

ALT ESER (TAŞERONLUK) SÖZLEŞMESİ

Av. Dr. Eser RÜZGAR

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMA LİSTESİ.....	ii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ALT ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI, UNSURLARI VE BENZER TERİMLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

I. Alt Eser Sözleşmesinin Tanımı.....	2
II. Alt Eser Sözleşmesinin Tarafları.....	3
A. Genel Olarak.....	3
B. Alt Yüklenici Kavramı ve Benzer Terimlerle Karşılaştırması.....	3
1. Alt Yüklenici Kavramı.....	4
2. Benzer Terimlerle Karşılaştırılması.....	4
a. İfa Yardımcısı	5
b. Alt yüklenicinin iş sahibine verdiği zararlardan da TBK m. 116 uyarınca sorumludur.....	5
c. Tali Yüklenici.....	6
d. İşveren.....	7
C. Asıl Yüklenici.....	8
D. Asıl İş Sahibi.....	8
III. Alt Eser Sözleşmesinin Unsurları.....	9
A. Genel Olarak.....	9
B. Asıl Yüklenicinin Kişiliğinin Önemli Olmaması.....	9
C. Eser Meydana Getirme	10
D. Bedel	11
E. Anlaşma.....	11
IV. Alt Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzeri Hukuki İşlemlerle Karşılaştırılması.....	11
A. Alt Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	11
1. Alt Sözleşme Niteliği.....	11
2. Ani Edimli Sözleşme Oluşu.....	12
3. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Oluşu.....	13

B. Sözleşmenin Devri	13
C. Alacağın Temliki ve Borcun Nakli.....	15
V. Alt Eser Sözleşmesinin Asıl Sözleşme İle İlişkisi.....	15
<u>İKİNCİ BÖLÜM</u>	
İŞ SAHİBİ, ASIL YÜKLENİCİ VE ALT YÜKLENİCİ ARASINDAKİ İLİŞKİLER	
I. İş Sahibi ile Asıl Yüklenici Arasındaki İlişkiler.....	16
II. İş Sahibi ile Alt Yüklenici Arasındaki İlişkiler.....	17
III. İş Sahibinin İle Alt Yüklenicinin Birbirlerine Karşı Başvuru Hakkları.....	18
A. Sözleşmenin Nispi niteliği.....	19
B. Üçüncü Kişi Lehine Etkili Sözleşme Yoluyla Başvuru	19
C. Alt Yüklenicinin Teminatı Yoluyla Başvuru.....	20
D. Vekalet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Kıyasen Uygulanması Yoluyla Başvuru.....	21
E. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Yoluyla Başvuru	22
F. İnşaatçı İpoteği Yoluyla Başvuru.....	23
SONUÇ.....	25
KAYNAKÇA.....	26

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	adı geçen eser
a.g.m.	adı geçen makale
Bkz.	bakınız
BK.	818 sayılı Borçlar Kanunu
C.	Cilt.
çev.	çeviren.
E.	esas
ed.	editör
der.	derleyen
dn.	dipnot
f.	fıkra
HD.	Hukuk Dairesi
K:	karar
karş.	Karşılaştırınız
m.	Madde
MK	Medeni Kanun
N.	Nummer, numéro ya da numara
S:	Sayı
s.	Sayfa
T.	Tarih
TBK.	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Yar.	Yargıtay
YHGK.	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Eser sözleşmesi uyarınca asıl yüklenicinin borç yükünü oluşturan edimlerin çeşitli nedenlerle bölümlere ayrılması ve anılan bölümlerin farklı kişilerce ifasının sağlanması ile alt eser sözleşmesi (taşeronluk) gündeme gelmiştir. Uygulamada taşeronluk kurumuna sıkça başvurulduğu gözlemlenmektedir. Bunun gerekçeleri olarak, asıl yüklenicinin yüklendiği işin maliyetini düşürmek istemesi, yapılacak işin teknolojik veya benzeri sebeplerden dolayı uzmanlık gerektirmesi gibi ekonomik ve teknik nedenler sayılabilir.

Alt eser sözleşmesi, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında yapılmış bağımsız bir eser sözleşmesi niteliğindedir. Alt eser sözleşmesinin ortaya çıkabilmesi için ortada iş sahibi ile asıl yüklenici arasında yapılmış ayrı bir eser sözleşmesinin bulunması şarttır. Alt eser sözleşmesi, iş sahibi ile yapılan asıl eser sözleşmesinde kararlaştırılan işin belirli bir kısmının ifasını içermekle o sözleşme ile belirli bir ifa yakınlığı içinde bulunur. Aynı işin farklı taraflarca ve nedenle ifa ediliyor olması, sözleşme taraflarından veya işin gereklerinden dolayı çeşitli sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu sorunların çözümü için sözleşmelerin nispiliği prensibinin kısıtlayıcı bir etki yaptığı gözlemlenmektedir. Bu nedenle alt sözleşmelerin dahil olduğu uyuşmazlıklardaki yorumu için üçüncü kişi lehine sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ve alt vekilin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasına ilişkin görüşler ortaya çıkmıştır.

İncelememiz, iki bölümden oluşacaktır. Birinci bölümde, alt yüklenici sözleşmesinin tanımı, unsurları, hukuki niteliği ve benzer terimlerle karşılaştırılması ele alınacak; ikinci bölümde ise iş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenici arasındaki hukuki ilişkiler irdelenecektir. Alt yüklenicilik sözleşmesinin esasen bir eser sözleşmesi olması ve tarafların borçlarına ilişkin incelemenin incelemeyi gereksiz uzatacağı endişesi ile kapsama dahil edilmemiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ALT ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI, UNSURLARI VE BENZER TERİMLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

III. ALT ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Alt eser sözleşmesi ne BK'da ne de TBK'da açıkça tanımlanmış, sadece hangi hallerde alt eser sözleşmesi kurulmasının mümkün olacağının hükme bağlanması ile yetinilmiştir. BK m. 356 ve TBK m. 471 uyarınca, eser sözleşmesi ile altına girilen borcun ifasında yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, anılan işin ifasının alt yükleniciye bırakılması kural olarak mümkündür. İş sahibine alt yükleniciden borcun ifasını isteme hakkının bulunduğu veya yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemli olduğu durumlarda da tarafların anlaşması ile ifa edilecek işin alt yükleniciye bırakılması mümkündür. BK ve TBK'nın alt eser sözleşmesi açısından getirdiği tek fark dilde sadeleşmenin sağlanmasından ibarettir.

Esasen eser sözleşmesi niteliğindeki alt eser sözleşmesini düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşme TBK m. 470-486 arasında bulunan eser sözleşmesine ilişkin hükümlere tabi olacaktır. Eser sözleşmesinin konusunu, iş sahibi ile asıl yüklenici arasında kararlaştırılan işin ifası oluştururken; alt eser sözleşmesinin konusunu, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında kararlaştırılan ve eser sözleşmesinde ifa edilmesi gereken işin bir kısmı veya tamamı oluşturur.¹ Alt eser sözleşmesinin yapılması ile eser sözleşmesi uyarınca belirli bir işi yapma borcunu üstlenen asıl yüklenici iş sahibi olur ve eser sözleşmesindeki iş sahibine ilişkin hükümlere tabi olur. Aynı şekilde, asıl yükleniciden belirli bir işin yapılmasını borcunu üstlenen alt yükleniciye de yükleniciye ilişkin hükümler uygulanır. Bu noktada eser sözleşmesi ve alt eser sözleşmesinin birbirinden bağımsız iki ayrı sözleşme olduğunu belirtelim.²

Eser sözleşmesinde yüklenicinin yapma borcunu üstlendiği işi alt yükleniciye alt eser sözleşmesiyle bırakabilmesi için TBK m. 471 uyarınca, borcun ifasında yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemli olmaması veya yüklenicinin kişiliği önemli olsa dahi tarafların bunu kararlaştırmış olması gerekir. Bir stat inşasındaki çatı sistemlerinin kurulması işinin yüklenicinin kişisel özellikleri açısından önem taşımadığı söylenebilirken; diğer yandan bir ressamın veya müzisyenin icra edeceği sanat performansının yüklenicinin kişiliğinin önemli olduğu söylenebilecektir.³

Tüm bu açıklamalardan sonra bir tanım vermek gerekirse, asıl yüklenici ile iş sahibi arasında

¹ YALÇINDURAN Türker, **Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri**, Ankara, 2000, s. 24 vd.; GÜMÜŞ Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 2012, s. 12; ERİŞEN Muhammet, **Alt Müteahhitlik Sözleşmesi**, Ankara, 2011, s. 5.

² GÜMÜŞ Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 2012, s. 12.

³ TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, Ankara, 1987, s. 74.

yapılan eser sözleşmesine bağlı olarak, asıl yüklenicinin ifa edeceği iş ile ilgili kişisel özelliklerinin önemli olmadığı durumlarda, işin bir kısmının veya tamamının alt yüklenicinin kendi nam ve hesabına ifa edeceği durumlarda alt eser sözleşmesinden söz edilir.⁴

IV. ALT ESER SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

E. Genel Olarak

Alt eser sözleşmesinin özel olarak düzenlenmemesi ve eser sözleşmesi niteliğinde olmasından hareketle, alt eser sözleşmesine eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır. Alt yüklenicilik sözleşmesinin taraflarını asıl yüklenici ve alt yüklenici oluşturur. Eser sözleşmesindeki asıl yüklenici, alt eser sözleşmesinde iş sahibi konumundadır. TBK’da eser sözleşmesi için belirtilen terimlerin alt eser sözleşmesi içinde kullanılması yerinde olacaktır. Bu nedenle, BK döneminde “müteahhit” olarak anılan terimin yerine TBK döneminde benimsenen “yüklenici” terimini; BK döneminde “istisna sözleşmesi” olarak anılan terimin yerine TBK döneminde benimsenen “eser sözleşmesi” terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

F. Alt Yüklenici Kavramı ve Benzer Terimlerle Karşılaştırması

3. Alt Yüklenici Kavramı

Alt eser sözleşmesinin tarafı olan alt yüklenici kavramına ilişkin doktrinde çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Buna göre, *Tandoğan*, yüklenicinin eseri meydana getirme borcunun ifasını, kendi nam ve hesabına yaptığı bir eser sözleşmesiyle kısmen veya tamamen bıraktığı kendi hesabına çalışan yardımcı kişiyi alt yüklenici olarak tanımlamıştır.⁵

Akkanat’a göre ise alt yüklenici: “*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*” müteahhittir.⁶ *Yalçınduran*’a göre ise alt yüklenici: “*müteahhidin eseri meydana getirme borcunun ifasını, kendi ad ve hesabına yaptığı istisna sözleşmesi ile*

⁴ YALÇINDURAN, a.g.e., s. 25; ERİŞEN, a.g.e., s.10.

⁵ TANDOĞAN, C. II, s. 77; YALÇINDURAN, a.g.e., s. 25; ERİŞEN, a.g.e., 11 vd..

⁶ AKKANAT Halil, *Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi*, İstanbul, 2000, s. 10.

kısmen veya tamamen bıraktığı kendi hesabına çalışan yardımcı kişidir.”⁷

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere alt yüklenicilik kavramı, asıl yüklenici ile iş sahibi arasında yapılan eser sözleşmesine dayanılarak açıklanmaktadır. Asıl yüklenicinin iş sahibine karşı yükümlendiği işi devrettiği durumlarda alt yükleniciden bahsedilir. İşin TBK m. 471/f. 3 uyarınca devrinin, alt yüklenicilik sıfatına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. TBK m. 471/f. 3 uyarınca, edimin ifasının asıl yüklenicinin kişiliğini ilgilendirmediği veya tarafların anlaşması halinde işin alt yükleniciye devri caiz iken; tarafların yasaklaması veya edimin kişisellik arz ettiği hallerde alt yüklenici tayinin hukuka aykırı olduğu söylenebilir. Eser sözleşmesinde yüklenilen edimin, asıl yüklenicinin kişisel özelliklerine bağlı olduğu işlere örnek olarak bir resim siparişini gösterebiliriz. Kişisel özelliklerin önemsiz olduğu işlere ise bir evin çatı sistemlerinin kurulması verilebilir.

4. Benzer Terimlerle Karşılaştırılması

e. İfa Yardımcısı

Borçlunun bilgisi ve iradesi dahilinde, borçluya ait bir yükümlülüğü ifa eden veya ifa faaliyetine katılan kişi veya kişilere ifa yardımcısı denir.⁸ Borçlunun ifa yardımcısından dolayı sorumluluğunun doğması her şeyden önce, bir borç ilişkisinin varlığına bağlıdır. Kural olarak borçlunun ifa yardımcısından doğan sorumluluğu akit bahsi içinde yer alsa da, doktrinde bu sorumluluğun diğer borç doğurucu nedenler ile de doğabileceği tereddütsüz kabul edilmektedir.⁹ Yardımcı kişi, kural olarak, ifasına yardım ettiği edim yükümlüsünün emir ve talimatı altındadır. Ancak sorumluluğun doğmasının bu emir ve talimatlardan gelmesi aranmaz. Alt yüklenicinin tanımının asıl yüklenici ve iş sahibi arasındaki ilişkiye dayanılarak açıklandığını belirtmiştik. Bu kapsamda, alt yüklenicinin asıl yüklenicinin ifa yardımcısı olduğu söylenebilir. Böyle bir yorum işin devrini uygun gören TBK m. 471. madde hükmüne karşı iş sahibini de korumaktadır.

⁷ YALÇINDURAN, **a.g.e.**, s. 25.

⁸ ŞENOCAK Zarife, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara, 1995, s. 104; YALÇINDURAN, **a.g.e.**, s. 50.

⁹ ŞENOCAK Zarife, **İfa Yardımcısı**, s. 57; İNAN Ali Naim, **Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-**, Ankara, 1973, s. 601; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-**, İstanbul, 2000, s. 1061; OFTINGER Karl / JEANPETRE Raymond, **Borçlar Hukukunun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları**, Çev. Kemal DAYINLARLI, Ankara, 1990, s. 217; OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-**, İstanbul, 2005, s. 363

**f. Alt yüklenicinin iş sahibine verdiği zararlardan da
TBK m. 116 uyarınca sorumludur.**

İfa yardımcısının fiilinden borçlunun sorumlu olabilmesi için alacaklıya edim konusu ile ilgili bir zararın verilmesi gerekir. Borçlunun ifa yardımcısından dolayı sorumluluğunun doğması her şeyden önce, bir borç ilişkisinin varlığına bağlıdır. Doktrinde ifa ile ilgili hususlarda zarar kavramı tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁰, yardımcının verdiği zarar ancak akde konu edimin ifası sırasında ve ifa ile doğrudan bağlantılı zararlar ile sınırlı olmak üzere borçlunun sorumluluğunu doğuracağı şeklindedir. Bu düşüncenin temeli yardımcı fiilinin borçlunun sorumluluk alanını hakkaniyete aykırı olarak genişletmesine dayanır. Kanaatimizce bu yorumu gerekli kılan neden, ekonomisi gelişmekte olan ülke girişimcilerinin gerekli alt yapı sorunları nedeniyle yardımcıların sorumluluklarını üstlenmesinin istihdam alanında yaratacağı sorunlardır. İkinci bir görüşe göre¹¹, yardımcının ifa sırasında verdiği zarar yanında ifa vesilesi ile verdiği zarar sebebiyle de borçlunun sorumluluğu doğar. Akdi ilişkinin geniş yorumlanması gerekir. Bu bağlamda akdi ilişkinin ihlalinin bir türünü de kötü ifa oluşturur. Borçlu ifasında asli edim yükümlerinin yanında yan yükümleri de gereği gibi yerine getirmelidir. Borç konusu edimlerin bir yardımcıya aktarıldığı durumlarda da akdi ilişkinin tüm yükümlerinin ifasından yardımcı sorumlu olacaktır. Böylece yardımcı kişi kaynağını MK m.2' den alan dürüstlük kuralı gereğince, aralarında güven ilişkisi tesis olunan alacaklı ile borç konusu edimini ifa dışında alacaklının genel menfaatine zarar verici davranışta bulunmama ve zarar verici davranışı engelleme yükümlülüğünü de üstlenmiştir.

TBK m. 116/f. 1 uyarınca: “*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına **kanuna uygun surette bırakmış olsa bile**, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.*” Kanunun işin asıl yüklenici tarafından TBK m. 471’e uygun bırakılması halinde dahi, alt işverenin fiillerinden asıl işvereni sorumlu tutmaktadır. Bu noktada yardımcı kişinin usulüne uygun tayin edilip edilmediğinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

g. Tali Yüklenici

¹⁰ KARAHASAN Mustafa Reşit, **Sorumluluk Hukuku**, İstanbul, 1996, s. 1141 vd.; von TUHR Andreas, **Borçlar Hukuku**, Çev. Cevat EDEGE, Ankara, 1983, s. 595; İNAN, **a.g.e.**, s. 602; REİSOĞLU Safa, **Borçlar Hukuku - Genel Hükümler**-, İstanbul, 2000, s. 293; OĞUZMAN / ÖZ, **a.g.e.**, s. 369

¹¹ EREN, **a.g.e.**, s. 1069; ŞENOCAK, **a.g.e.**, s. 201; OFTINGER/JEANPETRE, **a.g.e.**, s. 217

İnşaat sözleşmeleri uygulamasında, çeşitli standart tip sözleşmeler kullanılmaktadır. Bu sözleşmelerden biri de FIDIC tip sözleşmesidir. Bu sözleşmede onaylanmış ve atanmış tali yüklenici kavramlarına yer verilmiştir.¹² İşbu sözleşmelerde işin organizasyonunu sağlayan ve kural olarak tarafsız olan mühendis kontrolünden bağımsız olarak seçilebilen alt yüklenicilere onaylanmış tali yükleniciler denir. Bu yükleniciler, iş kendilerine verilmeden; mühendis tarafından o işi yapabileceğine dair onay almış kişilerden oluşur. Bir de mühendisin veya iş sahibinin atadığı yani asıl yüklenicinin seçme imkânının olmadığı alt yükleniciler bulunmaktadır. Bunlara da atanmış alt yüklenici denir.¹³

h. İşveren

Alt yüklenicilik kavramının karışabileceği bir diğer kavram alt işveren kavramıdır. Alt işveren, İş Kanunun 2. Maddesinde tanımlar başlığı altında tanımlanmıştır. Anılan hüküm uyarınca: *“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.”* Tanımadan da anlaşılacağı üzere, hükümde belirtilen alt işverenlik kavramı ile alt yüklenici kavramlarını farklı sözleşme ilişkisi içinde değerlendirmek gerekir. Alt işverenlikle ilgili olarak devredilebilecek işler ve sorumluluk rejimi hizmet sözleşmesi kapsamında işçinin üstlendiği edimlerle ilgili iken; alt yüklenicilik sözleşmesi, edimi ifa eden işçilerin yükümlülükleri ile ilgilenmez. Kural olarak, asıl işverenin alt yükleniciye devrini sözleşme ile sağladığı her alan alt yüklenicilik sözleşmesi kapsamında asıl eser sözleşmesinin bir parçasıdır. Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 06.05.2008 tarih 2008/4432 E. ve 2008/7410 K. sayılı ilamında da alt işverenlik kurumu açıklanarak İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku bağlamında önemi vurgulanmıştır.¹⁴ Sonuç olarak işveren ve alt işveren kavramlarının İş Hukukuna ait

¹² AKINCI Ziya, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir, 1996, s. 9.

¹³ YALÇINDURAN, **a.g.e.**, s. 51 vd.

¹⁴ “Hemen belirtmelidir ki, maddenin <aracı> olarak nitelediği üçüncü kişi, gerek mevzuatta, gerekse öğreti ve yargı kararlarında; alt işveren, taşeron, tali işveren, alt müteahhit, alt ismarlanan vb. adlarla anılmaktadır. Ekonomide yaşanan yoğun rekabet ortamı ve teknolojiye ulaşılan seviye, tüm alanlarda uzmanlaşmaya giderek hızlı, kaliteli ve daha uygun maliyetli mal ve hizmet üretimini zorunlu kılmaktadır. Bu gereksinime paralel olarak yeni üretim ve çalışma ilişkileri ortaya çıkmıştır. Bunlardan; asıl işverenin yanında <taşeron> olarak adlandırılan başka işverenlerin de işyerinden iş almaları ve kendi sigortalılarını çalıştırmaları ile uygulama kazanmış olan <asıl işveren-alt işveren> ilişkisini Sosyal Sigortalar Yasası açısından ele alan 506 sayılı Yasa'nın 87. maddesi hükmü, tıpkı 1475 sayılı İş Yasası'nın 1/son ve 4857 sayılı İş Yasası'nın 2/6. maddelerinde olduğu gibi, aracının yanında asıl işvereni de sorumlu tutan bir içerik taşımaktadır. Amaç, sigortalının sosyal güvenlik hakkının yanında, halefi

kavramlar olmakla, incelmemiz açısından önemi haiz olmadığını tespit etmiş bulunuyoruz. Asıl ve alt yüklenici arasında herhangi bir emir-talimat sistemi bulunmamaktadır.

Kamu İhale Kanunun 15. Maddesinde belirtilen “alt yüklenici” kavramı, eser sözleşmesinde yer verilen alt yüklenici kavramına eşittir. Bu kavram, kamudan ihale alan kişi veya kurumların işi şahsen yapmayıp devredebileceği durumları ifade etmek üzere kullanılmıştır.¹⁵ Burada alt yüklenici ile asıl yüklenici arasındaki sorumluluk rejiminin de kanun yoluyla kurulduğu görülmektedir.

G. Asıl Yüklenici

Alt yüklenicilik sözleşmesinin diğer tarafı, hem iş sahibi ile bir eser yapmayı yükümlenen hem de bu işin bir kısmını alt yükleniciye devretmeyi taahhüt eden asıl yüklenicidir. TBK m. 471/f. 3 uyarınca, kişisel olarak bir eserin imalini veya yapımının gerekli olmadığı ve tarafların bu hususta bir anlaşma yapmadığı hallerde işin bir kısmını veya tamamının alt yükleniciye devredilmesi mümkündür.

Akkanat’a göre asıl yüklenici: “*bir inşaat sözleşmesi çerçevesinde iş sahibi ile doğrudan akdi ilişki içerisine girerek, bu yapı eserine ait projenin tamamının veya bir kısmının meydana gelmesini borçlanmış bulunan ve bu borcun tamamının veya bir kısmının kendi gözetim ve denetimi altında meydana getirilmesi amacıyla başka müteahhitleri kendi nam ve hesabına yaptığı sözleşmelerle görevlendirmekte olan müteahhit*” olarak tanımlanmıştır.¹⁶ Asıl yüklenici, iş sahibi ile akdettiği eser sözleşmesi bakımından, bir yapı eserini bizzat veya başkalarına yaptırma borçlusu durumunda iken, alt yüklenici ile yaptığı alt yüklenicilik sözleşmesi bakımından bu yapı eserinin tümünün ve/veya bir kısmının ifası konusunda alt yüklenicinin iş sahibi durumundadır.¹⁷ Asıl yüklenicilik sözleşmesi ile asıl eser sözleşmesinin doğurduğu yükümlülükler birbirinden farklıdır.

konumundaki Sosyal Sigortalar Kurumu'nun prim tahsilatının, alt işverenin yanında asıl işverenin de sorumluluğunu öngören düzenlemelerle güvence altına alınmasını sağlamaktır.”

¹⁵ “İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.”

¹⁶ AKKANAT, a.g.e, s. 7.

¹⁷ ERİŞEN, a.g.e., s. 18.

H. Asıl İş Sahibi

TBK m. 470’de eser sözleşmesinin tanımı verilirken iş sahibi, bir eser meydana getirilmesine karşılık ücret ödeme borcu altına giren kişi olarak ifade edilmiştir. Yine TBK m. 479 -481’de ise iş sahibinin borçları başlığı altında, iş sahibinin ücret ödeme borcu düzenlenmiştir. Bu hükümler doğrultusunda bir değerlendirme yaparsak iş sahibi, asıl yüklenici ile bir eser meydana getirilmesi konusunda anlaşılan ve bu eserin tamamlanıp ifa edilmesi durumunda da ücret ödeme yükümlülüğü altına giren kişi/kişiler olarak tanımlanabilir.

Asıl iş sahibi, alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafı değildir. Ancak alt yüklenicilik sözleşmesinin asıl eser sözleşmesinin bir kısmını veya tamamı oluşturması nedeniyle asıl iş sahibinin de konumunun ortaya koyulması gerekliliği doğmuştur. Bir alt yüklenicilik sözleşmesinin akdedilebilmesi için, bir asıl eser sözleşmesinin olması ve TBK m. 471 anlamında işin kişisel özellikler taşıması gerekmektedir.

IV. Alt Eser Sözleşmesinin Unsurları

F. Genel Olarak

Alt eser sözleşmesi, esasen asıl eser sözleşmesinin sahip olduğu tüm unsurları kapsar ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir. Eser sözleşmesi ile alt yüklenicilik sözleşmesi arasındaki tek fark, alt yüklenicinin yüklendiği işin asıl yüklenicinin kişisel özellikleri nedeniyle ifa etmesi zorunlu veya gerekli işlerden olup olmaması noktasındadır. Bu nedenle sadece bu farka değinilecektir.

G. Asıl Yüklenicinin Kişiliğinin Önemli Olmaması

BK m. 67¹⁸ ve TBK m. 83¹⁹ uyarınca, kural olarak borçlunun borcunu şahsen ifa etmesine ilişkin bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak edimi borçlunun ifasında alacaklının özel bir menfaatinin bulunduğu hallerde ise borçlunun şahsen ifasından söz edilir. Eser sözleşmesine

¹⁸ “Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça; borçlu, borcunu şahsen ifaya mecbur değildir.”

¹⁹ “Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.”

ilişkin TBK m. 356/f. 2'nin de işbu düzenlemeye paralel bir hüküm getirdiği görülmektedir. BK m. 356²⁰ ve TBK m. 471 uyarınca²¹, eser sözleşmesi ile borcun ifasında yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, anılan işin ifasının alt yükleniciye bırakılması kural olarak mümkündür.²² TBK m. 83'de belirtilen “bizzat borçlu tarafından ifada menfaat” ile TBK m. 356/f. 2'deki “yüklenicinin kişisel niteliğinin önemli olması” kavramları benzerdir. Yani borcun ifasında yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemli olması, esasen alacaklının ifadaki özel menfaatini gösterir. Eğer borcun ifasında yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, o zaman alacaklının ifayı bizzat borçlunun şahsından istemede de bir menfaati olmadığı kabul edilir. Yüklenicinin işi kişisel olarak ifası karine olarak kabul edilmiştir.²³ Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça; borçlu, borcunu şahsen ifaya mecbur değildir.²⁴

H. Eser Meydana Getirme

Eser, eser sözleşmesinin konusunu oluşturur. Eser, eser sözleşmelerinde, bir bedel karşılığında yüklenicinin meydana getirdiği sonuçtur. Maddi bir sonucu ifade edebileceği gibi maddi olmayan bir sonucu da ifade edebilir. Eser sözleşmesinde meydana getirilecek iş, konusu/kapsamı/nitelikleri yeterince tanımlanmış olabileceği gibi hiç tanımlanmamış veya yeterince tanımlanmamış da olabilir. Taraflar arasındaki sözleşmede iş tanımlanmış ise meydana getirilecek eser, işbu sözleşmeye uygun olmalı; sözleşmede iş yeterince tanımlanmamış ise eser, iş sahibinin beklentisine, işin objektif olarak niteliğine uygun, iş sahibince kabul edilebilir ve mukabili bedeli karşılayabilecek niteliklerde olması gerekir.

Alt yüklenicilik sözleşmesinde, alt yüklenicinin asıl yükleniciye karşı taahhüt altına girdiği edim sonucuna hukuki anlamda eser denir.²⁵ Ortaya çıkacak “eser” iş görme sözleşmeleri arasında sayılan eser sözleşmesinin sonucunu da ifade eder. Burada taahhüt edilen eser, objektif bir sonuç yükümlülüğüdür.²⁶

İ. Bedel

²⁰ “Müteahhit, imal olunacak şeyi bizzat yapmağa veya kendi idaresi altında yaptıрмаğa mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran **şahsi maharetinin ehemmiyeti yok ise**, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir.”

²¹ “Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin **kışisel özellikleri önem taşıyorsa**, işi başkasına da yaptırabilir.”

²² GÖKYAYLA Emre, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul, 2009, s. 150.

²³ DUMAN Hasan İlker, **İnşaat Hukukunda “Karine” Uygulaması**, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 5, 2012, s. 342.

²⁴ GÜMÜŞ, **a.g.e.**, s. 10 vd.

²⁵ GÜMÜŞ, **a.g.e.**, s. 4.

²⁶ TANDOĞAN, **C. II**, s. 1 vd.

İş sahibinin ve alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicinin alt yükleniciye karşı bedel ödeme borcu, eser sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından²⁷ biridir.²⁸ *Gauch*, bedel kararlaştırılmadan yapılan eser sözleşmesinin sui generis nitelikte bir sözleşme olacağını ileri sürmüştür.²⁹ *Tandoğan*, *Gauch*'un bu görüşüne katılarak, uyumsuzluğun türüne en uygun sözleşme hükümlerini uygulanması ile sonuca gidilebileceği kanaatindedir.³⁰ Eser sözleşmesinin para dışındaki bir değer mukabili yapılacağı hususunda da anlaşılması mümkündür. Bu halde ortada karma yapılı bir akitten söz edilebilir.³¹

J. Anlaşma

Rızai bir sözleşme olarak eser sözleşmesi, tarafların açık veya örtülü iradeleriyle kurulabilir. Tarafların eserin teslimi ve buna mukabil bir bedel ödeme hususunda anlaşmaları gerekir. Bu bedel para olabileceği gibi bir şeyin teslim veya bağış olarak da kararlaştırılabilir.

IX. Alt Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzeri Hukuki İşlemlerle Karşılaştırılması

D. Alt Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

4. Alt Sözleşme Niteliği

Alt sözleşme ile birbirinden bağımsız iki sözleşme kural olarak bağlantısız bir şekilde tamamlanıp varlıklarını sürdürebilirler. Alt sözleşme ilişkisinde, sözleşmenin devrinin aksine sözleşmedeki yükümlülüklerini kısmen veya tamamen devreden taraf sözleşme ilişkisinden çıkmaz. Bununla birlikte, alt sözleşmeyi bir sözleşmenin doğumunun bir diğerini ortadan kaldıran bir sözleşme tipi olarak da görmemek gerekir.³² Belirli bir işi diğer yüklenicilerle birlikte koordineli şekilde yapmayı taahhüt eden birçok yüklenicinin oluşturduğu

²⁷ Objektif esaslı unsurlar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona / ARPACI Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm - Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme-**, C. I, İstanbul, 2008, s. 171 vd..

²⁸ GÜMÜŞ, **a.g.e.**, s. 6

²⁹ TANDOĞAN, **C. II**, s. 24 (*naklen*).

³⁰ TANDOĞAN, **C. II**, s. 24.

³¹ TANDOĞAN, **C. II**, s. 25; GÜMÜŞ, **a.g.e.**, s. 6.

³² YALÇINDURAN, **a.g.e.**, s. 32; GÜMÜŞ, **a.g.e.**, s. 12;

konsorsiyum veya joint venture gibi ortaklıklar kümülatif sözleşmelere örnektir. Bu tip sözleşmelerde, asıl iş sahibi doğrudan o joint venture veya konsorsiyumdaki yükleniciler ile sözleşme ilişkisine girdikleri için ortada bir alt sözleşmeden bahsedilemez.

Alt sözleşmede, yükümlülük üstlenen ve onu kısmen veya tamamen devreden taraf her iki sözleşmenin de temelini oluşturur. Bu nedenle, kural olarak bağımsız olan asıl sözleşme ve alt sözleşmenin rizikosunu da üzerinde taşır.³³ İki sözleşme arasında bağlantı ancak sözleşmelerdeki üçünü kişi yararına veya garanti sözleşmesi hükümleri ile bağlanabilir. Ayrıca sözleşmelerin geçerlilik koşulları da geciktirici veya bozucu şarta tabi tutularak da birbirine bağlanabilir.

5. Ani Edimli Sözleşme Oluşu

Bir eser sözleşmesi olan alt yüklenici sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme mi, yoksa sürekli borç doğuran bir sözleşme ilişkisi meydana getirip getirmediği, sözleşmenin sona ermesi ile ilgili problemlerin çözümünde büyük önem taşımaktadır. Eğer sözleşme sürekli borç doğuran bir sözleşmeysen, ancak sözleşmenin ileriye etkili olarak feshi gündeme gelebilir. Ancak sözleşmenin ani edimli olduğu kabul edilirse, sözleşmeden geriye etkili olarak dönme mümkün olacaktır. Alacaklının ifaya olan menfaatinin an ve an devam ettiği sözleşmeler sürekli borç doğuran sözleşmelerdir.³⁴ Buna örnek olarak, hizmet sözleşmesi verilebilir. Oysa alt yüklenicilik sözleşmesinde eserin oluşumunun an ve an ilerlemesinde alacaklının menfaati yoktur. Gel gelelim, esere yapıma başlanması ile eserin teslimi arasında kaçınılmaz bir süre geçmektedir. Bu sürenin geçmesi ve eserin ortaya çıkmasının aşamalı bir ilerlemeye halinde gelişmesinin de sözleşmenin sona erme sürecini etkiler. Ancak tüm bu nedenler dahi alt yüklenicilik sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu vakıasını ortadan kaldırmaz. Yani eser sözleşmesinin esaslı unsuru olan eserin tesliminin sağlanması için geçen sürede alacaklının bir menfaati bulunmamaktadır.³⁵

6. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Oluşu

³³ YALÇINDURAN , a.g.e., s. 33.

³⁴ OĞUZMAN / ÖZ, a.g.e., s. 9; YALÇINDURAN , a.g.e., s. 75 vd.

³⁵ SELİÇİ Özer, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul, 1977, s 26.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların her biri diğerinin kendi edimini ifa etmesine bağlı olarak belirli bir edimi ifa yükümlülüğü üstlenmişlerdir. Yani tarafların sözleşme ile yükümlendikleri edimler ivazlıdır ve sözleşme veya kanun uyarınca karşılıklı olarak ifa edilecek edimleri içerirler.³⁶ Alt yüklenicilik sözleşmesinde, asıl yüklenici ve alt yüklenicilik sözleşmesinin iş sahibi bedel ödeme borcu altında iken, alt yüklenici belirli bir eseri teslim borcu altındadır. Bu nedenle anılan sözleşme tam iki taraflı borç yükleyen sözleşmedir. Alt yüklenicinin bedelsiz olacak iş görmeyi üstlenmesi halinde ise eksik iki taraflı akit gündeme gelebilir.³⁷

E. Sözleşmenin Devri

Sözleşmenin devri, sözleşme denilen geniş anlamda borç ilişkisinin bir tarafını oluşturan kişinin bu sıfatını ve sıfatı ile birlikte sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarını bir başkasına anlaşılarak devretmesidir.³⁸ Kısacası sözleşmenin devrinde sözleşme varlığını sürdürmekte iken taraflardan biri sözleşmeden ayrılmakta (devreden), onun yerine dışarıdan bir kimse (devralan) devreden sözleşmedeki taraf ile sıfatı ile leh ve aleyhine doğan hak ve borçları da üstlenerek sözleşmeye taraf olmaktadır³⁹. Sözleşmenin sadece süjeleri değil, süjeleri ile birlikte bir bütün olarak el değiştirmesi söz konusudur. Bu süje alacaklı ya da borçlu taraf olabilecektir⁴⁰. Alacaklı olan taraf sözleşmede kalarak, borçlu sıfatına haiz olan kişi sözleşme dışı üçüncü bir kişi ile devir sözleşmesi yapabileceği gibi borçlu olan taraf sözleşmede kalarak, alacaklı sıfatına haiz kişi üçüncü bir kişi ile bu sözleşmeyi yapabilecektir.

³⁶ OĞUZMAN / ÖZ, a.g.e., s. 41.

³⁷ YALÇINDURAN, a.g.e., s. 43.

³⁸ **BUZ, Vedat**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, 1.Bası, Ankara, Eylül, 2005, s.353; **DEMİR, Mehmet**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 41; **ARAPGİRLİ, Murat**, İhale Hukukunda Sözleşmenin Devri Müessesesi, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 8, Sayı 80, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan, 2013, s.73.

³⁹ Sözleşmenin devri kurumunu, TBK' nın 83.maddesinde hüküm altına alınmış olan “Şahsen ifa zorunluluğunun olmaması” diğer bir deyişle borçlunun edimini başkasına yaptırma yetkisi ile karıştırmamak gerekir.

⁴⁰ Sözleşmenin yüklenilmesi kurumunun alacağın devri ile borcun üstlenilmesi kurumları arasındaki fark aslında bu noktada kendini göstermektedir. Alacağın devrinde borç ilişkisine eklenen yeni bir taraf söz konusu iken sözleşmenin devrinde ise taraf değişikliği söz konusudur. Bir diğer fark ise alacağın devri sadece borç ilişkisinin aktif süjesi olan alacaklı tarafından yapılabilirken, sözleşmenin devri kurumunda ise devir alacaklı tarafından yapılabileceği gibi borçlu tarafından da yapılabilecektir. Borcun üstlenilmesi ise üstlenen kişi sadece borcu üstlenmekte, alacağın devrinde olduğu gibi borcu üstlenen üçüncü kişi borçlunun sözleşme ilişkisindeki taraf sıfatını diğer biri ifade ile hukuki durumunu kazanmamaktadır. Sözleşmenin devrinde ise sözleşme ilişkisi dışındaki üçüncü kişi taraflardan birinin taraf sıfatı ile birlikte sahip olduğu hukuki durum ve bundan doğan hak ve borçların tamamını da üstlenmektedir.

TBK md.205/1 fıkrasına baktığımızda sözleşmenin devri anlaşmasının üç taraflı bir hukuki ilişki olduğu görülmektedir. Çünkü madde hükmünde devralan, devreden ve sözleşmede kalan olarak üç taraftan söz edilmektedir yani devir sözleşmesinin tarafları sadece devreden ve devralan değildir. Sözleşmenin taraflarından birisi tek başına sadece üçüncü bir kişiyle devir anlaşması yaparak sözleşme gereğince sahip olduğu hak ve borçların tarafı olmaktan kurtulamayacaktır. Devreden, devralan ve sözleşmede kalan tarafın her üçünün de katılımı devir sözleşmesini yapılabileceği gibi mutlaka üçünün de katılımı ile aynı anda yapılması da şart değildir. Md. 205/2'ye göre devir sözleşmesinin taraflarından biri konumundaki sözleşmede kalan, devreden ile devralan arasındaki devir sözleşmesine ya önceden izin ya da sonradan icazet vermek suretiyle sözleşmenin devri gerçekleştirilebilmektedir.

Devir sözleşmesinin hukuki niteliğine baktığımızda devir işlemi ile üçüncü bir kişi tarafından doğrudan doğruya sözleşme ilişkisinin yüklenilmesi diğer bir ifade ile taraf konumundaki kişinin değiştirilmesi sonucunu meydana getirdiğinden devreden ve sözleşmede kalan açısından tasarruf işlemi iken devralan açısından ise devreden tarafın borçlarının yerine getirileceğın üstlenilmesinden dolayı bir taahhüt işlemi söz konusudur.

Alt yüklenicilik sözleşmesi, sözleşmenin devri kurumuna yabancıdır. Çünkü, iş sahibi asıl yüklenici ile olan sözleşme ilişkisini muhafaza etmek ister. Bunun nedeni de genellikle asıl yüklenicilerin alt yüklenicilere göre mali gücünün yüksek olması ve iş sahibinin her bir alt yüklenicinin borcu ifa kabiliyeti ile ilgili ayrı ayrı sorumluluğa girmek istememesinden ileri gelmektedir. Bunun yanında sözleşmenin devri ile ücret hususu da devrolacağı için, asıl yüklenicinin işi devretmesi ile sağlayacağı ekonomik fayda da ortadan kaybolur.⁴¹

F. Alacağın Temliki ve Borcun Nakli

Alacağın devri, alacağı devreden ile devir alan arasında yapılan bir sözleşmedir. Kural olarak kanun, sözleşme ve işin niteliği engel olmadıkça, alacağın devri için, borçlunun rızasının aranmasına ihtiyaç yoktur. Alacağın devri, devreden alacağının, devir alanı geçmesine neden olduğu için kazandırıcı nitelikte bir tasarruf işlemidir. Bu bakımdan alacağı devreden 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 9 ve ardından gelen maddeleri gereğince fiil ehliyetine sahip olma yanında tasarruf ehliyetine de sahip olması gerekir. Alacağın temliki ve gerekse borcun nakli, sadece belirlenmiş alacak ve borçları ilgilendirmekte olup sözleşmede taraf

⁴¹ YALÇINDURAN, a.g.e., s. 39.

değişikliğine neden olmamaktadır. Bu nedenle asıl yüklenicinin işin belirli bir kısmının yapımını 3. Bir kişi ile olan sözleşmenin ifasından beklemesi, alacağın temlik veya borcun nakli niteliğinde değildir. Uygulamada, asıl yüklenicinin, alt yükleniciye karşı sahip olduğu talep hakkını asıl iş sahibine temlik ettiği görülmektedir. Bu temlik ile asıl yüklenicinin sahip olduğu talep hakları ile birlikte alt yüklenicilik sözleşmesindeki def'i ve itirazlar da temellük edene karşı hüküm ifade eder.⁴²

X. Alt Eser Sözleşmesinin Asıl Sözleşme İle İlişkisi

Alt yüklenicilik sözleşmesinin asıl eser sözleşmesinden bağımsız olması prensibi, asıl yükleniciyi her iki sözleşmenin uyumsuzluğu sonucunda zarar meydana getirme rizikosunu da beraberinde getirir. Bu nedenle alt yüklenicilik sözleşmesinin çeşitli şekillerde asıl eser sözleşmesine bağlanmasına ilişkin sözleşme hükümleri uygulamada sıkça kullanılmaktadır. Bu sözleşme örnek olarak, alt yüklenicilik sözleşmesinin geçerliliğini asıl eser sözleşmesine bağlanması, asıl yüklenicinin alt yükleniciye ücret ödeme borcunun asıl iş sahibinin asıl yükleniciye ücret ödeme borcuna bağlanması, asıl yüklenicinin eseri asıl iş sahibine teslim edene kadar alt yüklenicinin teslim borcundan kurtulamayacağına ilişkin sözleşme hükümleri örnek verilebilir.⁴³

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SAHİBİ, ASIL YÜKLENİCİ VE ALT YÜKLENİCİ ARASINDAKİ İLİŞKİLER

I. İş Sahibi ile Asıl Yüklenici Arasındaki İlişkiler

Alt yüklenici sözleşmesi bakımından değerlendirme yaparsak, sözleşmenin tarafı olmayan iş sahibinin alt yükleniciye karşı bir ücret ödeme yükümlülüğü olmadığı gibi alt müteahhidin de iş sahibinden talepte bulunma imkânı söz konusu değildir. Herhangi bir yükümlülük olmamasına rağmen asıl iş sahibi, kendiliğinden alt müteahhide ödemedede bulunursa asıl müteahhide karşı olan ücret ödeme yükümlülüğü ortadan kalkmaz ve asıl yüklenici bu miktar tutarınca alt müteahhide olan ücret borcundan kurtulur. Eğer yapılan ödeme asıl eser

⁴² YALÇINDURAN, a.g.e., s. 39.

⁴³ YALÇINDURAN, a.g.e., s. 58-59.

sözleşmesine aykırılık taşımıyorsa ve asıl yüklenicinin de menfaati varsa, yapılan ödemenin TBK m. 510⁴⁴ kapsamında yapıldığı düşünülerek asıl yükleniciye karşı rücu edilmesi (takas) mümkün olabilir. Asıl yüklenicinin alt yükleniciye olan ödeme yapma borcundan kurtulduğu oranda iş sahibi aleyhine sebepsiz zenginleştiği de söylenebilir.

İş sahibinin, MK m. 893 uyarınca kanuni ipotek hakkına dayanarak alt yüklenicinin başlatabileceği ipoteğin paraya çevrilmesi sürecinin önüne geçmek için alt yükleniciye ödeme yapması gerekebilir. Bu hal gibi iş sahibinin kendi taşınmazını alt yüklenicinin ücret alacağı dolayısıyla var olan kanunî ipotek hakkından korumak için ödeme yaptığı durumlarda takas hakkı gündeme gelebilir. İş sahibinin bir sözleşme nedeniyle veya asıl müteahhidin talebi üzerine alt müteahhide ödeme yapması durumunda ise iş sahibinin asıl müteahhide karşı olan ücret ödeme yükümlülüğü alt müteahhide yapılan ödeme oranında sona erer.⁴⁵

Alt yüklenicinin asıl eser sözleşmesinde asıl yüklenicinin kısmen veya tamamen bıraktığı işleri usulüne uygun şekilde ifa edememesi nedeniyle asıl yüklenicinin sorumluluğu doğar. Bu sorumluluğun dayanağı, aşağıda açıklandığı üzere alt yüklenicinin asıl yüklenicinin ifa yardımcısı olması olmasından ileri gelmektedir.

II. İş Sahibi ile Alt Yüklenici Arasındaki İlişkiler

İsviçre Hukuk sisteminde asıl iş sahibi ile alt yüklenici arasında bir sözleşme olmaması nedeniyle sözleşme temeline dayalı bir talebin gündem gelmesinin mümkün olmadığı yayın olarak kabul edilmiştir. Sözleşmenin nispiliği ilkesinin bir yansıması olan bu sonucun olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak için alt yüklenici lehine inşaatçı ipoteğinin kurulabilmesi sistemi getirilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere iş sahibi ile alt yüklenici arasında kanundan kaynaklanan bir ilişki bulunmadığı için, vakıayı sözleşme teorisi içinde açıklamak gerekecektir. Alt yüklenicilik sözleşmesindeki bazı hükümlerin asıl eser sözleşmesine bağlanması ile ilgili durumları müstesna tutmak gerekeceğini de şimdiden belirtelim.

⁴⁴ “Vekâlet veren, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklendiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür. Vekil, vekâletin ifası sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini vekâlet verenden isteyebilir. Ancak vekâlet veren, kusuru bulunmadığını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir.”

⁴⁵ YALÇINDURAN, a.g.e., s. 221-222.

Doktrinadaki baskın görüşe göre alt yüklenici TBK m. 116 anlamında asıl yüklenicinin bağımsız ifa yardımcısı olarak kabul edilmektedir.⁴⁶ Yani alt yüklenici ve varsa alt alt yüklenici bağımsız ifa yardımcısı kabul edilir. Böylece yüklenici alt yüklenici vasıtasıyla ifa ettiği edimler nedeniyle alt yüklenicinin iş sahibine verdiği zararlardan da TBK m. 116 uyarınca sorumludur. Asıl yüklenicinin alt yüklenici ile sözleşme ilişkisinin olmadığı veya kanunen de böyle bir sorumluluğunun bulunmadığı durumlarda ise sorumluluğun dayanağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁴⁷, asıl yüklenicinin devri caiz bulunmayan şekilde eser sözleşmesi ile yüklendiği işi alt yükleniciye ifa ettirmesi halinde iş sahibine karşı TBK m. 112 uyarınca sorumlu olacağı iddia edilmiştir. Yine bu görüşe göre, yüklenicinin TBK m. 116 uyarınca sorumlu olabilmesi için alt yüklenici ikamesinin hukuka uygun olması gerektiği anlaşılmaktadır. Diğer görüşe göre⁴⁸ ise, caiz olmaya şekilde olsa dahi, alt yüklenicinin iş sahibine işin ifası ile ilgili verdiği zarardan asıl yüklenicinin hem TBK m. 116 hem de TBK m. 112 uyarınca sorumlu olacağı belirtilmiştir. Biz de her iki hükmün de yarışması prensibini benimseyerek ikinci görüşe katılıyoruz.

İş sahibinin caiz olmayan bir şekilde alt yüklenici kullandığı hallerde MK'daki zilyetliği koruyucu hükümlere dayanarak talepte bulunabileceğine ilişki görüşler mevcuttur.⁴⁹ Biz bu görüşe katılma imkânı bulamıyoruz. Zira eşya üzerinde üstün hak sahibinin MK m. 982 kapsamında bir talepte bulunabilmesi için, alt yüklenicinin “başkasının zilyet bulunduğu bir şeyi gasbeden kimse” konumunda bulunması gerekir. Oysa alt yüklenici zilyetliği, eşyanın devren ve dolaysız zilyedi⁵⁰ asıl yükleniciden sözleşmeye dayanarak kazanmaktadır. Bu nedenle alt yüklenicinin eşyayı gasp ettiğinin söylenemeyeceği kanaatindeyiz. Olsa olsa, iş sahibinin asıl yüklenici ile arasındaki sözleşmeye dayanarak borca aykırılık veya BK m. 473/f. 3'e göre çeşitli taleplerde bulunabileceği söylenebilir.

III. İş Sahibinin İle Alt Yüklenicinin Birbirlerine Karşı Başvuru Hakları

⁴⁶ AKKANAT, a.g.e., s. 157; GÖKYAYLA, a.g.e., s. 150; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 12; YALÇINDURAN, a.g.e., s. 221.

⁴⁷ EREN Fikret, **Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları; İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnşaat sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, Ankara, 18-29 Mart 1996, s. 68.

⁴⁸ AKKANAT, a.g.e., s. 159 vd.; ŞENOCAK Zarife, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, 2002, s. 22.

⁴⁹ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 13.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2006, s. 62 vd.; SEROZAN Rona, **Taşınır Eşya Hukuku**, İstanbul, 2007, s. 106 vd..

G. Sözleşmenin Nispi niteliği

Borçlar hukukuna hâkim ilkelerden biri de sözleşmelerin nispiliği ilkesidir. Borç ilişkisinin sadece alacaklı ile borçlu arasında bir bağ teşkil etmesi ve üçüncü şahısların etkilenmemesi borç ilişkisinin nispi niteliğini ortaya koyar.⁵¹ Günümüzde anılan sözleşme ilişkisini dar anlamda bir borç-alacak ilişkisi olarak görmeyerek, geniş anlamda bir çerçevede yorumlamak gerekir. Bu kapsamda alacaklının edim konusu fiil ile borçlunun şahsı üzerinde bir iktidarından söz edilemez. Olsa olsa, borçlunun yükümlendiği edimlerin ifasını Devlet vasıtası ile borçluya hatırlatma ve ondan ifayı talep etme noktasında bir iktidardan söz edilebilir. Bu iktidarı ve dolayısıyla talep hakkını kullanacak kişi, kural olarak alacaklıdır. Yani ifa edilecek edimin yerine getirilmesini kural olarak alacaklı talep edebilir.⁵²

Alacaklı ile borçlu arasında mevcut borç ilişkisinin tamamen onlar arasında kaldığı, üçüncü kişiler açısından hüküm doğurmadığı ifade edildi. Bu ifade ile kastedilen, borç konusu edimin özellikle alacaklı tarafından, yine özellikle borçludan talep edilebileceğine yönelik genel kuraldır. Yoksa bir sözleşme ilişkisinin üçüncü kişilere sirayet etmesinin mümkün olmadığı veya üçüncü kişinin mutlak olarak bir talep hakkının olmayacağı gibi bir sonuç iddia edilemez. Alt yüklenicilik sözleşmesinde de bu mutlak kuralın bazı istisnalarının gündeme gelerek, iş sahibinin alt yükleniciye veya tam tersi bir talep sırasında çeşitli hukuki işlemler gündeme gelebilir. Bu kapsamda biz öncelikle üçüncü kişilere karşı sözleşmeden kaynaklanan nispi hakkın yönlendirilmesine ilişkin durumları ve vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin konumuz açısından uygulama alanı bulup bulamayacağını tartışacağız.

H. Üçüncü Kişi Lehine Etkili Sözleşme Yoluyla Başvuru

Bir sözleşmeden doğan borcun, sözleşmeye taraf olan diğer tarafa değil; üçüncü bir kişiye ifa edilmesini düzenleyen sözleşme, TBK m. 129⁵³'da düzenlenmiştir. Eğer sözleşme konusu edimin ifa edileceği üçüncü kişi, sözleşmenin ifasını talep edebiliyorsa tam üçüncü kişi lehine

⁵¹ OĞUZMAN / ÖZ, **a.g.e.**, s. 24; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, **a.g.e.**, s. 15 vd..

⁵² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, **a.g.e.**, s. 16.

⁵³ “Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir. Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez.”

sözleşmeden bahsedilir. Üçüncü şahsın talep hakkından yoksun olduğu hallerde ise eksik üçüncü kişi lehine sözleşme gündeme gelir.⁵⁴ TBK m. 129 anlamında üçüncü kişinin talep edebileceği edim, “dar anlamda” edimdir. Yani üçüncü kişi sözleşmede sadece alacaklının ileri sürebileceği bir takım talep, itiraz veya def’ileri ileri süremez. Kanun koyucu anılan madde de, üçüncü kişi lehine sözleşmenin kural olarak eksik üçüncü kişi lehine sözleşme hükmünde olduğunu, ancak tarafların anlaşması veya örf veya adetin uygun kılması hallerinde üçüncü kişinin talep hakkını haiz olabileceğini belirtmiştir. Bu kapsamda, alt yüklenicilik sözleşmesinde veya asıl eser sözleşmesinde atıf yapılan ve asıl iş sahibi veya alt yüklenici menfaatine bir edimin talep edilebilmesi için de yine aynı koşulların gerçekleşmesi gerekir.

Alt istisna sözleşmesine üçüncü şahıs (asıl iş sahibi) lehine hüküm koyulması veya ayrı bir sözleşme ile üçüncü şahıs lehine sözleşmenin akdedilmesi, sözleşmenin tarafları arasındaki talepler çerçevesinde söz konusu yetersizlikleri gidermektedir. Asıl iş sahibinin alt yükleniciye karşı taleplerinde kusur ispatına gerek bulunmaması ve sözleşme zamanaşımından faydalanma gibi avantajları bulunmaktadır. Alt yüklenici de asıl yükleniciye karşı yöneltebileceği itiraz ve def’ileri asıl iş sahibine yönelterek sözleşme ile kararlaştırılan durumunu korumaktadır.

İ. Alt Yüklenicinin Teminatı Yoluyla Başvuru

Uygulamada bazı hallerde iş sahibi ile alt yüklenici bir takım teminat sözleşmeleri yoluyla sözleşmenin ifasını temin ederler. Bu sözleşmeler çoğu zaman garanti sözleşmesi olarak görülmektedir.⁵⁵ Teminat konusu, kanunda yer alan veya almayan teminat türlerine (kefalet, ipotek, rehin) göre teminatın maddi bölümünü oluşturan nakit, eşya, hak ve alacaklardır. Taraflar arasında var olan sözleşmelere yeni bir sözleşme eklenerek veya var olan sözleşmelere eklenecek hükümlerle teminat sözleşmeleri kurulur. Sıkça uygulamada görüldüğü üzere, iş sahibi, asıl yüklenici ve alt yükleniciden bağımsız bir garanti taahhüdü talep etmektedir.

Taraflar arasında kararlaştırılan taahhüdün iş sahibinin alt yükleniciye başvurmasını mümkün kılan bağımsız bir garanti taahhüdü olması için çeşitli özellikleri barındırması gerekmektedir. Bu özellikleri bulunmaktadır. Bunlardan bazıları: ilk talepte ödeme kaydı, def’i feragatlerden vazgeçme, asıl borç ilişkisine atıf yapmama olarak nitelendirilebilir. Teminat taahhüdünde yer

⁵⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, **a.g.e.**, s. 18-19.

⁵⁵ YALÇINDURAN, **a.g.e.**, s. 179.

alan ilk talepte ödeme kaydının temelde teminat verenin tüm def'i ve itirazlardan peşinen feragat ettiğini ve aksine göstergeler olmadıkça da taahhüdün asli nitelikte bir garanti taahhüdü olduğunu savunmaktadır.⁵⁶ Yukarıda anıldığı gibi def'i ve itirazlar taahhüdün asli niteliği açısından güçlü bir emare olarak kabul etmekte ve temel ilişki ile hiçbir bağı kalmamış bir garanti sözleşmesi olarak değerlendirmektedir.⁵⁷ Son olarak, temel borç ilişkisine atıf içeren teminat sözleşmelerini kefalet, asıl sözleşmeye veya asıl borçlunun yükümlülüğüne herhangi bir atıf yapılmayan sözleşmeleri ise bağımsız garanti sözleşmesi olarak nitelendirildiğini ifade edelim.⁵⁸

J. Vekâlet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Kıyasen Uygulanması Yoluyla Başvuru

Öğretide, alt vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK m. 507/f. 3'ün⁵⁹ belirli hallerde alt eser sözleşmesine de uygulanacağını savunulmaktadır.⁶⁰ Anılan madde anlamında alt vekil, TBK m. 116'da anılan ifa yardımcısından farklı bir konumdadır. Alt vekilin en ayırt edici özelliği bağımsız oluşu ve asıl vekilin sorumluluktan kurtulma imkanının varlığı ile ilgilidir. Yani TBK m. 507/f. 2 uyarınca alt vekil tayin etmeye yetkili vekil, alt vekile talimat verme ve gözetme borcunu ifa ederek sorumluluktan kurtulabilir.⁶¹ Özellikle alt vekile tanınan kurtuluş karinesinin alt yüklenicilik sözleşmesinin yapısına uygun olmadığına ilişkin ciddi çekincelerimiz bulunmaktadır. Alt yüklenicinin bağımsız yapısı ve asıl yüklenicinin asıl iş sahibine karşı yüklendiği borç karşısında bir etkisinin olmasını haklı kılacak hiçbir gerekçe olmadığını düşünüyoruz. Yani asıl yüklenicinin alt yükleniciyi seçerken ve talimat verirken göstermesi gereken özeni gösterdiğini kanıtlaması ile asıl iş sahibine karşı sorumlu olmaktan kurtulması hakkaniyete ve menfaatler dengesine uygun değildir. Zira alt yüklenici ile işin

⁵⁶ KAHYAOĞLU Emin Cem, **Banka Garantileri**, Beta Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 1996., s. 36; TANDOĞAN, C. II, s. 824; TURAN Gamze, **Garanti ve Kefalet Sözleşmesi Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmesindeki Şahsi Teminatın Niteliği**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.66, Yıl:19, Eylül-Ekim 2006 Ankara., s. 36; ARAL Fahrettin, **Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları**, Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, s. 141.

⁵⁷ TANDOĞAN, a.g.e., s. 824; KAHYAOĞU, a.g.e., s. 37; BARLAS Nami, **Makalelerim, Cilt I, Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi**, İstanbul, 2008, s. 164-165; TURAN, a.g.e., s. 35-36; özellikle sözleşmenin iş hayatında tecrübeli kimseler arasında yapılması durumunda aynı görüşte DEVELİOĞLU Murat, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul, 2009, s. 259-260; ARAL, a.g.e., s. 139; AKMAN Sermet, **Garanti ve Kefalet Sözleşmesi Ayrımı**, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. II, İstanbul 2007, s. 1673.

⁵⁸ ÖZEN Burak, **Kefalet Sözleşmesi**, İstanbul, 2008, s. 30; KAHYAOĞU, a.g.e., s. 33.

⁵⁹ "Vekâlet veren, her iki durumda da vekilin kendi yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya o kişiye karşı ileri sürebilir."

⁶⁰ YALÇINDURAN, a.g.e., s. 186; Karşı görüş için bakınız: GÜMÜŞ, a.g.e., s. 12, dpn. 68.

⁶¹ "Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür."

kısmen veya tamamen devri de sorumluluktan kurtulma da asıl yüklenici lehine bir durum oluşturur. Yapılan sözleşme uyarınca kötü veya eksik ifa edilen borcun muhatabı iş sahibini koruyan hiçbir kanuni düzenleme de şu halde bulunmamaktadır.⁶²

K. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Yoluyla Başvuru

Yukarıda da bahsedildiği gibi, sözleşme ilişkisi kural olarak nispi niteliktedir ve sadece alacaklı ve borçlu üzerinde etki yaratır. Bunun istisnalarından biri de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmedir. Bu halde sözleşme ilişkisi içine girme niyeti ile sosyal temas sonucu, MK m. 2 hükmü uyarınca kanun gereği doğan davranış ve koruma yükümlülüklerinin, sözleşmenin karşı tarafını oluşturmayan üçüncü kişilere de yayılması söz konusu olmaktadır. Diğer bir deyişle, sözleşmenin tarafı olmayan bazı üçüncü kişiler üzerinde kanundan kaynaklanan bir koruma veya zarar vermeme yükümlülüğü doğmaktadır. İşte bu koruma kapsamı içinde zarar gören üçüncü kişilerin haksız fiil hükümlerine ek olarak sözleşmeye dayanarak talepte bulunmaları mümkün olabilmektedir. Sözleşme ilişkisi nedeniyle ortaya çıkan sosyal temas kapsamı içinde korunması veya zarar verilmemesine, sözleşmenin üçüncü kişileri koruyucu etkisi denir.⁶³

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden yararlanılabilmesi için çeşitli şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki üçüncü kişinin edime yakın olmasıdır. Yani edime bağlı tehlikeler üçüncü kişiyi de en az alacaklı kadar güçlü bir şekilde tehdit etmelidir. İkincisi, alacaklıya öyle yakın üçüncü kişiler olmalıdır ki, borçlu edimini ifa ederken alacaklıya karşı yükümlü olduğu koruma veya zarar vermeme yükümlülüğünün kapsamına o kişileri de alması doğal olarak beklenmelidir. Üçüncü şart, üçüncü kişilerin durumunun borçlu tarafından bilinebilir veya bilinmesi gerekiyor olmasıdır. Son şart ise, üçüncü kişinin alacaklının taraf olduğu sözleşme ilişkisine dayanarak, zararlandırıcı eyleme karşı hukuki işlem yapma hakkının olmaması gerekir. Üçüncü kişinin sözleşmeye dayandığı hallerde istisnai olan bu yola başvurmak istisnaların geniş yorumlanması anlamına gelir ki, hukuka aykırı bir sonuç elde edilebilir.⁶⁴

⁶² Aynı yönde bakınız: TANDOĞAN, C. II, s. 468.

⁶³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, a.g.e., s. 21; , a.g.e., s. 194.

⁶⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, a.g.e., s. 22; YALÇINDURAN , a.g.e., s. 195 vd..

Tandoğan'a göre, alt yüklenicinin iş sahibinin arsası, binası veya başka bir mülki üzerinde çalışma yaptığı hallerde edimin kötü ifası dolayısıyla bu şeylerin veya kendi kişisel varlıklarının edime yakınlığı dolayısı ile uğranılan zararın tazmini hususunda bu teoriye dayanılabilir.⁶⁵ Uygulamada alt yüklenicinin iş sahibinin mülkü üzerinde yaptığı işlemler ile ilgili bir sözleşme maddesinin genellikle bulunması nedeniyle, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinin uygulanmasına çoğu zaman gerek kalmayacağı kanaatindeyiz.

L. İnşaatçı İpoteği Yoluyla Başvuru

Ekonomik açısında genellikle güçsüz durumda bulunan ve iş sahibi ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmayan alt yüklenicinin, eserin meydana getirmesi ile muaccel hale gelen hak edişini temin edebilmek için MK m. 893 uyarınca kanuni ipotek tesis hakkı bulunmaktadır.⁶⁶ İnşaat alacaklısının emeğinin karşılığını genellikle işin bitiminde yani eserin tesliminde veya sonrasında alabiliyor olması nedeniyle kanuni bir ipotek ile konumu güçlendirilmeye çalışılmıştır.

İnşaatçı ipoteginde kanuni ipotek hakkına sahip olan kimseler, malik ile sözleşmesi olup olmadığına bakılmaksızın inşaatı meydana getiren kişilerin alacaklarıdır. Alt yüklenicinin ipotek hakkı, asıl yüklenicinin yapacağı ipotekten tamamen bağımsızdır. Bunun en doğrudan sonucu, iş sahibinin asıl yüklenicinin borcunu ödemesi ile alt yüklenicinin sahip olduğu kanuni ipotek hakkının fekkini talep edemez. Bu nedenle uygulamada, iş sahipleri ya alt yüklenicilere doğrudan hak edişlerini ödemekte ya da asıl yüklenicinin alt yükleniciye ödeme yaptığına ilişkin ispat sonrasında asıl yükleniciye ödeme yapmaktadır. Yapıkları ödeme nispetinde ise kendilerinin asıl yükleniciye yapacakları ödemelerden mahsup ya da takas yapmaktadırlar.⁶⁷

MK m. 895 uyarınca: “Zanaatkârların ve yüklenicilerin kanunî ipotek hakları, çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri andan başlayarak tapu kütüğüne tescil olunabilir. Tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması gerekir. Malik yeterli güvence gösterirse tescil istenemez.” Yani kanunen alt yükleniciler, asıl yüklenici ile

⁶⁵ TANDOĞAN, C. II, s. 87.

⁶⁶ “Bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan **alt yüklenici** veya zanaatkârlar.”

⁶⁷ YALÇINDURAN, a.g.e., s. 208.

sözleşmenin imzalanmasından başlayarak inşaatın tamamlanmasından sonra üç ay içinde kanuni ipotek haklarının tescilini talep edebilir. Bu maddede anılan süreler hak düşürücü sürelerdir. Alacağın malik tarafından kabul edilmemesi riski nedeniyle, sicilde geçici tescil mümkündür. Malikin yeterli teminatı vermesi halinde de işbu ipoteğin kurulması mümkün değildir. Hakim teminatın yeterliliği konusunda karar verene kadar, geçici ipotek tescil edilebilir.⁶⁸

SONUÇ

Asıl yüklenici ile iş sahibi arasında yapılan eser sözleşmesine, yani asıl eser sözleşmesine bağlı olarak ortaya çıkan ve asıl yüklenicinin işin niteliğine göre kişisel nitelik ve uzmanlığının gerekli olmadığı durumlarda, asıl yüklenicinin işi kendi yönetimi altında olmaksızın kendi nam ve hesabına sözleşme yaptığı alt yüklenicilerle işin bir bölümünün veya tümünün ifa edilmesi amacıyla kurulan sözleşmeler olarak tanımladığımız alt yüklenicilik sözleşmeleri, yüklenicilere, aldıkları işin bir kısmını veya tamamını her biri kendi alanında uzman olan başka kişilere istisna sözleşmesi ile yaptırma imkânı sağlamaktadır.

Bir alt yüklenicilik sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için iş sahibinden iş almış bir asıl yüklenici ve bu yüklenicinin işin bir bölümünü veya tamamını yaptırmayı düşündüğü ve güvendiği alt yüklenici bulunmalıdır. Bu durum alt yüklenicilik sözleşmelerine alt sözleşme niteliğini veren durumdur. Çünkü alt yüklenicilik sözleşmeleri, asıl yüklenicilik ile iş sahibi arasında akdedilmiş bir sözleşmeyi gerektirmektedirler. İş sahibinden iş alan asıl yükleniciler de uzmanlığına güvendiği alt yüklenicilere, alt yüklenici sözleşmesi yapmak suretiyle, aldıkları işin bir kısmını veya tamamını yaptırma yoluna gitmektedirler.

Alt yükleniciler ile asıl iş sahipleri arasında bir sözleşme ilişkisinin olmaması ve sözleşmelerin nispiyeti prensibinin sözleşmeye dayalı bir talebi engellemesi karşısında, üçüncü kişi lehine sözleşme modeli ile asıl eser sözleşmesi ve alt yüklenicilik sözleşmesinin içine üçüncü kişi konumundaki taraflar ile ilgili hükümler koyulması ve bunların bir uyum içinde olması gerekmektedir. Diğer yandan inşaatçı ipoteği ve alt yüklenici ile iş sahibi

⁶⁸ YALÇINDURAN, a.g.e., s. 212.

arasındaki teminat sözleşmelerinin de asıl eser sözleşmesinin konusunu oluşturan eserin ortaya çıkması sırasında oluşacak sorunlar halinde tarafların birbirine başvuru yapma imkanına kavuşmalarını sağlamaktadır.

KAYNAKÇA

AKKANAT Halil, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, İstanbul, 2000.

AKMAN Sermet, **Garanti ve Kefalet Sözleşmesi Ayrımı**, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. II, İstanbul 2007.

AKINCI Ziya, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir, 1996.

ARAL Fahrettin, **Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları**, Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006.

ARAPGİRLİ, Murat, **İhale Hukukunda Sözleşmenin Devri Müessesesi**, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 8, Sayı 80, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan, 2013.

BARLAS Nami, **Makalelerim, Cilt I, Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi**, İstanbul, 2008.BUZ Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, 1.Bası, Ankara, Eylül, 2005.

DEMİR, Mehmet, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler**, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

DEVELİOĞLU Murat, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul, 2009.

DUMAN Hasan İlker, **İnşaat Hukukunda "Karine" Uygulaması**, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 5, 2012.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-**, İstanbul, 2000.

EREN Fikret, **Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları; İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnşaat sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve**

Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 18-29 Mart 1996.

ERİŞEN Muhammet, **Alt Müteahhitlik Sözleşmesi**, Ankara, 2011.

GÖKYAYLA Emre, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul, 2009.

GÜMÜŞ Alper, **Borçla Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 2012.

İNAN Ali Naim, **Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-**,Ankara, 1973.

KAHYAOĞLU Emin Cem, **Banka Garantileri**, Beta Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 1996.

KARAHASAN Mustafa Reşit, **Sorumluluk Hukuku**, İstanbul, 1996.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona / ARPACI Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm - Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme-**, C. I, İstanbul, 2008.

OFTINGER Karl / JEANPETRE Raymond, **Borçlar Hukukunun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları**, Çev. Kemal DAYINLARLI, Ankara, 1990.

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-**, İstanbul, 2005.

OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2006.

ÖZEN Burak, **Kefalet Sözleşmesi**, İstanbul, 2008.

REİSOĞLU Safa, **Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-**, İstanbul, 2000.

SELİÇİ Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, 1977.

ŞENOCAK Zarife, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, 2002.

ŞENOCAK Zarife, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara, 1995.
(İfa Yardımcısı)

SEROZAN Rona, **Taşınır Eşya Hukuku**, İstanbul, 2007.

TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, Ankara, 1987.

von TUHR Andreas, **Borçlar Hukuku**, Çev. Cevat EDEGE, Ankara, 1983.

TURAN Gamze, **Garanti ve Kefalet Sözleşmesi Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmesindeki Şahsi Teminatın Niteliği**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.66, Yıl:19, Eylül-Ekim 2006 Ankara.

YALÇINDURAN Türker, **Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri**, Ankara, 2000.