğu gibi (Yalnız bu örnekte sözkonusu olan durumun, asıl müteahhit bakımından temel hatası olarak nitelenmemek koşuluyla yapılan açıklamalara uygun düşeceği dikkate alınmalıdır.)

695 Sözleşmedeki risk dağılımının savaş ve doğal afetler gibi bazı durumlarda hâkim tarafından gözden geçirilibileceğini ilişkin açıklamalar ile ilgili olarak: **Jäggi/Gauch,** Zürcher Kommentar, Art. 18 N. 629; **Merz,** Berner Kommentar, Art. 2 N. 214; **Guhl/Merz/Kummer,** Sh. 274.

696 **Cerutti,** N. 338.

697 Saik hatasının esaslı hata olarak kabul edildiği durumlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Güven nazariyesi karşısında borç sözleşmelerinde hata kavramı, İstanbul 1968, Sh. 131 vd.; **Akyol,** Borçlar Hukuku, Sh. 225 vd. Bu arada ifade edilmelidir ki, bu durumun asıl müteahhit bakımından, BK m. 24/I b. 4 anlamında esaslı bir saik hatası teşkil ettiği kabul edilerek taşeronluk sözleşmesini sona erdirme imkânının bulunduğu kabul edilecek olsa dahi o, böylece taşeronluk sözleşmesinin sona erdirilmiş olması sebebiyle taşeronun uğramış olduğu zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Zira asıl müteahhidin, asıl sözleşmenin kurulup kurulmayacağı hususunda yanılmış olması kendi kusurundan kaynaklanmaktadır (BK m. 26). Ayrıca taşeronluk sözleşmesini asıl sözleşmenin kurulmasından önce inikat ettirmek isteyen asıl müteahhidin, basiretli bir tacir olarak, ilk sözleşme olan taşeronluk sözleşmesinin hükümlerini doğurmasını, ikinci sözleşme olan asıl sözleşmenin kurulması geciktirici şartına bağlamış olması gerekirdi (**Vetter,** RIW 1986, Sh. 88).

698 **Bischoff,** Sh. 161.

699 **Saxer,** Sh. 46; Bu hükümle ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 521 vd.; **Öz,** Sh. 138 vd.; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 342 vd.; **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 377'ye ilişkin açıklamalar.

700 **Cerutti,** N. 336.

701 İş sahibinin BK m. 369 hükmünden istifade ile eser sözleşmesini sona erdirebilmesi için eserin imalinin tamamlanmış olmaması dışında bir şartın (*ezcümle iş sahibinin bu yöndeki iradesini beyan ederken, sözleşmeyi BK m. 369 hükmü çerçevesinde sona erdirdiğini bildirmesinin ve*

erdirmesi üzerine taşerona, bu âna kadar gerçekleştirmiş bulunduğu imalat bedelini tazmin etmesi gerektiği gibi, onun sözleşmenin bu şekilde sona erdirilmiş olması nedeniyle uğramış bulunduğu diğer zararlarını da tazmin etmek zorunda kalacaktır (BK m. 369).

Taşeronun ediminin kullanım amacına ait riskin alacaklıya ait olması İsviçre Federal Mahkemesinin eski bir kararında da inceleme konusu yapılmış[702] ve netice olarak Federal Mahkeme BK m. 369 hükmünün getirmiş olduğu risk dağılımına ilişkin kuralı mantıklı ve âdil bularak, iş sahibine tam tazminat ödemek suretiyle sözleşmeyi iptal imkânı tanıyan bu düzenlemeden ayrılan bir çözümün ancak, iş sahibini tam tazminat ödemekle yükümlü tutmanın açıkça dürüstlük kuralı ile bağdaşmayıp, fahiş

---

dolayısıyla tazminat teklif etmesinin) aranıp aranmayacağı tartışmalıdır: Eserin tamamlanmamış olması ve fesih bildirimi dışında bir şartın aranmayacağı görüşünde: **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 377 N. 8; **Öz,** Sh. 142; **BGE** 96 II 195; **BGE** 98 II 113; Bu hükme dayanıldığının da açıklanması gerektiği düşüncesinde: **Becker,** Berner Kommentar, Art. 377 N. 2; **Tunçomağ,** C. II, Sh. 1090; **BGE** 21, 192-193; **Yarg.** 15. HD. 14.5.1992 t., E. 2365, K. 2592 (Karar için bkz. **Uygur,** C. I; Sh. 1060-1061). Bu hususta bildirimin açıklık taşımaması üzerine, müteahhidin iş sahibine sözleşmeyi sona erdirirken hangi hükme dayandığını sorması gerektiği görüşünde: **Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 377 N. 2.

702. **BGE** 69 II 139 vd. Karara konu olay şu şekilde gelişmiş ve Federal Mahkeme bu doğrultudaki kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir:
Olayın gelişimi: İkinci dünya savaşı sırasında Fransız ordusu topçu sınıfının obüs top ihtiyacını karşılamak için İsviçreli bir firma ile sözleşme imzalamıştır. Bu firma da üreteceği topların bazı parçalarını kendisi imal etmek istemediği için, bu parçaların imali işini saat üretimi ile uğraşan bazı firmalara ihale etmiştir. Asıl müteahhit firma böylece, bu firmalardan birisi ile 300.000 adet dişli çark üretimi için anlaşma yapmıştır. Fakat Fransız ordusu Alman ordusunun Parisi işgal etmesinden sonra, işgal kuvvetlerinin baskısı nedeniyle sözkonusu topların teslimiden vazgeçmek zorunda kalmıştır. Bunun üzerine edimini ifa edeceği muhatap bulamayan asıl müteahhit firma, artık kendisi bakımından kullanımı anlamsız hale gelen dişli çarkların kullanımına ilişkin rizikoyu üzerine almak istememiş ve taşeron firma ile arasındaki dişli çark üretimine ilişkin sözleşmeyi mücbir sebebe (force majeure) dayanarak iptal etmek istemiştir.
Federal Mahkemenin olayla ilgili kararı ve gerekçeleri: Taşeronun davası üzerine yerel mahkeme (Kanton mahkemesi), olaya BK m. 370/I hükmünü uygulamış ve taşeronun iptal zamanına kadar üretmiş olduğu dişli çarklara ilişkin bedelin asıl müteahhit tarafından ödenmesine karar vermiştir. Bu karar hem davacı ve hem de davalı tarafından temyiz edilmiş ve mesele Federal Mahkemenin önüne gelmiştir. Federal Mahkeme ise olaya netice olarak BK m. 369 hükmünü uygulamış ve asıl müteahhidin sadece üretilmiş olan dişli çark bedellerini değil, taşeronun sözleşmenin iptali nedeniyle uğramış bulunduğu kazanç kaybını da ödemesi gerektiğine karar vermiştir (**BGE** 69 II 146 vd.). Federal Mahkemenin gerekçeleri ise şunlardan ibarettir:

a. Federal Mahkeme olaya öncelikle, çok özel bir ifa imkânsızlığı durumunu düzenleyen BK m. 370 hükmünün değil, ifanın taşeron bakımından mümkün olduğunu dikkate alarak BK 369 hükmünün uygulanması gerektiği tesbitini yapmıştır (**BGE** 69 II 141 vd.). Bu hüküm ise asıl müteahhide ifa tamamlanıncaya kadar eser sözleşmesini iptal etme imkânı vermektedir; fakat asıl müteahhit, taşeronun iptal nedeniyle uğramış bulunduğu zararları da ayrıca tazmin etmek zorunda olacaktır.

b. Federal Mahkeme, asıl müteahhidi taşeronluk sözleşmesini iptale zorlayan durumun özelliklerini dikkate alarak, bu durumun asıl müteahhidin BK 369'un getirdiği tazminat ödeme yükümünden kurtulmasını sağlayacak bir mücbir sebep teşkil edip etmediği meselesini de incelemiş ve yaptığı inceleme neticesinde, kanun koyucunun (bu hükümle) tesbit ettiği risk dağılımına ilişkin kuralı mantıklı ve âdil bularak (**BGE** 69 II 142), olay bakımından her iki tarafın da menfaatlerini aynı anda gözeten bu kuraldan ayrılmayı gerektirecek yeterli sebebin bulunmadığı sonucuna varmıştır (**BGE** 69 II 145).

c. Federal Mahkeme bu kararında, iş sahibini tam tazminat ödemekle yükümlü tutmanın açıkça dürüstlük kuralı ile bağdaşmayıp, fahiş bir müeyyide olarak göründüğü çok özel bazı durumlarda BK m. 369 hükmünden ayrılan bir çözüme ulaşacak şekilde karar verilmesinin gerekli olabileceğini de ifade etmiştir (**BGE** 69 II 144).

bir müeyyide olarak görüldüğü çok özel bazı durumlar bakımından gündeme gelebileceğini ifade etmiştir[703].

bb. İş sahibinin sözleşmeden dönmesinin alacaklı temerrüdüne yol açması

Özellikle taşeronun borcunu inşaat mahallinde meydana getirmesinin sözkonusu olduğu sözleşmeler bakımından, asıl inşaat sözleşmesinin sona erdirilmiş olması asıl müteahhidin alacaklı temerrüdüne düşmesine de sebebiyet verebilir. Böyle bir ihtimalle, taşeronun borcunu ifa edebilmesi için iş sahibinin kendisi ile birlikte hareket etmesinin zorunlu olduğu sözleşmeler bakımından karşılaşılabilir. İş sahibinin bu mükellefiyetlerini (Mitwirkungspflichten) işin yapılmasından önce yerine getirmesi gerekli olabileceği gibi, işin yapılması esnasında icra etmesi de gerekebilir[704]. İş sahibinin bu mükellefiyetlerini yerine getiremediği veya getirmek istemediği durumlarda ise taşeron borcunu ifa imkânı bulamayacaktır.

Mesela asıl müteahhit ile yapmış bulunduğu sözleşme gereği inşa edilmekte olan binanın sıva veya elektrik işlerini yapmakla görevlendirilmiş bulunan taşeronlar, bu borçlarını ifa edebilmek için öncelikle sözkonusu binaya girmek zorundadırlar. Bu taşeronlar işlerini yapmak üzere hazır bulundukları halde iş sahibi onların binaya girmelerine müsaade etmez ise böyle bir durumla karşılaşılmış olacaktır.

Borcunu ifaya hazır olan taşeronun bu borcunu iş sahibi yüzünden ifa edememesine ait riskin kendi üzerinde kalması düşünülemez. Zira o, borcunun ifası için kendisi tarafından yapılması gerekli olan herşeyi yapmış ve ifa hazırlıklarını yapabilecek durumdadır. Mevcut durum taşeron bakımından değerlendirildiğinde, *„ifanın iş sahibinden kaynaklanan bir sebeple yerine getirilememesi"* sözkonusudur. Böylece ortaya çıkan bu olumsuz durumun sonuçlarına da taşerona karşı iş sahibi sıfatını taşıyan asıl müteahhidin katlanması gereklidir. Dolayısıyla taşeron, ifa teklifinde bulunduğu ve ifa, alacaklının sorumluluk alanından kaynaklanan bir sebeple yerine getirilemediği için alacaklı temerrüdü hükümlerinin (BK m. 90-94) kendisine sunduğu imkânlardan istifade edebilmelidir[705]. Taşeronun borcu bir yapma borcu olduğu için o, BK m. 94 hükmünden istifade ile sözleşmeyi sona erdirme imkânına da sahiptir. Sözleşmeyi bu şekilde sona erdiren taşeron daha önce işin yapımına başlamış ise BK m. 370/I hükmüne kıyasen eserin tamamlanmış olan kısmına tekabül eden ücreti ile bu ücrete dahil olmayan masraflarının kendisine ödenmesini de ayrıca talep edebilecektir[706].

cc. İş sahibinin sözleşmeden dönme imkânına sahip olduğu durumların taşeronluk sözleşmesi açısından değerlendirilmesi

aaa. BK m. 358/I hükmü çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkı

BK m. 358/I hükmünün öngördüğü şartların gerçekleşmesi ihtimalinde iş sahibi, asıl müteahhitle olan akdî ilişkisini henüz ifa zamanı gelmeden sona erdirme imkânına sahiptir. İş sahibinin bu hüküm çerçevesinde sözleşmeden dönme imkânı, ancak hükmün düzenleme alanına giren sözleşmeye aykırılık hallerinin müteahhidin sorumluluk alanından kaynaklanması ihtimalinde gündeme gelebilir[707]. Asıl

---

703 **BGE** 69 II 144.

704 **Gauch,** Werkvertrag, N. 1328.

705 **Gauch,** Werkvertrag, N. 1342.

706 **Gauch,** Werkvertrag, N. 1342.

707 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 366 N. 4; **Seliçi,** Sh. 82; **Öz,** Sh. 52; **Eren,** İnşaat sözleşmesi, Sh. 102.

müteahhidin sorumluluk alanından kaynaklanan bu sebeplerin ise inceleme konumuz bakımından ikiye ayrılarak ele alınması zorunludur[708].

Eğer asıl sözleşmenin sona erdirilmesine sebebiyet veren akde aykırılık taşerona isnadı kabil bir sebeple ortaya çıkmış ise bu durumda asıl müteahhit lehine de kolaylıkla kullanabileceği bir sözleşmeden dönme hakkı mevcut olacaktır. Zira taşeronun sorumluluk alanından kaynaklanan bu tür bir sebep, genellikle taşeronluk sözleşmesi bakımından da BK m. 358/I hükmünün aradığı şartların asıl müteahhit lehine gerçekleşmesine yol açacaktır[709].

Buna karşılık iş sahibinin sözleşmeden dönmesine sebebiyet vermiş olan akde aykırılığın tamamen asıl müteahhidin şahsî sorumluluk alanından kaynaklanması ihtimalinde ise asıl müteahhide kolaylıkla sözleşmeden dönme imkânı verilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu ikinci ihtimalde asıl müteahhit, taşeronluk sözleşmesini ancak BK m. 369 hükmü çerçevesinde sona erdirebilecek ve böylece ortaya çıkan bütün zararı tek başına üstlenmek durumunda olacaktır.

Doğrusu yukarıda yapılan açıklamaların iş sahibinin asıl sözleşmeyi, taşeronun izinsiz olarak işin yapımına dahil edilmiş olması sebebiyle sona erdirmiş olması ihtimali[710] bakımından da geçerli olup olmadığı hususunda bir tereddüt sözkonusu olabilir. Taşeronun, kendisinin iş sahibinin izni olmaksızın işin yapımına dahil edilmiş bulunduğundan haberdar olmaması ihtimalinde, asıl müteahhidin borcuna aykırı hareket etmiş olmasının olumsuz sonuçlarından onun da zarar görmesi haksızlık olurdu. Bu ihtimalde asıl müteahhit sadece BK m. 369 hükmü çerçevesinde sözleşmeyi sona erdirebilir. Bu durumda taşeron, sözleşmenin zamanından önce

---

708 **Kleine-Möller,** § 3 N. 29.

709 Bu hükmün aradığı şartların gerçekleşmemesi ihtimalinde ise asıl müteahhidin, taşerondan kaynaklanan önemli bir sebeple sözleşmeyi BK m. 369 hükmü çerçevesinde sona erdirmesi ve bu hüküm gereği taşerona ödenmesi gereken tazminat miktarının, BK m. 43 vd. hükümlerinin uygulanması suretiyle azaltılması veya tamamen ortadan kaldırılması mümkün olmak gerekir. Bu arada ifade etmek gerekir ki, iş sahibinin müteahhitten kaynaklanan önemli bir sebeple sözleşmeyi sona erdirmiş olması durumunda BK m. 369 hükmü gereği ödemek zorunda olduğu tazminat miktarının hesaplanması bakımından BK m. 43 vd. hükümlerinin uygulanmasının mümkün olup olmadığı tartışmalı bir meseledir [*Karşı: **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 377 N. 17; **Guhl/Merz/Koller,** Sh. 489; Onaylayan: **Gauch,** Werkvertrag, N. 808 vd.; **Gauch,** FS Locher, 42 vd.; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 377 N. 18; **Leuenberger,** Sh. 70; Federal Mahkeme ilk başta dönme hakkının kanunî sonuçlarından ayrılan bu çözümü, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi zaruretini doğuran çok önemli bir sebebin bulunduğu ve dönmenin kanunî sonuçlarının bu iş sahibine uygulanmasının açıkça onun büyük zorluklar içerisinde kalmasına yol açacağının âşikar olduğu durumlar için kabul etmiştir (**BGE** 69 II 144). Fakat daha sonra Federal Mahkeme, tazminattan indirimin geçersiz olduğu neticesine varmıştır (**BGE** 96 II 199). Son zamanlarda vermiş bulunduğu bir kararında ise tazminattan indirim yapılabileceğini kabul etmiştir (**BGE** 117 II 277, fakat 276 ile de karşılaştır).*] Düşüncemize göre, sözleşmeden dönmeye müteahhidin sebebiyet vermiş olması durumunda, eğer burada uygulanması sözkonusu olmayan başka bir hüküm (Mesela, BK m. 358/I, m. 365/II veya 367) mevcut değil ise iş sahibinin ödemesi gerekli tazminatta indirim yapılması ve eğer gerekli ise bu yükümlülükten tamamen kurtarılması hakkaniyetin bir gereğidir (*Diğer onaylayanlara ek olarak, **Trümpy,** Sh. 75 vd., 153; **Larenz,** Schuldrecht II/1, § 53 III, Sh. 369; ayrıca karş. **Mosimann,** Sh. 61*). BK m. 369 hükmünün, m. 43 vd. hükümlerinin uygulanması imkânını ortadan kaldırmış olduğuna dair bir dayanak noktası içerdiği ifade edilemez; bu hükmün esas almış olduğu temel, iş sahibinin dönme hakkını kullanmasında müteahhidin hiç bir kusurunun bulunmamasıdır (*Karş. **Leuenberger,** Sh. 70; Ayrıca bkz. **BGE** 117 II 277; **SJZ** 1977, Sh. 112*).

710 Taşeronun işin yapımına iş sahibinin izni olmadan dahil edilmesi ihtimalinde, iş sahibinin sözleşmeden dönme imkânına sahip olup olmadığı ile ilgili tartışmalar ve değerlendirme için bkz. §5. II. 2. b. bb.

sona ermiş bulunması nedeniyle o zamana kadar meydana getirmiş olduğu yapı kısmına tekabül eden ücretini ve bu ücretle karşılanmayan diğer zararlarının tazminini talep etme imkânına sahip olacaktır.

Fakat bu ihtimal bakımından da en azından taşeronun kendisinin işe dahil edilmesine iş sahibinin muvafakat etmediğini bildiği durumlarda, dürüstlük kuralı çerçevesinde taşeronun böyle bir talepte bulunmasının önlenebilip önlenemeyeceği noktasında tereddüt uyanabilir. Böyle bir durumda taşeronun şahsî durumu dikkate alınarak sonuca ulaşmak en isabetli çözüm tarzı olacaktır. Şöyle ki, eğer taşeron kendisinin işe dahil edilmesi nedeniyle asıl sözleşmenin sona erdirilmesi ihtimalinin bulunduğundan haberdar idiyse o, asıl müteahhitle sözleşme yaparken bu durumu da dikkate almak ve asıl müteahhidin kendisi ile olan akdî ilişkiyi sona erdirmesine de katlanmak zorundadır[711]. Böyle bir durumda asıl müteahhidin iki ayrı hükümden istifade ettirilmesi akla gelebilir: BK m. 369 ve BK m. 365/II. İkinci hüküm *emprevizyon* veya *işlem temelinin çökmesi teorisi* ile ilgili olup; bu hükmün uygulanabilmesi sözkonusu durumun ortaya çıkmasında tarafların herhangi bir rolünün olmamasını gerekli kılar[712]. Oysa sözleşmeye aykırı olarak işin yapımına taşeronu dahil etmekle, iş sahibinin asıl sözleşmeden dönmesine bizzat asıl müteahhit sebebiyet vermiştir. Bu nedenle asıl müteahhidin sözkonusu hükümden istifade ettirilmesi mümkün gözükmemektedir.

Kanaatimizce böyle bir durumda da asıl müteahhidin BK m. 369 hükmünden istifade etmekten başka çaresi bulunmamaktadır. Yalnız bu ihtimalde, taşeronluk sözleşmesinin keyfi bir şekilde sona erdirildiği diğer durumlardan farklı olarak, yukarıdaki ihtimalde olduğu gibi bu ihtimalde de sözkonusu hükmün taşerona tanımış bulunduğu tazminat hakkının BK m. 43 vd. hükümlerinin uygulanması suretiyle kısıtlanması pek mümkün gözükmüyorsa da[713]; taşeronun sözleşmenin kurulması aşamasında böyle bir ihtimalin mevcudiyetinden haberdar olmasına rağmen tazminat talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir.

Bu ihtimal dışında buradan, taşeronun (iş sahibinin izni olmaksızın işe dahil olmakla) aynı zamanda (sözleşmenin sona erdirilmesi nedeniyle) sahip olduğu talep haklarından da vazgeçtiği neticesine ulaşmak kolaylıkla mümkün olmayacaktır. Bilakis iş sahibinin bu hususta izin veya onayının alınması münhasıran asıl müteahhidin görevidir; yoksa taşeronun değil. Bu açıdan taşeronluk sözleşmesi asıl sözleşmeye bağlı değildir. Taraflar açık bir şekilde, iş sahibinin taşeronun işe dahil edilmesine onay vermemesi ihtimalinde taşeronun haklarının kısıtlanacağı veya asıl müteahhidin taşeronluk sözleşmesini olağandışı bir şekilde sona erdirme hakkının doğacağı yönünde açık bir mutabakata varmadıkları sürece[714], dürüstlük kuralına

---

711 Böyle bir ihtimalde BK m. 358/I'in aradığı şartların taşeronluk sözleşmesi bakımından da gerçekleşmesinin aranması sözkonusu değildir. Bu hükmün aradığı şartlar gerçekleşmiş olmasa dahi asıl müteahhit BK m. 369 hükmü çerçevesinde taşeronluk sözleşmesini sona erdirmelidir. Yalnız bu hükmün uygulanması bakımından da taşeronluk sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından asıl müteahhit lehine haklı bir sebebin gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerekir. Ayrıca bkz. §8. dn. 709.

712 **MüKo/Roth,** §242 N. 542; **Bischoff,** Sh. 183 vd.; **Akyol,** Dürüstlük Kuralı, Sh. 87.

713 Zira bu ihtimalde sözkonusu hükümler kapsamında değerlendirme yapmayı gerekli kılan bir müterafık kusur sözkonusu değildir.

714 Bu tür bir mutabakatın, olayın gelişim tarzına göre geçersiz sayılması ihtimali de bulunmaktadır. Bu hususta bkz. §4. II. 1. b. aa. ccc.

dayalı olarak da taşeronun böylece ortaya çıkan talep haklarının önüne geçilmesi mümkün gözükmemektedir[715].

bbb. BK m. 367 hükmüne göre sözleşmeden dönme hakkı

İş sahibi yaklaşık bedelli işlerde, keşif bedelinin çok aşılmış olması sebebiyle de akdî ilişkiyi sona erdirmiş olabilir. Bu ihtimalde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkına sahip olabilmesi, masrafların bu şekilde artmış olmasında müteahhidin kusurlu olmasına bağlı değildir[716]. İş sahibi yaklaşık bedelin hatalı saptanmasında, müteahhidin kusurunun bulunmadığı hallerde de masraf aşırılığı sebebiyle sözleşmeden dönebilir[717]. Böyle bir durumda dahi asıl müteahhide taşerona karşı kullanabileceği ve dürüstlük kuralından kaynaklanan özel bir sözleşmeden dönme hakkı tanımak veya taşeronu ücrete ilişkin diğer talep haklarından mahrum etme imkânı vermek mümkün gözükmemektedir. Asıl müteahhidin böylece taşeronluk sözleşmesinden dönebilmesi için de BK m. 367 hükmünün aramakta olduğu şartların ayrıca taşeronluk sözleşmesi bakımından gerçekleşmesi aranacaktır. Hatta tahmini keşif bedelinin artmasına iş sahibinin sebebiyet vermiş olduğu durumlarda iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının varlığı kabul edilmediğinden[718]; eğer bu durumun ortaya çıkmasında asıl müteahhidin kusuru mevcut ise o, taşerona karşı iş sahibi konumunda olduğundan taşeronluk sözleşmesi bakımından da tahmini keşif bedelinin aşılması sözkonusu olsa dahi sözleşmeden dönme imkânına sahip olamayacaktır. Buna karşılık yaklaşık keşif bedelinin aşılmasının taşeronun yaptığı açıklamalara dayandırılabildiği durumlarda[719] asıl müteahhit de bu hüküm çerçevesinde sözleşmeden dönme imkânına sahip olabilecektir. Bunun dışında asıl müteahhit, sadece iş sahibinin sözleşmeden dönmüş olması gerekçesi ile bu hükme istinaden taşeronluk sözleşmesini de sona erdirme imkânına sahip olamayacaktır. Onun yapabileceği tek şey BK m. 369 hükmü çerçevesinde tam tazminat ödemek suretiyle taşeronluk sözleşmesini sona erdirmektir.

ccc. BK m. 369 hükmü çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkı

İş sahibi, sözleşmeden doğan borcun ifa edilmesine kadar her zaman sözleşmeyi sona erdirme imkânına sahiptir[720] (BK m. 369). Böylelikle iş sahibi, bu projenin

---

715 Karş. **Schwarz,** Sh. 155.

716 **Öz,** Sh. 73.

717 Böylece sözleşmeden dönen iş sahibi, BK m. 367/II hükmü çerçevesinde asıl müteahhidin masraflarını hakkaniyete uygun bir şekilde tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Tazminatın miktarı, dönme ânına kadar yapılan işler gözönüne alınarak hesaplanacaktır. Ancak bu hesaplama dürüstlük kuralı ışığında esnek bir usulle yapılacaktır. Müteahhit her zaman yapılan kısma ilişkinmasrafların tam olarak ödenmesini isteyemeyeceği gibi, yaklaşık bedelin yapılan kısmın bütün esere olan oranı kadarının verilmesi veya sadece sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iş sahibinin zenginleşmesi kadar bir para ödenmesi gerektiğinden de söz edilemez (**Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 375 N. 15; **Öz,** Sh. 83).

718 **Gautschi,** Berner Kommentar, Art. 375 N. 7a-b; **Oser/Schönenberger,** Zürcher Kommentar, Art. 375 N. 3; **Mosimann,** 153; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 375 N. 14; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 286; **Öz,** Sh. 75.

719 Burada kastedilen durum, sözkonusu inşaat projesinin tamamına ilişkin tahmini keşif bedelinin aşılmasının taşeronun açıklamalarına dayandırılabildiği durumlardır; yoksa taşeronluk sözleşmesine konu işin tahmini keşif bedelinin değil.

720 Sözleşmenin bu şekilde sona erdirilmiş olması doğaldır ki müteahhit bakımından, iş sahibinin bu şekilde ödeyeceği tazminatla karşılaması belki de mümkün olmayan hem ekonomik ve hem de hukukî açıdan olumsuz bazı sonuçların doğmasına yol açacaktır. Eğer müteahhit, sözleşmenin bu şekilde sona erdirilmiş olması ihtimalinde, böylece ortaya çıkan iş kaybını derhal başka bir iş bulmak suretiyle karşılama imkânı bulamazsa, bu iş için hazırlamış olduğu personeli dağıtmak

gerçekleştirilmesi ile ilgili kararın verilmesinde etkili olan iktisadi ve yapı tekniğine ilişkin bazı şartların değişmesi ihtimalinde, kendi hukukî durumunu değişen bu şartlara uydurma imkânına sahip olabilecektir. Yalnız bu imkânı kullanması ihtimalinde iş sahibi, asıl müteahhidin bu zamana kadar yapmış bulunduğu inşaat kısmının bedelini ödemek zorunda olduğu gibi, ayrıca sözleşmenin bu şekilde sona erdirilmiş olması nedeniyle asıl müteahhidin uğramış bulunduğu başka zararlar mevcut ise onları da tazmin etmek[721] zorunda kalacaktır[722] (BK m. 369).

Keza asıl müteahhit de bu hüküm çerçevesinde taşerona karşı sözleşmeyi sona erdirme imkânına sahiptir. Gerçi bu ihtimalde asıl müteahhit de taşerona karşı BK m. 369 hükmü gereği hem o zamana kadar meydana getirilmiş bulunan inşaat kısımlarının bedelini ve hem de ifaya olan menfaatini tazmin etmek zorundadır; fakat onun bakımından da benzer bir talep hakkını iş sahibine karşı yöneltme hakkı mevcuttur. Asıl müteahhit taşerona ödemek zorunda olduğu miktar kadar masraf yapmakla yükümlü olduğundan; kendisinin iş sahibine karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu talep hakkı çerçevesinde bu masraflarının tamamı dikkate alınmak zorundadır.

Hal böyle iken, iş sahibinin içerisinde bulunduğu ekonomik zorluk nedeniyle sözleşmeyi feshetmiş olduğu ve asıl müteahhide böylece ödemek zorunda olduğu tazminat alacağını ödemek imkânından yoksun bulunduğu durumlarda asıl müteahhit, bu durum kural olarak taşeronu ilgilendirmeyeceğinden kendisinin taşerona karşı olan ücret borcunu yine de ödemek zorunda olması nedeniyle önemli bir zorlukla karşı karşıya kalmış olacaktır. Bu çerçevede asıl müteahhit, daha fazla yükümlülük altına girmek zorunda olmaksızın taşeronla olan akdî ilişkisini sona erdirmek yönünde çok önemli bir menfaata sahip olabilecektir[723]. Böyle bir durumun ortaya çıkması ihtimalinde, taşeronun bu durumu dikkate alarak hareket etme mükellefiyeti altında bulunduğunun iddia edilmesi veya işlem temelinin çöktüğünün kabul edilmesi suretiyle böyle bir neticeye ulaşılması düşünülebilir. Fakat önüne gelen bir olayda Alman Federal Mahkemesi haklı olarak bu düşünceye karşı çıkmış ve bir kararında, inşaatın iş sahibi tarafından finanse edilmesinin artık mümkün

---

ve iş hukuku hükümleri çerçevesinde onlara fesih süresi tayin etmek suretiyle işlerine son vermek zorunda kalacaktır. Eğer müteahhit, bu iş ile ilgili olarak malzeme satıcıları ve taşeronlarla sözleşme akdetmiş ise bu sözleşmeleri de sona erdirmek zorunda kalacaktır. Kural olarak iş sahibi, mütaehhidin böylece uğrayacağı bütün zararları tazmin etmek zorunda olacaktır. Müteahhidin bütün masrafları iş sahibi tarafından ödenmiş olsa dahi müteahhit, her halde planlanan işlerin boşa çıkmış olması nedeniyle bazı organizasyon zorlukları ve hukukî sorunlarla karşı karşıya kalacaktır.

721 Ayrıca ifade edilmelidir ki, genellikle iş sahibi sözleşmeden serbestçe dönme hakkını, müteahhide bu nedenle uğramış olduğu zararları tazmin etmeksizin kullanmanın yollarını arayacaktır. Böyle bir netice elbetteki tarafların bireysel mutabakatı ile temin edilebilir ve müteahhidin bu durumda sözkonusu olabilen talep hakları kısıtlanabilir (***Honsell/Zindel/Pulver,*** *Art. 377 N. 20;* ***Gauch,*** *Werkvertrag, N. 582 vd.;* ***Eren,*** *İnşaat sözleşmesi, Sh. 92*). Fakat iş sahibinin kullandığı genel işlem şartları arasında böyle bir hükme yer verilmiş ise; böyle bir hükümle müteahhidin henüz meydana getirmemiş olduğu edim kısmı ile ilgili herhangi bir talep ileri sürmesini engellemekle, onun haklarına münasip olmayan bir şekilde tecavüzde bulunulmuş olacaktır (***BGH*** *NJW 1985, Sh. 631*).

722 **Kleine-Möller,** §2 N. 624.

723 Asıl müteahhit ile taşeronun, asıl inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından sona erdirilmesi ihtimaline binaen asıl müteahhide serbestçe sözleşmeden dönme imkânı sağlayacak bir hükme sözleşmede yer vermeleri ihtimalinde, bu hükmün geçerli olmayacağı ile ilgili olarak bkz. §4. II. 1. b. aa. ccc.

olmadığının anlaşıldığı bir durumda asıl müteahhidin bu durumu bahane ederek taşeronluk sözleşmesini sona erdirme hakkının bulunmadığı neticesine ulaşmıştır[724].

Böyle bir durumda dürüstlük kuralına istinaden asıl müteahhide taşeronluk sözleşmesini tam tazminat ödemeksizin sözleşmeyi sona erdirme imkânı tanınmış olsaydı, böylelikle dürüstlük kuralı asıl müteahhidin akdî yükümlülüklerinden kurtulmasına ve asıl sözleşmeden kaynaklanan risklerin nihaî olarak taşerona devredilmiş olması neticesine yol açmış olurdu. Halbuki iş sahibi ile mevcut akdî ilişki çerçevesinde ortaya çıkan risklere asıl müteahhidin katlanması gerekir; yoksa taşeronun değil[725].

Özetle ifade etmek gerekirse iş sahibinin asıl müteahhide olan ücret ödeme borcunu yerine getiremeyecek duruma gelmesi, asıl müteahhide işlem temelinin çökmesi teorisi çerçevesinde taşeronluk sözleşmesini sona erdirme hakkı vermeyecektir[726].

ddd. İş sahibinin diğer sebeplerden kaynaklanan sözleşmeden dönme hakkı

Yukarıda incelenmiş bulunan üç ihtimalden başka iş sahibi, ayıba karşı tekeffül hükümleri[727] veya borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde de asıl sözleşmeyi sona erdirmiş olabilir. Bu ihtimallerde de iş sahibinin sözleşmeden dönmüş olması, asıl müteahhidin de taşeronluk sözleşmesinden dönmesi bakımından haklı bir sebep teşkil etmez. Bu durumlarda da asıl müteahhit, taşeronluk sözleşmesinden ancak BK m. 369 hükmü çerçevesinde dönebilir[728].

---

724 Alman Federal Mahkemesinin kararı için bkz. **Schäfer/Finnern/Hochstein,** Z. 2.510 Blatt 60; Aynı fikirde: **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 158 VOB/A.

725 Bu sebeple Alman Hukuk sisteminde asıl müteahhidin, BK m. 369 hükmünün muadili olan §649 S.2 BGB'den kaynaklanan ücret ödeme borcundan genel işlem şartlarını kullanmak suretiyle de etkili bir şekilde kurtulasının mümkün olamayacağı; zira kural olarak bu iş dolayısıyla bazı ek masraflar yapmak zorunda kalacak olan ve muhtemelen başka iş tekliflerini (akdî bağlılığı nedeniyle) reddetmiş bulunan taşerona, tek taraflı olarak onun tarafından beklenilebilir nitelikte olmayan akdî riskler yüklenmesinin mümkün olmadığı; § 649 S.1 BGB hükmünün benzer düzenlemelerin aksine serbest bir şekilde akdî ilişkiyi sona erdirme imkânı tanımış bulunduğundan, bu suretle o, iki imkândan birini diğerine tercih edecek ve her iki tarafın birbiri ile çatışmakta olan menfaatleri arasında münasip-makul bir denge akdî ilişkinin sona erdirilmesi nedeniyle taşeronun bir zarara uğramaması şartıyla gerçekleştirilebileceği; böylece, bu yapılan açıklamalara ters düşen genel işlem şartlarının §9 veya §10 AGB-Gesetz'e aykırı olacağı ifade idilmektedir. Bkz. **BGHZ 92,** Sh. 244, 249 vd.; **BGH,** NJW 1995, Sh. 526; **OLG München,** BauR 1987, Sh. 554, 559 vd.; **OLG München,** BB 1984, Sh.1386, 1387; Ayrıca bkz. **BGH,** BauR 1995, Sh. 234 ff.: VOB-sözleşmeleri bakımından yapılan bu doğrultudaki açıklamalar için bkz.: **Ingenstau/Korbion,** § 8 N. 26 vd. VOB/B; **Kleine/Möller,** §2 N. 620, §3 N. 30.; **Kniffka,** ARGE, Sh. 46, 57; **Locher,** Baurecht, N. 393; **Staudinger/Peters,** §631 N. 38; **Ulmer/Brandner/Hensen,** Anh. §§ 9-11 N. 722; **Werner/Pastor,** N. 1130; **Wolf/Horn/Lindacher,** §23 N. 287.

726 **Schäfer/Finnern/Hochstein,** Z 2.510 Bl. 60; **Ingenstau/Korbion,** Anh. N. 158 VOB/A.

727 Bu arada unutulmamalıdır ki, inşaat sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönülebilmesi, yapı eserinin yıkılması veya kaldırılmasının aşırı bir zarar doğurmaması ön koşuluna bağlıdır (BK m. 360/III). Bu hususta bkz. **Öz,** Sh. 125 vd.

728 Yargıtay da vermiş bulunduğu bir kararında aynı neticeye ulaşmıştır: *„...Belediye ile dava dışı Karabük Demir-Çelik İşletmeleri Müessesesi arasında Belediyenin 10.000 ton dolomit taşı istihraç ve nakli davalı tarafından üstlenilmiş olup davacı taşeronla yapılan 1.3.1983 tarihli sözleşmeyle aynı iş davacıya verilmiştir. Ne var ki, Karabük Demir-Çelik İşletmeleri Müessese Müdürlüğünün davalı Belediyeye yazdığı 12.5.1983 tarihli yazıda, dolomit taşı stokunda fevkalade iyileşme meydana geldiğinden ve ayrıca dolomit taşı satın alınmasına ihtiyaç kalmadığından aralarındaki sözleşmenin feshedildiğini bildirmesi üzerine davalı 18.5.1983 tarihli*

3. Taşeronluk sözleşmesinin sona erdirilmesinin asıl inşaat sözleşmesi üzerindeki etkisi

İstisnaî bazı ihtimallerde taşeronluk sözleşmesinin ifa dışında bir sebeple sona ermesi, halen mevcut olan asıl sözleşmeyi doğrudan veya dolaylı olarak etkileyebilmekte ve hatta bu durum ifa imkânsızlığına yol açabilmektedir. Bu durumun ifa imkânsızlığına yol açması ihtimaline nazaran, asıl sözleşmeye ilişkin zaman planının aksaması ve işin ifa zamanına yetiştirilememesi neticesine yol açması ihtimali daha fazladır.

Taşeronluk sözleşmesinin bu şekilde sona ermesinin ifa zamanının geçirilmesine mi yol açacağı, yoksa ifa imkânsızlığına mı sebep olduğunun belirlenmesi ise taşeronluk sözleşmesinin konusunu teşkil eden işin niteliği ile ilgili bir araştırmayı gerekli kılar. Eğer bu iş, sadece bu taşeron tarafından değil, bu alanda faaliyet gösteren herkes tarafından yapılabilecek bir iş niteliği taşıyorsa; taşeronluk sözleşmesinin sona ermesi asıl sözleşmeyi, olsa olsa yeni bir taşeron bulunup onunla sözleşme yapılıncaya kadar geçecek zaman dilimi kadar ifada gecikmeye yol açmak suretiyle etkileyebilir[729].

Bu durumun aksine taşeronluk sözleşmesine konu teşkil eden iş, sadece bu taşeron tarafından yapılabilecek bir iş ise veya başkaları tarafından da yapılabilecek olmasına rağmen ifa zamanı borcun ifa edilebileceği yegâne zaman parçası[730] olduğu için yeni bir taşeron bulununcaya kadar bu zamanın geçirilmesi sözkonusu olacaksa artık asıl sözleşmenin ifasının da mümkün olmadığını[731] kabul etmek gerekecektir. Bu ihtimal ile ilgili olarak doktrinde şu örnek verilmektedir: Bir müteahhit, inşaata ait bir kısmın meydana getirilmesi amacıyla kendi sahasında uzman ve piyasasında rakibi bulunmayan bir taşeron ile sözleşme akdetmiştir. Bu taşeron asıl müteahhitle birlikte çalışmayı kabul ettiği halde, daha sonra sözleşmeden kaynaklanan borcunu ifa etmekten kaçınsa[732] veya herhangi bir sebeple sözleşmeyi sona erdirmiş olsa; bu ihtimallerde asıl müteahhit, borçlandığı edimi yerine getirme imkânından yoksun olacaktır[733].

Taşeronun akdî ilişkiyi sona erdirme imkânına sahip olduğu durumlar ise şu şekilde sıralanabilir: Ücret alacağının ödenmemesi nedeniyle BK m. 106-108 hükümleri

---

yazıyla işi durdurduğunu davacıya bildirmiştir.
Her ne kadar taraflar arasındaki sözleşmenin 4. Maddesinde, Demir Çelik işletmesinin haklı nedenlere dayanarak ilk sözleşmeyi feshetmesi halinde taşeron ile yapılan sözleşmenin kendiliğinden hükümsüz sayılacağı ve bundan dolayı taşeronun hiçbir hak talep edemeyeceği belirtilmiş ise de gerek Demir Çelik İşletmesinin fesih yazısı, gerekse davalı belediyeninin işi durdurması hukuken geçerli ve tutarlı bir sebebe dayandırılmış değildir. Diğer bir deyimle davalı belediyenin işi durdurması haklı bir sebebe dayandırılamaz. Böyle olunca BK 369. Madde hükmü gereğince davacının tüm zararlarını davalının en üst düzeyde ödemesi gerekir..." (**Yarg. 15. HD.**, 26.5.1988 t. E. 1848, K. 2047: Karar için bkz. **Uygur,** C. I, Sh. 1061-1062).

729 Borcun ifasında meydana gelen bu gecikme, BK m. 102'de aranmakta olan şartların gerçekleşmesi ihtimalinde borçlu temerrüdü olarak nitelendirilecektir (*İfada gecikmenin hangi şartlarla borçlu temerrüdü olarak nitelenebileceği hususunda özel bir inceleme için bkz.* ***Akkanat, Halil:*** *İfada gecikme ve borçlu temerrüdü, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın anısına armağan, İstanbul 2000, Sh. 1 vd.*).

730 İfa zamanının değişik anlamları için bkz. **Oğuzman/Öz,** Sh. 234 vd.

731 Karş. **Keller/Schöbi,** Sh. 245; **von Tuhr/Escher,** § 62 V 2, Sh. 53.

732 Yapma borçlarını ifa etmekten kaçınmanın ifa imkânsızlığına yol açıp açmayacağına ilişkin tartışma için bkz. **Oğuzman/Öz,** Sh. 293-296; **Öz,** Sh. 158 vd.

733 **Cerutti,** N. 274.

çerçevesinde sözleşmeden dönme; BK m. 365/II hükmü çerçevesinde işlem temelinin çökmesi nedeniyle sözleşmeden dönme ve kabul ettiğimiz fikre göre yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili birlikte hareket etme mükellefiyetlerine aykırı hareket edilmesi ihtimalinde BK m. 94 hükmünün yaptığı yollama çerçevesinde yine BK m. 106-108 hükümlerine göre sözleşmeden dönme[734]. Bu üç duruma bir de önemli bir sebeple sözleşmeden dönme hali eklenebilir[735].

a. Taşeronun borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönmesi

Taşeronun borçlu temerrüdü hükümlerinden istifade etmesi iki şekilde gündeme gelecektir: Asıl müteahhidin ücret borcunu ödememesi ve yine asıl müteahhidin birlikte hareket etme mükellefiyetini (Mitwirkungspflicht) yerine getirmemesi.

Taşeronun bu şekilde sözleşmeden dönmesi ihtimalinde asıl müteahhit, bir taraftan iş sahibi karşısında mevcut borcunu zamanında yerine getirememiş olması nedeniyle ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlara katlanmak durumunda iken; diğer taraftan da kendi sözleşmesini sona erdirmiş bulunan taşerona karşı tazminat ödemek zorunda olacaktır. Böyle bir ihtimalde, asıl müteahhidin her iki sözleşmeye de taraf olmasını dikkate alarak, taşeronun ona karşı sahip olduğu hakların sınırlandırılması mümkün olmamak gerekir.

Asıl müteahhit bu hususta ki mükellefiyetlerini, iş sahibi kendisine karşı olan benzer mükellefiyetlerini yerine getirmemiş olduğu için yerine getirememiş ise kural olarak o da aynı şekilde asıl sözleşmeden dönüp, taşeronun yaptığı gibi ücret ve tazminat talebinde bulunma imkânına sahiptir. Bu açıdan asıl müteahhidin, mesela iş

---

734 Daha önce de açıklandığı gibi (Bkz. §6 dn. 252) iş sahibinin, yapı eserinin sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirilebilmesi için lüzum bulunan hallerde müteahhitle birlikte hareket etmeye ilişkin bazı yan edim mükellefiyetleri (Mitwirkungspflicht) mevcuttur. İş sahibinin bu yan edim borçlarına aykırı hareket etmesi ihtimalinde ise müteahhit BK m. 94 hükmünün kendisine sunmuş bulunduğu imkândan istifade ile borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde sözleşmeyi sona erdirme imkânına sahip bulunmaktadır (***von Tuhr/Escher,*** *§66 III, Sh. 83 vd.;* ***Gauch,*** *Werkvertrag, N. 1342;* ***Werz,*** *Sh. 277.*). Aynı şekilde taşeron da asıl müteahhide karşı, yerine getirmekle mükellef olduğu birlikte hareket etme mükellefiyetlerini yerine getirmekten kaçınması ihtimalinde, kendisine bu mükellefiyetlerini yerine getirmesi için uygun bir mehil tayin etmek suretiyle akdî ilişkiyi BK m. 106 hükmü çerçevesinde sona erdirme yetkisine sahip olabilecektir (*İş sahibinin sözkonusu mükellefiyetlerini yerine getirmemesi durumunda müteahhidin sözleşmeyi fesih hakkı Alman Medeni Kanununda açıkça hükme bağlanmıştır: §§ 643-644 BGB (Bu hususta açıklamalar için özel olarak bkz.* ***Staudinger/Peters,*** *§ 643 N. 26 vd.*). Taşeronun böylece sözleşmeden dönmesi ihtimalinde o, o zamana kadar yaptığı işlerin karşılığını ve (BK m. 370/I kapsamına giren durumlarda olduğu gibi) böylece karşılanmayan diğer zararlarının tazminini talep edebilecektir (***Gauch,*** *Werkvertrag, N. 1342*).

735 Müteahhidin önemli bir sebeple sözleşmeden dönme hakkına sahip olup olmadığına ilişkin bir düzenlemeye Borçlar Kanununda yer verilmemiştir. Fakat kanunda müteahhide sözleşmeden dönme imkânı tanınmış bulunan haller (BK. m. 106 vd; BK m. 365/II) kapsamına girmeyen ve fakat bu akdî ilişki ile bağlı kalmasının müteahhitten beklenemeyecek bir hal alması sonucunu doğuran özel bazı durumların ortaya çıkması her zaman mümkündür. Bu durumlar bakımından müteahhidin *„önemli bir sebeple sözleşmeden dönme hakkına sahip kılınmasının mümkün olup olmadığı"* sorusu sorulmakta ve sürekli borç ilişkileri ile ilgili olarak kabul edilmiş bulunan temel ilkelerin kıyasen burada da uygulanması suretiyle bu sorunun müsbet cevaplanması gerektiği ifade olunmaktadır (***Gauch,*** *Werkvertrag, N. 598 vd.;* ***Gehrer,*** *Vom Recht des Unternehmers, den Werkvertrag aufzulösen, Mélanges Assista, Genf 1989, Sh. 185*); Aynı şekilde alman hukuk literatüründe de müteahhidin önemli bir sebeple sözleşmeden dönme imkânına sahip olduğu kabul edilmektedir (*Bu hususta ki tartışmalarla ilgili olarak bkz.* ***Staudinger/Peters,*** *§ 643 N. 20 vd.*).

sahibinin iflâs etmesine ait riski taşıyor olması da hakkaniyete uygundur. Eğer asıl müteahhit böyle bir durumda sözleşmeden dönmemiş ise böyle hareket etmekte kendisine ait makul bir gerekçesi bulunacak olup; bu gerekçelerle taşeronun haklarına kısıtlama getirilmesi mümkün gözükmemektedir. Eğer iş sahibi değil bizzat asıl müteahhit sözleşmeye aykırı hareket ederek kendi yükümlülüklerini ihlal etmiş ise bu durumda asıl müteahhide taşeron karşısında imtiyaz tanımak için zaten hiç bir sebep mevcut olmayacaktır.

b. Taşeronun diğer sebeplerle sözleşmeden dönmesi

Taşeronun önemli-haklı bir sebebe dayanarak sözleşmeyi feshetmiş olması ihtimalinde de başka türlü hareket edilmeyecektir. Eğer asıl müteahhidin bizzat kendisi bu önemli sebebin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiş ise o, kendi hareketinin sonuçlarına katlanmak zorunda olacaktır. Buna karşılık asıl müteahhide iş sahibinin benzer hareketleri bakımından sadece istisnaî bazı durumlarda sorumluluk yüklenebilecektir. Zira iş sahibi, kural olarak asıl müteahhidin ifa yardımcısı değildir[736]. Asıl müteahhidin bundan sorumlu olması ihtimalinde dahi o, kural olarak iş sahibinin hareketleri nedeniyle asıl sözleşmeden de dönme imkânına sahip olacak ve böylece her iki sözleşmenin de tarafı olması nedeniyle olumsuz bir sonuçla karşılaşmayacaktır.

c. İş sahibinden kaynaklanan sebeplerle taşeronluk sözleşmesinin ifasının imkânsız hale gelmesi

Bazı durumlarda asıl sözleşmenin sona ermiş olması veya sona ermiş olmamasına rağmen iş sahibinin yapı eserinin meydana getirilmesi için birlikte hareket mükellefiyetlerine (Mitwirkungspflichten) aykırı hareket etmesi, taşeronluk sözleşmesi bakımından sadece bir alacaklı temerrüdü durumu meydana getirmeyip ifa imkânsızlığına da yol açabilir[737]. Böyle bir ihtimalde taşeronluk sözleşmesinin mukadderatının ne olacağı meselesi ortaya çıkacaktır[738]. Bu mesele ile ilgili olarak, eser sözleşmesinde borcun ifasının iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle imkânsız hale gelmesini düzenleyen BK m. 370 hükmü doğrudan bir çözüm içermemektedir.

---

736 Bu hususta bkz. §6 IV. 1.

737 Borçlunun borcunun ifası, alacaklının, temel veya yan edim mükellefiyetlerine aykırı hareket etmesi nedeniyle imkânsız hale gelmiş ise alacaklıdan kaynaklanan bir ifa imkânsızlığının mevcut olduğunu söylemek hususunda tereddüt edilmeyecektir. Bunun yanı sıra borçlunun borcunun ifası, ifanın gerçekleştirilebilmesi için, işin niteliği icabı alacaklı tarafından yapılması gerekli olan hareketleri alacaklının yapmaması; diğer bir ifade ile alacaklının, ifanın gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan borçlu ile birlikte hareket etme yükümüne aykırı hareket etmesi nedeniyle imkânsız hale gelirse, bu ifa imkânsızlığının da alacaklıdan kaynaklandığı söylenebilecektir. Bu son ihtimalde ifa imkânsızlığının alacaklıdan kaynaklandığının söylenmesinin nedeni, alacaklının, ifaya katılma yükümüne aykırı hareket etmiş olmasıdır. Alacaklının ifaya katılma yükümü ise, borç ilişkisine girdikten sonra doğar ve olayın özelliklerine göre farklılık gösterebilir ve en azından alacaklının, borçlunun borcunu ifa etmesine engel teşkil edebilecek davranışlardan kaçınmak hususunda özen göstermesini gerekli kılar (***Dural Mustafa:*** *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki Imkânsızlık, İstanbul 1976, Sh. 172*). İşte alacaklının bu yükümüne aykırı hareket etmesi nedeniyle, borçlunun borcunun ifası imkânsız hale gelmiş ise bu ifa imkânsızlığı alacaklıdan kaynaklanmış olarak kabul edilecektir (Alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığı halleri ve sonuçları ile ilgili açıklamalar için bkz. ***Akkanat, Halil:*** *Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları, İstanbul 1996, Sh. 33 vd. ile Sh. 142 vd.*)

738 **Gauch,** Werkvertrag, N. 743.

Gerçi iş sahibi, mesele taşeron açısından değerlendirildiğinde kural olarak asıl mütehhidin ifa yardımcısı değildir[739]. Buna rağmen iş sahibinden kaynaklanan nedenlerle ifanın imkânsız hale gelmesini düzenleyen BK m. 370'in temelinde yatan düşünce dikkate alındığında, iş sahibinin sorumluluk alanında gerçekleşen ve taşeronun edimini ifa etmesini imkânsız kılan bu tür bir engelin taşeronluk sözleşmesini de sona erdirdiğini kabul etmek gerekir[740]. Bu kabulün sonucu, taşeronun o zamana kadar yapmış bulunduğu işin bedelini ve bu bedele dahil bulunmayan masraflarının tazminini asıl müteahhitten talep etme hakkına sahip olmasıdır (BK m. 370/I). Yine aynı şekilde, iş sahibinin bu sonucun meydana gelmesinde kusurunun bulunması ihtimalinde taşeron asıl müteahhitten tazminat dahi talep edebilecektir (BK m. 370/II). Zira asıl müteahhidin iş sahibine ait rizikoyu taşerona yüklemesi ve BK m. 117/II'ye dayanarak kendi yükümlülüklerinden sıyrılması hakkaniyete uygun olmaz[741]. O bakımdan asıl müteahhit, kural olarak iş sahibi kendisinin ifa yardımcılarından birisi olarak kabul edilmemesine rağmen, iş sahibinin bu tür kusurlarından sorumlu tutulmalıdır[742]. Bu neticeye ulaşmak âdil ve gereklidir. Zira asıl müteahhidin bu şekilde tazminat ödemekle yükümlü tutulması, iş sahibinin asıl müteahhit ile aralarındaki sözleşmeden döndüğü ve bu sebeple asıl müteahhidin de BK m. 369 çerçevesinde alt sözleşmeden dönmek zorunda kaldığı durumdan farklı bir durum değildir[743].

İş sahibinin sorumluluk alanında ortaya çıkan bir engel nedeniyle işin tamamlanmasının imkânsızlaşması halinde, iş sahibi ilk müteahhidin yardımcı kişisi olmamakla birlikte, bu kaza ilk müteahhidin alt müteahhitle olan ilişkisinde ilk müteahhidin riziko alanına dahil sayılmalı ve taşeronluk sözleşmesi de BK m. 370 çerçevesinde ileriye etkili olarak sona ermelidir; başka bir deyişle, taşeron (alt müteahhit) asıl müteahhitten o zamana kadar yaptığı işin değerini ve buraya dahil olmayan masraflarını ve iş sahibinin kusuru varsa müsbet zararının tazminini isteyebilmelidir; zira asıl müteahhidin iş sahibine ait rizikoyu taşerona yüklemesi ve BK m. 117/II'ye dayanarak kendi yükümlülüklerinden sıyrılması hakkaniyete uygun olmaz. Asıl müteahhit taşeronun uğramış bulunduğu zararının tazminini, asıl inşaat sözleşmesi bakımından üçüncü kişi konumunda bulunan taşeronun bu hususdaki menfaatini kendi adına iş sahibine karşı ileri sürmek yoluyla (Drittschadensliquidation) sağlamalıdır[744].

Böylece varılan bu sonuç, her iki sözleşmenin birbirinden bağımsız olması kuralına aykırılık da teşkil etmez. Zira burada taşeronluk sözleşmesinin sona ermesine yol açan sebep, asıl sözleşmenin sona ermesi değil, taşeronun yerine getirmek zorunda olduğu edimin ifasının imkânsız hale gelmesidir[745].

---

739 Bu hususta bkz. § 6. IV. 1.

740 **Gauch,** Werkvertrag, N. 744.

741 **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 332.

742 **Gauch,** Werkvertrag, N. 744; **Honsell/Zindel/Pulver,** Art. 378 N. 3.

743 **Gauch,** Werkvertrag, N. 744.

744 **Gauch,** Werkvertrag, N. 744; **Tandoğan,** ÖBİ C. II, Sh. 332.

745 **Gauch,** Werkvertrag, N. 743-744.

II. Her iki sözleşmenin bağımsızlığının bu bakımdan sona erdirilmesi

Her iki sözleşmenin sona ermesine ilişkin kayıtlar kullanılması taraflara, sözleşmelerin karşılıklı bağımsızlığını sona erdirerek her iki sözleşmenin sona ermesini birbirine bağımlı hale getirme imkânını vermektedir. İstisnai bazı ihtimallerde, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin sözleşme kayıtlarına veya kanunda bulunan bu yöndeki hükümleri dikkate alarak hâkim de her iki sözleşmenin sona erme bakımından birbirine uydurulması yönünde karar verebilir.

1. Sözleşmelere sona erme kayıtları konulması

Sözleşmeye konulacak kayıtlar aracılığı ile sadece sözleşmelerin kurulması ve içerikleri bakımından birbirlerine uygun hale getirilmekle kalınmaz, aynı zamanda sözleşmelerin sona ermeleri de birbirlerine bağımlı hale getirilebilir. Bu yönde bir kayıt özellikle asıl müteahhide tavsiye olunur; zira o böylece, sözleşmelerden birisinin zamanından önce sona ermesine ilişkin riski, sözleşmenin diğer tarafına yüklemiş olacaktır.

Taşeronluk sözleşmesine konulacak olan bu yöndeki kayıtlar, asıl müteahhidin böyle bir imkânı kullanabilmesi için bazı temel sebeplerin bulunmasını gerekli kılabileceği gibi, bazı ekonomik şartların gerçekleşmesini de gerekli kılabilir. Örnek olarak, BK m. 369'un bir yedek hukuk kaidesi olarak kabul edilmesinden[746] istifade ile taraflar, iş sahibinin iflâs etmesi durumunda asıl müteahhidin tam tazminat ödemek zorunda kalmaksızın sözleşmeyi sona erdirebileceği doğrultusunda bir hükmü sözleşmeye koyabilirler[747].

2. Hâkimin sözleşmeye müdahalesi

İstisnaî bazı durumlarda hâkim de '*hâkimin sözleşmeye müdahalesi*'ne ilişkin kurallar çerçevesinde, asıl sözleşme ve taşeron sözleşmelerini sona ermeleri bakımından birbirlerine bağımlı kılabilir. Fakat hâkimin böyle bir yetkisi, sadece ne sözleşme ve ne de kanun tarafından sözleşmenin değişen durumlara uydurulmasına ilişkin bir hükmün öngörülmemiş bulunduğu bazi istisnaî haller için sözkonusu olacaktır[748]. Sözleşme veya ilgili kanun hükümlerinin bu yönde bir kayıt içerdiği durumlarda ise ilgili sözleşme veya kanun hükmünün yorumlanması yoluyla zaten sözleşmenin değişen duruma uydurulmasının mümkün olup olmadığı (yine hâkim tarafından) belirlenecektir[749].

İfade etmek gerekir ki, hâkimin sözleşmeye müdahalesi (özellikle kanun tarafından düzenlenmiş bulunan sözleşme tipleri bakımından) kanun tarafından öngörülmüş bulunan taraflar arası risk dağılımına müdahale etmesi anlamına gelir. Hâkimin ise kural olarak böyle bir yetkisi yoktur[750]. Fakat kabul etmek gerekir ki, kanunun bu yöndeki hükümleri bakımından da boşluk sözkonusu olabilir. Böyle durumlara ise özellikle „sosyal şartların esaslı olarak değişmesine yol açan (*einschneidende*

---

746 BK m. 369 hükmünün bu karakteri ile ilgili olarak bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 582 vd.

747 **Gauch,** Werkvertrag, N. 582.

748 Karş. **Jäggi/Gauch,** Zürcher Kommentar, Art. 18 N. 624.

749 **Jäggi/Gauch,** Zürcher Kommentar, Art. 18 N. 629.

750 **Flume,** Sh. 507 vd.; **Jäggi/Gauch,** Zürcher Kommentar, Art. 18 N. 629.

Veränderungen der Sozialexistenz) gelişmelerin ortaya çıktığı" ihtimallerde rastlanacağı kabul edilmekte[751] ve böyle bir duruma yol açabilecek gelişmelere *„savaş, tabii afetler, devalüasyon, kanunların beklenmedik şekilde değiştirilmesi vb."* gibi sözleşmenin her iki tarafının da ekonomik olarak derinden etkilenmesine yol açan ve kendi iradeleri dışında gerçekleşmiş bulunan olaylar örnek olarak gösterilmektedir[752]. Hakimin sözleşmeye müdahalesinin kabul edildiği bu durumlar dikkate alındığında, ortaya çıkan bu tür sebeplerin sözleşmelerden sadece birisini etkilemesi mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle bu iki akdî ilişkiden birisi bakımından ortaya çıkan bu tür bir sebepten diğeri de etkilenecek ve hâkim sözleşmeyi ya değişen koşullara uyduracak ya da sona erdirecektir (BK m. 365/II).

Bunun dışında bu ilişkiye dahil şahıslardan sadece birisinin, her iki sözleşmenin sona erme bakımından birbirine bağımlı kılınması yönündeki kişisel menfaati, bu yönde bir karar verilebilmesi için yeterli olamaz. Aksi takdirde bu ilişkiye dahil diğer şahısların hak ve menfaatleri, bu şahsın çıkarlarına tabi kılınmış olurdu. Oysa hâkim, bu hususu değerlendirirken, bir taraftan her iki sözleşmenin bu bakımdan birbirine bağımlı kılınması yönündeki menfaati; diğer taraftan da her iki sözleşmenin hukuken bağımsız iki ayrı sözleşme olarak kalması yönündeki menfaati değerlendirerek karar vermek durumundadır[753].

---

751 **Merz,** Berner Kommentar, Art. 2 N. 249; **Jäggi/Gauch,** Zürcher Kommentar, Art. 18 N. 629.

752 **Merz,** Berner Kommentar, Art. 2 N. 214; **Jäggi/Gauch,** Zürcher Kommentar, Art. 18 N. 629; **Guhl/Merz/Kummer,** Sh. 274; **Cerutti,** N. 359; Ayrıca karş. **BGE** 69 II 139 (özellikle 144).

753 Bu yönde karşılaştır: **Seliçi,** Sürekli borç ilişkileri, Sh. 197.

§9. Genel sonuç

1. Alt sözleşme, hem taşeronluk sözleşmesinin ve hem de asıl müteahhidin hukukî durumunu izah etmek bakımından en uygun hukukî kurum olarak ortaya çıkmaktadır. Alt sözleşme dışında, asıl müteahhidin hukukî durumunu açıklamak için yararlanılması düşünülebilecek olan doğrudan ve dolaylı temsil ile sözleşmenin devri, her üç şahsın da rızalarını gerekli kılar. Oysa alt sözleşmenin kurulması ve mevcudiyetini devam ettirebilmesi için sadece taşeron ile asıl müteahhidin rızası gerekli ve yeterlidir. Hatta iş sahibi rızasını aksi yönde beyan etmiş veya asıl sözleşmeye taşeron görevlendirme yasağı konulmuş bulunsa dahi bu durum, taşeronluk sözleşmesinin geçerliliği üzerinde herhangi bir etkide bulunmayacaktır. Yine her iki sözleşmenin hukuken bağımsız iki ayrı sözleşme olması nedeniyle asıl müteahhit, taşeronluk sözleşmesini akdetmekle hem yapı eserinin meydana getirilmesi ile ilgili bütün faaliyetler üzerinde kontrol ve denetim sağlama imkânını muhafaza etmiş ve hem de taşeronluk sözleşmesinde farklı bir ücret kararlaştırmak suretiyle ilave bir kazanç elde etme imkânına kavuşmuş olacaktır.

2. Taşeronluk sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen iradî bir sözleşme olup; bu bakımdan onu iki tarafa borç yükleyen diğer sözleşmelerden ayıran bir özellik sözkonusu değildir. Taşeronluk sözleşmesinin özelliği kendi bünyesinden değil, bir başka sözleşme ile olan fiilî ilişkisinden kaynaklanır. Taşeronluk sözleşmesinin taraflarından birisi olan asıl müteahhit aynı zamanda, bu sözleşmenin nihaî olarak ifasına yönelmiş bulunduğu asıl eser sözleşmesinin de tarafıdır. Alt sözleşme ilişkisinin mevcut olduğu bütün durumlarda olduğu gibi, asıl eser sözleşmesi ve taşeronluk sözleşmesi hukuken olmasa da fiilen birbirine bağlı olarak kurulmuş olmakta ve her iki sözleşmede karşılıklı olarak borçlanılmış bulunan karakteristik edimler, bir akdî ilişkiden diğerine intikal etmektedir. Birbirine bağlı olarak meydana gelmesi sözkonusu olan bu iki eser sözleşmesinden asıl (üst) eser sözleşmesi, hemen daima zaman olarak daha önce kurulmakta ve hem içerik olarak alt eser sözleşmesini kapsamakta ve hem de bu sözleşmenin ifasına yönelmiş bulunduğu temel akdî ilişki olarak ortaya çıkmaktadır.

3. Aralarındaki bu fiilî ilişkiye rağmen, her iki sözleşme hukukî olarak birbirlerinden bağımsız iki ayrı sözleşmedir. Durum böyle olmakla birlikte taşeronluk sözleşmesinin doğurduğu hukukî ilişkinin, iş sahibi ile asıl müteahhit arasındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde meydana gelmesi ve netice olarak o hukukî ilişkiden doğan borcun ifasına yönelmiş bir sözleşme olması, bu sözleşmeye bazı özellikler kazandırdığı da muhakkaktır. Bu özellikler taşeronluk sözleşmesinin, iş sahibi ile asıl müteahhit arasındaki sözleşmeye nazaran bir alt sözleşme olmasından kaynaklanır.

Genel olarak alt sözleşmelerin, asıl sözleşme çerçevesinde meydana gelmiş olmalarının kendilerine kazandırdığı bu özelliklerinin ortaya çıkarılması amacıyla doktrinde ortaya bazı sorular atılmakta ve bu sözleşme ile asıl

sözleşmenin birbirleri karşısındaki durumları incelemeye tabi tutulmaktadır. Bu sorular genel olarak;

i. Alt sözleşmenin meydana gelmesinin asıl sözleşmeye bağlı olup olmadığı,

ii. Asıl sözleşmenin sona ermesinin alt sözleşmenin devamı üzerinde bir etkisinin bulunup bulunmadığı,

iii. Asıl sözleşmenin alt sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde ne ölçüde etkili olduğu veya tam aksine alt sözleşmenin asıl sözleşmenin oluşmasına, içeriğinin belirlenmesine yahut devamına etki edebilip edemeyeceği,

iv. Nihayet bu sözleşmeleri akdeden şahısların yapmış oldukları sözleşmelerde, her iki sözleşmenin mukadderatını birbirine bağlama imkânlarının bulunup bulunmadığı ve bu imkânların nelerden ibaret bulunduğu

...noktalarında toplanmaktadır.

Yine bu ve benzeri soruların müstakil olarak cevaplandırılmasından önce bazı tesbitlerin yapılmasında ise ayrıca yarar görülmektedir:

i. Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki, asıl sözleşme ve taşeronluk sözleşmesi gerek kurulmaları, gerek yorumlanmaları ve gerekse sona ermeleri bakımından birbirlerinden tamamen bağımsız ve hukukî olarak müstakil iki ayrı sözleşmedir.

ii. Yalnız bu iki sözleşmenin hukuken birbirlerinden tamamen bağımsız olmaları, birbirleri üzerinde doğrudan veya dolaylı çeşitli etkilere sahip olmaları ihtimalini de ortadan kaldırmayacaktır.

iii. Nihayet taraflar, karşılıklı olarak mutabık kalmak suretiyle her iki sözleşmeyi birbirine uydurmak imkânına da sahiptirler. Bu yol taraflara, her iki sözleşmenin birbirinden bağımsız iki sözleşme olmasının olumsuz etkilerini bertaraf etme veya en azından hafifletme imkânını da verecektir.

Böylece ifade etmek gerekiyor ki, asıl sözleşme ile taşeronluk sözleşmesinin birbiri karşısındaki hukukî durumunu tahlil ederken *„her iki sözleşmenin birbiri karşısındaki bağımsızlığı"*nı temel çıkış noktası olarak kabul etmek zorunludur. Olayların tamamında asıl müteahhidin her iki sözleşmenin de tarafı konumunda olması nedeniyle, her iki sözleşmenin taraflarının da diğer sözleşmenin mevcudiyetinden (veya en azından yapılacağından) haberdar olmalarına ve her iki sözleşme arasında kaçınılmaz bir şekilde mevcut bulunan fiilî birlikteliğe rağmen; bu durum, hiç bir şekilde otomatik olarak sözleşmelerin hukukî mukadderatlarının da birbirine bağlı olması neticesini doğurmayacaktır.

4. Her iki sözleşmenin hukuken birbirlerinden ayrı iki sözleşme olmasına rağmen, birindeki belirli bir gelişme veya sonucun dolaylı olarak diğerini de etkilemesi ise mümkün ve hatta bazı durumlarda kaçınılmazdır. Mesela bir taşeron, asıl sözleşme sona erdirilmiş olsa dahi kendi edimini yerine getirme imkânına sahiptir. Fakat böyle bir durumda, sözleşmede öngörülen kullanım amacının ortadan kalkmış bulunması nedeniyle bu sözleşme, asıl müteahhit için amacını kaybetmiş olacaktır.

5. Doktrinde, sözleşme taraflarının sahip bulunduğu ve sözleşmelerin hukuken birbirinden bağımsız olmasına bağlı bulunan *„her iki sözleşmenin içeriğini serbestçe tayin etme özgürlüğü"*nün asıl müteahhit bakımından tahammül edilmez bazı zorluklara sebebiyet verebileceği ifade edilmekte ve bu bakımdan en büyük tehlikenin asıl sözleşme ile alt sözleşmenin içeriklerinin birbirine uydurulmamasının olduğu belirtilmektedir.

Fakat asıl müteahhidin, her iki sözleşmeye de taraf olması nedeniyle katlanmak zorunda olduğu rizikolar katlanılamayacak kadar da ağır değildir. O, her iki sözleşmeye de taraf olarak katılmakta olduğundan, ortaya çıkabilecek tehlikeli sonuçları en iyi şekilde tahmin edebilecek ve bunun sonucu olarak muhtemel riskleri her iki sözleşmenin diğer tarafına (iş sahibi veya taşerona) aktarma imkânına sahip olacaktır. Buna ilaveten o, kural olarak işin yapımına taşeron veya taşeronları dahil etmek suretiyle kendi kazancını artırmak amacındadır. Nihayet onun elinde, sözleşmelere birbiri arasında irtibat sağlayacak kayıtlar koyarak, sözleşmeleri birbirine tabi kılma ve bu suretle sözkonusu risklerin bir kısmını diğer âkitlere aktarma imkânı da vardır.

6. Her iki akdî ilişkinin birbiri ile uyumunun temini amacıyla kullanılabilecek yöntemlerden birisinin tarafların bu yöndeki özel mutabakatı diğerinin ise genel işlem şartlarının kullanılması olduğu sabittir. Tarafların bu yönde varacakları mutabakat, olayın özellikleri ve tarafların bu hususlaki özel ihtiyaçları dikkate alınarak akdî ilişkiler arasında özel bir uyumun teminini mümkün kılacaktır. Kural olarak bu yöntem, bununla ilgili sınırlamalar kapsamına girmediği müddetçe avantajlı bir yöntemdir. Fakat aynı zamanda bu yöntemin kullanılması çok fazla zaman kaybına neden olduğundan hukuk uygulaması bakımından genellikle pratik bir yöntem olarak kabul edilmemektedir. Bu yöntem bünyesinde belirli hükümlerin bir bütün olarak veya parçalar halinde diğer sözleşmeden nakledilmesi yoluna gidilmesi durumunda ise duruma göre bu kısımların yorumu ile ilgili bazı sorunların ortaya çıkma ihtimali mevcuttur.

Hem zaman kaybının önlenmesi ve hem de her iki akdî ilişki arasında mümkün olan en iyi uyumun temini bakımından genel işlem şartlarının kullanılması zorunludur. Fakat bu ihtimalde de, sözkonusu genel işlem şartlarının hem geçerlilik ve hem de içerik denetimine tabi tutulması kaçınılmaz olacaktır. Bu denetime rağmen genel işlem şartlarının kullanılması suretiyle sözleşme akdetme yönteminden vazgeçilmesi düşünülemeyeceğine göre, genel işlem şartlarını kullanan tarafın, mümkün olduğu kadar muhataplarının da menfaatlerini dikkate alarak bu şartları hazırlaması veya İsviçre ve Almanya'da yapıldığı gibi ilgili meslek kuruluşları veya devlet tarafından, her iki tarafın da menfaatlerini gözeten genel işlem şartları hazırlanarak ilgililerin kullanımına sunulması yararlı olacaktır.

7. Sözleşmelerin birbiri ile uyumunun temini bakımından yorum da başlıbaşına bir yöntem teşkil etmeyecektir. Gerçi sözleşmenin ve sadece özel bazı olaylar bakımından sınırlı olmak üzere kanunun yorumu ile her iki akdî ilişkinin belirli ölçüde birbirine yaklaştırılması mümkündür. Fakat bu sayede genel bir kuralın geliştirilmesi mümkün gözükmemekte; hatta bazı durumlarda kanunun yorumu bu bakımdan aksine neticeler de verebilmektedir. Ayrıca sözleşme yorumu, istisnaî bazı durumlarda tarafların birlikte ortaya koyduğu iradeleri veya taraflarca kullanılmış bulunan genel işlem şartlarının

tamamlanması suretiyle akdî ilişkilerin birbirine yaklaştırılması neticesine götürebilmekte ise de; bu yöntem de genel bir kural geliştirilmesi bakımından yeterli gözükmemektedir.

Kanaatimizce her iki akdî ilişki arasında eşgüdüm ve uyum sağlanması yönünde genel bir ilkenin dürüstlük kuralı temeline dayalı olarak geliştirilmesi imkânı da yoktur. Gerçi bu yolla sözleşmelerin birbirine uygun hale getirilmesi mümkündür; fakat böyle bir neticeye ulaşılması, daha çok somut olayın özelliklerine bağlıdır. Yine unutulmamalıdır ki, bu suretle akdî ilişkiler arasında uyum sağlanması ile varılacak netice de farklı olabilmektedir: Dürüstlük kuralı yardımı ile ilişkiye dahil her bir tarafın menfaatlerine hizmet edilmesi mümkün olduğu gibi, bunlardan her biri aleyhine bazı mükellefiyetlerin doğması da mümkündür. Bu çerçevede her iki akdî ilişkinin birbiri ile uyumunu sağlayacak başlıbaşına bir yöntemden burada da söz edilemez.

8. Taşeronun işin yapımına dahil edilmiş olması, asıl müteahhidin iş sahibine karşı olan edim borcunda herhangi bir değişiklik meydana getirmez ve asıl müteahhit daha önce neyi borçlanmış ise bu borcu aynı kapsam ve içerikte devam eder. Taşeron veya alt taşeron kendi işinin icrası esnasında iş sahibine bir zarar verdiği takdirde iş sahibi, BK m. 100 hükmünden istifade ile asıl sözleşme çerçevesinde asıl müteahhitten tazminat talep edebilecektir. İş sahibinin uğramış olduğu zarar, teslim edilmiş bulunan eserde bir bozukluk (ayıp) şeklinde veya teslimde gecikmeden doğan bir zarar şeklinde ortaya çıkmış ise asıl müteahhidin ayıp veya teslimde gecikme dolayısıyla sorumluluğuna gidilebilecektir. Her iki halde de asıl müteahhidin sorumluluğu, işin meydana getirilmesinde taşeron kullanmasından bağımsız olarak mevcut olup; asıl müteahhidin taşerona rücu etme imkânına sahip olup olmaması ile bir ilgisi yoktur. Böylece asıl müteahhidin taşeronun fiilleri nedeniyle sorumluluğu, eserdeki ayıp veya gecikme dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluk karşısında ikinci planda kalmış olmaktadır. İş sahibinin uğramış olduğu zarar inşaatta bozukluk şeklinde kendini göstermiş ise o, ancak BK m. 359-363 hükümleri çerçevesinde asıl müteahhidi sorumlu tutabilecektir. Bunun için iş sahibi, öncelikle BK m. 359 gereği yapılması zorunluluğu bulunan muayene ve ihbar yükümünü yerine getirmek zorundadır. Aksi takdirde asıl müteahhit, kimin sebebiyet vermiş olduğundan bağımsız olarak, inşaattaki açık ayıplar nedeniyle sözkonusu olabilecek her türlü sorumluluktan kurtulacaktır. İş sahibi ayıp nedeniyle sözkonusu olan bu sorumluluk dışında bir başka imkân olarak, taşeronun borca aykırı fiillerinden dolayı asıl müteahhidin sorumlu tutulmasını talep edemez. Aynı durum inşaatın tesliminin taşeron yüzünden gecikmesi ihtimalinde de sözkonusu olup; bu durumda da gecikmeden bizzat asıl müteahhit sorumludur. Teslimde gecikmenin taşeronun şu veya bu şekildeki davranışı nedeniyle ortaya çıkmış bulunması önem taşımaz. Buna mukabil ayıp dolayısıyla ortaya çıkan zararların (Mangelfolgeschäden) tazmini bakımından durum farklıdır. Asıl müteahhidin ayıp dolayısıyla ortaya çıkan zararları tazminle yükümlü tutulabilmesi, onun kusurlu olmasını şart kılar. Bu zararların tazmini bakımından asıl müteahhidin kusur sorumluluğunun istisnasını ise BK m. 100 teşkil eder. Böylece iş sahibi, eğer asıl müteahhidin kusuru bulunmadığı için ayıp dolayısıyla uğradığı zararların tazminini ondan talep etme imkânı bulamamışsa, bu zararların taşeronun borca aykırı fiillerinden kaynaklanması durumunda, yine de asıl müteahhitten tazminat talebinde bulunabilecektir.

9. İster ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde olsun, isterse ifadaki gecikme dolayısıyla olsun, iş sahibinin doğrudan taşerona karşı herhangi bir talep ileri sürmesi ise kural olarak mümkün değildir; zira onun muhatabı akdî ilişki içerisinde bulunduğu asıl müteahhittir. Taşeron ise akdî ilişki içerisinde bulunduğu asıl müteahhide karşı, taşeronluk sözleşmesi çerçevesinde sorumlu olacaktır.

10. Asıl müteahhidin taşeronun fiilleri sebebiyle iş sahibine karşı mevcut sorumluluğunun ikili bir ayırım yapılarak ele alınması yararlı olacaktır. Buna göre asıl müteahhit, taşeronu işin yapımına ya bu hususta yetkisi bulunduğu için ve bu yetkisini kullanmak suretiyle dahil eder; ya da o, bu hususta yetkisi bulunmamasına rağmen taşeronu işin yapımına dahil etmiş olur. Asıl müteahhidin taşeronları, bu hususdaki yetkisini kullanmak suretiyle işin yapımına dahil etmiş bulunduğu durumlarda, vekâlet sözleşmesi bakımından bu meseleyi düzenleyen BK m. 391/II hükmünden istifade ile sorumluluğunun sınırlanması yolundaki düşünceye katılamıyor ve bu ihtimalde de BK m. 100 hükmünün uygulanması gerektiğini düşünüyoruz. İkinci ihtimal bakımından ise asıl müteahhide karşı, şartları gerçekleştiği oranda hem BK m. 96 ve hem de BK m. 100 hükmü çerçevesinde harekete geçilebilecektir.

Caiz olmayan bir şekilde taşeron kullanımının sözkonusu olduğu durumlarda sözleşmeden dönme ise, kanaatimizce ancak bir ihtimalde gündeme gelebilir: *Sözleşmeye uygun ifanın* gerçekleştirilmesi imkânının sözleşmenin kurulması esnasında veya daha sonra objektif olarak imkânsız olması. Böyle bir durumda ifa imkânsızlığından söz etmek uygun olmayacaktır; zira sözleşmeye aykırı -*mesela ayıplı*- olsa da ifa, borçlu veya (eğer kendisine tanınacak süre içerisinde yapmamakta ısrar ederse) üçüncü şahıslar tarafından gerçekleştirilebilecek durumdadır. Fakat alacaklının böyle bir durumda borçluya mehil vererek borca uygun ifanın gerçekleştirilmesini talep etmesinin de bir anlamı yoktur; zira hiç kimse ifayı sözleşmeye uygun bir şekilde gerçekleştirme imkânına sahip değildir. Böyle bir durumda yapı eserinin ayıplı olacağını bilerek işin başkasına yaptırılması ve böylece ifanın gerçekleştirilmesinden sonra, alacaklının ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönmesi (BK m. 360) borçlunun menfaatlerine; alacaklıya BK m. 369 gereği tam tazminat vermek suretiyle sözleşmeden dönme yolunu tercih etmesini söylemek ise onun menfaatlerine uygun bir yaklaşım tarzı olmayacaktır. İşte ancak böyle bir ihtimalde, BK m. 358/II hükmünün bir boşluk içerdiği ve bu boşluğun, BK m. 358/I hükmüne kıyasen iş sahibine sözleşmeden dönme imkânı tanınmak suretiyle doldurulması gerektiğinin kabul edilmesi adaletli bir yaklaşım tarzı olacaktır.

11. Asıl müteahhidin BK m. 100 hükmü çerçevesinde ortaya çıkan sorumluluğu bakımından ise şu tesbitlerin yapılmasında yarar vardır:

Asıl müteahhidin ifa yardımcılarının fiillerinden sorumluluğunun esası kusura dayanır; fakat kusur ve derecesi yardımcı şahıs dikkate alınarak değil, ifa yardımcısı kullanan borçlu dikkate alınarak belirlenecektir. Bu durumda edim fiilini bizzat borçlu icra etmiş olsaydı, yardımcı şahsın davranış biçiminin kendisi için dahi *„kusur teşkil edip etmeyeceği*" incelenecektir. Buna göre asıl müteahhit, kural olarak taşeronun davranışının yapı taahhüdü işlerinde mutad olarak bilinmesi gerekli yapı tekniği kural ve usullerine uygun olduğunu ispatla BK m. 100'e göre sorumlu olmaktan kurtulabilecektir. Yalnız uzman bir taşeron kullanan asıl müteahhidin, iş sahibine karşı, açıkça veya

zımnî olarak, sadece uzman bir şahsın gösterebileceği özen ve ihtimamı göstermeyi borçlanmış olduğu durumlarda bu kural geçerli olmayacaktır.

Asıl müteahhit, taşeron tarafından işin yapımına dahil edilmiş bulunan alt taşeronların vermiş bulunduğu zararlardan da BK m. 100 gereği sorumludur. O, iş sahibine karşı böyle bir durumda da yapı işinin sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilmesi bakımından tek sorumlu şahıs olması dolayısıyla, alt taşeronların asıl sözleşmenin ifası ile fonksiyonel bir bütünlük arzeden fiilleri ile sebebiyet vermiş oldukları zararlardan da böylece sorumludur. Taşeronun, alt taşeron tayin etmek hususunda bir yetkisinin bulunup bulunmaması ise asıl müteahhidin iş sahibine karşı olan sorumluluğu bakımından herhangi bir rol oynamaz. Zira yardımcı şahıs kullanılması, borçluyu alacaklıya karşı yeni bir borç altına sokmayacağı gibi, onun halihazır yükümlülüklerinde de bir değişiklik meydana getirmemeli ve alacaklı borçlunun ifa yardımcısının da ifa yardımcısı kullanmak hususunda yetkisinin bulunup bulunmadığı ile ilgilenmek zorunda bırakılmamalıdır.

12. Kanaatimizce de asıl müteahhidin, kendisine iş sahibi tarafından belirlenerek işin yapımına dahil etmesi için bildirilen taşeronlarla ilgili hukukî sorumluluğu BK m. 100 hükmü çerçevesinde belirlenmemelidir. Böyle bir durumda, iş sahibi veya yetkili temsilcisinin belirli bir taşeronun işin yapımına dahil edilmesi ile ilgili talimatı, iş sahibinin işin yapılması ile ilgili olarak müteahhide yöneltmiş bulunduğu diğer talimatlarla aynı muameleye tabi tutulacak ve BK m. 361 hükmünün aradığı şartların gerçekleşmesi ihtimalinde, asıl müteahhidin bu taşeronla ilgili sorumluluğu ya tamamen sona erecek ya da sınırlanmış olacaktır.

13. Asıl müteahhit ile taşeron arasındaki hukukî ilişki, asıl müteahhidin kendi adına ve hesabına taşeronla yapmış olduğu eser sözleşmesine dayanır. Taşeron, bu sözleşmede öngörülmüş bulunan yapı eserini, sözleşmeye göre malzemeyi de kendisi sağlayarak veya sağlamayarak, bir ücret karşılığında meydana getirmek ve asıl müteahhide (yoksa iş sahibine değil) teslim etmekle yükümlüdür; aynı şekilde taşeronun yapı eserinin ayıpları nedeniyle sorumluluğu da asıl müteahhide karşıdır. Sözleşmenin konusu asıl müteahhit ile taşeron arasında sağlanmış bulunan mutabakat çerçevesinde tesbit olunur. Zira bu akdî ilişki, asıl müteahhidin kendi adına ve hesabına yapmış bulunduğu taşeronluk sözleşmesine dayanır. Böylece mesela asıl müteahhit, taşeronun sözleşme konusu yapı eserini sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirmesi ile birlikte bu edimi, yapı işinin bütününden bağımsız bir şekilde ifa olarak kabul etmekle yükümlü olup; yapı eserinin bütün olarak meydana getirilmesi faaliyetlerinin henüz devam etmekte olduğu bahanesini ileri sürerek taşeronun edimini teslim almaktan kaçınamaz.

Taşeron da asıl müteahhide karşı yapı eserinin ayıplarını BK m. 360 çerçevesinde tekeffül etmek zorundadır. Taşeronun, asıl müteahhidin iş sahibine karşı mevcut borcunu ifa etmek amacıyla işin yapımına dahil edilmiş olması, kendisine bir ayrıcalık tanınması neticesini doğurmaz ve onun durumu, asıl müteahhidin iş sahibine karşı olan ayıba karşı tekeffül borcuna nazaran bir farklılık arzetmez. Her iki sözleşmenin hukuken birbirinden bağımsız iki sözleşme olması temeline dayalı olarak, ayıba karşı tekeffül borcu da her iki müteahhit bakımından birbirinden ayrı değerlendirmeye tabi tutulur.

14. Asıl müteahhidin birden fazla taşeronu işin yapımına dahil ettiği durumlar -ki bu ihtimalde taşeronlar birbirleri karşısında yan müteahhit (Nebenunternehmer) konumundadırlar- özellik arzedecektir. Zira böyle bir ihtimalde işin niteliği gereği taşeronlar edimlerini genellikle aynı anda değil, birbirini takip ederek ifa ederler ve önceki taşeronun (Vorunternehmer) ifa etmiş olduğu edim, teknik olarak daha sonrakilerin (Nachfolgeunternehmer) edimlerinin temelini teşkil eder. İşte böyle bir durumda, inşaatta daha önce faaliyet göstererek edimini ifa etmiş bulunan önceki müteahhitlerden (Vorunternehmer) birisinin edimini ayıplı ifa etmiş olması, zorunlu olarak taşeronun ediminin de ayıplı olması neticesine yol açabilir. Edimi bu şekilde ayıplı hale gelmiş bulunan taşeronun, kendi edimindeki bu ayıptan sorumlu tutulması reddedilmekte ve daha önceki müteahhidin ayıplı ediminin neticelerine bizzat iş sahibinin (burada asıl müteahhidin) katlanması gerektiği ifade edilmektedir. Taşeronla asıl müteahhit arasındaki hukukî ilişki bakımından diğer taşeronlar asıl müteahhidin ifa yardımcısı olarak kabul edilmemesine rağmen asıl müteahhit, önceki taşeronların ayıplı ifasına ilişkin bu sorumluluğu, ayıbın bu müteahhitlerin işlerini özenli yapmamalarından veya elverişsiz malzeme kullanmalarından veyahut da başka bir sebepten kaynaklanmış olup olmadığından bağımsız olarak taşerona karşı üstlenmek zorunda olacaktır. Zira özellikle önceki müteahhit tarafından inşa edilmiş ayıpla malûl inşaat kısımları, BK m. 368/III anlamında, iş sahibi (burada asıl müteahhit) tarafından temin edilmiş ayıplı malzeme veya ayıplı taşınmaz olarak değerlendirilmektedir.

15. Taşeron yapı eserindeki ayıbı, kusuru bulunup bulunmamasından bağımsız olarak tekeffül etmek zorunda olup; bunun tek istisnası ayıba iş sahibinin (burada iş sahibi konumunda olan asıl müteahhidin) sebebiyet vermiş olması ihtimalidir (BK m. 361). Eğer ayıp, asıl müteahhidin koordinasyon yükümlülüğü çerçevesinde taşerona yöneltmiş olduğu talimatlar nedeniyle meydana gelmiş ise iki durumu birbirinden ayırarak değerlendirme yapılması yerinde olacaktır: Böyle bir durumda ya taşeronun BK m. 361 gereği ayıp nedeniyle sorumluluğunun tamamen kalkması gündeme gelecek; ya da onun (en azından BK m. 43 ve 44 hükümleri çerçevesinde) bu sorumluluğundan kısmen kurtulması sözkonusu olacaktır. Yalnız her iki neticenin doğumu da taşeronun, asıl müteahhidi zamanında uyarmış olması ve buna rağmen asıl müteahhidin talimatında ısrar etmiş olması şartına bağlıdır (BK m. 361).

16. Taşeronun ayıba karşı tekeffül borcunun tabi olduğu zamanaşımı süresi belirlenirken de, onun edimi müstakil bir değerlendirmeye tabi tutulacak ve bu hususta asıl müteahhidin ediminin bir etkisi olmayacaktır. Böylece iş sahibine karşı yapı işinin tamamının yerine getirilmesine ait netice sorumluluğunu üzerinde taşıyan asıl müteahhit, bu yapı işinin bazı kısımlarını taşeronlara yaptırma yoluna gitmiş ise kendisine karşı, eseri muayene ve ayıbı ihbar külfetleri bu işlerin her biri için ayrı ayrı ve her birinin tamamlanmasından itibaren değil, yapı eserinin bütün işleri tamamlanıp teslim edilmesinden sonra ortaya çıkacak ve bu zaman dilimi içerisinde asıl müteahhidin de taşerona karşı müracaat imkânına sahip olup olmamasının hiç bir önemi bulunmayacaktır. Netice olarak asıl müteahhit, kendisinin taşerona karşı sahip olduğu benzer talep haklarının zamanaşımına uğramış bulunduğu bir zaman diliminde, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ile karşı karşıya kalabilecektir. Zira taşeron (kural olarak) kendi

ediminin kabulü için yapı eserinin bütününün tamamlanmasını beklemek zorunda değildir.

17. Asıl müteahhit taşerona karşı iş sahibi konumunda olup; inşaat sözleşmesi çerçevesinde onun sahip olduğu hak ve yükümlülüklere sahiptir. Eğer asıl müteahhit bu haklarının kullanılması veya borçlarının ifası için yardımcı şahıs kullanıyorsa, bu yardımcı şahsın fiillerinden BK m. 100 çerçevesinde sorumluluğu gündeme gelecektir. İş sahibi ve yardımcıları ile diğer taşeronlar, kural olarak asıl müteahhidin ifa yardımcısı değildir. Gerçekleşme ihtimali çok zayıf olmakla birlikte, eğer iş sahibi veya yardımcıları ya da diğer taşeronlar asıl müteahhidin açık veya varsayılan isteği doğrultusunda, kendisinin taşerona karşı olan bu tür mükellefiyetlerini yerine getiriyorlarsa, bu şahıslar da asıl müteahhidin ifa yardımcısı olarak değerlendirileceklerdir.

18. Kural olarak asıl müteahhidin ifa yardımcısı olarak kabul edilmeyen iş sahibi ile önceki müteahhitlerin (Vorunternehmer) bazı davranışları, asıl müteahhidin taşerona karşı mevcut, yapı eserinin sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirilmesine ilişkin birlikte hareket etme mükellefiyetinin hiç veya gereğince yerine getirilmesine engel teşkil edebilir ve hatta onun bakımından bazı zararlı sonuçlara da yol açabilir.

İş sahibi ve önceki müteahhidin risk ve sorumluluk alanından kaynaklanan bu tür engeller, BK m. 358/I ve 370 hükümlerine kıyasen asıl müteahhit ile taşeron arasındaki hukukî ilişki bakımından asıl müteahhidin etki ve sorumluluk alanına dahil kabul edilecek ve netice olarak iş sahibinin bu şekildeki davranışları nedeniyle taşeronun işin icrasına başlayamamasından kaynaklanan olumsuz neticelere asıl müteahhidin katlanması gerekecektir. Zira taşeronun işin icrasına başlayabilmesi için gerekli ön şartların hazırlanması asıl müteahhidin sorumluluğunda olup; o, bu hususta kusurunun bulunup bulunmamasından bağımsız olarak işin icrasına başlanabilmesi için elverişli şartları hazırlamakla yükümlüdür. Taşeron ile asıl müteahhit arasındaki hukukî ilişki bakımından, işin icrasına başlamak için kendisinden beklenebilecek şeyleri yapmış; fakat iş sahibi veya önceki müteahhidin engelleyici davranışları nedeniyle bu amacına ulaşamamış bulunan taşerona bu hususta bir sorumluluk yüklenmesi ise kanaatimizce sözkonusu olamayacaktır. Hatta iş sahibinin (burada asıl müteahhidin) işin icrasına başlanabilmesi için gerekli birlikte hareket etme mükellefiyetine aykırı hareket etmesi nedeniyle yapı eserinin telef olması, ifa zamanın geçirilmesi veya yapı eserinde bir ayıp meydana gelmesi ihtimallerinde de sorumluluğun, bu hususta kendisinin bir kusurunun bulunup bulunmamasından bağımsız olarak iş sahibine (burada asıl müteahhide) ait olacağı ifade edilmektedir.

19. İş sahibi, kural olarak taşerona karşı doğrudan müracaat imkânından yoksundur. Hatta yapı ediminin ayıplı olmasından veya iş sahibinin uğramış olduğu zarardan sadece taşeronun sorumlu olması dahi bu neticede bir değişikliğe yol açmaz. Bu, sözleşmelerin nisbîliği ilkesinin doğurduğu zorunlu bir sonuçtur. İş sahibi taşerona üç durumda doğrudan müracaat imkânına sahip olabilir:

i. Taşeronun iş sahibine karşı ayrıca garanti taahhüdünde bulunması,

ii. Taşeronluk sözleşmesinin iş sahibi yararına bir sözleşme olarak akdedilmiş olması.

iii. Asıl müteahhidin, taşerona karşı sahip olduğu talep haklarını iş sahibine temlik etmesi,

Yalnız bu hukukî imkânların her üçü de tarafların bu yönde bir iradeye sahip olmalarını zorunlu kılar. Oysa sözleşme uygulamasında çok istisnaî durumlar hariç, ne taşeron iş sahibine karşı doğrudan garanti taaahhüdü altına girmekte ve ne de taşeronluk sözleşmesi üçüncü şahıs yararına bir sözleşme olarak akdedilmektedir. Temlik için de aynı şey geçerlidir.

Bu ilişkiye dahil olan şahısların bu hususlaki isteksizliklerinin, iş sahibinin doğrudan taşeronun fiilleri nedeniyle zarar görmesi ihtimalinin genişliği karşısında bir tezat meydana getirdiğini düşünen bazı yazarlar, BK m. 391/III hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle iş sahibine bu tür bir imkânın sağlanabilip sağlanamayacağı düşüncesini ortaya atmışlardır. Kanaatimizce BK m. 391/III hükmü, vekâlet sözleşmesine özgü istisnai bir hükümdür. Bu nedenle taşeronluk sözleşmesi alanında uygulanması doğru olmayacaktır.

20. İş sahibine „Üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisi" çerçevesinde taşerona karşı doğrudan müracaat imkânı tanıyan yaklaşım tarzı ise kanaatimizce de desteklenmelidir. Yalnız iş sahibi bu tür bir imkâna ancak şu üç ihtimal bakımından sahip kılınabilir:

i. Asıl müteahhidin BK m. 100 çerçevesinde taşeronun fiilleri ile ilgili kurtuluş kanıtı getirmesi ihtimali;

ii. Asıl müteahhidin aksi yöndeki irade açıklamasına rağmen, iş sahibinin belirli bir taşeronun işin yapımına dahil edilmesi doğrultusundaki talimatında ısrar etmesi;

iii. Asıl inşaat sözleşmesinde taşeronun fiillerinden sorumluluğu daraltıcı veya tamamen sona erdirici bir kayda yer verilmiş olması ihtimali.

Böylece taşeronluk sözleşmesi bakımından üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisinin uygulama alanı bu üç ihtimal ile sınırlanmış olmaktadır. Diğer ihtimaller bakımından iş sahibi, uğramış bulunduğu zararın tazmini ile ilgili olarak korunma ihtiyacı içerisinde olmayacaktır; zira o, bütün zararlarının tazmini ile ilgili olarak aslen asıl müteahhidi dava etme imkânına sahiptir.

21. Taşeron ile asıl müteahhit arasında işçi ile müteahhit arasındaki ilişkiye benzer bir tabiiyyet ilişkisinin bulunmaması ve taşeronun bağımsız bir müteahhit olarak yapı eserinin meydana getirilmesine katkıda bulunması sebebiyle taşeron, her durumda iş sahibi ile asıl müteahhit arasındaki sözleşmenin koruma alanına dahil kabul edilemeyecektir. Bu çerçevede taşeronun asıl sözleşmenin koruma alanına dahil olduğunun kabul edilebilmesi için (onun) bu sözleşmenin ifasına katkıda bulunmuş olması olgusu dışında, asıl sözleşme taraflarının bu yönde bir iradeye sahip olmalarını aramak isabetli bir yaklaşım tarzı olacaktır. Yalnız tarafların bu yöndeki iradelerine açıkça asıl sözleşmede yer vermiş olmalarını zorunlu görmek ise taşeronun hiç bir zaman bu imkândan istifade ettirilmemesi neticesine yol açacaktır. Zira unutulmaması gerekir ki koruma mükellefiyeti, bir yan edim mükellefiyeti olup; bu mükellefiyetin kapsam ve içeriği, her akdî ilişkinin kendi özelliklerinin dürüstlük kuralı (MK m. 2) çerçevesinde değerlendirilmesi suretiyle ve genellikle ihtilafın doğumundan sonra gündeme gelir. Bu nedenle tarafların sözleşmenin kurulması aşamasında bu

mükellefiyetlerin kapsam ve içeriğini belirlemeleri ve bunlardan taşeronun da istifade ettirileceğini kararlaştırmaları (fiilen) mümkün olmayacaktır.

Böylece taşeronun da asıl sözleşmenin koruma alanına dahil edilebileceği durumları tesbit ederken, asıl sözleşme metninde tarafların bu yönde bir iradeye sahip olduklarını gösteren bir emarenin bulunması gerekli ve yeterli kabul edilmelidir. Bu suretle iş sahibine isnadı kabil bir sebeple uğradığı zararı asıl müteahhitten talep etme imkânına sahip olmayan taşerona, bu zararının tazmini amacıyla doğrudan iş sahibine müracaat imkânı tanınmış olacaktır. Böyle bir sonuç aynı zamanda hakkaniyetin de gereğidir; zira aksinin kabulü zarara sebebiyet vermiş bulunan iş sahibinin ödüllendirilmesi neticesini doğuracaktır. Kaldı ki taşerona tanınmış bulunan doğrudan müracaat imkânının devreye girmesi için, sadece iş sahibinin yan edim mükellefiyetlerini ihlal etmesi yeterli olmayıp; aynı zamanda onun yapı eserinin meydana getirilmesinde taşeronun da faaliyet göstermekte olduğunu bilmesine bağlıdır. Ayrıca iş sahibi, asıl müteahhide karşı sahip olduğu itiraz ve def'i haklarını taşerona karşı da ileri sürebilecek ve böylece asıl müteahhit karşısındaki hukukî konumundan daha kötü bir konuma da düşürülmüş olmayacaktır.

22. Taşeronun iş sahibine karşı sahip olduğu önemli bir imkân da MK m. 807/b.3 hükmü çerçevesinde yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep hakkına sahip olmasıdır. Yapı alacaklısı ipoteğinin ortaya çıkardığı en büyük sorun ise (özellikle inşaatın meydana getirilmesinde taşeron kullanılması ihtimalinde) taşınmaz malikinin inşaat bedelini iki ve hatta bazen üç defa ödemek zorunda kalması tehlikesini beraberinde getirmesidir. Zira hem asıl müteahhit ve hem de taşeron veya taşeronlar birbirlerinden bağımsız olarak bu ipotek hakkının tescilini talep etme imkânına sahiptirler. Taşınmaz malikinin maruz kalabileceği bu tehlike, yapı alacaklısı ipoteği ile ilgili olarak isviçreli hukukçuların üzerinde durduğu en önemli sorundur. Bu tehlikenin önlenmesi bakımından, özellikle İsviçre'de ortaya atılan *de lege ferenda* çözümler arasında, bize de tatminkar geleni sadece iş sahibi ile doğrudan akdî ilişki içerisinde bulunan müteahhide yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep hakkı tanırken, taşeronların ise ise asıl müteahhidin taşınmaz malikine karşı sahip olduğu alacak hakkı üzerinde kanunî bir rehin hakkı tanınması suretiyle korunmalarını öngörmektedir. Taşeronların görevlendirmiş olduğu alt taşeronlar bakımından da bu kanunî rehin hakkı, kendi işverenleri konumundaki taşeronun asıl müteahhide karşı olan alacak hakkı üzerinde uygulanacak ve onlar da böylelikle korunmuş olacaklardır.

23. Asıl eser sözleşmesi ile taşeronluk sözleşmesi, kurulmaları bakımından olduğu gibi, sona ermeleri bakımından da birbirlerinden bağımsızdırlar. Yalnız bu durum, sözleşmelerden birisinin zamanından önce sona erdirilmesinin diğeri üzerinde dolaylı da olsa bazı etkiler meydana getirmesi ihtimalini ortadan kaldırmayacaktır. Bu netice ise her iki sözleşmenin hukuken olmasa da fiilen birbirine bağlı olmasının doğal bir sonucudur.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ