

yapıların inşa edileceği alanlarda ağaçların olduğu ve bu ağaçların inşaat yapımına engel olduğu ve deplase edilmesi gerektiği müvekkili şirketçe tespit edildiği, davalı belediyenin ihaleden önce bu deplase işlemini yapıp, sahanın inşaata hazır halde ihale etmesi gerekirken davalı belediyece bu hususun göz ardı edildiği ve deplase işlemi

yapılmadan ihale edildiği, davalı idare tarafından ağaçların deplase edilmesi gerektiği müvekkil şirket tarafından verilen dilekçe

ile davalı belediyeye bildirildiğini, ağaçların deplase edilmesi yönündeki sorumluluk davalı belediyeye ait olup, taraflar arasında akdedilen sözleşmede davacı müvekkil şirket tarafından deplase işlemi ile ilgili herhangi bir sorumluluk üstlenilmediğini, Deplase işleminin yerine getirilmemesinden doğan sorumluluğun tamamen davalıya ait olduğunu ve davalının kendisine ait yasal sorumluluğu yerine getirmediğini sorumluluğu müvekkili şirkete yüklemeye

**alışıldığını ve bu hususun
bile başlı başına hakkın
kötüye kullanımı niteliğinde
olduğunu, taraflar arasında
akdedilen sözleşmeye açıkça
aykırı hareket eden ve
yasadan kaynaklanan
yükümlülüklerini yerine
getirmeyen davalı ... olduğunu,
davalı ... deplase işleminin
kendileri tarafından yerine
getirilmesi gerektiğini
bildiğini, taraflar
arasındaki sözleşme davalı
belediyece 4735 sayılı
kanunun 20. Maddesine ve
yapım işleri genel
şartnamesinin 10. Bölümünde**

**açıkça düzenlenen 48.
Maddesine aykırı surette
yasanın aradığı emredici
hükümleri aykırı şekilde
fesih edildiğini ve davalı
belediyece tesis edilen fesih
işleminin geçersiz olduğu**

T.C.

İSTANBUL

8. ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ

GEREKÇELİ KARAR

ESAS NO : 2018/81 Esas

KARAR NO : 2018/232

DAVA : Tazminat

DAVA TARİHİ : 23/01/2018

KARAR TARİHİ : 28/03/2018

Davacı tarafından davalı aleyhine açılan tazminat davasının mahkememizde yapılan açık yargılaması sonunda dosya incelendi.

D A V A /

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; müvekkili şirket, **ihale** komisyonunun 21/07/2006 tarih ve... sayılı kararı ile ...İnşaatı işini davalı belediyeden 2,292,995,12YTL bedel + K.D.V almıştır. Müvekkili, firmanın yapmış olduğu plankote ve aplikasyon çalışmaları sırasında yapılacak olan parkta sosyal tesis, Kır Kahvesi, Otağ Cafe, Makine Daireleri, Süs Havuzları gibi yapıların inşa edileceği alanlarda ağaçların olduğu ve bu ağaçların inşaat yapımına engel olduğu ve deplase edilmesi gerektiği müvekkili şirketçe tespit edildiği, davalı belediyenin **ihale**den önce bu deplase işlemini yapıp, sahanın inşaatına hazır halde **ihale** etmesi gerekirken davalı belediyece

bu hususun göz ardı edildiği ve deplase işlemi yapılmadan **ihale** edildiği, davalı idare tarafından ağaçların deplase edilmesi gerektiği müvekkil şirket tarafından verilen 28/09/2006 tarihli dilekçe ile davalı belediyeye bildirildiğini, ağaçların deplase edilmesi yönündeki sorumluluk davalı belediyeye ait olup, taraflar arasında akdedilen sözleşmede davacı müvekkil şirket tarafından deplase işlemi ile ilgili herhangi bir sorumluluk üstlenilmediğini, Deplase işleminin yerine getirilmemesinden doğan sorumluluğun tamamen davalıya ait olduğunu ve davalının kendisine ait yasal sorumluluğu yerine getirmediğini sorumluluğu müvekkili şirkete yüklemeye çalışıldığını ve bu hususun bile başlı başına hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğunu, taraflar arasında akdedilen sözleşmeye açıkça aykırı hareket eden ve yasadan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeyen davalı ... olduğunu, davalı ... deplase işleminin kendileri tarafından yerine getirilmesi gerektiğini bildiğini, taraflar arasındaki sözleşme davalı belediyece 4735 sayılı kanunun 20. Maddesine ve yapım işleri genel şartnamesinin 10. Bölümünde açıkça düzenlenen 48. Maddesine aykırı surette yasanın aradığı emredici hükümleri aykırı şekilde fesih edildiğini ve davalı belediyece tesis edilen fesih işleminin geçersiz olduğunu, Öncelikle **ihale** komisyonunun 21/07/2006 tarih ve 452-1 sayılı kararı ile müvekkile iade edilen ...İnşaat İşinin feshine ilişkin işlemin iptaline ve kat'i ...Bankası 08/08/2006 tarih ve... sayılı teminat mektubuna ilişkin sataşmanın önlenmesine ve teminatın irad kaydedilmesine ilişkin işlemin iptaline, olmadığı takdirde; Fazlaya ilişkin dava ve talep haklarının saklı kalmak kaydıyla **ihalenin** haksız sebeple feshi ve sözleşmeye aykırılık sebebi ile uğradıkları maddi zararlara karşılık şimdilik 5.000,00YTL dava tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalı belediyeden tahsiline; Fazlaya ilişkin haklarının saklı kalmak kaydıyla şimdilik **ihaleden** elde edecekleri kardan yoksun kalmaları sebebiyle uğradıkları zararlara karşılık 5.000,00YTL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalı belediyeden tahsiline; Fazlaya ilişkin dava ve talep

haklarının saklı kalmak sebebiyle şimdilik ... Bankası 08/08/2006 tarih ve ... sayılı 140.000,00YTL bedelli teminat mektubunun hazine irat kaydedilmiş olması, teminat bedeli ve teminat mektubunun bankaya aide edilmemesi, müvekkili şirketin bankaya ödemek zorunda kalacağı faiz sebebi ile davalı belediyeden alacaklı oldukları bedele karşılık 5.000,00YTL teminatın hazineye gelir kaydedildiği 06/07/2007 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalı belediyeden tahsiline olmak üzere şimdilik toplam 15.000,00YTL alacaklarının dava işleyecek avans faizi ile birlikte tahsiline, yargılama gideri ve ücret vekaletin davalıya tahmiline karar verilmesini talep ve dava etmektedir.

S A V U N M A /

Davlı vekili cevap dilekçesinde özetle; davacı yüklenici ... Şti. Tarafından, ... Büyükşehir Belediyesi **ihale** Komisyonu'nun 21/07/2006 tarih ve ... sayılı kararı ile 2.292.995,12YTL +KDV keşif bedelli ...İnşaatı İş'i'nin feshine ilişkin işlemin iptali ve kat'i ... Bankası 08/08/2006 tarih ve ... sayılı teminat mektubuna ilişkin sataşmanın önlenmesi ve teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işlemin iptali talebiyle, aleyhlerine açılan davanın haksız ve yasal dayanaktan yoksun olup, reddinin gerektiğini, ...Büyükşehir Belediyesi **ihale** Komisyonu'nun 21/07/2006 tarih ve 452-1 sayılı kararı ile... İnşaatı işi 2.292.995,12YTL +KDV bedelle ...Şti.'ne **ihale** edildiğini. **ihalenin** sözleşmesi 17/08/2006 tarihinde yapılarak, inşaat alanı da incelendikten sonra itiraz kaydı olmaksızın taraflarca düzenlenen yer teslim tutanağı ile 22/08/2006 tarihinde davacı müteahhit firmaya yer teslimi yapıldığını, müvekkili tarafa **ihale** edilen işin yer tesliminin 22/08/2006 tarihli tutanakla yapıldığını, teknik personel bildirimini 9 gün geç verildiğini, iş yerinde bulundurulmadığını, gerekli ekipmanı ve malzemeyi şantiyeye getirmediğini, kısmen çalışma yapılabilecek iken ağaçları bahane ettiğini, yazımız sonrasında sebepsiz şekilde gecikmeli olarak başladığını, süre uzatılması talebini süresi içinde yapmadığını, yüklenicinin 28/09/2006 tarihli yazısında belirttiği ağaçların kaldırılmasının 36 gün içinde

tamamlandığını, çalışmaların devamı esnasında mevcut ağaçları koruyamadığını, zarar verdiğini, işin devamı esnasında idarelerinin projeler üzerinde revizyon yapma kararı aldığını ve “proje konseptine, daha estetik bir vaziyet planı oluşturulduğunu...” bu değişikliklerin süre uzatımı gerektirmediğini, davacının ekonomik sorunları nedeniyle imalat hızını yavaşlattığını, süre sonunda gerçekleşmenin %35-40 seviyelerinde kaldığını, 28/04/2007 süre sonu olmakla birlikte işin 18/06/2007 tarihinde fesih edildiğini, fesih eyleminde haklı olduklarından bahisle, davanın reddini talep etmektedir.

G E R E K Ç E /

Daha önce mahkememizin ... Esas ve ... Karar sayılı ilamıyla; “Mahkememizin 2007/694 esas 2012/ 56 karar sayılı kararı ile karar verilmiştir. Yargıtay incelemesi sorası yargıtay...hukuk dairesi ... esas ve ... karar sayılı kararı ile BK 325 . Maddesi gereğince yeni bilirkişi hesaplaması ile karar verilmesi gerektiği görüşü ile bozulmuştur. Yargıtay bozma ilamına uyulmuştur. Bilirkişiler prof.dr ..., ..., yeminli mali müşavir ... tüm taraf iddialarını, tüm delilleri ilgili kayıtları inceleyerek rapor vermiştir.13.6.2014 tarihli raporu ibraz etmiştir.taraf itirazları ile ek rapor alınmıştır. 29.9.2014 tarihli ekrapor verilmiştir. 25.3.2015 tarihli ek rapor alınmıştır. bilirkişiler dava konusu olaya ilişkin tüm **ihale** dosyası fotoğraflar, kayıtlar, ticari defter ve dayanak kayıtları, dosya içindeki deliller ve tüm iddiaları değerlendirmişlerdir. Bilirkişi raporları detaylı ve gerekçelidir. raporlar denetime açık detaylı olayla bir biri ile uyumlu oluşu dikkate alınarak yeniden bilirkişi raporu alınmamıştır. Ehil ve tarafsız Bilirkişi tarafların tüm iddialarını, **ihale** kayıtları , belediye yazışmaları , tarafların ticari defter ve dayanak belgeleri tüm kayıtları inceleyerek ticari alacağa ilişkin tüm itirazları değerlendirecek rapor ibraz etmiştir.Bilirkişi raporu tüm taraf iddiaları ticari defter ve kayıtların incelemesi ile oluşturulmuştur.

Bilirkişi kurulunun 7.11.2011 tarihli raporuna göre fesih

nedeni ile yapılamayan iş tutarı 1.654.537,72 tl üzerinden yaklaşık %10 yaklaşık kar kaybı oluşacağı varsayımına dayalı olarak hesaplanan 165.453,77 tl kar kaybına hükmedilmiştir. Bilirkişi ek raporu ile 2007 yılında yapılan işe ilişkin gider e yapılan kazanç dikkate alınarak yapılması gereken işle orantı uygulanmak suretiyle bakiye kalan işe giderin 329.211,49 tl tespit edilmiştir. Yapılacağı kar oranı 132.532,62 tl olduğu tespit edilmiştir. Bilirkişi 29.9.2014 tarihli raporunda değişiklik yapılmasına gerek olmadığı bildirilmiştir. Bilirkişi raporunda 25.3.2015 tarihli raporunda kar kaybından ötürü 132. 532,62 tl teminat mektubu 138.000,00tlteminat mektubu komisyon bedeli 15.927,18 tl teminat mektubu faizi 5.262,90 tl o lduğu bildirilmiştir. Tüm dosya içeriği ve bilirkişi raporları ile davacı ... inşaat işi alındığı, iş alanında deplase edilmemiş ağaçların olduğu tespit edilmiştir. Yüklenicinin 11.10.2006 ,13.10.2006,7.11.2006 tarihli yazıları ile inşaat alanına gelen ağaçların kaldırılması talep edildiği, idarenin 27.11.2007 tarihli yazısı ile projelerin bir kısmında revizyon yapılacağı bildirildiği , işveren davalı idarenin 21.6.2007 tarih ve 17544 sayılı ihtarname ile sözleşmenin 25 ve 26 yapı işleri genel şartnamesi 48, 4735 sayılı kamu **ihale** sözleşmesi 20. Maddesi gereince sözleşmenin fesh edildiği bildirildiği tespit edilmiştir. Oysa yer teslimi ile **ihale** konusu işlerin gerçekleştirilmesi gereken alanda engel bulunmaması gerektiği , gerçek anlamda teslimin sağlanmadığı Bayındırlık işleri genel şartnamesi 48/b maddesi gereği yüklenicinin akdi işveren aleyhine fesih şartlarının oluştuğu tespit edilmiştir. Davacı tarafından fesih hakkı doğmuş iken davalının fesih kararı almasının haksız olduğu tespit edilmiştir. Bu nedenle fesh edilen sözleşme nedeni ile davacının kar kaybı ve teminat mektubunun idare tarafından hazineye irad kaydı ile ortaya çıkacak kayıp değeri tespit edilmiştir. Yargıtay bozma kararı sonrası bilirkişi vasıtası ile B.K. 325 maddesi gereğince yüklenicinin iş yapmamasından dolayı tasarruf ettiği miktar kar kaybından düşülmek sureti ile 132. 532,62 tl kar kaybına dair maddi tazminat oranı, hazine adına irad kaydedilen

teminat mektubu 138.000,00 tl ,teminat mektubu komisyon bedeli 15.927,18 tl teminat mektubu faizi 5.262,90 tl o lduğu tespit edilmiştir.

Davalı idarenin tarihli ihtarnamesi ile inşaat için 250 günlük iş süresinde yapılan iş oranını % 35-40 seviyesinde olduğu bildirilmiştir. Davacı ise 30.7.2007 tarihli yazısı ile inşaaata tamamen başlama imkanı bulunmadığı, zaman kaybı bulunduğu bildirilmiştir. Dosyada mevcut belediye yazıları ile inşaat alanında ağaçların bulunduğu tam olarak , inşaaata elverişli teslim olmadığı anlaşılmıştır. İdarenin 27.11.2007 tarihli yazısı ile projelerin bir kısmında revizyon yapılacağı bildirildiği anlaşılmaktadır. Bu şekilde idare kayıtları ile inşaat alanının Bayındırlık işleri genel şartnamesi 48/b maddesi aykırı olarak inşaatın , iş mahallinin gerçek anlamda teslim edilmediği tespit edilmiştir. Bu nedenle idarenin sözleşmeyi fesih de haksız olduğu kanaatine varılmıştır. Davacının işi yapmamasından doğan kar kaybı oranı BK 325. Maddesi de gözetilerek bilirkişi heyetince tespit edilmiştir. Ayrıca teminat altına alınan haksız el konulan teminat mektubuna ilişkin zarar tespit edilmiştir. Bu değerler yönünden davanın kabulüne karar vermek gerekmiştir.” dair karar verilmiştir.

Kararının tekrar temyizi üzerine; Yargıtay ... Hukuk Dairesi Esas No: ..., Karar No: ...sayılı bozma ilamı ile “Dava konusunun devri 6100 sayılı HMK'nın 125. maddesinde düzenlenmiştir. Davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder (HMK 125/2). Dava konusu yapılmış olan mal veya hakkın başkasına devredilmesi ile, o mal veya hakka bağlı olan dava hakkı da birlikte devredilmiş sayılır. Dava hakkı asıl haktan ayrı bir hak değildir ve bu nedenle yalnız başına başkasına devredilemez. Taraflardan birinin, dava sırasında dava konusunu başkasına devretmesi halinde, artık o davanın konusu olan mal veya hak üzerinde bir tasarruf yetkisi kalmaz. Başka bir ifadeyle, dava konusunu devreden tarafın, artık o davada taraf sıfatı kalmaz (HGK 18.06.2008 tarih 2008/5-427

Esas 2008/440 Karar).

Dava konusunu devrettiği için taraf sıfatı kalmayan kimse huzuruyla yargılama sürdürülüp karar verilemez. Dava konusu, davacı tarafından devredilmiş ise devralan davacı yerine geçeceğinden kendisine tebliğ yapılarak sonrası yargılama aşamalarının tamamlanması ve hükmün de dava konusunu devralarak davacı yerine geçen kişi hakkında kurulması gerekir. Dava konusunun devredildiği aşamaya göre dava konusunu devralana, tarafların duruşmaya ve sözlü yargılamaya çağırılmasına ilişkin HMK'nın 147/1, 186/1. maddelerinde düzenlenen tebliğler yapılmadan karar verilmesi de mümkün değildir.

Bu somut kurallar yanında usul hukukumuzda egemen olan temel ilkeler de bu tebliği zorunlu kılmakta olup; "mahkeme iki tarafa eşit şekilde hukukî dinlenme hakkı tanıyarak hükmünü vermelidir. Taraflara hukukî dinlenme hakkı verilmesi anayasal bir haktır. Anayasamızın 36. maddesine göre teminat altına alınan iddia ve savunma hakkı ile adil yargılanma hakkı, hukukî dinlenme hakkını da içermektedir. Yine İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde de hukukî dinlenme hakkı, adil yargılanma hakkı içinde teminat altına alınmıştır. Bu hakka, tarafın hâkime meramını anlatma hakkı ya da iddia ve savunma hakkı da denilmektedir. Ancak, hukukî dinlenme hakkı, bu ifadeleri de kapsayan daha geniş bir anlama sahiptir." (HGK. 23.11.2011 Tarih, 2011/11-554 Esas, 2011/684 Karar) HMK'nın 27. maddesinde hukuki dinlenme hakkı ayrıca düzenlenmiş olup; davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenme hakkına sahiptirler (HMK 27/1). Bu hak; yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir (HMK 27/2).

Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kurallarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde; 17.09.2012 tarihli temlikname ile ...'a temlik edilmiş olup yargılama sırasında yapılan bu temlik maddi hukuk bakımından alacağın temliki sözleşmesi ise

de usul hukukuna yansıyan sonucu dava konusunun devridir. Bu durumda temlik alan, alacağı devreden davacı yerine geçmiş olduğundan kendisine dava konusunu devralan davacı olarak tebliğ yapılarak taraf teşkilinin tamamlanması gerekirken kendisine tebliğ yapılmaksızın devreden huzuruyla yargılama yapılarak hüküm verilmesi doğru olmamış ve katılma yoluyla temyiz talebinde bulunan temlik edenin temyiz itirazları incelenmeksizin hükmün bozulması gerekmiştir. " gerekçesiyle kararımız bozulmuştur.

Mahkememizce bozma ilamına uyularak davacı temlik alana tebligat yapılmış, son duruşmada temlik alan vekilinin beyanı alınmış ve mahkememizce bu usuli eksiklik giderilmekle önceki kararımız ile aynı kanaatte olmak üzere; davalı idarenin tarihli ihtarnamesi ile inşaat için 250 günlük iş süresinde yapılan iş oranını % 35-40 seviyesinde olduğu bildirilmiştir. Davacı ise 30.7.2007 tarihli yazısı ile inşaatla tamamen başlama imkanı bulunmadığı, zaman kaybı bulunduğu bildirilmiştir. Dosyada mevcut belediye yazıları ile inşaat alanında ağaçların bulunduğu tam olarak , inşaatla elverişli teslim olmadığı anlaşılmıştır. İdarenin 27.11.2007 tarihli yazısı ile projelerin bir kısmında revizyon yapılacağı bildirildiği anlaşılmaktadır. Bu şekilde idare kayıtları ile inşaat alanının Bayındırlık işleri genel şartnamesi 48/b maddesi aykırı olarak inşaatın , iş mahallinin gerçek anlamda teslim edilmediği tespit edilmiştir. Bu nedenle idarenin sözleşmeyi fesih de haksız olduğu kanaatine varılmıştır. Davacının işi yapmamasından doğan kar kaybı oranı BK 325. Maddesi de gözetilerek bilirkişi heyetince tespit edilmiştir. Ayrıca teminat altına alınan haksız el konulan teminat mektubuna ilişkin zarar tespit edilmiştir. Bu değerler yönünden davanın kısmen kabulüne karar vermek gerekmiştir.

H Ü K Ü M / Yukarıda açıklanan nedenlerle;

- 1-Davanın KISMEN KABUL KISMEN REDDİ ile,
- 2-Davacının kar kaybı ile ilgili 132.532.62 TL maddi tazminatın 10.000-TL lik kısmına 23/08/2007 tarihinden itibaren kalan kısmına ise 01/02/2012 tarihinden itibaren değişen oranlarda avans faiz yürütülmek sureti ile KABULÜNE,

3-Fazlaya ilişkin talebin reddine,

4-Teminat mektubunun 138.000-TL bedeli ile 15.927.18-TL komisyon bedeli ve 5.262.90-TL işlemiş faiz toplamı 159.190.08-TL bedelin 5.000-TL kısmına dava tarihinden itibaren kalan kısma ıslah tarihi 01/02/2012 tarihinden itibaren değişen oranlarda avans faizi yürütölmek sureti ile davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

4-Karar tarihinde yürürlükte bulunan harçlar tarifesi uyarınca alınması gereken 9.736,40-TL nispi karar harçtan peşin alınan 202,50-TL ıslah harcı 4.598,25-TL toplamı 4.800,75-TL nin mahsubu ile eksik kalan 4.935,65 TL'nin davalıdan alınarak HAZİNE ADINA TAHSİLİNE,

5-İslahla birlikte peşin alınan 4.800,75-TL nispi harcın davalıdan alınarak davacıya VERİLMESİNE,

6-Karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT'ye göre kabul ve ret oranları nazara alınarak hesaplanan 13.751,96-TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, 16.099,45-TL 'nin de davacıdan alınarak davalıya VERİLMESİNE,

7-Davacı vekili tarafından yapılan 15,9-TL dava açılış gideri, 6.200,00-TL bilirkişi ücreti 177- TL tebligat gideri olmak üzere toplam 6.392,90-TL'nin davanın kabul ve ret oranı nazara alınarak hesaplanan 2.818,00-TL'lik kısmın davalıdan alınarak davacıya VERİLMESİNE, kalan kısmın davacı üzerinde bırakılmasına, 101,00-TL nin davacıdan alınarak davalıya VERİLMESİNE,

8-Taraflarca yatırılan gider avansından varsa kullanılmayan bakiye kısmın karar kesinleştiğinde ve istem halinde taraflara iadesine,

Dair; davacı temlik alan ve davalı vekili yüzüne karşı kararın tebliğ tarihinden itibaren 15 günlük yasal süre içerisinde, mahkememize ya da mahkememize gönderilmek üzere her hangi bir Asliye Ticaret Mahkemesine verilecek bir dilekçe ile Yargıtay nezdinde TEMYİZ kanun yolu açık olmak üzere verilen karar, açıkça okunup usulen anlatıldı.

Katip ...

,e-imzalıdır

Hakim ...

.e-imzalıdır