

Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcunun İstisnaları ile Birlikte Değerlendirilmesi*

Evaluation of Personal Performance of the Contractor in the Construction Contract and the Exceptional of Personal Performance of the Contractor

Elce TUTAR**

ABSTRACT

The subject of our work is that the contractor is obliged to bring personal performance of the contractor or to do it sub-contracted work in the construction contract.

According to clause 471 of the Turkish Code of Obligations, “The contractor is obliged to make the property to be built directly or to have it built under his own administration. However, if the personal characteristics of the contractor do not matter the work is brought to in the construction contract, it can be done to others. “

As can be understood from the text of the clause, the work to be brought to the contractor must either directly do it himself or make it to others under his own administration. The obligation of the contractor to bring the work of the contractor himself is an exception to the general rule that debt can be exercised by all in the TBK. m. 83.

Keywords: contract of construction, contractor, subcontractor, personal performance

Giriş

Günümüzde özellikle iş görme sözleşmeleri açısından nüfus ve zaman yoğunluğu gibi etkenlerin ortaya çıkması, tek bir kişinin borcunu ifa etmesini mümkün kılmayabilir.

Herhangi bir borç ilişkisinde, borçlunun borcunu şahsen ifa etmekle mükellef olup olmadığı hususu Türk Borçlar Kanunu’nun 83. maddesine göre tayin edilir. Bu hükme göre, “*Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü*

* Makale gönderim tarihi: 28.09.2018. Makale kabul tarihi:19.12.2018. Elce Tutar, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcunun İstisnaları ile Birlikte Değerlendirilmesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 2, 2018, s. 293-311.

** Kapadokya Üniversitesi, Kapadokya Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü, Adalet Programı, Öğretim Görevlisi / İzmir Barosu, Avukat, Uzlaştırıcı / İzmir Yaşar Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi. İletişim: elce.tutar@kapadokya.edu.tr.

değildir.” Bu kuralın eser sözleşmesine yansımaları ve kişisel ifanın eser sözleşmesinde kural olduğu, Türk Borçlar Kanunu’nun 471. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 471. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesine göre; “*Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür*”. Yüklenicinin eseri bizzat meydana getirme borcu, TBK. m. 83 hükmündeki borcun herkes tarafından ifa edilebileceğine dair genel kuralın bir istisnasıdır. Yüklenicinin şahsen ifa borcu, eserin meydana getirilmesinin yüklenicinin sıkı sıkıya yeteneklerine ya da el becerilerine bağlı olduğu durumlarda görülür. Yüklenicinin özel mesleki bilgisi, kişiliğinin kuvvetle güven vermesi, üne kavuşmuş bir kişi olması gibi özellikler gözetilerek yapılmış olan eser sözleşmelerinde yüklenicinin şahsen ifa borcunun olduğu açıktır.

TBK. m. 471/f. 3, c. 2 ise ilk cümle istisnası olarak, “*Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.*” şeklindedir. Yüklenicinin kişisel özelliğinin eserin meydana getirilmesinde önemli olmaması, eserin meydana getirilmesinin yardımcı kişilere bırakılabilmesine imkan tanır.

Eserin başkasına yaptırılabilmesi için niteliğine ve tarafların iradelerine göre şekillenebilecektir. Artık gelişen teknoloji ile birlikte konusunu el sanatlarının oluşturduğu eser sözleşmeleri gibi iş görme sözleşmeleri dışında, sözleşme konusu edimler bizzat borçlular tarafından değil, yardımcı kişiler tarafından yerine getirilebilecektir.

Çalışmamız “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcu” ve “Şahsen İfa Borcunun İstisnaları” şeklinde iki bölüm altında incelenmiştir.

İlk bölümde, yüklenicinin eseri şahsen ifa borcu genel olarak ele alınmış olup; ikinci bölümde, eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri başkasına yaptırma yetkisi, alt yüklenicilik kavramı, eserin yapımının alt yükleniciye devredilmesi halinde ortaya çıkan hukuki ilişkiler, eser sözleşmesinde borçlunun, yardımcı kişinin fiilinden doğan sorumluluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşması ve sorumsuzluk anlaşmasına getirilen sınırlamalar ile yüklenicinin sözleşmeyi bir bütün olarak devir yetkisi ayrıntılı bir şekilde açıklanmaya çalışılmıştır.

I. Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcu

A. Genel Olarak

Eser sözleşmesini tanımlayan Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK.) 470. maddesinde yer alan “yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi üstlendiği sözleşmedir.” şeklindeki ifadede yüklenicinin asli borcunun bir eser meydana getir-

me borcu olduğu çıkarılmaktadır.

Yüklenicinin bir eser meydana getirme borcu çerçevesinde, şahsen ifa veya kendi yönetimi altında yaptırma (TBK. m. 471/f.3) borçları da bulunmaktadır.

B. Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcu

Türk Borçlar Kanunu'nun 83. maddesine göre, borçlu kural olarak edimini şahsen yerine getirmek zorunda değildir. Bu kuralın eser sözleşmesinde her zaman ve her durumda geçerli olduğu da söylenemez¹. Ancak, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaatinin bulunması durumunda, borçlu borcunu şahsen ifa etmekle yükümlüdür. Böylece, borcun borçlu tarafından ifasında alacaklının menfaati bulunmadıkça, borç sözleşmesinin tarafı olmayan herhangi bir üçüncü kişi tarafından da ifa edilebilecektir².

TBK. m. 471/f. 3'e göre, "Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir." Maddeye göre, yüklenici işi bizzat kendisi yapma ya da kendi yönetimi altında yaptırma borcuyla yükümlüdür. Ancak yapılan iş, kişisel beceriyi gerektirmiyorsa, o zaman yüklenici işi bir başkasına da yaptırabilir. Bazı eser sözleşmelerinde, borçlunun yani yüklenicinin kişiliğinin önemli olduğu durumlarda, edimin bizzat yüklenici tarafından yerine getirilmesi gerekir³. Çünkü yüklenici eseri bizzat meydana getirmeye veya yönetimi altında yaptırmaya mecburdur⁴. Yüklenicinin eseri bizzat meydana getirme borcu, TBK. m. 83'deki borcun herkes tarafından ifa edile-

- 1 Aydın Zevkliler; K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 17. B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 508.
- 2 M. Ahmet Kılıçoğlu, "Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu", *AÜHFĐ*, C XXXII, S 1, 1975, s. 185, <http://dergiler.ankara.edu.tr>, (24.03.2018); Orhan Hudath, "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları", T.C. Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016, s. 54-55.
- 3 Türker Yalçınduran, "Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmesi", T.C. Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, İstanbul, 1999, s. 78-79; Zarife Şenocak, *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Turhan Kitabevi, 1. B., Ankara, Ocak, 2002, s. 19; Mehmet ÖzgürAvcı, "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu", *Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan*, MÜHFAD., C I, Özel Sayı, C 22, S 3, Yıl: 2016, s. 307; Kılıçoğlu, s. 187-188; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 3. B., Ankara, 2016, s. 608-609; Mehmet Karaca, "İfa Yardımcısının Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu", *THĐ*, Yıl: 5, S 49, Eylül, 2010, s. 47, <https://jurix.com.tr>, (31.03.2018); Osman Fırat Turan, "İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Borçları", s. 9, <http://osmanfiratturan.av.tr>, (24.03.2018).
- 4 Yargıtay 15. HD., 04.10.1999 T., 1999/2768 E., 1999/3466 K., "Eser sözleşmesi niteliği itibarıyla güven esasına dayanır. İş sahibi güven duymadığı bir yüklenici ile mevcut ilişkiyi sürdürmek zorunda değildir... Arsa sahiplerinin izni ve icazeti olmadan işin bir başka yükleniciye devri, başlı başına sözleşmenin ihlali niteliğinde olup, arsa sahiplerine tek başına sözleşmeden dönme hakkı verir." YKD., C XXVI, S 3, Mart, 2000, s. 406-407, <https://www.yargitay.gov.tr/dergi>, (31.03.2018).

bileceğine dair genel bir kuralın istisnası durumundadır⁵. Örneğin bir fikir ve sanat eserinin meydana getirilmesine ilişkin eser sözleşmesinde (bir portrenin yapımı, mimarın planı çizmesi, el işçiliğinin önemli olduğu tamirat ve yapım işlerinde) yüklenicinin işi bizzat yapması gerekebilir⁶. Kanun koyucu TBK. m. 471'de kural olarak borçlu tarafından şahsen ifa zorunluluğunu kabul etmiştir⁷. Yani eser sözleşmesinde şahsen ifa kural haline getirilmiştir.

TBK. m. 83'e göre, kural olarak borçlu şahsen ifada bulunmakla yükümlü olmadığı halde, TBK. m. 471/f. 3'de yüklenicinin eser meydana getirme borcunun kişisel niteliği karine olarak kabul edilmiştir⁸. Yani yüklenicinin meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisinin yapması veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlü olması kural; eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, yüklenicinin işi başkasına yaptırması istisnadır⁹. Eserin yapılmasının kendisinin kişisel niteliklerine bağlı olmadığını iddia eden yüklenici, bu durumu ispatla yükümlüdür. Buna karşılık, yüklenicinin eseri kendi yönetiminde yaptıramayacağını, onu şahsen ifa etmekle yükümlü olduğunu iddia eden iş sahibi, bu iddiasını ispatla yükümlüdür¹⁰.

TBK.'nın 471. maddesi emredici nitelikte değildir; düzenleyici bir hükümdür. Taraflar sözleşme serbestisi ile bunun aksini kararlaştırabilirler¹¹.

O halde TBK. m. 471/f. 3'ün lafzından şu sonuçları ortaya çıkarabiliriz:

- Yüklenicinin kişisel nitelikleri eserin meydana getirilmesi için önemliyse ve yüklenicinin iş görme edimi aynı zamanda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edim ise,

5 Müge Ürem, *Eser Sözleşmesinde Erken Dönme*, 1. B., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim, 2017, s. 39.

6 Zevkililer, Gökyayla, s. 509; Ürem, s. 39.

7 Zevkililer, Gökyayla, s. 509; Kılıçoğlu, s. 188; Güler Karakurt Gümüşsoy, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, 1. B., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül, 2017, s. 24.

8 Fahrettin Aral; Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. B., Ankara, 2015, s. 370.

9 Murat Aydoğdu; Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. B., Adalet Yayınevi, Ocak, 2017, s. 767.

10 Aral, Ayrancı, s. 370.

11 Eren, s. 609; Karakurt Gümüşsoy, s. 24; bkz. Sözleşme serbestisi hakkında detaylı açıklama için: İbrahim Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 2. B., Ankara, 2007, s. 19; Doğan Şenyüz, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, 2. B., Bursa, 2005, s. 17-18; Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Ocak 1993, s. 97 vd.; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. B., Ekim 2016, s. 32; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 14. B., Ankara, 2012, s. 297, (Eren, Genel Hükümler); M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 7.B., İstanbul, 2009, s. 19; Haluk Nomer, N., *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 13. B., İstanbul, 2013, s. 23 vd.; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C I, 2. B., İstanbul, 2017, s. 53; Serdar Nart, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler - Özel Hükümler*, Ankara, 2014, s. 2; M. Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 21. B., Ankara, 2017, s. 109, (Kılıçoğlu, 2017).

kişiyeye sıkı sıkıya bağılı edimlerde “mutlak şahsiliik ilkesi” geçerli olduğundan, yüklenicinin böyle bir edimi yalnız kendisinin yerine getirmesi gerekir¹². Bu nedenle borcun ifasında yardımcı kişi kullanamaz. Örneğinin bir ressamın bir tablo yapması, bir bestecinin bir beste yapmasını içeren eser sözleşmelerinde yüklenicinin üstlendiğı edim, kişiyeye sıkı sıkıya bağılı bir edimdir. Dolayısıyla ressam da besteci de sözleşme ile üstlenmiş olduğu tabloyu, besteyi bir başka ressama, besteciye yaptıramaz. Burada üstlenilen edimin ifasının bir başkasına devri mutlak yasaktır. Yüklenici böyle bir borca aykırı hareket eder, yani işi şahsen yerine getirmemezse, işsahibi TBK. m. 112 veya m. 125’e göre hareket edebilir¹³.

- Yüklenicinin kişisel nitelikleri eserin meydana getirilmesi için önem taşımakla birlikte, kişiyeye sıkı sıkıya bağılı değilse yüklenici, eseri yönetim ve sorumluluğı altında üçüncü kişiyeye yaptıırabilir. Bu durumda yüklenici, eseri sadece kendisi ile tabiyet ilişkisi içerisinde olan bağımlı ifa yardımcılarına yaptıırabilir¹⁴.

- Eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımıyorsa, asıl yüklenici “kendi ad ve hesabına” yaptığı alt eser sözleşmesiyle eseri meydana getirme işini bağımsız ifa yardımcısı konumundaki üçüncü bir kişi olarak alt yükleniciye verebilir. Örneğinin, bir yapı yapan yüklenici, yaptığı yapının tesisat, boya-badana işlerini işin niteliğı gereğı, bağımlı ifa yardımcısı niteliğini (yüklenicinin işçisi sıfatını) taşımayan bir üçüncü kişiyeye alt eser sözleşmesi ile bırakabilir¹⁵.

Öğretide büyük bir çoğunluk, bu madde karşısında yüklenicinin eseri bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptıırmaya mecbur olduğunu; ancak hükümün ikinci cümlesinde ifade edildiğı gibi, işin niteliğı gereğince kişisel özelliklerin önemi yoksa başkasına yaptıırılabilceğinin de mümkün olduğunu kabul etmektedir¹⁶.

12 Eser sözleşmesi mutlak bir şekilde bizzat ifanın gerekli olduğuna ilişkin şart getirmişse, yüklenici ifayı bizzat yerine getirmek zorundadır. Kural olarak, iş sözleşmeleri, eser sözleşmeleri, vekâlet sözleşmeleri, yayın ve şirket sözleşmeleri bizzat ifanın gerekli olduğu “intuitus personae” kayıtlı sözleşmelerdir. Kural olarak devredilemez nitelikteki şahsen ifa kaydı taşıyan bu sözleşmeler, sözleşme dışı üçüncü kişilerin ifaya katılmalarını yasaklayan ya da sınırlandıran sözleşme klostları ile sözleşmelere bizzat ifa zorunluluğı getirmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. Evrim Kerman, “Eser Sözleşmelerinde Şahsen İfa, Şahsi Yönetim Altında İfa ve Eseri Başkasına Yaptırma”, *AÜHFD.*, Yıl: 3, S 2, Aralık, 2017, s. 25-26.

13 Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, C II, 3. B. , Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak, 2014, s. 11; Eren, s. 609.

14 Gümüş, s. 11; Eren, s. 609.

15 Aral, Ayrancı, s. 372; Gümüş, s. 11-12; Eren, s. 609; Abdullah Cem İlkelen, “İstisna Sözleşmesinin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi”, T.C. Bahçeşehir Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 58; Muhammet Erişen, “Alt Müteahhitlik Sözleşmesi”, T.C. Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005, s. 64.

16 Kılıçoğlu, s. 185 vd.; Aral, Ayrancı, s. 369 vd.; Karakurt Gümüşsoy, s. 23 vd.; Ürem, s. 40 vd.; Eren, s. 608 vd. ; Gümüş, s. 11 vd. ; Şenocak, s. 19 vd. ; Zevkliler, Gökyayla, s. 508 vd.

II. Şahsen İfa Borcunun İstisnaları

A. Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Başkasına Yaptırma Yetkisi

1. Genel Olarak Alt Yüklenicilik Kavramı

TBK. m. 471/f. 3'de yüklenicinin şahsen ifa borcuna bir istisna getirilmiştir. Buna göre; yüklenicinin eseri meydana getirmesinde kişisel yetenek ve becerisinin önemi yoksa, eserin meydana getirilmesi bir başka yükleniciye bırakılabilir. Bu takdirde alt yüklenicilik ilişkisi söz konusu olur ve asıl yüklenici eserin tamamını veya bir kısmını üçüncü bir kişiye (taşeron) yaptırabilir¹⁷. Asıl yüklenicinin eserin tamamının veya bir kısmının meydana getirilmesi için alt yükleniciyle yaptığı sözleşme de niteliği itibarıyla bir eser sözleşmesidir¹⁸.

Asıl yüklenicinin alt yükleniciyle işin bir kısmının veya tamamının yapılması amacıyla kurdukları bu eser sözleşmesine “alt yüklenicilik sözleşmesi” adı verilmektedir. Asıl yüklenici bu sözleşmeyi işsahibi adına değil, kendi ad ve hesabına yapmaktadır¹⁹. Alt yüklenici de bu sözleşme ile kendi adına asıl yükleniciden bağımsız olarak hareket etme yetkisine sahiptir. Buna karşılık, asıl yüklenici ile onun işsahibi arasındaki eser sözleşmesine “asıl sözleşme” denilir. Alt yüklenicilik sözleşmesi, nispi ilkesi gereğince asıl sözleşmeden bağımsızdır. İşsahibi ile alt yüklenici arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı için, işsahibinin alt yükleniciye ne bedel ödeme borcu ne de kural olarak ondan ifayı talep etme konusunda bir hakkı vardır²⁰. Örneğin, inşaatın doğrama işini yapan alt yüklenici bundan doğan bedel alacağını işsahibinden talep edemez²¹. Zira işsahibi, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki alt eser sözleşmesinin tarafı değildir; işsahibi ile asıl yüklenici arasındaki eser sözleşmesi ve ona da-

17 Yargıtay 15. H.D. , 10.12.1990 T. , 1990/2197 E. , 1990/2583 K. , sayılı kararına göre: “... Sözleşmede, inşaatın bizzat davacı tarafından yapılacağı taraflarca kararlaştırılmış değildir. Davacı kendi mesuliyeti altında inşaatın bir bölümünü üçüncü kişilere de yaptırabilir.” Cemre Bedir, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Özen ve Sadakat Borcu”, İBD., C 89, S 3, Yıl: 2015, s. 175, dpn. 80; Eren, s. 610; Karakurt Gümüşsoy, s. 25-26; Ürem, s. 41.

18 Halil Akkanat, “*Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi*”, T.C. İstanbul Üniversitesi, Doktora Tezi, İstanbul, 2000, s. 39; Aral, Ayrancı, s. 372; Eren, s. 610; Zevkliler, Gökyayla, s. 511; Karakurt Gümüşsoy, s. 26; Gümüş, s. 12; Yalçınduran, s. 19.

19 Zevkliler, Gökyayla, s. 511; Aral, Ayrancı, s. 372; Eren, s. 610; Yalçınduran, s. 20; Gümüş, s. 12.

20 Buna karşılık alt yüklenici, şartları varsa haksız fiil hükümlerine göre işsahibine karşı da sorumlu tutulabilir. Bazen alt yüklenici, verilen işin gereği gibi ifa edileceğini işsahibine karşı taahhüt edebilir; bazen de alt yüklenicilik sözleşmesi, işsahibi lehine tam üçüncü kişi yararına sözleşme biçiminde yapılabilir. Ayrıca bkz. Akkanat, s. 207 vd. İşsahibi de bedel ödeme borcu hakkında alt yükleniciye karşı asıl yüklenici ile birlikte sorumlu olmayı kabul edebilir. Zevkliler, Gökyayla, s. 512; Karakurt Gümüşsoy, s. 26.

21 Ancak işsahibi müteselsil borçlu sıfatıyla borçlu olmayı kabul etmiş veya bedeli ödemeyi garanti etmiş olabilir. Karakurt Gümüşsoy, s. 26.

yalı olarak asıl yüklenici ve alt yüklenici arasında yapılan alt eser sözleşmesi birbirlerinden bağımsız sözleşmelerdir²².

Alt yüklenici, kural olarak asıl yükleniciden bağımsız olarak ve onun kişisel yönetim, denetim ve gözetimine bağlı olmadan çalışan, mesleği itibarıyla üzerine aldığı konuda belirli bir uzmanlığa sahip ifa yardımcısıdır²³.

2. Eserin yapımının alt yükleniciye devredilmesi halinde ortaya çıkan hukuki ilişkiler

a. Asıl Yüklenici ile Alt Yüklenici Arasındaki İlişki

Asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki hukuksal ilişki, asıl yüklenicinin kendi ad ve hesabına alt yüklenici ile yaptığı alt eser sözleşmesine dayanır. Alt eser sözleşmesi, asıl eser sözleşmesinden bağımsız olsa bile konusu, kapsamı, tarafların yükümlülükleri, asıl yüklenici ile işsahibi arasındaki eser sözleşmesi esas alınarak belirlenir²⁴. İlk sözleşmeden bağımsız olan alt yüklenicilik sözleşmesinde alt yüklenici, asıl yükleniciye karşı bedel karşılığında bir eser meydana getirmeyi ve ona teslim etmeyi taahhüt eder²⁵. Aynı şekilde alt yüklenici, eserin ayıplarından dolayı asıl yükleniciye karşı sorumludur.

Asıl yüklenici, alt yükleniciyi seçerken her şeyden önce gerekli özeni göstermek, konusunda uzman olmasına dikkat etmek zorundadır²⁶. Alt yüklenici, kendi adına ve asıl yükleniciden bağımsız hareket etme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla alt yüklenici, asıl yüklenicinin bağımsız yardımcısı konumundadır²⁷.

Alt yüklenicinin asıl yüklenici ile yaptığı sözleşmeye aykırı davranışı yüzünden asıl yüklenici de, işsahibine olan borcunu yerine getiremez ise asıl yüklenici, bu nedenle uğradığı zararın tazminini alt yükleniciden isteyebilir. Asıl yüklenicinin alt yüklenicisinin işsahibine verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu TBK.'nın "Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk" kenar başlıklı 116. maddesine dayanmaktadır. Buna göre; "*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*

22 Gümüş, s. 12.

23 Aral, Ayrancı, s. 372-373; Eren, s. 610; Gümüş, s. 12; Şenocak, s. 24; Zevkililer, Gökyayla, s. 512.

24 Asıl sözleşmeyle bağlı olmasına ilişkin bkz.: Aral, Ayrancı, s. 373.

25 Turan, s. 11; Aral, Ayrancı, s. 373; Eren, s. 612; Gümüş, s. 14.

26 Yargıtay 15. HD. , 13.11.2006 T. , 2005/5256 E. , 2006/6439 K. , "Yüklenici eseri, iş sahibinin yararına olacak biçimde amacına uygun ve özenle meydana getirmekle yükümlüdür. Örneğin, eser sözleşmesinde geminin yat haline dönüştürülmesi amaçlandığına göre, işçinin uzman sayılan ve basiretli tacir gibi davranmak zorunda olan yüklenici edimi amacına uygun olarak gerçekleştirmek zorundadır.", www.kazanci.com, (02.04.2018); ayrıca bkz.: Bedir, s. 161.

27 Eren, s. 610; Aral, Ayrancı, s. 373.

yükümlüdür". Bu durumda asıl yüklenicinin, alt yüklenicinin borcunu yerine getirmemesi nedeniyle bir zarara uğradığını ispat etmesi yeterlidir. Kusursuz olduğunu ise alt yüklenici ispat etmek zorundadır²⁸.

b. İşsahibi ile Alt Yüklenici Arasındaki İlişki

Alt yüklenici ile işsahibi arasında eser sözleşmesi mevcut olmadığı için bu sözleşmeden doğan herhangi bir borç ilişkisi de mevcut değildir. Bu nedenle işsahibinin, alt yükleniciden eser meydana getirilmesini ve onun kendisine teslimini isteme hakkı yoktur. Zira alt yüklenici, eser meydana getirmeyi sadece asıl yükleniciye taahhüt etmiştir. İşsahibi, alt yüklenicilik sözleşmesinin ihlalinden asıl yüklenici lehine doğan hakları kendi adına ileri süremez; sadece şartları varsa haksız fiil hükümlerine dayanarak alt yükleniciye başvurabilir²⁹.

Kural bu olmakla birlikte, iki durumda, işsahibi sözleşmeye dayanarak doğrudan doğruya alt yükleniciye başvurabilir³⁰:

- Birincisi, alt yüklenicinin, asıl yüklenicinin kendisine verdiği işleri tam ve zamanında ifa edeceğini asıl işsahibine karşı sözleşmeyle taahhüt etmesidir.
- İkincisi ise, alt yüklenicilik sözleşmesinin TBK. m. 129 çerçevesinde işsahibi lehine yapılmış tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşımasıdır³¹.

28 Kılıçoğlu, s. 191; Yargıtay 4. HD. , 10.04.2000 T. , 2000/1199 E. , 2000/3287 K. , "Yetkili servisin, malın onarımı veya bakımı nedeniyle, malı satın alan ve kullanan kişiye verdiği zarardan, servisi yetkili kılan üretici firma sorumludur.",<http://www.hukuki.net>, (27.12.2018).

29 Aral, Ayrancı, s. 373; Eren, s. 612; Gümüş, s. 15; Turan, s. 12; Zevkliler, Gökyayla, s. 512.

30 Aral, Ayrancı, s. 374; Eren, s. 612-613; Turan, s. 12; Zevkliler, Gökyayla, s. 512, dpn. 258.

31 Yargıtay 11. H.D., 19.12.2014 T. , 2014/12621 E. , 2014/20139 K. , "... anılan sözleşmenin üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Üçüncü kişi yararına sözleşme, sözleşmenin taraflı olmayan bir kişiye, onun yararına bir edim kararlaştırılması halidir. Kural olarak üçüncü kişi yararına sözleşmeleri, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ve tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak ikiye ayırmak mümkündür. Aralarındaki temel fark ise eksik üçüncü kişi yararına sözleşmelerde üçüncü kişinin, sözleşme ile borç altına giren taraftan talepte bulunamamasına karşın tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde bunun mümkün olmasıdır. Üçüncü kişiler yararına yapılan sözleşmelerin eksik ya da tam olup olmadığının tespitinde, sözleşmede bu yönde açık bir hüküm ya da anlatımın olması, bu yönde bir açıklık olmaması halinde ise sözleşme hükümlerinin amaçsal yorum ile değerlendirilmesi gerekmektedir. Dairemizin yerleşik uygulaması gereğince şirket hisse devirlerinde, devir işleminin tarafları arasında düzenlenen ve devre konu şirket borçlarına yönelik olarak edim yükümlülüğü içeren hükümler, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilmekte ve bunun sonucu olarak, sözleşmenin taraflı olmayan şirketin aktif dava ehliyetine sahip olmadığı kabul edilmektedir. Üçüncü kişi lehine sözleşme, sözleşmelerin nisbiliği ilkesinin kanunen genel olarak öngörülmesi bir istisnasıdır. TBK. m.129'a (eski BK. m.111) göre, sözleşme tarafları, ifanın üçüncü kişiye veya üçüncü kişi lehine yapılacağını kararlaştırabilirler. Böyle bir sözleşme, ifada bulunacak olan borçlu ile ifayı kabul etme hakkına sahip olan üçüncü kişi arasında bir edim ilişkisi kurar. Ancak üçüncü kişi, edimi bizzat talep etme hakkına sahip olsa bile, ne sözleşmenin taraflı haline gelir, ne de sözleşme alacaklısının temsilcisi durumundadır. İşte bu nedenle üçüncü kişi lehine sözleşmenin, sözleşmelerin nisbiliği ilkesine istisna oluşturduğu söylenir. Üçüncü kişinin edim talep hakkına sahip olduğu sözleşmeler, tam üçüncü kişi lehine sözleşme, üçüncü kişiye talep hakkı tanımayan sözleşmeler

İşsahibi ile alt yüklenici arasında sözleşmeye dayalı bir ilişki olmadığı için işsahibinin alt yükleniciye karşı kural olarak herhangi bir ücret ödeme borcu bulunmamaktadır. Alt yüklenici, ücret alacağını ancak kendisi ile akdi ilişkisi olan asıl yükleniciye karşı ileri sürebilir³².

Ayrıca işsahibi, alt yükleniciye karşı müteselsil borçlu sıfatıyla (TBK. m. 162)³³ veya kefil olarak ödeme taahhüdünde bulunmuş veya ona garanti vermiş ise, alt yükleniciye karşı ücret ödeme borcu altına girmiş olur³⁴.

Eserin alt yüklenici tarafından meydana getirilmesinin işsahibi yönünden bazı riskleri bulunmaktadır. İşsahibinin asıl yükleniciye ücret edimini ödemiş olmasına rağmen asıl yüklenicinin alt yükleniciye bu ücreti ödememesi halinde, kanuni ipotek nedeniyle işsahibinin alt yükleniciye yeniden ücret ödeme durumunda kalması, bu risklerin başında gelmektedir. Türk Medenî Kanunu'nun "*Tescile tabi kanuni ipotekler*" kenar başlıklı 893. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; "*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 zanaatkarlar*" kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilirler. Buna göre, alt yüklenici işsahibinin arsasında inşa ettiği yapı üzerinde çalışması nedeniyle asıl yükleniciden olan ücret alacağı için işsahibine karşı kanuni ipotek hakkını kullanabilir ve bunun tescilini talep edebilir. Tescil edilen kanuni ipotek yönün-

ise eksik üçüncü lehine sözleşme olarak adlandırılır. Eksik üçüncü kişi lehine sözleşmede, sözleşme ediminin yerine getirilmesini yalnızca sözleşmenin tarafı olan alacaklı talep edebilir. Üçüncü kişi sadece ifayı kabule yetkilidir. Tam üçüncü kişi lehine sözleşmede ise, hem alacaklı hem de edimin lehine ifası kararlaştırılan üçüncü kişi ifa talebinde bulunabilir. Böylece lehtar üçüncü kişi, tarafı olmadığı sözleşmeden doğan bir alacak hakkı kazanır. Bu hakkın kazanılması için üçüncü kişinin ne rızası ne de bilgisi gerekmez. Üçüncü kişinin talep hakkına sahip olmaması asıldır. Bu durumun aksi ya sözleşmede açıkça kararlaştırılabilir ya da sözleşmenin yorumu yoluyla böyle bir hakkın zımnen kararlaştırıldığı sonucuna varılabilir. Sözleşmenin yorumunda aranacak olan, tarafların ortak niyetidir. Sözleşmenin hangi hallerde tam üçüncü kişi lehine sözleşme olarak yorumlanabileceği konusunda kesin bir ilke benimsemek mümkün gözükmemektedir. Ayrıca taraflar arasındaki menfaat dengesi, tarafların sözleşmenin akdinden sonraki ve özellikle ilgili üçüncü kişiye karşı davranışları da üçüncü kişiye talep hakkı tanınmadığı hususunun belirlenmesinde dikkate alınır. Sözleşmenin yorumundan tarafların ortak niyetinin bu olduğu anlaşılıyorsa, örf ve adete bakılır. Bazı hallerde teamül gereği üçüncü kişiye doğrudan borçluya başvurma hakkı tanınabilir. (Nilsson Okutan Gül, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, s. 307, 308, 309)", www.hukukmedeniyeti.org, (02.04.2018).

32 "Öğretideki bir görüş, vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK. m. 507/f. 3 hükmünü, kıyasen eser sözleşmeleri alanında da uygulamakta ve işsahibine, asıl yüklenicinin alt yükleniciye karşı sahip olduğu hakları doğrudan alt yükleniciye karşı ileri sürebilme imkânını tanımaktadır.", Yalçınduran, s. 206, d.pn. 653; karşı görüş için bkz. : Gümüş, s. 15; Akkanat, s. 291.

33 Maddeye göre, "*Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar*".

34 Aral, Ayrancı, s. 374; Eren, s. 613.

den işsahibi, sadece tescil yapılan taşınmazla sorumlu olacaktır³⁵.

İşsahibi, asıl yüklenici ile yaptığı sözleşmede alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkını kaldıramaz. Alt yüklenici de önceden kanuni ipotek hakkından vazgeçemez; böyle bir feragat geçersizdir³⁶.

İkinci bir risk ise; ödeme tehlikesine karşı işsahibi, asıl yüklenici ile yaptığı sözleşmeye alt yüklenicinin ücret borcunun ödenmeyeceğinin sabit olması halinde, kendisine ücret ödeyeceği kaydını koydurabilir. Böylece işsahibi, asıl yüklenici ile yaptığı sözleşmede alt yüklenicinin ücret borcunu doğrudan doğruya kendisinin ödeyeceği şartını koyarak ikinci bir ödeme riskinden kurtulabilir³⁷.

c. İşsahibi ile Asıl Yüklenici Arasındaki İlişki (Asıl yüklenicinin, alt yüklenicinin davranışlarından dolayı işsahibine karşı sorumluluğu)

Alt yükleniciye eserin meydana getirilmesinin bırakılması, asıl yüklenicinin iş sahibine karşı olan borçlarında bir değişiklik yaratmaz. Alt yüklenici ve varsa alt alt yüklenici, asıl yüklenicinin TBK. m. 116 anlamında bağımsız ifa yardımcısı konumundadır³⁸.

Asıl yüklenicinin kendi yönetimi altında, işi alt yükleniciye yaptırması ve bu borcun gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 112, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 49, işin ifasında yardımcı şahıslar kullanılması durumunda ise yardımcı şahısların görevlerini yerine getirmemeleri halinde TBK. m. 116, üçüncü bir kişiye zarar verilmesi halinde ise TBK. m. 66 uygulama alanı bulabilir³⁹.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun düzenlendiği TBK. m. 66, haksız fiilden doğan bir kusursuz sorumluluk halidir. Bu maddenin uygulanabilmesi için zarar veren kişi ile alt yüklenici arasında bir hizmet ilişkisi, emir ve talimatlara uymayı içeren bir bağımlılık ilişkisi gereklidir. Ancak TBK. m. 116'da borçlu ile kullandığı yardımcısı arasında bir bağımlılık ilişkisi, bir ast-üst ilişkisinin varlığı sorumluluğun doğması için şart olarak aranmaz. Yine yardımcı kişi ile

35 Turan, s. 12-13; Eren, s. 613.

36 Eren, s. 613.

37 Turan, s. 13; Eren, s. 613-614.

38 Gümüş, s. 12.

39 Yalçınduran, s. 82; Yargıtay 13. HD. , 26.11.1994 T. , 1994/10149 E. , 1994/10482 K. , "Adam çalıştırnan en alt düzeydeki yardımcı kişilerin işin görülmesi sırasında başkalarına verdikleri zarardan sorumludur. Davacının sözleşme gereği davanın sunduğu kahvaltıda hizmet gören zararlandırıcı eylemde bulunan kişinin ismini açıklayıp kanıtlamasına gerek yoktur. Burada önemli olan, davacıya zarar veren kişinin davalıya bağımlılık ilişkisi içinde bulunup bulunmadığının tesbitidir.", www.hukukturk.com, (27.12.2018).

borçlu arasında bir borç ilişkisinin bulunması da zorunlu değildir⁴⁰. Borçlu ile yardımcı arasında aynı zamanda bir bağımlılık, ast-üst ilişkisi varsa veya yardımcının üçüncü kişiye davranışı alacaklıya karşı hem haksız fiil hem de borçlunun borcuna aykırılık teşkil ediyorsa bu durumda alacaklı için hakların yarışması söz konusu olur. Alacaklı, borçluya karşı dilerse TBK. m. 116'ya dilerse TBK. m. 66'ya dayanabilir. Ancak sözleşmeye (akde) aykırılığa ilişkin hükümlere dayanarak talepte bulunması, haksız fiil hükümlerine dayanarak talepte bulunmasından daha avantajlı olacaktır. Bu nedenle alacaklıdan beklenen TBK. m. 116'ya dayanarak istemde bulunmasıdır⁴¹.

1) Yetkili Devirde

Hâkim görüşün de kabul ettiği gibi, asıl yüklenici yasal veya sözleşmesel yetkisini kullanarak -caiz olan şekilde- işin görülmesine dahil ettiği alt yüklenicinin eserin meydana getirilmesi sırasında iş sahibine vermiş olduğu zararlardan dolayı TBK. m. 116 uyarınca sorumludur⁴².

Eserin icrasının alt yükleniciye yetkili bir şekilde devri halinde, asıl yüklenici alt yüklenicinin seçiminde ve ona verdiği talimatlarda kusurlu davranması durumunda, bu kusurundan dolayı iş sahibine karşı TBK. m. 116 gereği sorumlu olur. Böyle bir durumda, asıl yüklenici ancak bu davranışta kendisi bulunmasaydı kusurlu sayılmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

2) Yetkisiz Devirde

Asıl yüklenicinin yasal veya sözleşmesel bir yetkisi olmaksızın -caiz olmayan bir şekilde- işin görülmesine dahil ettiği alt yüklenicinin, eserin meydana gelmesi sırasında iş sahibine vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumluluğunun dayanağının ne olacağı doktrinde tartışmalıdır.

Öğretideki bir görüşe göre, caiz olmayan şekilde alt yüklenici kullanan asıl yüklenici, gerek yetkili olmaksızın bağımsız kişi kullanmaktan dolayı gerekse bağımsız yardımcı kişinin bizzat verdiği zararlardan dolayı iş sahibine karşı TBK. m. 112 uyarınca sorumludur. Yine bu görüşe göre TBK. m. 116'nın uygulanması, sadece alt yükleniciye işin bırakılmasının caiz olduğu haller ile sınırlıdır⁴³.

Buna karşılık doktrinde savunulan hâkim görüşe göre, TBK. m. 116 asıl yüklenicinin alt yükleniciye eserin meydana getirilmesini bırakmasının sadece caiz olduğu değil, caiz olmadığı hallerde de uygulama bulur. Buna göre;

40 Karaca, s. 59.

41 Karaca, 58-59.

42 Akkanat, s. 151 vd.; Zevkliler, Gökyayla, s. 512-513; ayrıca bkz. Gümüş, s. 12, dpn. 67; Kılıçoğlu, s. 197-198.

43 Bkz. Akkanat, s. 151, dpn. 35.

caiz olmayan şekilde alt yüklenici kullanan asıl yüklenici hem TBK. m. 112'ye göre hem de TBK. m. 116'ya göre iş sahibine karşı sorumlu olacaktır⁴⁴. Böyle bir durumda taleplerin yarışması söz konusu olacaktır. Her iki hükme ilişkin sorumluluğun birbiriyle yarıştığı kabul edilmesine rağmen, bu hükümlerin birbirinden ayrı sorumluluk şartlarına sahip oldukları ve her iki hüküm çerçevesinde doğan sorumluluğun kapsamının da birbirinden farklı olduğuna dikkat etmek gerekir⁴⁵.

Bu iki madde arasındaki farklardan biri, TBK. m. 116 uyarınca asıl yüklenici, iş sahibine karşı kusuru aranmaksızın sorumlu olurken, sorumluluğun TBK. m. 112'ye dayandırılması halinde asıl yüklenicinin kusurunun aranacak olmasıdır. İki madde arasında sorumluluğun şartları yanında kapsamı bakımından da farklılıklar vardır⁴⁶. TBK. m. 116'ya göre; ifa yardımcısı konumundaki alt yüklenicinin iş sahibine verdiği zararlar asıl yükleniciden talep edilebilirken; TBK. m. 112'ye göre yardımcı şahıs kullanması nedeniyle meydana gelen ve asıl yüklenicinin borca aykırı davranışı ile uygun illiyet bağı içerisinde olan bütün zararlarının tazmini istenebilir. Örneğin, asıl yüklenicinin caiz olmayan şekilde kullandığı alt yüklenicisinin iş görmeyi bırakması ve iş sahibinin sırlarını öğrenerek bir zarara neden olması durumunda söz konusu zarar, ancak TBK. m. 112'ye göre iş sahibince asıl yükleniciden istenebilecektir⁴⁷.

İşin yetkisiz olarak alt yükleniciye devri halinde iş sahibi, asıl yükleniciden alt yüklenicinin işten uzaklaştırılmasını isteyebilir; hatta TBK. m. 473/f. 2 kapsamında işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir⁴⁸. Ayrıca TBK. m. 473/f. 1'e göre; "*Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir*".

44 Akkanat, s. 151-152; Şenocak, s. 22; Yalçınduran, s. 80-81; Gümüş, s. 13; Aral, Ayrancı, s. 374-375; Eren, s. 614-615.

45 Şenocak, s. 22.

46 Akkanat, s. 152.

47 Akkanat, s. 153.

48 Aral, Ayrancı, s. 375; Gümüş, s. 13-14.

3. Eser Sözleşmesinde Borçlunun, Yardımcı Kişinin Fiilinden Doğan Sorumluluğuna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşması ve Sorumsuzluk Anlaşmasına Getirilen Sınırlamalar

a. Borçlunun, Yardımcı Kişinin Fiilinden Doğan Sorumluluğuna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşmasının Şartları

İş yaşamında devamlı gelişen hizmet alanları karşısında borçlunun edimini ifasında, her aşamayı kendi başına yerine getirmesi mümkün olmayabilir. Bu durumda borçlu yardımcı kişilerden yararlanabilir⁴⁹.

Yardımcı kişinin davranışının borçlunun sorumluluğuna yol açabilmesinin ana koşulu, borçlu ile alacaklı arasında sözleşmeden ya da kanundan doğan bir borç ilişkisinin varlığıdır⁵⁰. TBK. m. 116, borçlunun yardımcı kişinin eylemlerinden sorumlu tutulabileceğini düzenlemektedir. Buna göre; *“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”*. O halde, edimlerin ifasının veya hakların kullanılmasının yardımcı bir kişi tarafından yapılması ve işin yürütüldüğü sırada karşı tarafın zarara uğraması, sorumluluğun doğması için en temel şartlardır⁵¹.

b. Borçlunun, Yardımcı Kişinin Fiilinden Doğan Sorumluluğuna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşmasının Özellikleri

TBK. m. 116/f. 2’ye göre, *“Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir”*. Madde, borçlunun yardımcı kişinin fiilinden doğan sorumluluğunu tamamen veya kısmen kaldırmak için mutlaka bir anlaşmanın yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

TBK. m. 115’e göre kast ve ağır ihmal ile verilecek zararlar hakkında sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı kuralı, TBK. m. 116/f. 2’de uygulama alanı bulamamaktadır. Dolayısıyla yardımcı kişi, ister kasıtlı veya ağır kusurlu davranışlarıyla ister hafif kusurlu davranışlarıyla borca aykırılıktan doğan zararlardan tamamen ya da kısmen sorumsuz olacağı kararlaştırılabilir⁵².

49 Nilgün Başalp, *“Sorumsuzluk Anlaşmaları”*, T.C. İstanbul Üniversitesi, Doktora Tezi, İstanbul, 2009, s. 126 vd.

50 Eren, Genel Hükümler, s. 1072.

51 Ömer Oğuzhan Meral, *“Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği”*, s. 29, <http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/31-OMER-OGUZHAN-MERAL.pdf>, (25.12.2018).

52 Eren, s. 1085; Meral, s. 30; Yargıtay 11. HD. , 21.06.2013 T. , 2011/11607 E. , 2013/13004 K., “Taraflar arasındaki sözleşmenin 18. maddesi “Alt yüklenici, işçisinin veya 3. şahsın uğra-

c. Sorumsuzluk Anlaşması Yapma Serbestisine TBK. m. 116 Hükümünde Getirilen Sınırlamalar

TBK. m. 116/f. 3'te ise kusur ölçütünden bağımsız olarak yapılan sorumsuzluk anlaşmasının sınırı çizilmiştir. Buna göre, “*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*”. O halde, yardımcı kişinin fiili ister ağır kusurla ister hafif kusurla yapılsın uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat niteliğinde yapılacak sorumsuzluk anlaşmalarının hükümsüz olacağı kabul edilmiştir⁵³.

d. Geçersizliğin Sözleşmeye Etkisi

TBK. m. 116'daki hükümler, söz konusu sınırlara aykırı olan sözleşmelerin “kesin hükümsüz” olduğunu düzenlemektedir. Bir hukuki işlemin kurucu unsurları tamam olmakla birlikte; geçerlik koşullarından kamu düzenini ilgilendirecek şekilde önemli bulunanların gerçekleşmemiş olması durumunda kesin hükümsüzlük yaptırımı söz konusu olur⁵⁴. Bir sözleşmenin kesin hükümsüz olmasını gerektiren nedenler, ehliyetsizlik, sözleşmenin konusunun emredici kurallara, kamu düzenine, genel ahlaka, kişilik haklarına aykırı veya imkansız olması, şekle aykırılık ve muvazaadır⁵⁵.

Kesin hükümsüzlük yaptırımının hukukî sonuçları ise şu şekildedir⁵⁶:

- Batıl bir sözleşme, başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukukî işlem olup, hiçbir zaman geçerlilik kazanamayacağı gibi, hiçbir hukukî sonuç doğurmaz.
- Butlan, sadece taraflar arasında değil, bunda menfaati olan herkes tarafından herkese karşı ileri sürülebilir.
- Hakim tarafından re'sen dikkate alınır.

B. Yüklenicinin Sözleşmeyi Bir Bütün Olarak Devir Yetkisi

Asıl yüklenicilerin işi alt yüklenicilere devre yetkili olup olmadığı işin niteli-

yacağı kaza sonucu ortaya çıkan zarar, ziyan veya kanunen ödenmesi gereken tazminat ve masraflardan münhasıran sorumlu olacak ve yükleniciye hiçbir sorumluluk yüklemeyecektir.” hükmünü haiz olup, davalılar tarafından da bu madde kapsamında sorumlu olmadıkları savunulmuştur”. , www.hukukturk.com, (27.12.2018).

53 Numan Tekelioğlu, “Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, *SDÜHFD.*, C 6, S 1-2, Yıl 2016, s. 16, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/388212>, (12.2018).

54 Şaban Kayıhan, Mustafa Ünlütepe, *Medeni Hukuk Bilgisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 3. B., Ocak, 2016, s. 78.

55 Eren, s. 332.

56 Eren, s. 334.

ği göz önüne alınarak tayin edilir⁵⁷. TBK. m. 83'ün aksine, TBK. m. 471'de "asıl yüklenicinin eseri kendisinin yapması ya da kendi idaresi altında yaptırmak zorunda olması" karene olarak konulmuştur.

Sözleşme gereği alt yüklenicinin kişisel becerisinin önemi yoksa alt yüklenici, üstlendiği işin tamamını başka bir alt yükleniciye devredebileceği gibi işin parçalara ayrılması mümkünse bu kısımları da ayrı ayrı alt yüklenicilere verebilir⁵⁸.

İşin tamamının ya da bir kısmının alt yükleniciye devredilmesi üç halde söz konusu olur. Bu hallerden ilki, istisna sözleşmesinde bu hususun kararlaştırılması, ikincisi ise devrin iş sahibinin iznine bırakılmasıdır. Üçüncü ve son hal ise, TBK. m. 471/f. 3 gereğince, işin niteliği icabı bir başkası tarafından yapılmasında sakınca olmamasıdır. Asıl yükleniciye, işin tamamının veya bir kısmının alt yüklenicilere devredilebileceği yönündeki yetki ya sözleşmenin yapıldığı anda ya da ayrı bir sözleşme ile verilir. Sözleşmede yer alan devir yetkisi, bazı işlerin alt yükleniciye verilmesi şeklinde olabileceği gibi bazı işlerin de verilemeyeceği yönünde olabilir⁵⁹.

Asıl yüklenici, iş sahibinin iznini almak şartıyla onun ad ve hesabına hareket ederek sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devredebilir. Yüklenici, iş sahibinin vekili veya temsilcisi olarak hareket ettiği için buradaki durum alt yüklenicilik sözleşmesinden farklıdır. Dolayısıyla TBK. m. 471 hükmü uygulanamayacaktır. Buna rağmen asıl yüklenici, işi iş sahibi adına ve hesabına başkasına devrederse, asıl eser sözleşmesine aykırı davranmış ve yetkisiz temsil hükümlerine göre sorumlu olur ve TBK. m. 46-47 uygulama alanı bulur⁶⁰.

İşin kısmen veya tamamen yüklenici tarafından bir başka yükleniciye (üçüncü kişiye) yetkisiz olarak devredilmesi, iş sahibi tarafından ancak TBK. m. 46'ya göre icazet (onama) verildiği takdirde geçerlidir. Bu durumda, iş sahibi ilk yüklenici ile ikinci yüklenici arasında yapılan sözleşmenin alacaklı ve borçlusu durumuna girer ve ilk yüklenici, bundan sonra yapılan işlerin sorumluluğundan kurtulur. İş sahibi icazet vermektan kaçınırsa, yetkisiz bir yüklenici ile sözleşme akdeden ikinci yüklenicinin (üçüncü kişinin), iş sahibine karşı herhangi bir talepte bulunmaya özellikle de yaptığı işin karşılığı ücrete talep hakkı yoktur⁶¹.

57 Kılıçoğlu, s. 187 vd.

58 Kılıçoğlu, s. 195; Yargıtay 15. H.D., 10.12.1990 T. , 1990/2197 E. , 1990/5383 K. , "Sözleşmede, inşaatın bizzat davacı tarafından yapılacağı taraflarca kararlaştırılmış değildir. Davacı kendi mesuliyeti altında inşaatın bir bölümünü üçüncü kişilere de yaptırabilir. Bu işte davacının şahsi mahareti sonucu etkili görülmemiştir", <http://www.hukuki.net>, (06.04.2018).

59 Yalçınduran, s. 21.

60 Zevkliler, Gökyayla, s. 513; Eren, s. 615; Hudath, s. 57-58.

61 İlk gelen, s. 61.

İş sahibi, kendi adına eser sözleşmesi yapmak için yükleniciye yetki vermiş ancak üçüncü kişiye karşı yetki verdiğini beyan etmiş veya buna ilişkin davranış ve eylemlerde bulunmuşsa, yüklenicinin onun adına yapmış olduğu sözleşme sadece iş sahibini bağlayacaktır⁶².

Konuyu 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK.), 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK.), Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGŞ.) ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGŞ.) bakımından ele alacak olursak:

DİK. madde 66'da "sözleşmenin devri" kenar başlığı altında, "Sözleşmenin, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebileceği ve izinsiz devir yapılması halinde, sözleşmenin bozulacağı" ve DİK. m. 62'ye yapılan atıfla en az 10 gün süreli ihtara rağmen, aynı durumun devamı halinde sözleşmenin feshedileceği belirtilmiştir.

Yine BİGŞ. m. 46, aynı başlık altında şu düzenlemeyi getirmektedir: "Müteahhit üstlenmiş olduğu işi tümüyle veya kısımlar halinde, hiçbir özür ve nedenle başkasına devredemez. Devredebilmesi için birinci derece veya yetkili bulunan ikinci derece ita amirinin yazılı izninin alınması gereklidir. Ayrıca, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. Müteahhidin izinsiz devir yapması halinde sözleşme bozulur ve müteahhit hakkında 2886 sayılı Kanununun 62. maddesi hükümleri uygulanır". Aynı şekilde BİGŞ. m. 18/f. 5'e göre; "İdare, taşeronlar aracılığı ile yapılmasını sakıncalı gördüğü herhangi bir işbölümünün doğrudan doğruya müteahhit tarafından yapılmasını her zaman isteyebilir. Taşeronların idareye karşı hiçbir sıfat ve yetkileri olmayıp bunlara yaptırılan tüm işlerden müteahhit sorumludur".

KİSK. m. 16 ve YİGŞ. m. 47'ye göre; "Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınmaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26. madde hükümleri uygulanır".

Görüldüğü üzere; Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 46. maddesinde işin başkasına devri yasaklandığı gibi, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tabi işlerde edimin ifasının başkasına bırakılması sıkı şartlara bağlanmıştır⁶³ (YİGŞ. m. 47).

62 Turan, s. 14.

63 Zevkililer, Gökyayla, s. 510.

Sonuç

Kanun koyucu, eser sözleşmesinde borcun şahsen ifasında alacaklının bizzat menfaati olduğu düşüncesiyle TBK. m. 471/f. 3 c. 1'de, yükleniciyi meydana getireceği eseri bizzat yapmakla veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlü kılmıştır. Eser sözleşmesinde edimin bizzat ifasına ilişkin bu kural, yüklenicinin şahsının ve yeteneklerinin önem taşıdığı düşüncesine dayanmaktadır.

Günümüzde ilerleyen koşullarda, özellikle büyük yapıların inşasında yüklenicinin üstlendiği işin tamamını bizzat yapmasına imkan yoktur. Bu nedenle yüklenicinin yardımcı şahıs kullanması hatta bazı işleri alt yüklenicilere devretmesi gerekebilir. Özellikle inşaat sözleşmeleri gibi, işi yüklenicinin şahsen ifasında iş sahibinin genellikle menfaati bulunmayan ve her aşamasında bizzat yüklenici tarafından ifa edilmesi gerekmeyen eser sözleşmelerinde, yüklenici genellikle kendi yönetimi altında yardımcı kişiler veya alt yükleniciler kullanılabilir.

Türk Borçlar Kanunu'nda kabul edilen sistem bakımından işin bizzat yüklenici tarafından ifası kural, yardımcı kişiye veya alt yükleniciye yaptırılması istisna ise de; uygulamada ise işin şahsen ifasını zorunlu kılan eser sözleşmeleri istisna, yüklenicinin işi başkasına yaptırmayı adeta kural haline almıştır.

İşin niteliği edimin ifasını zorunlu kılrsa bile, yüklenicinin edimin ifasını başkasına bırakması sözleşme serbestisi doğrultusunda kararlaştırılabilir. Yüklenicinin eseri bizzat meydana getirmesine kıyasla, yardımcı kişi veya alt yüklenici kullanarak meydana getirmesi daha düşük vasıfta veya kalitede bir eserin ortaya çıkmasına yol açmayacak nitelikte ise, yardımcı kişi veya alt yüklenici kullanılması caiz sayılabilecektir.

KAYNAKLAR

- Akkanat, Halil, “*Taşeronluk (Alt Müteahhitlik Sözleşmesi)*”, T.C. İstanbul Üniversitesi, Doktora Tezi, İstanbul, 2000.
- Antalya, O. Gökhan, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C I, 2. B., İstanbul, 2017.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. B., Ankara, 2015.
- Avcı, Mehmet Özgür, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu”, *Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, MÜHFAD.*, C I, Özel Sayı, C 22, S 3, Yıl: 2016, s. 303-323.
- Ayan, Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. B., Ekim 2016.
- Aydoğdu, Murat; Kahveci, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. B., Adalet Yayınevi, Ocak, 2017.
- Başalp, Nilgün, “*Sorumsuzluk Anlaşmaları*”, T.C. İstanbul Üniversitesi, Doktora Tezi, İstanbul, 2009, s. 126 vd.
- Bedir, Cemre, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Özen ve Sadakat Borcu”, *İBD.*, C 89, S 3, Yıl: 2015, s. 156-188.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 14. B., Ankara, 2012, (Eren, Genel Hükümler).
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 3. B., Ankara, 2016.
- Erişen, Muhammet, “*Alt Müteahhitlik Sözleşmesi*”, T.C. Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, C II, 3. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak, 2014.
- Hudath, Orhan, “*Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları*”, T.C. Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016.
- İlgelen, Abdullah Cem, “İstisna Sözleşmesinin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi”, T.C. Bahçeşehir Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- Kaplan, İbrahim, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 2. B.,ö Ankara, 2007.
- Karakurt Gümüşsoy, Güler, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, 1. B., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül, 2017.
- Karaca, Mehmet, “İfa Yardımcısının FİLİNDEN Borçlunun Sorumluluğu”, *THD.*, Yıl: 5, S 49, Eylül, 2010, s. 47-62, <https://jurix.com.tr>, (31.03.2018).
- Kayıhan, Şaban; Ünlütepe, Mustafa, *Medeni Hukuk Bilgisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 3. B., Ocak, 2016.
- Kerman, Evrim, “Eser Sözleşmelerinde Şahsen İfa, Şahsi Yönetim Altında İfa ve Eseri Başkasına Yaptırma”, *AÜHFD.*, Yıl: 3, S 2, Aralık, 2017, s. 17-31.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 21. B., Ankara, 2017, (Kılıçoğlu, 2017).
- Kılıçoğlu, M. Ahmet, “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, *AÜHFD.*, C XXXII, S 1, 1975, s. 185-199, <http://dergiler.ankara.edu.tr>, (24.03.2018).
- Meral, Ömer Oğuzhan, “*Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği*”, <http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/31-OMER-OGUZHAN-MERAL.pdf>, (25.12.2018).

- Nart, Serdar, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler - Özel Hükümler*, Ankara, 2014.
- Nomer, N. Haluk, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 13. B., İstanbul, 2013.
- Oğuzman, M. Kemal; Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 7. B., İstanbul, 2009.
- Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Ocak 1993.
- Şenocak, Zarife, *Eser Sözleşmesinde Aybın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Turhan Kitabevi, 1. B., Ankara, Ocak, 2002.
- Şenyüz, Doğan, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, 2. B., Bursa, 2005.
- Tekelioğlu, Numan, “Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, *SDÜHFD.*, C 6, S 1-2, Yıl 2016, s. 16, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/388212>, (25.12.2018).
- Turan, Osman Fırat, “İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Borçları”, s. 1-16, <http://osmanfiratturan.av.tr>, (24.03.2018).
- Ürem, Müge, *Eser Sözleşmesinde Erken Dönme*, 1. B., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim, 2017.
- Yalçınduran, Türker, “*Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmesi*”, T.C. Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, İstanbul, 1999.
- Zevkliler, Aydın; Gökyayla, K. Emre, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 17. B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- <http://dergiler.ankara.edu.tr>, (24.03.2018).
- <http://www.hukuki.net>, (06.04.2018).
- <https://jurix.com.tr>, (31.03.2018).
- <http://osmanfiratturan.av.tr>, (24.03.2018).
- <https://www.yargitay.gov.tr/dergi>, (31.03.2018).
- www.kazanci.com, (02.04.2018).
- www.hukukmedeniyeti.org, (02.04.2018).
- www.hukukturk.com, (27.12.2018).

ÖZ

Çalışmamızın konusu, eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri şahsen meydana getirme veya kendi yönetimi altında başkasına yaptırma borcudur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 471. maddesine göre, “Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir”.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, yüklenici meydana getirilecek eseri ya doğrudan doğruya kendisi yapmak ya da kendi yönetimi altında başkalarına yaptırmak zorundadır. Yüklenicinin eseri bizzat meydana getirme borcu, TBK. m. 83 hükmündeki borcun herkes tarafından ifa edilebileceğine dair genel kuralın bir istisnasıdır.

Anahtar kelimeler: eser sözleşmesi, yüklenici, alt yüklenici, şahsen ifa.