Sözleşme maddesinde düzenlenen ve projenin davalıdan kaynaklanan nedenlerle * nin uygun gördüğü şekillerde yapılmaması halinde durumun kendisine bildirimini müteakip belirtilen tarihten önce kendisine yapılan tüm ödemeleri geri vereceğine dair cezai şart koşullarının somut olayda gerçekleşmediği dosya kapsamına göre davalı taşeronun sözleşme kapsamındaki ediminin bir kısmını ifa ettiği ve yapılan işlerin … tarafından onaylandığı, fesihte

davalının kusurlu olduğunu kabule elverişli kanıt bulunmadığı, anlaşıldığından mahkemece konunun uzmanı bilirkişi kurulundan rapor alınarak davalının yapmış olduğu işin bedeli saptamalı, çekişme konusu olmayan ödemeler düşülerek sonucuna göre bir karar verilmelidir

T.C.
Yargıtay
15. Hukuk Dairesi

Esas No:2017/1000
Karar No:2018/3552
K. Tarihi:3.10.2018

Mahkemesi :Asliye Hukuk 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 maddi tazminat istemiyle açılmış, mahkemece davanın kısmen kabulüne dair kurulan hüküm, davacı vekilince yasal süresi içerisinde temyiz olunmuştur.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir.
2-Davacı vekili … Şeker Fabrikası adi kaldırım inşaat işinin ihalesinin davalıya verildiğini, verilen sürede işin tamamlanmadığını, düzenlenen hakedişler ile kesintiler de yapılmak suretiyle bir takım ödemeler yapıldığını, işin verilen sürede tamamlanamaması üzerine delil tespit yaptırılarak ve davalının nam ve hesabına başkasına yaptırılacağı da bildirilerek işin dava dışı üçüncü şahsa sınırlı ihale usulü ile tamamlattırıldığını, ikinci ihaleye çıkılmış olması nedeniyle yapılan fazla ödeme bakımından uğranılan zararın tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş, davalı vekili ise sözleşmedeki şartlar çerçevesinde işi devam ettirdiğini, hakedişlerinden yapılan kesintinin haksız olduğunu, davacının haksız şekilde iş sahasını tek taraflı olarak işgal ettiğini, kendileri tarafından yapılan bazı yerlerde işgalden kaynaklı bozulmalar meydana geldiğini, bu bozulmaların giderilmesi mümkün iken yeniden ihaleye çıkılmasının hakkaniyetle bağdaşmadığını, ikinci ihale için ödenen meblağın da çok yüksek olduğundan bahisle davanın reddini talep etmiştir.
Mahkemece üçlü bilirkişi heyetinden alınan rapor ile davacı zararı tespit edilerek rapor doğrultusunda davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de; bilirkişilerce yapılan tazminat hesabının hüküm kurmaya elverişli olmadığı anlaşılmaktadır. Dosya kapsamından davalının sözleşmedeki edimlerini yerine getirmediği, bu nedenle sözleşmenin davacı tarafından davacı nam ve hesabına üçüncü şahsa yaptırıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda iş sahibi 6098 sayılı TBK’nın genel hükümlerinden olan 125. maddesi gereğince olumsuz (menfi) zararını talep edebilir. Sözleşmenin ifa edileceğine güvenmekten doğan zarar olarak tanımlanabilecek olumsuz zarar kavramına; sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi için yapılan masraflar ile daha elverişli koşullarda sözleşme yapma

fırsatının kaçırılmış olmasından doğan zararlar girer. Zararın hesaplanmasında izlenecek yöntem ise yüklenicinin yapmadığı imalâtın ilk ihalede
yükleniciden sonraki en düşük teklifi veren şirkete verilmiş olması halinde ödenmesi gereken bedelin (kaçırılan fırsat) hesaplattırılıp, fesih tarihinden itibaren dava dışı ikinci yükleniciye kalan işin verildiği ikinci sözleşmenin makul süre içerisinde yapılıp yapılmadığının, ikinci ihale ile birinci ihalenin aynı özellikleri taşıyıp taşımadığının özellikle imalâtın konusu ve niteliklerinin farklı olup olmadığının, ilk sözleşmeye dahil olmayan bir imalâtın ikinci sözleşmeye ilave imalât olarak dahil edilip edilmediğinin belirlenmesi, ikinci sözleşmenin makul süre içinde ve ilk sözleşme ile aynı koşul ve özelliklerde yapılması halinde olması gereken bedelin hesaplattırılarak bulunacak rakam ile kaçırılan fırsat olarak ilk sözleşmede yükleniciden sonra en düşük fiyatı veren teklif sahibine iş verilmesi halinde kalan işlerin tamamlattırılması için o teklif sahibine ödenmesi gereken bedel arasındaki farkın menfi zarar olarak hesaplanmasından ibarettir. Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre eğer, ikinci sözleşme makul süreden çok sonra yapılmış ve böylece zararın artmasına iş sahibi neden olmuşsa, sözleşmeden dönülmesini müteakip, en kısa zamanda bu işin hangi tarihte ikinci sözleşme yapılabileceği ve böyle bir işin kaça yaptırılabileceği tespit edilerek, bu tarihte iş sahibinin ödemek zorunda kalacağı ikinci sözleşme bedeli ile iş sahibinin kaçırdığı fırsat arasındaki fark da, olumsuz zararın bir başka hesap tarzıdır (Emsal 15. Hukuk Dairesi 1997/47 Esas 1997/556 Karar 03.02.1997 tarih 15. Hukuk Dairesi 1993/4758 Esas 1994/4044 Karar 16.06.1994 tarih). Yapılacak hesaplamalarda endeks kullanılmak suretiyle güncelleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.
Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda yapılan hesaplama açıklanan ilkelere uygun olmadığından yukarıda izah edilen ve kaçırılan fırsat olarak adlandırılan yönteme uygun olarak menfi zararın, yeniden oluşturulacak konusunda uzman bilirkişi kurulundan alınacak gerekçeli ve denetime elverişli

raporla hesaplattırılıp davadan önce yüklenici temerrüde düşürülmediğinden dava tarihinden itibaren 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu 12/3 maddesi gereğince her çeşit imâl ve inşa işleri ticari iş olup 3095 sayılı Yasa'nın 2/II. maddesine göre avans faizi istenebileceğinden dava tarihinden itibaren avans faiziyle birlikte tahsili doğrultusunda karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu gerekçelerle bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle davacının vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2. bentte açıklanan nedenlerle kabulü ile hükmün 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 03.10.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.