konusunda uzman mimar, inşaat mühendisi, elektrik mühendisi ve emekli Sayıştay denetçisi bilirkişi kurulundan mümkünse, mahallinde keşif yapılarak sözleşme eki ihale evrakları ve dokümanlarında yapılması kararlaştırılan işlerin sözleşme tarihi itibariyle gerçek piyasa fiyatlarının ticaret ve sanayi odaları ile ilgili meslek kuruluşlarından sorularak tespit edildikten sonra bilirkişi kurulundan yaklaşık maliyet cetveli, mahal listesi, ihale evrakları ve sözleşme

# bedelinin belirlenmesinde davalı idare elemanlarının ihmal ve kusurları bulunup bulunmadığı varsa dereceleri ve miktarları ile davalı yüklenicinin sözleşme ile eki ihale dokümanlarına göre Yargıtay denetimine de elverişli olacak şekilde yapımını üstlendiği halde hiç yapmadığı ya da eksik yaptığı işler olup olmadığı ve bunlar sebebiyle kendisine ne miktarda fazla ödeme yapıldığı

15. **Hukuk Dairesi 2017/1722 E. , 2017/4535 K.**

.

**“İçtihat Metni”**

Mahkemesi : …Asliye Hukuk Mahkemesi
Davalılar :1-… … Malkoço vd.leri

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün duruşmalı olarak temyizen tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davacı vekili Avukat … … geldi. Davalılar vekilleri ve asiller gelmedi. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan davacı avukatı dinlendikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması başka güne bırakılmıştı. Bu kere dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü:

– K A R A R –

Dava, eser sözleşmesi ilişkisinden kaynaklanmakta olup davada müffettiş raporu ile belirlenen fazla ödemenin davalı yüklenici ile sorumlu kamu görevlilerinden müştereken ve müteselsilen tahsili istenmiş, mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen karar, davacı idare ile davalılar … İç ve Dış Tic. Ltd. Şti., …, … … Malkoço ve … vekillerince temyiz üzerine Dairemizce, davacı idare ile davalılar … İç ve Dış Tic. Ltd. Şti., …, … … Malkoço ve … yararına bozulmuş, bozma ilâmına uyularak yapılan yargılama sonucunda davanın davanın reddine dair verilen karar, davacı idare vekilince temyiz edilmiştir.
Bir davada, mahkemenin veya tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine (diğeri aleyhine) doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hakka, usule ilişkin kazanılmış hak denir. Usuli kazanılmış hak kavramı usul hukukunun temel prensiplerinden olup, gerek HUMK, gerekse HMK’da bu yönde bir düzenleme bulunmamakla birlikte gerek doktrinde gerekse uygulamada kabul edilmiş ve uygulanagelmiştir. (09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı) Usuli kazanılmış hak ilkesi kamu düzeni düşüncesiyle kabul edilmiş bir ilkedir. Mahkemelerin bu ilkeyi gözetmesi gerekmektedir.
Yargıtay’ın bozma kararına uyan mahkeme, bozma kararı uyarınca işlem yapmak ve hüküm vermek zorundadır. Çünkü, mahkemenin bozma kararına uyması ile bozma kararı lehine olan taraf

yararına bir usulü müktesep hak doğmuştur. Bozma ilâmına uyan mahkeme hükme esas aldığı 05.12.2016 tarihli raporda bozma doğrultusunda belirtilen nitelikleri haiz bilirkişi seçmemiş, heyete konusunda uzman mimar bilirkişi dahil edilmediği gibi emekli … denetçisi yerine de emekli defterdar ile heyet oluşturmuştur. Bu şekilde yapılan bilirkişi seçiminin bozma ilâmına uygun olduğu söylenemez. Şöyle ki; bozma ilâmında konusunda uzman mimar, inşaat mühendisi, elektrik mühendisi ve emekli … denetçisinden oluşan bilirkişi seçimine işaret edilmekle bu durum taraflar açısından usulî kazanılmış hak oluşturmasına rağmen heyete mimar bilirkişi dahil edilmeden ve emekli … denetçisi yerine emekli defterdar ile bilirkişi heyeti oluşturulması doğru olmamıştır.
Uyuşmazlık; idareye ait eski eser tescilli … … Hamamı'nın onarım işine ait 22.05.2006 tarihli sözleşmede, yaklaşık maliyetin abartılı olup olmadığı, yapılması mümkün olmayan imalâtlar içerip içermediği, bir mahal için birden fazla imalât öngörülüp öngörülmediği, onarım sırasında gerekli kontrollerin yapılıp yapılmadığı, geçici kabul sırasında yapılmayan imalâtların bedelinin kesilip kesilmediği, davaya konu onarım işinde imalâtların bir bölümünün hiç yapılıp yapılmadığı, bir bölümünün ise öngörülenden çok az miktarda yapıldığı halde yapılan miktardan fazla hakedişlerde ödeme yapılıp yapılmadığı ve bunların sonucu olarak idarenin zararına uğrayıp uğramadığı konularından ibarettir. Mahkemece bozmadan sonra iki farklı heyetten rapor alınmıştır. …'dan talimat ile alınan 08.02.2016 tarihli mimar, elektrik mühendisi, inşaat mühendisi ve emekli Sayıştay denetçisinden oluşan bilirkişi kurulu raporunda; bozmadan önce alınan iki rapor arasındaki çelişkinin ancak yerinde yapılacak inceleme ile giderilebileceği, fazla ödeme olması halinde sorumlulukların tespit edileceği bildirilerek herhangi bir inceleme yapılmamış, yerinde inceleme sonucu alınan 05.12.2016 tarihli raporda ise teknik bilirkişiler fazla ödeme olmadığı ve kamu zararı bulunmadığını bildirmiş, konunun mali yönden incelenmesi bölümünde ise emekli defterdar bilirkişi KDV dahil 121.055,71 TL haksız ödeme olduğunu ileri sürmüştür. Bu

durumda ilk rapor herhangi bir inceleme içermemektedir. İkinci rapor ise kendi içerisinde çelişkili olup hüküm kurmaya ve Yargıtay denetimine elverişli değildir. Ayrıca rapora yapılan itirazlar da mahkemece giderilmeden hükme esas alınmıştır. Bu durumda; bozma ilâmında uygun oluşturmayan heyetten alınan çelişkili ve denetime uygun olmayan rapor esas alınarak hüküm kurulması hatalı bulunmuştur.
Harç tahsili kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkemece resen dikkate alınması gerekir. Davacı … harçtan muaf olmadığı halde mahkeme kararında davacı kurumun harçtan muaf tutulması doğru olmamıştır. Kararın bu nedenle de bozulması gerekirmiştir.
Bu durumda; öncelikle mahkemece HMK'nın 281/3. maddesi uyarınca yeniden oluşturulacak , kontrol ile geçici kabul komisyonunda görevli olan davalı idare çalışanlarının kontrol ve denetim görevini ihmal sebebiyle fazla ödemeye neden olup olmadıkları konusunda gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp, rapora itiraz olması halinde ek rapor alınarak itirazlar giderilecek şekilde davalı yüklenicinin, ihale evraklarında fiyatın yüksek belirlenmesi ya da hayali imalât gösterilmesinde katkısı bulunup bulunmadığı değerlendirilip sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme ile davanın reddine ve davacının harçtan muaf tutulmasına karar verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur.
SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacının temyiz itirazının kabulü ile hükmün davacı yararına BOZULMASINA, 1.480,00 TL duruşma vekâlet ücretinin davalılardan alınarak Yargıtay'daki duruşmada vekille temsil olunan davacıya verilmesine, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 21.12.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.