

mahkemeye davacıya noksan delil ikame avansını yatırmak üzere sonuçları da gösterilerek kesin süre verilmeli, yatırılmaması halinde HMK *uyarınca talep edilen delilin ikamesinden vazgeçmiş sayılacağı ihtar edilmeli, eksik avansın yatırılması halinde dosya kapsamına göre davacının itirazlarını da karşılayacak şekilde hükme esas raporu düzenleyen bilirkişilerden denetime elverişi ek rapor alınıp değerlendirilerek dava sonuçlandırılmalıdır. Keza değerlendirme yapılırken

hükme esas alınan asıl bilirkişi raporunda davalının ödemesinin * TL olarak hesaplandığı ve davacının rapordaki bu ödeme miktarına * tarihli dilekçesi ile rapora göre karar verilmesini isteyerek itiraz etmediği gözetilmeli ve bu nedenle davacıya yapılan ödeme miktarı *TL olarak kabul edilmelidir. Eksik avansın yatırılmaması halinde ise davacının talep edilen delilin ikamesinden vazgeçmiş sayılacağı gözetilerek dava sonuçlandırılmalıdır. Eksik inceleme ile hükme varılması

doğru olmamıştır

1. Hukuk Dairesi

Esas No:2016/1805 Karar No:2017/1810

27. Tarihi:27.4.2017

Mahkemesi :Ticaret Mahkemesi Birleşen 2014/1035 Esas sayılı davada Yukarıda tarih ve numarası yazılı hüküm asıl dosya davalısı ile birleşen dosya davalısı vekillerince temyiz edilmiş, asıl dosya davalısı vekili tarafından duruşma istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davalı ...Ş. vekili Avukat ...ekili ile davacı vekili gelmedi. Temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan davalı ...Ş. 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 – Asıl ve birleşen dava eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup, bakiye iş bedelinin tahsili için yapılan icra takiplerine itirazın iptâli için yapılan icra inkâr tazminatı istemine ilişkindir. Mahkemece asıl ve birleşen davanın kabulüne dair verilen karar asıl ve birleşen davanın davalıları tarafından temyiz edilmiştir. Asıl davanın davalısı ...nin temyiz itirazları ile ilgili olarak; 1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre asıl davanın davalısı ... Ticaret A.Ş.'nin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir. 2-Mahkemece hükme esas alınan 18.04.2012 tarihli asıl bilirkişi raporunda davacının davalıdan talepte haklı alacağını 111.118,63 TL olduğu, taleple bağlı kalınarak davalının icra takibine vaki itirazının 96.253,17 TL'lik bölümünün iptâli gerekeceği belirtilmiş, asıl dosya davalısı şirket tarafından yapılan itiraz üzerine bilirkişi kurulundan alınan 25.03.2013 ve 21.01.2014 tarihli ek raporlarda bilirkişilerce görüş değişikliğine gidilmemiştir. Asıl dosya davalısı tarafından ek bilirkişi raporuna da itiraz edilmiş olup, mahkemece 10.09.2014 tarihli duruşmada bilirkişi heyetine dosyanın tevdi ile 10.02.2009 tarihli valilik oluru

ile revize devir imalâtına ilişkin taraflar arasında yapılan sözleşmede gözönüne alınarak revize devir imalâtında kaç ton demir kullanıldığı, bedelinin ne olduğu, davacı işçilerinin 2008 Aralık itibariyle işine son verilip verilmediği, verilmiş ise revize demir imalâtının hangi tarihte yapıldığı hususlarının raporda ayrıntılı olarak bedelleri ile birlikte tespitin istenmesine, bilirkişiler için 150,00'şer TL ek ücretin davacı gider avasından karşılanmasına karar verilmiş ancak davacı tarafça ek gider avansı yatırılmadığından ek rapor alınmadan dava sonuçlandırılmıştır. Oysa TMK'nın 6. maddesinde düzenlenen genel ispat yüküne göre taraflardan her biri dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Buna göre eldeki davada davacı iddiasını ispatla mükelleftir. Davalının asıl ve ek bilirkişi raporlarına itirazı gerekçeli ve teknik içerikli olup, ek rapor alınmasında zorunluluk bulunduğundan TMK'nın 6. maddesi uyarınca alacağın varlığını ispatla mükellef olan davacı 6100 sayılı HMK'nın 324. maddesi gereğince eksik delil avansını yatırmak zorundadır. Delil ikamesi için avans istendiği taktirde mehkemece, bu avansın verilen süre içinde yatırılmaması halinde tarafın bu delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılacağına kabulü ile dosyadaki delillere göre karar verileceğinin ihtar edilmesi gerekir (HMKm. 324/2). Somut olayda mahkemece eksik delil avansının yatırılması için davacıya kesin süre verilmediği gibi, kesin süreye uyulmaması halinde yaptırımın ne olacağı hususunda ihtarda bulunulmamış, davacı tarafından eksik avansın yatırılmaması üzerine ek rapor alınmadan dava sonuçlandırılmıştır. O halde mahkemece davacıya noksan delil ikame avansını yatırmak üzere sonuçları da gösterilerek kesin süre verilmeli, yatırılmaması halinde HMK m. 324/2 uyarınca talep edilen delilin ikamesinden vazgeçmiş sayılacağı ihtar edilmeli, eksik avansın yatırılması halinde dosya kapsamına göre davacının itirazlarını da karşılayacak şekilde hükme esas raporu düzenleyen bilirkişilerden denetime elverışı ek rapor alınıp değerlendirilerek dava sonuçlandırılmalıdır. Keza değerlendirme yapılırken hükme esas alınan asıl bilirkişi raporunda davalının ödemesinin 310.906,12 TL olarak hesaplandığı ve davacının rapordaki bu ödeme miktarına 05.02.2014 tarihli dilekçesi ile rapora göre karar verilmesini isteyerek itiraz etmediği gözetilmeli ve bu nedenle davacıya yapılan ödeme miktarı 310.906,12 TL olarak kabul edilmelidir.

Eksik avansın yatırılmaması halinde ise davacının talep edilen delilin ikamesinden vazgeçmiş sayılacağı gözetilerek dava sonuçlandırılmalıdır. Eksik inceleme ile hükme varılması doğru olmamıştır. 3-Birleşen davanın davalısı... İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin temyiz itirazlarına gelince; Davacı taşeron tarafından Ankara 2. İcra Müdürlüğü'nün 2010/5700 sayılı takip dosyası üzerinden yapılan icra takibinde asıl davanın davalısı yanında davalı... İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında da icra takibi yapılmış, usulüne uygun ödeme emri tebliğine rağmen birleşen dava davalısı şirketin icra takibine itiraz etmediği İcra Müdürlüğü'nün 08.09.2015 tarihli yazısından anlaşılmıştır. Mahkeme tarafından da bu davalının icra takibine itiraz etmediği kabul edilmiştir. Bu durumda mahkemenin kabulü, icra dosyası içeriği ile icra müdürlüğünün yazı cevabına göre bu davalının icra takibine itirazı olmadığından hakkındaki icra takibi kesinleşmiştir. Asıl ve birleşen dava davalısı olan şirketlerin davacı ile aralarındaki sözleşmeyi iş ortaklığı olarak imzaladıkları anlaşılmaktadır. Sözleşmenin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 520. maddesinde tanımlandığı üzere adi ortaklık iki veya daha fazla kişinin ortak bir amacı gerçekleştirmek için güçlerini ve araçlarını birleştirmeye sözleşme uyarınca söz verdikleri bir şahıs birliğidir. Adi ortaklık gerçek kişiler arasında kurulabileceği gibi bir veya daha çok kişi ile ticaret şirketi arasında da kurulabilir. Özellikle büyük inşaat işlerinde eserin ortaya çıkarılmasını üstlenmek üzere birden fazla yüklenicinin kurdukları adi ortaklığa konsorsiyum ortaklığı denmekte olup konsorsiyum ortakları ve ortak girişimler birlikte akdettikleri eser sözleşmesinden kendileri için doğan borçlardan aksi kararlaştırılmadıkça müteselsilen sorumludurlar (...M. 534 cümle 3) (15. HD 27.06.2012 gün 2012/2613 Esas 2012/4846 Karar). Para alacakları ile ilgili olarak iş ortaklığını oluşturan her iki şirkete birlikte dava açılmasına ve bu arada icra takibine itiraz etmeyen adi ortağın aleyhine dava açılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu davalı-borçlu (...Şti.) hakkındaki takibin itirazsız kesinleşmiş olması sebebiyle hakkındaki davanın hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmelidir. Ancak davacı taşeron mahkemenin davanın adi ortaklığı oluşturan her iki şirkete karşı yöneltilmesi, bu suretle taraf teşkilinin sağlanması

şeklindeki ara kararı (zorlaması) ile bu davalı hakkında dava açmak zorunda bırakıldığından davacının ücreti vekâletten sorumlu tutulmamasına karar verilmesi gerekir. Mahkemece birleşen davada davalı... İnş. San. Tic. Ltd. Şti. hakkında yukarıda açıklandığı şekilde hüküm kurulmaması da doğru olmamıştır. Kararın açıklanan nedenlerle bozulması uygun bulunmuştur. SONUÇ: Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle asıl davanın davalısının diğer temyiz itirazlarının reddine, 2. bent uyarınca kabulüyle hükmün temyiz eden asıl dosya davalısı yararına, 3. bent uyarınca temyiz eden birleşen dosya davalısı yararına BOZULMASINA, 1.480,00 TL duruşma vekâlet ücretinin davacıdan alınarak Yargıtay'daki duruşmada vekille temsil olunan asıl dosya davalısı Aksu İnşaat A.Ş.'ye verilmesine, ödedikleri temyiz peşin harçlarının istek halinde temyiz eden asıl ve birleşen dosya davalılarına geri verilmesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 27.04.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi]]>