

**davacı firmadan alınan 445 ton kömür olarak satıldığını ve taraflarca da Müdürlüğü'ne bağlı askeri birliklere ihale sonucunda teslim edildiğini; davacı firma 445 ton malı satarken taraflarına sunduğu uygunluk belgesi ve analiz raporlarında belirtilen speklere uygun mal vermediği**

T.C.

İstanbul Anadolu

6. ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ

-K A R A R-

ESAS NO : 2017/1029 Esas

KARAR NO : 2018/228

DAVA : İtirazın İptali

DAVA TARİHİ : 06/01/2014

KARAR TARİHİ : 28/02/2018

Davacı vekili tarafından davalı aleyhine açılan iş bu davanın mahkememizde yapılan açık yargılaması sonucunda;

**GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:**

Davacı vekili tarafından verilen dava dilekçesinde özetle; davacı şirket tarafından, davalı şirkete mal satışından kaynaklı alacağının ödenmediğini; bu nedenle, davacının

alacağıının tahsil için İstanbul Anadolu -- İcra Müdürlüğü'nün – sayılı dosyası üzerinden asıl borçlu ve ipotek veren aleyhine ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlattığını; davalıların, icra takibine haksız olarak itiraz ederek takibi durdurduklarını; bu nedenlerle, davalıların icra takibine vaki itirazlarının iptali ile takibin devamına ve davalı borçlular aleyhine %40'dan aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini; talep ve dava etmiştir.

Davalı vekilince verilen davaya cevap dilekçesinde özetle; icraya konu edilen borcun yasal kayıtlar ve yapılan anlaşmalarla ilgisi olmayan bir tutar olup tamamen şirketin zor durumundan faydalanmak ve teminatı nakde çevirmek amacıyla ayıplı olarak satılan ve şirket iflas eşiğine getiren malın bedelinin hileli şekilde kötüniyetli olarak tahsilini sağlamaya çalışmaktan ibaret olduğunu; şirketin zor durumuna sebep olan ve iddia edilen alacağa konu ticari malın 2011 yılında davacı firmadan alınan 445 ton kömür olarak satıldığını ve taraflarca da İstanbul İç Tedarik Bölge Müdürlüğü'ne bağlı askeri birliklere ihale sonucunda teslim edildiğini; davacı firma 445 ton malı satarken taraflarına sunduğu uygunluk belgesi ve analiz raporlarında belirtilen speklere uygun mal vermeyip, Çevre ve Orman Bakanlığı'nın ithal kömür için belirtmiş olduğu speklere uygun olmayan ithali yasak ve taraflarınca kontrolü evrak dışında mümkün olmayan ayıplı malı verdiğini; ihale makamının muayene kabul ve tespit konusuna mal analiz için analize gönderildiğinde ve muayene sonucu mal speklere uygun olmadığı için reddedildiğini; davacı firmanın durum hakkında bilgilendirildiğini; davacının, 2.başvurusu sonucu alınan raporda da malın yine reddedildiğini; bu nedenle, davalı firmanın ihale yasaklısı durumuna düştüğünü; bu nedenlerle, haksız ve yasal dayanaktan yoksun davanın reddi ile davacı aleyhine %20'den aşağı olmamak üzere tazminata hükmedilmesine karar verilmesini; talep etmiştir.

Davalı --'na dava dilekçesi ekli açıklamalı davetiyenin tebliğ edildiği; davalının yasal süresi içinde davaya karşı cevap

dilekçesi vermediği; görülmüştür.

Davacı vekilince verilen 23/05/2016 kayıtlı yazılı açıklama ve ekinde sunulan İstanbul Anadolu --Sulh Hukuk Mahkemesi'nin – esas, –karar numaralı veraset belgesinin incelenmesinde; -- 'nun 29/12/2013 tarihinde vefat ettiği; geriye mirasçı olarak --, -- ve--'nu bıraktığı; görülmüştür.

Dava; davacı tarafından, davalı şirkete satılan malın bedelinin ödenmediğinden bahisle, tahsili için davalılar aleyhine giriştiği ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takibe, davalıların yapmış olduğu itiraza yönelik yasal süresi içinde açılmış itirazın iptali ve takibin devamı ile icra inkar tazminatına hükmedilmesi istemine; ilişkindir.

Davacı vekili 19/06/2014 tarihli ön inceleme duruşmasında; davalı-- hakkındaki davadan feragat etmiş olduklarını beyan etmiş olduğu; görülmüştür.

Başlangıçta; İstanbul Anadolu Kapatılan --. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin – esasına kayıtlı olarak açılan davada; yapılan yargılama sırasında; bu mahkemenin kapatılması üzerine dava dosyasının İstanbul Anadolu -- Asliye Ticaret Mahkemesi'nin – esasına kaydedildiği; bu dosya üzerinden yapılan yargılama sonucunda; 20/05/2015 tarih ve – sayılı kısa kararla davanın kısmen kabulü ile İstanbul Anadolu --. İcra Müdürlüğü'nün -- esas sayılı dosyasının davalı borçlunun yaptığı itirazın; asıl alacağın 266.854,85 TL bölümü ve işlemiş faizi 9.873,63 TL'lik bölümü hakkında iptaline, takibin bu miktar üzerinden devamına, itirazın iptaline karar verilen asıl alacak tutarına takip tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmasına; iptaline karar verilen toplam miktar üzerinden %20 icra inkar tazminatının davalıdan alınarak davacı tarafa verilmesine, bakiye talebin reddine; alacaklı tarafın kötüniyetli olduğu davalı tarafça ispat edilemediğinden reddedilen bölüm yönünden borçlu tarafça istenen kötüniyet tazminatı talebinin reddine karar verildiği; gerekçeli kararda kısa karara davalı – aleyhine açılan davanın feragat nedeniyle reddine bölümünün eklendiği; kararın, davalı şirket vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine; karar, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 31/05/2017 tarih ve 2016/13671 esas, 2017/4374 sayılı kararı

ile "...yerel mahkemenin yargılamayı sonlandırdığı kısa kararda davalı –hakkında herhangi bir hüküm bulunmadığı halde, gerekçeli kararda anılan davalı hakkındaki davanın feragat nedeniyle reddine karar verilmiştir. Böylece tevhim edilen kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki yaratılmıştır. Bu hal, HMK.nun. 298-(2).maddesine aykırılık teşkil ettiğinden ...” bahisle karar bozulmuştur.

Bozmadan sonra; mahkememizin –esasına kaydedilen davada usul ve yasaya uygun olan bozma ilamına uyulmasına karar verilmiştir.

İstanbul Anadolu– İcra Müdürlüğü’nün – sayılı takip dosyasının incelenmesinde; 04/12/2013 tarihinde başlatılan takibin alacaklısının– A.Ş., borçlularının – Ticaret Sanayi Limited Şirketi ve – olduğu; takibin – tarafından verilen ipotek— daire – 30/10/2007 tarihli, –yevmiye sayılı ipotek açıklaması ile 283.282,76 TL + 76.002,81 TL olmak üzere toplam 359.285,57 TL’nin fer’ileriyle birlikte tahsiline yönelik ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip olduğu; örnek no:9 ödeme emrinin borçlu –’na 17/12/2013 tarihinde tebliğ edildiği; borçlu –Taahhüt Limited Şirketi temsilcisinde verilen 23/12/2013 havale tarihli ve borçlu -- vekilince verilen 24/12/2013 havale tarihli itiraz dilekçelerinde borca, takibe, işlemiş faize ve faiz oranına yönelik itirazda bulunulduğu; icra müdürlüğünce 30/12/2013 tarihinde takibin durdurulmasına karar verildiği; görülmüştür.

Mahkemece yapılan yargılama sırasında, taraflarca gösterilen deliller toplanmış ve konunun incelenmesi uzmanlık gerektiren yönleri olduğundan bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır.

Bilirkişiler – ve Dr. –tarafından müştereken düzenlenen 09/09/2014 tarihli rapora göre; davalı şirketin 2010,2011,2012,2013 yıllarına ait yevmiye, defteri kebir ve envanter defterlerinin incelendiğini; bu defterlerin noter açılış tasdikleri ile 2010 ve 2011 yıllara ait yevmiye ve envanter defterleri ile 2012 ve 2013 yıllarına ait kapanış tasdiklerinin yaptırılmış olduğunun belirlendiğini; davalı şirketin yasal defter ve kayıtlarına dayalı cari hesabında

davacı şirkete 201.854,80 TL borçlu olduğunu; davalının, davacıya yapmış olduğu ödemelerin cari hesaptaki alacak bakiyesine göre ödeme yapıldığını; fatura bazlı ödeme yapıldığını; davalı yanın, ayıp iddiasına ilişkin olarak da TTK.m.23-(c) hükmünce ticari satışta maldaki ayıpla ilgili ayıbı ihbar süresinin düzenlendiğini; malın ayıplı olduğunun teslim sırasında açıkça belli ise (aşıkâr) alıcı 2 gün içinde ayıbın satıcıya bildirilmesi gerektiği; maldaki ayıp açıkça belli değil ise (alıcı malı teslim aldıktan sonra 8 gün içinde malı incelemeli veya incelettirmeli ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa bu sürede satıcıya bildirmelidir; gizli ayıplar ise zamanaşımı süresi içinde ortaya çıkması kaydıyla, satıcıya ihbar edilmesinin gerektiği) davacı yanın takip konusu faturaları incelendiğinde; faturaların 2010 yılının 12.ayına ait olduğunun görüldüğünü; davalı yan dava dışı kurumla 31/03/2011 tarihli sözleşmeyi akdederek dava dışı kuruma sözleşmede belirtilen miktarda ısınma amaçlı kömür teslim etmeyi taahhüt etmiş ve taahhüt konusu kömür dava dışı kuruma teslim edildiğini; teslim edilen bu kömürden alınan numunelerin 25699 sayılı "Isınmadan Kaynaklanan Hava Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği"ne uygun olmadığı; İTÜ Maden Fakültesi'nin 19/08/2011 tarihli ve Tübitak'ın 23/09/2011 tarihli raporları ile tespit edildiğini; bu tespite göre kömürlerin ayıplı olduğunu; ayıbın niteliği hususunda da "inceleme neticesinde ortaya çıkabilecek nitelikte olmasından dolayı" açık ayıplı olduğu sonucuna ulaşıldığını; bu kapsamda, davalı yanın kanunda belirtilen süre içinde söz konusu kömürleri inceletmediği ve davacıya ayıp ihbarında bulunmadığının anlaşıldığını; davacı tarafın Kadıköy --Noterliği'nin 14/11/2013 tarih ve -- nolu ihtarnamesi ile 283.282,76 TL'nin tebliğ takip eden (7) gün içinde ödenmesini davalıdan talep ettiğini; tebliğ şerhine göre bu ihtarnamenin davalıya adresinde bulunmamasından dolayı 10/07/2013 tarihinde muhtarlığa teslim edilerek (2) nolu haber kağıdının muhatabın kapısına yapıştırıldığı; bu durumda davalı yanın 18/07/2013 tarihinde temerrüte düştüğü kabul edilerek; takip tarihi 04/12/2013 tarihi olmakla; talep edilebilecek

temerrüt faizi yıllık %9 [davacı açıkça avans faizi talep etmediğinden] 10.390,97 TL olarak hesaplandığı yönünde görüş bildirildiği; incelenen bilirkişi raporundan anlaşılmıştır.

Davacı vekilince 18/03/2015 tarihli oturumdaki beyanı kapsamında -- Bankası A.Ş. --- Şubesi muhataplı, davalı şirket tarafından ciro edilen ve davalıdan sonra gelen ciranta konumundaki davacı tarafından, 22/08/2012 keşide tarihli, 65.000,00 TL tutarlı çekin aslının dosyaya sunulduğu ve bu çekin süresinde muhatap bankaya ibraz edilerek karşılıksız kaşesinin vurulduğu hususunun tespit edildiği; görülmüştür.

İncelenen tüm dosya kapsamına, tarafların iddia ve savunmaları ile bilirkişi raporu içeriğine göre;

Taraflar arasında; davacı/ satıcı şirket tarafından, davalı/ alıcı şirkete 445 ton kömür satışı yapıldığı ve satım konusu malın asıl borçlu/ alıcı şirkete teslim edildiği; davalı- tarafından, davacı alacaklı şirkete sattığı ürünler için doğmuş ve doğacak alacaklarına karşılık olmak üzere 30/10/2007 tarih ve - yevmiye sayılı akit tablosu/ resmi senetle taşınmazının ipotek edildiği; davacı/ satıcı şirketin, davalı/ alıcı şirket tarafından satın alınan malın bakiye bedelinin ödenmediğinden bahisle, davalı asıl borçlu şirket ve ipotek borçlusu sıfatıyla davalı - aleyhine İstanbul Anadolu --İcra Müdürlüğü'nün - sayılı dosyası üzerinden ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlattığı; davalı/ borçlu -'na ödeme emrinin tebliği üzerine asıl borçlu şirket ve davalı -- vekilince ayrı ayrı takibe, takip konusu borca ve fer'ilerine itiraz edildiği; icra müdürlüğünce takibin durdurulmasına karar verildiği; hususlarında uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık; davacı/ satıcı tarafından, davalı/asıl borçlu şirkete satılan kömür/mal nedeniyle, bakiye alacağının bulunup bulunmadığı; varsa miktarının ne olduğu ile bu alacağını tahsil için asıl borçlu şirket ve ipotek borçlusu aleyhine icra takibi yapmakta haklı bulunup bulunmadığı; davacı/ satıcı tarafından, davalı asıl borçlu şirkete satılan kömür/malın, ayıplı olup olmadığı; bu kapsamda, davalı/asıl borçlu- alıcı şirketin yasal süresi içerisinde satıcı/ davacı şirkete ayıp ihbarında bulunup bulunmadığı; noktalarında

toplanmaktadır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü amacıyla yapılan yargılama ve yargılama sırasında bilirkişilerden alınan denetime elverişli rapor içeriklerine göre; kural olarak, TMK. 887. maddesine göre; ipotekli taşınmazın maliki borçtan şahsen sorumlu değil ise alacaklının ödeme isteminin ona karşı etkili olabilmesi, bu istemin hem borçluya hem de kendisine karşı yapılmış olmasına bağlı olduğu, bu durumda, asıl borçlu ile ipotekli taşınmaz maliki arasında zorunlu takip arkadaşlığı bulunduğu; davacı vekili 19/06/2014 tarihli ön inceleme duruşmasında; davalı --hakkındaki davadan feragat etmiş olduklarını beyan etmiş olduğu; bu durumda, davalılardan biri aleyhindeki davadan feragat edildiği/davalılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunması sebebiyle feragatin diğer davalı şirketin durumunu etkileyeceği; ancak, bu duruma ilişkin olarak hatalı değerlendirme yapılarak, davalı şirket hakkındaki davanın kabulüne karar verildiği; kural olarak, HMK.m. 298-(2) uyarınca kısa karara uygun gerekçeli karar yazma zorunluluğu bulunduğu; bu nedenlerle, davalı şirketin yasal defter ve kayıtlarına dayalı cari hesabında davacı şirkete 201.854,80 TL borçlu olduğu; davalının, davacıya yapmış olduğu ödemelerin cari hesaptaki alacak bakiyesine göre ödeme yapıldığı ve ödemelerin fatura bazlı olarak yapıldığı; davalı yanın, ayıp iddiasına ilişkin olarak da TTK.m. 23-(1) c) hükmünce ticari satışta maldaki ayıpla ilgili ayıbı ihbar süresinin düzenlendiği; malın ayıplı olduğunun teslim sırasında açıkça belli ise (aşikar) alıcı (2) gün içinde ayıbın satıcıya bildirilmesi gerektiği; maldaki ayıp açıkça belli değil ise alıcı malı teslim aldıktan sonra (8) gün içinde malı incelemeli veya incelettirmeli ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa bu sürede satıcıya bildirmelidir; gizli ayıplar ise zamanaşımı süresi içinde ortaya çıkması kaydıyla, satıcıya ihbar edilmesinin gerektiği; davacı yanın takip konusu faturaları incelendiğinde; faturaların 2010 yılının 12.ayına ait olduğunun görüldüğü; davalı yan dava dışı kurumla 31/03/2011 tarihli sözleşmeyi akdederek dava dışı kuruma sözleşmede

belirtilen miktarda ısınma amaçlı kömür teslim etmeyi taahhüt etmiş ve taahhüt konusu kömür dava dışı kuruma teslim edildiği; teslim edilen bu kömürden alınan numunelerin 25699 sayılı "Isınmadan Kaynaklanan Hava Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği"ne uygun olmadığı; İTÜ Maden Fakültesi'nin 19/08/2011 tarihli ve Tübitak'ın 23/09/2011 tarihli raporları ile tespit edildiği; bu tespitlere göre, satım konusu kömürlerin/malın ayıplı bulunduğu; ayıbın niteliği hususunda da "inceleme neticesinde ortaya çıkabilecek nitelikte olmasından dolayı" açık ayıplı olduğu sonucuna ulaşıldığı; bu kapsamda, davalı yanın kanunda belirtilen süre içinde söz konusu kömürleri inceletmediği ve davacıya ayıp ihbarında da bulunmadığı; bu durumda, davalı asıl borçlu şirketin ticari kayıtlarına göre davacıya 201.854,80 TL borçlu olduğu; ayrıca, davacı tarafından, aslı mahkemeye teslim edilen 22/08/2012 keşide tarihli 65.000,00 TL tutarlı çekten dolayı da borçlu olduğundan toplam asıl alacak borcunun 266.854,80 TL olarak bulunduğu [davacı/alacaklı tarafında, asıl borçlu şirkete Kadıköy -- Noterliği'nden keşide edilen 08/07/2013 tarih ve yevmiye sayılı (7) gün atıfet mehli içeren ve 10/07/2013 tarihinde tebliğ edilen ihtarnamede 266.854,85 TL olarak ödeme yapılması bildirilen borç tutarı]; bu durumda, 266.854,80 TL asıl alacak x (tarafaların tacir olduğu dikkate alınarak) yıllık %13,75 avans faizi x 139 gün [18/07/2013-04/12/2013] /36000= 14.167,39 TL olarak hesaplandığı; ancak, mahkememizden verilen ilk kararın, davacı/alacaklı tarafından, temyiz edilmediğinden faize ilişkin 9.873,63 TL'lik kısım yönünden davalı/ asıl borçlu şirket yönünden usuli kazanılmış hak doğduğu; bu nedenlerle, davacı tarafından davalı şirket aleyhine açılan işbu davanın sübut bulduğundan kısmen kabulü ile İstanbul Anadolu -- İcra Müdürlüğü'nün - sayılı takip dosyasında, davalının, 266.854,85 TL asıl alacak, 9.873,63 TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 276.728,48 TL'ye yönelik itirazının iptali ile takibin bu miktar üzerinden devamına, asıl alacak 266.754,85 TL'ye 04/12/2013 takip tarihinden itibaren yıllık %9 ve değişen oranlarda yasal faiz uygulanmasına, fazlaya ilişkin istemin reddine, İİK.nun



67/2.maddesi uyarınca, alacağın likit niteliği gözetilerek, kabul edilen asıl alacak üzerinden hesaplanan %20 icra inkar tazminatı tutarınının 53.370,97 TL'nin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davacının, takibe geçmekte kötünietli olduğu kanıtlanamadığı için davalı yanın %20 kötüniet tazminatı isteminin yasal koşulları bulunmadığından reddine; karar vermek gerekmiştir.

Davacı tarafından, davalı – aleyhine açılan davanın, bu davalı yönünden davadan feragat edilmekle; HMK.nun. 307 ve 311. maddeleri dikkate alınarak; taraflar arasındaki uyuşmazlığın son bulması ve davanın konusuz kalması nedeniyle davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına; karar vermek gerekmiş olmakla; aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

K A R A R:Yukarıda açıklanan gerekçeler ile;

1-Davacı tarafından, davalı – aleyhine açılan davanın, bu davalı yönünden davadan feragat edilmekle; HMK.nun. 307 ve 311.maddeleri dikkate alınarak; taraflar arasındaki uyuşmazlığın son bulması ve davanın konusuz kalması nedeniyle davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına,

2-Davacı tarafından, davalı -- Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi aleyhine açılan davanın kısmen kabulü ile, İstanbul Anadolu -- İcra Müdürlüğü'nün-- sayılı takip dosyasında,

Davalının, 266.854,85 TL asıl alacak, 9.873,63 TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 276.728,48 TL'ye yönelik itirazının iptali ile takibin bu miktar üzerinden devamına,

Asıl alacak 266.754,85 TL'ye 04/12/2013 takip tarihinden itibaren yıllık %9 ve değişen oranlarda yasal faiz uygulanmasına,

Fazlaya ilişkin istemin reddine,

Alacağın likit niteliği gözetilerek, kabul edilen asıl alacak üzerinden hesaplanan %20 icra inkar tazminatı tutarınının 53.370,97 TL'nin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, Davacının, takibe geçmekte kötünietli olduğu kanıtlanamadığı için davalı yanın %20 kötüniet tazminatı isteminin yasal koşulları bulunmadığından reddine,

3-Hüküm altına alınan miktar üzerinden hesaplanan 18.903,22 TL harçtan peşin alınan 4.334,45 TL harcın mahsubu ile bakiye 14.568,87 TL karar harcının davalı şirketten tahsili ile hazineye irat kaydına,

4-Davacı davada kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine uyarınca davanın kabul edilen miktarı üzerinden 22.553,71 TL nisbi vekâlet ücretinin davalı şirketten tahsili ile davacıya verilmesine,

5-Davalı şirket davada kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine uyarınca davanın reddedilen miktarı üzerinden hesaplanan 9.331,72 TL nisbi vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6-Davacı tarafından yatırılan 25,20 TL başvurma harcı ve 4.334,45 TL peşin harç toplamı: 4.359,65 TL ile aşağıda dökümü yazılı yargılama giderinden davanın red 0,23 ve kabul 0,77 oranına göre hesaplanan 2.577,73 TL'sinin davalı şirketten tahsili ile davacıya verilmesine, bakiyesinin davacı üzerinde bırakılmasına,

7-Davalı şirket tarafından yapılan ve aşağıda dökümü yazılı yargılama giderinden davanın red 0,23 ve kabul 0,77 oranına göre hesaplanan 41,40 TL 'sinin davacıdan tahsili ile davalıya verilmesine, bakiyesinin davalı üzerinde bırakılmasına,

8-Davalı – tarafından yapılan bir yargılama gideri bulunmadığından bu hususta karar verilmesine yer olmadığına,

9-Taraflarca yatırılan gider avansından artan kısmın HMK. 333.maddesi gereğince karar kesinleştikten sonra yatırıma iadesine,

Gerekçeli mahkeme kararının taraflara tebliğinden itibaren (2) hafta içinde Yargıtay'a temyiz yolu açık olmak üzere taraf vekillerinin yüzüne karşı oy birliği ile verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı. 28/02/2018