

Dava, maddi tazminatın davalıdan tahsili, teminat mektubunun davacıya iadesi ile teminat mektupları için dava tarihinden itibaren ödenecek komisyon masraflarının tespiti ile bunlara ve munzam zarara ilişkin hakların saklı tutulmasına karar verilmesi istemleri

15. Hukuk Dairesi

2012/7170 E. , 2013/1427 K.

“İçtihat Metni”

Davacı ... İnş. ve Müh. ve ... Konsorsiyumuna..... İnş. ve Mühendislik A.Ş. ile davalı ... Büyükşehir Belediyesi Erzurum Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü arasında çıkan anlaşmazlığın çözülmesi için seçilen Prof. Dr. ..., Prof. Dr. ..., Prof. Dr. ... oluşan Hakem kurulu tarafından verilen 01.12.2008 (02.10.2012 T-2009//20 D.İş Ek Karar) tarih ve 14947/JHN sayılı kararın temyizen tetkiki taraf vekillerince istenmiş ve dosya ... 3. Asliye Hukuk Hakimliği'nce 01.10.2012 tarihli yazı ile gönderilmiş olmakla temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar

okunduktan sonra geređi konuřulup dűřünűldű:

– K A R A R –

Dava, maddi tazminatın davalıdan tahsili, teminat mektubunun davacıya iadesi ile teminat mektupları için dava tarihinden itibaren ödenecek komisyon masraflarının tespiti ile bunlara ve munzam zarara ilişkin hakların saklı tutulmasına karar verilmesi istemleriyle açılmış; Tahkim Kurulu'nca davanın kısmen kabulüne ve fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiş, davanın esası haklarında verilen karar, davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacılar vekilince de, Hakem Kurulu'nca verilen 01.12.2008 tarih ICC 14947/JHN sayılı hakem kararının HUMK'nın 536. maddesi gereğince onaylanmasına ilişkin davacı istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair verilen Erzurum 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 03.08.2012 tarih, 2009/20 D.İř E ve 2009/21 sayılı kararı temyiz edilmiştir.

1-Davacı vekilinin temyiz itirazları incelendiğinde; yukarıda açıklandığı gibi, Hakem Kurulu'nca verilen kararın 1086 Sayılı HUMK'nın 536. maddesi hükmü gereğince, mahkemece onaylanması gerekirken, istemin reddine karar verilmesinin doğru olmadığı ileri sürülerek, yukarıda sayısı açıklanan mahkeme kararı temyiz edilmiştir.

Mahkemece, Hakem Kurulu kararının kesinleştirilmesine ilişkin usulüne uygun bir başvuru bulunmadığı gerekçesiyle talep yönünden esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Somut olayda; 1086 Sayılı HUMK'nın tahkime ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekir. Anılan Yasa'nın 532. maddesi hükmü uyarınca, hakemler kararlarını yetkili ve görevli mahkeme kalemine verirler. Hakem Kurulu ya da hakem tarafından verilen karar, mahkeme kalemince saklanır ve isteyen davanın taraflarına bir örneği verilir. Hakem kararı ve bağlı dosyası verilen mahkeme, hakem kararının kendisine verildiğini ve kararın neden ibaret olduğunu iki tarafa yazılı olarak tebliğ eder. Hakem kararı, taraflar hakkında ancak, tebliğ tarihinde mevcut sayılır ve temyiz süresi de tebliğ

tarihinden itibaren başlar. HUMK'nın 536. maddesine göre de, hakem kararları temyiz süresi geçince, mahkeme başkanı veya hakim tarafından onaylanır. Temyiz edilmeksizin kesinleşen hakem kararlarının onayı yalnızca kararın kesinleştiğini tespit eden bir şerh niteliğinde olmayıp; aynı zamanda hakem kararının kamu düzenine, usule ve şekle uygunluğunu tespit eden ve bu karara kesin hüküm ve icra edilebilir olma niteliğini kazandıran yargısal bir karardır.

Dairemizin 11.07.2012 tarihli ve 2011/3714 Esas ve 2012/5311 Karar sayılı ilâmında vurgulandığı üzere; somut olayda, Dairemizin belirtilen kararının taraflara tebliğ edilmesinden sonra Hakem Kurulu kararına karşı temyiz isteminde bulunulabilir. Davalı tarafından da Hakem Kurulu tarafınca verilen karar hakkında yasal süresi içinde temyiz yoluna başvurulduğuna göre Hakem Kurulu kararı kesinleşmemiştir. O halde, HUMK'nın 536. maddesi hükmü uyarınca Hakem Kurulu kararının mahkemece onaylanmasına karar verilemez ve onaylanmış olsa dahi kararın kesinleşmesini sağlayamaz. Açıklanan bu gerekçelerle, Hakem Kurulu kararının onaylanmasına ilişkin davacı tarafın isteminin reddine mahkemece karar verilmesi gerekirken; hukuksal olmayan gerekçeler gösterilerek, talep yönünden esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi isabetli değil ise de; mahkemece, düşülen bu yanlışlığın düzeltilmesi yargılamayı gerektirmediğinden, 6100 Sayılı HMK'nın geçici 3. maddesinin yollamasıyla HUMK'nın 438/VII ve son maddeleri hükümleri gereğince, kararın gerekçesi de dahil düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.

2-Davalı vekilinin Hakem Kurulu'nca verilen karara karşı temyiz itirazlarının incelenmesine gelince;

2.a)Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 28.01.1994 günlü ve Esas: 1993/4, Karar:1994/1 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; taraflar, tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin, uyuşmazlığı maddi hukuk kurallarına göre çözümlenmelerini öngördükleri takdirde, buna aykırı karar verilmesinin temyiz nedeni oluşturacağı kabul edilmiştir.

Taraflar arasındaki hakem şartında, (sözleşmede) uyuşmazlığın Türk Maddi Hukuk kurallarına, kanunlara ve sözleşmelerine göre çözümlenmesi kabul edilmiştir. Bu nedenle, temyiz konusu karar HUMK'nın 533. maddesinde sayılan nedenlerle ve yasa ile sözleşme hükümlerine aykırılıklar halinde de bozulabileceğinden dosya ve temyiz nedenlerinin bu doğrultuda incelenmesi gerekli görülmüştür.

Dosyadaki bilgilere, toplanan delillere sözleşme ve yasa hükümlerine, hakemlerce yapılan yargılama sonucunda verilen kararda bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2.b) Yanlar arasındaki 28.08.1998 tarihli sözleşmenin II. bölümün 67/3. maddesi hükmünde "Tahkim Koşulu" kararlaştırılmış ve üç hakemden oluşacak hakem kurulunun, yanlar arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlığı, Türk Kanunlarına göre çözümleyeceği ve kararını vereceği kabul edilmiştir. Buna göre, Hakem Kurulu kararına yönelik davalının temyiz itirazlarının, somut olayda uygulanması gereken 1086 Sayılı HUMK'nın 533. maddesinden sayılan bozma nedenleri yanında maddi hukuka aykırılık yönünden de incelenmesi gerekmektedir.

Yanlar arasında, Erzurum Atıksu Arıtma Tesisi, Kollektör, Yağmur Suyu Şebekesi ve Atıksu Kısmı Şebekesi inşaatının yapımı işi için 28.08.1998 tarihli sözleşme yapılmıştır. Bu sözleşme, somut olayda uygulanması gereken 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi hükmünde tanımı yapılan bir "eser" sözleşmesidir. Davacı konsorsiyum yüklenici; davalı ise iş sahibidir.

Davacı vekili, sözleşmenin yürürlüğe girmesi hususunda 83. maddesi hükmünde öngörülen koşulların davacı tarafça yerine getirildiğini; dış kredi temin etme yükümlülüğünün yerine getirilmiş olmasına karşın davalı tarafın, kendisine düşen

sorumluluğu yerine getirmeyerek dış kredinin temin edilmesi için gerekli olan işlemleri kusurlu şekilde eksik bıraktığını; sözleşmenin yürürlüğe girmemesinden dolayı davalının tam

kusurlu olduğunu ileri sürerek; sözleşmenin ifa edileceğine güvenilerek Erzurum Büyükşehir Belediyesi'ne ödenen 40.000,00 TL ile sözleşme kapsamında yapılan masrafların toplamı olan 281.756,00 TL alacak ve maddi tazminatın ve ayrıca dava dışı ... Firması ile imzalanan Danışmanlık Anlaşması kapsamında bu firmaya ödenen 2.430.803,00 TL ve 271.000 USD tutarındaki maddi tazminatın, 27.808,00 TL komisyon masrafının ve ayrıca 500.000 USD kâr kaybına ilişkin maddi tazminatın davalıdan tahsiline; davalıya teslim olunan Yapı Kredi Bankası Başkent Şubesi'ne ait 24.08.1998 tarih ve 5923 sayılı ve 635.087,12 TL tutarındaki teminat mektubunun davacıya iadesine; teminat mektubu için dava tarihinden itibaren iade edilmesine kadar geçecek sürede bankaya ödenecek komisyon masraflarının ve faizlerinin; ihtiyati tedbir için mahkemeye sunulan teminat mektubuna ödenecek komisyon ve faizlerinin tespit edilerek, buna ilişkin haklarının saklı tutulmasına ve ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 105. maddesi hükmü ile sözleşmeden kaynaklanan sair tüm haklarının saklı tutulmasına karar verilmesini istemiştir.

Hakem kurulunca, davacının yanlar arasındaki sözleşmenin ifa edileceğine güvenerek yapmış olduğu masrafların; tarafların, %50 oranında ortak kusurlu oldukları kabul edilerek, 140.878,40 TL tutarındaki kısmının 3095 Sayılı Kanun'un 2/2 maddesi uyarınca, dava tarihinde karar tarihine kadar hesaplanan 65.796,01 TL tutarındaki temerrüt faiziyle birlikte toplam 206.674,41 TL'nin; Veziroğlu Firmasına ödediği kabul edilen 250.000 USD masrafının da 3095 Sayılı Kanun'un 4/a maddesine göre yine dava tarihinden karar tarihine kadar hesaplanan 31.345,88 USD tutarındaki temerrüt faiziyle birlikte toplam 281.345,88 USD'nin davalıdan tahsiline; davacının davalıya sunduğu teminat mektubu için dava tarihine kadar...Bankası'na ödemiş olduğu komisyon masrafının %50'si olan 13.904,00 TL'nin dava tarihinden karar tarihine kadar 3095 Sayılı Kanun'un 2/2. maddesi uyarınca hesaplanan 6.493,74 TL tutarındaki temerrüt faiziyle birlikte toplam 20.397,74 TL'nin davalıdan tahsiline; davalıya verilen teminat mektubu için dava tarihinden itibaren her 3 ayda bir davacı tarafından

Yapı Kredi Bankası'na ödenecek komisyon masraflarının %50'sinin her bir komisyonun ödendiği tarihten itibaren anılan bankaya mektubun iade edilmesine kadar geçecek süre zarfında 3095 Sayılı Kanun'un 2/2. maddesine göre hesaplanacak temerrüt faizi ile birlikte davacının davalıdan talep hakkının olduğunun tespitine ve buna ilişkin hakların saklı tutulmasına; ihtiyati tedbir kararının icrası için Ankara 3. Asliye Ticaret Mahkemesi'ne verilen teminat mektubuna ödediği komisyon masraflarının, her bir komisyonun anılan bankaya fiilen ödendiği tarihten itibaren mektubun iade edilmesine kadar geçecek süre zarfında 3095 Sayılı Kanun'un 2/2. maddesi uyarınca, işletilecek temerrüt faiziyle birlikte, davacının davalıdan talep hakkının olduğunun tespitine ve buna ilişkin hakkın saklı tutulmasına; davacı tarafından davalıya verilen teminat mektubunun davacıya iadesine ve davacının 500.000 USD tutarındaki kâr kaybı talebinin reddine karar verilmiştir.

Yanlar arasındaki eser sözleşmesinin 83. maddesi hükmü, sözleşmenin yürürlüğe giriş koşullarını düzenlemiştir. Anılan sözleşme maddesi: "sözleşme aşağıda sözü edilen maddelerde hepsinin tek tek ve ayrı ayrı olarak gerçekleşmesinden sonra yürürlüğe girer.

(i) Sözleşmenin imzalanması

(ii) Toplam **ihale** bedeline eşit kredi anlaşmasının imzası

(iii) Özel şartlar madde 76'da belirtilen avans ödemesinin yapılması

(iv) İnşaat sahalarının yer teslimlerinin yapılması." hükmünü içermektedir. Sözleşmenin metni açıklanan 83. maddesi hükmü, niteliğince, somut olayda uygulanması gereken 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 149. maddesi hükmü gereğince, "erteleyici koşul" niteliğindedir. Anılan Yasa hükmü uyarınca, bir sözleşmenin konusu olan borcun varlığı, kesin olmayan bir olayın gerçekleşmesine ertelenmişse, o sözleşme, koşula bağlı bir sözleşme olur. İki taraf, başka türlü kararlaştırmamışlarsa koşula bağlı sözleşme, ancak koşulun gerçekleştiği andan başlayarak sonuç doğurur ve koşul gerçekleşir gerçekleşmez sözleşme hukuksal olarak

kendiliğinden geçerli duruma gelir. Özetle denilebilir ki; sözleşmede koşul olarak kararlaştırılan olgu gerçekleştiğinde; sözleşme yürürlüğe girecekse “Geciktirici koşul-erteleyici koşul” sözleşme hükmünden düşecekse “bozucu koşul” sözkonusu olur. Geciktirici koşula bağlı sözleşme, yapıldığı sırada taraflara ifa borcu yüklenmez. Bu kapsamda; iş sahibi, yükleniciye iş bedelini ödeme borcu altına girmeyeceği gibi; yüklenici de işe başlama borcu altına girmez. Ancak; 818 Sayılı Yasa’nın 150. maddesi hükmü gereğince, koşul gerçekleşinceye kadar borçlu, borcun gereği gibi ödenmesine engel olacak her türlü davranıştan sakınmakla yükümlüdür. Koşula bağlı hakları tehlikeye düşürülen alacaklı, alacağı kesin olan alacaklıların haklarını korumak için yapmaya yetkili oldukları önlemleri alabilir. Koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan temlik her tasarruf, koşulun sonuçlarını ihlal ettiği oranda, batıl olur. Geciktirici koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin beklendiği süre içinde; taraflar, erteleyici koşulun gerçekleşmesini engelleyen ve zorlaştıran tasarruflardan kaçınmak durumundadırlar. Aksi halde borçlunun belirtilen nitelikteki eylemi veya bir tasarrufu ile zarara uğrayan alacaklı, 818 Sayılı Yasa’nın 96. maddesi hükmü gereğince, karşı taraftan maddi zararının giderilmesini isteyebilir. Sözleşmenin 83. maddesi hükmü gereğince, toplam **ihale** bedeli olan 77.425.100 USD ve 133.515.000 FF’nin tamamına eşit tamamlayıcı krediyi sağlama yükümlülüğü davacılara aittir. Bu koşulun, davacı yanca yerine getirilmemesi halinde erteleyici koşul gerçekleşmez ve sözleşme yürürlüğe girmez. Davacılarca da, yukarıda açıklandığı üzere; tamamlama kredisi sağlanamadığından erteleyici koşul gerçekleşmemiş ve sözleşme yürürlüğe girmemiştir. Hakem kurulunca, dış kredili uluslararası bu **ihaleye** çıkarken davalının, resmi makamlardan bu **ihalenin** gerektirdiği izinleri almamış; **ihale** bedelini nasıl ödeyeceği konusunda gerekli hazırlıkları yapmamış, hazine garantisi alamayacağını öngörmemiş olması sebepleriyle basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle; davalı, sözleşmenin yürürlüğe girmesinde %50

oranında ortak kusurlu sayılarak davalının sorumluluğuna karar verilmiş ise de; hakem kurulunun özetle açıklanan bu görüş ve görüşüne dayalı kararında isabet yoktur. Çünkü, 818 Sayılı Yasa'nın 98. maddesinin yollamasıyla 41. maddesi hükmü gereğince Türk Sorumluluk Hukukunda kusurun belirlenmesinde "objektif ölçü" esas alınmaktadır. Zararlı sonucun oluşmasını isteyerek sözleşmeye aykırı davranılması veya haksız eylemin işlenmesi halinde "kast"ın; zararlı sonuç istenmemekle beraber, bunun gerçekleşmemesi için gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi halinde de ihmalin varolduğu kabul edilir. Kast ve ihmal, kusurun kurucu unsurlarıdır. Kusurun belirlenmesinde, öncelikle zararın oluştuğu alan içinde sözleşmenin tarafının

yapması gereken çalışmalar ve göstermesi gereken davranışlar; daha sonra da olay içinde gerçekleşen davranış ve tutumların belirlenmesi gerekir. Az yukarıda açıklandığı gibi; Borçlar Kanunu'nun 149 ve 150. maddeleri hükümleri çerçevesinde değerlendirildiğinde; sözleşmenin yürürlüğe girmemesinde davalı idarenin kusurlu olmadığı açıklıkla ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki, **ihale**dökümanındaki teklif isteme şartnamesinin "Finansman Kaynağı" başlıklı A3 maddesinde, işin tümünün maliyetinin finanse edilmesi için gereken ve **ihale** bedeline eşit tutarın eksik kısmı (tamamlama kredisi) teklif sahipleri tarafından karşılanacağı; tamamlama kredisinin şartlarının Hazine Müsteşarlığı'nın limitine uygun olacağı; her teklif sahibinin yabancı para tamamlama kredisi için lüzumlu gördüğü gerekli garanti şartını, açık şekilde tarif edeceği açıklanmıştır. Davalı idarenin, sözü edilen kredinin davacılara sağlanabilmesine yönelik tutum ve davranışları, "kusur" olarak nitelendirilemez. Çünkü davalı buna ilişkin bir edim yüklenmemiştir. İşin yapımına ilişkin davalı idarenin ekonomik olanağının yeterli olup olmadığı, tarafların kusur durumlarının değerlendirilmesine etkisi kabul edilemez. Tüm bu sebeplerle, somut olayda sözleşmenin yürürlüğe girmemesinde davalı idarenin kusurundan sözedilemez. Sonuç olarak; sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önceki aşamada, davacı

tarafın yaptığı giderlerden ötürü 818 Sayılı Kanun'un 96. maddesi hükmü gereğince de davalının sorumluluğu kabul edilemez. Çünkü, anılan Yasa hükmü gereğince akdî sorumluluk koşullarının gerçekleşebilmesi için; a)geçerli bir borç ilişkisinin varlığı, b)borcun tamamının ya da kısmen ifa edilmemiş olması, c)borcun ifa edilmemiş olması sebebiyle alacaklının zarar görmesi, d)zarar ile borcun ifa edilmemesi arasında uygun illiyet bağının bulunması, e)borçlu edimini ifa etmemede kusurlu olması koşullarının birlikte gerçekleşmesi zorunludur. Oysa belirtilen bu koşullar gerçekleşmemiştir.

Açıklanan tüm bu sebeplerle, davacılar tarafından 14.10.1998 tarihindeBankası'nda yapılan havale ile ödendiği iddia edilen 20.000,00 TL ile 17.09.1998 tarihinde Vakıflar Bankası'ndan yapılan havale ile ödendiği ileri sürülen 20.000,00 TL'nin toplamının yarısı olan 20.000,00 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesinin gerekip gerekmediğinin araştırılması; iadesi gerekirse bu miktarın ve 818 Sayılı Kanun'un 413 ve izleyen maddeleri hükümleri gereğince ve vekâletsiz iş görme kuralları uyarınca davacılar tarafından yapılan ve davalı İdarece de kabul edilen işler varsa ve bedelleri de dava konusu edilmiş ise, işlerin yapıldığı zamandaki serbest piyasa fiyatlarına göre uzman bilirkişi ya da bilirkişi kurulu aracılığıyla yerinde keşif ve inceleme yapılmak suretiyle bedellerinin belirlenmesiyle, taleple de bağlı kalınarak, bu nitelikteki işlerin bedelinin tahsiline karar verilmesi gerekir.

Davacı tarafından davalıya teslim olunan banka teminat mektubunun iadesi zamanı, erteleyici koşulun gerçekleşmediği tarih olduğuna göre; belirlenecek bu istenebilirlik tarihinden sonra teminat mektubunun iadesi için temerrüt ihtarı davalıya gönderilmiş ise, bu tarihten itibaren davacının teminat mektubuyla ilgili giderleri gözetilebilir. Ancak, teminat mektubunun davacıya iadesine karar verilmesi isabetli olmuştur. Yukarıda açıklanan hususlara ilişkin araştırma ve inceleme yapılarak varılacak sonuca göre hüküm kurulması ve fazlaya ilişkin tüm taleplerin reddine karar verilmesi gerekmektedir.

Diđer yandan, 1086 Sayılı HUMK'nın 417. maddesi hükmüne aykırı olarak; yargılama giderlerinin red ve kabul oranı yerine, tarafların kabul edilen kusur oranlarına göre paylaşılması da kabul şekli bakımından doğru değildir.

Açıklanan sebeplerle hakem kurulu kararı, davalı yararına bozulmalıdır.

SONUÇ:Yukarıda 1. bentte belirtilen nedenlerle Erzurum 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2009/20 D.İş Esas ve 2009/21 sayılı Kararının "Hakem kararındaki davacının vekilinin mahkememize yapılmış usulüne uygun bir talebi bulunmadığından talep yönünden esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına" içerikli 1. bendinin hüküm fıkrasından çıkarılmasına ve yerine "HUMK'nın 536. maddesi hükmünde öngörülen koşullar gerçekleşmediğinden 01.12.2008 tarih ve 14947/JHN sayılı Hakem Kurulu Kararının onanmasına ilişkin talebin reddine" cümlesinin yazılmasına ve kararın gerekçesinin de değiştirilerek düzeltilmiş bu şekliyle kararın ONANMASINA, yukarıda 2.a bendinde belirtilen nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının reddine; 2.b maddesinde açıklanan sebeplerle davalının sair temyiz itirazlarının kabulüne ve Hakem Kurulu Kararının davalı yararına BOZULMASINA, ödedikleri temyiz peşin harçlarının istek halinde temyiz eden taraflara geri verilmesine, 28.02.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.