

ihalede ortak girişim işe başlama tarihi ile fesih tarihi olan tarihi arasındaki sözleşmeye ait olduğu ileri sürülen teminat mektupları komisyonları KİK payı sigorta bedeli, araç ve personel gideri, idari harcamalara ait giderler toplamına ilişkin istek kalemleri değerlendirilmeli, davacı tarafın * tarihinde yeniden sözleşme yaptığı gözetilerek bu masraflardan hangisinin zaten yapılması gereken masraflar olduğu ve istenemeyeceği kabul edilmeli, ilk sözleşme

**uyarınca yapılan masrafların
sonradan yapılan masraflardan
mahsubunun yapıp
yapılmadığı ve davacının
yeniden masraf yapmak zorunda
kalıp kalmadığı
değerlendirilmesi gerektiği
HK(Yargıtay K)**

15. Hukuk Dairesi 2016/331 E. , 2016/4729 K.
“İçtihat Metni”

Davacılar 1-...,Yapı Malzemeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. ile davalı ... arasındaki davadan dolayı Asliye Ticaret Mahkemesince verilen gün ve 2012/-2014/ sayılı hükmü onayan Dairemizin gün ve 2014/-2015/ sayılı ilâmı aleyhinde davacılar vekili tarafından karar düzeltilmesi isteğinde bulunulmuş ve karar düzeltme dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

– K A R A R –

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili istemine ilişkin olup, mahkemece davanın kısmen kabul kısmen reddine dair verilen hüküm Dairemizce onanmış, davacı vekili bu kez karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

1-Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilâmında benimsenen gerektirici sebeplere göre davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair karar düzeltme istemi yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir.

2-Uyuşmazlık eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davacılar yüklenici, davalı ise iş sahibidir. Davacı vekili, müvekkili yüklenicilerin, davalının açmış olduğu İçmesuyu şebeke ve iletişim hattı ihalesini kazandığını, sözleşmenin KDV hariç 5.245.675,56 TL bedelle akdedildiğini, iki adet kesin teminat mektubunun verildiğini, sözleşme uyarınca edimlerini yerine getirmesine karşın; davalı tarafın Kamu İhale Kurumu'nun kararı uyarınca sözleşmeyi feshederek, başka bir firma ile ihale sürecine girdiğini, idareden zararlarını talep ettikleri halde davalının olumsuz cevap verdiğini, İdari Şartname'nin 52. maddesine aykırı davrandığını, tasfiyeyi usulüne uygun şekilde yapmadığını, feshin haksız olduğunu, bu nedenle fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak koşuluyla masraflar için 74.751,69 TL, kâr kaybı nedeniyle de 20.000,00 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı vekili ise, ihalenin öncelikle dava dışı ... verildiğini, davacının Kamu İhale Kurumu'na başvurusu üzerine 26.04.2010 tarihinde şikayetin kabul edilerek davacı ortak girişim ile sözleşme imzalandığını, idare mahkemesine açmış olduğu davada verilen yürütmenin durdurulması kararı üzerine sözleşmenin feshedildiğini, bu nedenle fesihle haklı olduklarını ileri sürerek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Dosya kapsamında, dava dışı .. yapılan sözleşmenin Danıştay 13. HD'nin 04.07.2011 tarih ve 2011/3275 sayılı kararı ile KİK'nin 02.08.2010 tarih ve 201/MK-109 sayılı kararının iptâline ve ihale ile ilgili olarak "düzeltici işlem belirlenmesine" karar verildiğinden ile imzalanan sözleşmenin 20.10.2011 tarihinde feshedilip tasfiye edildiği, tasfiye işlemleri tamamlandıktan sonra 19.07.2012 tarihinde sözleşme ile davacı ortak girişimin taahhütü ile 2.111.908,98 TL bedelle bağlandığı ve bakiye işin ilk sözleşme bedelinin % 40'ı olduğu anlaşılmıştır.

Mahkemece işin tasfiyesinden sonra davalı tarafa verilmiş bulunan kesin teminat mektuplarının davacı tarafa davalı idarenin dava dışı ... sözleşmeyi imzaladığı tarih olan 27.10.2010 tarihinde iadesi etmesi gerekirken, iade etmediği

gerekçesiyle teminat mektubu masrafı olan 3.304,76 TL'nin davalıdan tahsiline, diğer menfi ve müspet zararlara ilişkin taleplerin reddine karar verilmiştir.

Davacı taraf eldeki davada, menfi ve müspet zarar isteminde bulunmuştur. Müspet zarar olarak 20.000,00 TL kâr kaybı, menfi zarar kalemleri olarak da; teminat mektupları komisyonu, KİK payı, sigorta bedeli, araç ve personel gideri, idari harcamalara ait giderler toplamı 74.751,69 TL istemiştir. Davacı ortak girişim ile, davalı arasında eser sözleşmesi ilişkisi kurulduğu tartışmasızdır. Davacı taraf mülga 818 sayılı BK'nın 106. maddesinde sayılan zararlarını istemektedir. BK'nın 106. maddesi borçlunun direnmesi halinde borç yerine getirilmemişse alacaklıya tanınmış haklar sıralanmıştır. Davacı yanın istek kalemleri arasında yer alan menfi zararla ilgili gerek doktrin gerekse uygulamadan sözetmek gerekir. Menfi zarar uyulacağına ve yerine getirileceğine inanılan sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar, borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden, sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar (Tandoğan, Türk Mesuliye Hukuku. sh. 427). Bu husus, mülga 818 sayılı BK'nın 108. maddesindeki düzenlemeden kaynaklanmıştır. Burada alacaklının, sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Çünkü, sözleşme feshedilerek hükümsüz olduktan sonra, tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan sözedilemez, istenilecek zarar menfi zarardır. Hukuk öğretisinde menfi-müspet zarar ayırımının, adaletsizliklere yol açtığı ileri sürülerek, terk edilmesi önerilmektedir (Serozan, Sözleşmeden Dönme, sh. 630 vd.). Bu görüşe göre, BK'nın 108. maddesinde anılan zarar, doğrudan doğruya sözleşmenin zamanında ifa edileceği yolunda beslenmiş bir güvenin sarsılmasından, kısacası, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle 108. maddenin söz konusu olduğu durumlarda da, müspet zarar esas alınmalıdır. Ne var ki, bu görüş kabul edildiğinde BK'nın 106. maddesinde

getirilen ayırımın hiçbir anlamı kalmamaktadır. Bu nedenle, Yargıtay'ın öteden beri benimsediği müsbet-menfi zarar ayırımının terk edilmesi düşüncesine iştirak edilmemiştir. Menfi zarar kavramına şunların gireceği kabul edilmektedir

- a-Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler, harçlar, posta giderleri, noter ücreti gibi
- b-Sözleşmeni yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar,
- c-Sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar, gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi
- ç-Sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar; hükümsüz sayılan sözleşmeyle satın alınan şey, örneğini o zaman başkasından 100 liraya alınabilirken, şimdi 120 liraya alınabilmesi,
- d-Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar,
- e-Dava masrafları,

Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönülecek olursa; davacı yüklenici müsbet zarar kapsamında bulunan kâr kaybını isteyemez ise de; fesihte kusurlu bulunmadığından, menfi zarar kapsamında bulunan zararlarını talep edebilecektir.

Davacı ortak girişim işe başlama tarihi olan 18.06.2010 tarihi ile fesih tarihi olan 02.09.2010 tarihi arasındaki sözleşmeye ait olduğu ileri sürülen teminat mektupları komisyonları, KİK payı, sigorta bedeli, araç ve personel gideri, idari harcamalara ait giderler toplamına ilişkin istek kalemleri değerlendirilmeli, davacı tarafın 19.07.2012 tarihinde yeniden sözleşme yaptığı gözetilerek bu masraflardan hangisinin zaten yapılması gereken masraflar olduğu ve istenemeyeceği kabul edilmeli, ilk sözleşme uyarınca yapılan masrafların sonradan yapılan masraflardan mahsubunun yapıp yapılmadığı ve davacının yeniden masraf yapmak zorunda kalıp kalmadığı değerlendirilmeli, bu hususta bilirkişi kurulundan ek rapor alınmalı, taraf itirazları karşılanmalı ve hasıl olacak sonuca

uygun bir karar verilmelidir.

Bu hususlar açıklığa kavuşturulmadan yetersiz bilirkişi raporuyla karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu gerekçeyle bozulması gerekirken sehven onandığı bu kez yapılan incelemeyle anlaşıldığından Dairemizin onama ilamı kaldırılarak, açıklanan gerekçeyle bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin sair karar düzeltme istemlerinin reddine, 2. bentte açıklanan nedenlerle Dairemizin gün ve 2014/ Esas ve 2015/ Karar sayılı onama kararının kaldırılarak mahkeme kararın **BOZULMASINA**, ödediği karar düzeltme ve temyiz peşin harçlarının istek halinde karar düzeltme isteyen davacılara geri verilmesine, 17.11.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.