

ihalede Kesin hakedişten önce açılan dava yönünden kesin hakedişe yapılan kesinti yönünden ihtirazi (şerh) kayda gerek olmadığı hk.

15. Hukuk Dairesi

2019/2672 E. , 2020/1099 K.

.

“İçtihat Metni”

Mahkemesi :Asliye Hukuk Mahkemesi

Yukarıda tarih ve numarası yazılı bozmaya uyularak verilen hükmün duruşmalı olarak temyizen tetkiki davalı vekili tarafından istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde temlik eden ...A.Ş. vekili Avukat ..., temlik alan ... vekili Avukat ... ile davalı vekili Avukat ... geldi. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan taraflar avukatları dinlendikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması başka güne bırakılmıştı. Yargıtay Başkanlar Kurulu’nun 26.03.2020 tarih, 15.04.2020 ve 30.04.2020 tarihli kararları ile en son müzakerelerin 31.05.2020 tarihine kadar ertelenmesine karar verilmiş ise de, erteleme süresince acil, öncelikli ve zorunlu işler ile kurul ve daire başkanlıklarınca uygun görülecek dosyalarla ilgili olarak müzakere ve duruşmaların yapılıp yapılmayacağı hususu kurul ve daire başkanlıklarının takdirine bırakılmış olup, eldeki davanın duruşmalı temyiz edilerek duruşması da yapılmış olmakla Daire Başkanlığınca Yargıtay Kanunu da dikkate alınarak işin acil ve öncelikli incelenmesi gerektiği takdir edilerek

bu kere dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü:

– K A R A R –

Asıl dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan istirdata dönüşen menfi tespit, birleşen dava, hakedişten haksız kesilen miktarın tahsili talebiyle açılan alacak davasıdır. Asıl ve birleşen davada davacı yükleniciden temlik alan, davalı ise, iş sahibidir.

Asıl davada davacı vekili; müvekkillerinin 11.11.2010 tarihli sözleşme ile davalı ... Federasyon Başkanlığına ait Atatürk Voleybol Salonu tadilatı ve ek bina yapılması işini üstlendiğini, sözleşmenin eki inşaat şartnamesinin genel notlar bölümünde “mevcut çelik konstrüksiyonlu binanın ana taşıyıcı çelik aksamı ile konstrüksiyonlu cephe ve çatı kaplamalarının hasar verilmeden sökülerek 150 km ileride idarece yeri belirlenecek alana naklinin” kararlaştırıldığını, yapım sürecini dış cephe kaplamasının hasarsız sökülmesinin mümkün olmadığını, bu durumun davalı idarenin kontrol mühendisi ile tutanak altına alınarak davalı idareye bildirildiğini, ayrıca durumun 29.12.2011 tarihinde ihtaren tekrar davalıya bildirilmesine karşın davalının 05.06.2012 tarihinde, yönetim kurulu kararı alarak hasarsız sökülmesi mümkün olmayan malzeme bedelinin müvekkili şirketten tahsil edileceğini karara bağladığını ancak bunu müvekkiline bildirmediğini, bu kararın 25.01.2013 tarihli yazı ile müvekkiline bildirildiğini, maddi olarak hasarsız sökülmesi ve tekrar kullanılması mümkün olmayan malzeme bedelinin müvekkiline yüklenmesinin haksız olduğunu belirterek haksız durumun tespiti ile müvekkilinin dış cephe kaplamasının sökümü nedeniyle davalıya 129.288,09 TL borcunun olmadığını tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Asıl davada davalı vekili; davacıların ihale aşamasında projelere ve ihale kapsamında süresi içinde itirazları bulunmadığını, yüklenicilerin ihale aşamasında yer incelemesi yapmakla yükümlü tutularak her türlü zarardan mesul tutulacağı

ve zarar karşısında herhangi bir ödeme yapılmayacağını bildirildiğini, ihale dökümanları arasında çelişen teknik durumlar olduğunda bunun belirli bir sürede düzeltilmesinin talep edilmesi gerektiğinin yazılı olduğunu, Vera İnşaat'ın Atatürk Voleybol Salonundan sökülen cephe kaplama malzemelerin montaj sorumluluğunun yükleniciye ait olduğu, teknik olarak yapılması mümkün olan ve ihale şartnamesinde belirtilmiş olan söküm ve montajın yüklenicinin sorumluluğunda olduğunun belirtildiğini, alüminyum panel cephe kaplamalarının kullanılacağı ancak dış cephe terracota kaplama ile ilgili herhangi bir malzemenin ...'ya gelmemesinden dolayı Atatürk Voleybol Salonundaki metraj kadar dış cephe seramik kaplamaları ilave imalatlar olarak değerlendirileceğini, taş cephe malzemelerinin karşılanması durumunda işçilik ve taşıma ücretlerini kendilerinin karşılayacağını belirttiklerini ve davacının iddialarının mesnetsiz olduğunu, tüm işlerin sorunsuz olarak yapıldığını beyan ederek davanın reddine karar verilmesini karar verilmesini, yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin karşı tarafa yüklenmesini olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Birleşen ...23. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2014/51 Esas sayılı dosyasında, davacılar, taraflar arasında 11.11.2010 tarihli sözleşme imzalandığını, ...Atatürk Voleybol Salonu tadilatı ve ek bina yapılması işinin yüklenici olarak kendilerine verildiğini, davalı tarafından hazırlanan demontaj planına uygun şekilde mevcut binanın çelik makasları sökülerek ... Voleybol Salonu inşaatına nakledildiğini, yine sökümü yapılan taş cephe kaplamasının gerek harçlı olması, gerekse vidaların taş altında kalması ve söküm mesafesi bulunmaması sebebiyle hasarsız sökülmesinin mümkün olmadığını, davalının tekrar kullanılması öngörülen çelik çatı aksamı ile tekrar kullanılması olanaksız malzemeleri hiçbir tespit yaptırmadan hurda değeri ile sattığını, buna karşılık Nilüfer Voleybol Salonu için satın alınan malzemelerin bedellerini ve işçilik bedeli olan 548.381,69 TL'yi hakedişten kestiğini belirterek, kesilen bedelin 18.05.2012 geçici kabul tarihinden itibaren işletilecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar

verilmesini talep etmiş, davalı iş sahibi ise davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece açılan ilk davanın kabulüne karar verilmiş, verilen kararın davalı iş sahibi vekilince temyiz edilmesi üzerine Dairemizin 24.02.2016 tarih, 2015/3830 Esas, 2016/1224 Karar sayılı ilamı ile bozulması üzerine bozmaya uyularak yeniden yapılan yargılama sonucu asıl davanın kabulü, birleşen davanın kısmen kabul ve kısmen reddine karar verilmiş verilen karar davalı iş sahibi vekilince yasal süresi içerisinde temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle yüklenicinin 23.09.2013 tarihli kesin hakedişi usulüne uygun ihtirazi kayıtlarla imzaladığı, kesin hakediştten önce açılan dava yönünden kesin hakedişe yapılan kesinti yönünden ihtirazi kayda gerek olmadığının anlaşılmasına göre davalı iş sahibi vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir.

2-Mahkemece verilen ilk karar Dairemizin 24.02.2016 tarih, 2016/3830 Esas, 2016/1224 Karar sayılı ilamı ile aynı sözleşmeden kaynaklanan ...23. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2014/51 Esas sayılı dosya ile bu dosya arasında bağlantı bulunduğundan birleştirilerek görülmesi gerektiği belirtilerek bozma kararı verilmiş ve bozmaya uyan mahkemece bozma doğrultusunda birleştirme kararı verilerek her iki dosya birlikte görülmüştür.

Taraflar arasında 11.11.2010 tarihli "Atatürk Voleybol Salonu tadilatı ve ek bina yapım işi "için eser sözleşmesi niteliğinde sözleşme imzalandığı konusunda taraflar arasında çekişme bulunmamaktadır. Taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan husus; sözleşmenin eki inşaat şartnamesinin genel notlar bölümünde "mevcut çelik konstrüksiyonlu binanın ana taşıyıcı çelik aksamı ile konstrüksiyonlu cephe ve çatı kaplamalarının hasar verilmeden sökülerek 150 km ileride idarece yeri belirlenecek alana naklinin" kararlaştırıldığı, yapım sürecinde dış cephe kaplamasının hasarsız sökülmesinin mümkün olup olmadığı bir başka deyişle ifa imkânsızlığı bulunup

bulunmadığı noktalarında toplanmaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun 136/1. Maddesinde; “Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.” ve 138/1. maddesinde ise; “Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.” hükümleri bulunmaktadır.

Somut olaya geçmeden önce konunun detaylı bir şekilde ortaya konulması yararlı olacaktır.

İfa imkansızlığı kurumu yukarıda belirtildiği üzere TBK’nın 136. maddesinde düzenlenmiş olup, borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsız olmasını ifade etmektedir. Diğer bir deyişle; ifanın imkânsız hale gelmesi, borçlunun edimini yerine getirmesine engel olan, giderilmesi imkânı bulunmayan bir engelin ortaya çıkması haliolarak ele alınmaktadır. Bu imkânsızlık geçici olabileceği gibi sürekli ve kesin de olabilmektedir. İmkânsızlık halinin, maddi, hukuki yada ekonomik sebeplerden doğması mümkündür. Bu imkansızlık haline doktrinde “kusursuz sonraki imkânsızlık” da denilmektedir. Aslında bu hükmün kaynağı Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı ve 4. maddesinde düzenlenen hakimin hukuka ve hakkaniyete göre karar verme ilkesine dayanmaktadır.

Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın unsurları şunlardır: a) Borçlanılan edim sonradan imkânsız hale gelmelidir: Borçlanılan edimin yerine getirilmesinin sonradan ortaya çıkan olaylar nedeniyle objektif ve sürekli olarak mümkün olmamasına sonraki imkânsızlık denilir. Sonraki

imkânsızlık da “fiilî imkânsızlık” şeklinde anlaşılmalıdır. İmkânsızlık, bir insan fiiline veya tabiat olayına dayanabileceği gibi, mantıkî (tabiî), hukukî veya maddî sebeplere de dayanabilir. Edimin ifası, sözleşmenin kurulmasından önce imkânsız halde bulunmaktaysa, sonraki imkânsızlık değil, başlangıçtaki imkânsızlık söz konusu olur. Bu takdirde de borcun sona ermesinden değil, sözleşmenin butlanından söz edilir (TBK. m. 27/1).

b)Edimin ifası objektif olarak imkânsızlaşmalıdır. Borçlanılan edim borçlu da dahil hiçkimse tarafından ifa edilemiyorsa, objektif imkânsızlık söz konusu olur. Borçlanılan edimin yalnız borçlu tarafından ifasının mümkün olmamasına, sübjektif imkânsızlık denir.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı edimlerde borçlunun edimi ifası imkânsız hale gelirse, sübjektif değil, objektif imkânsızlık söz konusu olur.

c)Sonraki imkânsızlık sürekli olmalıdır. Geçici imkânsızlık borcu sona erdirmez. Sonraki imkânsızlık tam olabileceği gibi, kısmî de olabilir.

d)Borçlu imkânsızlıktan sorumlu olmamalıdır: Borçlu, edimin imkânsız hale gelmesinden sorumlu olmamalıdır. Edimin imkânsızlaşmasına yol açan sebepler borçluya yükletilemediği takdirde, borçlu sonraki imkânsızlıktan sorumlu olmaz. Borçlu imkânsızlığa kendi kusuruyla neden olmuşsa, mutlaka sorumludur.

Borçlu, sözleşmenin kurulduğu sırada edimin sonradan imkânsız hale geleceğini tahmin edebiliyorsa, kusurlu sayılır ve TBK. m. 112’ya göre sorumlu olur. Edimin imkânsızlaşmasına alacaklı kendi kusuruyla neden olmuşsa, borç borçlu yönünden sona erer; borçlu sorumlu olmadan borçtan kurtulur. TBK. m. 136/1 bu duruma kıyas yoluyla uygulanır.

Aşırı ifa güçlüğü’nün de sonraki imkânsızlıkla bir ilgisi yoktur. Aşırı ifa güçlüğü’nün müeyyidesi, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasıdır. Burada TMK. m. 2’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayalı olarak TBK m. 138’de hükme bağlanan uyarlama kuralı uygulanır. Kanun koyucu ayrıca eser sözleşmesi nedeniyle TBK m 480/II’de bu tür özel bir uyarlama

hükmü öngörmüş bulunmaktadır. Bu hükümler uyarınca, aşırı ifa güçlüğü halinde şartları varsa, borçlunun başvurusu üzerine hâkim ya sözleşmeyi sona erdirir ya da yeni duruma uyarlar.

Tüm bu anlatımlar ışığında somut olaya gelince; taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 8.2.1 maddesine göre Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGŞ) sözleşmenin ekleri arasında sayılmıştır. Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin işlerin Denetimi başlıklı 14. maddesinde" (1) Sözleşmeye bağlanan her türlü yapım işleri, idare tarafından görevlendirilen yapı denetim görevlisinin denetimi altında, yüklenici tarafından yönetilir ve gerçekleştirilir. (2) Herhangi bir işin, yapı denetim görevlisinin denetimi altında yapılmış olması yüklenicinin, üstlenmiş olduğu işi bütünüyle projelerine, sözleşme ve şartnamelerine, fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmak hususundaki yükümlülüklerini ve sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. (3) Yüklenici, üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan, kendisine verilen projeye ve/veya teknik belgelere göre işi yapmakla, bu projenin ve/veya teknik belgelerin iş yerinin gereklerine, fen ve sanat kurallarına uygun olduğunu, ayrıca işin yapılacağı yere, kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş, kabul etmiş ve bu suretle işin teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılır. Bununla birlikte yüklenici, kendisine verilen projelerin ve/veya şartnamelerin, teslim edilen işyerinin veya malzemenin veyahut talimatın, sözleşme ve eklerinde bulunan hükümlere aykırı olduğunu veya fen ve sanat kurallarına uymadığı hususundaki karşı görüşlerini teslim ediliş veya talimat alışı tarihinden başlayarak on beş gün içinde (özelliliği bakımından incelenmesi uzun sürebilecek işlerde, yüklenicinin isteği halinde bu süre idarece artırılabilir) idareye yazı ile bildirmek zorundadır. Bu sürenin aşılması halinde yüklenicinin itiraz hakkı kalmaz. Yüklenicinin iddia ve itirazlarına rağmen, idare işi kendi istediği gibi yaptırdığı takdirde yüklenici, bu uygulamanın sonunda doğabilecek sorumluluktan kurtulur." hükmü bulunmaktadır. Bu hükümler yüklenicinin özel olarak ihbar

yükümlülüğünü düzenlemiştir.

Mahkemece asıl ve birleşen davalarda ayrı ayrı bilirkişi incelemeleri yaptırılarak raporlar alınmış ve bu raporlarda; davacının sözleşmenin imzalandığı tarihte edimin ifası açısından objektif imkânsızlık bulunup bulunmadığı ve davacının sözleşme imzalanırken edimin ifasının imkansız olduğunu bilip bilmediği yönünde yeterli açıklama ve denetime elverişli bir görüş beyan etmemişlerdir. Kaldı ki asıl ve birleşen dosyalarda rapor alınan bilirkişilerin inşaat mühendisi, mimar, hukukçu ve hesap bilirkişisi olduğu ve mesleki konuları itibarıyla konunun uzmanı olmadıkları da anlaşılmaktadır.

Yukarıda bahsedilen bu hükümlere göre ifa imkânsızlığının yorumlanması ve belirlenmesi zorunlu bulunmaktadır. Tüm anlatımlara uygun rapor alınmadan, yetersiz ve uzmanlık alanı uygun olmayan bilirkişi heyetince düzenlenen rapora itibar edilerek karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bozulması gerekmiştir.

0 halde mahkemece yapılacak iş; 6100 sayılı HMK'nın 266 ve devamı madde hükümlerine uygun seçilecek aralarında uzman makine mühendisi bulunan bilirkişiler kurulu aracılığıyla bilirkişi incelemesi yaptırılarak mahkemenin ve Yargıtay'ın denetimine elverişli rapor alınarak özellikle sözleşme ve ekindeki projede belirtilen şekilde mevcut çelik konstrüksiyonlu binanın ana taşıyıcı çelik aksamı ile konstrüksiyonlu cephe ve çatı kaplamalarının hasar verilmeden sökülerek 150 km ileride idarece yeri belirlenecek alana naklinin ve hasarsız sökülmesinin anlatılan ilke ve esaslara göre objektif olarak mümkün olup olmadığı, temlik eden sözleşmenin yüklenicisinin işinin ehli basiretli bir tacirden beklenen özen ve yükümlülüğü yerine getirip getirmediği ve sözleşme ve eklerine göre işin yapılmasının imkânsız olup olmadığını bilmesinin gerekip gerekmediği, biliyor ya da bilmesi gerekiyor ise Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 14. maddesinde ki sorumluluk hükümleri degözetilerek temlik eden yüklenicinin sonuç ve zarardan sorumlu olup olmadığı belirlenmeli, asıl davanın menfi tespit davası olarak açıldığı

ve yargılama aşamasında ödeme yapılması nedeniyle istirdat davasına dönüştüğü de gözetilerek bedele hükmedilmesi halinde istirdat tarihinden itibaren faiz yürütülmesi, birleşen davada talep edilen alacağın miktarı içerisinde asıl davada dava konusu edilen alacağın bulunduğu da gözetilerek mükerrer ödemeye neden olmayacak şekilde kazanılmış haklarda göz önüne alınarak hüküm kurmaktan ibaret olmalıdır.

Bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle davalının diğer temyiz itirazlarının reddine, 2. bent uyarınca kabulü ile hükmün davalı iş sahibi yararına BOZULMASINA, 2.540,00 TL duruşma vekâlet ücretinin davacıdan alınarak Yargıtay'daki duruşmada vekille temsil olunan davalı iş sahibine verilmesine, ödenenden 5766 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile yapılan değişiklik gereğince Harçlar Kanunu 42/2-d maddesi uyarınca alınması gereken 437,00 TL Yargıtay başvurma harcının mahsup edilerek, varsa fazla alınan temyiz harcının temyiz eden davalıya iadesine,

karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 12.05.2020 gününde oybirliğiyle karar verildi.