

MÜTEAHHİDİN ESERİ ŞAHSEN YAPMA VEYA KENDİ İDARESİ ALTINDA YAPTIRMA BORCU

Ahmet M. KILIÇOĞLU
(Medeni Hukuk Asistanı)

§ 1. ŞAHSEN YAPMA BORCU

I. Genel olarak

Herhangi bir borç münasebetinde, borçlunun borcunu şahsen ifa etmekle mükellef olup olmadığı hususu BK. nun 67. maddesine göre tayin edilir. Bu hükme göre, «borcun bizzat borçlu tarafından ifad edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça, borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir». Kanun burada borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi hususunda bir kaide değil, istisna hükmü koymaktadır. Kaide borcun herkes tarafından ifa edilebilmesidir. Böylece, borcun bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının menfaati bulunmadıkça, borç taraflar arasındaki ilişkiye tamamen yabancı olan herhangi bir üçüncü kişi tarafından da ifa edilebilecektir. Bu durum özellikle para borçlarında görülür. Zira bu çeşit borçlarda alacaklı için mühim olan, parayı kimin ödeyeceği hususu değil, paranın ödenmesidir¹. Eğer borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının —özellikle hayat ve sıhhati yönünden— bir menfaati varsa, borç mutlaka borçlu tarafından ifa edilmek gerekecektir².

II. İş görme sözleşmelerinde: Özellikle istisna sözleşmesinde.

Kanunumuz, borcun herkes tarafından ifa edilebileceği hususundaki genel kaideye, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi gereken iş görme sözleşmeleriyle ilgili olarak istisna koy-

¹ Saymen-Elbir : Türk Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, İstanbul 1966, sh. 587; Tunçomağ, Kenan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c. I, İstanbul 1972, sh. 441.

² TD. 9.11.1970, E. 1970-2173, K. 970-4272, ABD. 1971, S. 2, sh. 324.

muş bulunmaktadır. İş görme sözleşmeleri, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunan sözleşmelerdir. Zira burada borçlunun şahsına göre vasfı değişen bir borç, taraflar arasında karşılıklı itimat ve güven söz konusudur³.

A. Hizmet sözleşmesinde :

BK. nun 320. maddesine göre; «Hilâfı, mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmağa mecbur olup başkasına devredemez». Bu hüküm karşısında hizmet mükellefi, taahhüt ettiği işi bizzat yerine getirmek zorundadır⁴. Aksine bir hareket, sözleşmeden doğan mükellefiyetin ihlali-ne dayanan sorumluluğa yol açar.

B. Vekâlet sözleşmesinde :

Vekilin başkasını tevkile yetkili veya hal icabına göre mecbur olmadıkça yahut örf ve adet başkasını tevkile müsait olmadıkça, vekâleti şahsen ifaya mükellef olduğunu belirten BK. md. 390 f. III karşısında, vekâlet sözleşmesinde dahi, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi, şahsen ifa mecburiyetinin olduğu sonucuna varılır. Özellikle ilmî san'at kabiliyetlerini gerektiren vekâlet sözleşmelerinde şahsen ifa önem taşır⁵.

C. Neşir sözleşmesinde :

Neşir sözleşmesi ile ilgili olan BK. nun 384. maddesinin incelenmesinden, bu gibi sözleşmelerde dahi, borçlunun borcunu şahsen ifa etmekle mükellef olduğu sonucuna varılır⁶.

D. Âdi şirket sözleşmesinde :

Âdi şirket sözleşmesinde, taraflar arasında şahsî bir işbirliği söz konusudur. Şirkete yeni bir şerikin kabulü bütün şeriklerin rızasına ihtiyaç gösterir. Şeriklerden birinin ölümü şirketin kendiliğinden infisahı için bir sebep teşkil eder (BK. md. 535)⁷

³ von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, c. II, (Çev. Cevat Edege), İstanbul 1953, sh. 514.

⁴ Gautschi, Georg.: Berner Kommentar, Bd. VI, A. Abt., 3. Teilband, Das Werkvertrag, Vorbem. Zu Art. 363-379, Bern 1967. Art. 364, Nr. 8 a.

⁵ Gautschi, Art. 364, Nr. 8 b.

⁶ Tunçomağ, Genel Hükümler, sh. 445.

⁷ Gautschi, Art. 364, Nr. 8 c.

E. İstisna sözleşmesinde :

Diğer iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi istisna sözleşmesinde de, bu sözleşmenin borçlusu durumunda olan müteahhit, işi şahsen yapmak zorunda mıdır? Bu sorunun cevaplandırılması çeşitli açılardan önem taşır. Eğer müteahhidin eseri şahsen yapmakla mükellef olduğu kabul edilirse, buna rağmen, işin ifasını bir başkasına devreden müteahhit, sözleşmeyi ihlal etmekten dolayı sorumlu tutulur. Bundan başka, müteahhidin şahsen ifa borcu söz konusu ise, sözleşmenin doğumundan sonra akıl hastalığına uğraması veya hacredilmesi onun bu mükellefiyetini düşüren bir sebep teşkil eder⁸. Halbuki o eseri şahsen ifa ile mükellef olmasaydı, akıl hastalığına uğraması veya hacredilmesi, bu borcun bir düşüş sebebi olarak kabul edilemezdi.

Müteahhidin eseri şahsen ifa ile mükellef olup olmaması hususunda BK. md. 356 f. II'de şu hüküm yer almaktadır: «Müteahhit, imal olunacak şeyi bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi meharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir». Bu hüküm mehzamız olan İsviçre Borçlar Kanununun eski 351. maddesinde de mevcut idi ve orada iki fıkra halinde düzenlenmiş bulunuyordu⁹.

BK. nun 356. maddesinin III. fıkrasındaki hüküm, iş borçlarının şahsen ifası ile ilgili genel kaideyi kapsam itibariyle değiştirmeksizin, aynen tekrar etmektedir. Yalnız bu hükmün müteahhidin şahsen ifası ile ilgili bir kural teşkil edip etmediği hususu tartışmalıdır.

Öğretide büyük bir çoğunluk¹⁰, bu hüküm karşısında, müteahhidin eseri bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecbur olduğunu, ancak hükmün ikinci cümlesinde ifade edildiği gibi, işin niteliği gereğince, şahsi meharetinin önemi yoksa bir başkasına devretmenin mümkün olduğunu kabul etmektedir.

⁸ 4HD. 23.1.1970, E. 1969-12280, K. 1970-542, Res. Kar. Der. 1971, II/2, s. 9, sh. 2.

⁹ Gautschi, Art. 364, Nr. 7 a.

¹⁰ Osser-Schönenberger, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, 2 Teil, 2. Aufl. Zürich 1936, Art. 364, No. 3; Tandoğan, Halûk.: Özel Borç İlişkileri II, Ankara 1975, (Teksir), sh. 33; Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku, c. II, Özel Borç İlişkileri, İkinci Bası, İstanbul 1974, sh. 511, Akgün, Zerrin.: İstisna Akdi, AD. 1953, s. 9 sh. 963.

Yani sözü geçen hüküm karşısında, BK. nun 67. maddesinin aksine şahsen ifa kaide, bir üçüncü şahıs tarafından ifa ise istisna teşkil etmektedir.

Aksi görüşü savunanların başında Gautschi gelir. Bu yazara göre¹¹, BK. md. 364 f. II (TBK. md. 356 f. II), BK. md. 68'deki (TBK. 67) genel kaideden bir ayrılma değil, onu teyid eden bir hüküm ihtiva etmektedir. İstisna sözleşmesinde dahi, kural olarak iş başkasına yaptırılabilir; şahsen ifa mükellefiyeti istisnadır. İş sahibi müteahhidin işi bizzat yapmasından ziyade, şahsen sorumlu tutulmasına önem verir. Bundan başka, büyük fabrika ve inşaa eserlerinde, işin verimliliği, onun rasyonel bir şekilde parçalara bölünmesi ile artar. Müteahhidin bizzat ifa borcu, yalnız küçük el zanaatları ile ilgili işletmelerde söz konusudur.

Bizde Reisoğlu da¹², hizmet sözleşmesinde işçinin işi bizzat yapma borcu ile ilgili olarak, BK. nun 320. maddesinin BK. nun 67. maddesindeki hükmün bir tamamlayıcısı olduğunu ifade etmekle, Gautschi'nin görüşüne yakın bir görüş ileri sürmüş sayılabilir.

Kanımızca BK. md. 356 f. II'nin açık ifadesi bu konuda bir tartışmaya yer veremez. Müteahhidin eseri bizzat yaratma borcu, BK. nun 67. maddesindeki borcun herkes tarafından ifa edilebileceğine dair genel kaidenin bir istisnası olup, işin niteliğine nazaran şahsî meharetin önemli olmadığı hallerde, eseri ifanın alt müteahhitlere devredilebilmesi ise, bu istisnanın istisnasını teşkil eder; yani alt müteahhitlere devir yetkisinin bulunduğu hallerde BK. nun 67. maddesindeki genel kaideye dönülmüş olunur. Böylece BK. md. 356 f. II, BK. md. 67'deki borcun herhangi bir üçüncü kişi tarafından ifa edilebileceğine ilişkin esasın bir uygulanmasından ibaretir. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin (BİGŞ) 12. maddesi dahi bu fikrimizi teyid etmektedir. Sözü geçen maddeye göre, müteahhid iş sahibinin rızası olmaksızın işi bir üçüncü şahsa tevdi edememektedir.

Müteahhidin eseri şahsen ifa etmekle mükellef olması, onun işin icrası sırasında yardımcı kişiler kullanmasına engel değildir. Bugünkü teknik ilerlemeler karşısında, müteahhidin yardımcı kullanmaksızın eseri meydana getirmesine olanak yoktur. Basit bir berber dükkânından büyük fabrika ve inşaatlara kadar çırak ve-

¹¹ Art. 364, Nr. 9 a-e.

¹² sh. 147.

ya kalfa adı altında yardımcıların çalıştırılmadığı işletmelere nadir rastlanır.

İşin icrasında müteahhidin şahsî meharetinin ehemmiyeti yoksa, eserin ifası bir üçüncü şahsa da devredilebilir. Bu kimseye alt müteahhit (Unterakkordant) adı verilmektedir. Müteahhit, ilgili eserin yaratılması hususunda ihtisas ve bilgi sahibi değilse, yardımcı kullanmak veya şartları varsa işin icrasını alt müteahhitlere devir bakımından, sadece yetkili değil aynı zamanda bu yola başvurmaya mecburdur¹³.

§ 2. MÜTEAHHİDİN YARDIMCI KİŞİLERE BAŞVURMASI

I. Şahsen idare görevi :

A. Şahsen idarenin anlamı :

Müteahhidin şahsen idare görevi, eseri şahsen ifa borcunun tersine, eserin icrasında yardımcı kişiler kullanabilmesi şeklinde olumlu, eserin icrasını alt müteahhitlere devredememesi şeklinde olumsuz bir anlam taşır¹⁴.

Bizzat borçlu tarafından yalnız başına ifası gerekmeyen bütün borçların ifasında, genellikle yardımcı kullanmak mümkündür. Bugünkü sosyal ve ekonomik gelişmelerden sonra, borçlunun, her zaman borcunu yalnız başına ifa etmesine olanak olmadığı için, yardımcı kişilere başvurması normal hale gelmiştir¹⁵. Yani bu gibi hallerde yardımcı kişilere başvurmak şahsen ifa borcunun bir ihlâli sayılamaz. Fakat ifade borçlunun şahsının ehemmiyetli ve onun yardımcı şahıs kullanması kendisi tarafından yapılacak edaya oranla daha düşük vasıfta bir edaya meydan verecek nitelikte ise, yardımcı şahıs kullanmak geçerli sayılmamalıdır¹⁶. Bir ressam sipariş edilen bir tablonun çiziminde yardımcı kullanamaz. Müteahhit, kendi gözetim ve idaresi altında olmak kaydıyla ve eserin kalitesine tesir etmeyecekse, yardımcı şahıslara müracaat edebilir¹⁷.

¹³ Oser-Schönberger, Art. 364, Nr. 3.

¹⁴ Gautschi, Art. 364, Nr. 11, a, b.

¹⁵ Saymen, Ferit Hakkı.: Başkasının Fiilinden Mesuliyet, İBM. 1942, c. XVI, sh. 79.

¹⁶ Tandoğan, Halûk.: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, sh. 443.

¹⁷ von Tuhr (Edege), sh. 514; Oser Schönberger, Borçlar Hukuku İkinci Kısım, md. 41-109, (TBK. 41-108), (Çev. Recai Seçkin, Ankara 1950, sh. 596; 4HD. 24.5.1960, E. 161, K. 1589, Olgaç Senai: İstina Akdi, (Kazai ve İlmî İçtihatlarla Göre Türk Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevilerinden Ayır Bası), İstanbul 1966, sh. 454 den naklen.

Böyle bir hal şahsen ifa borcunun ihlali sayılmadığı halde, müteahhit için bir başka borç teşkil eden şahsen idare borcunu (persönliche Leitungspflicht) doğurur. Şahsen idare borcu aynı zamanda bir ihtimam borcudur ve şahsen ifa borcunun bir parçasını teşkil eder. Zira müteahhidin kendi idare ve yönetimi altında işi yardımcıları vasıtasıyla ifa etmesi dahi, bir anlamda şahsen ifadan ibarettir. Bu nedenle yardımcı kullanmanın caiz olduğu hallerde müteahhidin yardımcı kullanması, onun eseri şahsen ifa etme borcuna dayanan sorumluluğunda bir değişiklik yaratmaz.

B. Şahsen idarenin kapsamı :

Müteahhidin şahsen idare görevi idareye tabi durumda olan şahıslar üzerinde söz konusudur. Zira yardımcıları, müteahhide bir tabiiyet ilişkisi içerisinde bağlı bulunan, işletmeye ait kişilerdir. Bu nedenle yardımcı kişilerle alt müteahhitleri birbirinden ayırmak gerekir. Alt müteahhitler üzerinde, müteahhit vasıtasıyla bir idare ve denetim mümkün değildir¹⁸. Bunlar eserin icrası işini bağımsız olarak üzerlerine almış durumdaki kişilerdir. Böylece müteahhidin şahsen idare görevinin içine yalnız idareye tabi yardımcı kişilerin girdiklerini tesbit etmiş bulunuyoruz.

Müteahhit, yardımcı kişileri işi icra ederlerken devamlı bir gözetim ve denetim altında bulundurmakla mükelleftir. Ayrıca, yardımcıları işe başlarken, müteahhit vasıtasıyla onlara eserin nasıl ifa edileceği hususunda talimat verilmelidir.¹⁹ Fakat müteahhitten, işçilere her gün talimat vermesi beklenemez. İşe başlarken talimat verilmesi kâfidir. Ancak, büyük tehlike arzeden, örneğin, büyük bir köprü inşası, yanıcı ve yakıcı maddelerle icra edilen işlerde talimat verme mükellefiyeti de gözetim görevi gibi bütün iş süresince devam eder.

Şahsen idare görevi işin iyi bir şekilde organize edilmesi, eserin icrası sırasındaki gerekli bütün emniyet tedbirlerinin alınması, işçilerin ehliyetlerine uygun işlere yerleştirilmesi mükellefiyetlerini de kapsar. Bu hususlar aynı zamanda müteahhidin bir ihtimam borcunun da gereğidir.

Şahsen idare görevinin genellikle bütün işletmelerde mevcut olduğu, işletmenin büyük ve küçüklüğüne göre değişmediği kabul edilmektedir. Gautschi ise²⁰ böyle bir mükellefiyetin yalnız el za-

¹⁸ Gautschi, Art. 364, Nr. 11 b.

¹⁹ BGE 20 IV 250-51.

²⁰ Gautschi, Art. 364, Nr. 12.

naatlarına dayanan küçük işletmelerde söz konusu olduğunu, büyük fabrika ve işletmelerde şahsen idare görevinin olanaksız olduğunu kabul etmektedir. Yazara göre, büyük işletmelerde iş bölümü yapma zaruretinin varlığı, ifa borcunda olduğu gibi, idare görevinde de şahsa bağlılık unsurunu kaldırır. Müteahhit işin idaresini de herhangi bir üçüncü şahsa tevdi edebilir.

C. Şahsen idare görevinin ihlali ve sorumluluk :

Müteahhidin, şahsen idare görevini ihlal etmesi (verletzung der persönliche Leitungspflicht) dolayısıyla sorumluluğunu, kullandığı yardımcı kişilerin sebep oldukları zararlardan doğan sorumluluktan ayırmak gerekir. Şahsen idare görevinin ihlal edilmesi dolayısıyla doğan sorumluluk, müteahhidin kendi fiil ve kusuruna dayanan doğrudan doğruya bir sorumluluktur. Halbuki, müteahhidin kullandığı yardımcı kişilerin sebep oldukları zararlardan sorumluluğu, dolayısıyla bir sorumluluktur; bunu biraz sonra inceleyeceğiz.

Müteahhidin eserin icrasını mutlaka bizzat yapmasının söz konusu olduğu hallerde yardımcı kişiler kullanması, onun şahsen ifa borcunun ihlali sayılır ve BK. nun 96. maddesi gereğince sorumluluğunu gerektirir. Eserin icrasında yardımcı kullanmaya olanak varsa, müteahhit şahsen idare görevi ile mükelleftir. Bu görevini ihlal etmesi sonucunda iş sahibi bir zarara uğrarsa, bunun BK. md. 96 gereğince tazmin etmek zorundadır. Zira bu şahsen idare görevinin ihlali, sözleşmeden doğan mükellefiyetin ihlalidir. İş sahibinin bu ihlal sonunda doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir zarara uğradığını ispat etmesi yetiştir. Kusursuz olduğunu ispat müteahhide düşer²¹.

Şahsen idare mükellefiyetinin ihlali aynı zamanda BK. nun 41. maddesi gereğince bir haksız fiil teşkil edebilir. Bu takdirde, istisna sözleşmesinden doğan sorumluluk ile haksız fiilden doğan sorumlulukların yarışması söz konusu olur. İdare görevinin ihlali aynı zamanda cezayı gerektiren bir suç teşkil edebilir. Bu durumda ise, müteahhidin cezaî sorumluluğu da söz konusu olur²².

Müteahhidin şahsen idare görevini ihlal etmesi, her zaman iş sahibinin değil, bazen de üçüncü şahısların zararına yol açabilir. Bu gibi durumlarda, müteahhit zarara uğrayan bu kişilerin zarar-

²¹ Gautschi, Art. 364, Nr. 13 a.

²² Tunçomağ, Özel Hükümler, sh. 512.

larını, haksız fiil hükümlerine göre tazmin etmek zorunda kalabilir²³.

Müteahhidin şahsen idare görevini ihlal etmesinden dolayı doğan zarara, bazen iş sahibinin kusurlu hareketi de etkili olabilir. Örneğin, işin organizasyonu bakımından iş sahibi kendisine düşen mükellefiyetleri ifa etmemiş veya büyük bir inşaat söz konusu ise, gözetim ile mükellef bir sorumlu müdür yerleştirmemiş ise, iş sahibi de müterafık kusurlu sayılır. Bu durum, hükmedilecek tazminat miktarından bir miktar indirim, bazen de tazminata hükmedilmemesine sebep olur.

II. Yardımcı kişiler dolayısıyla sorumluluk :

Müteahhidin kullandığı yardımcı kişiler için sorumluluğu (Unternehmerhaftung für Hilfspersonen) şahsen idare görevinden doğan sorumluluğundan farklıdır. Müteahhit şahsen idare görevini ihlal etmemesine rağmen, yardımcı kişilerin işin icrası sırasında iş sahibine verdikleri zararlardan sorumlu tutulabilir. Müteahhit yardımcı kişilerin gerek seçiminde gerekse onlara nezaret etmekte kusurlu hareket etmediğini ispat etse dahi sorumluluktan kurtulamaz²⁴. Müteahhidin yardımcı kişilere başvurması, sorumluluğunda bir değişiklik yaratması bir yana, belki de onun sorumluluğunu ağırlaştıran bir sebep teşkil eder. Bu sorumluluğun esası, BK. nun 100 üncü maddesine dayanır²⁵. Müteahhidin yardımcıları, iş sahibi dışında borç ilişkisine tamamen yabancı üçüncü bir kişiye zarar vermişlerse, bu takdirde müteahhidin sorumluluğunun esası BK. nun 55. maddesine dayanır^{25a}.

Müteahhidin yardımcı kişilere müracaatı borç münasebetine bir aykırılık teşkil ediyorsa, örneğin, sözleşmenin niteliği icabı yardımcı kullanmak mümkün değil veya taraflar sözleşmede yardımcıya başvurulamayacağını kararlaştırmışlarsa, buna rağmen, yardımcı kullanan müteahhit, borca aykırılık nedeniyle sorumlu tutulur. Böyle bir sorumluluk için başka bir araştırma yapmaya gerek yoktur. Hakkı olmaksızın yardımcı kişilere başvuran ve borcunu ifa ettiren bir müteahhidi BK. nun 100 üncü maddesi (İBK. 101) gereğince sorumlu tutmağa gerek yoktur. Müteahhidin böyle

²³ BGE 81 IV 112-23; 90 IV 246-53.

²⁴ BGE 53 II 240; 70 II 221; 82 II 534; 85 II 267.

²⁵ Tandoğan, (Teksir), sh. 33; Bilge, Necip.: Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971. sh. 249.

^{25a} BGE 77 II 247; 81 IV 113-14; 90 IV 250-53.

bir sorumluluğu BK. nun 100. maddesinde olduğu gibi dolayısıyla bir sorumluluk olmayıp, BK. nun 96. maddesine dayanan doğrudan doğruya bir sorumluluktur.

Müteahhidin, yardımcılarının iş sahibine verdikleri zararlardan doğan sorumluluğu için kusurlu olup olmaması önemsizdir. BK. nun 100 üncü maddesi bu hususta müteahhide bir kurtuluş beyyinesi getirme olanağı dahi tanımamaktadır. Sorumluluk için eserin icrası sırasında bir yardımcıya başvurulmuş olması ve yardımcının fiili ile zarar arasında uygun illiyet ilişkisinin bulunması yetiştir. Bir boyacı çırağının evin boyanması sırasında boya malzemesini halıya dökmesi veya tamir sırasında çilingir çırağının aynayı kırması halinde, zarar ile işin icrası arasında uygun illiyet rabitası mevcuttur²⁶. Fakat müteahhidin haberi olmadan eserin ifası işine katılan bir yardımcının fiilinden veya eserin icrası ile illi olmayan fiillerden doğan zararlar dolayısıyla müteahhidi BK. nun 100. maddesi gereğince iş sahibi olarak sorumlu tutmağa olanak yoktur²⁷.

Yardımcının fiili aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ediyorsa, iş sahibi, müteahhit yanında yardımcı kişiyi de sorumlu tutabilir²⁸. Fakat yardımcı kişilerin malî güçleri genellikle sınırlı ve zayıf olduğundan, bunlara müracaat etmek yerine müteahhidi sorumlu tutması iş sahibinin menfaatlerine daha uygundur.

Müteahhidin iş sahibi ile yapacağı anlaşmayla yardımcılarını için sorumluluğunu sınırlandırması, BK. nun 100 üncü maddesinin II inci fıkrasındaki şartlara tabidir. Bundan başka, gerek iş sahibinin gerekse üçüncü kişilerin uğradıkları zararları tazmin etmek zorunda kalan müteahhit, kusurlu olan yardımcısına, ödediği zararlar için rücu edebilir. Bu halde yardımcının kusuru önem taşır. Şayet yardımcıyla müteahhit arasında bir hizmet sözleşmesi söz konusu ise, bu rücu münasebetinde, yardımcının işe ihtimam ölçüsü tâyin edilirken, BK. md. 321 f. III gözönünde tutulacaktır.

§ 3. ESERİN İFASININ ALT MÜTEAHHİTLERE DEVRİ

Bütün iş görme sözleşmelerinde borçlunun borcunu ifa etmekle mükellef olduğunu tesbit etmiştik. Fakat kanunumuz bu kaide-

²⁶ Dürr, Charles.: Du contrat d'entreprise, Bern 1958, sh. 49.

²⁷ Dürr, sh. 51.

²⁸ Gautschi, Art. 364, Nr. 25 c.

nin iş görme sözleşmeleriyle ilgili olarak istisnalarına da yer vermiştir. Hizmet sözleşmesiyle ilgili olarak, işçinin işini bizzat ifa borcunu düzenleyen BK. nun 321. maddesi, sözleşme veya hal ve şartlar mevcutsa işin bir başkasına devredilebileceğini ifade etmektedir. Vekâlet sözleşmesiyle ilgili olarak, BK. nun 390. maddesinin III. fıkrası da, değişik bir ifade ile aynı noktaya temas etmektedir. İstisna sözleşmesi ile ilgili olarak, hizmet ve vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, niteliği aynı, ifade tarzı değişik olan 356. maddenin II. fıkrasında ise şu hüküm yer almaktadır. «Müteahhit... işin mahiyetine nazaran şahsî maharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir».

Kanunumuzun iş görme sözleşmeleriyle ilgili olan her üç maddenin incelenmesinden, işin ifasının bir üçüncü şahsa devredilmesi hususunun olumsuz bir yolla ifade edildiği anlaşılır. İstisna sözleşmesiyle ilgili olarak bu hususun olumlu bir şekilde ifadesi şöyle olur: «Müteahhit, istisna sözleşmesinin mahiyetinin müsaade ettiği nisbette, eseri kendi hesaplarına bağımsız olarak çalışan alt müteahhit ve işçilere devredebilir»²⁹.

İstisna sözleşmesinde müteahhidin şahsen ifa ve idare etme mükellefiyetinin istisnası olan haller, diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak, yalnız hukukî işlemin niteliğine göre müteahhidin şahsî özelliğinin söz konusu olmadığı hallerdir. Halbuki, vekâlet ve hizmet sözleşmesinde, işin niteliği icabı başkasına devir yetkisi yanında, başka haller de devir olanağı vardır. Örneğin, vekâlet sözleşmesinde müvekkilin rızası, mutat hal veya zarurî sebepler de vekilin işi bir başkasına devretme olanağını verir³⁰. Kanunda istisna sözleşmesiyle ilgili olarak sadece işin niteliğinden doğan bir devir yetkisi tanınmış olmasına rağmen burada da vekâlet ve hizmet sözleşmesinde olduğu gibi, iş sahibinin rızasına dayanan bir devir olanağı kabul edilmelidir. Fakat vekâlet ve hizmet sözleşmesinde olduğu gibi, istisna sözleşmesinde müteahhidin iş gücünü kaybetmesi işi alt müteahhitlere devir olanağı vermez.

Müteahhidin eserin ifasını kendilerine devrettiği alt müteahhitleri (Unterakkordanten), eserin ifasında kullandığı yardımcılarından ayırmak gerekir. Alt müteahhitler müstakilen hareket eden ve baş müteahhidin yerine kaim olan kimselerdir. Doktrinde bunlara «ikame edilen şahıs» demek suretiyle, yardımcılarından ayır-

²⁹ Gautschi, Art. 364, Nr. 15 a.

³⁰ Gautschi, Art. 364, Nr. 15 b.

maya çalışılmaktadır³¹. Yardımcı kişiler müteahhidin gözetim ve idaresi altında buldukları halde, alt müteahhitlerle baş müteahhit arasında böyle bir altlık-üstlük rabıtası mevcut değildir. Müteahhit kendi yerine başkasını ikame ettiğinde, sözleşmeden doğan bütün borçları kendi idare ve nezareti altında olmaksızın, müstakil surette hareket eden bir üçüncü şahsa devir etmiş olur. Böyle bir durumda, baş müteahhidi istihdam eden, alt müteahhidi de müstahdem saymaya olanak yoktur.

I. Alt müteahhitlere devir yetkisi :

A. *İstisna sözleşmesinin niteliğinden doğan haller :*

Eserin icrasının bağımsız alt müteahhitlere devri hususundaki yetki Borçlar Kanunumuz tarafından sadece istisna sözleşmesinin niteliğinden doğan hallere hasredilmiştir³². İstisna sözleşmesinin niteliğine dayanan devir yetkisi, iş sahibinin rızasına dayanan devir yetkisinde olduğu gibi subjektif bir devir yetkisi değil, belirli şartların varlığına dayanan objektif bir devir yetkisidir³³.

Eğer istisna sözleşmesinin niteliği icabı müteahhidin şahsî kabiliyet ve vasıflarının önemi yoksa, eserin tamamının icrası müteahhit tarafından bir alt müteahhide devredilebileceği gibi, işin bir kısmı dahi alt müteahhide devredilmek suretiyle, eserin icrası parçalara bölünebilir. Bir inşaatın söz konusu olduğu hallerde, iş sahibi için, inşa edilen binada elektrik tesisatlarını kimin yaptığı, kalorifer teşkilatını kimin monte ettiği, badana ve boya işlerini kimin yürüttüğü hususları önem taşımaz. Burada müteahhide sipariş edilen inşaat, bir müteahhitler topluluğu tarafından yaratılmaktadır. Çoğu kez, iş sahibi kimin neyi yürüteceğinden dahi haberdar olmaz³⁴.

Müteahhidin şahsî meharetinin büyük önem taşıdığı, özellikle el zanaatlarıyla ilgili istisna sözleşmelerinde, işin alt müteahhitlere devredilmesine sözleşmenin niteliği müsait değildir. Bundan başka hammaddeyi iş sahibinin veya müteahhidin temin ettiği zanaatkâr işlerinde de alt müteahhide devir yetkisi tanınmamakta-

³¹ von Tuhr, (Edege), sh. 514; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 446.

³² SJZ 19 (1922-23), Nr. 206, sh. 250.

³³ Gautschi, Art. 364, Nr. 15 a.

³⁴ Gautschi, Art. 364, Nr. 9 b.

dır³⁵. Buna karşılık, malzemenin müteahhit tarafından sağlandığı ve işin müteahhidin kendi yerinde yapılıp bitirildikten sonra, iş sahibine teslim edildiği taşınırlara ilişkin istisna sözleşmelerinde (Werklieferungsverträge) işin bir alt müteahhide bırakılması hemen daima caiz sayılmaktadır^{35a}.

B) İş sahibinin rızasına dayanan devir yetkisi :

Bu husus kanunda öngörülmuş değildir. Kanunumuz alt müteahhitlere devir yetkisini sadece, işin niteliğine nazaran şahsî meharetin önemli olmadığı hallere hasretmiştir. Fakat hizmet ve vekâlet sözleşmelerinde olduğu gibi, istisna sözleşmesinde de genel hukuk prensiplerinden hareketle iş sahibinin rızasına dayanan devir yetkisinin varlığı kabul edilmektedir³⁶. İstisna sözleşmesinde işin bizzat müteahhit tarafından ifa edilmesine dair olan kaide, iş sahibinin menfaatıyla ilgilidir. Bu nedenle, onun rızasının bulunduğu hallerde, eseri ifa etmenin bir alt müteahhide devredilmesi için bir sebep yoktur.

İş sahibinin rızasına dayanan devir yetkisi subjektif bir devir yetkisidir. İş sahibinin bu rızası önceden muvafakat etme şeklinde sarîh olabileceği gibi, işin icrası sırasında alt müteahhide devre rağmen ses çıkarmaması şeklinde zımnî de olabilir. Uygulamada iş sahibinin rızasına dayanan devir haline, istisna sözleşmesinin niteliğinden doğan devir yetkisine nazaran daha çok rastlanır.

2490 sayılı Arttırma-Eksiltme ve İhale Kanunu hükümlerine tabi olan bütün istisna sözleşmelerinde eserin icrasının tamamen veya kısmen alt müteahhitlere devri, daima iş sahibi idarenin rızasına tabi tutulmuştur. Bu husus, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGŞ)'nin 12. maddesinin 1. fıkrasında hükme bağlanmıştır. Bu nedenle, sözü geçen kanunun uygulama alanına giren istisna sözleşmelerinde, sözleşmenin niteliğinden doğan devir yetkisi uygulama alanına sahip değildir.

II. Müteahhidin alt müteahhitler dolayısıyla sorumluluğu :

İster yetkili devirde olsun, ister yetkisiz devirde olsun, alt müteahhitler dolayısıyla sorumluluğu, müteahhidin ayıba karşı te-

³⁵ Gautschi, Art. 364, Nr. 17, a, b.

^{35a} Gautschi, Art. 364, Nr. 9 a, 16 b.

³⁶ Gautschi, Art. 364, Nr. 16, a.

keffül ve temerrütten doğan sorumluluğu ile karıştırmamak gerekir. Müteahhidin gerek yardımcı şahıslara müracaatı, gerekse işin alt müteahhitlere yetkili veya yetkisiz şekilde devri ayıba karşı tekeffülden ve teslimde temerrütten doğan sorumluluk üzerine herhangi bir tesiri haiz değildir. Alt müteahhitler dolayısıyla sorumluluk için gerekli şartlar mevcut olmasına rağmen, aynı zamanda eser ayıplı bir şekilde imal edilmişse, iş sahibi ancak muayene ve ihbar görevini ifa etmişse ayıba karşı tekeffül hükümlerine istinat edebilir.

Müteahhidin eserin icrasını devrettiği alt müteahhitler dolayısıyla sorumluluğunu ikili bir ayırım yaparak incelemek gerekir.

A. Yetkisiz devirde :

Müteahhidin hangi hallerde eserin icrasını alt müteahhitlere devre yetkili olduğunu yukarıda incelemiştik. Bu haller dışında eserin icrasının bir başkasına devri, yetkisiz bir devirdir. Yetkisi olmadan eserin icrasını bir alt müteahhide devreden müteahhit, sözleşmeye akırı bir harekette bulunmuştur. Bu durum onun BK. nun 96. maddesi gereğince sorumluluğunu gerektirir. Bu sorumluluk, dolayısıyla bir sorumluluk olmayıp, doğrudan doğruya bir sorumluluktur. Yetkisiz devir halindeki sorumluluk iş görme sözleşmelerinden vekâlet sözleşmesiyle ilgili olarak, BK. nun 391. maddesinin I. fıkrasında özel bir hükme bağlanmıştır. Sözü geçen fıkra göre, «vekil, selâhiyeti haricinde başkasını tevkil ettikte onun fiilinden kendi yapmış gibi mes'uldür.». Aynı esasın istisna sözleşmelerinde de uygulanması mümkündür. Alt müteahhide devrin yetkisiz olduğunu ispat iş sahibine aittir³⁷.

B. Yetkili devirde :

Müteahhidin eserin icrasını bir alt müteahhide devre yetkili olduğu hallerde, şahsen ifa ve idare mükellefiyetinin ihlalinden doğan sorumluluk düşer. Fakat bu, müteahhidin eserin icrasında alt müteahhitlerin kusurlu hareketlerinden de sorumlu tutulmaması anlamına gelmez.

Eserin icrasının alt müteahhitlere yetkili bir şekilde devri halinde, kusurlu ifadan dolayı müteahhidin sorumlu tutulup tutulmayacağı konusunda kanunda bir hüküm mevcut değildir. Mehazamız olan İBK. nun 1911 değişikliğinden önceki 351. maddesinde, müte

³⁷ Gautschi, Art. 364, Nr. 27 b.

ahhidin alt müteahhitlere yetkili devri halinde sorumluluğuna ilişkin bir hüküm mevcut idi. Değişiklik sırasında, BK. nun 100. maddesi (İBK. 101) mevcut iken bu hükme ihtiyaç olmadığı gerekçesiyle kanundan çıkarıldı^{37a}. Bu durum karşısında vekâlet sözleşmesiyle ilgili olan BK. nun 391. maddesinin II. fıkrasının (İBK. 399) istisna sözleşmesinde de uygulanması düşünülebilir. Sözü geçen hükme göre, «vekil, başkasını tevkile selâhiyettar olduğu takdirde, yalnız selahiyetini kullanırken ve talimat verirken takayyüt ve ihtimam göstermekle mükelleftir». Acaba müteahhit de alt müteahhide devre yetkili olduğu hallerde, sadece ehliyetli olmayan bir alt müteahhidin seçiminden veya onlara kusurlu talimat vermekten sorumlu tutulabilir mi? Hemen ifade etmek gerekir ki, BK. nun 391. maddesinin II. fıkrasında yer alan bu hüküm, ikamenin caiz olduğu her halde tatbik olunamaz; bu hüküm istisnaî bir nitelik taşır. Bu nedenle, müteahhit, ikame ettiği kimsenin yalnız seçiminden ve buna verilen talimattan sorumlu kalacak şekilde, eserin icrasını alt müteahhitlere devredemez³⁸. Şüphesiz müteahhidin alt müteahhidi seçmekte ve ona talimat vermekte kusurlu hareket etmişse sorumluluğu cihetine gitmek mümkündür. Fakat, müteahhidin sorumluluğu sadece bundan ibaret değildir. Müteahhit, alt müteahhitlerin ve onların yardımcılarının kusurlu her hareketleriyle iş sahibine verdikleri zararlardan sorumludur.

Genel olarak müteahhidin alt müteahhitler dolayısıyla sorumluluğunun BK. nun 100. maddesine dayandığı kabul edilmektedir³⁹. Her ne kadar daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, alt müteahhitler, müteahhidin yardımcıları sayılamazsa da, müteahhidin sorumlu tutulması konusunda bu şekilde hareket etmekten başka çare yoktur. Von Tuhr, işin icrası kendilerine devredilen şahıslar tam olarak, BK. nun 100. maddesindeki (İBK. 101) yardımcı şahıslar kavramına dahil edilemediği halde, bu gibi kimseler dolayısıyla müteahhidin sorumluluğunun da bu maddeye girebileceğini ifade etmektedir⁴⁰.

Böylece müteahhidin alt müteahhitlere işi devretmeye yetkili olduğu hallerde sorumluluğunun BK. nun 100. maddesine dayandığını tesbit etmiş bulunuyoruz.

^{37a} Gautschi, Art. 364, Nr. 20 a.

³⁸ von Tuhr, (Edege), sh. 636.

³⁹ Gautschi, Art. 364, Nr. 20 a; von Tuhr, sh. 636; Tunçomağ, Özel Hükümler, sh. 512; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 448; BGE 70 II 216-21.

⁴⁰ (Edege), sh. 636 not 18.

İş sahibinin zararını önlemek zorunda kalan müteahhidin, daha sonra alt müteahhitlere rücu edebilip edemeyeceği, taraflar arasındaki ilişkiye göre tâyin edilir. Müteahhit ile alt müteahhit arasındaki ilişki bir istisna sözleşmesi olabileceği gibi, bir hizmet sözleşmesi de olabilir. Rücu münasebeti bu sözleşmelere ilişkin hükümlere göre tayin edilir.

İş sahibine zarar veren fiil aynı zamanda bir haksız fiil teşkil etmekte ise, iş sahibi, müteahhit yanında, alt müteahhitleri de haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilir. Alt müteahhit, zararı ödemek zorunda kalırsa, şayet bu zarara kendi kullandığı yardımcı kişiler sebep olmuşsa, aralarındaki hizmet sözleşmesi hükümlerine göre yardımcılarına rücu edebilir. Alt müteahhit ile yardımcı arasında hizmet sözleşmesi gibi bir ilişki yoksa, zarara alt müteahhit kendisi katlanır.