

mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporlarında kâr kaybı hesabı yönünden kesinti yöntemine uygun inceleme yapıldığından söz edilemeyeceğinden, mahkemece HMK *maddesi gereğince kesinti yöntemine göre hesaplama yapılması için hükme esas alınan raporu düzenleyen son bilirkişi heyetinden ek rapor alınması; alınan ek raporun yeterli olmaması halinde, gerekirse bu yönde önceki bilirkişilerden farklı yeni bir bilirkişi heyeti oluşturularak rapor alınması

**gerektiği halde, kesinti
yöntemine uygun olmayan
hesaplama yapan bilirkişi
kurulu raporu esas alınarak
yazılı şekilde kâr kaybına
hükmedilmesi doğru olmamış,
kararın temyiz eden davalı
yararına bozulması
gerekmiştir**

1. Hukuk Dairesi

Esas No:2016/5440 Karar No:2018/1884

26. Tarihi:26.9.2012

Mahkemesi :Ticaret Mahkemesi Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davalı-birleşen dosya davacısı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünöldü: – K A R A R – Uyuşmazlık, eser sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, davacı taşeron asıl davasında, davalının haksız şekilde sözleşmeyi feshettiği iddiası ile irad kaydedilen teminat senedinden dolayı borçlu olmadığının tespiline, hakedişlerinden haksız olarak kesilen barter ve nakdi teminat kesintisinin iadesine, haksız fesih nedeniyle uğradığı kar mahrumiyetinin tahsiline karar verilmesini talep etmiş; birleşen ... 48. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2013/294 Esas sayılı davasında barter ve nakdi teminat kesintisi ile sözleşme dışı iş bedeli alacağının tahsili için davalı yüklenici aleyhine başlattığı icra takibine vaki itirazın iptâli, takibin devamı ve %20 icra

inkâr tazminatının tahsilini istemiş; davalı-birleşen ... 47. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2012/248 Esas sayılı dosyanın davacısı yüklenici ise, sözleşmeyi haklı feshettiğini belirterek taşeron tarafından açılan davaların reddi ile taşeronun sözleşmeye aykırı davranış ve edimleri nedeniyle uğradığı zararların tazminini ve işin ifasındaki gecikmeden kaynaklanan cezai şartın tahsilini talep etmiş; mahkemece davacı taşeronun asıl davasının ıslahla arttırılan tutar da gözetilerek kabulüne, birleşen ... 48. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2013/294 Esas sayılı davasının ise kısmen kabulü ile kabul edilen tutar üzerinden %20 icra inkâr tazminatının davalıdan tahsiline, davalı-birleşen ... 47. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2012/248 Esas sayılı dosya davacısı yüklenicinin davasının reddine dair verilen karar, davalı-birleşen ...

47. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2012/248 Esas sayılı dosya davacısı yüklenici vekiline temyiz olunmuştur.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre yüklenicinin birleşen ... 47. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2012/248 Esas ve birleşen ... 48. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2013/294 Esas sayılı davalara yönelik tüm temyiz itirazlarının, asıl dava bakımından ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz istemlerinin reddi gerekmiştir. 2-Davalı-birleşen ... 47. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2012/248 Esas sayılı dosya davacısı yüklenicinin asıl davaya yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesine gelince; Yanlar arasında imzalanan 16.03.2012 günlü sözleşme ile davalı yüklenicinin yapacağı... adlı konut ve otopark inşaatının A ve B Bloklarında inşa edilecek daire, dükkan, otopark v.s. alanların malzeme ve işçilik dahil elektrik tesisatı imalâtları işinin davacı taşeron tarafından üstlenildiği, sözleşmenin davalı yüklenici tarafından 10.09.2012 tarihli ihtarnâme ile feshedildiği her iki tarafın kabulünde olup, ihtilâfsızdır. Mahkemece ilki mahallinde tatbiki keşif icrası sonucu, ikincisi ise dosya üzerinden yapılan inceleme ile tanzim edilen iki ayrı bilirkişi heyetinden alınan raporda, sözleşme konusu inşaatın İmar Kanunu'nun 32. maddesindeki ruhsat ve eklerine aykırı olup, mühürlenerek yapı tatil tutanağı düzenlendiği, davacı taşeronun mühürlü işyerinde mührün konuluş amacına aykırı

şekilde sözleşme konusu elektrik tesisatı işini ifa etmesinin beklenemeyeceği ve sözleşmenin feshinde davalı yüklenicinin kusurlu ve haksız olduğunun kabulüne ilişkin saptama doğrudur. Ne var ki mahkemece hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporlarında, davacı taşeronun dosyaya sunduğu kâr kaybı hesabıyla ilgili belge aynen benimsenmiş olup, sözleşmenin haksız feshi nedeniyle yüklenicinin uğradığı kâr mahrumiyeti alacağının, sözleşme tarihinde yürürlükte olan mülga 818 sayılı BK'nın 325. maddesi ile dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK'nın 408. maddesindeki kesinti yöntemine uygun ve denetime elverişli biçimde hesaplandığından söz edilemez. Türk Borçlar Kanunu 112. maddesine göre, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Düzenleme kapsamına göre tazminat istenebilmesi için alacaklının zarara uğramış olması gerektiğinden, uğranılmış bir zarar karşılığı olmayan miktara tazminat olarak hükmedilemez. Burada zarar kapsamı net ve gerçek zarar olarak düzenlenmiştir. Net ve gerçek zarar, malvarlığındaki gerçek eksilmeyi ifade eder. Bu nedenle müspet zararın tazmini halinde malvarlığının ulaşacağı değerin, sözleşmenin ifası halinde malvarlığının ulaşacağı değeri geçmemesi gerektiği gözetilerek hesaplama yapılmalıdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi, sözleşmelerde; borçlunun temerrüdü sonucu borç yerine getirilmemişse alacaklıya üç yetki tanımıştır: Bunlar; her zaman için ifa ve gecikme tazminatı isteğinde bulunma, derhal ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteme ya da ifadan vazgeçip sözleşmeden dönerek menfi zararını isteyebilmedir. Sözleşmeden kaynaklanan zarar müspet zarar olacağı gibi, menfi zarar da olabilir. Müspet zarar: Borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki fark müspet zarardır. Diğer bir anlatımla müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır. Kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır. Borcun yerine getirilmesinin kusurla olanaksız hale gelmesinde, temerrüde düşen borçludan, gecikmiş ifa ile birlikte gecikme dolayısıyla tazminat istenmesinde, yahut borçlunun temerrüdü halinde ifadan vazgeçilip, ifa yerine tazminat istenmesinde ve sözleşmenin olumlu biçimde ihlalinde, müspet zararın giderimi

söz konusu olur (Prof. Dr. H. Tandoğan Türk Mesuliyet Hukuku 1961 s. 426 vd.). Müspet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi halinde söz konusu olur. Sözleşme ortadan kalkmamaktadır, yalnız alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini müspet zararının tazminine dair talep hakkı alır. Burada sözleşmenin feshedilmemesinden değil, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu gözardı edilmemelidir. (Örnek: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.07.2006 tarihli, 2006/13-499 Esas, 2006/507 Karar sayılı ilâmı). Müspet zarar olan kâr kaybı, yukarıdaki hükümlerin de sonucu olarak kâr elde edememek nedeniyle malvarlığındaki gerçek eksilme esas alınarak belirlenmelidir. Gerçek eksilmenin belirlenmesi konusunda hizmet sözleşmeleriyle ilgili olarak TBK'da düzenlenen 408 ve 438. maddelerdeki kesinti yöntemi esas alınmalıdır. 408. maddede iş sahibinin temerrüdü nedeniyle istenebilecek ücret hesabı, 438. maddede ise iş sahibinin sözleşmeyi haksız feshetmesi nedeniyle istenebilecek zarar hesabı düzenlenmiştir. 408. madde işverenin engellemesi sebebiyle yapmaktan kurtulunulan giderler ile başka bir iş yaparak kazanılan veya kazanmaktan bilerek kaçınılan yararların indirilmesini, 438. madde ise sözleşmenin sona ermesi yüzünden tasarruf edilen miktar ile başka bir işten elde edilen veya bilerek elde etmekten kaçınılan gelirin indirileceğini düzenlemiştir. Her ikisi de indirim unsurları olarak benzer düzenleme içermekte olup, öğreti ve uygulamada bu hesaplama, kesinti yöntemi olarak adlandırılmaktadır. TBK'daki kesinti yöntemi hizmet sözleşmelerine ilişkin olmasına rağmen, diğer sözleşmelerin haksız feshi halinde de kıyasen uygulanması gerekir. Hukuk Genel Kurulu'nun 12.05.2010 tarih, 2010/14-244 Esas, 2010/260 Karar sayılı ilâmında da iki taraflı sözleşmelerin karşı tarafça haksız feshedildiği hallerde, kâr kaybı zararına uğrayan tarafın isteyebileceği zararın saptanmasında kıyasen Borçlar Kanunundaki kesinti yönteminin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Kesinti yöntemine göre yüklenicinin fesih sebebiyle yapamadığı sözleşme konusu işlerin geri kalan kısmından dolayı mahrum kaldığı kâr kaybının, öncelikle yapılmayan işin sözleşmenin feshi tarihindeki bedelinin (eser tamamlanmış, borç ifa edilmiş olsaydı yüklenicinin eline geçecek bedel ile sözleşmesine göre yapılan imalât sebebiyle yükleniciye ödenen ya da ödenecek bedel farkı) tespit

edilmesi, bulunacak bu bedelden yüklenicinin işi fesih sonucu tamamlamaması sebebiyle sağladığı tasarruf (malzeme, işçilik, sigorta, vergi vs. masraflar) ile bu süre içinde başka bir iş yapıp çalışmışsa ya da başka bir iş yapmaktan kaçınmışsa kazanabileceği miktarlar belirlenip, bulunacak bu miktarların ilk olarak bulunan yapılmayan iş bedelinden çıkartılarak hesaplanması gerekir. Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen ilke ve kurallarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde; mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporlarında kâr kaybı hesabı yönünden kesinti yöntemine uygun inceleme yapıldığından söz edilemeyeceğinden, mahkemece 6100 sayılı HMK 281. maddesi gereğince kesinti yöntemine göre hesaplama yapılması için hükme esas alınan raporu düzenleyen son bilirkişi heyetinden ek rapor alınması; alınan ek raporun yeterli olmaması halinde, gerekirse bu yönde önceki bilirkişilerden farklı yeni bir bilirkişi heyeti oluşturularak rapor alınması gerektiği halde, kesinti yöntemine uygun olmayan hesaplama yapan bilirkişi kurulu raporu esas alınarak yazılı şekilde kâr kaybına hükmedilmesi doğru olmamış, kararın temyiz eden davalı yararına bozulması gerekmiştir. Kabule göre de; asıl davada davacı taşeron dava dilekçesinde 50.000,00 TL kâr mahrumiyeti alacağının tahsilini talep etmiş; 28.11.2014 günlü ıslahla, davadaki 50.000,00 TL kâr mahrumiyetini 66.100,75 TL arttıırarak toplam 116.100,75 TL'nin akdin feshi tarihinden itibaren işleyecek ticari avans faiziyle tahsiline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece kâr kaybı alacağı yönünden asıl davada istenen 50.000,00 TL'ye dava tarihi 26.09.2012 gününden, ıslahla talep edilen 66.100,75 TL'ye ise ıslahın yapıldığı 28.11.2014 tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerekir iken, ıslahla arttırılan kısım da dahil toplam 116.100,75 TL kâr mahrumiyeti alacağının tamamına dava tarihinden itibaren faiz uygulanması da hatalı olmuştur. SONUÇ:Yukarıda 1. bentte yazılı nedenlerle davalı-birleşen ... 47. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2012/248 Esas sayılı dosya davacısı yüklenicinin, birleşen ... 47. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2012/248 Esas ve birleşen ... 48. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2013/294 Esas sayılı davalara yönelik tüm, asıl dava yönünden ise sair temyiz itirazlarının reddine, 2. bent uyarınca davalı-birleşen ... 47. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2012/248 Esas sayılı dosya davacısı yüklenicinin diğer temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün temyiz eden davalı yüklenici

yararına BOZULMASINA, fazla alınan temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalı-birleşen dosya davacısına geri verilmesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 10.05.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi. İlgili Maddeler TBK 408 Madde TBK düzenlenen 408 ve 438 Madde]]>