



**T.C. İSTANBUL TİCARET
ÜNİVERSİTESİ**

**DIŞ TİCARET ENSTİTÜSÜ
WORKING PAPER SERIES**

Tartışma Metinleri

WPS NO/ 92 / 2017-05

**ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ VE
SONUÇLARI**

Ali Ziya KAHVECİ*

* aliziya kahveci@gmail.com İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi

Özet

Eser sözleşmesi hayatın her alanında kullanılan ve insanlık için vazgeçilmez bir nitelikte olan sözleşme türüdür. Bu sözleşme ile iş sahibi bir tablonun, vazonun, masanın ya da bir fabrikanın meydana getirilmesini yükleniciden talep eder ve yüklenici de bedeli karşılığında sözleşme konusu eseri meydana getirerek teslim eder. Ancak bazı hallerde yüklenici edimini zamanında ifa etmeyerek temerrüde düşer. İfa beklentisi içerisinde olan iş sahibi de esere zamanında kavuşamamasından dolayı zarar görmüş olabilir. İşte görülen bu zararın telafi edilmesi için de iş sahibine bir takım haklar tanınmıştır. Çalışmamızda da eser sözleşmesinden kısaca bahsettikten sonra yüklenicinin temerrüde düşmesi için gerçekleşmesi gereken şartlar, sonrasında ise temerrüde düşen yüklenici hakkında iş sahibinin başvurabileceği haklardan bahsedilecektir.

Anahtar Kelimeler: Eser, eser sözleşmesi, temerrüt, yüklenicinin temerrüdü

Abstract

The contract of work is a kind of contract which is used in every field of life and which is an indispensable qualification for humanity. With this contract, the Principal demands to the contractor construction of a table, vase, table or factory, and the contractor delivers the contract product in return for the price. In some circumstances, the contractor may be in a default as failing to perform on time. Then, the Principal anticipates the performance of duty, may have been suffered from non-performance as it should be in time. the Principal is being entitled to be compensated in view of such damages. In our work, after the introduction of contract of work, the necessary conditions of contractors' default and the rights of the principal against such default will be analysed.

Keywords: Work, contract of work, default in contract, contractor's default

Giriş

Eser sözleşmesi, en küçük vazo yapımından bir baraj inşasına kadar yaşamın her alanında yer alan sözleşme türlerinden birisidir. Bu sözleşme çerçevesinde yüklenici bir eseri meydana getirme edimini, iş sahibi ise eser karşılığında bedel ödeme edimini borçlanmıştır. Yüklenicinin edimini zamanında ifa etmemesi halinde ise yüklenicinin temerrüdünden söz edilecektir. Yüklenici temerrüde düşmesi için bir takım şartların meydana gelmesi gerekir. Bu şartlar; borcun muaccel hale gelmesi, ifa imkansızlığının bulunmaması, henüz ifada bulunulmamış olması, gecikmeyi haklı kılan bir olgu bulunmaması ve yükleniciye ihtar edilmesidir.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde ifa beklentisi olan iş sahibi zarara uğramış olabilir. Kanun da iş sahibinin bu zararını telafi etmek adına ona kimi haklara başvurma imkanı tanımıştır. İş sahibi bu durumda aynen ifa ve gecikme tazminatı, müsbet zarar talebi ya da sözleşmeden dönme ve menfi zarar talebinde bulunarak zararını gidermeyi amaçlayabilir.

1. Eser Sözleşmesinin Tanımı

Eser Sözleşmesi, iş sahibinin istek ve talimatları çerçevesinde bir eserin, bedeli karşılığında yüklenici tarafından meydana getirilmesini sağlamaktadır. Eser sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK.) çerçevesinde iş görme sözleşmesidir ve TBK. m. 470. hükmünde şu şekilde tanımlanmıştır. “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eseri meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmelerdir.*” Bunun yanında 818 sayılı eski Borçlar Kanunu (eBK.) m. 355 hükmünde de buna benzer bir tanım yapılarak şu ifadelerle yer verilmiştir. “*İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf(müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder*” Her iki madde metninden de anlaşılacağı üzere yüklenicinin yalnızca meydana getirme borcundan söz edilmiş ancak eserin teslim edileceği yönünde herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Her ne kadar yalnızca meydana getirme ifadesi yer almış olsa bile hem doktrinde (Gökyayla, 2009, s. 5) hem de Yargıtay kararlarında (Duman, 2009, s. 46) eserin teslim edilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Ayrıca her iki kanun metninde yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere eser sözleşmesi her iki tarafa karşılıklı borç yükleyen ve herhangi bir şekil şartı bulunmayan bir sözleşme türüdür.

2. Tarafların Borçları

Eser sözleşmesi, iş sahibinin bedel ödemekle yüklenicinin ise bir eseri meydana getirmekle borçlanmış olduğu bir sözleşme türüdür. Yani iş sahibinin bedel ödeme borcu karşılığında yüklenicinin de sözleşme konusu eseri meydana getirme ve teslim etme borcu söz konusu olmaktadır. Bu noktada öncelikle yüklenicinin meydana getirme borcu, akabinde de iş sahibinin bedel ödeme borcu üzerinde durulması gerekir.

2.1. Yüklenicinin Borcu

Eser sözleşmesinde yüklenicinin asli edim borcu eseri meydana getirmek ve iş sahibine teslim etmektir. Bu eserin teslimi sözleşmede belirlenen zamanda ve sözleşmedeki şartlara uygun şekilde olmalıdır. Bunun yanında eserin meydana getirilmesi esnasında da yüklenicinin başkaca borçları bulunmaktadır.

Bunlardan ilki, TBK. m. 471 hükmünde yer alan sadakat ve özen gösterme borcudur. Buna göre yüklenici, sözleşme konusu eseri meydana getirirken iş sahibinin menfaatlerini dikkate alarak işi sadakat ve özenle ifa edecektir. Sadakat borcu, iş sahibinin menfaatine olan işleri yapmak, menfaatine ters düşecek işlerden de kaçınmak olarak ifade edilebilir (Tandoğan, 1989/2010, s. 49). Bunun yanında yüklenicinin sadakat borcu yalnız eserin meydana getirilmesi sırasında değil, sözleşme sonrasında dahi iş sahibine ait olan proje, plan, vs. izinsiz şekilde kullanmamak ve iş sahibine ait sırları saklamak şeklinde devam edecektir (Öz, 2013, s. 121).

Yüklenici aynı zamanda işi özenle yapmak borcu altındadır. Bu borcun kaynağı olarak TBK. m. 471/1 hükmü gösterilebilir. Özen borcunun gösterme derecesi ise TBK. m. 472/2 hükmünde yer almaktadır. eBK. döneminde yüklenicinin özen gösterme borcu için hizmet sözleşmesindeki işçinin özen gösterme borcuna atıf yapılmış ve bu durum doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir (Becker, 1993, s. 598; Gökyayla, 2009, s. 172; Kocaağa, 2014, s. 95). TBK. m. 471/2 hükmü ile özen borcunu gösterme derecesi için benzer alanlarda faaliyet gösteren basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallar ilkesi getirilmiş ve doktrinde eleştirilen bu sorun giderilmiştir.

Yüklenici kural olarak işi kendisi bizzat yapmak borcu altındadır. Bu borcun kaynağı TBK. m. 471/3 hükmüdür. Ancak yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz etmediği

sözleşmelerde iş üçüncü bir kişi tarafından da yapılabilecektir. Örneğin bir ressamın ya da bir bestekarın işi kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğundan üçüncü bir kişi tarafından yapılamayacaktır (Eren, 2015, s. 609). Ancak taraflar arasındaki sözleşme konusu bir inşaatın yapılması ise bu halde üçüncü kişinin çalıştırılmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır (Erman, 2010, s. 44).

Yüklenicinin bir diğer borcu da aksine adet veya anlaşma olmadıkça eserin meydana getirilmesinde kullanılacak olan araç ve gereçleri temin etme borcudur. Bu borcun kaynağı ise TBK. m. 471/4 hükmüdür. Burada hizmet sözleşmesinden farklı olarak araç ve gereç sağlama borcu yükleniciye aittir (Uygur, 1993, s. 124).

2.2. İş Sahibinin Borçları

Eser sözleşmesi çerçevesinde yukarıda da görüleceği üzere yüklenici birden fazla borç altındadır. İş sahibinin ise meydana getirilen eserin bedelini ödemekten başka bir borcu bulunmamaktadır. Bedelin ödenme zamanı ise TBK. m. 479 hükmü gereğince eserin teslimi anında muaccel olacaktır.

Sözleşme metninde bedelin hangi şekilde ödeneceği konusunda bir hüküm bulunabilir. Bu noktada götürü bedel söz konusu olacaktır. Götürü bedel TBK. m. 480 hükmü içeriğinde yer almaktadır. Götürü bedel kendi içerisinde yalın götürü bedel, birim fiyat, değişken götürü bedel, yaklaşık bedel ya da maliyet artı kar payı şeklinde ayrılmaktadır (Öz, 2013, s. 56). Taraflar bunlardan birini seçerek bedelin ne şekilde ödeneceğini kararlaştırabilirler.

Taraflar arasındaki eser sözleşmesinde bedele ilişkin bir ifadeye yer verilmemiş ya da bedel yaklaşık olarak belirlenmiş olabilir. Bu durumda TBK. m. 481 hükmü gereğince bedel, eserin meydana getirildiği yer, zaman ve yüklenicinin harcamaları dikkate alınarak belirlenir. Bu bedel türüne ise değere göre bedel denilmektedir.

3. Yüklenicinin Temerrüdü

Eser, taraflarca belirlenen zamanda iş sahibine teslim edilmemiş ise yüklenicinin temerrüdü söz konusu olur. Bu durumda da TBK. genel hükümler uygulama alanı bulur.

İşin devamı sırasında meydana gelen gecikmeleri ele alan TBK. m. 473/1 hükmü ise burada kıyas yoluyla dahi uygulama alanı bulamayacaktır (Yavuz, 2014, s. 1023).

3.1. Temerrüdün Şartları

Yüklenicinin temerrüde düşmesi için borç muaccel hale gelmiş, imkansız hale gelmemiş, henüz ifada bulunulmamış, gecikmeyi haklı kılan bir başka bir sebep bulunmamış ve bu durum yükleniciye ihtar edilmiş olmalıdır.

Yüklenicinin temerrüdünden söz edebilmek için öncelikle muaccel hale gelmiş bir borç söz konusu olmalıdır. Muaccel kelimesi “ödeme zamanı gelmiş” anlamına gelmektedir. Taraflar arasındaki sözleşme içeriğinde eserin meydana getirileceği tarih belirtilmiş ise bu tarihte borç muaccel hale gelecektir. Taraflar arasındaki sözleşmede tarih belirtilmemiş ise o halde TBK. m. 90 hükmü gereğince işin niteliği ve tarafların iradeleri dikkate alınarak eserin meydana getirileceği tarih belirlenecektir (Ayan, 2008, s. 100).

İfanın imkansız olması halinde artık yüklenicinin temerrüdünden söz edilemeyecektir. Yani temerrütten söz edilebilmesi için edim ifa edilebilir halde olmalıdır. İfa imkansızlığı TBK. m. 136 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre ifa, borçlunun elinde olmayan sebeplerden dolayı imkansızlaşmış olursa artık borç sona erecek ve temerrüden söz edilemeyecektir. TBK. m. 136 hükmünden söz edebilmek için ise imkansızlık objektif (Tuhr, 1983, s. 610) ve sürekli (Aral ve Ayrancı, 2015, s. 395) olmalıdır.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi için gerekli olan bir diğer şart ise edimin ifasının yerine getirilmemiş olmasıdır. Eserin ayıplı ya da ayıpsız şekilde teslim edilmesi halinde artık ifa yerine getirildiğinden temerrütten söz edilemeyecektir.

Eserin zamanında teslim edilmemesini haklı gösterecek bir sebep varsa yüklenicinin temerrüdünden söz edilemeyecektir. O halde temerrüde düşmede başkaca bir engel bulunmamalıdır. TBK. m. 97 hükmü çerçevesinde talep edilebilecek bir karşı ifa talebi ya da TBK. m. 161 hükmü çerçevesinde talep edilebilecek zamanaşımı def'i halinde

artık yüklenicinin temerrüdünden söz edilemeyecektir (Karahasan, 2002, s.493; Öz, 2013, s. 149).

Temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan son şart ise yükleniciye ihtarında bulunulmuş olmasıdır. TBK. m. 117/1 hükmü çerçevesinde borcu muaccel hale gelmiş borçlu, alacaklının ihtarını ile temerrüde düşecektir. İhtarın hangi şekilde yapılacağı konusunda madde metninde bir açıklama bulunmamaktadır. Yazılı ve sözlü şekilde yapılabilir, ihtarın içeriğinde alacaklının talepleri açık ve net bir şekilde belirtilmelidir (Tuhr, 1983, s. 606). Eğer sözleşmenin tarafları tacir ve yapılan iş ticari bir iş ise bu noktada ihtar, Türk Ticaret Kanunu (TTK.) m. 18/3 hükmü gereği noter, taahhütlü mektup, telgraf ya da elektronik imzaya kayıtlı elektronik posta ile yapılacaktır. Ancak ister ticari iş olsun ister ticari iş olmasın her halükarda noter aracılığı ile ihtarında bulunmak taraflara ispat kolaylığı sağlayacak ve ileride meydana gelen sorunların önüne geçilecektir. İhtar yükleniciye ulaştığı anda sonuç doğuracaktır. Bazen de yükleniciye temerrüt ihtarını gönderilmeden yüklenici temerrüde düşebilir. Eğer sözleşme içeriğinde işin bitim tarihi açıkça yer alıyor ve bu günün geçmesine rağmen eser henüz teslim edilmemiş ise TBK. m. 117/2 hükmü kapsamında yüklenici ihtarına gerek kalmaksızın temerrüde düşecektir (Yavuz, 2014, s. 1023). Ayrıca TBK. m. 124 hükmünde belirtilenlerden birinin gerçekleşmesi halinde yine ihtarına gerek kalmaksızın yüklenici temerrüde düşecektir (Erman, 2010, s. 75).

3.2. Temerrüdün Sonuçları

Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde iş sahibinin başvurabileceği bazı hakları vardır. Bu haklar, eser sözleşmesinin tam iki taraflı borç yükleyen sözleşmeler olması sebebiyle TBK. m. 123-125 hükümleri arasında yer almaktadır. Bu halde temerrüde düşen yüklenici hakkında öncelikle TBK. m. 123 hükmüne göre uygun bir süre verilerek ondan borcunu ifa etmesi istenecek, TBK. m. 124 hükmünün uygulanacağı alanlarda süre verilmesine gerek duyulmayacak ve bunun sonucunda da iş sahibi, TBK. m. 125 hükmünde yer alan:

- Aynen ifa ve gecikme tazminatı
- Müspet zarar tazmini

- Sözleşmeden dönme ve menfi zarar tazmini seçeneklerinden birini seçebilecektir.

İş sahibinin bu üç seçenektan birini seçebilmesi için uyması gereken bazı kurallar vardır. İş sahibi doğrudan ikinci seçenekte yer alan müspet zarar tazmini seçeneğini ya da üçüncü seçenekte yer alan sözleşmeden dönme ve menfi zarar tazminini seçemeyecektir. Bu seçeneklerden önce yükleniciye uygun bir süre verilmeli ve aynen ifanın istenmesi gerekir. Eğer bu süre zarfında yüklenici işi bitiremez ise o halde diğer iki seçenektan birisine başvurulabilir. TBK. m. 125 hükmünde alacaklının her zaman aynen ifa ve gecikme tazminatı talebinde bulunabileceği yer almaktadır. Bu durumda iş sahibi henüz bir seçim yapmamış ise aynen ifa ve gecikme tazminatı talebinde bulunmuş olur, seçim hakkı sadece müspet zarar tazmini ile sözleşmeden dönme ve menfi zarar tazmini taleplerinde söz konusu olur (Kılıçoğlu, 2014, s. 733; Selimoğlu, 2016, s. 279).

Aynen ifa ve gecikme tazminatı talebi iş sahibi tarafından her zaman ileri sürülebilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere her zaman ileri sürülebildiği için taraflar arasındaki sözleşmeyi sona erdirebilecek bir seçenek değildir. İş sahibi aynen ifa talebinde bulunduğu zaman yüklenici de eksik kalan kısmı tamamlayarak eseri teslim eder, böylece *ifa menfaati* de sağlanmış olur (Selimoğlu, 2016, s. 280). Aynen ifa talebinin yanında ayrıca gecikmeden kaynaklanan zarar da talep edilebilir. Gecikme tazminatı talep edilebilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu bulunması ve zarar ile kusur arasında illiyet bağı olması gerekir (Öz, 2013, s. 155). Burada kusurlu davranmadığını ispat etmesi gereken taraf yüklenicidir (Ayan, 2008, s. 185). Gecikme tazminatı hesaplanırken hangi dönemlerin hesaba dahil edilip hangi dönemlerin dahil edilmeyeceğinin de belirlenmesi gerekir. Bir görüşe göre iş sahibi kötü niyetli bir şekilde susarak zamanı geçirir ve daha fazla gecikme tazminatı almayı amaçlayabilir, bunun önlenmesi için de TBK. m. 52 hükmü gereğince tazminat indirilmelidir (Karahasan, 2002, s. 622). Bir diğer görüş ise gecikme tazminatının zamanaşımı süresi sonuna dek istenebileceğini, zaten bu duruma neden olan tarafın yüklenici olduğunu ve bunun sonuçlarına katlanması gerektiğini savunmaktadır (Kurt, 2012, s. 214). Biz de burada ikinci görüş çerçevesinde hesap yapılmasını doğru bulmaktayız. İkinci görüşte de savunulduğu üzere zararın artmasına da azalmasına da sebep olan taraf yüklenicidir. Yüklenici daha çabuk hareket eder ve eksik kalan kısmı tamamlar ise hem daha az

gecikme tazminatı öder hem de iş sahibi esere daha çabuk şekilde kavuşmuş olur. Burada gecikmiş iş için ayrıca tazminatta indirim gidilmesi yüklenicinin ödüllendirilmesi anlamına gelir bu nedenle de birinci görüş bu tür sakıncalar doğurabilir.

Yükleniciye süre verilmesine gerek kalmayan haller TBK. m. 124 hükmünde yer almaktadır. Bunlardan ilki TBK. m. 124-1 hükmünde yer alan ek süre verilmesinin yararsız olacağına anlaşılması halidir. Örneğin yüklenicinin, şartları gerçekleşmemiş olmasına rağmen irade sakatlığı nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmiş olduğunu ifade etmesi ya da iş sahibinin temerrüde düştüğünü iddia ederek ödemezlik def'ine başvurması halinde artık ek süre verilmesinin yararsız olacağı kabul edilmiştir (Ayan, 2008, s. 220). Ek süre verilmesine gerek kalmayan bir diğer durum ise TBK. m. 124-2 hükmünde belirtilen artık borcun ifasının alacaklı tarafından yararsız hale gelmiş olmasıdır. Yararsız hale gelme durumu, somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. Örneğin sözleşme konusu bir yakıt deposu inşası ise ve işin gecikmesi sırasında yerel yönetim birimlerince artık o bölgede yakıt deposunun bulunması yasaklanmış ise artık ifa, alacaklı açısından yararsız hale gelmiştir (Öz, 2013, s. 162). Süre verilmesine gerek kalmayan son durum ise TBK. m. 124-3 hükmünde belirtilen sözleşmede kesin vade bulunması halidir. Kesin vadeden söz edebilmek için sözleşme metninde “vade sonunda hiç bir ek süre vermeksizin seçimlik haklardan birinin kullanılacağı” ya da “işin mutlaka belirlenen vade gününde bitmiş olacağı” şeklinde ifadeler yer almalıdır (Tuhr, 1983, s. 623; Öz, 2013, s. 162).

Yükleniciye verilen ek sürede ifanın yapılmamış olması ya da yukarıda belirtilen ek süre verilmesine gerek kalmayan hallerden birinin gerçekleşmiş olması halinde iş sahibi müspet zararını talep edebilecektir. Müspet zarar kavramı TBK. m. 125/2 hükmünde yer almaktadır. Müspet zarar talebi ile taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona ermeyecek, yalnızca eseri teslim etme borcu, zararı tazmin etme borcuna dönüşecektir (Selimoğlu, 2016, s. 353). Müspet zarar, iş sahibinin eseri teslim alamamasından kaynaklanan zarardır. Bu zarar, iş sahibinin şimdiki malvarlığı ile yüklenicinin eseri teslim etmesi halindeki farktan ibarettir (Hatemi ve Gökyayla, 2015, s. 272). TBK. m. 125/2 hükmünde müspet zarar talebi için yüklenicinin kusurlu davranması gerektiği yönünde bir ifade yer almamaktadır ancak doktrinde müspet zarar talebi için yüklenicinin kusurlu davranışı aranmaktadır (Oğuzman ve Öz, 2016, s. 513; Kılıçoğlu, 2014, s. 738).

Hatemi' ye göre dönme için kusur aranmamakta ancak akdi sorumluluk kusur sorumluluğu olduğu için tazminat talebi için kusur aranacaktır (Hatemi ve Gökyayla, 2015, s. 266).

İş sahibinin başvurabileceği bir diğer seçenek olan sözleşmeden dönme ve menfi zarar talebi ise TBK. m. 125/3 hükmünde yer almaktadır. İş sahibinin sözleşmeden dönme beyanı bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğindedir. (Hatemi ve Gökyayla, 2015, s. 270; Öz, 2013, s. 170; Buz, 2014, s. 75). Her ne kadar kural olarak dönme beyanı için bir şekil şartı aranmamış olsa da ticari iş niteliğindeki tacirler arası sözleşmelerde, TTK. m. 18/3 hükmünde sayılan vasıtalardan biri ile dönme beyanının kullanılması gerekir (Buz, 2014, s. 111). İş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde bu dönme beyanının ileriye mi yoksa geriye mi etkili yönde sonuç doğurduğu hususunda farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre dönme beyanı geriye etkili olur ve taraflar daha önce ifa etmiş oldukları edimleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade ederler (Oser ve Schöenberger, 1950, s. 793; Funk, 1938, s. 172; Oğuzman ve Öz, 2016, s. 522; Kılıçoğlu, 2015, s. 740). Özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yapılan dönme beyanı için ise doktrinde ayrıca aynı etkili dönme teorisi kabul edilerek burada sebepsiz zenginleşmeden farklı olarak istihkak talebine dayanan “yolsuz tescilin düzeltilmesi” davası ile arsa paylarının iş sahibine geri dönmesi gerektiği kabul edilmiştir (Öz, 2013, s. 173; Buz, 2014, s. 172). Bu görüşlerin aksi yöndeki yeni dönme teorisine göre ise sözleşmeden dönme beyanı ile taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona ermeyecek ve sözleşme hükümleri çerçevesinde bir tasfiye süreci başlayacaktır (Serozan, 2007, s. 74; Hatemi ve Gökyayla, 2015, s. 272) Sebepsiz zenginleşme görüşüne göre taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi ortadan kalkmakta ve daha önce yapılmış olan bütün edimler sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmektedir. Yeni dönme teorisine göre ise taraflar arasındaki sözleşme varlığını korumakta ve bu sözleşmeye göre bir tasfiye süreci başlamaktadır. Yeni dönme teorisi ile sözleşmede bulunan rehin ve kefalet gibi kimi teminatlar korunmaktadır, ancak sebepsiz zenginleşme görüşü kabul edilecek olursa sözleşme ortadan kalktığından bu teminatlar da ortadan kalkmış olacaktır, bu nedenle kanımızca yeni dönme teorisinin uygulanması gerekecektir. Yeni dönme teorisi ile tarafların sözleşmedeki iradeleri kısıtlanmamış olacaktır. Burada ayrıca sözleşmeye güvenilerek yapılmış olan sözleşme şekil masrafları ile ifayı kabul etmek için yapılan diğer masraflar menfi zarar kapsamında talep edilebilecektir(Hatemi ve Gökyayla, 2015, s.272).

Sonuç

Eser sözleşmesi, taraflar arasında tam iki tarafa borç yükleyen ve herhangi bir şekilde bağı olmayan sözleşmelerdir. Yüklenicinin eseri meydana getirme borcunun yanı sıra sadakat ve özenle davranmak, işi bizzat yapmak, araç ve gereçleri sağlamak gibi borçları da vardır. İş sahibinin ise yalnızca bedel ödeme borcu bulunmaktadır. Yüklenici belirlenen zamanda eseri teslim etmez ise borcunu gereği gibi yerine getirmemiş olur bu durumda da yüklenicinin temerrüdünden söz edilir. Yüklenicinin temerrüde düşmesi için borcun muaccel hale gelmesi, ifada imkansızlık bulunmaması, edimin henüz ifa edilmemiş olması, temerrüde düşmede başkaca bir engel kalmamış olması ve iş sahibinin müteahhide ihtarda bulunması gerekmektedir.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde tam iki taraflı borç yükleyen sözleşmelerde uygulanan TBK. m. 123-125 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Buna göre öncelikle TBK. m. 123 hükmüne göre yükleniciye uygun bir süre verilecek, TBK. m. 124 hükmünün uygulanabilir olması halinde süre verilmesine gerek kalmadan TBK. m. 125 hükmünde yer alan seçeneklerden birisine başvurulabilecektir. Buna göre iş sahibi aynen ifa ve gecikme tazminatı, müsbet zarar tazmini ya da sözleşmeden dönerek menfi zarar tazmini talebinde bulunabilecektir. Aynen ifa ve gecikme tazminatı talebi her zaman talep edilebilir. Müspet zarar, iş sahibinin ifaya olan menfaatini, onun sözleşme öncesi ve sonrası malvarlığındaki durumu gösteren zarar türüdür. Sözleşmeden dönme halinde ise kanımızca sebepsiz zenginleşme görüşünün yerine yeni dönme teorisi kabul edilmelidir. Yeni dönme teorisi ile taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi devam edecek ve böylece sözleşmedeki şartlar kapsamında bir sona ermeden bahsedilecektir

Kaynakça

Ayan, Serkan, (2008) *İnşaat sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü* Seçkin Yayıncılık, Ankara

Becker, Herman, (1993) *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi* Çev. A. Suat Dura Cilt 6., Yargıtay Yayınları

Buz, Vedat, (2014) *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme* Yetkin Yayınları, Ankara

Duman, İlker Hasan, (2015), *İnşaat Hukuku* 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara

Eren, Fikret, (2015) *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara

Erman, Hasan, (2010) *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi* 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul

Funk, Fritz, (1938) *Borçlar Kanunu Şerhi Umumi Hükümler* Çev. Hıfzı Veldet ve Celal Hakkı Selek, Üniversite Kitabevi, İstanbul

Gökyayla, Emre, (2009) *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği* Vedat Kitabevi, İstanbul

Hatemi, Hüseyin ve Gökyayla, Emre, (*Borçlar Hukuku Genel Bölüm* 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul

Karahasan, Mustafa Reşit, (2002), *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* Cilt 2., Beta Yayınları, İstanbul

Kılıçoğlu, Ahmet M., (2014), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara

Kocağa, Köksal, (2014), *İnşaat Sözleşmesi* Yetkin Yayınları, Ankara

Kurt, Leyla M., (2012), *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü* Yetkin Yayınları, Ankara

Oğuzman, Kemal ve Öz, Turgut (2016) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt 1., 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul

Oser, H. ve Schönerberger W., (1950) *Borçlar Hukuku* Çev. Recai Seçkin, Cilt 2., 2. Baskı, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara

Öz, Turgut, (2013) *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat* Vedat Kitapçılık, İstanbul

Selimoğlu, Yaşar Engin, (2016) *Eser Sözleşmesi* 3. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara

Serozan, Rona, (2007) *Sözleşmeden Dönme* 2. Baskı, Vedat Kitapçılık

Tandoğan, Haluk, (2010) *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2. Cilt, 5. Baskı (Tıpkıbasım), Vedat Kitapçılık, İstanbul

Tuhr, Andreas von, (1983) *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı* Çev. Cevat Edege, Cilt 1-2., 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara

Uygur, Turgut, (1993) *Açıklamalı - İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi* Ankara

Yavuz, Cevdet, (2014) *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul