

yapılan sözleşme gereğince davalının sözleşme kapsamında taahhüt etmiş olduğu ekipmanları ve hizmetleri sözleşme kapsamında yasal mevzuat gereğince uluslararası kalite standartlarına aykırı eksik ve ayıplı olarak yerine getirmiş olduğu gerekçesiyle müvekkilinin uğramış olduğu maddi zarar ile talep etmiş oldukları manevi zararın davalıdan ticari faizi ile birlikte ödenmesine ilişkin dava kararı

T.C. ANKARA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ BAM 31. HUKUK DAİRESİ

T.C.

ANKARA

BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ

31.HUKUK DAİRESİ

... (İnceleme aşamasında / Duruşmasız)
(Kararın kaldırılarak dosyanın mahkemesine
gönderilmesi/HMK m.353/1-a.6)

T Ü R K M İ L L E T İ A D I N A
İ S T İ N A F K A R A R I

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : ANKARA 2. ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ

TARİHİ : 28/02/2018

NUMARASI : ..

...

DAVANIN KONUSU : Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Alacak

KARAR TARİHİ : 23/03/2021

KARAR YAZIM TARİHİ : 19/04/2021

Dava eser sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkin olup, mahkemece davanın manevi tazminat yönünden reddine, maddi tazminat yönünden kısmen kabulüne dair verilen karara karşı süresi içinde davacı vekili tarafından istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine dairemize gönderilen dosyanın yapılan istinaf incelemesi sonucunda;

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

İSTEM;

Davacı vekili tarafından verilen 13/09/2012 tarihli dava dilekçesinde özetle; davalı ... ile yapılan sözleşme gereğince davalının sözleşme kapsamında taahhüt etmiş olduğu ekipmanları ve hizmetleri, sözleşme kapsamında yasal mevzuat gereğince uluslar arası kalite standartlarına aykırı, eksik ve ayıplı olarak yerine getirmiş olduğu gerekçesiyle müvekkilinin uğramış olduğu maddi zarar ile talep etmiş oldukları manevi zararın davalıdan ticari faizi ile birlikte Euro ve USD'ye uygulanan döviz mevduat faizi ile birlikte ödenmesini dava ve talep etmiştir. Ayrıca verilen cevaba cevap ve diğer beyan dilekçeleriyle bilirkişi raporuna yönelik itiraz ve beyanlarında aynı hususları tekrar etmişlerdir.

YANIT:

Davalı vekili tarafından verilen cevap dilekçesinde özetle; Davacı ile yapmış oldukları 19/01/2008 tarihli sözleşme gereğince tüm yükümlülüklerini yerine getirdiklerini, taraflar arasında bir satış sözleşmesinin olduğunu, sözleşme gereğince üstlendikleri taahhütleri yerine getirdikleri bu nedenle açılan davanın reddine karar verilmesini beyan ve talep etmiş, 2. Cevap olarak bilirkişi raporlarına yönelik beyan ve itirazlarıyla aynı hususları tekrar etmişlerdir.

İLK DERECE MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ :

Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 28/02/2018 tarih ...Karar numaralı kararında özetle; açılan bu dava; taraflar arasında yapılan 19/01/2008 tarihli sözleşme gereğince davalı yüklenici, davacının iş sahibi olduğu, davalının yüklenici olarak üstlenmiş olduğu işlerin zamanında, eksiksiz, sözleşme hükümlerine uygun fen ve sanat kuralları gereğince yerine getirmediği gerekçesiyle davacının zarara uğradığını ileri sürerek açmış olduğu maddi ve manevi tazminata ilişkin davadır.

Taraflar arasındaki sözleşmenin varlığı taraflarcada kabul edilmektedir. Sözleşme gereğince davacının birden çok kalemden oluşan mal ve hizmet alımına ilişkin davalı ile sözleşme yaptığını, sözleşme gereğince bu mal ve hizmetin karşılanması amacıyla davalının taahhüt altına girdiğini, taraflar arasında yapılan sözleşmenin dosyaya kazandırılan bilirkişi raporu ile diğer tüm delillerin birlikte değerlendirilmesinde eser sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme yapıldığını, eser sözleşmesi hükümlerine göre yüklenici davalının eseri sözleşme hükümlerine, yasal mevzuata ve fen ve sanat kurallarına uygun olarak tamamlayıp iş sahibi davacıya teslim etme yükümlülüğü olduğu, iş sahibinin de kendisine yapılan esere karşılık olarak ücret ödeme yükümlülüğü olduğu bir sözleşmedir.

Taraflar arasında yapılan eser sözleşmesi gereğince; davalı yüklenicinin, edimlerini tam, eksiksiz ve ayıpsız olarak ifa edip etmediği, ayıplı olduğu ileri sürülen hususlar için davacı tarafın ayıp ihbarında süresinde bulunup bulunmadığı, davalının, davacının edimini ifa etmesinde davacının maddi ve

manevi zararlarına sebep olup olmadığı hususları taraflar arasındaki uyuşmazlık konuları olarak tespit edilmiştir.

Davacı tarafın, dava dilekçesinde ayrıntılı ve kalem kalem olarak tek tek yazmış olduğu davalı tarafın ifa etme yükümlülüğünde bulunan işlerin zamanında ayıpsız olarak ifa edilip edilmediği, davacının dava konusu etmiş olduğu alacak kalemlerini davalıdan talep etme hakkının bulunup bulunmadığı, bu kapsamda davalı tarafın talep etmiş olduğu manevi tazminat talebinin yapılacak değerlendirme neticesinde mahkemece takdir edilme koşullarının oluşup oluşmadığı hususlarının tespit edilmesi için dava dosyası mahkememizce konusunda uzman bilirkişi heyetine tevdi edilmiş, bilirkişi heyetinin dosyadaki tüm delilleri değerlendirerek düzenlemiş oldukları kapsamlı kök raporlarında; sözleşme gereği, davalı ... tarafından temin edilmesi gereken ekipmanların (tribün, ses izolasyonu kabini hariç olmak üzere) tamamının sözleşmede ön görülen zamanlama içinde teslim edildiğini tespit etmişlerdir. Bu hususta taraflar arasında da bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davalı ...'ın ses izolasyonu kabini için davacı ...'ın yapmış olduğu harcamaları kabul ettiğini, bilirkişi heyetinin yapmış olduğu hesaplama neticesinde davalının davacıya eksik bıraktığı bu iş için 27.711,19 TL + KDV'yi ödemesi gerektiğini tespit etmişlerdir. Sözleşme gereğince her ekipmanın garanti süresini ayrı ayrı değerlendirilmesinin gerektiğini, tedarikçi davalının sağlamış olduğu ekipmanları kabul gününden sonra 12 ay veya ... 'a teslim tarihinden sonra 16 ay olduğunu, her ekipman için ayrı ayrı olmak üzere bu iki süreden hangisinin önce dolarsa garanti süresinin de o tarihte dolmuş sayılacağını, ekipmanların teslim tarihinden itibaren 16 aylık garanti süresinin taraflarca kararlaştırılmış olduğu, davalı ...'ın tedarik etmiş olduğu ekipmanların garanti süresinin 19/06/2010 tarihinde sona ermiş olduğu bilirkişi heyetince tespit edilmiştir.

Davacının buhar kazanı kızdırıcı boruları ile ilgili ayıp iddialarının bilirkişi heyetince incelenmesi neticesinde; buradaki değişiklikleri üretime esas tasarım aşamasındaki hesaplar sonucu sözleşmede ki asgari koşulların üzerine çıkma

amacına yönelik olarak yapıldığı, değişikliklerin .. denetçilerine onaylatılıp imalatın buna göre yapıldığını, buna ilişkin bilgilerin her iki tarafa iletilmiş olduğu, buhar kazanında gizli ya da açık bir ayıbın olmadığını tespit etmişlerdir. Bunun dışında davalının tedarik etmiş olduğu diğer ekipman ve malzemelerde de, gizli ya da açık bir ayıba rastlanılmadığını, işletim sırasında ortaya çıkan bazı hataların ekipmanın iyi işletilmemesinden kaynaklandığını tespit etmişlerdir. Montaj aşamasında ... kayıtlarına göre, tutanak altına alınan 24 adet düzeltici faaliyette sadece 5 tanesinin davalı ... sorumluluğundaki işlerle ilgili olduğunu, davalının da bu hususu kabul ettiğini tespit etmişlerdir.

Gerek davacı tarafın gerekse de davalı tarafın bilirkişi heyetinin kök raporuna yapmış oldukları ayrıntılı itiraz ve beyanları mahkememizce değerlendirilmiş, mahkememiz bu itiraz ve beyanların tek tek cevaplandırılması için bilirkişi heyetine dosya tekrar tevdi edilerek ek rapor aldırılmıştır. Bilirkişi heyeti özellikle davacı tarafın tüm itiraz ve beyanlarını tek tek cevaplandırmış, toplam sunulan 20 adet klasörden oluşan dosyada ki tüm bilgi ve belgeleri inceleyerek ek rapor sunmuşlardır. Bilirkişi kurulu ek raporunda taraflar arasındaki sözleşmenin bir satış sözleşmesi olduğunu, bu satış sözleşmesinin 8.5. Maddesi uyarınca ... teslim tarihinden itibaren garanti süresinin 16 ay olduğunu, garanti süresinin 19/06/2010 tarihinde sona erdiğini, davalı ...'ın ses izolasyonu kabini dışında ki ekipmanları sözleşme süresinde teslim ettiğini, davalı ... tarafından teslim edilen ekipmanlarda gizli ya da açık ayıbın bulunmadığını, davalı ...'ın sözleşme konusu ekipmanlardan ses izolasyonu kabininin teslim etmemesinden dolayı davacı tarafın kendisinin temin ettiği ses izolasyonu için yaptığı 32.699,20 TL'nin davalının davacıya ödemekle yükümlü olduğunu, ayrıca 30/06/2010 tarihli geçici kabul tutanağındaki tespitlere göre montaj aşamasındaki iddialara ilişkin olarak, davalı ...'ın kendi imzası da bulunan tutanaklarda yer alan 5 kalem iş için toplam 5.759,69 TL ödemekle yükümlü olduğunu, ayrıca davalı imzasını içermeyen tutanaklarla tespit edilen ve raporun 5. Bölümünde anlatılan

montaj aşamasındaki 24 kalem işe ait masrafların tamamı olan KDV dahil 76.652,00 TL tuttuğunu, bunun davalının ödemesi gerekip gerekmeyeceği hususunda takdirin mahkemede olduğu ek raporlarıyla tespit ve beyan etmişlerdir.

Bilirkişi kök ve ek raporu taraflara tebliğ edilmiş, taraflar ek rapora karşı da beyan ve itirazlarda bulunmuşlar, mahkemece beyan ve itirazları değerlendirilmiştir.

Taraflar arasında yapılan sözleşme, toplanan deliller ve dosyaya kazandırılan bilirkişi heyetinin kök ve ek raporunun birlikte değerlendirilmesi neticesinde davacı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin mahkememizce bir eser sözleşmesi olarak kabul edilip, yargılama buna göre yürütülmüş ve kurulan hüküm buna göre kurulmuştur. Yapılan eser sözleşmesinin kapsamına göre, davalı ... davacı ...'a mal ve ekipman temin edip, bunun montaj ve kurulumunu sağlayıp, süpervizörlük hizmeti sonrasında ... tarafından temin edilen ... dışı ekipmanlarla birlikte montajın tamamlanmasına bağlı ve garanti içeren bir sözleşme olarak mahkememizce değerlendirilmiştir.

TBK'nun 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinde, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyip iş sahibinin de bu esere karşılık bir bedel ödemeyi garanti ettiği sözleşme türü olduğu, davalı ...'ın yapılan sözleşme gereğince yüklenmiş olduğu edimini bilirkişi heyetinin tespit ettiği kısımlar dışında tam ve zamanında yerine getirdiği, ifa etmiş olduğu edimlerde bir ayıbın ya da eksiğin bulunmadığı ve dolayısıyla davalının tedarik ettiği ve montajını yaptığı ekipmanlar için karşılığında ücret almayı hak etmiştir. Davacının iddiası ise; davalının sözleşme gereğince edimini eksik ve ayıplı olarak yerine getirdiğini ileri sürerek bu eksik ve ayıplı işler için maddi tazminat ile manevi tazminat talep etmiştir.

Mahkememizce yapılan yargılama, toplanan deliller, taraflar arasında yapılan sözleşme, tarafların dosyaya sunmuş oldukları tüm delil ve belgeler ile, dosyaya kazandırılan teknik bilirkişilerin ayrıntılı olarak düzenledikleri kök ve ek rapor birlikte değerlendirildiğinde davalı ...'ın sözleşmeden doğan yükümlülüklerini sözleşmeye ve yasal mevzuata fen ve sanat

kurallarına uygun olarak yerine getirdiğini, yapmış olduğu imalatlarda gizli ya da açık ayıbın bulunmadığını, yapmış olduğu işlerle ilgili olarak garanti süresinin dolmuş olduğunu, bazı ekipmanlarda çıkan aksaklıkların işletme hatasından kaynaklandığını, davalının yerine getirmediği ekipmanların ses izolasyonu kabini işi ile montaj aşamasındaki bilirkişi raporunun 5. Bölümünde belirtilen 24 adet işten kaynaklanan ve dava dilekçesinde ki talep ve talep edilen alacağın döviz üzerinde olması nedeniyle bu eksik işlerden kaynaklı olarak döviz olarak hesaplanan 60.835,15 USD'nin yukarıda belirtilen iki eksik yapılan işlere karşılık olmak üzere 3095 sayılı yasanın 4/a maddesi gereğince işletilecek faiz ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Davacı tarafın talep etmiş olduğu manevi tazminat talebinin mahkemece değerlendirilmesi neticesinde her iki tarafın tacir olması, yapmış oldukları sözleşmenin eser sözleşmesinden kaynaklanması, uyuşmazlığın konusunu davalının sözleşme gereğince üstlenmiş olduğu edimlerini eksik ve ayıplı olarak yerine getirmesine dayandırıldığı hususları birlikte değerlendirildiğinde manevi tazminat koşullarının oluşmaması nedeniyle reddine karar verildiği görülmüştür.

İLERİ SÜRÜLEN İSTİNAF SEBEPLERİ :

Davacı vekili 17/10/2018 tarihli istinaf kanun yolu başvuru dilekçesinde özetle; eldeki davada mahkemenin, taraflar arasındaki başlıca uyuşmazlık konusu olan akdi nitelendirmeyi iddialarıyla paralel şekilde eser sözleşmesi olarak kabul ettiğini, oysa ki mahkeme hükmüne esas aldığını belirttiği 20/01/2017 tarihli bilirkişi heyetinin kök raporu ve 07/09/2017 tarihli ek raporunda taraflar arasındaki akdi ilişkinin hukuki niteliğinin davalının iddialarıyla paralel olarak satış sözleşmesi olarak tespit edildiğini ve taleplerin bu tespit doğrultusunda değerlendirildiğini, mahkeme ilamının gerekçesinde ise bilirkişi raporuna göre hüküm kurulduğunun belirtildiği ve fakat taraflar arasındaki hukuki ilişkinin eser sözleşmesi olarak kabul edildiğini ve eser sözleşmesine, satış sözleşmesinin akdi yükümlülüklerinin bağıtlandığını,

bunun kabul edilemeyecek nitelikte bir çelişki olduğunu, Öte yandan hükme esas alınan bilirkişi kök ve ek raporunda akdi ilişkinin satış sözleşmesi olarak değerlendirildiği açık bir şekilde ifade edilerek bilirkişi raporundaki değerlendirmelerin bu satış sözleşmesi tespiti doğrultusunda yapıldığını ve tarafların akdi yükümlülüklerinin sadece bu noktada irdelenerek değerlendirmede bulunulduğunu, mahkemenin ise ihtilafın eser sözleşmesinden kaynaklandığını belirtmesine rağmen hukuki ilişkiyi satış sözleşmesi olarak kabul edip buna göre değerlendirme yapan bilirkişi raporunu esas aldığını belirttiğini ve yerel mahkemenin bu şekilde kararın gerekçesiyle sonucu arasında tam bir uyum içinde davaya konu maddi olguları değerlendirmedeğini, bu durumun yüksek yargı kararları uyarınca ön sorun olarak ele alınıp incelenmesi gerektiğini ve buna göre taraflar arasındaki hukuki ilişkinin talepleri doğrultusunda eser sözleşmesi olduğu kabul edilecek ise, taraflar arasındaki ihtilafın TBK'nın 470 ve devamı maddelerine göre eğer hukuki ilişkinin davalıların iddiası gibi satış sözleşmesi olduğu kabul edilecekse de; TBK'nun 207/1 ve devamı madde hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiğini, bilirkişi raporuna itiraz dilekçelerinde satış ve eser sözleşmeleri arasındaki farkları ayrıntılı olarak belirterek rapora itirazlarını sunduklarını, eser sözleşmelerinde ayırt edici unsurun imal unsuru olduğu, satış sözleşmesinde satıcının, sözleşmenin yapıldığı sırada hazır olan bir şeyi, eser sözleşmesinde ise yüklenicinin, iş sahibinin siparişi üzerine kendisinin meydana getirdiği şeyi bir bedel karşılığında teslim etmeyi üstlendiğini, eser sözleşmesinde ayıplı ifadan doğan hakların tabii olduğu zamanaşımı süresinin de eser sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiğini, ve 01/01/1957 tarihinde yürürlüğe giren 29/06/1956 günlü 6763 sayılı TTK'nın veriyet ve tatbik şekli hakkındaki kanunun 41.maddesi ile BK'nun 126.maddesine eklenen 4.fıkra uyarınca ayıplı ifadan doğan davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan davaların 5 yıllık zamanaşımı süresine bağlandığını, ancak yüklenicinin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine

getirmemiş ve ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davaların bu fıkra hükmünden hariç tutulduğu belirtilerek bu gibi davaların BK'nun 125.maddesindeki 10 yıllık zamanaşımına tabii tutulmasının istenildiğini, bu konudaki Yargıtay içtihatlarına özet olarak istinaf dilekçelerinde yer verdiklerini,

Örnek mahkeme kararları ve yasal mevzuattaki düzenlemeler dikkate alındığında taraflar arasında akdedilen sözleşmenin bir eser sözleşmesi olup davalının, bu eser sözleşmesiyle yüklenmiş olduğu edimlerini sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirmemiş olduğundan müvekkili firmanın zarara uğramasına sebep olduğunu ve davalının bu zararı tazmin etmesi gerektiğini,

Müvekkili ...'ın, ... İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün yapmış olduğu **ihale**yi kazanarak '...Sözleşmesi'ni" imzaladığını, bu sözleşme uyarınca ...'ın, teknik özellikleri belirtilmiş olan buhar kazanı, buhar türbin jeneratörü grubu ve bunların yardımcı sistemlerini tedarik etmeyi, ayrıca, ekipmanların montaj, test ve devreye alma işlerinde süpervizör hizmeti vermeyi kabul ve taahhüt ettiğini, davalının gerek müvekkili gerekse ... İşletmeleri tarafından defalarca uyarılmış olmasına rağmen sözleşme kapsamında taahhüt etmiş olduğu ekipmanları ve hizmetleri tamamen kendi kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşme ile uluslararası kalite standartlarına aykırı ve eksik tedarik ederek davacı müvekkilinin ağır maddi zararlara ve ... İşletmeleri ve ticari faaliyetlerde bulunduğu diğer kişi ve kuruluşlar nezdinde telafisi mümkün olmayan manevi zararlara uğramasına sebep olduğunu, bu sebeple eldeki davanın ikame edildiğini,

Davalının üstlendiği hizmetlerin ve temin edilecek ekipmanların çok özel ve teknik nitelikte olduğu, ileri derecede özen ve tecrübe gerektirdiği, tedariki istenilen ekipmanların ve yardımcı sistemlerinin müvekkili firma tarafından teknik özellikleri belirtilmek suretiyle ve istenilen özelliklerde imalinin sağlanarak temin edildiği, tedarik edilen bu nitelikteki ürünlerin süpervizörlük ve montajının da davalıya ait edimler arasında olduğunun zorunlu

olarak kabulünün gerektiği hususlarının birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ve işin bir eser meydana getirmek olduğunun açık olduğunu, bu sebeple sözleşmenin satış olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını, söz konusu projedeki her bir iş kaleminin diğerine bağlı olduğunu, bunlardan herhangi birinin sorunsuz olarak ilerleyememesinin domino etkisi yaratarak diğer iş kalemlerinin ilerlemesini de aksattığını, tesisin tamamlanmasını geciktirdiğini ve müvekkili davacının söz konusu projeyi geç tamamlamasına neden olduğunu, müvekkilinin çok ciddi miktarda düzeltici faaliyet gerçekleştirerek maddi zarara uğradığını, davalının eksik ve aykırılıklarının tamamının dava dışı ... İşletmeleri tarafından tutanak altına alındığını ve fotoğraflandığını, projenin ve tedariki sağlanan ekipmanların ayıplı olduğunun davalının kendi tedarikçisi Çinli firma tarafından da kabul edildiğini, konuya ilişkin yazışmaların dosyaya ibraz edildiğini, Müvekkili firma tarafından dosya kapsamında talep edilen ve Eskişehir Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2015/37 D.İş sayılı dosyası ile yerinde yapılan incelemeler sonucunda hazırlanan tespit raporunda ayıplı ve eksik imalatların belirlendiğini ve bu rapor ile gizli ayıpların ortaya çıktığının açık olduğunu, bu hususların kök ve ek raporlarda değerlendirmeye alınmadığını, müvekkili firmanın 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde gizli ayıplara ilişkin olarak mevzuattan kaynaklanan tüm haklarını kullanmakta serbest olduğunu, dilekçelerinde teknik konulara ilişkin değerlendirmelerini de ayrıntılı olarak belirttiklerini, yine bilirkişi raporunda davalının tedarik etmiş olduğu ekipmanların garanti süresinin 19/06/2010 tarihinde sona erdiğine ilişkin yapılan tespitin ve buna göre kurulan hükmün kabulünün de mümkün olmadığını, bu konudaki itirazlarını ayrıntılı olarak dilekçelerinde belirttiklerini, Teknik ve hukuki olarak özel uzmanlık gerektiren bir konuda yerel mahkeme tarafından tek bir kök ve ek rapora dayanarak hüküm kurulmasının kabul edilemez olduğunu, kararın eksik incelemeye dayalı olduğunu, istinafa konu dava dosyası içeriği ve kapsamı bakımından, uzmanlık gerektirir nitelikte teknik detaylar barındıran bir dosya olduğunu, mahkemenin bu

kapsamdaki bir dosyada bilirkişi kök raporu ile aynı heyetten alınan ek raporla yetinmek suretiyle hüküm kurduğunu, raporda davalının dilekçelerinde sunduğu beyanların ve bilgilerin esas alındığını ve bu sebeple raporun genel itibariyle mahkemece tayin edilen bir heyetten alınan resmi bir rapor olmaktan ziyade, davalı tarafından dosyaya sunulan beyan dilekçelerinin özeti niteliğinde olduğunu ve bilirkişi raporunda Eskişehir Sulh Hukuk Mahkemesi'nin tespit dosyasındaki değerlendirmelere hiçbir şekilde yer verilmediğini, tüm bu sebeplerle istinaf başvurularının kabulüne ve mahkeme kararının kaldırılmasına, dosyanın yeniden incelenmek ve karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesine, dairemiz aksi kanaatte ise davanın Bölge Adliye Mahkemesi'nde yeniden görülerek davalının kabulüne karar verilmesi isteminde bulunmuştur.

Davalı vekili 07/11/2018 tarihli istinafa cevap dilekçesinde özetle; ... ile ... İşletmeleri Genel Müdürlüğü (dilekçede ... ve/veya İDARE olarak anılacak) arasında "... IV. Pentahidrat Yeni Buhar Santralı, Kazan-Turbojeneratör Üniteleri Komple Anahtar Teslimi Yapım İş'i" için 02.10.2007 tarihinde bir sözleşme imzalandığını,

Daha sonra bu iş kapsamında yer alan bazı ekipmanların ve hizmetlerin temini için ... ile ... arasında 19 Ocak 2008 tarihinde ...1 no'lu "... İşletmeleri" imzalandığını, davacı tarafından, davalının edimlerini sözleşmeye uygun yerine getirmediği iddiası ile maddi ve manevi tazminat talepli iş bu davanın açıldığını, işin özel uzmanlık gerektiren teknik bir iş olduğundan yerel mahkemece tüm üniversitelere ve meslek odalarına müzekkere yazılarak " Buhar Kazanları, Kimyasal Dozajlama vb. dava konusu uyumsuzlukla ilgili alanlarda uzman olabilecek " isimlerin istendiğini, gelen müzekkere cevapları doğrultusunda seçilen, ODTÜ ve Gazi Eğitim Fakültesi öğretim üyelerinden oluşan uzman bilirkişi heyetinden 1 kök ve 1 ek rapor alındığını, gelen raporlar doğrultusunda ilk derece mahkemesince davanın kısmen kabul kısmen reddine karar verildiğini, davacı yanın istinaf başvurusunun haksız ve hukuka aykırı olduğunu, bu nedenle istinaf başvurusunun

reddine ve kararın onanmasına karar verilmesini talep ettiklerini,

Taraflar arasında imzalanan 19.01.2008 tarihli "Tedarik" sözleşmesi kapsamında davalının tüm dosya içeriği ile sabit olduğu üzere sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmiş olduğunu,. sözleşmenin "Konu" başlıklı 1. bölümünde "işveren tedarikçiden bir adet buhar kazanı, bir adet buhar türbini jeneratör grubu ve bunların bazı yardımcı sistemlerini almak ve tedarikçi, işverene bu ekipmanları satmak konusunda anlaşmıştır" denildiğini,

Davacı ile dava dışı idare ... arasında imzalanan ana sözleşmenin 16. maddesinde " **İhale** konusu işin tamamı veya bir kısmı alt yüklenicilere yaptırılamaz" denildiğini, bu madde hükmü gereğince de davalının işin bir kısmının dahi yüklenicisi olmasının mümkün olmadığını, bu nedenle davalı yan olarak iddialarının, halen sözleşmenin bir eser sözleşmesi değil, satış sözleşmesi niteliğinde olduğunu, ancak mahkemece sözleşmenin niteliğinin hukuki değerlendirilmesinin dosyadaki hukukçu bilirkişiden ve kendi iddialarından farklı olarak re'sen " eser sözleşmesi" olarak yapıldığını, sözleşmenin hukuki nitelendirilmesinin ise somut olayda teknik bilirkişilerin yaptığı tespitlere bir etkisinin bulunmadığını, Teknik bilirkişi heyeti tarafından dosya incelenirken " sözleşmenin hukuki niteliği" gözetilmeksizin Davalı ...Ş.' nin sözleşmede vaat edilen edimlerin ne kadarını ne şekilde yerine getirdiğinin tespiti üzerinde durulduğunu, kazan ve borularda meydana gelen hasarların da ... A.Ş.'nin sözleşme ile üstlenmiş olduğu işlerden kaynaklanıp kaynaklanmadığının incelemesinin yapıldığını, bunun sonucuna göre de imalat ve tedarikte bir hata olmadığının, bazı eksikliklerin bulunduğu ve bu eksikliklerin bedelinin ne kadar olduğunun tespit edildiği, kazan ve borulardaki yarılma ve çatlamanın da imalat veya montajdan değil, yanlış kullanım ve kötü besi suyundan kaynaklandığı tespit edilerek hükme esas alınan raporun düzenlendiğini,

Bu nedenle her ne kadar iddialarının halen sözleşmenin satış sözleşmesi olduğu yönünde olsa da, teknik incelemeler neticesi

varılan sonuç itibarıyla sözleşmenin hukuki niteliğinin sonuca etkisinin bulunmadığını, gerekçeli kararda bir çelişkiden söz etmenin de bu itibarla mümkün olmadığını, yerel mahkemenin sözleşmenin hukuki nitelendirilmesini kendisinin yaptığını, bunun dışında ise raporun teknik bilirkişiler tarafından hazırlanan kısmına uygun olarak bir kararın verildiğini, nitekim davacıların iddiasının da hep sözleşmenin eser sözleşmesi olduğu yönünde olduğunu, bu itibarla yerel mahkemenin değerlendirmeyi eser sözleşmesi üzerinden yapmış olduğunu, ancak sonuç olarak sözleşme eser sözleşmesi de olsa satış sözleşmesi de olsa doğan hasarın neden kaynaklandığının teknik olarak tespit edildiğini ve bu nedenin de davalıların yaptıkları işle ilgili olmadığını ortaya çıktığını,

Asıl iş sahibi olan ... İşletmeleri A.Ş.' den gelen 07.10.2015 tarihli müzekkere cevabı ekinde yer alan ... Ve ... İşletmeleri tarafından bağımsız ... firmasına hazırlatılan uzman raporunda; davalının da en başından beri ısrarla öne sürdüğü iddiaları doğrular şekilde, kazanda kullanılan besi suyu ve sprej suyu kalitesinin ne kadar kritik öneme sahip olduğu vurgulanmakta ve ...'de kullanılan besi suyu ve sprej suyunun olması gereken özellikte olmamasının hasarlara yol açtığının açıkça belirtildiğini, bu durumun raporun "4. Su Analizine Ait Sonuçlar" başlığı altında, besi suyu pompası sonrasında alınan su numunesine ilişkin "Burada göze batan nokta, bütün numularda önemli ölçüde yükselmiş sodyum içeriğidir. Besleme suyunun, sprej suyu sıcaklık ayarlayıcısı içine enjekte edilmesine bağlı olarak; soğutucu yolu boyunca, her bir bölümde, buhar, sodyum ile kontamine edilmiş olmaktadır. Bunun da ötesinde, elektrik iletkenliği ve silika asit miktarı başta olmak üzere, pek çok limit değeri aşılmıştır." ve ayrıca "5. Özet, Çıkarılan Sonuçlar ve Açıklamalar" başlığı altında, "Elde edilmiş olan sonuçlar, çatlamaların, içeriğinde sodyum bulunan maddelerin sebep olduğu gerilim, korozyon çatlamalarından kaynaklandığı sonucuna varmaktadır. Bu durum iyi bilinir ve suyun arıtılması için kostik sodanın kullanılmadığı hallerde meydana gelir. Bölüm 3 kapsamında gösterilmekte olan interkristalin (taneler arası çatlak)

çatlakları ve alınmış olan su numulerindeki yüksek sodyum içeriği, varılan bu sonucu desteklemektedir.” ifadeleri ile çok açık bir şekilde ortaya konulduğunu,

Dava ile ilgili geçmiş bütün beyanlarında, kazanda kullanılan besi suyunun kalitesinin uygun olmaması ve uygun kimyasal dozajlama yapılmamasının kazan borularında yaşanmış olan dava konusu boru ve kazan hasarlarına neden olduğunu defalarca vurguladıklarını, besi suyu ve dozajlamanın işletme sürecine ait işlemler olup davacının kendi sorumluluğunda olduğunu,

Dolayısı ile ... firmasının hazırlamış olduğu raporun; taraflarınca daha önce ısrarla belirtildiği gibi dava konusu kızdırıcı boru hasarlarının, malzeme veya tasarım hatasından değil, besi suyunun kalitesinden kaynaklandığı iddialarını doğrulamakta ve desteklemekte olduğunu, ayrıca, ... firması tarafından hazırlanmış olan raporda “6. Tavsiyeler” başlığı altında, “Kazanı operasyona almadan önce, kazanın birçok defa de-iyonize su ile durulanması gereklidir ve suyun sodyum içeriğinin de gözlemlenmesi gereklidir.” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade de, yine bizim boru hasarlarının oluşumunda kazan işletmesinin de önemli olduğu ve hatalı işletme koşullarının hasar oluşumuna sebep olabileceği yönündeki iddialarını doğrulamakta ve desteklemekte olduğunu, Nitekim hükme esas alınan bilirkişi raporunu hazırlayan... oluşan heyetin de Alman bağımsız denetim kuruluşunun hazırlamış olduğu raporla paralel bir tespit ve değerlendirme yapmış olduğunu,

Davacının H.M.K. 401/4 maddeye aykırı olarak yargılamasının 2012 yılından bu yana iş bu mahkemede devam etmekte olan dava ile ilgili olarak 2015 yılında Eskişehir Sulh Hukuk Mahkemesi kanalıyla, davalının ve yerel mahkemenin bilgisi dışında tek taraflı delil tespiti yaptırdığını,

Ankara’da yerel mahkemece tüm oda ve üniversitelere müzekkere yazılarak konunun uzmanı bilirkişi temin ve tespiti zor olmuş iken davacının ...’ de re’sen tespit edilen bilirkişiye içeriği belli olmayan ancak sonucu çok net bir şekilde kendi beyanları ile örtüşen bir tespit yaptırmış olduğunu, sonra da bu tespitin 2012 yılından bu yana davaya bakan 2.Asliye Ticaret

Mahkemesi'nce hükme esas alınmasını istediğini ve bu talebi dikkate alınmayınca da bu durumu istinaf başvurusuna gerekçe yaptığını,

Uyuşmazlık konusu davanın 20 klasör evraktan oluşmakta olduğunu, yargılamasının 6 sene devam ettiğini, ancak nasıl oldu ise Eskişehir Sulh Hukuk Mahkemesi'nce yapılan tespitte dosyayı inceleyen bilirkişinin bu evrakların hiçbirini incelemeye gerek görmeden, numune almadan, aynen davacıların talepleri ile örtüşen bir tespit yapabildiğini halihazırda devam eden bir dava varken bu yola başvurulmuş olmasının devam eden bir davayı etkilemeye yönelik bir davranıştan başka birşey olmadığını,

H.M.K. 401/4. maddesi gereğince “ Dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme görevli ve yetkilidir” şeklinde olduğunu, bu konuda hem yasa maddesinin çok açık olduğunu hem de Yargıtay 15. H.D. kararlarının bu konuda istikrar kazanmış durumda olduğunu, Yargıtay 15. H.D.'nin... sayılı ilamında “ delil tespitinin davanın açılmasından sonra yetkisiz ve görevsiz mahkemede yaptırılması nedeniyle geçersiz olduğu”nun açıkça belirtilmiş olduğunu, bu nedenle davacının yaptırmış olduğu delil tespitinin hukuken bir bağlayıcılığının ve geçerliliğinin bulunmadığını,

Neticeten yukarıda açıklanan, daha önce dava aşamasında sundukları dilekçeleri ile açıklanan nedenler ve dosya içeriğindeki tüm delillerle sabit olan nedenlerle davacının haksız istinaf başvuru taleplerinin reddi ile yerel mahkemenin usul ve yasaya uygun... K sayılı ilamının onanmasını, yargılama giderleri ile vekalet ücretinin davacı üzerinde bırakılmasını talep etmiştir.

DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GEREKÇE :

İstinaf kanun yolu başvurusuna konu edilen karar hakkında; HMK'nın 355.maddesindeki düzenleme uyarınca, istinaf dilekçesinde belirtilen nedenler ve kamu düzenine ilişkin aykırılık bulunup bulunmadığı yönü gözetilerek yapılan inceleme sonucunda;

Dava, davacı yüklenici ... ile davalı taşeron ... arasındaki 19/01/2008 tarihli " ..." sözleşmesinden kaynaklanmakta olup ayıplı ve eksik imalatlar sebebiyle bunların giderilme bedelinin tahsili ve bu sebeple uğranılan maddi ve manevi zararların tazmini istemine ilişkindir.

Davacı yüklenici, dava dışı ... İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nden "... **ihalesini** almış ve **ihale** sonrasında davalı ... ile yukarıdaki taşeronluk sözleşmesini imzalamıştır.

Sözleşmeye göre davalı buhar kazanı ve buhar türbin jenaratörü grubu ile bunların yardımcı sistemlerini tedarik etmekle ve montaj, test ve devreye alma işlemlerinde süpervizörlük hizmeti vermekle yükümlü olduğu anlaşılmaktadır.

Davacı ..., eldeki dava ile sözleşmeye aykırı olarak ekipmanların teslim edildiği, yapılan imalatların eksik ve ayıplar barındırdığı, bu ayıpların gizli ayıplı imalatlar niteliğinde olduğunu, ayıp ve eksikliklerin giderilmesinin davalıdan yazılı ve sözlü olarak talep edildiğini ancak davalının bu ayıp ve eksikliklerden dolayı sorumluluğunun bulunmadığını belirttiğini, bu sebeple bu ayıp ve eksikliklerin düzeltilmesi için bir çok işlemler yapılması gerektiğini, bu sebeple zarara uğradıklarını ve dava dışı asıl iş sahibi ile ticari faaliyette bulundukları firmalar nezdinde itibar kaybına uğradıklarını belirterek maddi ve manevi zararlarının tazmini isteğinde bulunmuştur.

Davalı ..., taraflar arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olmayıp satış sözleşmesi olduğunu, yine asıl iş sahibi ... İşletmeleri ile davacı arasındaki ana sözleşmede işin bir kısmının dahi alt yüklenicilere yaptırılamayacağını kararlaştırıldığını, bu nedenle alt yüklenici olmalarının mümkün olmadığını, sorumluluğunun sözleşme kapsamındaki ekipman ve teçhizatları temin etmek olduğunu ve bunların temin edilerek süresi içinde sahaya getirildiğini, davacı tarafından montaj işlerine başlandığını, bu tarihten sonra yapılan işlerin sorumluluğunun davacıda olduğunu, kendisinin sadece süpervizörlük hizmeti verme sorumluluğu olduğunu, satış sözleşmesi hükümlerine göre ayıp ihbar sürelerinin geçtiğini, geçici kabulü yapılan işler için sorumluluğu bulunmadığını,

geçici kabuldeki ses izolasyonu kabini konusunda yapılmış masrafı ödemeyi kabul ettiklerini, yine montaj aşamasına ilişkin iddialara dair 24 kalem işten 5 tanesi için 4.881,10 TL + KDV tutarındaki gideri ödemeye hazır olduklarını, bunun dışındaki talepleri kabul etmediklerini ve davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece 20/01/2017 tarihli bilirkişi kurulunun kök raporu ile aynı heyetten alınan 07/09/2017 tarihli ek raporları hüküm verilmeye yeterli görülerek bu raporlar kapsamında taraflar arasındaki hukuki ilişkinin eser sözleşmesi olarak kabulü gerektiği ve davalının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini sözleşme hükümlerine, fen ve sanat kurallarına uygun olarak yerine getirdiği, yapmış olduğu imalatlarda gizli ya da açık ayıbın bulunmadığı, yapmış olduğu işlerle ilgili olarak garanti süresinin dolmuş olduğu, bazı ekipmanlarda çıkan aksaklıkların işletme hatasından kaynaklandığı, davalının yerine getirmediği ve kabulünde olan ses izolasyonu kabini işi ile montaj aşamasındaki bilirkişi raporunun 5.bölümünde belirtilen 24 adet işten kaynaklanan eksik işlerden kaynaklı olarak zarar talebinde bulunabileceği gerekçesiyle maddi tazminat isteminin kısmen kabulü ile döviz olarak hesaplanan 60.835,15 USD'nin 3095 sayılı yasanın 4/a maddesi gereğince dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, manevi tazminat talebinin koşullarının oluşmadığından reddine dair karar verilmiş, bu karara karşı davacı tarafça yukarıda belirtilen gerekçelerle istinaf yoluna başvurulmuştur.

Mahkemece yargılama sırasında alınan ve akademisyen bilirkişiler arasından oluşturulan bilirkişi kurulunun kök ve ek raporlarında taraflar arasındaki hukuki ilişkinin satım sözleşmesi olduğu kabul edilmek suretiyle davalı taşeronun edimlerini sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirip getirmediği, teslim edilen ekipmanlarda ve verilen hizmette ayıp ve eksiklerin bulunup bulunmadığı, satım sözleşmesi hükümleri doğrultusunda değerlendirilmiş ve bu kapsamda davalı taşeronun sözleşme gereği edimlerini eksiksiz ve ayıpsız olarak teslim ettiği kural olarak benimsenerek davalı

taşeronun kabulünde olan ses izolasyon sistemindeki eksikliğin giderilme bedeli ile montaj aşamasındaki eksikliklerin giderilme bedelinin davacının zarar kalemlerini oluşturduğu, satım sözleşmesi hükümlerine göre garanti süresinin de dolmuş olduğu yönünde belirlemeler yapılmıştır.

Her ne kadar mahkemece taraflar arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi mahiyetinde olduğu kabul edilerek bilirkişi raporundaki belirlemeler eser sözleşmesine hükümlerine göre yorumlanarak hüküm kurulmuş ise de; bilirkişi raporundaki tespit ve değerlendirmelerin satım sözleşmesi hükümlerine göre yapılan değerlendirmeleri içermesi sebebiyle mahkemenin, bilirkişilerin buna göre düzenledikleri raporu eser sözleşmesi hükümlerine göre yorumlaması somut olayın arz ettiği yüksek teknolojik düzey gerektirdiği anlaşılan işin özelliklerine göre doğru olmayacaktır.

Yine taraflar arasındaki akdi ilişkinin hukuki nitelendirmesinin yapılması, ayıplı ve eksik imalatlar yönünden satım sözleşmeleri ile eser sözleşmelerindeki ayıba karşı tekeffül, ayıp ihbar süreleri ile zamanaşımı sürelerinin farklılık arz etmesi sebebiyle de tarafların hukuki sorumluluklarını değiştireceğinden önem arz etmektedir. Eser sözleşmesinde ayıba dair hükümler, 818 sayılı mülgâ BK'nın 359-363 maddeleri arasında düzenlenmiştir. 818 sayılı mülgâ BK'nın 360. maddesi ayıbı işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması olarak tanımlamıştır. Ayıp, imâl edilen bir eserde veya malda, sözleşme ve ekleri ile iş sahibinin beklediği amaca ve dürüstlük kurallarına göre bulunması gereken vasıfların bulunmaması, bulunmaması gereken vasıfların ise bulunmasıdır. Şayet, imâl edilen eserde ayıp varsa, iş sahibi tarafından süresi içerisinde ayıp ihbarında bulunulması şartıyla sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinde sayılan seçimlik haklarından birisini kullanabilir. Bu hakkın kullanılması için iş sahibi tarafından ayrı bir dava açılabileceği gibi, yüklenici tarafından aleyhine açılmış olan bir davada bu husus def'i olarak ileri sürülebilir. BK 360. maddeye göre iş sahibinin seçimlik hakları sözleşmeden dönme, bedelden indirim

yapılmasını veya ayıbın giderilmesini talep etme haklarıdır. Eserin iş sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı olması veya hakkaniyet kaideleri gereği eseri kabul etmesinin iş sahibinden beklenememesi veya eserin sözleşmede açıkça kararlaştırılan nitelikleri taşınamaması halinde iş sahibi eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir. Eserdeki ayıpların eserin reddini gerektirecek nitelikte önemli olmaması halinde ise diğer seçimlik hakların kullanılması gerekir. Diğer taraftan ayıbın varlığını ihbar şekil koşuluna bağlı olmayıp tanık dahil her türlü delille kanıtlanabilir.

Eser sözleşmesinin eksik veya ayıplı ifa edilip edilmediği, eksik iş ve ayıplardan dolayı talep haklarının ne olduğu ve hangi koşullarla istenebileceği yönünden, sözü edilen eksik ve kusurların eksik iş, açık ayıp ve gizli ayıp olup olmadığının saptanması gerekir. Eksik iş, sözleşme ve eklerine göre yapılması gerektiği halde yapılmayan (noksan bırakılan) işleri ifade eder. Eksik işlerin bedeli, teslim tarihine bu işlerin ikmâl edilebileceği sürenin ilavesiyle bulunan tarihteki rayiç bedellerle talep edilebilir. Eksik işler bedelinin istenebilmesi için teslim sırasında ihtirazi kayıt konulmasına ya da ihtar çekilmesine gerek bulunmamaktadır. Eksik işler yönünden BK'nın 359 ve 362. maddesindeki hükümler uygulanmaz. Açık ayıp, eserde dikkatli bir inceleme sonunda görülebilen ve anlaşılabilen bozuklukları, gizli ayıp ise dikkatli bir inceleme ile ortaya çıkmayan ve sonradan kullanılmakla ortaya çıkan ayıpları ifade eder. Yüklenicinin açık ayıplar nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için teslimden itibaren makul sürede (işlerin olağan akışına göre geç sayılmayacak bir zaman süreci içinde) eserin muayenesini yaptırıp varsa ayıplarını ihbar etmesi gerekir (BK.md.359). Aksi halde yüklenici ihtirazî kayıtsız eseri kabul etmiş sayılacağından ayıba bağlı hakları yitirir (BK.md.362). Sonradan ortaya çıkan gizli ayıpların da ayıba vakıf olunur olunmaz derhal bildirilmesi gerekir. Aksi halde iş sahibi eseri olduğu gibi kabul etmiş sayılır ve ayıba bağlı hakları düşer (BK.md.362). Sözleşmede garanti (teminat) süresi kararlaştırılmışsa ayıp ihbarı bu süre içinde de yapılabilir. Süresinde ayıp ihbarı yapılmışsa, açık ayıplı

imalâtın bedeli eserin teslim edildiği ve ayıp ihbarının yapıldığı, gizli ayıplı imalâtın bedeli de gizli ayıbın ortaya çıktığının anlaşıldığı tarihteki rayiçlerle istenebilir. Şayet sözleşmede özel düzenlemeler varsa öncelikle sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekir. Öte yandan ayıplı işlere ilişkin ihbar mükellefiyeti getiren kanun koyucu eksik işler yönünden iş sahibine böyle bir yükümlülük yüklememiştir. Bir başka deyişle, eksik işlerde ihbara gerek olmaksızın zamanaşımı süresi içerisinde eksik işler bedeli her zaman talep edilebilir.

Sözleşme tarihi itibarıyla uygulanması gerekli 818 sayılı BK'nın ayıplı işlerde zamanaşımını düzenleyen 363.maddesinde, yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, alıcının haklarının tabii olduğu zamanaşımı hükmüne tabii kılınıp taşınmaz inşaatındaki ayıplardan dolayı iş sahibinin yüklenici ve inşaatı iştirak eden mimar ve mühendise karşı açılacak davalar 5 yıllık zamanaşımına tabii kılınmış ise de BK'nun 126.maddesine eklenen 4. Bent nedeniyle BK'nun 363.maddesi örtülü olarak kaldırılmış olduğundan, 126/son maddesinde kasıt ve ağır kusura dayanmayan ayıplarda, ayıplı imalatı taşıtır veya taşıtmazlarda yapılması ayırt edilmeksizin 5 yıllık zamanaşımı süresine tabii olduğu, kasıt ve ağır kusur sonrası oluşan ayıplarda 818 sayılı BK'nın 126/son maddesi yollamasıyla 125.maddesi hükmünce 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 23/06/2015 tarihli Karar sayılı kararında kabul edilmiş ve uygulanmıştır. Zamanaşımının başlangıcı ise, alacağın istenebilir olduğu tarihtir.

Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir (HMK md. 266/1). Taraflar, bilirkişi raporunun, kendilerine tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların, bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilirler (HMK md.

281/1). Mahkeme, bilirkişi raporundaki eksiklik yahut belirsizliğin tamamlanması veya açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için, bilirkişiden, yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabileceği gibi, tayin edeceği duruşmada, sözlü olarak açıklamalarda bulunmasını da kendiliğinden isteyebilir (HMK md. 281/2). Mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla, tekrar inceleme de yaptırabilir (HMK md. 281/3). Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir (HMK md. 282/1).

Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kurallarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde; mahkemece hükme esas alınan bilirkişi rapor ve ek raporları satım sözleşmesi hükümlerine göre düzenlendiğinden eksik iş, açık ayıp, gizli ayıp kavramları da satım sözleşmesi hükümlerine göre somut olaya uyarlanmıştır. Davacı tarafın iddialarında taraflar arasındaki akdi ilişkinin hukuki mahiyetinin eser sözleşmesi olduğu aşamalarda ısrarla dile getirilmesine ve bilirkişi raporuna da bu sebeplerle itiraz edildiği halde yine mahkemece de davacı iddialarına paralel olarak akdi ilişkinin eser sözleşmesi mahiyetinde olduğu kabul edildiği halde eser sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirmeler içermeyen bilirkişi rapor ve kök raporuna itibar edilerek bu kapsamda taraflar arasındaki ilişkinin hukuki nitelendirmesi hakkında bilirkişi raporuna davacı tarafın yaptığı itirazları, hukuki dinlenilme hakkı gereğince karşılayacak şekilde gerekirse teknik uzmanlardan oluşturulacak yeni bir bilirkişi heyetinden rapor alınmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiştir.

Bu durumda davacının, davaya konu ettiği talepleri yönünden, yeniden HMK 266 maddesine uygun şekilde oluşturulacak konusunda uzman bilirkişi kurulu atanmak suretiyle sözleşme konusu işin hukuki mahiyetinin tam olarak ortaya konularak baskın yönünün eser sözleşmesi mi satım sözleşmesi mi olduğu da belirlenerek davacının iddialarına konu ve davalı tarafından sözleşme kapsamında ifa etmiş olduğu ediminde eksik iş, açık ayıp ve gizli ayıp bulunup bulunmadığı, ayıp ihbar sürelerine uyulup uyulmadığı, sözleşmedeki garanti süreleri de

gözetilerek ve davalının zamanaşımı itirazlarının da değerlendirilmesi suretiyle davacının zarara uğrayıp uğramadığı, uğramış ise talep edilebilecek zararlarına dair rapor alınıp, niteliklerine uygun biçimde deliller de değerlendirilmek suretiyle sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken, yetersiz bilirkişi kurulu rapor ve ek raporu esas alınarak karar verilmesi doğru olmamış, bu sebeple davacı vekilinin istinaf başvurusu dairemizce haklı görülmüştür.

Bu durumda yapılması gereken iş sözleşmenin kapsamında bulunan imalâtların niteliği gereği konusunda uzman ... bilirkişilerden oluşturulacak yeni bir bilirkişi heyetinden denetime ve hüküm vermeye elverişli alınacak rapor ile iş sahibi yüklenicinin açtığı dava yönünden eksik/ayıpların giderilmesi bedeli ile ayıp nedeniyle uğranıldığı iddia olunan maddi ve manevi zararlar sebebiyle davacının talep edebileceği alacağının olup olmadığının tespiti ile sonucuna göre karar verilmesinden ibarettir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin istinaf kanun yolu başvurusunun 6100 sayılı HMK'nın 353/(1)-a.6 maddesi uyarınca esasa ilişkin hususlar incelenmeksizin kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın dairemiz kararına uygun şekilde yeniden inceleme ve araştırma yapılarak esasa ilişkin olarak yeniden bir karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM : Yukarıda açıklanan nedenlerle;

- 1 – Davacı ... vekilinin istinaf kanun yoluna başvurusunun esasa ilişkin hususlar incelenmeksizin **KABULÜNE**,
- 2 – Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 28/02/2018 tarihli... Karar sayılı kararının 6100 sayılı HMK'nın 353(1)-a.6 maddesi gereğince **KALDIRILMASINA**,
- 3 – Dosyanın dairemiz kararına uygun şekilde yeniden inceleme ve araştırma yapılarak esasa ilişkin bir karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine **GÖNDERİLMESİNE**,
- 4 – İstinaf başvurusunun kabul edilmiş olması sebebiyle istinaf karar harcı alınmasına yer olmadığına ve davacı

tarafından yatırılan 35,90 TL istinaf peşin karar harcının talep halinde davacıya iadesine,

5 – Davacı tarafından yatırılan 98,10 TL istinaf kanun yoluna başvurma harcı ile istinaf yargılama giderlerinin ilk derece mahkemesince yeniden verilecek kararda dikkate alınmasına,

6 – Kararın ilk derece mahkemesince taraflara tebliğine,
Dair dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda HMK'nın m.353/1-a maddesi gereğince KESİN olmak üzere 23/03/2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

Başkan ... Üye ... Üye ... Katip ...

e-imzalıdır e-imzalıdır e-imzalıdır e-imzalıdır