#### T.C.

#### YARGITAY

#### 23. HUKUK DAİRESİ

#### E. 2016/6308

#### K. 2017/967

#### T. 28.3.2017

#### • YAPMA BORCU ( Bu İbarenin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sadece Eksik İnşaatın Yapılması Şeklinde Değil Sözleşme Gereğince Yüklenici Tarafından İnşaatla İlgili Yapılması Gereken Tüm İşlemlerin Yapılması Şeklinde Anlaşılması Gerektiği )

#### • NAMA İFA ( Aynen İfa Kapsamında Değerlendirileceği - Arsa Sahibinin Nama İfa Talep Etmesinin Aynı Zamanda Sözleşmenin Aynen İfasını Ve Tasfiyesini de Talep Etmiş Kabul edileceği )

#### • TASFİYEYE YÖNELİK TALEPLER ( Davacıların Sözleşme Kapsamında Kalan Eksik İşlerin Tamamlanması Yapı Ruhsatı Alınması İçin Yapılacak Giderlerin Ödenmesi Yüklenicinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dolayı Sosyal Güvenlik Kurumuna Olan Borçlarının Ödenmesi Ve Yapı Denetim Şirketine Bedel Ödenmesine Yönelik Taleplerin Tamamının Sözleşmenin Aynen İfası Kapsamında Kalan Tasfiyeye Yönelik Taleplerden Olduğu )

#### 6098/m.[113](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc6098.htm#113), [125](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc6098.htm#125)

**ÖZET :** Yüklenici tarafından yapılması gereken ancak yerine getirilmeyen tüm işlemlerin, masrafı yükleniciye ait olmak üzere arsa sahibi tarafından yapılmasına karar verilebilir. Somut olayda talebe rağmen, yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan Sosyal Güvenlik Kurumuna olan borcun ödenmesi ile yapı denetim şirketine hizmet bedeli ödenmesi için arsa sahibine nama ifa kapsamında yetki verilmemesi doğru olmamıştır.Nama ifa kapsamında yüklenicinin edimlerinin ifası için bilirkişi heyetince, toplam 111.800,31 TL avans öngörüldüğü halde, 140.000,00 TL kıymet taktir edilen yükleniciye ait 2 ve 3 numaralı bağımsız bölümlerin birlikte satılması halinde nama ifanın ancak gerçekleştireceği düşünülerek her iki bağımsız bölümün satışına karar verilmesi gerekirken sadece 2 numaralı bağımsız bölümün satışına karar verilmesi de isabetsizdir.Satışına izin verilen bağımsız bölüm satış bedelinin hüküm fıkrasında sayılan eksik işlerin tamamlanması ve hüküm anında tam olarak miktarı belli olmayan yapı denetim bedeli ve SGK borçları için avans olarak davacı tarafa verilmesi ve artan kısmın yüklenici hesabına aktarılmasına karar verilmesi gerekirken eda şeklinde hüküm kurulması doğru olmadığı gibi, nama ifaya dair infazın ne şekilde yapılacağının esas alınan rapora atıf yapılarak veya hüküm yerinde gösterilmemesi de doğru olmamıştır.

**DAVA :** Taraflar arasındaki nama ifaya izin davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı asıl ve birleşen davanın kısmen kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde asıl davada davacılar ile birleşen davada davacılar vekillerince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

**KARAR :** Asıl ve birleşen davada davacılar vekili, müvekkilleri ile davalı yüklenici arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığını, davalının ediminin yerine getirmeden işten el çektiğini, inşaatta eksik imalatlar bulunduğunu, iskân ruhsatının alınmadığını, ayrıca yapı denetim firmasına borcunun bulunduğunu ileri sürerek, eksik işlerin tamamlanması ve iskân ruhsatının alınması için müvekkillerine yetki ve izin verilmesi ile yapılacak masraflar için asıl davada şimdilik 10.000,00 TL, birleşen davada şimdilik 1,00 TL'nin yasal faiziyle davalılardan tahsili ile bu işlerin tamamlanması için davalıya bırakılan 2 ve 3 numaralı dairelerin satışlarına izin verilmesini talep ve dava etmiş, 19.09.2010 tarihinde de davasını ıslah etmiştir.

Asıl ve birleşen davada davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davalı yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak inşaatı tamamlayıp iskân ruhsatı alınmış şekilde arsa sahiplerine teslim etmediği, davacı arsa sahiplerinin nama ifaya izin taleplerinin yapı denetim ücreti ile sigorta prim borcu dışında eksik imalatlar ile iskân için gerekli harç ve masraflar yönünden yerinde olduğu, yapı denetim hizmet bedelinden kanunen davacı arsa sahiplerinin sorumlu olması ve davacıların bu bedelin firmaya ödendiği yönünde bir iddialarının bulunmaması ayrıca sigorta prim borcunun yüklenicinin borcu olsa dahi arsa sahiplerine yapı kullanma izin belgesi verilmesine engel teşkil etmemesi sebebiyle bu bedellerin nama ifa bedeline eklenmediği, yapılacak olan giderlerin 2 numaralı bağımsız bölümün satışı ile karşılanmasının mümkün olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı asıl ve birleşen davada davacılar vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, asıl ve birleşen davada davacılar vekilinin aşağıdaki bentler kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

1- )Taraflar arasındaki 27.07.2007 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre; yüklenici, arsa sahiplerine bırakılan bağımsız bölümleri iskanı alınmış şekilde teslim edeceği, arsa sahiplerinin yapı denetim firması ile yapacağı sözleşme sebebiyle yapacakları ödemeden yüklenicinin sorumlu olacağı kararlaştırılmıştır.

Nama ifa, TBK nın 125/1. Fıkrası kapsamında aynen ifa kapsamında değerlendirilir. Bir başka değişle nama ifa, arsa sahibinin ifa menfaatini sözleşmedeki şartlara uygun olarak sağladığından aynen ifa niteliğindedir. Bu sebeple arsa sahibi nama ifa talep ettiğinde aynı zamanda sözleşmenin aynen ifasını ve tasfiyesini de talep etmiş kabul edilir.

Davacıların, sözleşme kapsamında kalan eksik işlerin tamamlanması, yapı ruhsatı alınması için yapılacak giderlerin ödenmesi, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dolayı Sosyal Güvenlik Kurumuna olan borçlarının ödenmesi ve yapı denetim şirketine bedel ödenmesine yönelik taleplerin tamamı, sözleşmenin aynen ifası kapsamında kalan, tasfiyeye yönelik taleplerdir. TBK nın 113/1. fıkrasındaki "yapma borcu" ibaresi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sadece eksik inşaatın yapılması şeklinde değil; sözleşme gereğince yüklenici tarafından inşaatla ilgili yapılması gereken tüm işlemlerin yapılması şeklinde anlaşılması gerekir. Bu **yorum** tarzına göre, yüklenici tarafından yapılması gereken ancak yerine getirilmeyen tüm işlemlerin, masrafı yükleniciye ait olmak üzere arsa sahibi tarafından yapılmasına karar verilebilir. Somut olayda talebe rağmen, yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan Sosyal Güvenlik Kurumuna olan borcun ödenmesi ile yapı denetim şirketine hizmet bedeli ödenmesi için arsa sahibine nama ifa kapsamında yetki verilmemesi doğru olmamıştır.

2- )Nama ifa kapsamında yüklenicinin edimlerinin ifası için bilirkişi heyetince, toplam 111.800,31 TL avans öngörüldüğü halde, 140.000,00 TL kıymet taktir edilen yükleniciye ait 2 ve 3 numaralı bağımsız bölümlerin birlikte satılması halinde nama ifanın ancak gerçekleştireceği düşünülerek her iki bağımsız bölümün satışına karar verilmesi gerekirken sadece 2 numaralı bağımsız bölümün satışına karar verilmesi de isabetsizdir.

3- )Satışına izin verilen bağımsız bölüm satış bedelinin hüküm fıkrasında sayılan eksik işlerin tamamlanması ve hüküm anında tam olarak miktarı belli olmayan yapı denetim bedeli ve SGK borçları için avans olarak davacı tarafa verilmesi ve artan kısmın yüklenici hesabına aktarılmasına karar verilmesi gerekirken eda şeklinde hüküm kurulması doğru olmadığı gibi, nama ifaya dair infazın ne şekilde yapılacağının esas alınan rapora atıf yapılarak veya hüküm yerinde gösterilmemesi de doğru olmamıştır.

**SONUÇ :** Yukarıda açıklanan nedenlerle, asıl ve birleşen davada davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün asıl ve birleşen davada davacılar yararına BOZULMASINA, peşin alınan harcın istenmesi halinde temyiz edenlere iadesine, kararın tebliğinden itibarn 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 28.03.2017 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

MUHALEFET ŞERHİ :

Mahkeme nama ifaya izin davasında, yapı denetim ücreti ile sigorta prim alacağı hariç olmak üzere, davanın kısmen kabul, kısmen reddine, eksik imalat ve diğer harcamalar gideri olmak üzere toplam 22.303,27 TL için 2 numaralı bağımsız bölüm meskenin satışı ile yetki ve izin verilmesine nama ifa bedelinin satış tutarından ödenmesine, bakiyenin davalı adına açılacak vadeli hesaba yatırılmasına karar verilmiştir.

Davacı taraf reddolunan yapı denetim ücreti ile sigorta prim alacağı bedeli toplamının 118.533,33 TL olduğunu, satışına yetki ve izin verilen taşınmazın kıymetinin 65.000,00 TL olup istenilen bedeli de karşılamayacağından reddolunan taleplerinin kabulü gerektiğinden ve 3 numaralı bağımsız bölüm meskenin de satışı için yetki ve izin verilmesi istemi ile temyiz talebinde bulunmuştur.

Dairemiz çoğunluğu yapı denetim ücreti ile sigorta prim alacağının da nama ifa kapsamında kabulü gerektiğinden bahisle mahkeme kararının bozulması görüşündeler. Aşağıda açıkladığım sebeplerle çoğunluk görüşüne katılamıyorum.

Borçlar hukukunda borcu eda yükümlülüğü yapma, verme, kaçınma ve katlanma şeklinde çıkmaktadır. Biz bunları edim olarak adlandırıyoruz. Edim olumlu ise yapma verme olumsuz ise kaçınma katlanma şeklinde gözükmektedir.

Yapma borçları borçlunun bedeni ve fikri gücüyle yerine getirdiği edimlerdir ( kişisel edim ). Verme borçları ise borçlunun bir şey vermek suretiyle yerine getirdiği edimler ( maddi edim ). Verme borçları borçlunun mal varlığından karşılanacağından, iflası isteme dışında borçlunun mal varlığı ile sınırlı değildir. Oysa yapma borçları dürüstlük kuralı ve ahlaki anlayışa göre alacaklının menfaatinin gerçekleştirilmesinin borçludan beklenebileceği ölçüde talep edilebilir.

Yapma borcu borçlusu tarafından ifa edilmediği takdirde hukuk sistemimizde ihkakı hak ve zorla elde etme yasaklandığından borçlu bakımından nihai olarak tazminat ya da nama ifa bedeli şeklinde bir verme borcuna dönüşür.

Yapma borcunun aynen ifası ve cebri icrası hukuki gelişmenin bir sonucu olarak kanunlarda bugünkü şeklini almıştır. Kimse bir eyleme ve tutuma zorlanamaz genel ilkesi kanunlarda yer bulmuştur. Nitekim HMK [105](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc6100.htm#105)'de eda davasının konusu içine yapma borcunun da girdiği belirtilmiştir.

Yapma borçlarının hepsi de aynen ifanın kapsamında değildir.

Şahsa bağlı olan yapma borçlarında İİK [343](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc2004.htm#343)'de ki hapsen tazyik dolaylı imkanı dışında aynen ifası mümkün değildir. Sadece tazminat istenebilir.

Şahsa bağlı olmayan yapma borçları ise ikiye ayrılarak edim fiiline yönelik yapma borçları sürekliliği ve imkansızlığı içinde barındırması sebebiyle aynen ifaya zorlama imkanı yoktur. Sadece tazminat istenilebilir.

Edim sonucuna yönelik yapma borçlarında ise hukuki sonuç ve tatmin esas alındığından, borçlunun şahsı dışında diğer kişilerce yerine getirilebileceğinden aynen ifası istenilebilir. Bu nitelikteki yapma borçları irade beyanında bulunma hesap verme bilgi verme borcu şeklinde de görülebilir. Cebri tescil kararı irade beyanında bulunma yapma borcunun tipik bir tezahürüdür.

Nama ifa ya da nama ifaya izin davası da aynen ifanın bir alt görünümü olduğundan, koşullarını aşağıdaki gibi sıralayabiliriz. Yukarıda belirttiğimiz şekilde aynen ifaya uygun bir yapma borcu olacak, ifayı isteme koşulları bulunacak, ifayı isteme dürüstlük kuralına aykırılık içermeyecek, aşırı masraf gerektirmeyecek, ifadan vazgeçilip tazminat istenmemiş

olacak, sözleşme feshedilmemiş olacak, imkansızlık bulunmayacak ve yapma borcu ifa edilmemiş olmalıdır.

Nama ifa olumlu zararı telafi eder. Alacaklı için aynen ifa ayakta kalırken, borçlu açısından yapma borcu tazminat ödeme borcuna dönüşmektedir. Alacaklı için tazminatın tam doğumu beklenmeden avans olarak aynen ifa ile tam tatmini hedeflenmekte, borçlu içinse henüz tam tazmin şartları doğmadan peşin olarak avans ödemesi getirilmektedir. Olumlu zarar doğduktan sonra tazmin borcu doğmakta iken ara bir çözüm olarak hakim izni ile sonuca gidilmektedir.

Tazminat belirlenmesinde kural somut zarar iken, nama ifa kesin hesaplaşmayı öngörmediğinden, yaklaşık tahmini bir bedelin avans olarak peşin ödenmesi imkanı getirilmektedir. Olumlu zarar hükmolunduktan sonra azaltılıp çoğaltılması mümkün değil iken, nama ifa kapsamında yapılan geçici ödemenin karşılanmayan kısım için istenmesi mümkündür. Olumlu zarar için hakim iznine ihtiyaç yok iken nama ifada hakim iznine ihtiyaç vardır. Olumlu zarar tazminatı alındığında harcamada serbest iken ifaya izin kararıyla alınan avansın kullanılması belirli bir amaca özgülemiştir. Avansın amaca uygun kullanılması sınırlaması ve sorumluluğu yanında hesap verme külfeti de vardır.

Eser sözleşmesinin bir alt bölümü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ani edimli olma özelliği gösterirler. İfa menfaatinde tam tatmin esastır. Alacaklı kısmi ifayı kabule zorlanamaz. Bu özelliğine bakarak verme borcunun yapma borcuna dönüştüğünü kabul edebilmek için kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Böyle bir kanuni dayanaktan da söz edilmiş değildir.

Nama ifaya izin davasıyla birlikte eda kapsamında tahsil davası da açmak mümkündür. Bu gibi hallerde Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 24.11.2011 gün ve 5984-215, 23. Hukuk Dairesi'nin 13.01.2015 gün ve 3074-126 Sayılı kararlarında her bir alacağın hukuki sonuçları farklı bulunduğundan, ayrı ayrı hüküm kurulması gerektiği belirtilmiştir.

Akademik tez konusu olarak hazırlanan ve yayınlanana ''Nama İfa'' adlı eserde ( B.K. Şirin Aydıncık, Nama İfa, İstanbul 2013, s.149 ) nama ifanın yapma borçları için mümkün olduğu, yine İ. Karadaş, Eser Sözleşmeleri adlı eserde ( B.K. Üçüncü Baskı, Ankara, 2013, s.556 ) yapma borcu olmayan işler için nama ifa talep edilemeyeceği, zıt anlamından yapma borcu için nama ifa talebinde bulunabileceğini belirttikleri görülmektedir.

Uygulamada da Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 03.06.2013 gün ve 1127-3560 Sayılı kararında nama ifa davasının konusunun yapma borcu olduğu yapı denetim ücreti bedelinin nama ifa kapsamında istenilemeyeceği, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin 27.05.2015 gün ve 10127-3290 Sayılı kararı da aynı yöndedir. Mahkeme kararında dayanılan 23. Hukuk Dairesi'nin 11.07.2013 gün ve 3226-4880 Sayılı kararı da aynı mahiyettedir.

Nama ifayı talep hakim iznine bağlı bulunduğundan tarafların sözleşme ile hakimden izin almadan yapabilme imkanına kavuşmaları mümkündür ( B.K. Ş. Aydıncık, age, s.246 ).

Kanunumuz yapma borçları için TBK [113](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc6098.htm#113)-1'de aynen ifa ve nama ifayı kabul etmişken, verme borçları ve diğerleri için böyle bir kanuni imkandan söz edilmemiştir. Kanunen gösterilen **istisna**lar **dar** yorumlanmalı, **yorum** yolu ile genişletilmemelidir.

Açıkladığım sebeplerle, somut uyuşmazlıkta yapı denetim ücreti ile sigorta prim alacağı alacak kalemleri yapma borcu kapsamında değil verme borcu kapsamında olduğundan, nama ifa imkanı yapma borçları için mümkün bulunduğundan, sözleşme kaydı da olduğu ileri sürülmediğinden, nama ifa kapsamında istenilemeyeceği görüşünde olduğumdan, temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanması kanaatini taşıdığımdan, bozma yönündeki çoğunluk görüşüne katılamıyorum.