

şirket ile davalı arasında.....Belediyesinin imar uygulama işi kapsamında yapılacak işlere ilişkin olarak sözleşme aktettiklerini, sözleşmeye göre müvekkili şirketin..... Belediye ile davalının yapmış olduğu sözleşme gereği davalı şirketçe teknik şartnameye uygun olarak yapılması gereken sayısal hali hazır harita işi arazi işleri hesap ve çizim işleri pafta gezimi, hesap ciltleri,..... hesabı dağıtım cetvelleri gibi imar uygulaması için kadastro ve

tapunun istediği tüm belge ve verileri hazırlayacağını, karşılığında da belirlenen ücretin Belediyesinde davalıya ödenmesine müteakip üç iş gününde müvekkili hesabına aktarılacağını, sözleşme gereğince müvekkili şirketin tüm edimlerini yerine getirmiş olmasına rağmen davalının müvekkiline ödemesi gereken meblağı tam olarak ödemediğini, şifahi olarak istenmiş ise de alacağın ödenmemesi üzerine davalı aleyhine *İcra Müdürlüğünün *icra takibi başlatıldığını, davalının

takibe karşı haksız şekilde itiraz ettiğini iddia ederek davalının icra takibine karşı yapmış olduğu itirazın iptali ile takibin devamına, ve icra inkar tazminatının tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir

T.C. İstanbul Anadolu 7. ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ

GEREKÇELİ KARAR

ESAS NO : 2018/288 Esas

KARAR NO : 2018/818

DAVA : İtirazın İptali (Ticari Nitelikteki Hizmet Sözleşmesinden Kaynaklanan)

KARAR TARİHİ : 11/07/2018

Taraflar arasında görülen iş bu dava ile ilgili olarak yapılan yargılama sonucunda;

DAVA : Davacı vekili, tarihli dava dilekçesi ile müvekkili şirket ile davalı arasında.....Belediyesinin imar uygulama işi kapsamında yapılacak işlere ilişkin olarak sözleşme aktettiklerini, sözleşmeye göre müvekkili şirketin..... Belediye ile davalının yapmış olduğu sözleşme gereği davalı şirketçe teknik şartnameye uygun olarak yapılması gereken sayısal hali hazır harita işi arazi işleri hesap ve çizim işleri pafta gezimi, hesap ciltleri,..... hesabı dağıtım cetvelleri gibi imar uygulaması için kadastro ve tapunun

istediği tüm belge ve verileri hazırlayacağını, karşılığında da belirlenen ücretin Belediyesinde davalıya ödenmesine müteakip üç iş gününde müvekkili hesabına aktarılacağını, sözleşme gereğince müvekkili şirketin tüm edimlerini yerine getirmiş olmasına rağmen davalının müvekkiline ödemesi gereken meblağı tam olarak ödemediğini, şifahi olarak istenmiş ise de alacağın ödenmemesi üzerine davalı aleyhine Üsküdarİcra Müdürlüğünün 2012/8662 Esas sayılı dosyası ile icra takibi başlatıldığını, davalının takibe karşı haksız şekilde itiraz ettiğini iddia ederek davalının icra takibine karşı yapmış olduğu itirazın iptali ile takibin devamına, ve icra inkar tazminatının tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

CEVAP VE KARŞI DAVA : Davalı vekili, Belediyesinde **ihale** edilen imar uygulama işini müvekkili şirketin aldığını, idare ile..... tarihinde sözleşme imzalandığını, davacı karşı davalı şirketin aynı **ihaleye** iştirak ettiğini, **ihale** kendisinde kalmayınca müvekkili şirkete söz konusu işi'ye yapmayı teklif ettiğini, müvekkili ile davalı şirketin gerek resmi, gerekse özel alt yüklenici-üst işveren olarak birlikte iş yaptıklarını ve hiç bir sorun yaşamadıklarını, ortaya çıkan problemleri de anlaşarak çözdüklerini, müvekkili şirketin bu güvene dayanarak sözleşmeyi imzaladığını, işin zamanında ve talebe uygun olarak yapılmamasından dolayı müvekkilinin kadastro kontrol harcı ödemesi gerekirken işin 2012 yılına sarkması sebebi ile ödemek zorunda kaldığını, müvekkili şirketin fazladan ödediğini, işin süresinin sözleşmede altı ay yani 180 gün olduğunu, davacı karşı davalı şirketin bu süreye uymadığını, eksik işlerin müvekkili şirketçe Belediyesinden ek süreler alınarak tamamlandığını ve tarihinde idareye teslim edildiğini, davacı şirketin altı ay içerisinde sözleşme şartlarına uygun olarak işi tamamlamadığını, sözleşmeye aykırı hareket ettiğinden müvekkili şirkete 20.000,00 TL ödemesi gerektiğini, müvekkilinin hesaplarında yapılan ödemenin 71.500,00 TL olarak görüldüğünü, sözleşmedekonusunda bir beyanın olmadığını, bu

durumda KDV'nin fiyatın içerisinde olarak telakki edildiğinde müvekkili şirketin davacı karşı davalı şirkete 33.700,00 TL borcunun bulunduğu, işin zamanında bitirilememesi sebebi ile müvekkilinin yapmış olduğu harcamaların toplamı ve sözleşmeye aykırılık sebebi ile davacı şirketin ödemesi gereken 20.000,00 TL'nin toplandığında müvekkilinin davacı karşı davalıdan alacağıının bulunduğunu, davacının bakiye alacağı olan 33.700,00 TL'nin mahsup edildiğinde müvekkilinin davacı karşı davalı şirketten 27.331,44 TL alacağıının bulunduğunu iddia ederek asıl davanın reddi ile karşı davanın kabulüne ve 27.331,44 TL alacağın reeskont faizi ile birlikte davalı karşı davacıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davacı, karşı davalı vekili davalının karşı davasına karşı cevap vererek davalının iddialarının hiç birinin gerçek olmamak ile birlikte bu iddiaların müvekkili şirketin dava yoluna başvurmasından sonra ileri sürülmesinin de karşı tarafın iyi niyetli olmadığını gösterdiğini, tarafların bir kaç defa bir araya geldiklerini ancak davalı tarafın ilk görüşmede 10.372,12 TL ikinci görüşmede ise 27.196,52 TL teklif ettiğini, hatta buna ilişkin olarak ibraname dahi düzenleyip müvekkiline dayatmaya çalıştığını, ancak müvekkilinin kabul etmediğini, sözleşmenin birinci maddesinde belediye ile kadastro arasında protokol çerçevesinde harç olmaması öngörüsüne rağmen bu öngörünün gerçekleşmemesi ve bunun üzerine davalı şirketin müvekkili şirkete bu ödemeleri yansıtmak istediğini, sözleşmede olası her türlü kadastro tapu harçları, vs.harcalamalarınait olduğunun belirtildiğini, ayrıca işin zamanında ve talebe uygun olarak yapılmamasından dolayı zarara uğradığı iddiasının doğru olmadığını, işin zamanında ve talebe uygun olarak yapılmaması gibi bir durumun söz konusu olmadığını, ek süre taleplerinin idarenin hatasından kaynaklanan gecikmelerin doğal bir sonucu olduğunu, sözleşmenin 17.maddesinde bu imkanın tanındığını, ayrıca davacının iddia ettiği gibi müvekkili şirketten kaynaklanan bir gecikmenin olması halinde..... Belediyesinin sözleşmenin 16.maddesine göre **ihale** bedelinin günlük %1 tutarında para cezasını yüklenici keseceğini, davalı karşı davacı

iddialarının tamamının asılsız olduğunu, savunarak asıl davanın kabulü ile mukabil davanın reddini istemiştir.

Davalı karşı davacı vekili ise, davacı karşı davalının dilekçesine karşı beyanda bulunarak müvekkili şirketin davacı karşı davalı ile anlaşma yaparak işlerin takibi için şirket yetkilisine iyi niyet çerçevesinde iş takibi vekaleti verildiğini, ancak müvekkilinden aldığı işi art niyetli olarak... serbest harita mühendisi olarak çalışan başka bir şahsa devrederek anlaşma yaptığını, işin yapılmasında anlaşmazlığa düşmesi nedeni ile gecikmeye sebebiyet verdiğini, aslında idarece müvekkilinin defaatle idareye davet edilerek işin zamanında bitirilememesi nedeni ile şifahen ihtar edildiğini, bir daha belediyeden iş alamayacaklarını belirttiklerini, nitekim 2012 yılında yapılan imar uygulaması işinin sırf bu ilişkiden dolayı **ihale** iptal edilerek firmalarına verilmediğini savunarak davacının davasının reddi ile karşı davalarının kabulünü talep etmiştir.

İNCELEME ve GEREKÇE : Asıl dava sözleşme kapsamında ödenmeyen bakiye fatura bedellerinin ve cezai şart alacağının tahsili amacıyla başlatılan icra takibine karşı itirazın iptali, karşı dava ise işin geç tesliminden kaynaklanan zararların ve cezai şart alacağının tahsili istemine ilişkindir.

Asıl ve karşı davanın mahkememizin sayılı dosyası üzerinden yapılan yargılaması sonucunda, sayılı 01/07/2015 tarihli kararı ile; "Yapılan yargılama , toplanan deliller, benimsenen bilirkişi raporu taraflara ait ticari defter ve kayıtlar, ve tüm dosya kapsamı sonucunda davacı karşı davalı yüklenicinin sözleşme kapsamındaki edimlerini tam olarak yerine getirdiği, sözleşmenin ifası ile ilgili gecikmelerin davacı karşı davalı yükleniciden değil, belediyenin cevabi yazılarından anlaşıldığı üzere idareden kaynaklandığı, bu sebeple yüklenicinin sözleşmeye aykırı hareket ettiğinin kabulünün mümkün olamayacağı yine sözleşme kapsamında davacı karşı davalı yüklenicinin davalı karşı davacının talep etmiş olduğu masraflardan sorumlu olamayacağı, davalı karşı davacı iddialarının tamamen soyut kaldığı, işin gecikmesine neden olan tarafın davacı karşı davalı olduğuna dair herhangi bir

tutanağın düzenlenmediği ve herhangi bir ihtarnamenin gönderilmediği, bu sebeple davalı karşı davacının tüm taleplerinin reddi ile özellikle sözleşme kapsamı ve yazılı belgeler karşısında davacı karşı davalı yüklenicinin üzerine düşen edimleri ifa ettiği bunun karşılığında yine sözleşme kapsamında faturaları düzenlediği faturaların ve alacak kalemlerinin her iki tarafın ticari defterlerinde kayıtlı olduğu davalı karşı davacının ticari defterlerinde kayıtlı olan bir kısım ödemelere ilişkin belgelerin dosyaya ibraz edilmediği, bu sebeple davacı karşı davalının sözleşme kapsamındaki bakiye fatura alacağına ve ayrıca davalı karşı davacının sözleşmeye aykırı hareketi nedeni ile cezai şart alacağına hak kazandığı her iki alacak kalemi yönünden başlatmış olduğu takibin yerinde olduğu kanaatine varılarak davacı karşı davalı şirketin davasının kısmen kabulüne, davalı karşı davacının alacak davasının ise tümden reddine dair taktiren aşağıdaki gibi hüküm tesis edilmiştir. Her ne kadar davacı karşı davalı şirket tarafından başlatılan icra takibi talebinde ayrıca işlemiş faiz talebinde bulunulmuş ise da davalı karşı davacının takip tarihinden önce usulüne uygun şekilde temerrüte düşürüldüğü ispatlanamadığından davacı karşı davalının işlemiş faiz talebi ve işin niteliği itibari ile alacağın likit kabul edilmesi mümkün olmadığından icra inkar tazminat talebi reddedilmiştir.” şeklinde hüküm kurulmuştur. Kararın temyiz edilmesi üzerinde dosya Yargıtay Hukuk Dairesine gönderilmiştir.

Yargıtay Hukuk Dairesi 2017/2402 2017/4258 E ve K sayılı 04/12/2017 tarihli ilamı ile ” Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı-karşı davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir.

..... tarihli sözleşmesinin 6. maddesinde “ taraflar sözleşmeye aykırı hareket ederse 20.000,00 TL (yirmibin lira) peşinen ödemeyi kabul eder” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeyle kabul edilen ödeme cezai şart niteliğinde olup,

sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmış olduğundan..... sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 158/1 ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK'nın 179/1. maddesinde ifadesini bulan seçimlik cezadır. Bu yasal düzenlemelere göre aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça alacaklı ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilecektir. Sözleşmede borcun ifasıyla birlikte cezanın da istenebileceğine dair hüküm bulunmamaktadır. Davacı-karşı davalı tarafından cezai şartın dayanağı olarak gösterilen ve hükme esas alınan bilirkişi raporuyla mahkemenin kabulüne göre davalı-karşı davacının cezai şart verilmesini gerektiren sözleşmeye aykırı eylemi, süresinde hakedilen iş bedelinin ödenmemiş olmasıdır. Davacı-karşı davalı icra takibinde ve itirazın iptâli davasında cezai şartla birlikte ödenmeyen alacağın tahsilinde talep etmiştir. Bu durumda mahkemece davacı-karşı davalı, davalı-karşı davacının bedel ödemede gecikmesi şeklindeki sözleşmeye aykırı hareketi nedeniyle bedelin ödenmesini talep etmek suretiyle seçimlik hakkını, borcun ifası şeklinde kullandığı ve sözleşmede her ikisinin birlikte istenebileceğine dair hüküm bulunmadığından, asıl davada cezai şarta ilişkin 20.000,00 TL'lik talebin reddine karar verilmesi yerine bu husus gözden kaçırılarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması uygun görülmüştür." denilerek hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Bozma ilamı uyarınca dava, mahkememizin Sırasına kaydedilerek yargılamaya devam edilmiştir.YargıtayHukuk Dairesinin 2017/2402 E. 2017/4258 K sayılı 04.12.2017 tarihli kararı dosyaya toplanan deliller ve bilirkişi raporunda irdelenmek sureti ile , taraflar arasında 07.03.2011 tarihli sözleşmenin ihtilafsız olduğu, sözleşmenin Maddesinde taraflar sözleşmeye aykırı davarandıkları takdirde 20.000,00 TL peşinen ödemeyi kabul ettikleri düzenlemesi bulunduğu, bu şartın cezai şart niteliğinde olduğu, sözleşmenin düzenlendiği tarihte 818 Sayılı Borçlar Kanunu 158/1 ve TBK 179/1 maddesindeki seçimlik ceza niteliğinde olduğu, düzenleme gereğince taraflar arasında aksi yönde bir düzenleme

yapılmamış olduğu, cezai şartla birlikte sözleşmeye aykırılık nedeni ile ödenmeyen hakedişin istenebileceğine ilişkin bir şart bulunmadığı, davacının seçimlik hakkını borcun ifası şeklinde kullandığı, davanın davalı tarafından ödenmeyen iş bedeli için yapmış olduğu takipte davalının itirazının Üsküdar..... İcra müd.2012/8662 E. Sayılı dosyasından 53.400,00 TL üzerinden iptali ile, takip tarihinden önce davalının temerrüdü bulunmadığından ve taraflar tacir olmakla 3095 S.Y 2/2 maddesi gereğince bu miktara avans faizi uygulanması gerektiği, davacının takibe konu ettiği cezai şartta yönelik itirazın iptali talebinin reddi ile, alacak likit olmayıp yargılama ile belirlendiğinden davacının İİK 67 maddesi gereğince talep ettiği tazminatın şartları bulunmadığından reddi gerektiği, davalı karşı davacı tarafından açılan davanın incelenmesinden , sözleşmenin ifası ile ilgili gecikmelerin davacıdan değil, idareden kaynaklandığı, yüklenici davacının sözleşmeye aykırılığının söz konusu olmadığı, sözleşme kapsamında davacı karşı davalı yüklenicinin masraflardan sorumlu tutulamayacağı, iddiaların tamamen soyut nitelikte olduğu, taraflar arasındaki sözleşmede bedelin yüklenici tarafından ödeneceğine ilişkin bir madde bulunmadığı gibi, bu konuda gecikme ile ilgili taraflar arasında bir tutanak bulunmadığı, işin gecikmesine nedene olan tarafın davacı karşı davalı olmadığı anlaşılmalı karşı davanın da reddine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM:Gerekçesi Yukarıda Açıklandığı Üzere;

Davacı/karşı davalının davasının Kısmen Kabulü ile;

1-Davalı karşı davacının Kapatılan Üsküdar..... İcra müdürlüğünün 2012/8662 esas sayılı dosyasına yapmış olduğu itirazın 53.400,00 TL üzerinden iptali ile takibin devamına, Takip tarihinden itibaren bu miktara avans faizi uygulanmasına,

Fazlaya ilişkin itirazın iptali isteminin reddine,

Davacının İİK 67/2 maddesi gereğince talep ettiği tazminatın şartları bulunmadığından reddine,

2-Davalı Karşı davacının davasının ispatlanamadığından Reddine,

3-Asıl davada; Harçlar Kanunu uyarınca alınması gereken harçtan, peşin alınan harcın mahsubu ile bakiye 2.876,00 TL harcın davalı/karşı davacıdan alınarak hazineye gelir kaydına,

4-Karşı davada; Harçlar Kanunu uyarınca alınması gereken 35,90 harcın, peşin alınan 412,30 TL harçtan mahsubu ile bakiye 376,40 TL harcın karar kesinleştiğinde ve talep halinde davalı/karşı davacıya iadesine,

5-Davacı/karşı davalı tarafından dava açılırken yatırılan başvurma ve peşin harç toplamı 792,90 TL' nin davalı/karşı davacıdan alınarak davacı tarafa ödenmesine,

6-Davacı/karşı davalı tarafından yapılan 650,00 TL bilirkişi ücreti ve 370,20 TL posta gideri olmak üzere toplam 1.020,20 TL nin kabul ve red oranına göre; 695,43 TL nin davalı/ karşı davacıdan alınarak davacı/karşı davalı tarafa ödenmesine, 324,77 TL nin davacı/karşı davalı üzerinde bırakılmasına,

7-Davalı/karşı davacı tarafça sarf edilen 127,00 TL posta giderinin asıl ve karşı davaların kabul ve reddedilen kısımları gözetilerek taktiren 59,92 TLnin davacı/karşı davalıdan alınarak davalı/karşı davacı tarafa ödenmesine, 67,08 TL nin davalı/karşı davacı üzerinde bırakılmasına,

8-Asıl dava yönünden; davacı/karşı davalı taraf yararına uyarınca 6.224,00 TL vekalet ücretinin davalı/karşı davacıdan alınarak davacı/karşı davalı tarafa ödenmesine,

9-Asıl dava yönünden; davalı karşı davacı taraf yararına uyarınca 2.392,60 TL vekalet ücretinin davacı/karşı davalıdan alınarak davalı/karşı davacı tarafa ödenmesine,

10-Karşı dava yönünden; davacı/karşı davalı taraf yararına uyarınca 3.331,35 TL vekalet ücretinin davalı/karşı davacıdan alınarak davacı/karşı davalı tarafa ödenmesine,

11-Kullanılmayan gider avansı varsa karar kesinleştiğinde ilgili tarafa iadesine,

Dair, kararın tebliğinden itibaren 2 haftalık süre içinde Yargıtay yolu açık olmak üzere taraf vekillerinin yüzlerine karşı verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı.