

tarafklar arasında düzenlenen ihale sözleşme maddesi gereği sözleşmenin eki olan Genel Şartname maddelerinde ifade edilen ilke ve esaslara göre hesaplama yapılmadığı için usul ve yasaya uygun olmadığı gibi sonuç miktarlar itibariyle de farklı rakamları içermektedir Alınan raporlara köklü ve teknik itirazlar bulunmasına rağmen alınan ek raporlar bu itirazları karşılamaktan uzaktır Hesaplama yöntemi ile doğru olmayan ve çelişkiler içeren, köklü ve teknik itirazları karşılamaktan uzak

raporlar dayanak alınarak karar verilmesi doğru olmamıştır

15. Hukuk Dairesi

2017/2438 E. , 2017/4549 K.

.

“İçtihat Metni”

Mahkemesi : ...Ticaret Mahkemesi

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış, eksiklik nedeniyle mahalline iade edilen dosya ikmâl edilerek gelmiş olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

– K A R A R –

Asıl dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan kesin hesap çıkarılması, birleşen dava ise bakiye iş bedeli alacağının tahsili amacıyla yürütülen icra takibine itirazın iptâli davasıdır. Davacı yüklenici, davalı ise, iş sahibidir. Davacı yüklenici vekili; asıl davada, müvekkilinin davalı şirketin elektirik dağıtım şebekeleri ve ... dağıtım hatları proje taahhüt işlerini yapmakta olduğunu ve taraflar arasında ihale suretiyle sözleşme imzalandığını, hakedişler karşılığı bir kısım iş bedelinin ödendiğini ancak bakiye alacaklarının ödenmediğini ve kesin hesabın tüm taleplerine rağmen çıkarılmadığını, kesin hesabın çıkarılmasını ve alacaklarının tespitini ve 228.647,74 TL alacaklarının tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı iş sahibi vekili; sözleşmeye aykırı şekilde fatura düzenlediğini ve bu faturanın iade edildiğini, karşılıklı

olarak faturaların iade edildiğini ve kesin hesabın mevzuata uygun şekilde hazırlandığını davacı tarafın bu hesabı kabul etmediğini haksız davanın reddini savunmuştur.

Birleşen davada davacı yüklenici vekili; iki hakedişe istinaden kesilen faturalardan bakiye alacağın tahsili talebiyle yapılan icra takibine itiraz edildiğini, itirazın iptâli ve icra inkâr tazminatına karar verilmesini talep etmiştir.

Birleşen davada davalı iş sahibi vekili; kesin hesaba ilişkin dava açıldığını ve bu davaların birleştirilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece yapılan yargılama sonucunda asıl davanın kabulüne ve birleşen davanın kısmen kabul ve kısmen reddine karar verilmiş, verilen karar davalı vekilince yasal süresi içerisinde temyiz edilmiştir.

... 1. İcra Müdürlüğü'nün 2012/10965 Esas sayılı takip dosyası incelendiğinde; alacaklı davacı tarafından borçlu davalı aleyhine 206.130,98 TL asıl alacak, 36.250,02 TL işlemiş faiz olmak üzere 242.381,00 TL alacağın takip tarihinden itibaren işleyecek %17.75 faiziyle birlikte tahsili amacıyla takip başlatıldığı, 26.09.2012 tarihinde yapılan takipte ödeme emrinin 02.10.2012 tarihinde tebliğ edildiği, davalı borçlunun 09.10.2012 tarihinde yaptığı itiraz üzerine takibin durdurulduğu ve 1 yıllık yasal süresi içerisinde itirazın iptâli davasının açıldığı anlaşılmıştır.

Taraflar arasında; davalı idare tarafından açılan ihale sonucu, 11.11.2010 tarihli ve "... vv İlleri Elektrik Dağıtım Şebekeleri ve ... Dağıtım Hatları Projeleri Yapım İşİ" konulu sözleşmenin imzalandığı konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Taraflar arasında uyuşmazlık; kesin hesap çıkarılması ve kesin hesaptan davacı yüklenicinin bakiye iş bedeli alacağının bulunup bulunmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Taraflar arasında düzenlenen sözleşme, imzalandığı ve davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi niteliğindedir. Uyuşmazlığın, eser sözleşmesi

hükümlerine göre değerlendirilip çözülmesi gerekli ve zorunludur. Taraflar arasında düzenlendiği çekişmesiz olan 11.11.2010 tarihli sözleşmenin 9.2 maddesinin 6. bendine göre Hizmet İşleri Genel Şartnamesi hükümleri sözleşmenin eki olduğundan 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun 193. maddesi (1086 sayılı HUMK 287. maddesi) uyarınca delil sözleşmesi niteliğinde olup mahkemece resen gözetilmelidir. Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 37. maddesinde sözleşmede fiyatı belli olmayan işlerin değerinin nasıl hesaplanması gerektiği, 53. maddesinde ise ilave işlerin değerinin nasıl hesaplanacağı hüküm altına alınmış bulunmaktadır. 0 halde hesaplamaların bahsi geçen hüküm ve ilkelere göre hesaplanması gerekli ve zorunludur.

Mahkemece yapılan yargılama sırasında bir bilirkişi heyetinden bir asıl, iki ek rapor alınmış ve bu raporlara göre hüküm kurulmuştur. Alınan asıl ve ek raporlar; taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin 9.2 maddesinin 6. bendi gereği sözleşmenin eki olan Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 37 ve 53. maddelerinde ifade edilen ilke ve esaslara göre hesaplama yapılmadığı için usul ve yasaya uygun olmadığı gibi, sonuç miktarlar itibariyle de farklı rakamları içermektedir. Alınan raporlara köklü ve teknik itirazlar bulunmasına rağmen alınan ek raporlar bu itirazları karşılamaktan uzaktır. Hesaplama yöntemi ile doğru olmayan ve çelişkiler içeren, köklü ve teknik itirazları karşılamaktan uzak raporlar dayanak alınarak karar verilmesi doğru olmamıştır.

Mahkemece asıl davada tahsiline karar verilen alacağa kesin hesabın çıkarılmaması nedeniyle temerrüt tarihi olan 10.05.2012 tarihinden itibaren faiz uygulanmıştır. Dava konusu alacak sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Sözleşme ilişkisinden kaynaklanan alacaklara temerrüt faizi yürütülebilmesi için ya sözleşmede borcun ifa edileceği günün taraflarca ittifakken kararlaştırılması (BK madde 101/II., TBK 117/2) ya da alacağın muaccel olmasından sonra davalı borçlunun alacaklının ihtarı ile temerrüte düşürülmesi gerekir (BK madde 101/I TBK 117/1). İşin kesin hesabının çıkarılmamış olması, temerrüt oluşturmayaacağından faize başlangıç alınamaz. Somut olayda

davalı borçlu dava tarihinden önce ihtarla temerrüte düşürülmediği gibi, sözleşmede kararlaştırılmış kesin vade de bulunmadığından, temerrüt, davanın açıldığı tarihte oluşmuştur. Bu durumda mahkemece dava tarihinden itibaren faizine hükmedilmesi gerekirken faizin daha önceki bir tarih olan 10.05.2012 tarihinden başlatılması doğru olmamıştır

Mahkemece birleşen itirazın iptâli davasında asıl alacak hükme bağlanmış işlemiş faizin hesaplanması bilirkişi incelemesi gerektirdiğinden bahisle usul ekonomisi gereği hesaplanmaksızın asıl alacak üzerinden karar verilip 10.05.2012 tarihinden itibaren faize hükmedilmiştir. Öncelikle davaya konu ... 1. İcra Müdürlüğü'nün 2012/10965 Esas sayılı takip dosyası takip konusu edilen 206.130,98 TL asıl alacak ve 36.250,02 TL işlemiş faiz olmak üzere 242.381,00 TL alacak takip konusu edilmiş, borçlunun itirazı üzerine harcı ödenmek suretiyle toplam 242.381,00 TL üzerinden itirazın iptâli davası açılmıştır.

6100 sayılı HMK'nın Hükmün Kapsamı başlıklı 297. maddesinin 2. bendi hükmüne göre; hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekli ve zorunludur. İşlemiş faiz dava konusu edildiğinden bu taleple ilgili usul ekonomisi gerekçe gösterilerek hüküm verilmemesi, bahsi geçen kanun hükmüne açık bir aykırılık teşkil eder. İşlemiş faiz hesabı yapılmaksızın hüküm kurulması doğru olmamıştır. Birleşen davada işlemiş faizde dava konusu edildiğinden bu davada ki alacak yönünden temerrüt 15.04.2012 tarihli ihtarnamenin tebliğ tarihine 7 gün eklenmek suretiyle temerrüt 24.04.2012 günü itibariyle oluşmuş ise de, mahkemenin kabul ettiği 10.05.2012 tarihi konusunda davacının temyiz talebinde bulunmadığı bu nedenle davalı yararına usuli kazanılmış hak olduğu gözetilerek 10.05.2012 tarihinden itibaren işlemiş faiz hesabı yapılarak hüküm kurulmalıdır.

Öte yandan mahkemece davacı alacaklı yararına kabul edilen asıl alacağın %20'si oranında icra inkâr tazminatının

davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Ancak, İcra İflas Kanunu'nun 67. maddesi hükmü gereğince, itirazın iptâli davasında, hükmolunan alacağa icra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için anılan Kanun hükmünde öngörülen tüm yasal koşulların gerçekleşmesi ve bu kapsamda alacağın davalı borçlu tarafından belirlenebilir yani likid olması gerekir. Somut olayda alacak yargılama sonucu bilirkişi raporu ile belirlendiğinden likid değildir. Bu haliyle hüküm altına alınan asıl alacak yönünden icra inkâr tazminatı isteminin reddi gerekirken kabulü de doğru olmamıştır.

Mahkemece yapılması gereken iş; 6100 sayılı HMK'nın 266 ve devamı madde hükümlerine uygun seçilecek uzman bilirkişi heyetinden mahkemenin ve Yargıtay'ın denetimine elverişli rapor alınarak, taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin 9.2 maddesinin 6. bendi gereği sözleşmenin eki olan Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 37 ve 53. maddelerinde ifade edilen ilke ve esaslara göre iş bedeli belirlenmeli ve çekişmesiz ödemeler düşülerek davacı yüklenici alacağı hesaplanmalı, alınacak raporun önceki raporlarla çelişkili ve yeterli olmaması durumunda gerektiğinde yeni bir heyetten rapor alınarak gerçeğin ortaya çıkarılması suretiyle asıl ve birleşen davalarda hüküm kurulması, asıl davada hükme bağlanacak alacağa az yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı dava tarihinden itibaren faize hükmedilmeli, birleşen davada işlemiş faizde dava konusu edildiğinden bu davada ki alacak yönünden temerrüt 15.04.2012 tarihli ihtarnamenin tebliğ tarihine 7 gün eklenmek suretiyle temerrüt 24.04.2012 günü itibariyle oluşmuş ise de, mahkemenin kabul ettiği 10.05.2012 tarihi konusunda davacının temyiz talebinde bulunmadığı bu nedenle davalı yararına usuli kazanılmış hak olduğu gözetilerek 10.05.2012 tarihinden itibaren işlemiş faiz hesabı yapıp hüküm kurulmalı, birleşen dava açısından alacak likid olmayıp belirlenmesi yargılamayı gerektirdiğinden icra inkâr tazminatı talebinin reddine karar verilmesinden ibarettir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün davalı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden

davalıya geri verilmesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 25.12.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.