

alacaklı borcun yerine getirilmesini (ifayı) ve gecikme tazminatını zamanaşımı içerisinde isteyebilir davacı olan alacaklı, bu seçimlik hakkını kullanmadığı takdirde, sözleşmenin yerine getirilmesini ve tazminat istediği yolunda bir karinenin varlığı kabul edilir. Bu karinenin dayanağı da yüklenicinin özen borcudur. Eser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak, işin görüşülmesi ve tesliminde işçiye göre daha yüksek özen göstermelidir . Yüklenici bir

iŖi üŖtlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iŖ için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranıŖ olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu, iŖin teslimine kadar devam eder ,Yüklenicinin bu sorumluluğunun bulunması nedeniyle iŖ sahibi fesih hakkını kullanmaması nedeniyle zararın artmasına sebep olmakla kusurlu kabul edilemez.

T.C.

Yargıtay

15. Hukuk Dairesi

Esas No:2017/353

Karar No:2018/1820

K. Tarihi:

Mahkemesi :Ticaret Mahkemesi

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

– K A R A R –

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan alacak ile ilgili yapılan icra takibine itirazın iptâli talebine ilişkin olup, mahkemece davanın reddine dair verilen karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı davasında kendisine ait olan mağazada 1 adet tavan tipi soğutma cihazı, soğuk depoya ait soğutma cihazları ile kapılarının temini, nakliyesi, montajı, işçiliği ve bağlı sistemlerinin teslimi işini 18.08.2011 tarihli sözleşme ile davalının üstlendiğini, sözleşmenin 6.2 maddesinde; sözleşme konusu tavan modeli soğutma ünitesinin sözleşmenin imzalanmasını takip eden 7 iş günü içerisinde, soğuk depo, depo kapısı temin ve montaj işinin ise davalı firmaya yer teslimi yapılmasından itibaren 7 iş günü içerisinde tamamlanarak eksiksiz ve kullanılır vaziyette anahtar teslim edileceğinin kararlaştırıldığını, 05.09.2011 tarihinde tam ve eksiksiz teslimi gereken soğuk deponun 11.10.2011 tarihinde teslim edildiğini, depo kapılarının ise tüm ihtarlara rağmen 127 gün gecikme ile 18.02.2012 tarihinde teslim edilebildiğini, sözleşmede gecikilen her gün için 100,00 euro gecikme cezası ödeneceğinin kararlaştırıldığını, gönderilen ihtarname ile gecikme cezasının talep edildiğini, ancak ödenmediğini bunun üzerine biriken 12.700 euro gecikme cezasından davalı şirket alacağı olan 4.074 euro'nun mahsubu ile 9.626 euro ile sözleşmenin 12. maddesi gereği davalı

şirketçe ödenmesi gereken 100,27 TL damga vergisi ve faiz alacağı olmak üzere 22.641,00 TL'nin tahsili için icra takibi yaptıklarını ancak davalının takibe itiraz ettiğini belirterek itirazın 20.110,86 TL ana para 149,12 TL faiz borcu olmak üzere toplam 20.259,98 TL'lik kısmının iptâline karar verilmesini talep etmiş,davalı savunmasında sözleşmede yapılacak imalâtın bedelinin 1.000 euro malzeme tesliminde, kalan 4.074,00 euronun ise 16.09.2011 tarihinde 1.500,00 euro, 16.10.2011 tarihinde 1.500,00 euro, 18.11.2011 tarihinde 1.074,00 euro olarak ödenmesinin kararlaştırıldığını, davacının 1.000,00 euro tutarındaki kısım hariç diğer kısımlara ilişkin ödemeyi gerçekleştirmediğini, üzerine düşen edimi yerine getirmeyen davacının cezai şart talep edemeyeceğini, davacının yer tesliminden kaçınması sebebi ile yer tesliminin ancak 04.10.2011 tarihinde yapılabildiğini, kararlaştırılan süre içerisinde imalâtın yapılarak davacı yana teslim edildiğini, açıklayarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece taraflar arasındaki sözleşmede 10. madde de tarafların temerrüdünün düzenlendiği buna göre yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafın 10 gün öncesinde karşı tarafa yazılı olarak bildirip 10 gün içerisinde yükümlülüğünü yerine getirmek zorunda olduğu, aksi halde tek taraflı haklı sebeple fesih olunacağını düzenlendiği, bu madde ile 10 günlük cezalı çalışma süresi kabul edildiği, BK'nın 52. maddesi kapsamında zarar gören hakkını kullanmayıp zararın arttıramayacağı, bu kapsamda davacı yan iş sahibinin 17.10.2011 tarihli ihtarnamesinde sözleşmenin 10. maddesi kapsamında 10 gün içerisinde tamamlanması aksi halde haklı sebeple fesih edileceğini belirten ihtarnameyi gönderdiği, bu suretle 10 günlük cezalı çalışma süresinin kabul edildiği, sözleşmenin 6.2. maddesi son cümlesi gereği, dilerse sözleşmeyi fesih edebileceği, ilaveten gecikme cezası da isteyebileceği belirtilmiş olmakla sözleşmeyi fesih etme hakkını kullanmayan davacının 10 günlük cezalı çalışma süresi için cezai şart isteyebileceği, buna göre talep edilebilecek cezanın 1.000,00 euro olup davalının imalât bedelinden olan 3.300 euro

alacağının davacı alacağından daha fazla olması nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir.

Taraflar arasında düzenlendiği ihtilafsız olan sözleşmede yapılacak imalâtın bedelinin 4.300,00 euro+KDV olarak belirlenip ödemenin 1.000 euro peşin kalanının "anahtar teslimi işin tamamlanması kaydıyla 3 taksitte yapılacağı kabul edilmiş, işin yer tesliminden itibaren 7 iş gününde bitirilmesi kararlaştırılmış, aynı sözleşmenin 7. maddesinde işin süresinde bitirilememesi halinde günlük 100 euro ceza ödenmesi kabul edilmiştir. Dosya kapsamından davalıya yapılan yer teslimine rağmen işin süresinde bitirilemediği anlaşılmaktadır.

Taraflar arasındaki sözleşme karşılıklı edimleri içeren eser sözleşmesi niteliğindedir. Sözleşme tarihi itibarıyla yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinde, karşılıklı yükümlülükleri içeren sözleşmelerde borcun yerine getirilmemesi veya gecikme halinde, alacaklının hakkını nasıl kullanacağı düzenlenmiştir. Özellikle BK'nın 106/II. maddesinde borcun yerine getirilmesinde direnilmesi halinde alacaklıya, üç seçimli hak verilmiştir: bunlar 1-Her zaman gecikmiş işi yerine getirme (ifayı) ve gecikme tazminatı isteme; 2- Sözleşmenin yerine getirilmesinden vazgeçilerek olumlu (müsbet) zararını isteme; 3- Sözleşmeden dönme (fesih) ve olumsuz (menfi) zararı isteme olarak açıklanmıştır. Hukuk öğretisinde ve Dairemizin yerleşmiş görüşüne göre borcun yerine getirilmemesi halinde, alacaklı, BK 106/II'deki hakkını her zaman kullanabilir; ancak kullanmak zorunda da değildir. Bu nedenle alacaklı borcun yerine getirilmesini (ifayı) ve gecikme tazminatını zamanaşımı içerisinde isteyebilir davacı olan alacaklı, bu seçimli hakkını kullanmadığı takdirde, sözleşmenin yerine getirilmesini ve tazminat istediği yolunda bir karinenin varlığı kabul edilir. Bu karinenin dayanağı da yüklenicinin özen borcu dur. Eser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak, işin görüşülmesi ve tesliminde işçiye göre daha yüksek özen göstermelidir (BK. m. 356/I). Yüklenici bir işi üstlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu

iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder (Emsal Yargıtay HGK 1991/15-340 Esas 1991/467 Karar 09.10.1991 tarih) Yüklenicinin bu sorumluluğunun bulunması nedeniyle iş sahibi fesih hakkını kullanmaması nedeniyle zararın artmasına sebep olmakla kusurlu kabul edilemez.

Somut olayda taraflar arasındaki sözleşmede işin teslim edileceği tarih belirlenmiş, yapılacak ödemelerde ilk ödeme dışında kalanlar işin teslimi şartına bağlanmıştır. Bu durumda davalı işi kararlaştırılan sürede yerine getirmek zorunda olup, iş sahibi sözleşmeyi feshe zorlanamayacağından sözleşme ayakta olduğu sürece gecikme cezasına isteme hakkına sahiptir. Bu nedenle Mahkemenin davacının sözleşmeyi feshetmediği sadece 10 günlük ceza istenebileceğine ilişkin gerekçesi doğru olmamıştır. Ancak yine 818 sayılı BK'nın 161/son maddesi uyarınca hakim fahiş gördüğü cezaları tenkisle mükelleftir. Hukuk Genel Kurulu'nun 20.03.1974 gün, 1970/T-1053 Esas 1974/222 Karar sayılı kararı uyarınca, ceza, tacirin İktisaden mahvına neden olabilecek derecede ağır ise tamamen kaldırılabilir gibi, tenkis yoluna da gidilebilir (Emsal Yargıtay 15. HD. 2009/635 Esas 2010/64 Karar 18.01.2010 tarih). Bu nedenle mahkemece davalının işin gecikme nedenleri ile ilgili savunmalarında incelenerek gerektiğinde bilirkişi heyetinden ek rapor da alınarak belirlenecek gecikme süresine göre uygulanması gereken cezanın hesabı sırasında BK'nın 161. maddesi gereğince tenkis konusunda da değerlendirme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın temyiz eden davacı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 08.05.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.