

sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesinden ve varsa işe ait eksik ve kusurların giderilerek geçici kabul tutanağının onaylanmasından ve yüklenicinin bu işten dolayı herhangi bir borcu olmadığı tespit edildikten sonra alınmış olan kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların yarısı; 'ndan ilişiksiz belgesi getirilmesi ve kesin kabul tutanağının onaylanmasından sonra kalanı yükleniciye iade edilir hükmü getirilmiştir. Asıl davada

**tasfiye kesin hesabı
çıkartılarak kesin kabul
işlemleri tamamlanmış
olacağından kesin teminatın
kalan ikinci yarısının iadesi
koşulu asıl dava sonucuna
göre gerçekleşecek ise de;
mahkemece verilen karardan
önce birleşen bu davada
SGK'dan ilişiksiz belgesinin
getirilmesi koşulunun yerine
getirilip getirilmediği
araştırılmamıştır**

15. Hukuk Dairesi

2017/1675 E. , 2017/4546 K.

.

“İçtihat Metni”

Mahkemesi : ...Ticaret Mahkemesi

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiş, davacı vekili tarafından duruşma istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davacı vekili Avukat ... ile davalı vekilleri Avukat ve Avukat ... geldi. Temyiz

dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan taraflar avukatları dinlendikten sonra eksiklik nedeniyle mahalline iade edilen dosya ikmâl edilerek gelmiş olmakla dosyadaki kağıtlar okundu işin gereği konuşulup düşünüldü:

– K A R A R –

Asıl ve birleşen dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, asıl dava sözleşme ve proje dışı fazla imalât bedelleri ile 13 nolu hakedişten sonra yapılıp ödenmeyen imalât bedelinin tahsili istemine, birleşen dava ise sözleşme konusu iş nedeniyle verilip geçici kabul aşamasında 1/2'si iade edilen teminat mektubunun daha sonra irad kaydedilen yarısı ile irad kaydedildiği tarihten takip tarihine kadar olan işlemiş faizinin tahsili için yapılan ilâmsız icra takibine itirazın iptâli ve takibin devamı istemine ilişkindir. Mahkemece asıl davanın kısmen kabulüne, birleşen davanın kabulüne, davacının tazminat isteminin reddine ilişkin verilen karar, taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle sözleşme eki Özel İdari Şartname'nin 16. maddesi hükmünce iskân ruhsatlarının alınması ile ilgili gerekli ücretlerin ödenmesinden yüklenicinin sorumlu olması nedeniyle yüklenicinin alacağından iş sahibince ödendiği anlaşılan 88.845,00 TL yapı kullanma izin (iskân ruhsatı) masraflarının düşülmesinde ve ihtilâfsız olan 13 nolu hakedişten sonra yapılan 207.207,96 TL+KDV imalât bedelinin yüklenici alacağına katılmasında isabetsizlik bulunmamasına göre, tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir.

2-Taraflar arasında imzalanan 12.05.2008 tarihli İlköğretim Okulu ve Kompleksi Yapım İş Anahtar Teslimi Götürü Bedelli Sözleşme ile davacı, davalı vakfa ait ilköğretim okulu ve kompleksinin yapım işini üstlenmiştir. Davacı, asıl davasında diğer alacak talebinin yanında sözleşme ve proje

dışı imalâtlar yapıldığı halde bedelinin ödenmediğini de ileri sürmektedir. Sözleşmenin ekleri başlıklı 9. maddesinin (e) bendinde Yapım İşleri Genel Şartnamesi sözleşmenin ekleri arasında sayıldığı gibi sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işler, iş eksilişi ve işlerin tasfiyesi başlıklı 28. maddesinde; yapım sözleşmelerinde, öngörülmeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Sözleşmenin eki olan Yapım İşleri Genel Şartnamesi dava tarihinde yürürlükte bulunan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 287 ve yargılama aşamasında yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesi gereğince delil sözleşmesi niteliğinde olup mahkemeler ve Yargıtay'ca görevleri gereği kendiliğinden göz önünde tutulur. Anılan şartnamenin sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işler, iş eksilişi ve tasfiyesi başlıklı 21. maddesinde, sözleşme konusu iş ile ilgili yaptırılacak ilave iş ve iş artışının olması ve (a) ve (b) bentlerindeki koşulların varlığı halinde götürü bedelli işlerde iş bedelinin %10, birim fiyatlı sözleşmelerde %20'sine kadar fazlasının süre hariç sözleşme hükümlerine göre aynı yükleniciye yaptırılacağı belirtildikten sonra, aynı şartnamenin 22. maddesinde idarenin gerekli görerek yapılmasını istediği ve sözleşme kapsamında olmayan yeni iş kalemlerinin ve sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave iş bedellerinin fiyatlarının ne şekilde tespit edileceği ve ödeneceği hükmü getirilmiş ve sırasıyla gösterilmiştir. Sözleşme dışı iş bulunması ve bu işlerin sözleşme eki Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 21. maddesi kapsamında kalması halinde %10 fazla imalâtın (iş götürü bedelli olduğundan) sözleşme fiyatlarıyla, %10'u aşan imalâtın sözleşme ve işin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 410 ve devamı maddelerinde düzenlenen vekâletsiz iş görme hükümleri gereğince iş sahibi yararına olması koşuluyla yapıldığı yıl mahalli piyasa rayiçleriyle bedellerinin hesaplanıp yükleniciye ödenmesi gerekmektedir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca her türlü

bina inşaatının yapımı bazı istisnalar hariç yerel idarelerden izin alınması ve projesinin bulunup tasdik edilmesine bağlıdır. Şayet inşaatta kısmen veya tamamen tasdikli projeye ve yapı iznine aykırı imalât yapılmış ve bunun yasal hale getirilmesi mümkün değil ise aynı yasanın 32. maddesi uyarınca proje ve ruhsata aykırı yapının veya kısmın yıkılması gerekir. Muhafazası mümkün olmayan yıkılacak yerin ekonomik değeri de bulunmayacağından bedeli de istenemez. Ayrıca sözleşme eki Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 21/1-a maddesinde de artan işin sözleşmeye esas proje içinde kalması da ilave iş bedelinin talep edilebilmesi için zorunludur.

Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin gecikme halinde alınacak cezalar başlıklı 10. maddesinin 2.1 bendinde idarece verilen süre uzatımı hariç iş zamanında bitirilmediği takdirde geçen her takvim günü için yüklenicinin hakedişinden sözleşme bedelinin %0,06 (onbinde altı) oranında gecikme cezası kesileceği, günlük gecikme cezasının matrahına o tarihe kadar hesaplanan fiyat farklarının da dahil edileceği kararlaştırılmıştır. Sözleşmede kararlaştırılan bu ceza sözleşme ve işin yapıldığı tarihte ve hatta asıl dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 158/II maddesinde düzenlenen ifaya ekli ceza olup, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin edanın kabul edilmiş olması halinde istenmesi mümkün değildir. Sözleşmede cezai şartı talep edebilmek için teslimde ihtirazi kayıt konulmasına gerek olmadığına dair bir düzenleme bulunmadığı gibi davalı iş sahibinin teslimden önce cezai şart isteme hakkını saklı tuttuğuna dair yükleniciye ulaştırdığı bir beyanı da bulunmamaktadır. Cezai şart isteme hakkının düşmüş olması halinde bunun varsa yüklenicinin alacağından mahsubu da mümkün değildir. Somut olayda geçici kabul 18.08.2009 tarihinde 03.07.2009 itibar tarihi ile kabul edilerek yapılmış olup, iş sahibinin geçici kabul tutanağında cezai şart isteme hakkını saklı tuttuğuna dair bir beyanı bulunmamaktadır.

03.07.2009 tarihine itibar edilerek 18.08.2009 tarihinde onaylanan geçici kabul tutanağında saptanan eksik ve kusurları

davacı giderdiğini yasal delillerle ileri sürüp kanıtlamadığından giderim bedelini davalı iş sahibi yüklenicinin alacağından mahsup etmekte haklıdır. Ancak mahsup edilecek giderim bedeli de geçici kabul tutanağında belirtilen eksik ve kusurlar yönünden iş sahibinin bunları gidermek için yükleniciye verdiği sürenin geçmesinden ve bu eksik ile kusurları gidermek için başka bir yükleniciyle sözleşme yapması veya dava açması için gereken makul süreden sonraki piyasa rayiçleri ile belirlenecek bedel olacaktır. Aksi halde gecikerek talepte bulunmak ya da dava açmak suretiyle iş sahibi zararın artmasına neden olacağından bu halde 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 98/II. maddesi yollaması ile 44. maddesi uyarınca yüklenicinin artan zarardan sorumlu tutulması mümkün değildir.

Kesin kabul tutanağında belirtilen eksik ve kusurların da iş sahibince verilen süre içerisinde giderildiği yüklenici tarafından ileri sürülüp yasal delillerle kanıtlanamadığından davalı iş sahibi bunların giderim bedelini de yükleniciden talep etmek ya da yüklenicinin alacağından mahsubunu istemekte haklıdır. Ancak burada da istenebilecek ya da mahsup edilebilecek miktar, eksik ve kusurların tamamlanması için verilen sürenin geçmesinden sonra işin başka bir yükleniciye tamamlattırılması için sözleşme yapılması ya da dava açılması gereken makul süre sonundaki mahalli piyasa rayiçleriyle giderim bedeli olmalıdır. Aksinin kabulü bir önceki paragrafta yasal dayanağı da belirtildiği gibi iş sahibinin kusuruyla artan zarardan yüklenicinin sorumlu tutulması sonucunu doğuracaktır.

Sözleşmenin 11.4 maddesine göre sözleşme konusu iş ile ilgili davacı yüklenici tarafından davalı iş sahibine 627.000,00 TL'lik kesin teminat mektubu verildiği, bunun yarısının geçici kabulde davacı yükleniciye iade edildiği, yarısının iş sahibince irad kaydedildiği ve davacı tarafça birleşen davanın dayanağı olan icra takibinde irad kaydedilen teminat mektubu bedeli ile irad kaydedildiği tarihten icra takip tarihine kadar işlemiş faizi talep edilmektedir.

Sözleşmenin 11.4.1 maddesinde taahhüdün, sözleşme ve ihale

dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesinden ve varsa işe ait eksik ve kusurların giderilerek geçici kabul tutanağının onaylanmasından ve yüklenicinin bu işten dolayı herhangi bir borcu olmadığı tespit edildikten sonra alınmış olan kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların yarısı; ... 'ndan ilişiksiz belgesi getirilmesi ve kesin kabul tutanağının onaylanmasından sonra kalanı yükleniciye iade edilir hükmü getirilmiştir. Asıl davada tasfiye kesin hesabı çıkartılarak kesin kabul işlemleri tamamlanmış olacağından kesin teminatın kalan ikinci yarısının iadesi koşulu asıl dava sonucuna göre gerçekleşecek ise de; mahkemece verilen karardan önce birleşen bu davada SGK'dan ilişiksiz belgesinin getirilmesi koşulunun yerine getirilip getirilmediği araştırılmamıştır.

Bu durumda mahkemece asıl davada yapılması gereken iş; öncelikle ara-asma katın proje değişikliği ile ilgili yerel belediyeye tasdik ettirilen proje ve yapı ruhsatında tadilat yapılmak suretiyle yasal hale getirilip getirilmediği araştırılıp, proje ve ruhsat değişikliği yapılarak yasal hale getirilmemiş ise yasal hale getirilmesi mümkün olup olmadığı da ilgili belediyeden sorulup tespit edildikten sonra yasal hale getirilmesi imkansız ise yapılan bu ilave yapının ekonomik değeri olmayacağı ve yıkımı gerektiğinden yüklenici alacağına katılmamak suretiyle hükme esas alınan bilirkişi raporunu düzenleyen 3. bilirkişi kurulundan ara-asma katın yasal hale getirilmiş olması ya da getirilmesi mümkün olması durumunda yasal hale getirme masraflarını da düşerek bu imalâtlar ile hükme esas alınan raporlarında sözleşme dışı fazla iş ve imalât olarak kabul ettikleri imalâtların sözleşme eki Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 21 ve 22. maddelerini göz önünde tutarak %10'una kadar olan kısmının sözleşme fiyatlarıyla %10'u aşan kısımların da iş sahibinin yararına ise vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca yapıldığı yıl mahalli piyasa rayiçleri ile bedeli, yine geçici kabulde saptanan eksik ve kusurlarla ilgili az yukarıda belirtilen yöntemle ve saptanacak tarihteki mahalli piyasa rayiçleriyle giderim bedeli ve yine kesin kabul tutanağındaki eksik ve kusurlarla ilgili de yine az yukarıda açıklandığı gibi

saptanacak tarihteki mahalli piyasa rayiçleriyle giderim bedeli konusunda piyasa rayiçleri içerisinde KDV ve yüklenici kârı olacağından bunlar eklenmeksizin gerekçeli, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli ek rapor alınıp hesaplanacak ilave iş bedellerine yüklenicinin kabul ettiği ve ödenmeyen 13 numaralı hakedişten sonra yapıp hakettiği iş bedeli 207.207,97 TL+KDV'si eklenip bulunacak toplam miktardan yüklenici adına iş sahibinin ödediği kabul edilen 88.845,00 TL iskân masrafları ile hesaplanacak geçici kabul ve kesin kabul eksik ve ayıplarının giderim bedeli düşüldükten sonra, cezai şartla ilgili herhangi bir indirim yapılmaksızın sonucuna uygun bir karar verilmesi olmalıdır. Bu hususlar üzerinde durulmaksızın eksik inceleme ile asıl davanın yazılı miktarda kısmen kabulü doğru olmamıştır.

Birleşen davaya gelince; kesin teminatın kalan yarısının ödenmesi sözleşmenin 11.4.1 maddesine göre yüklenicinin bu işten dolayı iş sahibine herhangi bir borcu olmaması koşuluna da bağlandığı ve asıl davada yüklenicinin iş sahibinden alacağıının olduğunun kabulü halinde bu koşul gerçekleşmiş olacağından asıl davada yüklenicinin sözleşme konusu işle ilgili iş sahibine borcun olmadığı saptanırsa davacı yükleniciye bu işle ilgili ... ilişiksiz belgesi ibraz ettirildikten sonra irad kaydedilen miktarın irad kaydedildiği tarihten takip tarihine kadar davacının talebini aşmamak koşuluyla değişen oranlarda avans faizi oranı üzerinden işlemiş faizi istemekte haklı olduğu gözetilerek sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken SGK ilişiksiz belgesi getirilmesi koşulu aranmaksızın birleşen davanın da kabulü usul ve yasaya aykırı olmuştur.

Kararın belirtilen sebeplerle bozulması uygun görülmüştür.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle tarafların diğer temyiz itirazlarının reddine, 2. bent uyarınca kabulü ile hükmün taraflar yararına BOZULMASINA, 1.480,00'er TL duruşma vekillik ücretinin taraflardan karşılıklı olarak alınarak Yargıtay'daki duruşmada vekille temsil olunan diğer tarafa verilmesine, ödedikleri temyiz peşin harçlarının istek halinde temyiz eden taraflara geri verilmesine, karara karşı

tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 21.12.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.