

TAŞERONUN İŞ SAHİBİNE KARŞI HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

Dr. HALİL AKKANAT*

I. Genel olarak

İş sahibine ayıplı bir yapı eseri teslim etmiş olan müteahhidin sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu şüphe yoktur. Eğer müteahhit, ayıplı bir yapı eseri teslim etmekle, bir başkasının, (vücut bütünlüğü, mülkiyet, şahsiyet hakları gibi) mutlak haklarına *haksız bir surette* zarar vermiş ise bu şahsa karşı haksız fiil ika etmiş olur. Bu şekilde zarar gören şahıs iş sahibi ise, (haksız fiil sorumluluğunun diğer şartlarının da gerçekleşmiş olması durumunda) o da haksız fiilden (BK m. 41 vd.) kaynaklanan talep haklarını müteahhide karşı ileri sürebilecektir. Müteahhidin bizzat değil, fiillerinden BK m. 55 çerçevesinde sorumlu olduğu şahısların (müstahdemlerin) bu şekilde vermiş buldukları zararlardan da, bu hükümde öngörülen şartlarla sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Klasik öğretisi, akde aykırı bir fiilin aynı zamanda haksız fiil sorumluluğuna da yol açabileceğini kabul eder. Böyle bir durumda, her iki sorumluluk esasının birbiriyle yarıştığından söz edilir ve bu fiil sebebiyle zarara uğrayan şahıs serbesttir: dilerse sözleşmeye aykırılık hükümlerine, dilerse haksız fiil hükümlerine müracaatla zararının tazminini temin edebilir¹. Bu talep yarışması ile hiç şüphe yoktur ki, ayıplı ifade bulunmuş olan müteahhit de karşı karşıya kalabilir.

* İ.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilimdalı Araştırma Görevlisi.

¹ TUHR Andreas von/ESCHER Arnold: *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Zürich 1974, Sahife (Sh.) 108 ve devamı (vd.)*; BGE (Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes) 120 II 61; BGE 118 II 506; BGE 113 II 247.

İş sahibinin, taşeron karşısındaki hukukî durumu ise özellik arzeder. İş sahibi ile taşeron arasında kural olarak doğrudan talep ilişkisi yoktur². İş sahibi asıl müteahhitle, asıl müteahhit ise taşeron ile akdî ilişki içerisindedir. Dolayısıyla iş sahibi, taşeronluk sözleşmesinin tam üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak akdedilmiş olması ihtimali dışında, kural olarak taşerona karşı akdî sorumluluk hükümleri çerçevesinde müracaat imkânı bulamaz. Onun muhatabı asıl müteahhit olup bu şahıs, taşeronun borca aykırı fiillerini de BK m. 100 hükmü çerçevesinde iş sahibine karşı tekeffül etmek zorundadır³. Asıl müteahhit, taşeronun borca aykırı fiillerinden sorumlu tutulabildiği sürece mesele yoktur; iş sahibi, taşeronun sebebiyet vermiş olduğu zararları asıl müteahhitten talep edecek ve o, genellikle taşerona doğrudan müracaat ihtiyacı içerisinde de olmayacaktır. Fakat taşeronun fiilleri sebebiyle asıl müteahhidin sorumlu tutulamadığı bazı özel durumlarda iş sahibi, bu tür bir ihtiyaçla karşı karşıya kalacaktır. Bu gibi durumlarda iş sahibi, taşeronun borca aykırı (mesela ayıplı ifası) fiilî sebebiyle zarara uğramış bulunduğu halde, zararını akdî sorumluluk hükümleri çerçevesinde tazmin ettirme imkânınınından yoksun bulunacaktır^{3a}. Mesela asıl müteahhidin BK m. 100 hükmü çerçevesinde kurtuluş beyyinesi getirmiş olduğu⁴ veya asıl sözleşmede, BK m. 100/II hükmü çerçevesinde ifa yardımcılarının fiilleri sebebiyle sorumluluğun sınırlanmış bulunduğu ihtimallerde durum böyle olacaktır.

² Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. AKKANAT, Halil: *Taşeronluk (Alt müteahhitlik) sözleşmesi*, İstanbul 2000, Sh. 222 vd.

³ AKKANAT (2), Sh. 153 vd.

^{3a} Bu gibi durumlarda “üçüncü şahıs koruyucu etkili sözleşme teorisi” (Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte) çerçevesinde iş sahibinin taşerona karşı müracaat imkanına sahip olabileceği yönünde açıklamalar için bkz.: AKKANAT (2), Sh. 262 vd.

⁴ BK m. 100 hükmünün farazi kusur esasına dayandığı ve borçlunun „borç bizzat kendisi tarafından ifa edilmiş olsa idi, zarara yol açan fiilde kusurlu sayılmayacağı ve sorumlu tutulmayacağını“ isbat etmesi durumunda sorumluluktan kurtulacağı genel olarak kabul edilmektedir (Bu hususta özel olarak bkz. BUCHER Eugen: *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Auflage, Zürich 1988, Sh. 351; OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, İstanbul 2000, Sh. 358-359; ŞENOCAK Zarife, *Borçlunun ifa yardımcılardan dolayı sorumluluğu*, Ankara 1995, Sh. 210 vd.; AKKANAT (2), Sh. 169 vd.).

tır. Aşağıda, böyle bir durumda iş sahibinin haksız fiil hükümlerinden istifade suretiyle doğrudan taşerona müracaat imkânının bulunup bulunmadığı inceleme konusu yapılacaktır.

II. Haksız fiilden kaynaklanan talep hakları

Taşeronun fiilleri nedeniyle uğramış bulunduğu zararı akdî sorumluluk hükümleri çerçevesinde tazmin ettirme imkânı bulamayan iş sahibinin bu amacına, belirli şartların gerçekleşmesi durumunda haksız fiil hükümleri (BK m. 41 vd.) çerçevesinde ulaşması düşünülebilir. Haksız fiilden kaynaklanan talep haklarının avantajlı yönü, zarar veren ile zarar gören arasında akdî bir ilişkinin mevcut olup olmamasından bağımsız olarak gündeme gelebilmesidir⁵. Fakat bunun dışında, her iki sorumluluk düzeni arasında, akdî sorumluluk hükümlerinin diğerine nazaran çok önemli bazı avantajlarının bulunduğu da işaret etmek gerekir. Mesela akdî sorumluluğun aksine⁶ haksız fiil sorumluluğunda isbat yükü zarar görenin üzerinde olduğu gibi; haksız fiil sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresi de diğerine göre daha elverişsizdir.

⁵ BIERI Urban: *Die Deliktshaftung des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller für mangelhafte Werke*, Beromünster 1993, Sh. 48.

⁶ Eser sözleşmesi bakımından ayıp dolayısıyla uğranılan zararın tazmini için müteahhidin kusurunun bulunması gerektiği hususunda tereddüt yoksa da; kusur ile ilgili isbat yükünün kime ait olduğu meselesi tartışmalıdır: BECKER (Hermann: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, I. Abteilung, 2. Auflage, Bern 1941, Artikel (Art.) 368, Kenar Numarası (N.) 13*) ve GAUTSCHI BK madde (m.) 360/I ve II hükmünde yer alan "bu hususta müteahhidin taksiri bulunursa" tarzındaki ifade biçimine istinaden, burada genel kuraldan ayrılınması ve müteahhidin kusurunu iş sahibinin kanıtlaması gerektiğini savunurken (*Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI. 2. Abteilung 3. Teilband, Art. 363-379 OR, Art. 368 N. 25*); çoğunluk burada da BK m. 96'daki genel kuralın uygulanmasına taraftardır: OSER Hugo/SCHÖNENBERGER Wilhelm: *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teil V.2, Art. 184-418, Art. 368, N. 13*; GAUCH Peter: *Der Werkvertrag, Zürich 1996, N. 1891*; TANDOĞAN Haluk: *Borçlar Hukuku-Özel borç ilişkileri, Cilt (C.) II, 3. Bası, Ankara 1987, Sh. 205*; BGE 107 II 439; BGE 93 II 315; BGE 82 II 139.

Akdî sorumluluğun uygulama alanının haksız fiil sorumluluğu aleyhine genişletilmek istenmesinin en önemli sebebi ise haksız fiil sorumluluğunda sadece "...haksız bir surette ..." verilmiş bulunan zararların tazmininin (BK m. 41/I) talep edilebilmesidir. Bir zararın bu ifade kapsamına dahil olduğunun kabul edilebilmesi için, söz konusu zarara yol açan fiilin ya genel bir davranış kuralına veya mağdurun şahsiyet veya mülkiyet gibi mutlak bir hakkının ihlali neticesine yol açmak suretiyle objektif bir hukuk kuralına aykırı olması gerektiği kabul edilmektedir⁷.

Doktrin ve uygulamada hâkim bu geleneksel düşünce tarzı (Objektif hukuka aykırılık teorisi) çerçevesinde haksız fiil hükümleri ile korunmakta olan hukukî değerler arasına zarar görenin sadece mutlak hakları dahildir⁸. Buna göre mağdurun (mülkiyet ve şahsiyet hakkı gibi) mutlak haklarının ihlali niteliğini taşımayan ve onun mesela sadece kazanç kaybına uğramasına sebebiyet vermiş bulunan failin hareketi, istisnaen yazılı veya yazılı olmayan bir kuralı ihlal niteliği taşımadığı sürece hukuka aykırı olarak kabul edilmeyecek ve haksız fiil kuralları çerçevesinde tazminat yükümlülüğü doğurmayacaktır^{9 10}.

Böylece objektif hukuka aykırılık teorisi haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kuralların uygulama alanının sınırlanması sonucunu doğurmaktadır. Bu husustaki özel bir koruma hükmüne aykırılık teşkil et-

⁷ BGE 82 II 28; BGE 95 II 481 vd.; BGE 95 II 93 vd.; BGE 112 II 128; KELLER Max/GABI Sonja: *Haftpflichtrecht*, 2. Auflage, Basel-Frankfurt am Main 1988, Sh. 37; OFTINGER Karl/STARK Emil W.: *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II: Besonderer Teil: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung des Gewässerverschmutzung*, 4. Auflage, Zürich 1987, N. 43; GAUCH Peter/SWEET Justin: *Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden*, in: *Festschrift (FS) Max Keller*, Zürich 1989, Sh. 118 vd.; OĞUZMAN/ÖZ (4), Sh. 478; Ayrıca bkz. ATAMER Yeşim: *Haksız fiillerden doğan sorumluluğun sınırlandırılması*, İstanbul 1996, Sh. 25.

⁸ Karş. KELLER/GABI (7), Sh. 37; GUHL Theo/MERZ Hans/KUMMER Max: *Das schweizerische Obligationenrecht*, 8. Auflage, Zürich 1991, Sh. 165; OFTINGER/STARK (7), II/1, N. 94 vd.

⁹ GAUCH/SWEET (7), Sh. 119.

¹⁰ GABRIEL Bruno: *Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR*, Entlebuch 1987, N. 275; KRAMER Ernst A.: „Reine Vermögensschäden“ als Folge von Stromkabelbeschädigungen, in: *Recht* 1984, Sh. 131.

mediği sürece, safi malvarlığı zararına (reine Vermögensschaden) sebebiyet veren bir fiilin haksız fiil sorumluluğuna yol açmamasından hareket eden yeni bir düşünce, bu tür zararların haksız fiil sorumluluğunun kapsamından soyutlanmakta olduğu düşüncesini savunmaktadır¹¹.

Haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde hukuka aykırılığın bu şekilde anlaşılması, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin iş sahibi ile taşeron arasında uygulanması ihtimalini de önemli ölçüde sınırlamaktadır. Haksız fiil sorumluluğu için hukuka aykırılık dışında aranmakta olan diğer bütün koşullar¹² gerçekleşmiş bulunsa dahi, bir sözleşmenin kötü ifa edilmiş olmasından kaynaklanıp zarar gören bakımından kazanç kaybı veya ilave masraf şeklinde ortaya çıkmış bulunan zararlar, safi malvarlığı zararı (reine Vermögensschaden) olarak nitelenmekle tazmin edilmeden kalmış olmaktadır¹³.

III. Ayıplı eser ve mülkiyet hakkına zarar verilmesi

Bu husustaki özel menfaati dolayısıyla özellikle iş sahibi bakımından, eserin ayıpla malûl olarak ifa edilmiş olmasının, haksız fiil hükümlerine göre tazminat yükümlülüğü doğuran bir mülkiyet ihlali teşkil edip etmediği ve ediyorsa ne oranda teşkil ettiği araştırılması gereken önemli bir sorundur¹⁴. Bu konu ile ilgili tartışmaları incelemeye geçmeden önce belirtilmelidir ki, yapı eserinin meydana getirilmesi esnasında müteahhit veya taşeronun özen borcuna aykırı hareket etmek suretiyle iş sahibinin başka malvarlığı değerlerini¹⁵ veya kişisel varlığını ihlal etmeleri nedeniyle ortaya çıkmış bulunan zararların haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazmininin talep edilebileceği hususunda tereddüt mevcut değildir. Burada inceleme konusu yapılması

¹¹ KRAMER (10), *Sh. 128 vd.*, özellikle 132; GAUCH/SWEET (7), *Sh. 119*.

¹² Zarar, Kusurlu fiil ve (Zarar ile kusurlu fiil arasında) Uygun illiyet bağı.

¹³ CERUTTI Romeo: *Der Untervertrag, Freiburg 1990, N. 583*.

¹⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GAUCH (6), *N. 2341 vd.*; BIERI (5), *Sh. 44 vd.*

¹⁵ BGE 89 II 232 (Bu karara konu olayda, aynı taşınmaz üzerinde başka bir iş yapmakla görevli müteahhidin işçileri, işlerini yaparken daha önceden takılmış bulunan pencere camlarına zarar vermişlerdir).

söz konusu olan zararlar ise bu tür zararlar dışında kalan ve sadece yapı eserinin ayıplı olarak ifa edilmiş olması dolayısıyla ortaya çıkan zararlardır.

Bu çerçevede olmak üzere öncelikle incelenmesi gereken mesele, sadece yapı eserinin ayıplı olarak teslim edilmiş olmasının bir mülkiyet ihlali ve dolayısıyla haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazmini talep edilebilecek bir zarar teşkil edip etmediği meselesidir. Üzerinde büyük ölçüde görüş birliği bulunan düşünce tarzı, bir eserin ayıplı olarak meydana getirilmiş olmasının¹⁶, haksız fiil hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir mülkiyet ihlali olarak değerlendirilemeyeceği; zira iş sahibinin bir an için olsa dahi bu eserle ilgili olarak ayıptan âri bir mülkiyet hakkına sahip olmasının söz konusu olmadığı yönündedir¹⁷. Ayıp dolayısıyla uğranılmış bulunan zararlar¹⁸ bakımından ise durum farklıdır. Eğer yapı eserindeki ayıp dolayısıyla ortaya çıkan bu tür bir zarar (Mangelfolgeschäden) iş sahibinin genel olarak korunmakta olan başka bir hukukî menfaatinin zarar görmesi şeklinde ortaya çıkmış ise her halde mülkiyet hakkına zarar verilmesi söz konu-

¹⁶ Yapı eserinin ayıplı olarak meydana getirilmiş olması ihtimalinde iş sahibinin, eser ayıplı olarak meydana getirilmemiş olsaydı sahip olacağı değer ile ayıplı hali arasındaki değer farkı kadar zarara uğramış olacağı ifade edilmektedir (BIERI (5), Sh. 51; GAUCH (6), N. 1651).

¹⁷ SOERGEL/ZEUNER Albrecht: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Band 5/2, Schuldrecht IV/2 (§§ 823-853), Stuttgart, Berlin, Köln 1999, Vorbemerkungen (Vorb.) § 823 N. 51; STAUDINGER/PETERS Frank: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 631-651), 13. Auflage, Berlin 1994, § 635 N. 68; JAGENBURG Walter: *Deliktshaftung auf dem Vormarsch, Zur Haftung des Werkunternehmers wegen Eigentumsverletzung durch Baumängel*, in: FS Hermann Korbion, Düsseldorf 1986, Sh. 93, 94; WERNER Ulrich/PASTOR Walter: *Der Bauprozess*, 8. Auflage, Düsseldorf 1996, N. 1277; BIERI (5), Sh. 51-52; Ayrıca bkz. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 39, Sh. 366; BGHZ 67, Sh. 359, 364; BGHZ 96, Sh. 221, 228 daha ayrıntılı açıklamalarla birlikte.*

¹⁸ Bu tür zararların kapsamına iş sahibinin, ayıbın daha sonraki bir sonucu olarak ortaya çıkan, fakat ayıbın ilişkin olduğu eserde doğurduğu kıymet düşüklüğü dışında kalan her türlü zararı dahildir (Mangelfolgeschäden) (Bu konuda bkz. GAUCH (6), N. 1855, 1864; BIERI (5), Sh. 58 vd.; TANDOĞAN (6), Sh. 204).

su olacağından haksız fiil hükümlerinin uygulanması sonucunu doğuracaktır¹⁹. Yine bunun gibi iş sahibinin ayıpla malûl eser üzerinde önceden beri mevcut ve o âna kadar sağlam olan mülkiyet hakkına, eserin ayıplı olarak imal edilmesi suretiyle zarar verilmesi söz konusu ise bu durumda da mülkiyet hakkına zarar verilmiş olduğunun kabulü zorunludur²⁰. Bu son ihtimalde ortaya çıkan tahribat, artık sadece bir ayıp olmaktan ziyade (bizzat ayıbın kendisini aşmakta ve) doğrudan, haksız fiil hükümleri tarafından korunmakta olan mülkiyet hakkına yönelmektedir. Bu çerçevede, ayıptan ayrılabilen ve ayıplı eserin kullanılması²¹ ile veya bir başka tarzda (mesela ayıplı eserin etrafa koku yayması nedeniyle²²) ayıplı eserin iş sahibinin diğer malvarlığı değerleri bakımından sebep olduğu zararlar da iş sahibi tarafından haksız fiil hükümleri çerçevesinde talep edilebilecektir²³. Yine ayıplı olarak ifa edilmiş bulunan kısmî yapı ediminin, sonradan ayıpsız olarak ifa edilmiş diğer inşaat kısımlarının zarara uğramasına sebebiyet vermiş olması ihtimalinde de haksız fiil hükümlerinin uygulama alanı bulacağı kabulü gerekir²⁴; zira bu kısımlar iş sahibinin mülkiyetine ayıpsız olarak dahil olmuşlardır²⁵. Aynı şekilde bir taşeron kendisinden önce inşaatta faaliyet göstererek edimini ifa etmiş bulunan bir başka müteahhidin edimine zarar vermiş ise mülkiyet hakkına bir te-

¹⁹ BIERI (5), Sh. 61.

²⁰ „Yapı eserinin ayıplı olarak meydana getirilmiş olması, inşaat sahibinin eşyalarının ifadan önceki konumlarını etkileyip, onların fonksiyonlarını tam olarak yerine getirmelerine engel oluyorsa mülkiyet hakkına zarar vermiştir“ SOERGEL/ZEUNER (17), Vorb. § 823 N. 51.

²¹ Alman hukuk literatüründe bu tür zararlar *Weiterfresserschäden* olarak anılmaktadır (KAISER Gisbert: *Das Mängelhaftungsrecht im Baupraxis und Bauprozess, ein systematisches Handbuch, 7. Auflage, Heidelberg 1992, N. 162*).

²² KAISER (21), N. 162.

²³ STAUDINGER/PETERS (17), § 635 N. 67 daha ayrıntılı açıklamalarla birlikte; JAGENBURG (17), Sh. 93, 98 vd.; KAISER (21), N. 161 vd.; LOCHER Horst: *Das private Baurecht, 6. Auflage, München 1996, N. 461*; PALANDT/SPRAU Hartwig: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Auflage, München 1999, Vorb. § 633 N. 28*; ayrıca bkz. BGHZ 96, Sh. 221, 228 daha ayrıntılı açıklamalarla birlikte.

²⁴ KAISER (21), N. 162.

²⁵ STAUDINGER/PETERS (17), § 635 N. 67.

cavüzün mevcudiyetinde şüphe yoktur; benzer şekilde bu yaklaşım tarzının, bir müteahhidin daha önce meydana getirmiş olduğu kendi edimine zarar vermesi durumunda da hukukî durumun farklı olması mantığın bir gereğidir²⁶.

Yapılan bu açıklamalar ışığında, ayıplı ifa nedeniyle bir mülkiyet ihlali söz konusu olup böylece tazmini gerekli bir zarar ortaya çıktığında, taşeronun da bu tür zararlarla ilgili olarak iş sahibine karşı haksız fiil hükümleri çerçevesinde doğrudan sorumlu olacağına tereddüt edilmemelidir²⁷. Bu çerçevede iş sahibi ile asıl müteahhit arasında da haksız fiilden kaynaklanan talep haklarının oluşabileceğini ayrıca ifade etmeye gerek yoktur.

Görüldüğü üzere iş sahibi ve taşeron arasındaki hukukî ilişki bakımından ayıp ile ayıp dolayısıyla ortaya çıkan zararların birbirinden ayrılması, iş sahibi ile asıl müteahhit arasındaki hukukî ilişkiye nazaran çok daha büyük bir önemi haizdir. Zira bu sınırlandırma iş sahibi ile asıl müteahhit arasındaki hukukî ilişki açısından sadece taleplerin içeriğinin belirlenmesi açısından rol oynarken; taşeron ile iş sahibi arasındaki ilişki bakımından, iş sahibinin taşerona karşı ileri sürebileceği herhangi bir talep hakkına sahip olup olmaması bakımından belirleyici olmaktadır²⁸.

IV. Asıl sözleşmenin taşerona karşı haksız fiil talepleri bakımından etkisi nedir?

Asıl sözleşmenin mevcudiyetinin, iş sahibinin taşerona karşı sahip ol-

²⁶ STAUDINGER/PETERS (17), § 635 N. 67.

²⁷ Ayrıca bkz. JAGENBURG (17), Sh. 93; KAISER (21), N. 163; Bir başka görüşte: SCHLECHTRIEM Peter: *Haftung des Nahunternehmers gegenüber dem Bauherrn*, *Zeitschrift für deutsches und internationales Bau-recht (ZfBR)* 1983, Sh. 101, 103; Yazar haksız fiil kaynaklı talep haklarını geniş ölçüde reddetmekte ve sözleşmenin koruyucu etkisi teorisine dayalı bir çözümü benimsemektedir.

²⁸ Haksız fiil sorumluluğunun diğer etkileri, özellikle asıl müteahhit ile taşeronun müteselsil sorumluluğu ihtimali ve yine zarara uğrayan üçüncü şahısların taşerona karşı bir talep hakkına sahip olabilip olamayacakları ile ilgili açıklamalar için bkz. JAGENBURG (17), Sh. 93, 105 vd.

duğu muhtemel haksız fiil talepleri bakımından herhangi bir etkiye sahip olup olmayacağı sorusu gündeme gelebilir. Mesela asıl sözleşmede yer verilmiş bulunan bir sorumsuzluk kaydının yahut asıl sözleşme bakımından ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan talep haklarının zamanaşımına uğramış olmasının iş sahibinin taşeronu yönelteceği haksız fiil talepleri bakımından herhangi bir etkisinin bulunup bulunmayacağı tartışma konusu olabilir.

Derhal ifade etmek gerekir ki, asıl sözleşmede yer verilmiş bulunan bir sorumsuzluk kaydı sadece asıl müteahhit ile iş sahibi arasındaki akdî ilişkiye bağlı olarak varlığını sürdürür²⁹; ve taşeron bu ilişkinin dışında kalır. Aynı şekilde iş sahibi ile taşeron arasında haksız fiil taleplerinin sınırsız bir şekilde kabulü yoluyla, asıl sözleşmeden kaynaklanan hiç bir hakka zarar verilmesi de söz konusu edilemeyecektir; mesela asıl müteahhit (haksız fiil talebinin mevcut olup olmadığından bağımsız olarak) asıl sözleşmeden kaynaklanan bütün itiraz ve defî haklarını iş sahibine karşı ileri sürebilecektir. Bu çerçevede asıl sözleşmede yer verilmiş olan sorumsuzluk kayıtlarının iş sahibi ile asıl müteahhit arasındaki ilişkide yarışmakta olan haksız fiil talepleri bakımından etkili olabilip olamayacağının genellikle tartışmalı olması³⁰ bir tarafa; taşeron bu akdî ilişkiye dahil değildir ki, kendi-

²⁹ Sorumsuzluk kaydı genel işlem şartları içerisinde bir kayıt olarak yer alıyorsa hâkim, böyle bir kaydı açık olmayan düzenlemelerle ilgili kural (Unklarheitenregel) çerçevesinde ele almalı; ve kanunun yedek hukuk kaidelerinde benimsenmiş olan çözümden ayrılan düzenlemeleri mümkün olduğu kadar dar yorumlama zorunluluğunu öngören temel kural çerçevesinde dar yorumlamalıdır; özellikle bu hüküm müşterinin durumunu kötüleştiriyor ise durum böyledir (BGE 115 II 479; HONSELL/WIEGAND Wolfgang: *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 2. Auflage, Basel / Frankfurt am Main 1996, Art. 100, N. 3*). Yine BK m. 99 çerçevesinde genel olarak yapılmış bir sorumsuzluk anlaşmasının, ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluk ile ilgili olarak da uygulama alanı bulup bulmayacağı sorusunun cevabı da bu husustaki anlaşmanın yorumu neticesinde ortaya çıkarılabilecektir (GAUCH Peter/SCHLUEP Walter: *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Zürich 1987, N. 2881*).

³⁰ Her iki sorumluluk türü bakımından da uygulama alanı bulacağı yönünde: BGE 107 II 168; BUCHER (4), *Sh.* 336; BIERI (5), *Sh.* 41; LARENZ Karl: *Lehrbuch des Schuldrechts erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987, Sh.* 553; Aksi fikirde: BGHZ 55, *Sh.* 392; 61, *Sh.* 203;

sine karşı söz konusu edilen haksız fiil taleplerine karşı sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin bu kayıtlara dayanabilsin³¹. Fakat istisnaî olarak asıl sözleşmede, sorumsuzluk kaydının hem taraflar arasındaki muhtemel haksız fiil talepleri ile ilgili olarak ve hem de taşeronu karşı benzer taleplerle ilgili olarak uygulama alanı bulacağı hususunda açık bir mutabakatın yer alması ihtimalinde, taşeron da bu tür kayıtlardan istifade imkânı bulabilmelidir³². Nihayet açıklanan bu nedenlerle taşeron, iş sahibinin asıl müteahhide karşı olan ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan talep haklarının zamanaşımına uğramış olduğu iddiasını da ileri süremeyecektir^{33, 34}.

96, Sh. 224; PALANDT/SPRAU (23), § 637 N. 6; sınırlı olarak izin veren: JAGENBURG (17), Sh. 93, 101.

³¹ HONSELL/WIEGAND (29), Art. 101 N. 16; BECKER (6), Art. 101, N. 24; TANDOĞAN Haluk: *Üçüncü şahsın zararının tazmini*, Ankara 1963, Sh. 121 vd.; Netice olarak aynı: JAGENBURG (17), Sh. 93, 105.

³² Istisnaî olarak sorumluluğun üçüncü şahıslar yararına da sınırlandırılmasını kabul eden karar örnekleri Alman Federal Mahkemesinin içtihatları arasında da mevcuttur. Bkz. BGH VersR 1960, Sh. 727, 729; BGH VersR 1977, Sh. 717 vd. (Asıl nakliyecinin gemi sahibi yararına ve alt nakliyecisi yararına sorumluluktan kurtulması).

³³ BIERI (5), Sh. 62.

³⁴ Ayrıca ifade edilmelidir ki, zamanaşımı definin asıl müteahhide yöneltilmesi söz konusu olan haksız fiil taleplerine karşı ileri sürülebilir sürüle-meyeceği meselesi de tartışmalıdır. Bkz. STAUDINGER/PETERS (17), § 635 N. 73.