

MAHKEME KARARI ÇEVİRİSİ / Translated Court Decision

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ 1. HUKUK DAİRESİ'NİN NAMA İFANIN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN 31 MART 2016 TARİHLİ KARARI*

*Çeviren: Kerem ÖZ***

A.a. Davalı (B) A.Ş, 2010 ve 2011 yıllarında davacı (A)'nın komşu taşınmazı üzerinde (asıl) yüklenici sıfatıyla bir inşaat projesi yürütmüştür. Davacı, inşaat işlerinin taşınmazında çatlaklara yol açtığını öne sürmüştür; Federal Mahkeme önünde de, inşaat işinin büyük oranda tamamlanmasının ardından tarafların taşınmazları iki kez keşfe gidip muayene ettiğini ve sonrasında da yapılması gereken tamirat işlerinin listelendiği bir tutanak tutup dosya oluşturduğunu beyan etmiştir. Hem tutanak, hem de dosya davalı adına imzalanmıştır. Bunun üzerinde davalı, davacıya inşaat sebebiyle ortaya çıkan çatlakların düzeltileceğini beyan etmiş, ancak daha sonra talep edilmesine rağmen vaat edilen tamirat işleri yapılmamıştır.

A.b. Davacı, 16 Ekim 2012 tarihli dilekçeyle Bern-Mittelland Bölgesel Mahkemesi'nde İsviçre Hukuk Muhakemesi Kanunu (İHMK) m. 158 uyarınca delil tespiti talebinde bulunmuştur. Bunun üzerine, davacının V.'deki U. Yolu'ndaki taşınmazının uğradığı zararın kapsamı ve tamirat masraflarına ilişkin rapor çıkarılmıştır.¹

A.c. Davacı, daha sonra, Bern Jura-Seeland Uzlaştırma Makamı'nda davalıya karşı uzlaştırma süreci başlatmış ve taşınmazı üzerindeki zararların giderilmesine yönelik nama ifa için izin talep etmiştir.

** Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (kerem.oz@antalya.edu.tr)

Çevirinin geliş tarihi: 13.07.2016. Çevirinin kabul tarihi: 03.04.2017.

¹ Bern Mittelland Bölge Çevirinin'nin 23 Ocak 2013 tarih ve CIV 12 7018 sayılı kararı.

B. Davacı, 5 Kasım 2013 tarihinde Bern Jura-Seeland Bölge Mahkemesi'nde dava açmış;

“1. Kendisine, Bern Mittelland Bölge Mahkemesi'nde görülen CIV 12 7018 NYC sayılı dava çerçevesinde tespiti yapılan, V.'deki U. Yolu'ndaki taşınmazında davalının neden olduğu zararları masrafları davalıya ait olmak üzere tamir ettirme yetkisi verilmesini,

2. Davalının CIV 12 7019 NYC sayılı dosyaya tahakkuk eden yargılama masraflarını (8.139,10 Fr. ve 15.000 Fr. tutarında tazminat ve 04.07.2013 tarihinden itibaren toplam 23.139,10 Fr.'ya yürütülen %5 faiz) kendisine ödemeye mahkûm edilmesini” talep etmiştir.

2 numaraları talep yeni bir talepken, 1 numaralı talep uzlaştırma sürecinde ileri sürülen taleple örtüşmektedir.

Tek hâkimden müteşekkil Bern Jura-Seeland Bölge Mahkemesi, 19 Şubat 2015 tarihli kararıyla davayı reddetmiş; davacının istinaf başvurusu üzerine dosyanın tevdi edildiği Bern Eyalet Yüksek Mahkemesi de 26 Ağustos 2015 tarihinde aynı yönde karar vermiştir.

C. Davacı, İsviçre Federal Mahkemesi nezdinde temyiz kanun yoluna başvurarak Bern Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin kararının bozulmasını, bunun için yeniden karara bağlanması amacıyla dosyanın önce Bern Eyalet Yüksek Mahkemesi'ne, nihayet Bern Jura-Seeland Bölge Mahkemesi'ne iadesini talep etmiştir.

Davalı ise, masrafları davacıya ait olmak üzere temyiz başvurusunun reddini talep etmiştir. Alt derece mahkemesi, dosyaya resmi mütalaa eklememiştir. Her ne kadar talep edilmese de davacı bir replik ibraz etmiş; davalı da, aynı şekilde, zorunda olmadığı halde buna karşı beyanda bulunmuştur.

Gerekçeler

1. Temyiz başvurusunun, dava değerinin 30.000 Fr.'ı aşması ve alt derece mahkemesinin 30.000 Fr. – 100.000 Fr. arasında dava değeri olan bir kararını konu almasından ibaret esasa ilişkin şartları karşılanmıştır. Hukuki gerekçe sunulması da göz önünde bulunularak temyiz talebi incelenmeye başlanmıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi Kanunu (İFMK) m. 42'de öngörüldüğü üzere, temyiz başvurusunda maddi bir talep yer almamaktadır. Yalnızca salt bir ret talebi de yeterlidir. Zira İsviçre Federal Mahkemesi davacının konuyu ele alış biçiminin hukuki dayanağa sahip olduğunu tespit ederse, esasa ilişkin

karar veremez. Aksine, maddi değerlendirmelere ilişkin tartışmalı noktaların karara bağlanması için dosyayı alt derece veya ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi gerekir.²

2. Bizzat davacının açıklamaları uyarınca, 2 numaralı talebin alt derece mahkemesinde yürütülen yargılamaya konu edilmediği görülmektedir. Alt derece mahkemesi, bu sebeple bu konuyu ele almamıştır.

3. Kanton mahkemeleri, 1 numaralı talebi incelememiştir. Çünkü bu mahkemeler, davacının ileri sürdüğü bu talebin basit yargılama usulünde ele alınması ve fakat adli yargıda görülmemesi gerektiği kanaatinde. Davacı bunun aksini iddia etmiştir ve temyiz yargılamasının konusu budur.

Alt derece mahkemesine göre, davacının talebini İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m. 98 uyarınca nama ifaya dayandırması ve bunun İHMK m. 250 a/4'teki açık hüküm gereği mutlaka basit yargılama usulüne göre karara bağlanması gerektiğinden dolayı dava basit yargılama usulünde görülmelidir. Ancak mahkemeye göre, davalıya karşı sunulan (iddia edilen) zararın giderilmesine ilişkin eda davası dilekçesiyle aynı anda, İHMK m. 343/1, e uyarınca nama ifa olarak kabul edilen, yapma ediminin ifasından kaçınılması halinde cebri icra kararı verilmesi talebinde bulunmak davacının iradesine bırakılır. Dava değerinin asgari 30.000 Fr. olması halinde, bu talebin adli yargıda karara bağlanması gerekir. Ancak davacı, aynı zamanda (asli) ifa talebinde bulunmadan yalnızca nama ifaya izin verilmesini talep ederek bu yolu tercih etmemiştir. *Masrafları borçluya ait olmak üzere* nama ifa yetkisi verilmesine ilişkin talep, yalnız başına ifa talebi değildir. Nama ifa masrafları önceden değil, ifanın ardından öğrenilir. İzin talebi ve (başkası namına yapılan) masrafların ödenmesine ilişkin talebin bir arada olması, bu yüzden dikkate alınmaz. Davacının bunu talep edip etmediği veya nama ifa masrafı adı altında hangi tutarın ödenmesini istediği dava dilekçesinden de anlaşılmamaktadır.

4. Davacı, keşif ve muayene sonrasındaki vaatlere dayanarak ifa talebinde bulunmakta ve hukuki dayanak olarak İBK m. 98'i göstermektedir. Kanton mahkemeleri, davacının davalıya karşı bu tür talepler ileri sürüp süremeyeceğini karara bağlamamıştır. Çünkü bu mahkemelerin gözünde, zaten dava şartlarında eksiklik mevcuttur.

4.1. İBK m. 98'deki nama ifanın teorik niteliği öğretide tartışmalıdır. Başka bir ifadeyle, İBK m. 98'in usul hukukuna ait bir cebri icra kuralı mı,

² BGE 136 V 131 1.2, s. 135; 134 III 379 E. 1.3, s. 383; 133 III 489 E. 3.1.

yoksa maddi hukuka ait bir ifa kuralı mı olduğu noktasında fikir birliği mevcut değildir. İlk görüş uyarınca (*cebri icra teorisi*), İBK m. 98 yalnızca icra mahkemesi hâkimine hitap etmekte ve bir yapma ediminin alacaklısının kanun gereği nama ifa yoluyla yapma ediminin yerine getirilmesini talep ettiği anlamına gelmektedir. Buna göre nama ifaya izin verilmesi için, ifa konusunda borçlu hakkında kesin hüküm verilmiş olması gerekir.³ İkinci görüş uyarınca (*ifa teorisi*) nama ifa, ifa talebinin içinde yer alır. Zira nama ifa izni de borçlanılan ifa fiilinin yerine getirilmesi için verilir.⁴

Usul hukuku açısından, *ifa teorisinden* İBK m. 98/1'in eda hükmünü şart koşmadığı, daha ziyade edimin borçlu tarafından yerine getirilmesinden hukuka uygun biçimde vazgeçmiş olması şartıyla hizmet edimi alacaklısına, eda hükmü olmadan da nama ifaya izin verilebileceği anlaşılmaktadır. Bundan dolayı, İBK m. 98/1 yolunu seçen alacaklı, ifa teorisi uyarınca öncelikli olarak borçlu aleyhine eda hükmü almaya çalışmak zorunda değildir. Aksine, doğrudan kendisine izin verilmesini talep etmesi gerekir. Bu talep incelenirken, ön mesele çerçevesinde borçlunun yükümlülükleri tespit edilir.⁵

Cebri icra teorisine göre, İBK m. 98/1'den yalnızca nama ifa talebinin mevcut olduğu sonucuna varılır. Bu teorinin taraftarları, özel bir cebri icra talebinin gerekli olup olmadığını veya nama ifa talebinin eda davasıyla bağlı olup olamayacağını, İHMK yürürlüğe girmeden önce kantonal muhakeme kanunları düzenlediğini ileri sürmektedir.⁶

4.2. İHMK'nın yürürlüğe girmesinin ardından, yalnızca, İBK m. 98/1'in icra hukukuna ilişkin uygulamasının İHMK'yla, yani federal kanunla

³ Rolf H. Weber, **Berner Kommentar**, 2000, N. 46 zu Art. 98 OR; Peter Gauch, **Die Ersatzvornahme nach OR 98 I und viele Fragen zur Nichterfüllung - Ein Entscheid des Luzerner Obergerichts**, in: recht 1987, s. 24 vd., 28; Andreas von Tuhr/Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II**, 3. Aufl. 1974, s. 90 vd.; Franz Kellerhals/Martin Sterchi/Andreas Güngerich, **Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern**, 5. Aufl. 2000, N. 3.a zu Art. 404 ZPO/BE; Gauch/Schlupe und andere, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II**, 10. Aufl. 2014, s. 86, knr. 2515; Claire Huguenin, **Obligationenrecht**, 2012, s. 229, knr. 812.

⁴ Walter Fellmann, **Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR - "Vollstreckungstheorie" oder "Erfüllungstheorie"**, in: recht 1993, s. 109 vd.; Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl. 2009, s. 682, § 44, knr. 18.

⁵ Fellmann, s. 116; Koller, s. 682, § 44, knr. 18.

⁶ Weber, N. 85 zu Art. 98 OR. Gauch, s. 28; Kellerhals/Sterchi/Güngerich, N. 3.a zu Art. 404 ZPO/BE.

yapıldığına atıf yapılmaktadır. Böylece, *ifa teorisi* ve *cebri icra teorisi* arasındaki ayrılık *pratik önemini*⁷, yani *önemini*⁸ kaybetmiştir.⁹

İHKM m. 236/3 ve 337/1'e göre, hükmü veren mahkeme *doğrudan cebri icra* çerçevesinde icra tedbirlerine karar verebilir. Başka bir ifadeyle bu mahkeme, alacaklıyı veya üçüncü kişiyi doğrudan nama ifayla (İHKM m. 343/1, e) yetkilendirebilir. Ancak, İHKM m. 221/1b ve 236/3'ün lafzı uyarınca, duruşmada veya icra hâkiminden bunun talep edilmesi gerekir. Diğer yandan, alacaklı *dolaylı icra* yolunu da seçebilir ve icra mahkemesinde verilen eda hükmüne dayanarak kendisine nama ifa izni verilmesini talep edebilir (İHKM m. 338/1 ve 343/1e). İcra mahkemesi, basit yargılama usulünde karar verir (İHKM m. 339/2).

4.3. Somut olayda tartışmalı nokta haline getirilmesinden anlaşılacağı üzere, İHKM'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte iki teori arasındaki ayrımın önemini kaybettiği düşüncesi isabetli değildir. İBK m. 98/1 yalnızca icra kuralından ibaretse, *doğrudan icraya* ilişkin genel kurallar karşısında hükmün pratik önemi¹⁰ neredeyse yoktur ve bu nedenle de davacının, (1) davalının taşınmazındaki zararların giderilmesiyle yükümlü tutulmasını; (2) davalının bundan kaçınması halinde kendisine nama ifa yetkisi verilmesini talep etmesi gerekirdi. Buna karşın, İBK m. 98/1 yalnızca icra kuralından ibaret değilse, başka bir ifadeyle ifa talebi içeriyorsa, bu düzenleme anlam ve önemini kaybetmez. Böyle olunca da davacı, somut olayda yaptığı gibi, doğrudan nama ifaya izin için dava açabilir.¹¹ Eğer davacı, nama ifa talebinin *doğası gereği ifa talebinden ayrılmaz nitelikte olduğunu* ileri sürerse, kelimesi kelimesine ifade etmemiş olsa da *ifa teorisine* dayandığı sonucuna varılır.

4.4. Öğretide, İFM'nin bir kararında¹² *cebri icra teorisini desteklediği* kabul edilmektedir.¹³ Buna karşın öğretide, İFM'nin aynı kararında, tam aksi yönde, *ifa teorisini desteklediği* görüşü de öne sürülmektedir.¹⁴ Bu arada, her

⁷ Bu yönde bkz., Franz Kellerhals, in: **Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II**, 2012, N. 67 und N. 74 zu Art. 343 ZPO.

⁸ Bu yönde bkz., Wolfgang Wiegand, in: **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, 6. Aufl. 2015, N. 3 zu Art. 98 OR.

⁹ Karş., Luc Thévénoz, in: **Commentaire romand, Code des obligations I**, 2. Aufl. 2012, N. 3 zu Art. 98 OR: *semble désormais tranchée* [..].

¹⁰ Karş., Daniel Staehelin, in: **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung**, Thomas Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 30 zu Art. 343 ZPO.

¹¹ Karş., Thévénoz, N. 3 ve N. 12 zu Art. 98 OR.

¹² BGE 130 III 302.

¹³ Gauch/Schluep und Andere, s. 86, knr. 2515.

¹⁴ Koller, s. 683, § 44, knr. 20.

iki görüşün taraftarlarının çıkarımlarının isabetli olduğu kabul edilebilmekle birlikte, İFM söz konusu kararında konuya ilişkin görüşünü açık bir şekilde ortaya koymamıştır.¹⁵ Yani, sorun şimdiye kadar çözüme kavuşturulmamıştır.

4.4.1. Esasında, İHMK'nın kaleme alınması sırasında kanun koyucu sorunu çözme imkânına sahipti. Bu, İHMK'yla birlikte maddi hukuku artık usul hukuku kurallarından (mümkün olduğundan da fazla) arındırma, yani usul hukukuna ilişkin bütüncül bir kanun yapma iradesine uygun düşerdi. İHMK m. 343/1, e'yle usul hukuku açısından yapma borcunu konu alan bir kararın nama ifa yoluyla icra edilebilmesine ilişkin federal bir düzenleme yapılmış olmasına rağmen İBK m. 98/1, cebri icrayla ilgili olan İBK m. 97/2 gibi değiştirilmemiştir. İBK m. 97/2'de yer alan *cebri icranın nasıl uygulanacağı, İcra ve İflas Kanunu ile federal ve kantonal cebri icra hükümlerine tabidir* ifadesi *cebri icra için 11 Nisan 1889 tarihli İcra ve İflas Kanunu ve 19 Aralık 2008 tarihli İsviçre Hukuk Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır* ifadesiyle değiştirilmiştir. İBK m. 98'in değişikliğe uğramaması, esasında hükmün saf bir cebri icra hükmü olmadığı düşüncesini desteklemektedir. Kanun tasarısının görüşüldüğü oturumda, bu konuda başka bir tartışma ve kanun koyucunun bu sorunun farkında olduğuna dair herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Öte yandan, İHMK m. 250, a/4, İBK m. 98 uyarınca nama ifaya izin verilmesi talebinin basit yargılama usulünde karara bağlanacağını düzenlemektedir. Davacının haklı olarak öne sürdüğü gibi, sınırlı ispat vasıtaları öngörülen (İHMK m. 254) basit yargılama usulü, ön mesele olarak maddi hukuka ait yükümlülükleri açıklığa kavuşturma konusu için uygun bir çözüm aracı değildir. Eğer burada İBK m. 98'e dayanılırsa, edim yükümlülüklerinin değerlendirilmesinin ardından bununla¹⁶ yalnızca cebri icra tedbiri olarak nama ifaya izin talep edildiği sonucuna ulaşılabilir.

4.4.2. *İfa teorisinin* taraftarı olan *Koller*, genel kabul gördüğü üzere İBK m. 98/1 karşısında özel hüküm olarak değerlendirilen İBK m. 366/2'nin iş sahibinin yüklenicinin ediminden vazgeçmesini ve böyle edim yükünü ortadan kaldırmış olmasını gerektirdiğini; İBK m. 366/2 ve 98/1 arasındaki sistematik bağlantıya dayanarak, İBK m. 98/1'in de aynı şekilde ele alınması gerektiğini savunmaktadır.¹⁷

¹⁵ Aynı şekilde bkz., Heinz Rey, **Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, veröffentlicht im Jahre 2004: Sachenrecht**, in: ZBJV 143/2007, s. 1 vd.

¹⁶ Karşı görüş için bkz., Thévenoz, N. 3 ve N. 12 zu Art. 98 OR.

¹⁷ Koller, s. 683 § 44, knr. 20; Koller, **Berner Kommentar**, 1998, N. 89 zu Art. 366 OR.

İFM'nin İBK m. 366/2 kapsamında, iş sahibinin yapma (tamirat) ediminden vazgeçtiğini ve borçlunun asli yükümlülüğünün nama ifa masraflarının ödenmesine dönüştüğünü kabul ettiği içtihadı isabetlidir. Yani, asli ifa talebi başka bir ifa talebiyle ikame edilmektedir.¹⁸ İBK m. 366/2 ve İBK m. 98/1, yapma edimlerinde nama ifayla ilgili oldukları ölçüde (*se rattache*) benzeşmektedir. Ancak İBK m. 98'den farklı olarak İBK m. 366, nama ifaya başlanması için mahkemeden izin alınmasını gerektirmez.¹⁹ Alacaklının nama ifa için yetkilendirilme hakkını borçluya yöneltilecek bir talebe (ihtar), bilhassa İBK m. 107/1 anlamında süre verilmesine bağlayamayan İBK m. 98/1'den farklı olarak İBK m. 366, açıkça, aksi halde nama ifaya başlanacağı *tehdidiyle* birlikte uygun bir süre verilmesini gerektirir. Fakat İBK m. 98/1'in bu tür şartların bir araya gelmesi gerektiğini belirtmemesi, *cebri icra teorisi* taraftarlarınca savunulduğu üzere, bu hükümle nama ifaya yönelik doğrudan bir ifa talebi sağlanması istenmediği sonucuna götürmektedir.²⁰ Bu gerekçe tatmin edici görünmektedir. *İfa teorisi* taraftarı olan *Fellmann* da, eğer ifa zamanı sözleşmeyle belirlenmediyse veya işin niteliğinden anlaşılıyorsa alacaklının ifayı talep etmesi gerektiğini, borçlunun bu sayede edim yükünden haberdar olacağından yola çıkmaktadır.²¹ Ancak, eğer kanun koyucu İBK m. 98/1'de tıpkı İBK m. 366/2'deki gibi aynen ifa talebinin nama ifa talebine dönüşeceğini kabul ediyorsa, bu tür bir şartı niçin kanuna almadığı sorusunu *Fellmann* da cevaplayamamıştır.

4.5. İBK m. 98/1, davacının doğrudan – davalının edim yükünün ön mesele olarak incelenerek – nama ifa davası açması yönünde ileri süreceği bir talebe hukuki dayanak teşkil edemez. Sonuç olarak, alt derece mahkemesi isabetli biçimde, davacının davalının kendisi tarafından sebep olunan zararları gidermekle yükümlü tutulması ve bundan kaçınması halinde nama ifaya izin verilmesini talep etmek zorunda olduğu kanaatindedir. Davacı tarafından öne sürülen talep, bu şekilde yorumlanamaz. Bundan dolayı davacı mahkemeye sunduğu replikte, davalıya karşı bilinçli olarak ayrı bir ifa talebinde bulunmadığını, çünkü dava öncesindeki davranışlarından davalının tamir işlerini yapma ihtimalinin olmadığını belirtmiştir.

¹⁸ BGE 126 III 230 E. 7a/aa, s. 233; BGE 141 III 257 E. 3.3, s. 259; 4A_518/2011 vom 21. Dezember 2011 E. 3; 4A_556/2011 vom 20. Januar 2012 E. 2.4.

¹⁹ BGE 126 III 230 E. 7a, s. 232.

²⁰ von Tuhr/Escher, s. 90 vd.; Weber, N. 47 zu Art. 98 OR; Gauch, s. 28.

²¹ Fellmann, s. 116 vd.

5. Davacının ya ilk olarak adli yargıda ifayı talep etmiş ve kararın ardından İHMK m. 250, a/4'e göre İBK m. 98'e dayanarak ayrıca nama ifa talebinde bulunmuş olması gerekirdi. Ya da ifa talebiyle aynı anda, İHMK m. 236/3'e dayanarak nama ifa yoluyla doğrudan cebri icra (İHMK m. 343/1, e) talebinde bulunabilirdi. Davacı, bilinçli olarak, İHMK'de öngörülen yollardan hiçbirini seçmemiştir. Bundan dolayı, alt derece mahkemesi haklı olarak 1 numaralı talebi ele almamıştır. Temyiz başvurusu reddedilmelidir. Yargılama masrafları ve vekâlet ücreti davacıya bırakılmalıdır (İFMK m. 66/1 ve 68/2).

Buna göre İsviçre Federal Mahkemesi,

1. Temyiz talebinin reddine,

2. 3.000 Fr. tutarındaki yargılama masraflarının davacıya yüklenmesine,

3. Davacının, kanun yolu yargılaması sebebiyle davalıya 3.500 Fr. tazminat ödemesine,

4. Hükmün taraflar ile Bern Eyalet Yüksek Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi'ne yazılı olarak bildirilmesine hükmetmiştir.