

Kamu İhale Hukukunda ve Kamu İhale Sözleşmeleri Hukukunda iş sahibi idarenin işin ifası için alt yüklenici çalıştırabilme imkânı tanınmışsa da iş sahibi idare ile alt yüklenici arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ve bu bağlamda iş sahibi idare ile alt yüklenicinin karşılıklı hak ve sorumlulukları

Gerek Borçlar Hukuku gerekse Kamu İhale Hukukuna göre, iş sahibi idarece işin ifası için asıl yüklenici tarafından alt yüklenici çalıştırılabileceği/kullanılabileceğinin öngörüldüğü hallerde iş sahibi idare ile asıl yüklenici arasındaki ilişki de asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki ilişki de ilişkinin her iki tarafının kendi aralarındaki sözleşmeye (hukuki ilişkiye) dayanır. Bu halde arada bir akdi ilişki olmaksızın tarafları, tarafı olmadıkları sözleşmeden hareketle hak ve yükümlülük altına sokan bir kanun hükmü olmadıkça her sözleşme kendi tarafları arasında hüküm ifade edecektir. İş sahibi idarenin alt yükleniciye karşı bir sorumluluğu olmadığı gibi asıl yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde alt

yüklenicinin iş sahibi idareye karşı bir talep hakkı söz konusu edilemeyecektir. Aynı doğrultuda alt yüklenicinin edimini gereği gibi yerine getirmedeği hallerde de iş sahibi idarece bu durumdan alt yüklenici değil asıl yüklenici sorumlu tutulacaktır.

BORÇLAR HUKUKU YÖNÜNDEN İŞ SAHİBİ İLE ALT YÜKLENİCİ ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

Türk hukuk sisteminde iş sahibi idare ile asıl yüklenici arasındaki ilişki de asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki ilişki de ilişkinin her iki tarafının kendi aralarındaki sözleşmeye (hukuki ilişkiye) dayanır. Bu nedenledir ki iş sahibi idarenin doğrudan doğruya alt yükleniciden sözleşmenin ifasını talep hakkı olmadığı gibi alt yüklenicinin de asıl yükleniciye karşı sahip olduğu alacak gibi haklarının iş sahibi idareden talep etme hakkı yoktur.

Bu durum Türk Hukukunda doğrudan talephakkının ancak bir kanun hükmü gereği olarak doğması zorunluluğundan ve yine burada kanuni borçtan söz edilebilmesinin mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır.

Kanuni borçtan söz edilebilmesi için alt yüklenicinin kendiliğinden asıl yükleniciye ifada bulunabilme imkânı bulunmayıp, ancak doğrudan talep hakkı sahibi asıl yüklenici bu talebini kullandığında alt yüklenici için bu imkân (ve zorunluluk) doğmaktadır.

Doğrudan talep ise belirli bir alacaklı lehine o alacaklının borçlusunun belirli bir borçlusuna karşı tanınır ve ona, diğer alacaklıların iddiası ne olursa olsun borçlusundan olan alacağının değerini kendisi için muhafaza etmesini temin eder. Böylece bir alacaklı, borçlusunun borcuna karşı, kendi adına doğrudan doğruya başvurabilme yetkisine sahip olmaktadır. Doğrudan talep, bir alacaklının borçlusunun borcuna karşı sahip olduğu münhasırlık hakkıdır. Bir sözleşmenin taraflarından başkası için doğrudan talep şeklinde hükümler

meydana getirmesi için açık bir kanun hükmünün varlığı gereklidir. Bu nedenle bütün doğrudan talepler özel bir kanun hükmüne dayanır.

Böylece doğrudan talepler, bir kanun hükmü gereği olarak başkası için alacaklar meydana getiren bağımsız bir hukuki kategori oluşturmaktadır. Bu konuda örnek olarak gösterilmesi mümkün olan vekâlet sözleşmelerine dair BK. m. 391/ f.3 hükmü de bu kategori içinde değerlendirilmelidir. Vekâlet sözleşmelerinde vekil, vekâlet konusu iş görmeyi alt vekile tevdi edebilir, alt vekâlet ise vekâletten doğan borçların ifası için kendi adına yaptığı bir sözleşmeyle başkasını tevkil etmesi halidir. Burada ilk vekâlet sözleşmesindeki müvekkil (iş sahibi) vekilin vekiline (alt vekil) karşı tamamıyla üçüncü kişi durumundadır. Buna rağmen ilk müvekkil (iş sahibi) vekâletin gereği gibi ifasına ilişkin taleplerini BK. m. 391/f.1 ve f.2 'deki sınırlar içinde kendi vekiline karşı ileri sürebileceği gibi vekilin vekiline (alt vekil) karşı da ileri sürebilecektir. BK. m. 391/ f.3 hükmünde, *“her iki surette (caiz olan vekâlet ve caiz olmayan vekâlet durumlarında) vekilin kendi yerine ikame ettiği şahsa karşı haiz olduğu bütün hakları müvekkil, doğrudan doğruya o şahsa dermeyan edebilir”* denilmektedir. Böylece bu hükümle, yapılan alt vekâlet sözleşmesinin başkası (iş sahibi müvekkil) için alacaklar meydana getirmesi sağlanmış olmaktadır.

Münhasıran vekâlet sözleşmelerinde tevkile ilişkin düzenlenen bu hususun, doğrudan talebin bir kanun hükmünden kaynaklanması gerektiğinden hareketle diğer borç ilişkilerine de uygulanması mümkün değildir.

Bu doğrultuda iş sahibi idarenin, alt yükleniciye karşı alacak ve talep hakkı, bu hak bir kanun hükmüne dayanmadığı müddetçe mevcut değildir.

KAMU İHALE HUKUKU YÖNÜNDEN İŞ SAHİBİ İLE ALT YÜKLENİCİ ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

GENEL HÜKÜMLER

4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda alt yüklenici ile iş sahibi idare arasındaki ilişkinin hukuki mahiyetini ortaya koyacak mahiyette herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun yanında gerek uygulama yönetmeliklerinde gerek Kamu İhale Genel Tebliği'nde gerekse de tip sözleşmelerde de bu doğrultuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin (YİĞŞ) 20'nci maddesinde yer alan "alt yüklenicinin yaptığı bütün işlerden idareye karşı yüklenicinin sorumlu olduğu, alt yüklenicilerin idare kabul edilerek onaylanmasının bu sorumluluğu hiçbir şekilde değiştirmeyeceği" hükmü, Borçlar Hukuku'ndaki genel ilke ile paralel olup gerek YİĞŞ gerekse B.K. hükümlerine göre kamu ihale hukuku açısından alt yüklenici ile iş sahibi idare arasında karşılıklı alacak ve edimin ifasını talep hakkı doğuracak nitelikte kanuni veya akdi bir ilişkiden söz edilemez.

Bu doğrultuda alt yüklenici ile iş sahibi idare arasında herhangi akdi ilişki bulunmadığından alt yüklenicinin yapmış olduğu bütün işlerden idareye karşı asıl yüklenici sorumludur. Alt yüklenicilerin iş sahibi idarece kabul edilerek onaylanması asıl yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı gibi alt yükleniciye de idareye karşı herhangi bir hak bahsetmemektedir. Akdi ilişki bakımından alt yüklenicinin muhatabı asıl yüklenici, iş sahibi idarenin muhatabı da yine asıl yüklenicidir. Bu nedenle iş sahibi idarenin alt yükleniciye karşı herhangi bir ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay 15'inci Hukuk Dairesi'nin 28/02/1974 tarihli ve 1974/145 Esas, 1974/166 Karar sayılı kararına göre de taşeronluk sözleşmesinden dolayı bu sözleşmenin tarafı olmayan iş sahibinin taşerona karşı sorumlu olmayacaktır. Ancak iş sahibi idarenin alt yüklenicilerin çalıştırdığı işçilerin ücret alacakları konusunda sorumluluğu bulunmaktadır. Özellikle alt işverenlerin çalıştırdıkları işçilerin üzerindeki yönetim hakkının tamamen asıl işveren/iş sahibi idare (ihale makamı)

tarafından kullanıldığı sözleşmelerde, gerçek anlamda bir alt işveren-asıl işveren ilişkisinden söz edilemeyeceğinden bu tür ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeye göre çalıştırılan işçilerin ihale makamı işçisi kabul edilmesi gerektiğinden bahisle alt yüklenicilerin istihdam ettiği işçilerin ücret alacaklarından iş sahibi idare, alt yüklenici ile birlikte müştereken sorumlu tutulmuştur.

YAPIM İŞLERİNDE HUKUKİ İLİŞKİ

Asıl iş sahibi (idare) ile alt yüklenici arasında herhangi bir akdi ilişki mevcut değildir. Alt yüklenici, yalnız ilk yükleniciye karşı sözleşmeden dolayı borçlu olup iş sahibine karşı borçlu değildir. İş sahibi de asıl istisna sözleşmesiyle ilk yükleniciye karşı borç altındadır. Bu özelliklerden şu iki önemli sonuç çıkarılabilecektir;(a) Kural olarak asıl iş sahibinin (idare), alt yükleniciye karşı eserin yapımı şeklindeki edimin yerine getirilmesini istemek ve ona bu hususta talimat vermek hak ve yetkisi yoktur. Yalnız şartları gerçekleşirse alt yüklenicinin iş sahibine karşı haksız fiil sorumluluğu (B.K. m. 41 vd.) ortaya çıkabilir. Bu kuralın iki istisnası vardır;

(a.1) Alt yüklenici, asıl yüklenici tarafından kendisine verilen işleri yapacağı veya ayıpsız yapacağı hususunda doğrudan doğruya asıl iş sahibine karşı akdi bir yükümlülük altına girmiş olabilir. Bu takdirde alt yüklenici, söz konusu yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmese asıl iş sahibine karşı sözleşmeye dayanan sorumluluğu gerçekleştirecektir.

(a.2) Alt istisna sözleşmesinin tam üçüncü kişi (iş sahibi) yararına sözleşme niteliği taşıdığı durumlarda da alt yüklenici, asıl iş sahibine karşı B.K. m. 111/f.2 anlamında doğrudan sorumlu olacaktır. Bu durum yok denecek kadar nadir olarak gerçekleşebilecektir. Zira kamu ihale tip sözleşmelerinde bu yönde bir hüküm olmadığı gibi bu türden bir hüküm ihtiva eden ibareler de idarelerce sözleşme taslaklarına

konulmamaktadır.

İstisna sözleşmesinde, vekâlet sözleşmesindeki müvekkile alt vekile karşı doğrudan talep hakkı tanıyan B.K. m. 391/f.3 benzeri bir hüküm yoktur. Bu nedenledir ki kıyasen dahi olsa vekâlet akdi veya vekâletsiz iş görme hükümlerinden hareketle, iş sahibinin alt yükleniciye karşı doğrudan talep hakkına sahip olabilmesi mümkün değildir.

(b) Aynı şekilde asıl iş sahibinin (idare) alt yükleniciye karşı herhangi bir ücret ödeme yükümlülüğü yoktur. Alt yüklenici, ücret alacağını, ancak kendisiyle sözleşme yaptığı ilk (asıl) yükleniciye karşı ileri sürebilir. İlk (asıl) yüklenicinin ödeme gücüne sahip olmaması nedeni ile hiçbir ödemede bulunamaması halinde de bu kural geçerli olacaktır.

Ancak alt yüklenici, asıl iş sahibinin taşınmazı üzerinde bir yapı veya başka bir eser yapımında malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış ise kullanmış olduğu malzemesinin veya emeğinin karşılığı olarak, ilk (asıl) yükleniciden olan ücret alacağı için Medenî Kanun'un 893'üncü maddesinin birinci fıkrasının 3'üncü bendinin tatbiki mümkün görünmektedir. Medenî Kanun'un 893'üncü maddesinin birinci fıkrasının 3'üncü bendine göre, *"bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarfettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkârlar"*, kendi adlarına kanunî ipotek hakkının tescilini talep edebilirler. Bu doğrultuda alt yüklenici, asıl yüklenici ile arasındaki sözleşme gereği edimini ifa etmiş ise işin bedelini asıl yükleniciden alamadığı durumlarda bu edimin ifası için sarf etmiş olduğu malzemesinin veya emeğinin karşılığı olarak mülkiyeti kamu idarelerine ve/veya kamu sermayesi kullanan kurum ve kuruluşlara ait olan (mülkiyeti Hazineye veya devlet tüzel kişiliğine ait ve devlet malı niteliğindeki taşınmazlar hariç olmak üzere) kamu hizmetine tahsis edilmemiş kamu taşınmazları ile özel hukuka tabi taşınmaz niteliğindeki ve de tapu kütüğünde kaydı buluna taşınmazlar üzerinde M.K. m.

893/f.1, m. 895/f.1 ve m 897/f.1, 2, 3 hükümleri uyarınca kanuni bir ipotek hakkının tescilini isteyebilir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin (YİĞŞ) 20'nci maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca, alt yüklenicilerin yaptığı bütün işlerden iş sahibi idareye karşı asıl (ilk) yüklenici sorumludur. Alt yüklenicilerin idarece kabul edilmesi, asıl yüklenici tarafından sunulan alt yüklenicilere ilişkin listenin kabul edilerek idarece onaylanması bu sorumluluğu değiştirmemektedir.

İş sahibi idare, alt yüklenici çalıştırılmasını kabul ettiği ve çalıştırılan alt yüklenici asıl (ilk) yüklenici tarafından iş sahibi idareye sunulan listeden seçildiği halde, alt yüklenici tarafından yapılan iş sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yapılmadığının tespit edilmesi halinde de işin belli kısımlarının veya tamamının alt yüklenici tarafından değil de bizzat asıl (ilk) yüklenici tarafından yürütülmesini her zaman için asıl (ilk) yükleniciden isteyebilecektir.

YİĞŞ'nin 20'nci maddesinden de anlaşılacağı üzere iş sahibi idare ile alt yüklenici arasında Borçlar Kanunu'nda tanımlı eser (istisna) sözleşmesi niteliğinde ve bu sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi yoktur.[\[4\]](#) Zira B.K.'nin 355'inci maddesi bağlamında, iş sahibi idareye karşı ücreti mukabilinde bir eser meydana getirme borcu altına giren, eser sözleşmesi gereği edimin (eserin) meydana getirilmesinden, ifasından sözleşmenin diğer tarafı olan iş sahibi (idareye) karşı sorumlu olan alt yüklenici değil asıl (ilk) yüklenicidir. Alt yüklenici, iş sahibi idareye karşı, asıl (ilk) müteahhidin sahip olduğu hakları ve def'ileri ileri sürme hakkına sahip olmadığı gibi iş sahibi idare de edimin ifasını alt yükleniciden değil ancak asıl (ilk) yükleniciden talep edebilecektir. Bu nedenledir ki alt yüklenici ile iş sahibi idare arasında eser (istisna) sözleşmesi ve de eser

sözleşmesinden doğan bir borç ilişkisi olduğunu ileri sürmek mümkün değildir.

Sözleşme ilişkisi bakımından alt yüklenicinin muhatabı asıl (ilk) yüklenicidir. Alt yüklenici ile asıl (ilk) yüklenici arasındaki ilişkinin niteliği ise yerine göre eser sözleşmesi olabileceği gibi hizmet sözleşmesi ve hatta vekâlet sözleşmesinin de söz konusu edilebileceği açıktır.

HİZMET İŞLERİNDE HUKUKİ İLİŞKİ

Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin (HİGŞ) 18'inci maddesi hükmüne göre, “...İdareler, işin özelliği nedeniyle alt yüklenici çalıştırılmasını öngörmedikleri işlerde, işlerin tamamının yüklenicinin kendisi tarafından yapılmasını isteyebilirler. Alt yüklenici çalıştırılmasının idarenin iznine tabi olduğu işlerde, işin nevi itibarıyla idarece izin verilen kısımlarını yapacak alt yüklenicilerin isimleri ve yapacakları iş bölümlerini, işin bütünü, hiçbir suretle alt yükleniciye yaptırmamak kaydıyla, idarenin onayına sunar. İdare, on beş (15) gün içinde alt yükleniciyi onaylayıp onaylamadığını bildirir. Alt yükleniciler, idarenin onayından sonra işe başlayabilecektir, aksi halde alt yükleniciler hiçbir suretle iş yerinde çalışamazlar. İdarece sözleşme imzalanmadan önce onaylanan listede yer alan alt yüklenicilerle bunlar işe başlamadan önce yüklenicinin sözleşme yapması ve bunun bir örneğini idareye vermesi gerekir. İşin başında idarece onaylanmış alt yüklenicilerin ve/veya yaptıkları iş kısımlarının işin devamı sırasında değiştirilerek, işin başka alt yüklenicilere yaptırılması da idarenin iznine ve yukarıdaki şartlara tabidir. Alt yüklenicilerin yaptığı bütün işlerden idareye karşı yüklenici sorumludur. Alt yüklenicilerin idarece kabul edilerek onaylanması bu sorumluluğu hiçbir şekilde kaldırmaz. İdare, alt yüklenici tarafından yapılan işlerin sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olmadığını tespit ederse, alt yüklenicinin değiştirilmesini veya alt yükleniciler tarafından yapılmasını istemediği herhangi bir iş bölümünün bizzat yüklenici

tarafından yapılmasını her zaman isteyebilir.”

HİGŞ’de işin bir veya birden fazla kısmının alt yüklenicilere gördürülmesi halinde asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında bir sözleşme yapılması zorunlu kılınmaktadır. Her ne kadar bu sözleşmenin yazılı olması gerektiğine dair bir ibare olmasa da “yapılacak sözleşmenin bir örneğinin idareye verileceği” ibaresinden hareketle bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Yine bu sözleşmenin yazılı olması yeterli olup noter tasdikli olması gerektiği bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere hizmet işlerinde de iş sahibi idare ile alt yüklenici arasında akdi bir ilişki söz konusu olmayıp, alt yüklenicinin sorumluluğu asıl yükleniciye karşıdır. Bunun da dayanağı asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında akdedilecek olan sözleşmedir. İş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki hukuki ilişki de ihale sonrası imzalanan sözleşme hükümlerine tabi olacaktır. Buradan hareketle, alt yüklenici edimini yerine getirmiş olsa dahi doğrudan doğruya iş sahibi idareye karşı herhangi bir talep hakkına sahip olmayacağı gibi iş sahibi idare de işin alt yüklenicinin hissesine düşen kısmın ifasını alt yükleniciden isteyemeyip işin tamamı için asıl yükleniciden ifa talep edebilecektir.

Hukuken vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek hizmet alımı sözleşmeleri (örneğin çöp toplama hizmeti alımı sözleşmeleri) bakımından da bu türden sözleşmelerde BK. m. 391/f.3 hükmü doğrudan uygulanamayacağından alt yüklenici ile iş sahibi idare arasında herhangi bir akdi ilişkiden bahsedilemeyecektir.

MAL ALIMLARINDA HUKUKİ İLİŞKİ

Mal alımları yönünden de hizmet işlerindeki gibi ayrıca bir düzenlemeye yer verilmemiş olup yukarıda izah edilen genel hükümlerin tatbiki gerekecektir. Gerçekte mal alımlarında alt

yüklenici çalıştırılması işin niteliği gereği ender rastlanan bir durumdur. Hazır mamul mal veya malzemelerin konu edildiği mal alımlarında alt yüklenici çalıştırılması pek mümkün görünmemektedir. Ancak imalat süreci gerektiren mallar açısından alım konusu edilen malın bir veya birden çok parçasının yüklenici tarafından dışarıdan temin edildiği veya bütünü oluşturan parçaların tamamının dışarıdan temin edilerek yüklenicinin sadece montajı yaparak teslim hazır mamul mal imal ettiği hallerde de idarece alt yüklenici çalıştırılmasına izin verilmiş olsa bile alt yüklenici ile iş sahibi idare arasında kanuni veya akdi bir ilişkiden söz edilemeyecektir.

Bu doğrultuda asıl yükleniciye üretip teslim ettikleri mal veya malzeme için alt yüklenicinin, malzeme veya emek bedelini iş sahibi idareden değil aralarındaki akdi ilişki gereği asıl yükleniciden talep etmesi gerekecektir. Aynı şekilde iş sahibi idare de alım konusu edilen mal veya malzemenin sözleşme hükümleri doğrultusunda teslimini asıl yükleniciden talep edebilecektir. Buradan hareketle, mal veya malzemenin montajının tamamlanması için gerekli olan parça veya parçaları hiç veya gereği gibi üretmemiş/teslim etmemiş olan alt yüklenicinin bu ifasının gecikmesi, asıl yüklenicinin sözleşme gereği edimini zamanında ve de sözleşme hükümlerine uygun şekilde yerine getirmesine engel teşkil etmeyecek, bu durum ifanın gecikmesini haklı kılar nitelikte bir sebep teşkil etmeyecektir.

Alt yüklenici ile iş sahibi idare arasında herhangi akdi ilişki bulunmadığından alt yüklenicinin yapmış olduğu bütün işlerden idareye karşı asıl yüklenici sorumludur. Alt yüklenicilerin iş sahibi idarece kabul edilerek onaylanması asıl yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı gibi alt yükleniciye de idareye karşı herhangi bir hak bahsetmemektedir. Ancak yapım işleri açısından alt yüklenicinin işin ifası için sarf ettiği malzeme ve emek bedelini asıl yükleniciden tahsil edemediği durumlarda B.K. m.

893/f.1./b.3. hükmü saklıdır. Bu halde B.K.'nu alt yükleniciye idareye ait taşınmaz üzerinde kanuni ipotek hakkını bahşetmektedir. Gerek Borçlar Hukuku gerekse Kamu İhale Hukuku'na göre alt yüklenici ile iş sahibi idare arasında sözleşmeden doğan akdi bir ilişkiden söz edilemez. Akdi ilişki bakımından alt yüklenicinin muhatabı asıl yüklenici, iş sahibi idarenin muhatabı da yine asıl yüklenicidir. Bu doğrultuda iş sahibi idarenin alt yükleniciye karşı herhangi bir ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.