TC.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

BORCUN İFA EDİLMEDİĞİ DEFİ (ÖDEMEZLİK DEFİ)

CÜNEYT PEKMEZ

2502120246

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. M. TUFAN ÖĞÜZ

İSTANBUL 2018

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı	:	CÜNEYT PEKMEZ	**Numarası**	:	2502120246
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı	:	ÖZEL HUKUK	**Danışmanı**	:	PROF.DR.M.TUFAN ÖĞÜZ
Tez Savunma Tarihi	:	21.11.2018	**Saati**	:	11:00
Tez Başlığı	:	BORCUN İFA EDİLMEDİĞİ DEF'İ (ÖDEMEZLİK DEF'İ)			

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin **50. Maddesi** uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.M.TUFAN ÖĞÜZ		Kabul
2- PROF.DR.HALUK BURCUOĞLU		Kabul
3- PROF.DR.HASAN ERMAN		Kabul
4- PROF.DR.HALUK NAMİ NOMER		Kabul
5- PROF.DR.AZRA ARKAN SERİM		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ.DR.FULYA ERLÜLE		Kabul
2- DOÇ.DR.SANEM AKSOY DURSUN		

Versiyon: 1.0.0.2-61559050-302.14.06

ÖZ

BORCUN İFA EDİLMEDİĞİ DEFİ (ÖDEMEZLİK DEFİ)-CÜNEYT PEKMEZ

TBK m. 97'de düzenlenen borcun ifa edilmediği defi, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde karşı edimin en azından ifası teklif edilene kadar borçlunun edimin ifasından kaçınmasını sağlayan bir karşı haktır. Çalışmamız kapsamında borcun ifa edilmediği definin tarihi gelişimi, hukuki niteliği, amacı, şartları, uygulama alanı ve hüküm ve sonuçları incelenecektir. Bu inceleme çerçevesinde kurumun tarihsel gelişimi içerisinde özellikle Alman ve İsviçre Hukuku'ndaki gelişimi ve bu hukuk sistemlerinde defiye ilişkin belirtilen görüşlerden yararlanılarak Türk Hukuku'nda ortaya çıkan veya çıkacak olan sorunlara çözüm aranmıştır.

Anahtar Kelimeler: defi, savunma, synallagma, mübadele ilişkisi, edim, karşı edim,

ABSTRACT

THE DEFENCE OF NON- PERFORMANCE OF OBLİGATİON (EXCEPTİO NON ADİMPLETİ CONTRACTUS)-CÜNEYT PEKMEZ

The defence of non-performance of obligation regulated in TOC art. 97 is counter-right which provides defendant to withhold his own performance until the claimant had duly performed or offered to perform his obligation. In our thesis, we research the historical development, objectives, legal nature, requirements, scope of application, effects and consequences of the defence. In framework of thesis, emerging problems related to the defence in Turkish Civil Law is tried to be solved through development of defence in German and Swiss Law System and views related to the defence in these law system

Keywords: exceptio, defence, synallagma, exchange relation, obligation, counter-obligation

ÖNSÖZ

"Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi)" başlığı altında sunduğum bu çalışmanın amacı, borcun ifa edilmediği define ilişkin ortaya çıkan veya çıkacak olan sorunların çözümüne cevap bulmak, çalışma ile doğrudan veya dolaylı bağlantısı olan ve yeniden değerlendirmeyi hak eden çeşitli sorunların çözümüne ise ışık tutmaktadır.

Tezin yazımı aşamasında danışmanlığımı üstlenen, maddi ve manevi desteklerini esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. M. Tufan Öğüz'e, lisansta öğrencisi olduğum, doktora çalışma sürecinde destekleriyle çalışmama katkıda bulunan Tekinay kürsüsünün değerli üyesi hocam Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'na, Tekinay kürsüsünde asistanı olmak şansını elde ettiğim, maddi ve manevi desteklerini esirgemeyen Prof. Dr. Azra Arkan Serim'e teşekkürü bir borç bilirim. Maddi ve manevi destekleriyle her zaman yanımda olan aileme ve çalışma arkadaşlarıma teşekkür ederim.

Cüneyt Pekmez

Beyazıt, 11. 10. 2018

İÇİNDEKİLER

ÖZ ..... **iii**
ABSTRACT ..... **iv**
ÖNSÖZ ..... **v**
KISALTMALAR LİSTESİ ..... **xii**
GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM
BORCUN İFA EDİLMEDİĞİ DEFİNİN İÇERİĞİ VE GENEL HUSUSLAR

I. SAVUNMANIN TARİHSEL GELİŞİMİ **4**
A. Genel Olarak 4
B. Roma Hukuku 5
1. Genel Olarak 5
2. Erken Dönem Roma Hukuku 7
3. Geç Dönem Roma Hukuku 8
C. Ortak Hukuk Dönemi 11
D. Doğal Hukuk Dönemi 13
E. Savunmanın Alman Hukuku'nda Gelişimi 16
F. Savunmanın Türk ve İsviçre Hukuku'nda Gelişimi 21
1. 1911 Öncesi Kanun Tasarılarının OR Art. 82'e Etkisi 21
2. TBK m. 97'nin Düzenlenişi ve yBK m.81 ile Karşılaştırılması 24
3. OR 2020 Tasarısında Savunmanın Düzenlenişi 26
G. Savunmanın Uluslararası Hukuki Düzenlemelerde Gelişimi 29
II. SAVUNMANIN AMACI **37**
A. Aynı Anda İfayı Sağlama ve Ahde Vefa İlkesine Bağlı Kalma 37
B. Güveni Sağlama Riskinin Alacaklıya Yüklenmesi ve Baskı Aracı Olması 38
C. Edimi İfasından Kaçınabilmeyi Sağlayan Sınırlı Bir "Teminat" 40
D. Karşı Edimin Elde Edilememesinden Doğan Risklerin Önlenmesi 42
III. SAVUNMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ **43**

A. Genel Olarak 43
1. Talebin İçeriğinin Sınırlandığı Savunması Olduğu Görüşü 44
2. Talep Edilebilirlik Şartının Gerçekleşmediği Savunması Olduğu Görüşü.. 47
3. Talebin İçeriğini Sınırlamayan Savunma Olduğu Görüşü 50
4. Karşı Edimin İfasına Hazırlığın Külfet Olduğunu İleri Süren Görüş..... 58
5. Kanaatimiz..... 60
B. Bağımsız Defi Niteliği 68
C. Geciktirici Defi Niteliği 70
D. Tam-Kısmi Defi Ayrımının Gereksizliği 70
IV. SAVUNMANIN HUKUKİ DAYANAĞI: AYNI ANDA İFA 71
A. TBK m. 97'nin Aynı Anda İfa ile Olan İlişkisi 71
B. Aynı Anda İfa Prensibinin Dayanağı 75
C. Aynı Anda İfanın Gerçekleştirilmesindeki Zorluklar 77
1. Genel Olarak..... 77
2. Edimlerin İfa Yerinin Farklı Olmasından Doğan Zorluklar..... 78
3. Edimlerin Niteliğinden Doğan Zorluklar 83
4. Zorlukların Aşılması Hususunda Önerilen Çözüm Yöntemleri 84

İKİNCİ BÖLÜM
BORCUN İFA EDİLMEDİĞİ DEFİNİN ŞARTLARI

I. GENEL OLARAK..... 86
II. KARŞILIKLI BORÇ YÜKLEYEN BORÇ İLİŞKİSİNİN VARLIĞI ... 88
A. Genel Olarak 88
B. Edimler Arasında Mübadele İlişkisi (Synallagma) 96
1. Genel Olarak..... 96
2. Mübadele İlişkisiyle Kurulan Bağlılığın (Synallagma) Çeşitli Görünümleri 101
a. Edimlerin Doğuşları Bakımından Bağlılığı (Genetik Synallagma) ... 101
b. Edimlerin Devamlılığı Bakımından Bağlılığı (Kondisyonel Synallagma) 104
c. Edimlerin İfa Edilmeleri Bakımından Bağlılığı (Fonksiyonel Synallagma)..... 105
d. İfa Edilmiş Edimlerin İadesi Bakımından (Fiili Synallagma) 106

3. Edimler Arasında Mübadele İlişkisinin Kapsamı 111
a. Genel Olarak 111
b. Edimlerin İçeriğine Göre 113
c. Edimlerin Türüne Göre 115
d. Edimlerin Dayanağına Göre 121
C. Edimler Arasında Denklik Unsuru 127
1. Objektif Eşdeğerlilik Görüşü 127
2. Subjektif Eşdeğerlilik Görüşü 129
3. Objektif ve Subjektif Eşdeğerlilik Görüşünü Reddeden Görüş 131
4. Kanaatimiz 132
III. MUACCEL EDİM VE KARŞI EDİM BORÇLARININ VARLIĞI 135
A. Edim ve Karşı Edim Borçlarının Varlığı 135
1. Genel Olarak 135
2. Edimin İfasının İmkansızlığının Definin İleri Sürülebilirliğine Etkisi 137
a. Tam-Kısmı İmkansızlık Bakımından 137
b. İmkansızlıktan Sorumlu Olup Olmama Bakımından 139
B. Edim ve Karşı Edimin Muacceliyeti 142
IV. ÖNCE İFA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN OLMAMASI 146
A. Genel Olarak 146
B. Önce İfa Yükümlülüğünün Çeşitleri 148
C. Önce İfa Yükümlülüğünün Dayanakları 150
1. Genel Olarak 150
2. Tarafların Sözleşmeyle Kararlaştırmaları 151
3. Kanundan Doğan Önce İfa Yükümlülüğü 153
4. Edimin Niteliğine Dayanan Önce İfa Yükümlülüğü 154
5. Teamüle Dayanan Önce İfa Yükümlülüğü 157
D. Önce İfa Yükümlülüğünün Sonuçları 158
E. Önce İfa Yükümlülüğünün Sona Ermesi ve Sınırı 162
V. KARŞI EDİMİN HİÇ VEYA GEREĞİ GİBİ İFA EDİLMEMİŞ YA DA İFASININ TEKLİF EDİLMEMİŞ OLMASI 170
A. Genel Olarak 170
B. Karşı Edimin İfasının Hiç veya Gereği Gibi Teklif Edilmemiş Olması 174
1. Genel Olarak 174

2. Fiili İfa Teklifinin Yapılmamış Olması 174
3. Sözlü İfa Teklifinin Yapılmamış Olması 178
4. Fiili ve Sözlü İfa Teklifine Gerek Olmayan Durumlar 180
C. Karşı Edimin Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemiş Olması 181
1. Genel Olarak 181
a. Karşı Edimin Gereği Gibi Olmayan İfasının Reddi 184
b. Karşı Edimin Gereği gibi Olmayan İfasının Kabulü 187
2. Nitelik Bakımından Gereği Gibi İfa Edilmeme 188
a. Ayıptan Doğan Sorumluluk Bakımından 188
b. Zapttan Doğan Sorumluluk Bakımından 189
3. Niceliksel Bakımdan Gereği Gibi İfa Edilmeme 192

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
BORCUN İFA EDİLMEDİĞİ DEFİNİN UYGULAMA ALANI

I. GENEL OLARAK 198
II. BORÇ İLİŞKİSİNİN NİTELİĞİ BAKIMINDAN 198
A. Genel Olarak 198
B. Sözleşmeye Dayanan Borç İlişkilerinde 198
1. Tipik Sözleşmelerde Definin İleri Sürülebilirliği 199
a. Satış Sözleşmesinde 199
i. Genel Olarak 199
ii. Ayıptan Doğan Sorumluluk Bakımından 199
(a). Hasarın Geçişi Sırasında Definin İleri Sürülebilirliği 200
(i) Kaçınmanın Ayıptan Doğan Sorumluluk Hükümlerine Tabi Olduğu Görüşü 200
(ii) Kaçınmanın Genel Hükümlere Dayandığı Görüşü 203
(iii) Görüşümüz 204
(b). Hasarın Geçişinden Sonra Definin İleri Sürülebilirliği 209
b. Bağışlama Sözleşmesinde 212
c. Kira Sözleşmesinde 215
i. Genel Olarak 215
ii. Kira Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk 219

d. Eser Sözleşmesinde 225
i. Genel Olarak 225
ii. Eser Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk 228
e. Vekalet Sözleşmesinde 237
f. Saklama ve Ödünç Sözleşmelerinde 241
g. İş veya Hizmet Sözleşmesinde 242
h. Sigorta Sözleşmesinde 244
i. Ortaklık Sözleşmesinde 246
2. Atipik Sözleşmelerde Definin İleri Sürülebilirliği 257
C. Sözleşme Dışı Borç İlişkilerinde Definin Uygulanması 257
III. DEFİNİN İLERİ SÜRÜLMESİNDE ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR 267
A. Üçüncü Kişinin İlişkiye Etki Ettiği Durumlarda 267
1. Alacağın Devrinde 267
2. Borcun Dış Üstlenilmesinde 274
3. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede 277
4. Sözleşmenin Devrinde 279
B. Birden Çok Alacaklı ve/veya Borçlu Olması Durumunda 280
1. Birden Çok Borçlu Olması Durumunda 280
2. Birden Çok Alacaklı Olması Durumunda 283
C. Edimin Sürekli veya Dönemli Nitelikte Olması Durumunda 286
IV. DEFİNİN İLERİ SÜRÜLEBİLİRLİĞİNİN SINIRI 299
A. Hakkın Kötüye Kullanılması Çerçevesinde 301
1. Kaçınma Hakkının Amaca Aykırı Kullanımı 301
2. Orantısızlık 303
3. Defi İleri Süren Tarafın Sözleşmeye Bağlı Olmaması (Vertragsuntreu) .. 305
B. Sözleşme ile Definin Uygulanabilirliğinin Sınırlandırılması 307
C. Kanundan Doğan Sınırlamalar 309
V. DEFİNİN İLERİ SÜRÜLEBİLİRLİĞİNİN GENİŞLE (TİL) MESİ ... 311
A. Genel Olarak 311
B. Borçlunun İfadan Aczi Defi (TBK m. 98) 311
C. Sözleşme ile Definin Uygulama Alanının Genişletilmesi 316
D. Uygulama Alanının Genişletilmesi Çabaları ve Özellikle Şahsi Hapis Hakkı (obligatorisches Retentionsrecht) 316

1. Uygulama Alanının Genişletilmesi Gerekliliği 316
2. Şahsi Hapis Hakkının (obligatorisches Retentionsrecht) Ortaya Çıkışı 319
3. Şahsi Hapis Hakkının Genel Özellikleri 325

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
DEFİNİN İLERİ SÜRÜLMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. DEFİNİN İLERİ SÜRÜLMESİNİN HÜKÜMLERİ 329
A. Genel Olarak 329
1. Dava İçinde ve Dışında İleri Sürülebilmesi 330
2. Defiyi İleri Sürebilecek veya Defiye Muhatap Olacak Kişi(ler) 334
3. Definin İleri Sürülebileceği Zaman 335
4. İspat Külfeti 336
II. DEFİNİN İLERİ SÜRÜLMESİNİN SONUÇLARI 341
A. Genel Olarak 341
B. Definin Borçlu Temerrüdü Üzerindeki Etkisi 341
1. Definin Varlığının Borçlu Temerrüdünü Engelleyeceği Görüşü 342
2. Definin İleri Sürülmesinin Borçlu Temerrüdünü Engelleyeceği Görüşü .. 351
C. Defi ve Zamanaşımının Birbirine Etkisi 356
D. Defi ve Takasın Birbirine Etkisi 362
E. Definin Davada İleri Sürülmesiyle Verilecek Mahkeme Kararı ve Sonrası 364
1. Davanın Şimdilik Kaydıyla Reddi/ Davanın Reddi Görüşü 365
2. Aynı Anda İfaya Mahkumiyet Görüşü 374
3. Kanaatimiz 380
SONUÇ 388
KAYNAKÇA 393

KISALTMALAR LİSTESİ

Ab	:Abschnitt.
ABGB	: Das Allgemeine Bürgerliches Gesetzsbuch (Avusturya).
AcP	:Archiv für civilistische Praxis.
AISUF	:Arbeiten aus dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg.
AGVE	:Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Aarau).
a.F.	:alte Fassung (yürürlükte olmayan düzenleme).
Art	:Artikel.
Aufl	:Auflage.
BauR	:Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht.
Bd	:Band.
BGB	:Bürgerliches Gesetzbuch.
BGE	:İsviçre Federal Mahkemesi Kararı.
BGHZ	:Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofts in Zivilsachen.
bkz	:Bakınız.
BR	:Baurecht (İsviçre).
BT-Drucks 14/6040	: Entwurf des Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (Borçlar Hukuku'nun Modernizeleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı).
C	:Cilt.
c	:Cümle.
CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması).

DB	:Der Betrieb (Dergi).
DCFR	:Avrupa Hukuku İlkeler, Tanımaları ve Model Kuralları-Ortak Çerçeve Referans Taslağı.
dn	:Dipnot.
Ed	: Editör.
Einl	:Einleitung.
ff	: folgende (ve devamı).
HD	:Hukuk Dairesi.
HGB	:Das Handelsgesetzbuch.
HGK	:Hukuk Genel Kurulu.
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu.
IHR	: Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und -vertriebs.
İBK	:İçtihadı Birleştirme Kararı.
İİK	:İcra ve İflas Kanunu.
İSGK	: İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu.
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.
JA	:Juristische Arbeitsblätter.
JUS	:Juristische Schulung.
JZ	: Juristenzeitung.
krş	:karşılaştırınız.

MİHDER	: Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi.
MDR	:Monatsschrift für Deutsches Recht.
MHAD	:Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi.
MK	:4721 Sayılı Türk Medeni Kanun.
MP	:Mietrechtpraxis.
N	:Kenar Notu.
NK	:Nomos Kommentar.
NJW	:Neue Juristische Wochenschrift.
Nr	:Nummer (Numara).
NZBau	:Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht.
NZM	:Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungrecht.
ObGer	:Obergericht.
OR	:Schweizerisches Obligationenrecht.
ÖJZ	:Österreichische Juristen Zeitung.
PECL	: Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nun Uyumlaştırılması Prensipleri.
PICC	: Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNİDROİT Prensipleri.
s	:Sayfa.
SPR	:Schweizerisches Privatrecht.
SVIT	: Schweizerischer Verband der İmmobilienwirtschaft.
T	:Tarih.
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu.
UBWV	: Unterrichtsblätter für die Bundeswehrverwaltung.

UNİDROİT	: Özel Hukukun Birleştirilmesi Hususunda Uluslararası Enstitü.
vb	:Ve benzeri.
vd	:Ve devamı.
WM	:Wohnungswirtschaft und Mietrecht.
Y	:Yargıtay.
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi.
yBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu.
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.
ZEuP	: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht.
ZfA	: Zeitschrift für Arbeitsrecht.
ZGB	:İsviçre Medeni Kanunu.
ZGS	: Zeitschrift für Gesamte Schuldrecht.
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.
ZMR	:Zeitschrift für Miet- und Raumrecht.
ZPO	: Schweizerische Zivilprozessordnung.
dZPO	: Deutsche Zivilprozessordnung.
ZSR	: Zeitschrift für schweizerisches Recht

GİRİŞ

Günlük hayatta yapılan sözleşmelerin çoğunda taraflar, edim ve karşı edimin mübadelesi amacını izlerler. Bunun tipik örneğini, belirli bir satış bedelinin ödenmesine karşılık belirli bir satış konusunun mübadelesinin amaçlandığı satış sözleşmeleri oluşturur. Benzer şekilde kira sözleşmeleri ve eser sözleşmelerinde, sözleşme konusu edim ve karşı edimin mübadelesinin amaçlandığı görülür. Edimin veya karşı edimin ifası talep edildiği anda, bu amacın gerçekleştirilmesinde çeşitli sorunlarla karşılaşabilir. Bu durumlarda taraflardan her biri, sözleşmeyle bağlı olmak istemesine rağmen, karşı tarafa güvenemediğinden veya karşı tarafın ifayı gerçekleştiremeyeceği endişesiyle önce ifanın risklerini üstlenmekten ve ediminin ifasını diğer taraftan daha önce gerçekleştirmekten kaçınmanın yollarını arayacaktır. Bu durumda taraf, en azından edimini, karşı edimin ifasıyla aynı anda ifa etmek isteyecektir. Henüz kendi edimini ifa etmemiş veya ifasını teklif etmemiş karşı taraf, edimin ifasını talep ettiğinde, ifanın talep edildiği tarafın endişesi daha da somutlaşır. Edim ile karşı edimin aynı anda ifa edileceğinin belirlenmiş olması bu hususta herhangi bir değişiklik yapmaz.

Tarafların ortaya çıkacak bu sorunu, ifa sırasını belirleyerek önleyebileceği söylenebilir. Ancak ifa sırasının belirlendiği ve sıranın aynı anda ifa olmadığı durumlarda da mübadele amacının gerçekleşmemesi tehlikesi ortaya çıkabilir. Her ne kadar önce ifa ile yükümlü olduğu belirlenmiş olsa dahi önce ifa ile yükümlü olan taraf, ifayı gerçekleştireceği zamanda karşı tarafın daha sonra karşı edimi gerçekleştirememesine ilişkin güvensizlik hissedebilir.

Bu her iki durum gözönüne alındığında mübadele amacını güden taraflardan biri dava açarak edimin ifasını talep ettiğinde şu soru gündeme gelir: Acaba endişeli davalı hem maddi hukuk hem de usul hukukunda etkili olacak nitelikte hangi araçlarla ne ölçüde korunmalıdır? Bu koruma edimlerin mübadelesi amacının gerçekleştirilmesine yönelmelidir ki edimin ifası talep edilen tarafın endişelerini en aza indirsin veya ortadan kaldırsın.

Tarafların herhangi bir anlaşma yapmadığı ve her bir tarafın alacağını dava yoluyla talep ettiği ihtimalde, tarafların korunması için özel bir kurala gerek olmadığı iddiası ileri sürülebilir görünmektedir. Bu durumda, edimin ifası talebine muhatap olan

davalının korunması, aynı şekilde karşı edimi dava edebilmesinde görülür. Bu yaklaşım maddi hukuk bakımından borç ilişkilerinde birbirinden bağımsız edim ve karşı edim borçlarının doğabileceği yaklaşımına da uygundur. Her iki talep gerek bağımsız açılan dava yoluyla(birleştirilerek) gerekse karşı dava yoluyla cevap dilekçesinde belirtilmek suretiyle aynı davada gözönüne alınabilecektir. Her iki talebin usulü bir süreçte gözönüne alınması, ilk bakışta, usul ekonomisine de hizmet eder görünmektedir. Ancak bu hallerde, talep edilebilirliğin bağımsızlığı, ifaya muhatap olan tarafın ifaya zorlanabilirliğinde de geçerli olacak ve ifa talebine muhatap olan tarafın ifaya zorlanması engellenmeyecektir. Bu surette taraflardan en az birisi fiilen önce ifayı gerçekleştirmek zorunda kalacaktır.

Davalının korunmasına ilişkin bu yolların yeterli menfaati sağlayamaması bir diğer yolun varlığının kabul edilmesini gerekli kılmış, bu surette davalının korunması gerekliliğinin tanınması ve her iki tarafın menfaatini gözönüne alan bir çözümün desteklenmesi makul bir yol olarak kabul edilmiştir. Bu çözüm, davacı karşı edimi gereği gibi ifa edene veya ifasını teklif edene kadar davalıya edimin ifasından kaçınabilme hakkı tanımak olmuştur.

Bu kaçınma hakkının tanınması nedeniyle ortaya çıkan ve çıkabilecek sorunların çözümünde karşılaştırmalı hukuk ile Türk Hukuku kaynaklarından yararlanılmıştır. Ancak kuruma kaynak teşkil eden düzenlemelerin Türk Hukuku'ndan önce Alman ve İsviçre Hukuk sistemlerinde somutlaşması, kurumu objektif anlamda isabetli yorumlayabilmek adına karşılaştırmalı hukuktaki görünümlerini incelemeyi gerektirmiştir ve bu husus çalışmamız kapsamında bir zorunluluk teşkil etmiştir. Çalışmamızın teorik boyutunun yoğun oluşu, bu teorinin sınırlandırılması gerektiğini de ortaya koymuş, bu hususta teorik tartışmalar doğrudan definin uygulama alanı ile ilgili olduğu sürece yer verilmeye gayret gösterilmiştir. Bu yapılırken, ikincil teorik tartışmalara dipnotta yer verilmiştir. Çalışmanın salt teorik düzeyde kalmaması, uygulamadaki görünümlerini de ele almayı gerektirmiş bu surette çoğunlukla İsviçre Federal Mahkemesi kararları ile Yargıtay kararları incelenmiştir. Bu nedenle çalışmamız karşılaştırmalı hukuk ve Türk Hukuku çerçevesinde yoğun teorik ve uygulama odaklı bir çalışmanın ürünüdür.

Çalışmamız kapsamında borcun ifa edilmediği definin diğer hukuki kurumlarla benzerlik ve farklılıklarına ilişkin ayrı bir başlık açılmamış, tekrara düşmekten

kaçınılmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda özellikle alıkoyma hakkı ve hapis hakkının defi ile olan ilişkisine yeri geldikçe değinilmiştir. Ancak şahsi hapis hakkı ve borçlunun ifadan aczi define, defiyle olan yoğun ilişkisi nedeniyle definin ileri sürülmesinin genişletilmesi kapsamında yer verilmiştir. Bunun sebepleri ayrıca ilgili başlık altında belirtilmiştir.

Çalışmamız kapsamında, ilk bölümde kaçınma hakkının tarihi, amacı, hukuki niteliği, dayanağı ele alınacak, sonraki bölümlerde ise bu kaçınma hakkının şartları, uygulanması, hüküm ve sonuçları incelenmeye çalışılacaktır. Bu yapılırken kavram birliğini sağlama endişesi bizi bir kısım tespitler yapmaya zorlamıştır:

Çalışmamız kapsamında, aksi belirtilmedikçe, "borcun ifa edilmediği define dayanılarak" ifadesini kullandığımız durumlarda, bu ifadenin, şartları oluştuğu anda, kaçınmanın, hem dava içerisinde hem de dava dışında, karşı edimin ifa edilmediğine veya ifasının teklif edilmediğine dayandığı tüm durumları kapsamasını amaçlamaktayız. Ayrıca "karşı edimin ifa edilmediği ihtimalde" ifadesiyle de aksi belirtilmedikçe hiç veya gereği gibi ifa etmemeyi kastetmektedeyiz.

Definin ileri sürülebilirliği bakımından, aksi belirtilmedikçe, "alacaklının karşı edimin ifasını teklif etmesi" ifadesiyle, teklif ile ortaya çıkan sonucun, alacaklının karşı edimi ifasını teklif etmeye gerek olmayan hallerden birinin varlığıyla da ortaya çıkacağı genel itibariyle görülecektir. Bu nedenle tekrara düşmemek adına ve bu halleri tek tek saymamak için, aksi belirtilmedikçe, definin ileri sürülebilirliği bakımından karşı edimin ifasının teklif edilmesine bağlanan sonuçlar, karşı edimin ifasının teklifine gerek olmayan haller bakımından da geçerli olacaktır.

Çalışmamızda kullanacağımız "teslim" ifadesi, kanunda öngörülen ve doktrin tarafından kabul edilen zilyetliğin devri yollarından birinden bahsedildiğini kabul etmekle birlikte tekrardan kaçınmak ve uzun cümlelerin önüne geçmek adına zilyetliğin devri yollarının tümünü içerecek bir anlama yönelir. Bu anlamda "teslim" ifadesinin hukuk tekniği bakımından kabul edilen anlamıyla kullanılmasının gerektiği durumlarda bu husus özellikle belirtilerek anlam açıklığı sağlanmaya çalışılacaktır.

Çalışmamız kapsamında, aksi belirtilmedikçe ve durumdan anlaşılmadığı sürece, borcun ifa edilmediği ileri süren taraf, edim borçlusu/ karşı edim alacaklısı, edimin ifasını isteyen, defiye muhatap olan taraf ise alacaklı/ karşı edim borçlusu olarak nitelendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

BORCUN İFA EDİLMEDİĞİ DEFİNİN İÇERİĞİ VE GENEL HUSUSLAR

I. SAVUNMANIN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Genel Olarak

Borcun ifa edilmediği defi, Roma Hukuku döneminden günümüze kadar çeşitli hukuk metinlerinin ve düzenlemelerin konusu olmuştur ve olmaya da devam etmektedir. Savunmayı, tarihi perspektifinden koparmak ve kuruma günümüzdeki anlamıyla sonuçlar bağlamak, incelemenin eksik ve isabetsiz olmasına yol açacaktır. Bu nedenle borcun ifa edilmediği definin gelişimini tarihi perspektiften yola çıkarak mevcut görünümüne kadar ele almak çeşitli sorunların çözümüne de ışık tutacaktır. Özellikle borcun ifa edilmediği definin doğuşu, hukuki niteliği, uygulama alanı ile definin ileri sürülmesinin sonuçlarına ilişkin sorunlar büyük ölçüde kurumun tarihi içerisinde şekillenmiş, çeşitli çözüm önerilerinin ileri sürülmesini sağlamıştır. Bu sebeplerle kurumun isabetli şekilde yorumlanması, günümüze kadar olan gelişimi ile uluslararası ve ulusal düzenlemelerdeki görünümünü incelemeyi gerektirmektedir. Ancak kurumun, özellikle Ortak Hukuk döneminden yürürlükte olmayan ulusal düzenlemelerin kabul edildiği döneme kadar olan gelişimini isabetli şekilde ele alabilmek için bir kısım değerlendirmeler yapmak gerekir.

Ortak Hukuk döneminde günümüzdeki ifadesini bulan borcun ifa edilmediği defi, bu dönemde, borçluya kaçınma hakkı verilmesinin hem maddi hem de usul hukuku bakımından çeşitli yararlarının görülmesiyle hangi sözleşmelerde uygulanacağı sorusunu gündeme getirmiştir. Bu soru tarihi perspektif içerisinde sözleşmelerin sınıflandırılması sorununun çözümüyle birlikte cevabını büyük ölçüde bulmuştur.

Kaçınma hakkının karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden bağımsız olarak tarafların birbirine karşı borçlu olduğu tüm durumlarda (örneğin, asli edim ile yan edimin mübadelesi) sunulabilme imkanı, çözümün mübadele amacıyla temellendirilmesini güçleştirmiştir. Taraf iradesi ve bununla ilgili mübadele amacı,

edimlerin mübadelesinin amaçlandığı durumların tarafların birbirine karşı borçlu olduğu tüm durumlardan farklı şekilde ele alınma zorunluluğu ortaya çıkarmıştır. Böyle bir değerlendirme, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin (synallagmatik sözleşmeler), sözleşmelerin özel bir kategorisi olarak görüldüğü durumda genelleştirilmiştir. Böyle bir sistematik yaklaşımın sonucu olarak, 19 yüzyıl öğretisi tarafından ilk defa fonksiyonel synallagma[1] kavramıyla açıklanan ifa aşamasında edimlerin mübadelesi amacının gerçekleştirilmesi, borcun ifa edilmediği savunmasının temel dayanaklarından birisi olmuştur.

Sağlanacak korumanın fonksiyonel synallagma ile olan ilgisi, bugün, özellikle Alman, Türk ve İsviçre Hukuku'nda, kurumu, synallagmayla olan bağlantısı içerisinde ele almayı gerektirmektedir. Fonksiyonel synallagma bu anlamda ifa aşamasında, edimlerin ifasının birbirine bağlılığını ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır. Fonskiyonel synallagma, kurumun doğmatik tarihi gelişiminin bir sonucudur. Synallagma öğretisi içerisinde düzenlenen çeşitli hükümlerin bu anlamda tarihi çeşitli kökleri olduğunu belirtmek gerekir[2]. Borcun ifa edilmediği definin bu hükümlerden birinin sonucu olduğu gözönüne alındığında, kurumun tarihini, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin tarihi gelişimini gözönüne almadan incelemek ve değerlendirmek isabetli olmayabilir.

B. Roma Hukuku

1. Genel Olarak

Bugünkü anlamda karşılıklı borç yükleyen sözleşme ve borcun ifa edilmediği defi kurumları ve bunlara ilişkin tartışmalar, özellikle ortak hukuk döneminde ortaya çıkıp gelişme gösterdiğinden[3], Roma Hukuku döneminde, bugünkü anlamıyla, bu

---

1 Fonksiyonel synallagma ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. §2, II, B, 2, c.

2 Wolfgang Ernst, "**Die Vorgeschichte der exceptio non adimpleti contractus**", Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag, Heidelberg, 1998, s. 1-2; Wolfgang Ernst, **Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertagsvollzugs im Zivilprozeß**, Berlin, 2000, s. 15.

3 Mathias Schmoeckel/ Joachim Rückert/ Reinhard Zimmermann, **Historisch-kritischer Kommenntar zum BGB Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241-432 2. Teilband §§ 305 -432**, Siebeck, 2007, §§ 320 -322, N. 6 vd; Erich Rohmann, **Die Doppelnatur der Einrede des nicht erfüllten Vertrages**, Düsseldorf, 1935, s. 2 vd; Salamon Kaniti, **Akdin İfa Edilmediği Def'i**, İstanbul, Ahmed Said Matbaası, 1962, s. 8 vd. ; **Ernst**, Einrede, s. 15; Peter Jabornegg, **Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages-zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Synallagma**, Wien, 1982, s. 30; Wolfgang Webel, **Die Einrede des nicht erfüllten**

kurumlara rastlanmaz. Ancak edim ile karşı edim arasındaki ilişkiyi ortaya koyan bu döneme ait çeşitli hukuki metinler üzerinde bir kısım değerlendirmeler yapılmıştır[4].

Roma Hukuku'nun hakim olduğu erken klasik dönemde, bu döneme ait hukuki metinlerden anlaşıldığı üzere, edimlerin birbirinden bağımsız olduğu kabul edilmiştir. Bütün klasik dönem boyunca edim ile karşı edimin birbirine bağlı olmadığı fikri hakim olmuştur. Satış sözleşmelerinde, bugünkü anlamıyla, ifa sırasında edim ile karşı edimin bağlılığı düşüncesi ilk olarak Iustinianus döneminde satışa ilişkin hukuki metinlerin birleştirilerek elde edilen prensiplerin genelleştirilmesiyle ortaya çıkmıştır[5]. Bu sebeple, erken klasik dönemde, satış sözleşmelerinde alıcı ile satıcının talepleri mübadele ilişkisi içerisinde görülmemektedir.

Bu dönemde, genel olarak, hukukçular, actio empti(satış konusunun teslimi davası) ve actio venditi(bedelin ödenmesi davası) davalarında, bona fides klozu aracılığıyla, karşı edimi ifa etmeden edimin ifasını isteyen tarafın dürüstlük kuralına aykırı davrandığı düşüncesini geliştirmiştir. Bir taraf karşı edimi ifaya hazır değilse, ifa etmemiş ise, diğer tarafa, somut olayın özelliğine göre, bona fidese dayanan bir exceptio doli tanınmıştır. Ancak bu exceptio doli, borcun ifa edilmediği defi niteliğinde değildir. Zira iudex (hakim), satılanın teslimi davasında alıcının bedel ödeme borcunu ifa etmediğini exceptio ileri sürülmeksizin de gözönüne alabilirdi[6].

Vertrages des §320 Abs. 1 Satz 1 BGB und das Zurückbehaltungsrecht des §273 Abs. 1 BGB , Breslau, 1934, s. 5.

4 Özellikle fonksiyonel synallagma bakımından, mübadele sözleşmelerinden doğan borçların karşılıklı bağlılığının Roma Hukuku'nda hangi şekilde ve hangi dönemden itibaren ortaya çıktığı, o dönem hukuki metinlerin irdelenmesiyle bugüne kadar tartışma konusu olmuştur. Bkz. Christoph Roos, **Die Grundlagen und die dogmatische Entwicklung der Vorschriften zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Bürgerlichen Gesetzbuch und in der Zivilprozessordnung im 19. Jahrhundert**, Bonn, 2004, s. 10 dn. 36; **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N. 7; Hans-Peter Benöhr, **Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts**, Hamburg, 1965, s. 49 vd.

5 **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N. 6, 7; ayrıca bkz. **Rohmann,** s.2-3.

6 **Benöhr**, s. 34; bona fides klozuna dayanılarak, alıcının açtığı davada olduğu gibi (actio empti), satıcının malı teslim etmeyip bedelin ifasını istediğinde (actio venditi) de exceptio ileri sürülmeksizin davanın reddedileceği yönünde bkz. **Benöhr**, s. 55; bu durumu karşı edimin en azından ifasının teklif edilmemiş olmasını hakimin (iudex) re'sen gözönüne alacağı şeklinde yorumlayan değerlendirme için bkz. Belgin Erdoğmuş, **Roma Hukuku Dersleri**, Der, İstanbul, 2014, s. 78; Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, Der, İstanbul, 2016, s. 199; genel olarak, definin iudex tarafından gözönüne alınmasının Praetor önünde ileri sürülmesine bağlı olduğu yönünde bkz. Jean- Marc Schaller, **Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht**, Zürich, 2010, N. 39.

Bazı özel durumlarda, özellikle geç dönem Roma Hukuku'nda bazı hukuki metinlerden anlaşıldığı üzere, alıcıya, satıcıya karşı çeşitli exceptio imkanları (exceptio redhibitoria[7], mercis non traditae[8]) verildiği görülmektedir[9]. Ancak Roma Hukuku döneminde davada bu exceptio kullanılsa dahi, ileri sürenin hukuki korumadan yararlanabilmesi Praetor'ün müdahalesini gerektirirdi[10]. Sonuç itibariyle "exceptio"[11] nun oluşumu bakımından şekli anlamda bir defi ihtiyacı doğmadığı söylenebilir[12].

2. Erken Dönem Roma Hukuku

Erken dönem Roma Hukuku'nda bona fides klozu vasıtasıyla tarafa edimin ifasından kaçınma imkanı tanınmıştır. Ancak bu hususta genel bir kaideden bahsetmek oldukça güçtür[13]. Bu dönemde bona fides klozu haricinde alıcı ve satıcının aynı seviyede korunmadığı, *sadece* satıcıya kullanabileceği çeşitli imkanlar verildiği görülmektedir. Bu sebeple genel olarak, satıcının (argentarius değil dominus) satılanın bedelini dava ettiği durumda, alıcının satıcıyı sözkonusu eşyanın teslimine zorlama imkanı yoktu. Ancak satıcıdan malın teslimi talep edildiğinde satıcıya bedelin tamamını elde edebilmek amacıyla zilyetlikten yararlanabilme imkanı verilirdi[14].

---

7 Bu "exceptio"nun, argentarius (satıcının satış hususunda yetkili kıldığı kişi) satılanın bedelinin ödenmesini alıcıdan dava yoluyla talep ettiğinde, alıcının satış konusunun ayıplı olduğunu ileri sürerek bedeli ödemekten kaçınmasını sağlayan exceptio olduğu yönünde bkz. **Benöhr**, s. 52; **Ernst**, Einrede, s. 18 vd.

8 Bu exceptio ise, özel bir durum için sözkonusu olur. Arttırmalı satışta, argentarius'un bedelin ifası talebine karşı, satılanı elde edememiş alıcıya tanınan bir exceptiodur. Satıcı (dominus) borcunu ifa etmemesine rağmen, argentariusun alıcıdan bedelin ifasını istemesine karşı arttırma alıcısını korumak amacıyla bir exceptio doli tanınmamıştır. Roma Hukukçuları'nın anlayışına göre, argentarius karşı edim borcu altında olmadığından, onun bedel ödeme borcunun ifasını istemesi dürüstlük kuralına aykırılık(dolos) teşkil etmez. Bu nedenle, exceptio doli değil, bedelin ifası talebine karşı, arttırma alıcısına, Praetor vasıtasıyla kullanılan bir "exceptio mercis non traditae" koruma sağlar. Bkz. **Ernst**, Einrede, s. 19; 83; bu exceptionun Roma Hukuku dönemi içerisinde tanınan savunma araçları arasında, borcun ifa edilmediği define en yakın nitelikte savunma aracı olduğu yönünde bkz. **Ernst**, Einrede, s. 83.

9 **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N. 7 vd N.7 dn.19. **Rohmann,** s. 3; **HistorischK/ Pennitz**, §§ 320 -322, N. 7, dn. 19; ayrıca bkz. **Kaniti,** s. 6; edimlerin birbiriyle bağlantısının tarihsel ele alınışı bakımından bkz. Günter Hager, "**Der Gedanke der Solidarität in der Lehre von Synallagma**" zum Deutschen und İnternational Schuldrecht Kolloqium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Ernst von Caemmerer, Tübingen, 1983, s. 26 vd.

10 **Ernst**, Einrede, s. 83; krş. **Erdoğmuş,** s. 78; **Tahiroğlu**, s. 199.

11 Exceptio kavramı, aslında hâkimin davacı lehine hüküm verebilmesinin "istisnası" anlamından türemiştir. Bkz. **Schaller**, N. 35; **Roth,** s. 13.

12 **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N. 7.

13 **Kaniti**, s. 6.

14 Bu yetkinin yüksek klasik dönemden itibaren hukukçular tarafından hapis hakkı(Retentionsrecht) olarak tanındığı yönünde bkz. **Ernst**, Einrede, s. 60.

Satıcının böyle bir yetkiye sahip olmasının alıcının açtığı davada herhangi bir etkisi yoktu. Zira satıcı gönüllü olarak zilyetliğin devrini gerçekleştirmez ise, alıcı ancak satıcıyı tazminata (Geldkondemnation/ pecuniaria condemnatio) mahkum edebilirdi ki, satıcı exceptio doli vasıtasıyla kullanılan takas (Aufrechnung) imkanıyla alıcıya karşı koyabilirdi[15]. Alıcı, ancak satıcının bedelin ödenmesi şartına bağlı olarak edimini ifa etmek istemesi durumunda edimi elde edebilirdi[16].

Alıcının açtığı davada zilyetliği devretmeyen satıcıya bu anlamda bir takas hakkı tanındığından, satıcıya edimin ifasından kaçınma hakkı veya bir hapis hakkı tanımanın anlamsız olduğu sonucuna varılabilir. Roma Hukuku erken dönemindeki bu yaklaşım karşı tarafa güven duymayan ancak sözleşmeyi ifa etmek isteyen tarafa herhangi bir çözüm sunmamıştır[17]. Bu hususta her iki tarafa exceptio verilmesi ve alıcı ve satıcının aynı seviyede korunmasına ilişkin ihtiyaç geç dönem Roma Hukuku'nda kendisini daha yoğun hissettirmiştir.

3. Geç Dönem Roma Hukuku

Roma Hukuku geç ve yüksek klasik dönemde, "bona fides"in etkisiyle, satış bir borçlandırıcı işlemin içeriği olarak görülmeye başlanmıştır[18]. Bu dönemde, satış

Ayrıca bu yetkinin sadece satıcıya tanındığı, bu dönemde alıcı ile satıcı arasında bir eşitsizliğin olduğu yönünde bkz. **Ernst**, Einrede, s. 25.

15 Satış bedelinin ödenmesine yönelik talebi sayesinde, zilyetliği devretmeyen satıcı bedel ödeme borcunun ifasına mahkum edilse de, satıcı, exceptio doli vasıtasıyla, takas imkanını en geç icranın gerçekleşmesine kadar kullanarak kararın kendisine karşı icrasından kurtulabilirdi. Bkz. **Ernst**, Einrede s. 42.

16 **Ernst**, Einrede, s.42, 52 .

17 **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N.7; bu bakımdan önce ifa zorunda kalmaksızın paraya karşı eşyanın mübadelesini isteyen satıcıya takas hakkı tanınmasının faydasının ne olduğu sorulabilir: **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N.7.
Pennitz'e göre, Roma Hukuku dönemindeki hukukçular, bu hukuki sorunu genellikle usul hukuku perspektifinden ele almıştır. Bona fides'e dayanan tarafların edimlerini değiştirme yükümlülüğü günümüze kadar ulaşan kararları değil, bilakis maddi hukuk bakımından hukuki sonuçları olabilecek usul ekonomisi düşüncesini şekillendirmiştir. Satış sözleşmesinin kurulmasına dayanan iki ayrı actio aynı anda doğduğundan klasik dönemde satış sözleşmesinden doğan davalarda davalının durumu, iki ayrı davaya yol açmasını önlemek amacı çerçevesinde gözönüne alınmıştır. Kural olarak, davacı davada lehine karar elde etmek amacıyla dava açtığında satış bedelini de sunmak zorundadır. Alıcı dava açtığında ve ifa teklifi yaptığında karşı tarafa güvenmeyen davalı satıcı, aleyhine hüküm çıkmasını önlemek amacıyla, - (iudex) hakim önünde- eşyanın teslimini sağlayıp sağlamama hususunda serbestir. Bu şekilde edimlerin mübadelesi de gerçekleştirilebilir. Davacı karşı edimi kısmen ya da tamamen sunmadığı durumda, davası reddedilir. Bu durumda satış bedeline ilişkin hükmün infazına güvenen satıcı edimin ifasına karşı, karşı edimi elde etmek amacıyla dava açabilir. Böyle bir süreç mahkemenin kararına kadar sözleşmeden doğan edimlerin ifasını sağlamaya yönelir. Bkz. **HistorischK/ Pennitz,** §§ 320 -322, N. 8.

18 Real sözleşmeden rızai sözleşmeye geçişte savunulan görüşler için bkz. **Kaniti,** s.4 vd.

sözleşmesi artık kategorisel bir sözleşme olarak nitelendirilmiş ve sözleşme taraflarının borçlarını ifa imkanının genişlemesi sağlanmıştır. İkinci ve üçüncü yüzyıl hukuk literatüründe bir adım daha atılmış ve tarafların sözleşmenin kurulmasıyla yükümlülük altına girdikleri kabul edilmiştir. Özellikle o döneme ait hukuki metinlerde (*Gaiusa* ait metinler), satış sözleşmesi rızai sözleşmeler kategorisinin gücüyle bir contractus olarak görülür. *Ulpian*'a ait metinlerde satış bedelini ödeme yükümlülüğüyle, satış konusunun teslimi yükümlüğünün ana yükümlülükler olarak (tradition) karşılıklı olduğunun belirtildiğine rastlanır. Yüksek ve geç klasik dönemde tarafların edimlerin mübadelesi ile yükümlü olduğu kabul edilse de, bu dönemde mübadelenin hükümleri, tarafların borçlarını ifa etmesiyle değil, satış sözleşmesinin kurulmasıyla doğar[19]. Bu nedenle bugünkü anlamıyla bir bağlılıktan bahsedilmesi mümkün değildir.

Sözleşmenin kurulmasında rızai etkinin mevcut olduğu belirlendikçe, -satıcı ve alıcı arasındaki uyuşmazlıkta sadece satıcıya zilyetlikten yararlanma hakkı tanınmasında olduğu gibi- hukuki eşitsizlik durumu daha açık şekilde kendisini gösterir. Sözleşmeye bağlılığın esaslı sonuçları, sözleşmenin kurulmasıyla hüküm ifade etmeye başladığında, bir tarafın ifa talebine karşı koruma imkanı da aranacaktır. Geç ve yüksek klasik dönemde usul hukukunda hakime davacıyı mahkum etme yetkisi (karşı dava açılmamış olsa da davacıyı karşı edimin ifasına mahkum etme) verilmek suretiyle hukuki eşitsizliği giderme çabası bu arayışın açık göstergesi olmuştur. Yüksek klasik dönemde satıcıya hapis hakkı[20] (zilyetliği devretmekten kaçınabilmesi) verildiği kabul edilirse, bu dönemde ortaya çıkan eşitsizliğin amaca uygun ve eşit şekilde uygulanacak olan, hakime verilen davacıyı mahkum etme yetkisiyle dengelendiği görülebilir[21].

Hakime verilen davacıyı mahkum etme yetkisinin tanınmasıyla, fonksiyonel synallagmanın, en azından usul hukuku kapsamında gerçekleştirilmesinin sağlandığı söylenebilir[22]. Ancak her iki actio'nun birbirinden içeriksel bağımsızlığının gözardı

[19] **Ernst**, Einrede, s. 61.

[20] Yüksek klasik dönemdenden itibaren hukukçular tarafından, zilyetliğe dayanan baskı ve teminat fonksiyonu actio empti'de hukuki bir yetki veren bir hapis hakkı olarak tanınmıştır: **Ernst**, Einrede, s. 60.

[21] **Ernst**, Einrede, s. 61 - 62.

[22] **Ernst,** Einrede, s. 67; **Roos**, s. 10 dn. 36.

edilmemesi gerekir. Bu nedenle hakimin yetkisi ve bunun sonucu olarak içeriksel bağımsızlık nedeniyle karşılıklı olarak dava açabilme imkanı sadece bir tarafın hükmedilmesi tehlikesinin önüne geçecek şekilde değerlendirilmektedir[23].

Klasik dönemde alıcının açtığı davada zilyetliği devretmeyen satıcının parayı ödemeye mahkum edilmesi ve satıcının takas ileri sürebilme imkanı, gerçek anlamıyla bir kaçınma hakkının tanınmasının gerekliliğini ortadan kaldırdığından Justinianous Kodifikasyonu döneminde tarafların borçlandığını ifa etmesi ve borçlandığının icraya konu edilmesinin kabulü, (satış konusunun paraya çevrilmesinin engellenmesi, satılanın satıcıdan alınarak alıcıya verilmesi), zilyetliğin baskı fonksiyonunun alıcının açtığı davada gözönüne alınmasını sağlamıştır. Ancak satıcıya tanınan bu yetki, Justinianous döneminde, taraflardan birine tanınan bir yetki olarak değil, taraflara tanınan yetkinin eşit şekilde bölünmesiyle yeni bir hukuki temel elde etmiştir. Yetkinin diğer yarısı, Juistinianous döneminde alıcıya, kendisine karşı açılan satış bedeli davasında exceptio mercis non traditae[24] tanınması suretiyle kendisini göstermiştir[25]. Alıcıya, zilyetliğin devredilmediği sürece tanınan exceptio ile bedel ödeme talebine karşı çıkabilmesinin kabulü, klasik dönemdeki hukuki durumun radikal değişimi olarak görülür. Juistinianous döneminde alıcıya tanınan bu yetki genel bir görünüm kazansa da, bu dönemde çeşitli sorunların[26] doğmasına yol açmış ve döneme uyum sağlayamamıştır[27].

Sonuç olarak Roma Hukuku döneminde bildiğimiz anlamıyla karşılıklı borç yükleyen sözleşme ve bu sözleşmeye bağlı genel olarak ileri sürülen hukuki değerlendirmelere rastlanılmamakla birlikte, bu değerlendirmelere ilişkin ilk çabalar ortak hukuk döneminde kendisini göstermektedir.

---

23 Bu değerlendirme için bkz. **Ernst**, Einrede, s. 69.

24 Ayrıca bkz. dn. 8.

25 Bu yetkinin tanınmasıyla ve satıcıya tanınan bir hapis hakkı ile, Justinianous döneminde edimlerin ifası sürecinde synallagmadan (edim ile karşı edim birbirine bağlılığı) bahsedilebilir. Ancak bu sonuç, edim ile karşı edim arasındaki bağlılığın borcun içeriğine dahil olduğu sonucuna varılacak kadar ileriye götürülemez. Bkz. **Ernst**, Einrede, s. 71.

26 Bu sorunlardan birisi, alıcıya tanınan kaçınma hakkı ile periculum emptoris(hasarın alıcıda olduğu kuralı) arasındaki uygunsuzluktur. Bu anlamda satılanın hasara uğraması durumunda alıcı bu yetkiyi kullanamayacak satıcının borcu sona erecektir. İkinci bir husus olarak o dönem, sözleşmeden dönme hakkının eksikliği ve alıcının böylece sürekli kaçınabilme imkanı bulabilmesi, yetkinin Juistinianous dönemine uyum sağlamasını oldukça zorlaştırmıştır. Bu değerlendirme için bkz. **Ernst**, Einrede, s. 70-71.

27 **Ernst**, Einrede, s. 69-71.

C. Ortak Hukuk Dönemi

Edimlerin karşılıklılığı ve birbirine bağlılığı düşüncesi ortak hukuk döneminde gelişme göstermiştir. Taraflardan her birinin alacağının birbiriyle bağlantılı olduğu fikrinin gelişmesi, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin tanınmasını ve "exceptio non adimpleti contractus" un bir hukuki kurum olarak kabul edilmesini sağlamıştır. Ancak bu exceptionun hukuki niteliği, borç ilişkilerindeki etkisi konusunda ortak hukuk döneminde çeşitli tartışmalar yapılmıştır[28].

Glossatorlar ve kommentatorlar zamanında Roma Hukuku sözleşme şemasının gelişimi devam etmiştir. Bu durum ne rızai sözleşmeler prensibinin genişlemesini ne de karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin genel sınıflandırılmasını sağlamış olsa da[29] bu dönemden itibaren iradeye daha fazla önem verildiği söylenebilir. Özellikle kilise hukukçuları, iradelerin birleşmesinin tarafları bağlayacağını kabul etmişlerdir. Bu anlamda kilise hukukçularının edimlerin birbirine bağlılığına olan katkıları "*frangenti fidem, fides frangentur eidem*"(Bir taraf vaadini bozarsa, diğer taraf da vaadi ile bağlı değildir) [30] ifadesinde görülmektedir. "*Fidem frangenti, fides frangitur*" ile kilise hukukçuları genel olarak -bugünkü anlamıyla- synallagma prensibinin temellerini atmışlar, edimler arasındaki bağlılığının varlığını ortaya koymuşlardır[31]. Ancak kilise hukukçuları, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerle diğer sözleşmeleri ayırt edemediklerinden borcun ifa edilmediği definin uygulama alanını karşılıklı borç yükleyen akitlerle sınırlandıramamışlardır[32].

Glossatorlar bu dönemde problemi satış sözleşmesi bakımından ele almıştır. Taraflar birbirlerine güvenmiyorsa ve mahkeme dışı yollarla çözüm bulunamıyorsa (tevdi gibi), önce ifa yükümlülüğü edimi ilk talep eden tarafa yüklenmelidir. Bu durumda hukukçular, kavram birliği endişesi gütmeksizin exceptioya ilişkin belirlenenleri genelleştirmeye çalışmışlardır. Ancak onlar bu şekilde roma hukuku temelli bona fidese yabancı, ancak satıcı ile alıcıyı aynı yere koyan usuli bir kurum olan defiye ulaşmışlardır. İradeye dayanan tipik sözleşmelerde davacı kendi edimini

---

[28] **Rohmann,** s.3; özellikle ispat yüküne ilişkin ortak hukuk döneminde yapılan bu tartışmalar için bkz. **Rohmann,** s. 12 vd; **Kaniti,** s.8 vd.
[29] **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N. 9; ayrıca bkz. **Kaniti**, s.7.
[30] **Kaniti**, s.7
[31] **Hage**r, s.28.
[32] **Kaniti**, s.7.

ifa edene kadar, "actio" defi ile yüklü iken, atipik sözleşmelerde davacının kendi edimini ifa etmesi "actio" nun hüküm ifade etmesini sağlamıştır[33]. Bu dönemde kaynakların bu şekilde yorumlanması, tipik sözleşme olan satışın atipik sözleşmelerden ayrılmasını sağlamıştır[34]. Kommentatorlar ise bu bakış açısını korumuş sadece birkaç değişiklik yapmışlardır[35].

Kommentatorlar döneminde, *Jacobus de Ravanis*'in talep edenin kendi edimini ifa etmesi şartına bağlı, değişen taleplerin sözkonusu olduğu görüşü ele alınıp tartışılmıştır. Özellikle *Bartolus* ve *Baldus, Jacobus de Ravanis*'e karşı çıkarak, özellikle gerçek anlamda bir definin sözkonusu olduğunu belirtmişlerdir[36].

Bartolus[37], kommentarında, ultra citroque obligationem sözleşmelerine[38] dayanmış ve satış için öngörülen değerlendirmeleri, diğer karşılıklı tipik akitlere yansıtmıştır. Bu değerlendirme, davacının önce ifa yükümlülüğü yerini, karşı edimin hakime ifası, teminat gösterilmesi veya borçlanılanın ifasının tevdine bırakabileceğini belirterek davacının durumunu kolaylaştırabileceğini kabul eden öğretiye de uygundur. İkinci adım olarak, *Baldus*[39] infazı şarta bağlı ilam kurumunu alıcının veya satıcının exceptiosuna bağlı kılarak, aynı anda ifaya hükmedilmesinin temellerini atmıştır. Ayrıca exceptioyu geciktirici olan ancak mutlak olmayan(dava edilmesini önlemeyen) defiler çatısı altına yerleştirmiştir. Ancak bu sınıflandırma ortak hukuk döneminde çok tartışılmıştır[40].

Davalının bir exceptio ile korunmasının sağlanması fikri Alman Hukuku'nda da kabul görmüş ve Pandekt Hukuku'nun temel öğretilerinden birini oluşturmuştur.

---

33 **Ernst**, Einrede, s.82; **HistorischK/ Pennitz,** §§320 -322, N. 10 dn. 43.

34 Bu durum, definin, satış sözleşmesi dışında diğer borç ilişkileri bakımında da uygulama alanı bulabilmesinin önünü açmıştır. Bkz. **Ernst,** Vorgeschichte, s. 2.
Glossatorların bu dönemde borcun ifa edilmediği defini genel bir araştırma konusu yapmadığı, o döneme ait bazı hukuki metinleri yorumlamakla yetindikleri, Postglossatorlar'ın bazı sistematik sonuçlara ulaşabildikleri yönünde bkz. **Kaniti**, s.7.

35 **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N. 10; ayrıca bkz. **Ernst**, Einrede, s. 82

36 Bu görüşlere ilişkin bkz. **Ernst**, Einrede, s. 90.

37 Bartolus de Saxoferrato, Commenteria in Digestum vetus, Lyon, 1561, zu D, 19, 1,13, 8(naklen **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N.10.)
Bartolus'un borcun ifa edilmediği defini sözü edilen ultra citroque obligationem sözleşmeleriyle sınırlamış sayılması gerektiği yönünde bkz. **Kaniti**, s. 8.

38 Bu sözleşmelerin *Labeo*'nun bir metninde belirtildiği gibi emptio venditio, locatio conductio ve societas olduğu yönünde bkz. **Kaniti**, s. 8.

39 Baldus de Ubaldis, **ın VII—XI Codicis lib. Commenteria**, Venedig, 1599, zu C 7,50,2 (naklen **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N.10.)

40 *Baldus*'un çözümü, ileri sürülen definin, karşı edimin ifa edilmesi şartıyla, davanın bir daha açılmasını engellemediği anlamına gelmektedir. Bkz. **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N.10.

Bu surette hukuki kurumun nitelendirilmesinde *exceptio non (ad)impleti contractus* kavramı uygulama alanı bulmuştur[41].

Çok taraflı sözleşmeler ve iki taraflı sözleşmeler arasındaki farkları ortaya koyan sınıflandırmanın Fransız hümansitleri dönemindeki devam eden gelişiminde Pandekt Hukukçuları karşılıklı borç yükleyen sözleşmeleri diğerlerinden ayırıp bu sözleşmeleri kendine özgü sözleşme olarak niteleyip üzerinde çalışmışlardır. Ancak bu dönem boyunca exceptionun ileri sürülmesi ve uygulanmasındaki detaylar tartışmalı kalmıştır.

Öğreti öncelikle exceptionun ileri sürülmesiyle dava temelinin tartışma konusu yapıldığı veya ona itiraz edildiği sonucundan yola çıkmıştır. Buna farklı sonuçlar bağlanmıştır. İlk önce menfi defilerden (olumsuz bir duruma dayanan defiler) farklı olarak, ispat yükünün davalıya değil davacıya ait olduğu sonucu çıkarılmıştır[42]. Devam eden tartışmada bir kısım doktrin *exceptio non* ***ride*** *adimpleti contractus* hukuki kurumunu, ifanın gereği gibi yerine getirilmediği durumda ispat yükünü davalıya yüklemek amacıyla kullanmıştır. Ancak bu hususta, her ne kadar davalıya belirli durumlarda (ayıplı ifa gibi) ispat yükü verilse de, gereği gibi ifa edilmeme, hiç ifa edilmeme niteliğinde ele alınmıştır. Öğretinin bir kısmı defiyi mutlak defi olarak nitelendirmiş yeni bir dava açılması artık mümkün görülmemiştir. Böylece sürekli hiç ifa etmeme ile paralellik oluşturulmuştur. Baskın öğreti ise, *Baldus*'un belirttiği anlamda, exceptioyu geciktirici bir defi olarak görmüştür[43].

D. Doğal Hukuk Dönemi

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler kavramı, Pandekt Hukuku'nda ortaya çıkarken, sözleşmenin sınıflandırılmasının edimlerin mübadelesi düşüncesine göre şekillendirilmesi ve böylece tipik ve atipik sözleşmeler arasındaki farkların aşılması doğal hukuk öğretisine bırakılmıştır. Doğal hukuk öğretisinin bu çabası örneğin,

---

41 *Johannes Zanger* (1694) exceptio implenti'den bahsederken, *Johannes Oldendorph* (1692) exceptio non implenti contractus'tan bahseder, *Johannes Brunnemann* ise exceptio implementi non securi'den bahseder. Bkz. **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N.11 dn.49.
İlk defa 16. yüzyılda exceptio implementi ya da non impleti, daha sonra ise non adimpleti, davacının karşı edimi hiç ifa etmemesi yüzünden davanın reddini talep eden davalının savunmasını ifade eden teknik bir kavram olarak ortaya çıkmıştır. Bkz. **Rohmann,** s.4.

42 Ayrıca bkz. **Ernst**, Einrede, s. 107 -108.

43 Öğretideki görüşleri savunan yazarlar ve değerlendirme için bkz. **HistorischK/ Pennitz**, §§320-322, N. 11-12.

ispanyol geç dönem skolastiklerinin tipik ve atipik sözleşmeler arasındaki farkların pozitivist hukukun yeterli şekilde gerekçelendirilmemiş görünümü olduğuna işaret etmelerinde görülebilir. Dönemin Fransız hümanistleri de, atipik ve tipik sözleşme ayrımına girmeksizin, edimlerin mübadelesini (synallagma), iradeye dayanan sözleşmelerde sözleşmesel bağlılık için bir "causa" olarak görür[44].

Bu dönemde *Grotius*[45], taraf iradesine dayanan sözleşme öğretisini geliştirmiştir. Buna göre, kural olarak, kabul edildiği sürece, objektif şartlara sahip taahhüd ile haklar devredilebilir. Sözleşmelerde eşitliğe ilişkin belirli standartlar sağlanmalıdır. *Grotius*, bir tarafın menfaatine hizmet eden sözleşmeler ile karşılıklı borç yükleyen sözleşmeleri birbirinden ayırmıştır. Bu hususta tipiklik ve atipiklik ayrımı yapmamıştır. Böylece iradeye dayanan sözleşme öğretisi *Wolff*'un[46] ve *Grotious*'un görüşleriyle ilerlemiş, daha sonra doğal hukuk öğretisine dayanan kodifikasyonları da önemli ölçüde etkilemiştir[47].

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde birbiriyle mübadele ilişkisinde olan yükümlülükler bakımından doğal hukuk öğretisi genel görüşü sınırlandırmıştır. *Grotius*'un eserlerinde bunun işaretlerine rastlanır. *Grotius*'a göre[48], bir taraf edimini yerine getirmediğinde diğer taraf edimini yerine getirmek zorunda değildir. Böyle bir durumda bağlılık, önce kendi ediminin yerine getirilmesi geciktirici şartının gerçekleşmesiyle ortaya çıkar. Gereği gibi ifa edilmeme durumunda bu yüzden diğer tarafın bağlılığı geçersizdir. Bu yaklaşım *Pufendorf* ve *Wolff* tarafından geciktirici şart değil, bozucu şart niteliğinde görülmüş ve karşılıklı sözleşmeler açısından genelleştirilmiş, bu surette tarafların birbirine olan güvensizliği *Grotius*'dan farklı şekilde değerlendirilmiştir.

---

[44] **HistorischK/ Pennitz**, §§320-322, N.13.

[45] Hugo Grotius, **De iure belli ac pacis libri III**, Amsterdam 1646, lib.2, cap. 11, §14 (**HistorischK/ Pennitz**, §§320-322, N.13'den naklen)

[46] *Wolff*'un bu hususa katkısının, sözleşmenin kurulmasıyla mülkiyetin alıcıya geçeceği hususunu ve bu nedenle oluşan satıcının zorunlu önce ifa yükümlülüğü tehlikesini, mülkiyetin alıcı bedeli ödemeye hazır olana kadar satıcıda kalacağı görüşünü ileri sürmesiyle ortaya çıktığı yönünde bkz. **Ernst**, Einrede, s. 109.

[47] **HistorischK/ Pennitz**, §§320-322, N.13;

[48] **Grotius**, cap.12 §14.

Pufendorf[49], taraflar öncelikle bir sözleşme hususunda anlaştıklarından onların birbirlerine karşı güvensizlik hissedemeyeceğini ileri sürmüştür. Bu sebeple sözleşme dışı araçlar veya sözleşmeden dönme son çare olarak kalır. Ona karşı *Wolff*[50], kendisinden ifa talep edildiğinde, tarafın, seçim yetkisi olduğunu kabul etmiştir. Buna göre, o, ya sözleşmeden dönebilecek ya da teminat isteyebilecektir. Bu her iki Yazar'ın görüşü, exceptio non adimpleti contractus aracılığıyla hukuk kurallarının belirli hukuk geleneğine uygun olduğunu göstermektedir. Bu durum değişen edimler arasındaki bağlılığı düzenleyen 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu (Art. 1184)'nda görülebilir. Düzenlemede gereği gibi ifa edilmeme durumunda sözleşmenin sona ermesi amaçlanmıştır. Ancak daha sonra Fransız doktrini tarafından exceptio tamamlayıcı bir genel hukuk kurumu niteliğinde görülmüştür[51].

Fransız doktrininde, karşı edimin hiç ifa edilmemesi nedeniyle edim borçlusuna sözleşmeden dönme hakkı tanınması, o dönem Fransız Hukuku'nda exceptio non adimpleti contractus'a olan ihtiyacın arka planda kalmasına neden olmuştur. Ancak aynı dönemde Alman Hukuku'nda, sözleşmeden dönme hakkı kabul edilmesine rağmen, sözleşmeden doğan borçların ifasında çıkarı olan, sözleşmenin gelişimini isteyen davalının sözleşmeden dönme hakkı yerine exceptio non adimpleti contractus gibi bir koruma vasıtasına ihtiyaç duyacağı görüşü hakim olmuştur. Bu sebeple Alman Hukuku'nda borcun ifa edilmediği definin gelişimi, daha sonra Code Civil'in oluşumunda, Fransız Hukuku'nu olumlu yönde etkilemiştir[52].

Ortak hukuktan doğal hukuka geçiş sırasında, Bayern bölgesi düzenlemesi (Codex Maximilianus Bvaricus Civilis 1756) , tipik ve atipik sözleşme ayrımı yaparak, sözleşmeleri rızai sözleşmeler altında ele almıştır. Bütün rızai sözleşmeler için bir temel olan satış sözleşmesinde sadece satış bedelinin ödenmesine karşı malın teslim edileceği açıkça belirlenmiştir. Dönemin öğretisi bu durumu aynı anda ifa ilkesi olarak

---

[49] Samuel Pufendorf, **De jure naturae el gentium libri VIII**, Amsterdam 1688, lib 5, cap. 2, §8 s. 477(**HistorischK/ Pennitz**, §§320-322, N.14'den naklen)

[50] Christian Wolff, **Ius Naturae, Bd. III**, Halle 1743, §827, s. 579 (**HistorischK/ Pennitz**, §§320-322, N.14'den naklen)

[51] Görüşleri ileri süren yazarlar ve değerlendirmeler için bkz. **HistorischK/ Pennitz**, §§320-322, N. 14-15.

[52] **Ernst**, Einrede, s. 98.

değerlendirmiştir. Bu kural, Pandekt Hukuku oluşumu içerisinde exceptio non adimpleti contractus'un uygulanmasına katkı sağlamıştır [53].

Doğal hukuk öğretisi, 1794 tarihli Prusya Medeni Kanunu'nun (Allgemeine Landrecht) oluşumunu büyük ölçüde etkilemiştir. Kanun sözleşmelerin rızai karakterde olmasından yola çıkmış, *Pufendorf* ve *Wolff*'un görüşleri bakımından yararlı olan ile sorunlu olan arasındaki farkı ortaya koymuştur. Prusya Medeni Kanunu I 5 § 271'de, edimin ifasını talep edenin, karşı edimi gereği gibi yerine getirdiğini veya karşı tarafın neden önce ifa ile yükümlü olduğunu ispat etmesi gerektiği hükmüne yer vermiştir. Önce ifa yükümlülüğü yoksa veya ispat edilememiş ise bu durumda davalıya edimin ifasından kaçınma hakkı tanınmıştır. Dava sürecinde de en azından davacının karşı edimi ifa edip etmediği de gözönüne alınmıştır. Davalı bu belirsizliği kendi edimini ifa etmekten kaçınmak ile karşıladığında, Prusya'da bu, teknik anlamda bir defi olmayıp bilakis dava temelinin yetersizliği[54] olarak değerlendirilmiştir. Ancak sonraki doktrin bu durumda hakime davalıyı aynı anda ifaya hükmedebilme imkanı tanındığını kabul ederek bu hususu yumuşatmıştır. Çünkü doktrine göre davacı dava dilekçesinde sahip olduğundan daha fazlasını talep etmektedir[55].

E. Savunmanın Alman Hukuku'nda Gelişimi

Doğal hukuk öğretisinin etkisiyle karşılıklı borç yükleyen sözleşme kavramı ve oluşumu kanun yapımı süreçlerine de etkili olurken, exceptio non adimpleti contractus'a ilişkin tartışmalar uygulamanın ve hukuki düzenlemelerin oluşmasının da etkisiyle yeni bir dinamik kazanmıştır. Özellikle savunmanın gerekliliği, savunmanın niteliğinin belirlenmesi ihtiyacını da ortaya çıkarmıştır. Bu hususta özellikle *Heerwart* ve *Keller*'in görüşleri savunmanın hukuki niteliğinin belirlenmesine ilişkin tartışmalara yön vermiş ayrıca ulusal düzenlemelerde savunmanın son şeklini alabilmesini sağlamıştır.

---

[53] **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N. 16; Ortak Hukuk döneminde, savunmanın temellerinin aynı anda ifa ilkesinde olduğu, definin, aynı anda ifaya hükmedilmesinden bahsedilmesiyle anlam kazandığı yönünde bkz. **Soergel/Wiedemann,** §320, N. 1.

[54] Dava temelinin yetersizliği hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §1 III A 5. dn. 188-189

[55] **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N. 17 ; **Ernst**, Einrede, s. 110 -111; ayrıca bkz. **Kaniti,** s. 9-10.

Heerwart[56] edimin tamamı için ispat yükünün davacıda olduğu baskın görüşüne bağlı kalmıştır. Ancak davalının exceptio ile dava temeline itiraz ettiği görüşüne karşı çıkmıştır. Zira davalı, bu durumda –exceptio doli ile karşılaştırılabilecek şekilde- hakim tarafından re'sen gözönüne alınmayacak gerçek bir defi ileri sürer.

Heerwart'a göre[57], dava açıldığında, davalının edimden kaçınma hakkı için defi vasıtasıyla ortaya koyabileceği özel sebepleri vardır. Bu durum davacıyı cevaba cevap dilekçesinde aksini ispatlama durumuna getirir. Aksi takdirde -davacı bu ispatı gerçekleştiremediği durumda- davalı geciktirici defi sayesinde davanın reddini sağlayabilir. Defi karşı edimin varlığına dayanır ve davalının sadece bu durumu(karşı edimin varlığını) iddia ve ispat etmesi gerekir. Davacı, bu iddiaya karşı, kendi ediminin ifasını gerçekleştirdiğini ileri sürebilir. Genel kurala göre, bu iddiayı ispat yükü davacıya aittir. Ancak karşı edimin gereği gibi ifa edilmediği ihtimalde durum farklı şekilde ele alınmalı ve bu iddiayı davalı ispat etmelidir.

Keller[58], *Heerwart*'ın edimlerin birbirinden bağımsız olduğu fikrine itiraz ederek, edimlerin sözleşmenin kuruluşu sırasında birbirine bağlı olduğunu bu sebeple edimlerin aynı anda ifa edilmesinin talep edilmesi gerektiğini ileri sürer. Sözleşmenin hüküm ifade etmesiyle iki birbirinden bağımsız karşılıklı alacak hakları değil, bilakis karşı edim yükümlülüğü ile yüklenmiş alacaklar doğar. Bu bağlılık sürdüğü sürece davacı ancak aynı anda ifayı talep edebilir. Taraflardan her biri için edimlerin

---

[56] *Heerwart,* davalıya, davacının talebinin yerine getirilmesini engelleyici ve geciktirici bir hukuki kurumun tanınması gerektiğini ileri sürer. Bkz. Heerwart, **Über die exceptio non adimpleti contractus und non rite adimpleti contractus**, AcP, Bd.VII, 1824, s. 341 vd.; ayrıca bkz. **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N.19; **Schaller**, N.439.

[57] **Heerwarts**, s. 348 vd; Pandekt Hukuku'ndan(usus modernus*) Heerwart*'ın görüşüne dönüş bazı ana sorunların çözümünde de etkili olmuştur. Bunlardan birincisi zamanaşımı sorununa ilişkindir. *Heerwart*'dan önce, davacının talebine ilişkin zamanaşımının, karşı edim borcunun ifa edilmesiyle başlayacağı ve davacı, şayet karşı edim borcunu ifa etmez ise kendi talebinin zamanaşımının başlamasını önleyebileceği savunuluyordu. Savigny'nin de katkılarıyla, davalının savunmasının bir defi olarak kabul edilmesi, davacının karşı edim borcunu ifa etmesinin zamanaşımının işlemesini başlatacağı görüşünün terk edilmesini sağlamıştır. İkinci husus, o dönemde, davalının gıyabında görülen davalarda dahi davacının kendi edimini ifa ettiğini iddia ve ispat etmesi gerektiği kabul edilmekteydi. *Heerwart*'ın görüşü, bu noktalar bakımından da tercih edilebilir niteliktedir. Bu değerlendirme için bkz. **Ernst**, Einrede, s. 115 -116; ayrıca bkz. **HistorischK/ Pennitz**, §§320-322, N. 19.

[58] Friedrich Ludwig von Keller, "**Noch Etwas Über Die Exceptio Non Adimpleti Contractus"**, Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts, Bd. IV, 1860, s. 339 vd; ayrıca bkz. **HistorischK/ Pennitz**, §§320-322, N.19-20; **Ernst**, Einrede, s. 117-119; *Keller*'in görüşü ve *Keller*'in görüşüne karşı yöneltilen eleştirilerin ayrıntılı analizi için bkz. **Rohmann**, s. 6 -17, 38 -46.

sözleşmeye uygun şekilde mübadelesini talep hakkı ortaya çıkar. Bu hakkın dayanağını bona fideste bulmak mümkündür. Zira taraflardan birisi kendi edimini ifa etmeden karşı taraftan edimin ifasını talep ederse bona fidese aykırılık teşkil edecektir.

Bu itirazlara rağmen *Heerwart*'ın görüşü 19. yüzyılın ikinci yarısında baskın teori olarak uygulama alanı bulmuştur. Hatta bu görüşün etkisi dönemin bazı hukuki düzenlemelerine de yansımıştır. Bu anlamda, özellikle 1863 tarihli Saksonya Medeni Kanunu §860, 1866 tarihli Dresden Tasarısı[59] Art.153 teknik anlamıyla definin kabul edildiği düzenlemeler olarak zikredilebilir [60].

Heerwart'tan sonra, tarihi süreç içerisinde "exceptio" nun maddi hukuka ilişkin bir defiye dönüşümü *Windscheid* ve *Savigny* tarafından sağlanmıştır. *Savigny*[61], exceptioyu tarihi sürecindeki görünümünden çekip kurtarmış, defi ile itiraz arasındaki farkı açıkça ortaya koymuştur. Bu farkın tarihi olmayıp, açıkça hukuki ilişkinin varlığı içerisinde ortaya çıktığını belirtmiştir. *Windscheid*[62] ise, usul hukuku anlamında defi ile maddi hukuka ilişkin defi arasındaki farkı ortaya koymuştur. Tartışmalı defi kavramını, edimin ifası talebine karşı ileri sürülebilecek maddi hukuka ilişkin bir karşı hak şeklinde ortaya koyarak salt usuli görünümünden kurtarmıştır. *Windscheid* tarafından belirtilen definin maddi hukuk kurumu olarak değerlendirilebileceği görüşü BGB'nin oluşumunda Alman kanunkoyucuyu da önemli ölçüde etkilemiştir[63]. Alman kanunkoyucu, tasarıda, edimin ifasından kaçınma hakkını, açıkça hakkın davalı tarafından ileri sürülmesi gerekliliğine bağlamıştır. Tasarıda definin borçlu tarafından ileri sürüldüğü zaman etkili olacağı, hakim tarafından gözönüne alınacağı açıkça belirtilmiştir[64].

---

[59] 1866 tarihli Dresden Tasarısı, Alman Hukuku'nda birlik sağlanması amacıyla o dönem, borçlar hukukuna ilişkin mevcut çeşitli hukuki düzenlemelerin biraraya getirilmesi amacını gerçekleştirmeye yönelen bir tasarıdır. Bu tasarı, Bayern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Hessen-Darmstadt, Mecklenburg- Schwerin, Nassau, Meiningen ve Frankfurt hükümet temsilcilerinden oluşan komisyon tarafından hazırlanan bir tasarıdır. Tasarı, genel itibariyle, BGB'nin ve OR'nin oluşturulmasında etkili olmuştur. Bkz. **Ross**, s.139 vd.

[60] Bu değerlendirme ve ayrıntılar için bkz. **Schaller**, N.439, N.63 vd; ayrıca bkz. **HistorischK/ Pennitz**, §§320-322, N. 21; **Ernst**, Einrede, s. 115.

[61] Friederich Carl von Savigny, **System des heutigen römischen Rechts**, 5. Bd. , Berlin, 1841, 157 vd.

[62] Bernhard Windscheid, **Die actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkt des heutigen Rechts**, Düsseldorf, 1856, s. 5 vd, 225.

[63] **Schaller**, N.53.

[64] MOTİVE zum BGB, Bd. I, s. 360.

Doktrin[65] tarafından da Alman kanunkoyucunun, 1794 Prusya Medeni Kanunu'nun kabul ettiği düzenlemeyi(dava temelinin yetersizliği savunması yönünde değerlendirilen düzenleme) reddederek, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edim ve karşı edimin aynı anda ifa edilmesi kuralını düzenlediği, ortak hukuk dönemindeki savunmanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara girmeksizin usuli gerekçelerle açıkça defi teorisine katıldığı ileri sürülmüştür. Alman kanunkoyucuya göre, kaçınma hakkı teknik anlamda bir defi ile ileri sürülebilir. Çünkü böylelikle davacının davalıya karşı ileri süremeyeceği(mazur görülebilir hatadan veya eksiklik nedeniyle) ve davalının savunmak istemediği veya savunamayacağı sebeplerle davacının davayı kaybetmesi önlenebilecektir.

BGB'nin kabul ediliş sürecinde ve özellikle I ve II kanun tasarılarında ve bu tasarılara karşı ileri sürülen eleştirilerde, definin hukuki niteliği dışında, çeşitli hususlar ele alınmıştır. Bu kapsamda savunmayı ileri sürecek tarafın önce ifa yükümlüsü olup olmadığı ve önce ifa yükümlülüğünün kaynağı, önce ifa yükümlülüğünün sözkonusu olmadığı ve bu surette edimin ifasından kaçınılması durumunda hakimin vereceği hüküm, tarafların alelade alacağı mı isteyeceği yoksa aynı anda ifayı mı talep edebileceği, ifa teklifinin yeterli olup olmadığı, birden fazla alacaklı durumunda savunmanın ileri sürülebilirliği ve etkisi, aynı anda ifaya mahkumiyet hükmünün düzenlenişi, borçlunun karşı edimin ifasını kabul ettikten sonra gereği gibi ifa edilmeme durumunun tespitinde ispat yükü, ifayı kabulün definin ileri sürülebilirliğini ortadan kaldırıp kaldırmadığı hususunda çeşitli tartışmalar yapılmış, tasarının son halini alacağı zamana kadar eklemeler ve çıkarmalar yapılmıştır[66].

Bunlardan bir kısmına kısaca değinmek gerekir. İlk komisyonda yer alan borçlar hukuku bölümü için görevlendirilen *Franz P. Kübel*[67]'in hazırladığı, 1866 tarihli

---

[65] Hs. Th. Soergel/ Beate Gsell, **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Kohlhammer Kommentar Schuldrecht 3/2 Band 5/2 §§320-327**, 13. Aufl., Stuttgart, 2005, §320 N.1; Volker Emmerich, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil §§241-432**, 7. Aufl, München, 2016, vor §320, N.11; **HistorischK/ Pennitz**, §§320-322, N.22; aksi görüşler ve diğer açıklamalar için bkz. aşağıda §1 III.

[66] BGB'de yer alan borcun ifa edilmediği defi ile ilgili hükümlerin kabul ediliş süreci, I ve II. Tasarı'da hükmün düzenlenişi ve tasarıya yöneltilen eleştirilerin ayrıntılı analizi için bkz. **Ross**, s.167 vd.

[67] II. Reich döneminde, dönemin anayasasındaki değişiklikle birlikte birlik arz eden bir Alman Medeni Kanunu oluşturulması için ilk komisyona görev verilmiştir. Bu komisyonda borç ilişkisinden doğan

Dresden Tasarısı'na paralel tasarıda, karşı edim ifa edilmez ise borçlunun edimin tamamından kaçınabileceği düzenlemesinde edimin tamamı ifadesi, ilk komisyonca çıkarılmıştır[68]. Ayrıca *Kübel*'in tasarısında yer verdiği §6 düzenlemesinde ifanın kabulünden sonra ayıplı ifa ve gereği gibi olmayan ifa durumunda kaçınma hakkının düşeceği yönündeki düzenleme de tasarıdan çıkarılmış ve bu durumda davalının sadece ayıplı ifa durumunda ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hukuki sonuçlardan yararlanabileceği hükmü düzenlenmiştir[69].

Kübel'in hazırladığı ve ölümü nedeniyle tamamlayamadığı tasarı çeşitli eklemelerin ve çıkarmaların sonunda I. Tasarı'nın (1885-1887) oluşmasını sağlamıştır. Ancak I. Tasarı'da tartışılan hususlara ilişkin §§362- 367 hükümlerinde yer alan düzenleme, daha sonra II. Tasarı'da değişikliğe uğramıştır ve meclise sunulmadan önceki son şeklini §§314- 316 hükümlerinde, sırasıyla, borcun ifa edilmediği defi (§314), borçlunun ifada aciz defi (§315) ve bu savunmaların ileri sürülmesinin aynı anda ifaya mahkumiyete yol açacak etkisi (§316) düzenlenerek almıştır[70]. Meclis 'teki görüşmelerden sonra defi ve diğer hususlar §§320- 322 'de düzenlenmiş, ve bu hükümler 01. 01. 1900' de BGB 'nin yürürlüğe girmesiyle uygulama bulmuştur. Ayrıntılarına daha sonraki bölümlerde değineceğimiz BGB §320 borcun ifa edilmediği defini düzenlerken, BGB §321 borçlunun ifada aczi defini, BGB § 322 ise definin ileri sürülmesinin etkisini düzenlemektedir[71].

haklar bölümü için *Franz P. Kübel* yetkilendirilmiştir. *Franz P. Kübel*'in bu bölüme ilişkin çalışmaları ölümü nedeniyle yarım kalmıştır. Bkz. **Ross**, s. 167 vd.

[68] İlk komisyonda, ifadenin kısmi ifa durumunda dahi hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek şekilde edimin tamamından kaçınılabilmesini sağlayacağı ve bu durumun oluşturacağı haksızlığın önlemek için açıkça tamamen ifadesine yer verilmemek gerektiğine karar verilmiştir. Bkz. **Ross**, s. 177.

[69] Komisyonda, bunun sebebi olarak, davalının, karşı edim ifa edildikten sonra karşı edimin ayıbını veya gereği gibi ifa edilmediğini ileri sürerek defi ileri sürme imkanını arayacağı ve bu nedenle defiyi ileri sürme imkanının kendisinden alınması gerektiği ileri sürülmüştür ve sadece ayıp için düzenleme getirilmiş, gereği gibi ifa edilmeme halinde durumun ne olacağı düzenlenmemiştir. Bkz. **Ross**, s.183; diğer değişiklikler, karşı tasarılar ve gerekçeler için bkz. **Ross**, s. 176 vd.

[70] **Ross**, s. 209.

[71] BGB §§320 vd. 'nın hazırlanışı sürecinde davalının defi ileri sürmesi durumunda hakimin hangi yönde karar vereceğine ilişkin görüşler, BGB §322'in hazırlanması sağlamıştır. Ancak ne 1881 tarihli ne de 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda BGB § 322'i karşılayan bir hükme yer verilmiştir. Böyle bir hükmün Türk ve İsviçre Hukuku'nda olmamasının ortaya çıkardığı sorun ve çözüm önerilerine ilişkin bkz. aşağıda §4 II.

F. Savunmanın Türk ve İsviçre Hukuku'nda Gelişimi

1. 1911 Öncesi Kanun Tasarılarının OR Art. 82'e Etkisi

İsviçre Borçlar Kanunu'nun borcun ifa edilmediği savunmasına yer vermesi bakımından, 1881 tarihli yürürlükte olmayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun oluşumuna etki eden 1866 tarihli Dresden Tasarısı ile özellikle 1869 tarihli Münzinger Tasarısı[72] hükümlerini incelemek gerekmektedir.

Dresden Tasarısı Art.153'te borcun ifa edilmediği savunması borçlu bakımından ele alınır şekilde şöyle düzenlemiştir:

" İki taraflı sözleşmede, sözleşmenin niteliğine ve içeriğine göre diğerine daha önce ifa etmekle yükümlü olmayan sözleşenlerden her biri, diğer sözleşen onun tarafından sözleşmeyi ifa etmemişse veya bağlılığın kapsamına göre ifaya hazır değilse, bu süre zarfında borçlandığı edimi ifadan kaçınabilir."

Tasarı'da hükmün bu şekilde kaleme alınışıyla sonradan baskın teori olarak ortaya çıkan ortak hukuka ait defi görüşünün açıkça kabul edildiği söylenebilir[73].

Bugünkü anlamda OR Art. 82'nin savunmayı ele alış tarzı bakımından, 1871 tarihli Münzinger Tasarısı, Dresden Tasarısı'ndan açıkça ayrılmıştır. 1881 tarihli OR Art. 95'e temel olan ilk tasarı bu anlamda Münzinger Tasarısı'dır[74].

1871 tarihli Münzinger Tasarısı Art. 132[75]'e göre;

"Edim ile karşı edimin karşılıklı olduğu durumda, diğerinden ifayı talep eden kişi onun tarafından ya ifayı gerçekleştirmeli ya da ifaya hazır olmalıdır. Meğer ki, işlemin niteliğine veya içeriğine göre daha sonra ifa ile yükümlü olsun."[76]

---

[72] Kanton temsilcilerinin buluştuğu konferansta birlik arz eden bir Borçlar Kanunu oluşturulabilmesi ihtiyacı belirlendikten sonra Borçlar Kanunu tasarısı hazırlanması hususunda *Prof. Walther Münzinger*'e yetki verilmiştir. *Münzinger* 1869'da borçlar hukuku genel hükümler ile satış sözleşmesine ilişkin düzenlemeler içeren bir kanun tasarısı hazırlamış ve bu tasarı komisyona sunulmuştur. Komisyonun görüşleri çerçevesinde *Münzinger*, 1871 yılında yayımlanacak tasarıya(daha sonra I. Tasarı olarak nitelendirilecektir) son halini vermiştir. Bkz. **Ross**, s. 149.

[73] **Schaller**, N.67; **Ernst**, Einrede, s. 127-128.

[74] *Kaniti*'nin, İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlanması sürecinde Dresden Tasarısı'nın etkisi yadsınamazsa da, İsviçre Borçlar Kanunu'nda borcun ifa edilmediği defi düzenlemesinin Dresden Tasarısı'na dayandığı intibaı uyandıracak şekilde değerlendirmede bulunması isabetli değildir. Bu isabetli olmayan değerlendirme için bkz. **Kaniti**, s. 40-41.

[75] Düzenlemenin ikinci revizyondan sonraki son haline kadar, lafızda bir kaç değişiklik dışında I. Tasarı genel itibariyle, ikinci revizyonla son halini alan 1881 tarihli yürürlükte olmayan Borçlar Kanunu Art. 95'in temellerini atmıştır. Bkz. **Ross,** s. 154.

[76] Münzinger'in tasarıya ilişkin herhangi bir gerekçe yayımlamadığı yönünde bkz. **Ross**, s. 152.

Tasarı'nın hükmü düzenleyiş tarzından anlaşılacağı üzere edimin ifasını isteyen alacaklının karşı edimin ifasını teklif veya gerçekleştirmesi gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Bu sebeple İsviçre doktrini Münzinger Tasarısı'nın bu ifade şekli ile ifa teklifi veya önce ifayı, talebin bir şartı(dava temeli) olarak ele almış göründüğünü [77], hükmün bu haliyle açıkça dava temelinin yetersizliği savunmasına atıf yaptığını ve defi karakterinden ayrılan bir görünüme sahip olduğunu ileri sürmüştür[78]. Münzinger Tasarısı'nın bu düzenlemesi, 1794 tarihli Prusya Medeni Kanunu §271 I 5'te yer alan borcun ifa edilmediği savunmasının ele alınış tarzından etkilenmiş görünmektedir[79].

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği dönemde teknik anlamda defi kavramı, bilinen ve üzerinde konuşulan bir kavram olmasına rağmen dönemin tartışmalara yol açan kanun yapma tekniği, definin teknik anlamda kullanımını sağlayamamıştır. Ancak Kanunu'nun yürürlüğe girdiği dönemde baskın görüşün defi yönünde olması ve kanunkoyucunun bu hususu açıkça düzenlemeyerek doktrine bırakması, bu anlamda baskın görüşten ayrılmak istemediği şeklinde yoruma ağırlık verilmesini sağlamaktadır[80]. Hatta düzenlemenin yürürlüğe girmesinden sonra doktrin 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu Art. 95'te yer alan düzenlemeyi[81] defi teorisine uygun yorumlamıştır[82].

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu, 1911 tarihli Medeni Kanunun tamamlanmasına ilişkin Federasyon Kanunu ile revize edilip ZGB'ye uyarlanmış ve

---

[77] Andreas Von Tuhr/ Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II (mit Supplement)**, 3. Aulf, Zürich, 1984, N.60; **Schaller**, N.71.

[78] **Schaller**, N.71; Dresden Tasarısı'nın (1866) Münzinger'in hazırladığı tasarıdan(1871) daha önce yayımlanmış olması nedeniyle Münzinger'in tasarıyı bu şekliyle ele alışı konusunda bilinçli davrandığı yönünde Alman doktrininde yapılan değerlendirme için bkz. **Ross**, s. 153.

[79] **Schaller**, N. 71.

[80] **Kaniti**, s. 41; aksi görüş için bkz. Gregor Wiget, **Die Durchsetzung von Ansprüchen aus synallagmatischen Verträgen nach zürcherischer Zivilprozessordnung**, Zürich, 1980, s. 19, s. 20; ayrıca bkz. dn. 85.

[81] 1881 tarihli OR Art. 95' e göre,
"*İki taraflı sözleşmede ifayı isteyen kişi, ya ifayı daha önce gerçekleştirmiş olmalı ya da ifayı teklif etmelidir. Meğer ki işlemin içeriğine ve niteliğine göre daha sonra ifa ile yükümlü olsun*".
1881 tarihli OR Art. 95 'te, Münzinger Tasarısı'nda yer alan "ifaya hazır olmalı" ifadesi, "ifayı teklif etmesi gerektiği" şeklinde değiştirilmiştir. Bkz. **Ross**, s. 161.

[82] **Schaller**, N.74, N.74 dn. 127; hatta Art. 95'i ilk defa yorumlayanlar arasında yer alan Schneider/ Frick, davacının karşı edimin ifasını en azından teklif etmediği sürece, düzenlemede belirtilen istisnalar saklı kalmak üzere davalıya borcun ifa edilmediği defi tanınacağını açıkça belirtmiştir. Bkz. Albert Schneider/ H. Fick, **Das Schweizerische Obligationenrecht: Sammt den Bestimmmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit**, Zürich, 1882, s. 99; ayrıca bkz. **Ross**, 164.

ZGB'nin 5. Kitabı olmuştur. Bu nedenle yürürlüğe giren 1911 tarihli OR Art. 82'e göre;

> *"İki taraflı sözleşmede diğerinden ifayı talep eden kişi, ya edimini daha önce ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olmalıdır. Meğer ki sözleşmenin niteliğine veya içeriğine göre daha sonra ifa etmek zorunda olsun."*

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu Art.95'i, genel itibariyle, hem lafız hem de içerik bakımından karşılayan OR Art. 82 'nin bu anlamda talep etme hakkına sahip alacaklının bakış açısından formüle edildiği söylenebilir. Düzenlemede yer alan *"olmalıdır(muss)"* ifadesi, borçluya bir defi hakkı tanınmasından ziyade, alacaklının edimin ifasını talep etmeden önce karşı edimin ifasını teklif etmek veya ifayı gerçekleştirmekle yükümlü (bu anlamda dava temeli) olduğu görünümü vermektedir[83].

Ancak kurumun tarihi gelişiminde de görüleceği üzere, savunmanın hukuki niteliğini belirlemede –daha önce değindiğimiz üzere- düzenlemenin lafzından hareket etmek her zaman çözüme ışık tutmamaktadır. Aynı değerlendirme TBK m. 97/ OR Art. 82 (BGB §320 [84]) için de sözkonusu olmaktadır ve doktrin[85] düzenlemenin lafzından hareket etmenin isabetli olmadığı konusunda hemfikirdir.

---

[83] **Schaller**, N. 434; **Wiget**, s. 19

[84] OR Art. 82'nin aksine, BGB §320, borcun ifa edilmediği define ilişkin hükmü borçlu açısından ele almıştır ve alacaklının ifayı teklif etme veya ifayı gerçekleştirmesi gerektiğini değil, borçlunun edimin ifasından kaçınabileceğini belirtmektedir. BGB §320'nin " kann verweigern"(kaçınabilir) ifadesine yer vermesi savunmanın bir defi olarak ele alındığı şeklinde yorumlanmaya müsaittir. Bkz **Schaller**, N. 434 -435; ancak buna rağmen Alman Hukuku'nda aksi yönde görüşler ileri sürülmüş, *Keller*'in görüşüne katılan yazarlar olmuştur. Bkz. **Rohmann**, s. 15-21; ayrıca bkz. aşağıda §1 III; Alman Hukuku'nda hükmün ifadesinden savunmanın hukuki niteliğinin çıkarılamayacağının genel olarak kabul edildiği yönünde bkz. **Wolfgang van den Daele, Probleme des gegenseitigen Vertrages,** Hamburg, 1968, s. 44; Alman Hukuku bakımından, savunmanın hukuki niteliğinin, BGB §320'e göre savunmanın davada ileri sürülmesi zorunluluğunu ve bir defi şeklinde oluşturulduğu gerçeğini değiştirmeyeceği, hukuki niteliğinin farklılığının maddi hukuk bakımından kendisini göstereceği yönünde bkz. Frank Fichtner, **Die Durchsetzung von Ansprüchen auf Leistung Zug um Zug zwischen materiellem Recht, Verfahrenrecht und Verfassungsrecht**, Köln, 2002, s. 43. Alman Hukuku bakımından ifadenin doktrinde istenen birliği sağlayamadığı, Alman Hukuku'nda yapılan teorik tartışmaların bu anlamda İsviçre Hukuku'nu OR Art. 82'nin hukuki niteliği, hükümleri ve temel düşüncesinin oluşturulması hususunda etkilediği yönünde bkz. **Schaller**, N. 437.

[85] Peter Gauch/ Marius Schraner, **Kommentar zum Schweizerishen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. V/1e, Die Erfüllung der Obligationen, Erste Lieferung Art.68-83 OR**, Schulthess, Zürich, 2000, Art. 82 N. 7 ; Robert Müller, **Gesellschaftsvertrag und Synallagma, Die Anwendbarkeit der Normen über die synallagmatischen Verträge auf dem Gesellschaftsvertrag**, Zürich, 1971, s.88-89; **Kaniti**, s.39-40; Robert Simmen, **Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (OR 82) unter besonderer Berücksichtigung ihrer Problematik bei den Veräusserungsverträgen,** Stämpfli, Bern, 1981, s. 38; **von Tuhr/ Escher**, N. 60; Rolf H. Weber, **Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligationen Art.68-96 OR, Bd. VI/1/4,** 2. Aufl. , Bern, 2005, Art 82, N. 199; Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Zürich, 1964, s. 464; Türk Hukuku bakımından aynı yönde

2. TBK m. 97'nin Düzenlenişi ve yBK m.81 ile Karşılaştırılması

OR Art.82'nin bir yansıması olan yBK m. 81, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK m. 97 ile güncelleştirilmiş ve yBK m. 81'e paralel şekilde düzenlenmiştir. TBK m.97'de mehaz kanuna uygun olarak[86] düzenlemenin savunmaya mutahap olacak alacaklının bakış açısından ele alınması usulunü koruduğu görülmektedir[87].

yBK m.81'e göre;

"Mütekabil taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse, akdin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkı olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olmak lazımdır."

TBK m.97'e göre ise;

"Karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını önermiş olması gerekir."

---

bkz. Vedat Buz, "**Ödemezlik Def'inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi**", BATİDER, 29/4, 2013, s. 93.

86 OR bakımından aynı yönde bkz. **Simmen**, s.37; **Wiget**, s. 19; **Schaller**, N. 434-435.

87 Karşılıklı borç yükleyen sözleşme başlığı altında TBK m.97 ile birlikte yer alan borçlunun ifada aczi define ilişkin TBK m.98'de açıkça borçlunun kaçınabileceği belirtilmiştir. Burada kanunkoyucunun TBK m.97'i kendisine karşı kaçınma hakkı kullanılacak alacaklının bakış açısından, TBK m.98'i ise kaçınma hakkını ileri sürebilecek borçlunun bakış açısından ele almasındaki farklılık TBK m.97'nin ele alınış tarzı gözönüne alındığında TBK m. 97'de tanınan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin farklı değerlendirilmesini yeterli derecede haklılaştırmaz. Hatta TBK m. 98'de hükmün borçlu açısından ele alınmasında hukuki zorunluluk olduğu da söylenebilir. Zira, alacaklının bakış açısından hüküm kaleme alınsaydı; önce ifa alacaklısı olan karşı edim borçlusunun, edim borçlusundan olan alacağını talep ederek borçluyu ifaya zorlayabilmesi için, karşı edim borcu bakımından teminat göstermesi veya karşı edimi ifa etmesi ya da en azından ifasını teklif etmesi gerektiği şeklinde belirtilebilirdi. Bu ifade ise isabetli olmayan sonuçlara yol açardı ve istenen amacı yansıtmada yetersiz kalırdı. Zira karşı edim borçlusu borcunu ifa bakımından aciz halinde olduğundan karşı edimi ifa etmesi veya ifasını teklif etmesi beklenemez. Sadece teminat göstererek önce ifa alacağını elde edebileceği belirtilebilirdi. Bu hususun ise maddenin amacı gözönüne alındığında ne derece yetersiz olduğu anlaşılabilir. Bu nedenlerle TBK m. 98'nin borçlunun bakış açısından kaleme alınması zorunluluk teşkil etmiştir. TBK m. 97 bakımından ise kanunkoyucunun hükmü alacaklının bakış açısından ele alması böyle bir zorunlululuğun sonucu değildir. Salt bu nedenle, savunmanın hukuki niteliği bakımından TBK m. 97'nin, TBK m. 98'den farklı ele almayı gerektirdiğini ileri sürmek hem tarihsel hem hukuki perspektif açısından çelişkiye düşmek olur. Ayrıca bkz. aşağıda §1 IV, A.
Aksi yöndeki isabetsiz görüş, OR Art. 82 ile Art. 83 arasındaki systematik ve lafzi yorumdan kanunkoyucunun teknik anlamda defi değerlendirmesini yapmasını doktrine bırakmak istediği veya bıraktığı şeklinde bir sonuca varılamayacağını, bu yüzden OR Art. 82 (TBK m. 97) den, savunmanın teknik anlamda "defi" olduğunun çıkarılamayacağını ileri sürmektedir. Bkz. **Wiget**, s. 20.
Kanaatimizce TBK m. 97/ OR Art. 82 bakımından kanunkoyucunun iradesinin savunmanın nitelendirilmesini doktrine bırakmak istemediğinden yola çıkarak savunmanın defi olmadığını kabul etmek için yeterli sebep yoktur. Bu sebeple bu görüş isabetli değildir. Ayrıca bkz. aşağıda §1 III, A.

TBK m. 97'de talep eden kişinin "*bir ecelden istifade hakkı*" ifadesi yerine "*daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça*" ifadesine yer verilmesi isabetlidir. Zira talep edenin borçludan daha önce ifa yükümlülüğünün olduğu durumda da talep eden alacaklının bir vadeden yararlandığı söylenebilir. Bu durumda bir vadeden istifade imkanı olan alacaklının da önce karşı edimi ifa etmesi veya ifasını teklif etmesi gerekebilir. Bu sebeple önce ifa yükümlüsü olmadığının veya bu anlama gelen bir ifadenin kullanılması, hem edimin muacceliyetinden sonra karşı edimin muaccel olduğu durumları hem de karşı edimin muaccel olmasının edimin ifası geciktirici şartına bağlandığı durumları kapsar niteliktedir. Ancak her halde bu iki durum yBK m.81 uygulama alanı kapsamındaydı. Dolayısıyla borcun ifa edilmediği definin uygulama alanı ve hukuki kapsamının belirlenmesi bakımından değil, lafzın ilgisiz anlamları kapsamasının önüne geçilmesi bakımından TBK m.97'nin ifadesi yBK m.81'e göre isabetlidir.

Bir diğer taraftan TBK m. 97 hükmün amacı ve tarihsel gelişimi gözönüne alındığında geniş şekilde yorumlanması gerekirken lafız nedeniyle yorumu sınırlayabilecek ifadelere yer vermesi bakımından eleştirilebilir. TBK m. 97'de, talep eden alacaklının, borçlunun önce ifa ile yükümlü olmaması gerektiğini belirtmek amacıyla kullanılan, "sözleşmenin koşullarına veya özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça" ifadesi, daha sonra ifa etme hakkının kaynağına yer vermekle, lafzen sınırlayıcı bir ifade görünümündedir. Daha sonra ayrıntılarına değineceğimiz üzere, önce ifa yükümlülüğünün kaynağını sadece sözleşmeler oluşturmaz[88]. Bu nedenle düzenlemede, bu ifadeye yer vermemek (ayrıntılarına ileride değineceğimiz OR 2020 Art.101'de olduğu gibi) isabetli olurdu.

Herhalde, genel olarak, TBK m.97'nin, hükmün ele alınış tarzı bakımından mehaz kanuna uygun hale getirilmesi ve yBK' da yer verilen ancak mehaz kanunda yer almayan, farklı anlaşılabilmeye müsait, hukuken istenmeyen sonuçlara yol

[88] Ayrıca bkz. aşağıda §2 IV; TBK m. 97'nin lafzının ortaya çıkaracağı riskler ve hükmün amaca uygun yorumu için bkz. aşağıda §1, IV, A.
BGB §320, OR Art. 82/ TBK m. 97'den farklı olarak, kaçınabilecek kişinin önce ifa yükümlülüğü sözkonusu değilse kaçınabileceğini belirterek, önce ifa yükümlülüğünün kaynağını sözleşmenin içeriği veya niteliğiyle görünürde sınırlı şekilde ele almamıştır. OR 2020 Art. 101 ise, önce ifa yükümlülüğünden hiç bahsetmemiş, daha geniş bir uygulama alanına yönelmiştir. Bkz. aşağıda §1 F 3.

açabilecek ifadelere yer vermemesi itibariyle isabetli bir hüküm olduğunu söylemek gerekir.

3. OR 2020 Tasarısında Savunmanın Düzenlenişi

Borcun ifa edilmediği define ilişkin hükümlerin kurumu ele alış tarzı bakımından belirttiğimiz aksaklıkların giderilmesi, OR 2020 Tasarısı'nın oluşturulmasında da gündeme gelmiş, bu aksaklıklar Tasarı'da büyük ölçüde giderilmiştir.

OR 2020'de borcun ifa edilmediği defi ve borçlunun ödemeden aczi define ilişkin mevcut düzenlemeye paralel düzenleme, sırasıyla OR 2020 Art. 101 ve Art. 102'de kendini göstermektedir. Ayrıntılarına daha sonra değineceğimiz bu düzenlemelerin başlığını " bağlı edimler"(zusammenhängende Leistungen) oluşturmakta olup, ana başlığın yer aldığı, alt başlığı "genel olarak"(grundsatz) olan Art. 101'[89]e göre;

"1. Alacaklısına karşı, borcu ile bağlantı içerisinde bulunan muaccel bir alacağı olan borçlu, alacağı güvence altına alınana kadar, ifa edilene kadar veya ifası teklif edilene kadar borcun ifasından kaçınabilir.

2. Edimler arasında mübadele ilişkisi varsa, borçlu, kendisine teminat verilmesi teklif edilse dahi, edim borcunun ifasından kaçınabilir."

OR 2020 Art. 101, edim ile karşı edim bağlılık içerisinde durduğu durumlarda borçlunun edimin ifasından kaçınma hakkını düzenler. OR 2020 Art. 101 I, genel nitelikte bir hüküm olmakla birlikte bağlılığın mevcut olduğu durumda uygulama alanı bulur. Art. 101 II ise, edim ile karşı edim arasında özel bir bağlılığın mevcut olduğu durumda uygulama alanı bulacak, birinci fıkraya göre özel bir hükümdür. Birinci fıkra, bir taraftan, borcun ifa edilmediği definde sözkonusu olan düşünceyi taşır, diğer taraftan ise, doktrin ve yargı kararlarıyla dürüstlük kuralına ve geçerli hukuka dayanarak oluşturulan, edimler synallagmatik bağlılık içerisinde olmasa dahi, edimin

[89] Orijinal metin için bkz. Claire Huguenin/ Reto M. Hilty/ Hubert Stöckli/ Bertrand Stoffel**, Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/ Code des obligations suisse 2020,** 2013, Zürich, Art. 101, s. 318.

ifasından kaçınma hakkı tanıyan "Şahsi Hapis Hakkı"nı(obligatorisches Retentionsrecht)[90] normlaştırır[91].

OR 2020 Art. 101 II, Art. 101 I'den farklı olarak, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulacak bir hükümdür. Hükümde, OR Art. 82'de kullanılan iki taraflı sözleşmeler (bei einem zweiseitigen Verträge) ifadesine yer verilmemiştir. Hükmün uygulanabilirliği sözleşmenin her iki tarafa borç yüklemesine değil, edimlerin mübadele ilişkisinde bulunmasına bağlanmıştır. Bunun sonucu olarak, hüküm, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden doğan herhangi bir borca değil, birbiriyle synallagmatik bağlılık içerisinde bulunan edim borçları bakımdan uygulama alanı bulacaktır[92].

Tasarının bu hükmünün özellikle birinci fıkranın en önemli özelliklerinden birisi, OR Art. 82'nin alacaklının bakış açısıyla ele alınması usulünden ayrılması ve BGB §320 ve §273'de yer alan defi düzenlemelerinde olduğu gibi, borçlunun bakış açısından ele alınmış olmasıdır. OR 2020 Art. 101'in birinci fıkra bakımından BGB §273'den, ikinci fıkra bakımından ise BGB § 320'den yoğun bir şekilde etkilendiği ve yararlandığı rahatlıkla söylenebilir[93].

Düzenlemenin genel itibariyle bir diğer özelliği, önce ifa yükümlülüğüne değinmemiş olması ve tamamlayıcı nitelikte bir hüküm olmasıdır. Önce ifa yükümlülüğü kararlaştırılmış ise, bu durumda önce ifa yükümlüsü taraf OR 2020 Art. 101'e dayanamayacak ve ediminin ifasından kaçınamayacaktır. Bu husus OR 2020 Art. 101 içerisinde ifade edilmiştir. OR 2020 Art. 101, edimin ifasından kaçınabilecek borçlunun karşı edim alacağının muaccel olmasını arar. Önce ifa yükümlüsü, edimini ifa etmediği sürece alacağı muaccel olmayacağından, bu durumda OR 2020 Art. 101 uygulama alanı bulamayacaktır[94].

Hükmün uygulanabilmesi için edimler arasında bağlılığın olması şartının gerçekleşmesi gerekir. Edimler arasında synallagmatik bağlılık olduğu durumda da bu

---

90 Ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıda §3 V, D.

91 **Stöckli/ Stoffel**, Art. 101, N. 1 -2.

92 **Stöckli/ Stoffel**, Art. 101, N. 3.

93 Ayrıntılı değerlendirmemiz ve Türk Hukuku bakımından bu hususta gözönüne alınması gereken hususlar için ayrıca bkz. aşağıda §3 V, D.

94 **Stöckli/ Stoffel**, Art. 101, N. 3; önce ifa yükümlüsünün edimini ifa etmediği sürece karşı edim alacağının muaccel olmayacağını her durumda kesin şekilde belirtmek isabetli olmasa gerekir. Ancak daimi önce ifa yükümlülüğü durumunda edimin ifasıyla karşı edim alacağının muaccel olacağı belirtilebilir. Bunun için bkz. aşağıda §2 IV B.

şart gerçekleşir. Synallagmatik bağlılık olmasa dahi, edimler arasında daha genel bir bağlılık mevcut olduğu durumlar ortaya çıkabilir. Burada doğal(natürlichen) ve maddi bağlılık(sachliches Zusammenhang) kriteri ile değerlendirilme yapılabilir. Ancak bu değerlendirme kaçınma hakkının synallagmatik bağlılık dışında hakkaniyete dayandığı hususuyla karıştırılmasına yol açmamalıdır. Borçluya böyle bir hak tanınması hususunda karar verilebilmesi, borçlunun borcu ile karşı edim alacağı arasındaki ilişkiye bağlıdır. Bu ilişkinin kaçınma hakkını haklılaştırabilmesi için ne derece yakın olması gerektiği her bir somut olayın özelliği gözönüne alınarak değerlendirilecektir. Bu bakımdan hakkın uygulanması için gerekli bağlılığa ilşkin, genelleştirmeye elverişli, uygun asgari standartları uygulama şekillendirecek ve geliştirecektir. Tipik örnek olarak, vekilin, elde ettiklerini iade borcunun ifasından kaçınma imkanı, masraflarının karşılanması borcunun ifası güvence altına alınana, ifa edilene veya ifası teklif edilene kadar tanınmalıdır. Hapis hakkında tacirler için aranan daha esnek bağlılık, hükmün aradığı bağlılığı ticari işlemler bakımından sağlar[95].

OR 2020 Art. 101 her iki edimin muacceliyetini şart koşar. Hükmün lafzı açıkça borçlunun karşı edim alacağının muaccel olması gerektiğine işaret etmektedir. Borçlunun edim borcunun muaccel olması gerektiği, borçlunun muacceliyetten önce borcunu ifa etmek zorunda olmaması ve bu nedenle kaçınma hakkına dayanmak zorunda kalmaması durumundan ortaya çıkar[96]. Diğer deyişle, şayet edim borcu muaccel değilse, edimin ifasından bu hükme dayanarak kaçınmaya gerek yoktur. Hükmün cevap verdiği ihtiyaç gözönüne alındığında borçlunun ayrıca edim borcunun muaccel olması gerekliliğine işaret edilmemesi, bilineni ifade etmeme bakımından önemlidir.

OR 2020 Art. 101 I'den ortaya çıktığı üzere, alacaklı, borçlunun kaçınma hakkını, teminat göstererek, karşı edim alacağını gereği gibi ifa ederek veya ifasını teklif ederek engelleyebilir. Ancak hüküm edimler arasında synallagmatik bağlılığın mevcut olduğu durumlarda kaçınma hakkının engellenmesi imkanını sınırlandırmıştır. Alacaklı, bu durumda teminat göstermek suretiyle kaçınma hakkını engelleyemez. Tarafların edimlerin mübadelesinde menfaati olması nedeniyle, karşı edimin teminat

[95] **Stöckli/ Stoffel**, Art. 101, N. 5.
[96] **Stöckli/ Stoffel**, Art. 101, N. 6.

altına alınması değil, edim borçlarının ifa edilmesine yönelik menfaatleri burada ağır basar. Bu nedenle, synallagmatik bağlılık sözkonusu olduğu durumunda, kaçınma hakkı, ancak, karşı edim borcunun gereği gibi ifa edilmesi veya ifanın, borçluyu karşı edim alacağı bakımından alacaklı temerrüdüne düşürecek şekilde teklif edilmesiyle engellenir. Teminat gösterilmesi bu hususta yeterli değildir[97].

G. Savunmanın Uluslararası Hukuki Düzenlemelerde Gelişimi

Uluslararası hukuki düzenlemeler çerçevesinde, borcun ifa edilmediği savunmasının karşılığını oluşturan hukuki kurumlara, PECL, DCFR, PICC, CISG gibi hukuki düzenlemelerde yer verilip verilmediğine, yer verilmiş ise içeriğine de kısaca değinmek gerekir.

PECL ve DCFR, Avrupa Birliği Özel Hukuku'nun birleştirilmesi konusunda uluslararası platformda kabul edilen görece yakın tarihli projelerdir. Bu projelerde ortak hukuktan beri devam eden tartışmalar çerçevesinde şekillenen, konumuz kapsamında borçlunun kaçınma hakkını kendi düzenlemelerinde ne ölçüde kabul ettiği sorulması gereken sorulardan biridir.

PECL Art. 7: 104'e göre;

" Durumdan aksi anlaşılmadıkça, edimler aynı zamanda ifa edilebilir olduğu sürece taraflar edimlerini aynı anda ifa etmekle yükümlüdür."[98]

PECL Art. 9: 201'de edimin ifasından kaçınma hakkı düzenlenmiştir. Buna göre;

"Borcun ifasını karşı tarafla aynı anda veya daha sonra yerine getirecek kişi, diğer taraf ifayı teklif edene veya ifayı gerçekleştirene kadar edimin ifasından kaçınabilir. Taraf, durumun özelliğine göre orantılı olduğu sürece, edimin ifasından kısmen veya tamamen kaçınabilir."

Bu düzenlemeler, birlikte değerlendirildiğinde, ifadelerinden anlaşılacağı üzere tarafların edimlerinin mübadelesi sırasını düzenler. Ancak hükmün açıkça borcun ifa edilmediği savunmasını düzenleyip düzenlenmediği sorulabilir. Hükmün ifadesinde, bu nitelemeye ilişkin herhangi bir ifadeye rastlanmamaktadır.

---

97 **Stöckli/ Stoffel**, Art. 101, N. 8.

98 Ayrıca bkz. **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N.33.

Bir görüşe [99] göre, hükümde yer alan kaçınma hakkı borcun ifa edilmediği defi niteliğindedir. Synallagmatik sözleşmelerde veya çok taraflı sözleşmelerde bir taraf edimini önce ifa ile yükümlüyse, ancak ifayı gerçekleştirmemiş ise, veya o karşı tarafla aynı anda ifa ile yükümlü ise, ancak ya ifayı gerçekleştiremiyor veya gerçekleştirmiyorsa, diğer taraf için edimin ifasından kaçınma hakkı tanınması hukuka uygundur. Bu hüküm ile, kaçınan tarafın kredi sağlama zorunluluğundan korunması ve diğer tarafa edimin ifası konusunda baskı yapması sağlanır. Borcun ifa edilmediği defi bu fikrin ifadesidir. Bu sebeple, hüküm borcun ifa edilmediği defi imkanı tanıyan bir düzenleme olarak değerlendirilebilir.

Aksi yöndeki görüşe[100] göre ise, şerhlerde maddi hukuk bakımından hükmün uygulama alanı hususunda synallagmatik sözleşmelere işaret edilmiştir. Ancak belirtilen kaçınma hakkını defi olarak nitelemek isabetli değildir. Zira maddi hukuk bakımından "defi" çözümünün açıkça kabul edildiğine ilişkin ifade açık değildir.

Kanaatimizce düzenlemenin uluslararası bir düzenleme olduğu dikkate alındığında "borcun ifa edilmediği defi" nitelemesi yapmaktan kaçınmak bu anlamda isabetlidir. Ancak herhalde düzenlemenin borçluya bir kaçınma hakkı verdiği açıktır.

DCFR Art. III- 3: 401'e göre ise;

"Karşı edimi, borçlunun edimini ifa etmesiyle veya ifa etmesinden sonra ifa etmekle yükümlü alacaklı, borçlu edimini yerine getirene kadar karşı edimin ifasından kaçınabilme hakkına sahiptir."

Schaller'e[101] göre, belirtilen maddelerden, borçlar hukuku defilerinden borcun ifa edilmediği definin etkisi ve hukuki niteliği belirli ölçüde projeye yansımıştır. Kara Avrupası Hukuk Sistemi'ndeki defi öğretisi, önceden PECL şimdi ise DCFR vasıtasıyla belirli ölçüde yeni bir düzenlemeyi kabul süreci geçirmiştir.

---

[99] Christian von Bar/ Reinhard Zimmermann, **Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts I/II**, München, 2002, s. 489; **Schaller,** N. 80.
Ancak hükmün, ifadesinden anlaşılacağı üzere, taraflar arasında bir başka sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi durumunda o sözleşmeden doğan borcun ifasından kaçınılıp kaçınılmayacağına ilişkin herhangi bir ifadeye yer vermediği yönünde bkz. **von Bar/ Zimmermann**, s. 490; Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nin kabul edildiği diğer ülkelerde ve Anglo-Sakson Hukuk Sistemi (Common Law)'nde kaçınma hakkına yer veren hükümler için bkz. **von Bar/ Zimmermann**, s. 492 vd.

[100] **HistorichK/ Pennitz**, §§320-322, N. 33.

[101] **Schaller**, N.82.

Kanaatimizce PECL'da olduğu gibi DCFR'de de kaçınma hakkının defi niteliğinde olduğunu her türlü şüpheden uzak şekilde ileri sürmek mümkün görünmemektedir. Herhalde DCFR'de borçluya kaçınma hakkı verildiği hususunda tereddüt yoktur.

Bir diğer uluslararası hukuki düzenleme olan UNİDROİT ilkeleri olarak bilinen PICC'de sözleşme taraflarına kaçınma hakkı verildiği görülmektedir.

PICC Art. 7. 1. 3'e göre;

"1.Taraflar edimlerini aynı anda ifa etmek zorunda iseler, her bir taraf, diğer taraf ediminin ifasını teklif edene kadar, edimin ifasından kaçınabilir.

2. Taraflar ard arda ifa etmek zorunda iseler, daha sonra ifa etmesi gereken taraf, diğer taraf kendi ediminin ifa edene kadar, ediminin ifasından kaçınabilir."

İfa sırasını düzenleyen PICC Art. 6. 1. 3 ile birlikte değerlendirildiğinde, hükmün, borcun ifa edilmediği define yer veren Kara Avrupası Hukuk Sistemi'ndeki düzenlemelerin karşılığını oluşturduğu söylenebilir[102].

Borçlunun kaçınma hakkını genel bir şekilde ele alan ulusalüstü hukuk düzenlemeleri bir tarafa, CISG'de taşınır satışı sözleşmeleri bakımından durumun ayrıca incelenmesi gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki CISG'de ilgili hüküm(ler), ne uluslarüstü hukuki düzenlemelerdeki gibi ne de borçlunun kaçınma hakkını genel olarak düzenleyen TBK m.97/ OR Art 82 / BGB 320'deki gibi ele alınmıştır. Bu kapsamda CISG m. 58'deki düzenlemeyi incelemek gerekir.

CISG m. 58 'e göre;

"1. Alıcının bedeli belirli başka bir anda ödeme yükümlülüğü yoksa, satıcının sözleşme veya bu Antlaşma uyarınca malları veya malları temsil eden belgeleri alıcının tasarrufuna hazır bulundurduğu anda alıcının ödemeyi yapması gerekir. Satıcı, malların veya belgelerin verilmesini, ödemenin yapılması koşuluna bağlayabilir.

[102] UNIDROIT, **Grundregeln der international Handelsverträge(UNIDROIT Principles)**, Roma, 1995, s. 166-167; Felix Hartmann, "**Ungeschriebene Zurückbehaltungsrechte im UN-Kaufrecht**", IHR, 2006/ 5, s. 184; satılanın ayıbının dava edildiği tahkim yargılamasında, tahkim mahkemesi, PICC Art. 7.1.3'e dayanarak alıcının kaçınma hakkının varlığını kabul etmiştir. Bkz. **Hartmann,** s. 184.

2. Sözleşme malların gönderilmesini gerektiriyorsa, satıcı göndermeyi, malların veya malları temsil eden belgeleri alıcıya ancak bedelin ödenmesi karşılığında verilmesi koşulu ile gerçekleştirebilir.

3. Alıcı, bedeli, malları muayene olanağına sahip olmadan önce ödemekle yükümlü değildir, meğer ki taraflarca üzerinde anlaşılmış olan teslim veya ödeme usulleri buna olanak tanısın."

CISG m. 58 I'in ifadesinin aksinden, alıcı, satıcı malları veya mallar üzerinde tasarrufa hak verecek belgeleri sağlayana kadar, m. 58 III'den ise, kural olarak, inceleme olanağı bulana kadar şatış bedelini ödemekten kaçınabileceği anlamı çıkarılabilir görünmektedir. Satıcı da CISG m.58 I c. 2'e dayanarak, ifayı satış bedelinin ödenmesine –m. 58 II'de düzenlenen gönderilecek borçlarda olduğu gibi- bağlayabilir. Hüküm[103] ulusal hukukta –özellikle BGB'de- veya uluslarüstü hukuki düzenlemelerde yer alan hükümlerde olduğu gibi kaçınma hakkına ilişkin açık bir ifadeye yer vermemiştir. Herhalde CISG m. 58 I c. 2 ve II'nin, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, edimlerin aynı anda ifa edilmesi amacına yönelen bir hüküm olduğu söylenebilir[104].

Acaba CISG m. 58, CISG'de yer alan diğer hükümler birlikte değerlendirildiğinde karşı edim ifa edilmediği durumda edimin ifasından kaçınılabileceği genel kuralından çıkan ve böylece ulusal hukukun uygulanmasını gerektirmeyen bir kaçınma hakkını alıcıya belirli durumlarda sağlar mı? Bu anlamda CISG genel prensipleri veya ulusal hukuk ne ölçüde uygulama alanı bulacaktır?

---

[103] Hükmün ifadesinden yola çıkıldığında, hükmün, hem ifa sırasını hem de alıcının bedel ödeme borcu bakımından muacceliyeti düzenleyen bir hüküm olduğu yönünde bkz. Ulrich Magnus/ Michael Martinek, **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht(CISG)**, 2013, Berlin, Art. 58, N. 3-4; Heinrich Honsell/ A. K. Schnyder/ R. M. Straub, **Kommentar zum UN Kaufrecht**, 2. Aufl. , Berlin-Heidelberg, 2010, Art. 58, N. 2.

[104] Peter Schlechtriem, **Internationales UN-Kaufrecht**, 4. Aufl., 2007, N. 205-206; **Hartmann**, s. 181; Schlechtriem/ Schwenzer, **Kommentar zum Einheitlichen UN -Kaufrecht**, 6. Aufl, 2013, Basel, Art. 58, N. 1-4.; **StaudingerK/ Magnus**, Art. 58, N. 3, 7 ; **Honsell/ Schnyder/ Straub**, Art. 58, N. 4, 58; Markus Krebs, **Die Rückabwicklung im UN-Kaufrecht**, München, 2000, s. 79; Cansu Kaya, **CISG (Millletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu**, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 117-118.
Ancak aynı anda ifa esası, *sadece* 58 I c.1' in ifadesinden açıkça anlaşılmamaktadır. Zira hüküm aynı anda ifayı öngörseydi, bu durumda CISG m. 58 I c.2'e gerek kalmazdı. Bkz. **Honsell/ Schnyder/ Straub**, Art. 58, N. 58.

Doktrinde baskın görüş [105], bu düzenlemelerde CISG'nin bir kaçınma hakkı tanıdığı, CISG'de belirli hükümlerde yer bulan bu kaçınma imkanının CISG Art. 7 II'e atıfla CISG'nin temelinde yatan genel prensiplerden çıkan bir kaçınma hakkının varlığının kabul edilmesini desteklediği konusunda hem fikirdir. CISG'de yer alan hükümler (m. 58 I, 85 I, 86 I 2, 71 I[106]) birlikte değerlendirildiğinde, bir tarafın karşı edimi ifa etmeden diğer tarafın edimin ifasından kaçınmasına izin veren bir genel prensip, belirtilen hükümlerden çıkmaktadır[107]. CISG Art. 7 II'de ulusal hukuki düzenlemeye yapılan atfın, kaçınma hakkının varlığını kabul bakımından uygulanma imkanı yoktur.

Aksi yöndeki görüşe[108] göre ise, esaslı edim borçları bakımından kaçınma hakkının varlığını kabul etmek çeşitli endişelerin doğmasına neden olur. Bu endişe bir taraftan CISG'nin sistematik anlayışıyla temellendirilir. CISG'de yer verilen hukuki kurumların sistematiği kendine özgü, özel hukuki kurumların oluşumunu sağlar ve düzenler. Bu kapsamda tarafların hangi durumlarda ne tür talepler ileri sürebileceğine

---

[105] **Schlechtriem**, N. 205 -206; **Schlechtriem/ Schwenzer**, Art. 58, N. 27; **StaudingerK/ Magnus**, Art. 58, N. 22; Franco Ferrari/ Peter Mankowski, **Internationales Vertragsrecht Kommentar**, München, 2012, Art. 58, N. 24 vd. ; Wolfgang Witz, "**Zurückbehaltungsrechte im international Kauf**" , Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen, 2003, s. 293; **Hartmann**, s. 182 ; **Krebs**, s. 79; Christoph Kern, "**Ein einheitliches Zurückbehaltungsrecht im UN-Kaufrecht?",** ZEuP, 2000, s. 838 -839; ayrıca bkz. **Kaya**, s. 118; Özkan Cavit Hoşlan, **Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na(CISG) Göre Alıcının Satış Bedelini Ödeme Borcu**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2015, s. 220 vd; Nafiye Yücedağ, **Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı-TBK ve CISG uyarınca-**, On iki levha, İstanbul, 2018, s. 267.
Böylelikle ulusal hukuka olan atfın kapsam dışında kalması, CISG'den ortaya çıkan ve gelişen kaçınma hakkının ulusal hukukun muhtemelen tanımayacağı sınırlamalara izin vermemesi nedeniyle de gereklidir. Bkz. **Schlechtriem**, N. 206.

[106] Bu hükümler kaçınma hakkına yer veren hükümler olarak değerlendirilmektedir. Bkz. **Kern**, s. 838.

[107] Ulusal mahkemelerden Avusturya yargısının genel kaçınma hakkını kabul ettiği ve bu değerlendirmeye katıldığı yönünde bkz. **Hartmann,** IHR, s. 181; ancak genel kaçınma hakkının uygulama alanın genişletilmesine şüpheyle yaklaşmak gerekir. Aksi takdirde esaslı ihlal için aranan şartların dolanılması gündeme gelir. Bu nedenle genel kaçınma hakkı, alıcının malları teslim aldığı sırada veya inceleme gerçekleştirdiği sırada tespit edilen açık sözleşme ihlali durumunda ileri sürülebilir. Sözleşmeye aykırılık, esaslı ihlal teşkil ediyorsa veya en azından esaslı edim borcunun önemli surette ifa edilmemesiyle ilgili ise, bu ihtimalde alıcı satış bedelini ödeme borcunun tamamından kaçınabilir. Esaslı ihlal teşkil etmiyorsa, alıcı CISG m. 50 çerçevesinde bedelden indirim hakkı kapsamında bedel ödeme borcunun ifasından kısmen kaçınabilir: **Schwenzer/ Schlechtriem**, Art. 58, N. 28; **Schlechtriem**, N. 206; Bedelden indirim hakkı nedeniyle kaçınma hakkı ile metinde belirtilen anlamda karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmediği durumda kullanılabilecek kaçınma hakkı aynı şey değildir. Ayrıntılı açıklama için bkz. yukarıda §3, II, B, 1, a, ii.

[108] **Honsell/ Schnyder/ Straub** , Art. 58, N. 66 vd.

detaylı olarak yer verilmiştir. CISG'de yer alan düzenlemeler, uyuşmazlıkların hızlı şekilde sonlandırılabilmesi amacı çerçevesinde, satışın yeniden ele alınmasını önlemek ve zarar görenin zararını tazmine yönelir. Bu durum ve alıcının temel hakları arasında m. 45'de kaçınma hakkına yer verilmemesi genel bir kaçınma hakkının kabulüne karşı durmayı gerektirir. Ayrıca kaçınma hakkının kabulü, CISG'de yer alan hukuki kurumların düzeninde değişikliğe neden olur. Sözleşmeden dönme ve zarar tazmini hakkı gibi hukuki kurumların uygulanması bakımından sıkı şartlar aranırken, alıcıyı, kaçınma hakkı tanınmak suretiyle bu haklara sahip olmayla aynı hukuki duruma getirmek mi gerekecektir? Alıcı sözleşmeden dönme için gerekli olan süreyi kaçırdıktan sonra fiilen edimin ifasından kaçınabilecek ve böylece karşı taraf sözleşmeyi sona erdirmeye zorlayabilecek midir? Bu sorulara olumsuz cevap vermek gerekir. Herhalde kaçınma hakkının varlığı herhangi bir problem yaratmayabilecek olsa da, sözleşmenin uluslararası bir sözleşme olması ve boşluk doldurma bakımından dış etkenlerin reddedilmesinin gözönüne alınması gerekir. Bu kapsamda kaçnma hakkının varlığı kabul edilse dahi, uygulama alanının, sözleşmede alıcı için tanınan hukuki imkanları tersine çevirmemek amacıyla sınırlandırılması gerekir.

Kanaatimizce CISG m. 58 I. c.2 ve II'de alıcıya ve satıcıya kaçınma hakkı verilmektedir. Ayrıca bu kaçınma hakkı Art. 7 II gereği, CISG'de yer alan hükümlerin temeli olan düşünceden yola çıkılarak oluşturulan genel kaçınma hakkının varlığının kabul edilmesine de hizmet eder. Bu kaçınma hakkını, borcun ifa edilmediği defi veya şahsi hapis hakkı şeklinde ulusal hukuktaki nitelendirmeden bağımsız değerlendirmek[109] ve ona ulusal hukuka ait hükümlerde taşınan düşünceden yola

[109] Bu bağımsız değerlendirmenin bir sonucu olarak, kaçınma hakkının bir itiraz ya da defi niteliğinde olup olmadığı sorusuna net bir cevap vermek mümkün değildir. Her bir ulusal usul hukuku düzenlemeleri arasındaki farklılıklar bakımından, sözleşmeye taraf devletlerde, hakimin kaçınma hakkını re'sen gözönüne alıp almayacağı şüphesini haklılaştırmakta olduğu gözönüne alındığında, herhalde kaçınma hakkı sahibinin hakkını ileri sürmesi gerekeceği söylenebilir. Bkz. **Hartmann**, s. 188; aynı yönde **Schwenzer/ Schlechtriem**, Art. 58, N. 32; kanatimizce kaçınma hakkı sahibinin hakkını ileri sürmesi gerektiğinin kabulu, CISG'de yer alan kaçınma hakkının defi niteliğinde olduğunun ileri sürülebilirliğini arttırır. Ancak bu hususta nihai çözüm ulusal hukuk düzenlemelerine bırakılmalıdır.
Aksi yönde isabetsiz görüşe göre, CISG m. 58'de, satıcının ifa teklifi yapana kadar bedel ödeme borcunun ifasını talep edemeyeceği, alıcının bu durumda bedel ödeme borcunun ifasını talep eden satıcıya karşı bir kaçınma hakkı ileri sürmesine dahi gerek olmadığı, alıcının savunmasının itiraz olduğu, satıcının ise defi niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Hoşlan**, s. 221.
Öncelikle satıcının malları teslime hazır hale getirmesi önce ifa yükümlülüğü olduğundan, bedel ödeme borcunu talep edebilmesinin şartıdır. Bu şart gerçekleşmemişse alıcının savunması itiraz olmayıp dava temelinin yetersizliği savunması niteliğindedir. İkinci husus alıcıya itiraz imkanı

çıkılarak sonuç bağlamak gerekir[110]. Ancak şu hususu vurgulamakta fayda vardır ki: Aksi kararlaştırılmadığı sürece, alıcı, malların veya malları temsil eden belgelerin tasarrufuna sunulana ve CISG m. 58 gereği şartları varsa malları inceleme imkanı verilene kadar, satıcı ise bu anda ödemeyi alana kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilecektir. Hükümde aynı anda ifa edilmesi gereken borçlar ve kaçınma hakkının konusu olabilecek borçlar malların teslimi ile bedelin ödenmesi borcudur. Yoksa kaçınma hakkının konusu satıcının malları ve malları temsil eden belgeleri alıcının tasarrufuna sunması değildir. Aksi durumun kabulü, satıcının teslim bakımından da önce ifa yükümlüsü olmasına ve alıcının malları teslim almaktan kaçınarak kendi borcunun muacceliyetini tek taraflı olarak engelleyebilmesine zemin hazırlar. Alıcının muacceliyeti engelleyebilmesi açıkça CISG m. 58'e aykırılık teşkil eder[111]. Diğer deyişle satıcı, malları ve malları temsil eden belgeleri alıcının tasarrufuna sunacak ve CISG m.58 III gereği şartları varsa ona inceleme imkanı tanıdığı andan sonra malların alıcıya teslimi karşılığı bedel ödeme borcu ifa edilecektir. Satıcı malları ve malları temsil eden belgeleri alıcının tasarrufuna ve inceleme imkanına sunduğu anda mal üzerindeki tasarrufunu tamamen

---

verilirken satıcıya nasıl olup da defi imkanı verildiğinin anlaşılamamasıdır. Satıcı ifa teklifi bakımından önce ifa yükümlüsü ise, alıcının, önce ifa yükümlüsü satıcıdan malların teslime hazır bulundurmasını istemesi karşısında satıcıya defi niteliğinde savunma vermeye ne imkan ne de hukuki dayanak vardır. Diğer deyişle alıcının dava temelinin yetersizliği savunması karşısında önce ifa yükümlüsü satıcıya defi niteliğinde bir savunma tanınamaz. Defi niteliğinde savunma imkanı tanınacaksa, bu imkan, en azından satıcının malları teslimi borcunun, alıcının ise bedel ödeme borcunun ifasından kaçınma hakkı bakımından her iki tarafa tanınmalıdır.

[110] Esaslı edim- yan edim borçları bakımından CISG'de genel bir kaçınma hakkı tanınıp tanınmadığı hususu da tartışmalıdır. Baskın görüşe göre, kaçınma hakkının alıcının ve satıcının sözleşmeden doğan esaslı edimler dışındaki diğer yan borçları ifa etmemesi durumunda da mevcuttur. Örneğin alıcının malların reklamını yapma borcunu ifa etmediği veya teminat vermesi gerekirken vermediği durumda da satıcının kaçınma hakkı vardır. Böyle bir kaçınma hakkı CISG hükümlerinden özellikle m. 58, 71, 80 ve 85 ile 86'de yer alan düşünceden çıkarılmaktır. Bkz **StaudingerK/ Magnus**, Art. 58, N. 23; **Kern**, s. 859; **Hartmann**, s. 184 -185, 190; krş. **Ferrari/ Mankowski**, Art. 58, N. 27; sonuç olarak aynı yönde bkz. **Witz**, s. 305-306; kural olarak, yan yükümlülükler bakımından kaçınma hakkı tanımanın isabetli olmayacağı ancak bu kuralın istisnasını yan borcun esas borca bağlı olması ve ifasının önem arz etmesi durumunda kaçınma hakkının kabul edilebileceği yönünde aksi görüş için bkz. **Honsell/ Schnyder/ Straub** , Art. 58, N. 67 -68;
Taraflar arasındaki *farklı hukuki ilişkilerden* doğan borçlar (esaslı edim-karşı edim) bakımından CISG'de kabul edilen kaçınma hakkının uygulama imkanı bulamayacağı, zira CISG m. 58 ve m. 71' in taraflar arasındaki birlik arz eden hukuki ilişkileri gözönüne aldığı, ancak tarafların birlik arz etmeyen birden fazla hukuki ilişkilerinden doğan borçların ifasından kaçınabileceğinin kabulünün, CISG m. 7 II'e göre, ulusal hukuki düzenlemelerde buna imkan tanınmasına bağlı olduğu yönünde bkz. bkz. **Hartmann**, s. 190; **Witz**, s. 295 -296; iade borçları bakımından CISG m. 81 II c. 2'de kabul edilen kaçınma hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Krebs**, s. 79 vd.

[111] Bkz. **Hoşlan**, s. 223-224.

kaybetmemiştir[112]. Alıcı bedel ödeme borcunun ifasından kaçınırsa satıcı da alıcıya teslimden kaçınabilecektir.

Kanaatimizce aksi görüşün belirttiği endişelerin ortaya çıkması için yeter sebep yoktur. CISG'nin uyuşmazlıkların hızlı çözülmesi ve taraflar arasındaki ilişkinin yeniden ele alınmasını önleme amacı taşıdığı açıktır. Bu kapsamda sözleşmeden dönme gibi ağır sonuçları olabilecek bir hukuki kurum karşısında kaçınma hakkının varlığı, hakkın karşı tarafa karşı edimin ifası hususunda baskı yapma amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğu gözönüne alındığında, hem sözleşmenin ifa ile hem de uyuşmazlığın ağır sonuçlar doğurabilecek hukuki kurumlara başvurulmasına gerek olmaksızın bir an önce sonlandırılmasına hizmet eder. Sözleşmeden dönme ve zarar tazmini gibi taraf iradesinden ayrılan, sözleşmenin gelişimi içerisinde şartlar mevcut olduğunda kullanlabilecek hukuki kurumların kullanılması bakımından bir takım sıkı şekil şartları aranırken, taraf iradesinin gerçekleşmesine ve sözleşmenin ifa ile sona ermesi amacına yönelen kaçınma hakkının tanınmasında sıkı şartların aranmaması da, kurumların amacı, şartları ve uygulanabilirliği gözönüne alındığında makul görülmelidir.

CISG Art. 58, ifa sırasının yanında alıcının bedel ödeme borcunun muaccel olacağı zamanı da düzenlemektedir. Satıcı malları ve malları temsil eden belgeleri, malları inceleme imkanı sunacak şekilde alıcının tasarrufuna hazır bulundurduğunda bedel ödeme borcu muaccel olacaktır. Satıcının kaçınma hakkının konusu satılanın teslim edilmesinden kaçınmadır. Bu sebeple satıcının alıcının bedeli ödememesi nedeniyle CISG m. 58 I c.2 gereği kaçınma hakkını kullanması bu anlamda alıcının bedel ödeme borcunun muacceliyetini ve alıcının malları inceleme imkanını etkilemez[113].

---

[112] Bkz. **Staudinger/ Magnus**, Art. 58, N. 22; **Hoşlan**, s. 213-214.
Kanaatimizce, bu nedenle satıcının fiili devir için üzerine düşen herşeyi yapması, dar anlamda teslimi kapsamaz. Zira aksi takdirde satıcının kaçınma hakkının varlığından bahsedilemez. Hükmün, bu şekilde yorumlanması, satıcının yapması gereken ifa fiilleri (devir dahil) bakımından önce ifa yükümlülüğünün düzenlendiği şeklinde isabetsiz görüşlerin ortaya çıkmasına neden olur. Krş. **Hoşlan**, s. 214.

[113] **Ferrari/ Mankowski**, Art. 58, N. 24 vd.; **Staudinger/ Magnus**, Art. 58, N. 24;
Alman Hukuku'nda 2002 'de gerçekleştirilen reform öncesi reforma ilişkin önerilerini ileri süren bir görüşe göre, CISG Art.58'de düzenlendiği gibi, alıcının borcunun muacceliyeti, satıcının, edimin ifasına hazır olduğunu bildirmesine bağlı olduğu ve satıcının bu bildirimine rağmen alıcının karşı edimin ifasını aynı anda teklif etmemesi durumunda satıcının açık şekilde edimin ifasından kaçınabileceği, satış sözleşmelerine ilişkin bu değerlendirmenin genel hükümler bakımından da

II. SAVUNMANIN AMACI

A. Aynı Anda İfayı Sağlama ve Ahde Vefa İlkesine Bağlı Kalma

Borcun ifa edilmediği definin amaçlarından biri, kural olarak, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde birbiriyle mübadele ilişkisi içerisinde bulunan edimlerin aynı anda ifasını sağlamaktır[114]. Borcun ifa edilmediği defi, bu surette edim ile karşı edim arasında yer alan fonksiyonel bağlılığın güvence altına alınmasına hizmet eder[115].

Borcun ifa edilmediği defini ileri süren taraf, sözleşmede güdülen amacı, sözleşmesel bağlılığı ortadan kaldırma, borç ilişkisine aykırı davranma amacı gütmez. Karşı edimin ifasının teklif edilmediği veya ifanın hiç veya gereği gibi yerine getirilmediğini ileri sürerek, karşı edim gözönüne tutulmadan edimin ifasının talep edilmesine karşı çıkar. Böylelikle hem karşı edimin elde edilmesi hem de edimin ifa edilmesi sağlanarak, ifa edilmeme durumunun ortaya çıkaracağı muhtemel sonuçların önüne geçilir[116].

Bunun sonucu olarak defi, sözleşmeye son verme hakkı olan herhangi bir borç ilişkisinin tarafına tanınan çeşitli imkânlardan ayrılır[117]. Her iki durumda da- sözleşmeden dönme hakkı ve defi ileri sürme hakkı mevcut olduğu ihtimalde- sözleşmeyi sona erdiren veya defi ileri süren kişi alacağını elde etmeden kendi edimini ifa etme durumuna karşı çıkar. Ancak sözleşme ilişkisine son verme hakkı olan taraf akdi bağlılığı ortadan kaldırırken, defi ileri süren tarafın böyle bir amacı yoktur. Bu anlamda defi ileri süren borçlu, bir taraftan, edimin ifasından kaçınarak akde aykırı

---

kabul edilmesi gerektiği bu durum genel kural katına çıkarıldığında, kaçınma hakkı borçluya uygun bir çıkış noktası sağlayacağı yönünde bkz. Ulrich Huber, "**Leistungsstörungen**" in: Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd I, Köln, 1982, s. 820-821.

[114] **Simmen**, s. 23, 42; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Yetkin, Ankara, 2017, s. 1008; **von Tuhr/ Escher**, s. 58; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. Aufl. , Bern, 2016, N. 62. 02; Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, **Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR**, 5. Aufl. , Basel, 2011, Art. 82, N. 1; Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, B**orçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 15.bası, İstanbul, Vedat, 2017, N. 1083; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 135; Hugo Oser/ Wilhelm Schönenberger; **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band Obligationenrecht Art. 1-183**, 2. Aufl, Zürich, 1929, Art. 82, N. 2.

[115] Uwe Hüffer, **Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln**, Berlin, 1976, s. 25.

[116] Volker Rieble/ Roland Schwarze, **J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Recht der Schuldverhältnisse §§ 315-326,** Berlin, 2015, §320, N.3; *Schwarze*, bu durumu definin önleyici işlevi(Präventionsfunktion) olarak isimlendirmektedir: **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 3.

[117] **Kaniti**, s.2; **Tunçomağ**, s.736.

davranmış görünse de, diğer taraftan sözleşmeye bağlı kalmaya ve aslında sözleşmede yer alan iradelere bağlı kalarak aynı anda ifanın gerçekleştirilmesine yönelir.

Borcun ifa edilmediği defi ileri süren taraf, karşı edim gözönünde tutulmadan edimin ifasının talep edilmesine karşı çıkmakla, sözleşmenin kuruluşu sırasında taraflarca öngörülen veya öngörülmeyip de TBK m.97 ile tamamlanan edimlerin aynı anda ifasına yönelik ifa sırasına ilişkin düzenlemenin sağladığı dengenin korunmasını sağlar. Bu vesileyle sözleşmesel adaletin gerçekleşmesine yardımcı olur. Özellikle taraflarca ifa sırasının aynı anda ifa esasına göre düzenlendiği durumlarda bu sonuç daha belirgin şekilde göze çarpar. Bu nedenle denilebilir ki defi taraflar arasındaki karşılıklı bağlılığın sağlanması ve korunmasına hizmet eder[118] ve ahde vefa ilkesinin uygulanmasına yardımcı olur[119].

B. Güveni Sağlama Riskinin Alacaklıya Yüklenmesi ve Baskı Aracı Olması

Aynı anda ifanın sağlanması ihtiyacı taraflar arasındaki güvensizlikten doğabilir. İfa sırasının belirlenmediği karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, genel olarak, taraflar arasında bir menfaat çatışması mevcut olabilir[120]. Kendisinden ifa talep edilen taraf karşı edimin yerine getirilip getirilmeyeceği belirsizliği içerisine girmek istemez. Karşı taraf da alacağını elde etme imkanına kavuşmadan kendi edimini ifa etmek veya ifasını teklif etmek istemez. Her iki taraf da ifa sırasının belirlenmediği borç ilişkisinde borcunun önce ifa etmekle yükümlü olmadığını bilir. Bu menfaat çatışması nedeniyle, ifa aşamasında, taraflar arasında güvensiz bir ortam oluşur.

İşte ifa sırasının belirlenmediği durumlarda ifa aşamasında oluşan güvensiz ortam içerisinde ifayı talep eden kişiye karşı, borçlunun güvensizlik durumundan geçici olarak kurtulması borcun ifa edilmediği defi aracılığıyla sağlanır[121]. Diğer bir

---

[118] Michael Kirn, "**Leistungspflichten im gegenseitigen Vertrag**", JZ 1969, s. 325, dn.3; **Webel**, s. 18

[119] Borçlunun defi ileri sürerek edimin ifasından kaçınmasının, "pacta sunt servanda" nin istisnası olarak gösteren isabetsiz görüş için bkz. Jean- Marc Schaller, "**Darf ein Schuldner die Leistung verweigern**?", Jusletter, 21. März 2011, s. 2.

[120] Menfaat çatışmalarının olabileceği sözleşmeler, menfaat sağlama amacına yönelen sözleşmeler ve menfaatlerin ortak olduğu sözleşmeler ayrımında kriterin taraflarca güdülen amaç olduğu ve bu ayrımların Alman doktrini tarafından yapıldığı yönünde bkz. **Simmen**, s.23, dn.21.

[121] Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme**, C.3, 7.bası, İstanbul, Filiz, 2016, § 6, N. 5; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. bası, C.2., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 125; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 8; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Ankara, Turhan, 2017, s. 759.
Kanaatimizce bu noktada taraflar arasındaki güvensizliğin sözleşmenin kurulduğu sırada duyulması ile sözleşme kurulduktan sonra ifa aşamasında duyulmasının birbirinden farklı olduğu gözönüne

deyişle güveni sağlama riski bu defi vasıtasıyla edim alacaklısına yüklenir. Ancak bu husus, defiye muhatap olan alacaklıya kanunda veya sözleşmede öngörülmeyen bir önce ifa yükümlülüğü, defi ileri sürene de karşı edimin ifasından daha sonra ifa etme hakkı verilmesi sonucuna yol açacak şekilde yorumlanmamalıdır. Definin ileri sürülmesinin aynı anda ifayı sağlama amacı böyle bir yorumun ortaya çıkışını engeller.

Defi ile güveni sağlama riskinin alacaklıda olması definin bir diğer amacını da ortaya çıkarır. Defi ile edim borçlusu, karşı edimin ifa veya ifa teklifi gerçekleşene kadar edimin ifasından kaçınmak suretiyle alacaklıya, karşı edimin ifasını gerçekleştirme hususunda baskı yapar[122], karşı edimin elde edilmesi ihtimalini güçlendirir. Kaçınan tarafın, bu sonucu sağlamak için icra organlarının veya mahkemenin yardımına başvurmasına dahi gerek yoktur[123].

Defi sadece karşı edimin ifasına değil, aynı zamanda karşı edimin sözleşmeye uygun, gereği gibi ifasını da sağlamaya yöneliktir. Zira karşı edimin ifası gerçekleşmiş olsa dahi gereği gibi ifa edilmemiş ise, ifa gereği gibi gerçekleşene kadar edimin ifasından defi vasıtasıyla kaçınılabilmesi, sözleşmeye uygun gereği gibi ifanın sağlanması amacına da yöneliktir. Çoğu durumda defi imkanı tanınmasaydı, borçlu, karşı edimin ifası teklif edilmediği durumda dahi edimin ifasını yerine getirmek zorunda kalacak, sözleşmeye uygun karşı edimin ifası bir yana, sadece hiç ifa edilmeme yüzünden tazminat imkanıyla yetinmek zorunda kalabilecekti. Borçlu edimin ifasından kaçınmakla, karşı tarafı, dolaylı şekilde karşı edimin sözleşmeye uygun ifasına zorlar[124]. Böylece karşı edim borçlusunun karşı edimi sözleşmeye uygun ifa etmek zorunda kalması ahde vefa ilkesinin gerçekleşmesine de hizmet eder.

---

alınmalıdır. Zira sözleşmenin kurulduğu sırada taraflar birbirlerine ifanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği noktasında güven duymuyorlar ise, taraflar, ifanın, belirleyecekleri tarafsız bir üçüncü kişiye yapılmasını kararlaştırabilirler. Bunun en tipik örneğini akreditif oluşturur. Taraflar sözleşmenin kurulması aşamasında kararlaştırmamış olsalar dahi daha sonradan yapacakları bir sözleşme değişikliği ile de bu hususu kararlaştırabilirler. Konumuz kapsamında, sözleşmenin kurulmasından sonra ifa aşamasında ortaya çıkan güvensizliği önlemek bakımından Türk Borçlar Kanunu çeşitli hükümler sevk etmiştir: TBK m. 97 ve 98 bu hükümler arasında yer alır.

[122] **Kaniti**, s.2; **Oğuzman/ Öz**, N. 1084; **Serozan**, § 6, N. 5; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 6. bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 736; **Feyzioğlu**, s. 133; **Eren**, s. 1008; Fahretttin Korkmaz/ Ümit Gezder, **"Sözleşmenin İfa Edilmediği Def'i",** Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta, İstanbul, 2011, s.2609.; **BaslerK/ Leu**, Art. 82, N. 1; **Fichtner**, s. 41.

[123] **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 9; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 8; **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N. 3; **MünchenerK/ Emmerich**, §320 N. 1; **Schwenzer**, N. 62.01.

[124] **Simmen**, s. 36 dn. 23; **Grüter**, s. 20

C. Edimi İfasından Kaçınabilmeyi Sağlayan Sınırlı Bir "Teminat"

Borcun ifa edilmediği defi ile, borçlunun karşı edim elde edilmeksizin edimin ifasına zorlanamaması sağlanır ve geçici de olsa teminat altına alınır[125]. Bu "teminat" amacının geçiciliği ve zamansal sınırlılığı, karşı edimin ifa edilene kadar edimin ifasından kaçınılmasında kendisini gösterir. Ayrıca teminat amacı, borçlunun kendi edimini alıkoyarak, edimi ifa etmekten kaçınması ve bu kaçınmanın borcun sözleşme şartlarına uygun ifa edilmemesi olarak değerlendirilmemesinde kendisini gösterir. Teminat işlevinin dolaylı bir diğer sonucu ise, edimi mutlak surette talep eden edim alacaklısından karşı edim alacağının elde edilememesi tehlikesinin önlenmesidir.

Peki definin teminat amacı, karşı edim yerine bir teminat gösterilmek suretiyle karşılanabilir mi? Bu surette definin ileri sürülmesi önlenebilir mi? Bu sorulara olumsuz cevap vermek gerekecektir. Defi ileri süren borçlunun amacı her ne surette olursa olsun en azından karşı edimin ekonomik değerini elde etmek değildir. Definin amaçlarından biri karşı edimin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ifasını sağlamak olduğundan[126], teminat gösterilerek definin hüküm ifade etmesi önlenemeyecektir[127].

---

[125] **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 8; **Eren**, s. 1008; **MünchenerK/Emmerich,** §320, N.1; **Korkmaz/ Gezder**, s. 2609.; **Schwenzer,** N. 62. 01; **BaslerK/ Leu**, Art. 82, N. 1. ;Yargıtay kararı için bkz. Y. 23 HD. 1004/ 2932 T. 5. 5. 2016 (**Kazancı**): *"…Öte yandan, 818 Sayılı TBK BK'nın 81. (TBK'nın 97.) maddesine göre, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifasını talep eden kimse sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, kural olarak kendi borcunu ifa etmedikçe karşı taraftan edimin ifasını isteyemez. Somut olayda asıl davada davalı, eksik ve ayıplı işler bulunduğunu savunmuş, karşı davası ile de, gecikme tazminatı talep etmiş olup, davalı arsa sahibinin sözleşmeden doğan haklarını, teminat altına alabilmek amacıyla elde tutulan bağımsız bölüm veya bölümlerin eksik ve ayıplı işleri tamamlamadan veya bedeli ile gecikme tazminatı ödenmeden, sözleşmeye uygun olarak teslim olgusunun gerçekleştiği kabul edilemeyeceğinden…"*

[126] Karl Grüter**, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im deutschen und französischem Recht**, Düsseldorf, 1963, s.20; **Simmen,** s.36 dn.23; **Fichtner**, s.44; bazı kaçınma haklarında (örneğin şahsi hapis hakkı/ genel kaçınma hakkı gibi) teminat gösterilmek suretiyle kaçınma hakkı sona erdirilebileceğinden, bu nevi kaçınma hakları borçlunun karşı edim alacağının karşılanmasına doğrudan hizmet etmez. Bu değerlendirme için bkz. Reimer Schmidt, **Die Obliegenheit**, Karlsruhe, 1953, s. 157.

[127] **BaslerK/ Leu,** Art. 82, N.10; **StaudingerK/ Schwanzer,** §320, N.7; Hans Brox/Wolf Dietrich Walker, **Allgemeines Schuldrecht**, 39. Aufl, C.H. Beck, 2015, §13 N.12. **MünchenerK/ Emmerich,** §320, N.1; **Fichtner,** s.41.
Davalı borçlu, karşı edim dışında başka bir şey elde etmek karşılığında edim borcunu ifa yükümlülüğü altına girmesi kendisinden beklenemeyeceğinden teminat gösterilerek definin uygulanmasının önlenemeyeceğine ilişkin bkz. **von Tuhr/ Escher,** s.62.
Alman Hukuku BGB §320 I 3'de, §273 III 'ün borcun ifa edilmediği definde uygulanmayacağı açıkça belirtilmektedir. §273 III 'de ise alacaklının, teminat göstermek suretiyle borçlunun genel kaçınma hakkını(Zurückbehaltungsrecht) kullanmasını önleyebileceği düzenlenmiştir. Bu sebeple genel kaçınma hakkının (Zurückbehaltungsrecht), hak sahibinin karşı edimi elde etmesinden daha çok kendi ediminin güvence altına alınmasına hizmet ettiği ve bu noktada amaç bakımından da borcun ifa edilmediği savunmasından ayrıldığı yönünde bkz. Schmidt, **Die Obliegenheit**, s. 157;

Borçlu defi ileri sürmekle önce ifa yükümlülüğü kararlaştırılmamış olmasına rağmen, sanki önce ifa yükümlüsü gibi edimin talep edilmesinin ortaya çıkardığı uygunsuzluğu da gidermeye yönelir. Bu nedenle teminat gösterilmesiyle de bu uygunsuzluk giderilmez[128]. Alacaklı, karşı edimi gereği gibi ifa etmesi veya ifasını teklif etmesi gerekir ki bu uygunsuzluk giderilirsin.

Bu noktada, borcun ifa edilmediği definin bir yönüyle teminat amacını gerçekleştirdiği gözönüne alındığında TBK m.97'de teminat ile definin ileri sürülmesi önlenemez iken, TBK m.98'de definin ileri sürülmesini teminat gösterilmek suretiyle önlenmesinin nasıl açıklanacağı sorusu gündeme gelebilir.

TBK m. 98 'de yer alan borçlunun ifadan aczi definin öncelikli amacı, karşı edimin ifa edilmesi değil, karşı edimin teminat altına alınmasıdır. Bu nedenle gösterilecek ayni veya şahsi bir teminat ile, definin ileri sürülmesi önlenebilir[129]. Borcun ifa edilmediği definden farklı olarak, burada karşı edimin ifa edilmemesi veya ifasının teklif edilmemesi değil, karşı edimin ifa edilmemesi tehlikesinin ortaya çıkması borçlunun aciz definin en önemli şartlarından birisini oluşturur. Defi, bu anlamda, karşı edimi elde etme tehlikesi içerisinde borçlunun borcunu önce ifa etmesinin kendisinden beklenemeyeceğini ortaya koyar. Kural olarak[130], defi ileri süren edim borçlusu önce ifa yükümlüsü olduğundan, bir taraftan edimin ifasından kaçınarak diğer taraftan önce ifa yükümlüsü değilmişcesine karşı edimin ifası hususunda baskı yapması beklenemez. Daimi önce ifa yükümlülüğü durumunda bu sonuç hukuken mümkün de değildir. Diğer bir deyişle karşı edim borcunun ifasının tehlikeye düşmesi daimi önce ifa yükümlülüğünü[131] ortadan kaldırmayacağından[132]

Bu nedenle BGB §320'deki edimler arasındaki bağlılığın, BGB §273'deki bağlılıktan daha güçlü olduğu yönünde bkz. Dieter Medicus/ Stephan Lorenz, **Schuldrecht I Allgemeiner Teil**, 21. Aufl., 2015, N.222; bu çerçevede genel kaçınma hakkı için yapılan değerlendirmeler şahsi hapis hakkı (obligatorisches Retentionsrecht) için de geçerlidir. Şahsi hapis hakkı için bkz. aşağıda §3 V D.

[128] Ludwig Enneccerrus/ Heinrich Lehmann, **Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse II. Bd**. Tübingen, 1958, §33 I.

[129] **Soergell/ Gsell**, §321, N. 51.

[130] Edim borçlusunun önce ifa yükümlü olduğu durumda değil, aynı anda ifanın sözkonusu olduğu hallerde de karşı edim borcunun ifa edilememesi tehlikesi varsa, diğer şartların da varlığı halinde, edim borçlusu borçlunun ifada aczi defini ileri sürebilir. Bu halde de borcun ifa edilmediği defi ile ifada aciz defi yarışır.

[131] Daimi önce ifa yükümlülüğü hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §2 IV B.

[132] BGB'nin modernizasyonu öncesi, daimi önce ifa yükümlüsünün defi ileri sürmekle kaçınma hakkı elde etmesinin yanında, defi ileri süren edimi talep edemeyeceğinden ve karşı edim borçlusunca kaçınılan süre içerisinde teminat gösterilmediğinde askıda bir durumun ortaya çıkacağı, bu askıda durumun defi ile önce ifa yükümlülüğünün sona erdirilmesi ve borçluya edimi ifa imkanı

borçlunun karşı edimin ifası hususunda baskı yapma imkanı yoktur[133]. Aksi sonucun kabulü önce ifa yükümlülüğünü kararlaştıran tarafların iradesine aykırı düşer.

Bunun sonucu olarak, definin ileri sürülme şartları oluştuğu ihtimalde, önce ifa yükümlüsünün karşı edim alacağının teminat altına alınması ihtiyacı doğduğundan, teminat ihtiyacı ilk planda defi ile karşılanacak, şayet nihai teminat ihtiyacı, kaçınılan uygun süre içerisinde ayni veya şahsi teminat gösterilmek suretiyle karşılanmaz ise, özellikle daimi önce ifa yükümlülüğünde edimin ifası gerçekleşmediğinden karşı edim alacağı muaccel olmayan borçlu sözleşmeyi sona erdirebilecektir.

Herhalde karşı edim borçlusu karşı edimi ifa ederek veya ifasını teklif ederek definin hüküm ifade etmesini önleyebilir ve mübadeleyi sağlayabilir[134]. Önce ifa yükümlüsü borçlunun, kaçınma hakkını kullandıktan sonra karşı edim alacağının muaccel olması (geçici önce ifa yükümlülüğü) ve karşı edimin ifasını talep edebilmesi, bu hususta herhangi bir değişiklik yapmaz.

D. Karşı Edimin Elde Edilememesinden Doğan Risklerin Önlenmesi

Borçlunun talepte bulunan alacaklıya karşı ileri sürebileceği borcun ifa edilmediği definin amaçlarından bir diğerini tespit bakımından, bu savunma ileri sürülmeseydi doğabilecek risklerin ortaya konulması gerekir.

Öncelikle belirtilmelidir ki edim alacaklısı edim borçlusundan ifayı talep ettiği durumda, henüz karşı edim alacağını elde etme imkanına sahip olmayan edim borçlusu bu ifa talebinin gereğini yerine getirip edim borcunu ifa etmek zorunda kalabilir. Defi ileri sürmeyen ve bu yüzden kendi edimini alıkoyamayarak elinden çıkarmak zorunda

verilmesiyle giderileceği hususu tartışma konusu olmuştur. Modernizasyon sonrası defi ileri süren tarafa İsviçre OR'de olduğu gibi sözleşmeyi sona erdirme imkânı verilmesiyle bu tartışma sona ermiş ve defi ileri sürülmekle önce ifa yükümlülüğünün sona ermediği kabul edilmiştir. Bu tartışmaya ilişkin ve değerlendirme için bkz. **Soergel/ Gsell**, §321, N. 56.

[133] TBK m. 98'de borçlunun karşı edimin ifası veya ifa teklinin gerçekleştirilmesi hususunda baskı yapamaması ve önce ifa yükümlüsünün teminat ile yetinmesi, ifası tehlikeye düşen karşı edim borcunun muaccel olmamasıyla ilgilidir. Borcun ifa edilmediği definde muacceliyet şartının aranmasının sebeplerinden biri, defi karşı edimin ifa edilmemesine veya ifasının teklif edilmemesine dayandığından karşı edimin ifasının talep edilebilir olmasının gerekliliğindendir. Kural olarak ifa talep edilebilir değilse, karşı edimin ifa edilmediği veya ifasının teklif edilmediğini ileri sürerek kaçınma imkanı yoktur. Herhalde definin ileri sürülmesi bu anlamda muacceliyeti öne çekecek nitelikte değildir. Muacceliyet hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §2 III B.

[134] Zira bu imkan, edimin ifasından kaçınma hakkının kullanılmasından sonra, tehlikenin ortadan kalkması ve karşı edim borçlusunun önce ifayı talep edebilme hakkından feragat etmesini gerektirir.

kalan edim borçlusu, karşı edim alacağını elde etmek için dava veya dava dışı yollarla bir talepte bulunur, bu talebe uymayan karşı edim borçlusuna karşı bu yönde ilam almaya çalışır. İlam bağımsız bir dava açmak suretiyle alınabileceği gibi karşı dava[135] açmak suretiyle de alınabilir. Karşı edim alacaklısı ilam elde etmiş ise ve karşı edim borcu icrası mümkün bir borç ise icra vasıtasıyla alacağını elde edebilir. Ancak karşı edim alacağının elde edilmesi süreci karşı edim borçlusunun borcunu ifa etmemesi veya edememesi riski gözönüne alındığında sekteye uğrayabilir. Borçlunun yerleşim yeri bilinmeyebilir, borçlu hakkında aciz vesikası düzenlenmiş olabilir veya düzenlenebilir, borçlu tacir ise iflas gündeme gelmiş olabilir veya gelebilir. Karşı edim bir yapma borcu niteliğinde ise borcunu ifa etmeyen karşı edim borçlusuna karşı baskı yapılması gerekliliği kendisini daha açık şekilde gösterir. Ayrıca alacak davası açması hususunda harcayacağı zaman ve para da buna eklendiğinde defi ileri süren borçlunun durumundan daha az tercih edilebilir bir duruma gireceği söylenebilir. İşte edim borçlusuna borcun ifa edilmediği savunması tanınmak suretiyle, borçlu karşı edim alacağının elde edilmesine yönelik bu nevi yasal sürece girmekten ve bunun risklerini üstlenmekten korunur.

III. SAVUNMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Borcun ifa edilmediği savunmasının hukuki niteliği, ortak hukuk döneminden günümüze kadar borçlar hukuku alanının en tartışmalı noktalarından biri olmuş, savunmanın hukuki niteliğinin dava temelinin yetersizliği mi yoksa teknik anlamda bir def'i mi olduğu hususu doktrinde bu dönemden[136] itibaren tartışma konusu olmuştur. Ortak hukuk döneminden itibaren yapılan bu tartışma özellikle *Heerwart* ve *Keller*'in görüşleriyle ivme kazanmış, 20. yüzyılın başlarında ve ilk yarısına doğru bu görüşlerin savunucuları ve bu görüşe katılmayanlar, görüşlerin kapsamını ve gerekçelerini geliştirmeye çalışmışlardır. 20 yüzyılın ikinci yarısından itibaren -özellikle Alman

[135] Edim borçlusu karşı edim alacağı bakımından karşı dava açsa dahi, bu ona karşı yapılan takibi ve davayı tek başına durdurmaya yeterli değildir. Bu sebeple defi ileri sürebilme imkanı karşı dava açma imkanından daha elverişli bir durum sağlar. Bu sonuç karşı dava açma imkanının bir savunma olmamasından doğar. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §4 I.

[136] Müşterek hukuk dönemindeki bu hususa ilişkin ayrıntılı tartışmalar için bkz. **Kaniti**, s.22 vd; **Rohmann**, s.4 vd; **Soergel/ Gsell**, §320 N.1; ayrıca bkz. yukarıda §1 I, C ve D.

doktrininde-, tartışma dönüşüm geçirerek karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde "Synallagma[137]"nın içeriği ve niteliğinin belirlenmesi problemi üzerinden devam ediyor görünmektedir[138]. Biz çalışmamız kapsamında mümkün olduğu ölçüde, günümüze görece yakın dönemde yapılan tartışmaları ele almaya çalışacağız.

1. Talebin İçeriğinin Sınırlandığı Savunması Olduğu Görüşü

Alman doktrininde savunulan bir görüşe[139] göre, maddi hukuk bakımından, taraflardan her birine *edimi talep etme yetkisi basit şekilde verilmemiş, bilakis sadece edim ile karşı edimin aynı anda ifasını talep etme yetkisi* verilmiştir. Kanunkoyucu BGB §§320 vd. düzenlemeleriyle usuli sebeplerden dolayı davalıya "defi" ileri sürme imkânı vermiştir. Bu yüzden davalı borcun ifa edilmediği savunmasını ileri sürdüğü durumda, o gerçekte kendisine verilmiş bir karşı hakkı ileri sürmüş olmaz. Bilakis davalı, davacının talebinin içeriğine dâhil olan sınırlandırmaya dayanmış olur. Taraflardan her biri edimi talep edebilmek için, kendi edimini aynı zamanda ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olmalıdır. Aksi durumda edim borçlusu ihtar ile temerrüde düşmüş olmaz. Edime ilişkin talep, karşı edimin ifası veya ifasının teklif edilmesi gözönüne alınarak sınırlanır. Usuli sebeplerden, kanunkoyucu, usul hukuku bakımından bu sınırlandırma gözönüne alınmaksızın edimin ifası talebinin ileri sürülebilmesine izin vermiştir. Talebin ileri sürülmesinin sonuçları davalının bu sınırlandırmaya dayanmadığı sürece kabul görür. Savunmanın ileri sürülmediği durumda, davacı karşı edimi ifa etmediği veya önce ifayı isteme konusunda haklı

---

137 Ayrıca bkz. aşağıda §2 I B.

138 **Jabornegg**, s.59; synallagma teorilerinin tartışmayı dolaylı olarak etkilediği yönünde bkz. **Buz**, s.92; Örneğin savunmanın talebin içeriğini sınırladığı görüşü, synallagmanın hukuki yapısına ilişkin tartışmalar çerçevesinde, mübadele ilişkisi içerisinde yer alan taleplerin birliği teorisi olarak nitelendiren değerlendirme için bkz. **Soergel/ Gsell,** Vor § 320, N.10.

139 Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts I.Band: Allgemeiner Teil**, Münich, 1976, s.168 vd.; **Kirn**, s. 325 vd.; Claus Ahrens, **Zivilrechtliche Zurückbehaltungsrechte**, Berlin, 2003, N. 2, 37; Ulrich Huber, "**Verpflichtungzweck, Vertragsinhalt und Geschaftsgrundlage**", JUS, 1972/ 2, 58; Ulrich Huber, **Leistungsstörungen; Handbuch des Schuldrecht,** Bd. I , Tübingen, 1999, §12 I, s. 301; Gunther Teubner, **Gegenseitige Vertragsuntreue**, Tübingen, 1975, s. 27; Fritz Oesterle, **Die Leistung Zug um Zug**, Berlin, 1980, s. 230 vd; Karl Larenz/ Manfred Wolf, **Allgemeiner Teil des bürgerliches Rechts**, 9. Aufl. München, 2004, §18 N. 65; Günther Jahr, "**Die Einrede des bürgerlichen Rechts"**, JUS 1964, s. 297; Palandt/ Helmut Heinrichs, **Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts**, **Ergänzungsband zu Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch,** 61. Aufl., München, 2002, §320, N. 1; **Medicus/ Lorenz**, N. 246; Herbert Roth, **Die Einrede des Bürgerlichen Rechts**, München 1988, s.169; Jauernig/ Astrid Stadler, **Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar**, 15. Aufl., München, 2014, § 320 N. 2, 3, 15; bu görüşün ilk versiyonu ortak hukuk döneminde *Keller* tarafından ileri sürülmüştür. *Keller*'in görüşü ve bu görüşün değerlendirilmesi için bkz. **Rohmann**, s. 38 vd.

olmadığı durumda dahi, hakim, kanunun ifadesine dayanarak davayı kabul etmelidir. Kanunkoyucunun bu oluşumu sağlamasındaki gerekçeyi usul hukuku alanında aramak gerekir. BGB tasarısının gerekçesinde (Motive II) de belirtildiği üzere; davacının davada karşı edimin en azından ifasını teklif etttiği veya davalının önce ifa ile yükümlü olduğunu ileri sürmesi gerektiği durumda ancak davacının telafi edilebilecek hatası nedeniyle ileri sürmediği, davalının da, davacının ileri sürmediğine dayanmak suretiyle savunma yapabilecekken bu savunmayı yapmadığı veya yapamayacağı gerekçesiyle birçok davanın reddedilmesinden endişe edilmiştir. Bu nedenle davalının savunması (sözde "defi"), davacının talebinin içeriğine dahil sınırlandırmanın gözönüne alınabilmesi için gerekli olan ön şartın gerçekleşmesi anlamını taşır.

Talebin içeriğinin sınırlayıcı olduğu görüşüne katılmakla birlikte bir görüşe[140] göre, hükmün lafzı dikkate alınmaksızın edimler arasındaki synallagmatik bağlılığı hakimin re'sen gözönüne alması gerekir. Savunma bu anlamda dava temelinin yetersizliği niteliğindedir. Teknik anlamda defiler davanın dayandığı olaylardan yani dava temelinden bağımsız ve ayrı olaylara dayanır. Borcun ifa edilmediği savunması bu anlamda bir defi değildir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin varlığı ve karşı edimin ifa edildiği iddiası dava temeline dâhil olup ondan bağımsız ve ayrı bir husus değildir. Bu sebeple savunmayı ileri süren davalı bağımsız ve ayrı bir vakıaya dayanmış olmaz. Karşı edim borcunun ifa edilmediği veya ifasının teklif edilmediğini ileri süren davalı, dava temeline dâhil olan hususları ileri sürmüş olmakla talebe esas olan hususların eksik olduğunu ileri sürmektedir.

Talebin içeriğini sınırlayıcı olduğu görüşüne karşı çıkan görüşe[141] göre, talebin içeriğinin sınırlayıcı olduğu bir an için kabul edilirse: Definin ileri sürülmediği durumda hakimin sınırlandırmayı re'sen gözönüne almaması ve davanın kabulüne hükmedilmesi gerekir. Davalının savunmayı ileri sür(e)mediği davalarda, talebin içeriği sınırlanmış olmasına rağmen davanın kabul edilmesi, aslında, bir taraftan isabetsiz kararlara kanunun izin verdiği, özellikle borcun ifa edilmediği savunmasına dayanak olan düzenlemenin böyle kararların verilmesini emreden bir düzenleme

[140] Franz Leonnhard, **Allgemeines Schuldrecht des BGB**, Bd.1, München-Leipzig, 1929, s. 337 vd. ; Josef Esser /Eike Schmidt, **Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband I; Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnisseen**, 8. Aufl. Heildelberg, 1995, s. 266.

[141] **van den Daele**, s.44-46.

olduğu yönünde anlaşılma zorunluluğu ortaya çıkarır. İsabetsiz edime mahkumiyet kararı, davacının ileri sürdüğü vakıalara dayanmakla birlikte, maddi hukuk yönünden önemli olan unsurların bu düzenleme nedeniyle hakim tarafından gözönüne alınmasına izin verilmeyerek kurulmuştur. Hakime maddi hukuk bakımından önemli olan unsurları davada gözönüne almasına izin vermeyen bir kanuni emir düşünülemez. Hakim belirlenen vakıalar üzerinden karar verirken maddi hukuk yönünden önemli unsurları da gözönüne almalıdır. Aksi durumun kabulü hukuk düzeninin hakkı sona erdiren bir çelişkiyi (bir taraftan tanırken diğer taraftan sona erdiren) içermesine neden olur.

Bu eleştiriye karşı çıkan görüşe[142] göre, kanunun geçerli ve amaca uygun sebeplerle, maddi hukuka ait durumun gözönüne alınmasını sadece davalının davranışına neden bağlamak zorunda kalamayacağı ifade edilmemiştir. Alacaklının zamanaşımına uğramış alacağı dava ettiği durumda, davalının dilekçesinde veya daha önce zamanaşımı definde bulunmuş olduğu ihtimalde de dava reddedilecektir. Hakim bu durumda da maddi hukuk bakımından doğrudan önemli unsurları hukuki araştırma görevi çerçevesinde gözönüne alamaz.

Talebin içeriğinin sınırlandığı görüşünü özetlemek gerekirse: Bu görüş maddi hukuk bakımından, synallagmatik bağlılığın kurulduğu edimlerin içeriğinde, edimlerin aynı anda ifa edilmesi gerektiği yönünde, -maddi hukuk bakımından ileri sürülmesi gerekmeksizin- bir sınırlandırmanın mevcut olduğunu ileri sürer. Bu sınırlandırmanın ileri sürülmesi usuli bir şart olduğundan ileri sürülmemesi durumunda edimlerin aynı anda ifa edilmesine ilişkin karar ortaya çıkmaz. Bu nedenle davalı savunmayı ileri sürmediği durumda hakim maddi hukuka uygun bir karar veremez ve davalı edimin ifasına mahkum edilir[143].

Bu düşünceye karşı kanunkoyucunun savunmayı teknik anlamıyla bir defi olarak ele aldığı ve iradesini bu yönde kullandığının açıkça anlaşıldığı, borçlar hukuku genel hükümlere ilişkin bir hükmün usul hukukuna ait bir hükümmüş gibi değerlendirilmesinin ikna edici nitelikte olmadığı, ayrıca, usul hukuku bakımından, davacının ifayı veya ifa teklifini gerçekleştirmediğini belirlendiği durumda dahi belli

[142] **Oesterle,** s.235-236.
[143] Bu değerlendirme için bkz. **Roth,** s.170.

noktada (örneğin davalının ileri sür(e)mediği durumda) davalının edime mahkum edileceğinin yine bu görüş taraftarlarınca kabul edildiği itirazları ileri sürülmüştür[144]. Bu itirazlar gözönüne alındığında, talebin içeriğinin sınırlandığı yönünde bir savunma olduğu görüşü, davalının edimin ifasına mahkum edilmesi halinde, aslında kararlaştırılandan daha fazlasına hükmedilmiş olunacağı ihtimalini de göz ardı etmiştir. Ayrıca bu görüş, davacının edimi basit şekilde değil, karşı edimi ifa veya ifa teklifi karşılığında edimin aynı anda ifa edilmesini talep edebileceğini ileri sürmekle, bu savunmanın gerçek anlamda bir defi değil, dava temelinin yetersizliği savunması(dava sebebinin inkarı) olduğunu kabul etmek zorunda olduğu yönünde eleştirilmiştir[145].

Alman Hukuku'nun aksine, Türk ve İsviçre Hukuku'nda savunmanın talebin içeriğini sınırlandırdığı görüşü[146] çok fazla taraftar bulamayıp azınlıkta kalmıştır.

2. Talep Edilebilirlik Şartının Gerçekleşmediği Savunması Olduğu Görüşü

Edim talebinin şarta bağlı olduğunu ileri süren görüşe göre[147](şart teorisi), edim yükümlülükleri arasındaki bağlılıkta şart ilişkisi görülebilir. Bu bağlılık edimin doğumu ve talep edilebilmesi için karşı edimin ifa edilmesi veya en azından ifasının teklif edilmesi geciktirici şartının gerçekleşmesini gerektirir. Taraflardan hiçbiri kendi borcunu ifa etmediği veya en azından ifasını teklif etmediği sürece sözleşmeden geçerli hüküm ifade eden bir borç doğmuş olmaz. Alacaklı karşı edimi teklif eder veya ifa ederse bu şart gerçekleşmiş olur. Borcun ifa edilmediği savunması bu anlamda davalıya verilmiş bir savunma vasıtasıdır. Davalı bununla dava edilen talebin bağlı olduğu şartı ileri sürer.

---

144 Dietrich Kast, **Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages unter besonderer Berücksichtigung des Miet- und Dienstvertrages**, Heilderberg, 1973, s.10; **Jabornegg**, s.95 dn. 137.

145 Bu eleştiri için bkz. **Müller**, s. 88; benzer yönde bkz. **Schaller,** N.444, dn.719.

146 **Schwenzer**, N. 4. 36; Andreas Furrer/ Markus Müller-Chen, **Obligationenrecht-Allgemeiner Teil**, Zürich, 2008, s. 27; Otto M. Bürgi, "**Die Anwendung der excepio non adimpleti contractus im Gesellschaftsrecht**", SJZ 1961/ 57, s. 334 -335; OR Art. 82'nin sistematik ve lafzi yorumundan dava temelinin yetersizliği savunmasının tercihe şayan olduğu yönünde bkz. **Wiget**, s. 21-22

147 Arwed Blomeyer, **Studien zur Bedingungslehre, 1. Teil, über bedingte Verpflichtungsgeschäfte,** Berlin/Leipzig**,** 1939, s.104 vd; aynı yönde bkz. Franz Bydlinski, **"Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in Dauerschuldverhaltnissen"**, Festschrift Artur Steinwenter zum 70. Geburstag, Köln, 1958, s. 142 vd; görece yeni tarihli aynı yönde görüşe göre, burada bir karşı hak sözkonusu olmayıp, kanunkoyucunun yanlışlıkla bir defi görünümü verdiği, sözleşmenin içeriğine dahil edim talebinin şartı sözkonusudur. Bkz. Claus Wilhelm-Canaris, **"Grundprobleme des Schuldnerverzugs nach dem BGB"** Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag, Wien, 2010, s. 61-62.

Bu görüşü eleştiren görüşe[148] göre, defi ile borçluya bir karşı hak verildiğinin kabul edildiği gözönüne alındığında, bu karşı hak için geçerli bir şekilde doğmuş alacak hakkının mevcudiyeti gerekir ve karşı hak geciktirici şarta bağlı olan ve henüz doğmayan yükümlülüklerde uygulama alanı bulamayacaktır. Ayrıca şart görüşünün ileri sürülmesi durumunda borçlu, edimin geciktirici şarta bağlı olduğunu ve şart gerçekleşmediğinden henüz borcun doğmadığını ileri sürmekle aslında bir defiye değil, dava temelinin yetersizliği savunmasına(dava sebebinin inkarı) dayanır. Şart görüşü şu açıdan da isabetsizdir ki, şarta bağlı alacağını henüz kendi edimini ifa etmeden önceden elde eden alacaklıya karşı borçlu yerine getirilenin iadesini talep edebilecektir. Çünkü şarta bağlı edim alacağı henüz doğmadığından, ifa, borçlu olmamasına rağmen borçlu olduğu zannı ile yapılmıştır ve sebepsiz zenginleşmeye göre iadesi gerekir.

İsviçre doktrininde savunulan, Alman Hukuku'ndaki şart görüşüne benzeyen ancak ondan belirli noktalarda ayrılan bir görüşe[149] göre, OR Art. 213 (TBK m.234) ve OR Art. 372'e göre satıcının ve yüklenicinin bedelin ödenmesi talepleri, satıcının ve yüklenicinin edim borcunun ifasıyla muaccel olur. Satıcının kendi borcunu ifası, talebinin muaccel olmasının bir şartıdır. Bu durumda karşı edim teklif edilmemiş ise edim borcu muaccel olmadığından edimin ifası talebi henüz doğmamış olacağından satıcı edimin ifasını talep edemeyecektir. Ancak alıcının talebine karşı satıcının savunması bakımından Alman Hukuku'nda savunmanın defi olduğunu savunan baskın görüşün gözönüne alınması gerekir. Özellikle, satılanın teslimi ve mülkiyetinin geçirilmesi yönündeki talebi, bedelin ödenmesi borcunun ifasıyla değil, bilakis sözleşmenin kurulmasıyla veya kararlaştırılan vadede muaccel olan alıcı, bedel ödeme

---

[148] **van den Daele**, s.43; **Roth**, s.179; şart görüşüne karşı ileri sürülen eleştiriler için bkz. **Kirn**, s. 326; **Jabornegg**, s. 68-69.
İsviçre doktrininde bu yönde yöneltilen eleştiri için ayrıca bkz. **Schaller**, N.446; bu yapı, edimlerin doğuşu ve ifası hususlarını birbirine karıştırmaktadır ve sözleşmenin kuruluşunda tarafların menfaat durumunu gözönüne almaz. Bkz. **Simmen**, s. 34-35; aynı yönde bkz. **Kirn**, s. 326.

[149] Andreas von Tuhr/ Alfred Siegwart, **Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts**, 2. Bd. , 2. Aufl. , Zürich, 1944, s. 498 -499; aynı yönde **Hoşlan**, s. 221 vd.; krş. Esat Arsebük, **Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları**, C.1-2, Ankara, 1950, §71 III. ve dn. 52; "davacının kendi ediminin ifasını veya ifa teklifini gerçekleştirdiğini yani şartın gerçekleştiğini ispat etmesi" ifadelerini kullanan, aynı yönde değerlendirme için bkz. Peter Stücheli, **Die Rechtsöffnung**, Zürich, 2000, s. 340-342.

borcunun ifasını teklif etmeksizin talebini satıcıya karşı ileri sürebilir. Satıcıya ise defi yoluyla aynı anda ifayı talep etme hakkını ileri sürebilme imkanı verilir.

Bu görüş gözönüne alındığında, satıcı ve alıcının savunmaları arasında farklılık ortaya çıkacaktır. Satıcının şartları oluştuğunda savunması defi, alıcının savunması ise dava temelinin yetersizliği niteliğinde olacaktır. Alıcının bedel ödeme borcunun ifasından kaçınarak savunmayı ileri sürmesinin talebin şartlarının gerçekleşmediğine dayanan dava temelinin yetersizliği niteliğinde olduğu bu görüşün ifadelerinden çıkmaktadır. Satıcının edimin ifasından kaçınma hakkının Alman Hukuku'ndaki baskın görüşten yola çıkarak defi niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Bu görüş aslında, sorunu, satıcının ifa fiili bakımından aynı anda ifa ile yükümlü olduğu değil, teslime kadar önce ifa yükümlüsü olduğu şeklinde ele alsaydı malın teslimi ve bedel ödeme bakımından aynı anda ifayı ve defiyi reddetmeyen bir görüş olarak değerlendirilebilirdi. Ancak bu görüş taraftarlarının ifadelerinden bu sonuca vardığı açıkça söylenemez. Kaldı ki *von Tuhr/ Siegwart'*ın alıcı ve satıcının durumunu farklı ele almasını kredili satışların sıklığıyla açıklaması[150] isabetli değildir. Zira kredili satışların sıklığını kabul, bir tarafın önce ifa yükümlülüğünü kabul anlamına da gelmektedir[151]. Ancak satıcının önce ifa yükümlüğü bu görüş kapsamında açıkça zikredilmemektedir. Ayrıca *von Tuhr/ Siegwart* satıcıya bir defi imkanı tanımakla birlikte satıcının defiyi ne zaman ileri sürebileceği sorusunu da cevapsız bırakmıştır. Alıcıya dava temelinin yetersizliği savunması verilirken, satıcı hangi andan itibaren defi ileri sürebilecektir? Satıcının bedel ödeme borcunun ifası talebinin şartı, kendi borcunu ifa etmesi veya ifasını teklif etmesi ise bu durum satıcının zorunlu şekilde önce ifa yükümlüğünün kabulünü gerektirdiğinden, *von Tuhr/Siegwart*'ın görüşü kabul edilirse, satıcının hangi anda aynı anda ifayı isteyebileceği ve hangi anda defiyi ileri süreceği hususu belirsiz kalır.

Kanaatimizce TBK m. 234 bakımından alıcının borcunun satıcının ifa teklifine kadar muaccel olmayacağını kabul etmek satıcının ifa teklifi bakımından önce ifa yükümlülüğü olduğunu kabul etmek anlamına gelebilir. Bu nedenle satıcının ifa teklifinin bedel ödeme borcunun muacceliyeti için şart olduğunu kabul etmesine

[150] **Von Tuhr/ Siegwart**, s. 499 dn. 22.
[151] Aynı yönde bkz. **Kaniti**, s. 43.

rağmen satıcının ifa teklifi bakımından önce ifa yükümlüsü olmadığını ileri sürmek isabetli olmaz. Satıcı hazır tuttuğu malları teslim bakımından önce ifayı gerçekleştirmekle yükümlü olmayıp, malları teslime hazır tutma bakımından önce ifa yükümlüsüdür. Satıcı malları teslime hazır tutma şeklindeki ifa fiili bakımından önce ifa yükümlüsü olduğundan, mallar teslime hazır hale getirilmemiş ise, alıcının bedel ödeme borcundan kaçınması dava temelinin yetersizliği niteliğindeki savunmaya dayanacaktır. Ancak satıcı tarafından mallar teslime hazır tutulmuş ise teslime hazır tutulan malların teslimi ile bedel ödeme borcu aynı anda ifa edilecek edimler olduğundan artık alıcının veya satıcının defi ileri sürme imkanının mevcut olduğundan bahsetmek gerekir[152]. Kanaatimizce bu noktada CISG m. 58'de yer alan düzenlemeye ilişkin belirttiklerimizden bu hususta ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur[153].

3. Talebin İçeriğini Sınırlamayan Savunma Olduğu Görüşü

Savunmanın talebin içeriğini sınırlamadığı görüşü, ilk defa *Heerwart*[154] tarafından ileri sürülmüştür ve, genel itibariyle, Alman Hukuku doktrini tarafından rağbet görmüştür. Bu görüş ileri sürüldüğü ilk dönemlerden itibaren kapsamını geliştirerek günümüze kadar varlığını devam ettirmiştir.

Bu görüşe[155] göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden içerik itibariyle sınırlandırılmamış, defi yoluyla ileri sürülebilecek talepler doğar. Karşı edim talebinin

---

[152] TBK m. 234'ün aynı anda ifayı düzenleyip düzenlemediği hususu tartışmalıdır. Bu tartışma için bkz. **Hoşlan**, s. 215-216; satış sözleşmesine ilişkin genel hükümlerde yer alan TBK m. 207 II'de açıkça aynı anda ifa esası kabul edilmekle birlikte taşınır satışlarına ilişkin TBK m. 234'ün (OR Art. 213/ yBK m. 210) aynı anda ifayı düzenlediği aksi sonucun kabulü için yeter gerekçe olmadığı yönünde bkz. **Kaniti**, s. 43; ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §1 IV.

[153] Sonuç bakımından aynı yönde olmakla birlikte, satıcının ifa fiili ve teslim fiili bakımından önce ifa yükümlüsü olmadığı aynı anda ifanın sözkonusu olduğu ve bu durumun alıcı bakımından *itiraz* teşkil ettiği yönünde isabetsiz görüş için bkz. **Hoşlan**, s. 216-217.

[154] Heerwart'ın görüşü için bkz. yukarıda §1 B E.

[155] **Enneccerus/ Lehmann,** §32 N. III/2; **van den Daele**, s. 45 vd; Joachim Gernhuber, **Das Schuldverhältnis**, Tübingen, 1989, s. 331 vd.; Joachim Gernhuber, "**Synallagma und Zession**" Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag**,** Tübingen, 1974, s. 64 vd. ; **Kast**, s. 10; **Webel**, s. 17 -19; Peter Gröschler, "**zur Wirkungweise und zur Frage der Geltendmachung von Einrede und Einwendung im materiellen Zivilrecht**", AcP, 2001/ 201, s. 57-58; Wolfgang Fikentscher/ Andreas Heinemann, **Schuldrecht,** 10. Aufl., Berlin, 2006, s. 265-266.; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 2 vd., 41 ; Erman/ Harm Peter Westermann, **Bürgerliches Gesetzbuch**, 14. Aufl, 2014, vor §320, N. 11; Ernst Wolf, **Lehrbuch des Schuldrecht Erster Band: Allgemeiner Teil**, Berlin, 1978, s. 313; Christoph Hirsch, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl. , Baden-Baden, 2015, §7 N. 131 vd.; Barbara Dauber Lieb/ Peter W. Tettinger , **Nomos Kommentar BGB Schuldrecht Band 2/1: §§ 241- 610**, 3. Aufl. Baden-Baden, 2016, §320, N.1. Paul Oertmann, **Bürgerliches Gesetzbuch**, Berlin, 1928, § 320, N.1; **MünchenerK/ Emmerich,** §320, N. 35.

sahibi defi yoluyla bir karşı hak elde eder. Bu karşı hak, karşı edim gözönüne alınmaksızın talebin ileri sürülmesinin uygunsuzluğunu ortaya koyan hakkaniyet kuralına dayanır. Kendisinden ifa talep edilen borçlu defi ileri sürmekle sözleşmesel bağlılığı ortaya koyar. Bu durum ayrıca ispat yükü dağılımını da belirler. Defi ileri sürmekle davalı genel kurala göre kendisine yüklenen iddia ve ispat yükünden de kurtulur. Defi ileri sürüldüğünde karşı edimin ifasını teklif veya ifasını gerçekleştirdiğini iddia ve ispat davacıya yüklenir.

Talebin içeriğini sınırlayıcı olmadığı görüşüne[156] göre, aksi görüşün, davalının, diğer defi durumlarından farklı olarak, karşı edim alacağının varlığını ispat etmek zorunda olmamasıyla görüşlerini gerekçelendirmeleri isabetli değildir. Davacı talebini karşılıklı borç yükleyen sözleşmeye dayandırırsa, bu hakkın varlığı davacının dilekçesinden basitçe anlaşılır, bu kapsamda tartışma konusu olmaktan çıkar[157].

Talebin içeriğini sınırlamayan savunma olduğu görüşü, definin yenilik doğuran hak olup olmadığı hususunda tartışmalara yol açmıştır. Alman Hukuku'nda yer alan bu tartışmada yenilik doğuran hak olduğunu ileri süren görüş için bkz. **Canaris**, s. 55; **MünchenerK/ Emmerich,** §320, N. 35a; definin yenilik doğuran hak olduğu ve yenilik doğurucu etkinin onun ileri sürülmesine bağlı olduğu yönünde bkz. **Gernhuber**, s. 349; yenilik doğuran hak olmadığını ileri süren görüş için bkz. Hans Cahn, **Ist Die Einrede des Bürgelichen Gesetzbuches ein Gestaltungsrecht**?, Bonn, 1930, s. 70 vd; açık olmamakla birlikte aynı yönde bkz. Wolfgang Schur, "**Die Verknüpfung wechselseitiger Leistungen**", JUS, 2006/8, s. 675;
Türk ve İsviçre Hukuku bakımından yenilik doğuran bir hak olduğu, talebin varlığını etkilemediği ancak ifasını geciktireceği yönünde bkz. **BaslerK/ Leu,** Art.82, N. 10; definin ileri sürülmesinin yenilik doğuran hakkın kullanılmasını ifade ettiği yönünde bkz. **BernerK/ Weber,** Art.82, N. 202; aksi yönde görüşe göre, yenilik doğuran haklar hukuki ilişkinin kaderini etkilerken, defilerin bu nitelikte olmadığı, defilerin yenilik doğuran hak olmadığı hususunda aynı yönde bkz. Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin, Ankara, 2005, s.93 vd; genel itibariyle defilerin yenilik doğuran hak olmadığı yönünde bkz. **von Tuhr/ Peter**, s. 32; **Schaller**, N. 147, 148, 455

[156] **van den Daele**, s. 48 -49; **Gernhuber**, s. 331; bu sonucun, maddi hukuka ait defilerde, davalının, definin varlığını ispat etmesi, davacının ise, bu savunmayı hükümsüzleştirecek hususları ispat etmesi genel kuralına uygun olduğu yönünde bkz. **Gernhuber**, Synallagma, s. 65-66.

[157] Davacının dilekçesinden definin varlığı için gerekli olan unsurları taşıyan karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı anlaşılamaz ise, davalının bunu ispat zorunda kalacağı şeklinde bir sonuca yol açar. Bu nedenle bu ifadeyi definin şartlarını davalının ispat etmesi gerektiği onun haricinde herhangi bir hususu ispat etmeye gerek olmadığı şeklinde anlamak gerekir. Definin şartlarının varlığı genellikle davacının talebini dayandırdığı karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin içerdiği unsurlardan ortaya çıkacağından davalının ayrıca bir ispat sürecine girmeyeceği, karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin kendisine işaret etmesinin yeterli olacağı ifade edilmek istenmiştir. Yoksa örneğin taraflar arasında birlik arz eden birden fazla borç ilişkisi sözkonusu ise davacının bu ilişki demetinde yer alan bir borç ilişkisinden doğan alacağını talep ettiği halde definin varlığı tek başına bu borç ilişkisinin kendisinden anlaşılmaz. Bu ihtimalde, karşı edim alacağının dayandığı, birlik içerisinde yer alan başka bir borç ilişkisinin varlığını ispat külfeti defiye dayanan davalıya düşer. Ancak bu herhalde definin şartlarını ve varlığını davalının ispat etmesi gerekliliği kapsamında yer alır ve bu kapsamda değerlendirilmesi zorunluluğu ortaya çıkarır. Definin şartları ve ispat için ayrıca bkz. aşağıda §2 ve §4 A, 4.

Davalının önce ifa yükümlüsü olması nedeniyle savunmanın ileri sürülebilir olmadığını, davacı ispat etmelidir. Aynı şekilde o, cevaba cevap dilekçesinde karşı edimin ifasını gerçekleştirdiği hususuna ilişkin ispat yükünü de taşır. Davalı için belirtilen ve kabul edilen bu ispat durumunun sebebi edimler arasındaki sözleşmesel bağlılıktır. Bu sözleşmesel bağlılık, kendisinden borcun ifa edilmediği definin varlığının ortaya çıkacağı unsurları, davacının talebini gerekçelendirmek için ortaya koymasını gerektirir.

Talebin içeriğinin sınırlayıcı olmadığı görüşünün, bu görüşü ileri sürenlerce savunulan, borcun ifa edilmediği definin varlığının, defi ileri sürülmese dahi borçlunun temerrüde düşmesini engellediği görüşüyle nasıl bağdaştırılacağı sorusu gündeme gelebilir[158].

Bu soruya *van den Daele* cevap vermeye çalışmıştır. Ona göre[159], bu durumda alacaklının ihtarıyla borçlunun basitçe temerrüde düşmeyecek olması burada savunulan baskın görüşe aykırılık teşkil etmez. Genel görüşe göre, alacaklı karşı edimi ifaya hazır olmadığı veya ifa edecek durumda bulunmadığı sürece, defi ileri sürülebilme imkanının varlığı borçlunun temerrüde düşmesini engeller. Bu hukuki sonucun gerekçesi, edimlerin birbirine bağlı olmasında aranmalıdır. Bu bağlılık edimlerin aynı anda ifa edilmesini gerektirir. Bu nedenle taraflardan hiçbirisi edimini diğerinden daha önce ifa etme zorunluluğunda bırakılmamalıdır. Alacaklı diğerinden daha önce veya en azından aynı anda karşı edimi ifa etmeye yönelik insiyatifi ele almadığı durumda, borçlunun, sözleşmeden dönme veya zararın tazmini talebi tehditi altında edimin ifasına başlamak zorunda bırakılmaması bu fikrin bir ifadesidir. Ancak defi ileri sürebilme imkanının temerrüdün girişini engelleyeceği kuralı, aslında synallagmatik bağlılığın sonuçlarının düzenlendiği sistemde açık bir uygunsuzluk olduğunu gösterir. Bir taraftan, bağlılığın gerçekleşmesi borçlunun ileri sürmesini gerektirirken, diğer taraftan definin varlığının temerrüdü engelleyeceğinin kabulü,

[158] Borcun ifa edilmediği savunmasının defi olduğunu kabul etmekle birlikte, taleplerin her birinin ifası bakımından talebin içeriğinin sınırlandığının her durumda gözardı edilemeyeceği, definin ileri sürülebilme ve edimin ifasından kaçınma imkanının açık varlığının hukuki durumu etkileyebileceği, buna örnek olarak borçlu temerrüdünün gösterilebileceği yönünde bkz. **Erman/ Westermann**, §320, N. 11; **Gröschler**, s. 58; İsviçre/ Türk hukuku bakımından bu nitelikte bir yan etkinin tanınmadığı, defi ileri sürülmez ise temerrüdün engellenmeyeceği görüşüne katıldığımızı belirtmekle yetinelim. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §4 II B.

[159] **van den Daele**, s. 49-50.

edimler arasındaki bağlılığın her bir uyuşmazlık durumunda aynı şekilde gözönüne alınmayacağını gösterir. Ancak herhalde bu durum, talebin içeriğinin sınırlandığı sonucunu kabul etmeyi haklılaştırmaz.

Bu görüş gözönüne alındığında, ileri sürülen görüşten, defi ileri sürülene kadar edim ile karşı edim arasındaki bağlılığın gizlendiği, edim ile karşı edim arasındaki ifa bakımından bağlılığın varlığı ileri sürülene kadar, bu bağlılığın kapalı kaldığı ve edimin birbirinden bağımsızlığının mutlak şekilde kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca Alman Hukuku'nda talebin içeriğinin sınırlandırıcı olmadığı görüşünün, BGB §320'deki düzenlemeyi ve düzenlemenin tarihsel gelişimini gözönüne alarak kendi içerisinde kural koyduğu ve bu kuralın istisnalarından birini definin ileri sürülmese dahi borçlu temerrüdüne olan etkisinde gösterdiği söylenebilir[160].

Alman Hukuku'nda baskın görüş, savunmanın talebin içeriğini sınırlamadığı yönünde olduğunu kabul ederek gelişme göstermiştir. Talebin içeriğini sınırlandırdığı ve sınırlandırmadığı yönündeki her iki görüşü birleştirmeye çalışan karma nitelikteki görüş[161] günümüzde destekçi bulamamıştır. Alman Hukuku'nda gelişme bu yönde iken savunmanın talebin içeriğini sınırlamadığı görüşünün Türk ve İsviçre Hukuku'ndaki yansımalarına da değinmek gerekir.

---

[160] Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §4 II B.

[161] Karma görüş olarak nitelendirilecek azınlıkta kalan bir diğer görüşe göre, usul hukuku bakımından, BGB §§320 vd. 'na göre borçlunun hakkı bir defi olarak düzenlendiğinden ve davada ileri sürülmek zorunda olduğundan, hangi görüşün izlendiği önemli değildir. Sorun ve görüşler arasındaki esas farklılık maddi hukuk çerçevesinde ortaya çıkar. Bu noktada sorunun çözümü hem içeriği sınırlandırılmamış talep görüşünün hem de içeriği sınırlandırılmış talep görüşünün doğru ve gerekli olduğunun kabulünde yatar. İlk görüşün problemi, definin uygulanma alanı bakımından karşılıklı bağlılığın sözleşmenin içeriğine dahil olmadığını kabul etmesinde, ikinci görüşün problemi ise içeriği sınırlandırılmış değişen talepler görüşünün ileri sürdüğü hukuki sonuçların hukuken imkansızlığındadır. Edimlerin mübadelesi talebi bir hukuki sonuçtur, unsurlar ve hukuki sonuçtan oluşan bir hukuki kurumun ikinci unsurunu oluşturur. Medeni hukuka ait hukuki sonuçlar, özne, nesne ve öznenin nesneyi değiştirme gücünden oluşan bir yapıya sahiptir. Talebin talebi ileri süren özneye uygun bir güç vasıtası olabilmesi, özneye yükümlülük yüklenmesini gerektirmez, diğer deyişle özne stabildir. Hukuki sonucun sağlanması onun talebi ileri sürmesine bağlı olmakla bu ileri sürmeden olumsuz etkilenmesine izin verilmez. Ancak içeriği sınırlandırılmış mübadele talebi görüşü kabul edilirse tam da bu uygunsuz durum ortaya çıkmaktadır. Bu ihtimalde hak sahibi, talebinden borçlu gibi etkilenmektedir. Mübadele talebiyle alacaklı, borçlunun kendisinden isteyeceği şeyi ister. Bu döngü hukuki sonucun zorlayıcılık fonksiyonunun öznesi ve nesnesi arasındaki farkı ortadan kaldırır. Bu nedenle mübadele talebi hukuki sonucun zorlayıcılığı etkisini kuran medeni hukuk sistemine aykırı düşer. Bu görüş için bkz. **Kirn**, s. 326- 327; **Fichtner**, s. 44-45.

İsviçre doktrininde savunulan bu yöndeki baskın görüşe göre[162], kural olarak, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden edim ve karşı edim geçerli bir şekilde doğar ve hüküm ifade eder. Borçlunun OR Art.82 (TBK m. 97)'e dayanan kaçınma hakkı muaccel olmuş olan alacak hakkını durdurucu etkiye sahiptir. Bu hakkın ileri sürülmesiyle alacaklının karşı edimin ifasını veya ifa teklifini gerçekleştirene kadar edim talebinin karşılanması engellenir. Bu anlamda savunma geçici, teknik anlamda bir defi niteliğindedir.

Yine bu görüşe[163] göre ifa safhasında edim ile karşı edim arasındaki bağlılık, definin ileri sürülmesiyle ortaya çıkar. Bu değerlendirme kanunun sistematiğinin kondisyonel ifa sırasına göre değil, ifada zamansal sıraya işaret etmesinden anlaşılır ve OR Art 82'nin zamansal sırayı düzenleyen bir hüküm olduğu kabulünü de sağlar. Ona karşı BGB §§320 vd. 'nda yer alan düzenlemeler, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler altında, teorideki belli eğilimleri, edimin sınırlandırılması ve oluşumu konusundaki öğreti lehine, aynı zamanda zamansal ifa öğretisi aleyhine bir dereceye kadar açıklanacak şekilde düzenlemiştir. OR Art. 82 bakımından ise, edimlerin karşılıklı olarak ifa edilmesini, mevcut muaccel alacağın karşılanmasının önemli bir unsuru olarak anlaşılmasını gözönüne alan bir yaklaşım tercihe şayandır. Taraflar edim ile karşı edim arasındaki bağlılık ile, edimlerin mübadelesinin aynı anda gerçekleşmesini isterler. Alacaklı karşı edimin ifası için gerekli ölçüleri karşılamadığı sürece, borçlu, iradesinin aksine edimin ifasına zorlanamaz. Borçludan, karşı edimin geciken ifasına güvenerek edimini ifa etmesi de beklenemez. Bu sebeple, borçlu ifa aşamasında mevcut koşullara göre edimin ifasını mı gerçekleştirecek yoksa edimin ifasından mı kaçınacak sorusunun cevabı borçluya bırakılmalı ve borçlu bu konuda karar vermelidir. Bu temelden borçlunun ifadan kaçınma hakkının kabulü hukuk

---

[162] **ZürcherK/ Schraner**, Art.82, N.7, 188; **von Tuhr/ Escher**, s. 61; **BaslerK/ Leu**, Art. 82, N. 1; **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 202; Hubert Stöckli, **Das Synallagma im Vertragsrecht Begründung- Abwicklung-Störung, AISUF Band/Nr. 271**, Schulthess, Freiburg, 2008, N. 240; **von Büren**, s. 464; **Becker**, Art. 82, N. 3; Bernhard Meyer, **Die Rechtsöffnung auf Grund synallagmatischer Schuldverträge**, Zürich, 1979, s.42; Peter Gauch/ Walter R. Schluep/ Jörg Schmid/ Heinz Rey, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Bd. II, 10. Aufl., Zürich, 2014, N. 2211; **Schaller**, N. 450; **Schneider/ Fick**, s. 99; **Bucher**, AT, s. 309; Theo Guhl/ Hans Merz/ Max Kummer, Das **Schweizerische Obligationenrecht**, 7. Aufl., Zürich, 1980, s. 22; Max Keller/ Christian Schöbi**, Allgemeine des Vertragsrecht,** Bd.1, Basel-Frankfurt am Main, 1988 s. 220; von Tuhr/ Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Bd. I, 3. Aufl. Zürich, 1984, s. 28;

[163] **Schaller**, N. 448-450; sonuç bakımından aynı yönde bkz. **Becker**, Art. 82, N.3

tekniği bakımından isabetli bir çözüm olarak görünmektedir. Bu sebeple OR Art. 82'nin tanıdığı bu savunmanın esasa ilişkin maddi anlamda bir karşı hak olduğu söylenebilir.

Yine bu görüş taraftarlarına[164] göre, defi görüşünün pratik faydaları olacağı da unutulmamalıdır. Birçok durumda hakimi gereksiz incelemelerden koruyacaktır. Örneğin, hakim, alıcı satılanın teslimini dava ettiğinde, alıcının bedel ödeme borcunun ifasını ödeme yoluyla mı yoksa alacağın devriyle mi yerine getirdiği hususunu incelemek zorunda kalabilecektir. Bu sebeple, belirtilen şartlar altında, bir defi ileri sürerek edimin ifasından kaçınma hakkını kullanma aynı anda ifa ile yükümlü satıcıya bırakılmalıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında[165], OR Art. 82'nin talebin içeriğini sınırlamayan bir karşı hak tanıdığı ve bu karşı hakkın defi vasıtasıyla ileri sürülüp sürülmeyeceğinin borçluya bırakılacağı yönünde karar vererek bu hususta tarafını belirlemiştir.

Türk Hukuku bakımından, doktrin[166] ve uygulama[167], savunmanın hukuki niteliği bakımından, edimin ifası talebinin içeriğini sınırlandırıcı nitelikte olmayan "defi" olduğu görüşünü benimsemiştir.

---

[164] **von Tuhr/ Escher**, s. 60; **Schaller**, N. 451.

[165] OR Art. 82 (TBK m. 97) 'nin borçluya, karşı edim ifa edilene veya ifası teklif edilene kadar borcunu ifadan kaçınabileceği geciktirici nitelikte bir defi vereceği yönünde bkz. **BGE 127 III 200**, **123 III 19 (b)** ; **111 II 466**; **107 II 223 (b)**; bu yönde önceki tarihli İsviçre Federal Mahkemesi kararları ve incelenmesi için bkz. **Kaniti**, s. 36-38.

[166] **Kaniti**, s. 40 vd.; **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1086; **Serozan**, §6 N.1 vd; Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz, İstanbul, 1993, s. 827; Haluk Nami Nomer/ Baki İlkay Engin, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt I: Satış Sözleşmesi**, 3. bası, Seçkin, Ankara, 2017, N. 63; Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2017, N. 173 vd.; **Eren,** s. 1008; **Korkmaz/ Gezder**, s. 2610; **Buz**, s. 95 vd.; Ernst Hirsch, **Ticaret Hukuku Dersleri**, 2. Bası, İstanbul, 1946, s. 646.

[167] Y. 13 HD. 6354/ 6643 T. 21. 10. 1981 (**YKD**, 1/1982, s. 83 vd.): *"…Mahkemece, davacının orta kalan satış parasını ödemediği ve ödiyeceğini davalıya önermediği gerekçesiyle BK. m. 81 uyarınca davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, davalı anılan yasa hükmü uyarınca ödemezlik defini ileri sürmüş değildir. Satım sözleşmesi tam iki yanlı [karşılıklı] bir sözleşme olup BK. m. 81'e göre karşılıklı borçları kapsayan bir sözleşmenin yerine getirilmesini istiyen yanın, sözleşmenin gereklerine ya da niteliğine göre bir süreden yararlanma hakkı olmadıkça, kendi borcunu ödemiş ya da ödemeyi önermiş olması gerekir. Şu var ki, ödemezi i k definin, gerçek anlamda bir defi olduğu ve o nedenle hâkim tarafından doğrudan gözetilemeyeceği öğretide baskın görüş olarak benimsenmiştir…Somut olayda davalının BK. m. 81 anlamında ödemezlik defini ileri sürmediği saptanmıştır. Buna karşın yerel mahkemece doğrudan gözetilerek anılan yasa hükmüne dayanılıp davanın reddine karar verilmiştir ki, böylece ödemezlik definin gerçek anlamda bir def'i olduğu ve o nedenle hâkim tarafından doğrudan gözetilemiyeceği yolundaki doğru olan öğretideki baskın görüş bir yana itilmiştir, öyleyse, istem doğrultusunda bir karar verilmelidir. Davalı, satış*

Özellikle *Kaniti*, defi görüşünün gerekçelerini, özellikle savunmanın tarihi süreç içerisindeki gelişiminden ve savunmanın amacı ve uygulanması bakımından inceleyerek ortaya koymuştur.

Tarihsel nedenler bakımından *Kaniti* [168] 'ye göre, 1881 tarihli yürürlükte olmayan İsviçre Borçlar Kanunu'nu şekillendiren kaynaklar gözönüne alındığında, OR Art. 82/ yBK m. 81'de yer alan savunmanın, dava temelinin yetersizliği niteliğinde değil, defi niteliğinde olduğu söylenebilir. Zira 1881 tarihli Borçlar Kanunu'nun hazırlandığı sırada hem teoride hem de uygulamada defi görüşü hâkimdi. Kanunun büyük ölçüde yararlandığı Dresden Projesi'nin 153 ve 154. maddelerinde bu savunma gerçek anlamda bir defi olarak düzenlenmişti[169]. İsviçre kanunkoyucusunun bu anlamda mevcut durum dışında başka bir görüş benimsemesi için herhangi makul bir sebep yoktur. Azınlıkta olan görüşün kanun hükmünü şekillendirmesine neden olduğu durumda bunun açıkça belirtilmesi uygun olurdu. Kanunkoyucunun, hükmün içerdiği savunmanın niteliğini açıkça belirtmemiş olması ve sorunun çözümünü doktrine bırakması açıkça hakim görüşten ayrılmak için bir sebep görmemesi olarak değerlendirilebilir.

---

parasından arta kalan alacağı varsa, bu konuda dava açmakta özgürdür…" ; aynı yönde bkz. Y. 4. HD. 9239/ 6118 T. 7. 6. 2005 (**Kazancı**).

Y. 13. HD. 6354/ 6643 T. 21. 10. 1981 (**Kazancı**): *"…Mahkemece, davacının arta kalan satış parasını ödemediği ve ödiyeceğini davalıya önermediği gerekçesiyle BK.nun 81 uyarınca davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, davalı anılan yasa hükmü uyarınca ödemezlik def'ini ileri sürmüş değildir. Satım sözleşmesi tam iki yanlı (karşılıklı) bir sözleşme olup BK. m. 81'e göre karşılıklı borçları kapsıyan bir sözleşmenin yerine getirilmesini istiyen yanın, sözleşmenin gereklerine ya da niteliğine göre bir süreden yararlanma hakkı olmadıkça, kendi borcunu ödemiş ya da ödemeyi önermiş olması gerekir. şu var ki, ödemezlik def'inin, gerçek anlamda bir def'i olduğu ve o nedenle hakim tarafından doğrudan gözetilemiyeceği öğretide baskın görüş olarak benimsenmiştir (Bkz. Dr. Selim Kaneti - Aktin İfa Edilmediği Def'i - 1962 - Sh. 39; Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu - 1959 - Sh. 175). Somut olayda davalının BK. m. 81 anlamında ödemezlik def'ini ileri sürmediği saptanmıştır. Buna karşın yerel mahkemece doğrudan gözetilerek anılan yasa hükmüne dayanılıp davanın reddine karar verilmiştir ki, böylece ödemezlik def' inin gerçek anlamda bir def'i olduğu ve o nedenle hakim tarafından doğrudan gözetilemiyeceği yolundaki doğru olan öğretideki baskın görüş bir yana itilmiştir. Öyleyse, istem doğrultusunda bir karar verilmelidir. Davalı, satış parasından arta kalan alacağı varsa, bu konuda dava açmakta özgürdür. Yerel mahkemenin tüm bu yönleri gözden kaçırması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir…".*

[168] **Kaniti**, s. 40-41.

[169] Ancak *Kaniti*, 1881 tarihli OR Art. 95'in düzenlenmesinde yararlanılan projeleri birbirine karıştırmıştır. 1866 tarihli Dresden Tasarısı, Alman Hukuku'nda yer alan BGB §320'nin düzenlenmesinde, 1869 tarihli Munzinger Tasarısı ise OR'de bugünkü anlamda borcun ifa edilmediği definin ve borçlunun aczi definin düzenlenmesinde etkili olmuştur. Borcun ifa edilmediği define yer veren OR Art. 95'in düzenlenmesinde 1866 tarihli Dresden Tasarısı gözönüne alınmamıştır. Bkz. **Schaller**, N. 68-69, **Ross**, s. 151 - 153.

Kaniti[170] savunmanın teminat ve baskı amaçlarından yola çıkarak şu sonuca varmaktadır: Teminat ve baskı amacı ve taraflar arasındaki dengenin sağlanması, hakimin harekete geçerek, pasif durumda bulunan, ilgisiz davalıya yardım etmesiyle gerçekleştirilemez. Hapis hakkındaki teminat amacı, hapis hakkı sahibinin durumu ileri sürmesiyle sağlanırken, talep etmeyen tarafı teminat amacının sonuçlarından yararlandırmak için makul sebep yoktur. Aynı husus baskı amacı bakımından da söylenebilir. Baskı amacından yararlanmak istemeyen davalıya hakimin re'sen harekete geçerek bu faydayı sağlaması mümkün değildir. Kural olarak, mahkemelerin hakkı sağlamaları talep üzerine olmaktadır. Davalı kendi hakkını kullanmakta ihmal etmiş ise hakim taraflar arasındaki dengeyi sağlamaya zorlanamaz. Ayrıca davalı için geri dönülemeyecek sonuçlardan da bahsedilmez. Zira davalı ileri sürmemiş olsa dahi karşı edim alacağını daha sonra açacağı bir dava ile ileri sürebilir. Bu sebeplerle bu savunma gerçek anlamda bir defi olarak nitelendirilmelidir.

Kaniti[171], usul hukuku bakımından defi niteliğinin sağladığı faydaları belirterek devam etmektedir. *Kaniti* 'ye göre, defi ileri sürülmekle hakim çok zaman araştırma yükümlülüğünden de kurtulacaktır. Özellikle davalının gıyabında yürüyen davada, hükmün bir an önce verilmesinde davacının önemli menfaatleri vardır. Gıyapta yürütülen davalarda çoğunlukla davalı kaçmıştır veya kaçmaya hazırlanmaktadır. Davacıya bu anlamda gecikmeksizin bir hüküm elde etme ve icraya başvurma imkanı verilmelidir. Davacının en azından ifa teklifini gerçekleştirmemiş olması nedeniyle hakimin re'sen harekete geçerek bu durumu tespit etmesi ve davayı reddetmesi davalının işini kolaylaştıracaktır. Hatta davacı gıyapta yürüyen dava bakımından da bu durumu ispat zorunda kalacaktır. Karşı edimin en azından ifa teklifini gerçekleştiğinin ispatını davacıya yüklemek, onun gıyapta yürüyen davada mümkün olduğu kadar çabuk ve masrafsız bir hüküm elde etme konusundaki menfaatlerini zedeler.

[170] **Kaniti**, s.41.
[171] **Kaniti**, s.41-42.

4. Karşı Edimin İfasına Hazırlığın Külfet Olduğunu İleri Süren Görüş

Alman Hukuku doktrininde ileri sürülen bu görüşe[172] göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edim borcu bakımından alacaklı olan taraf, karşı edimin borçlusu olarak anlaşılır. Alacaklı borçluya karşı sadece alacak hakkı sahibi olduğundan, alacaklıyı karşı edimin borçlusu olarak ele almadığımızda, karşı edim borçlanılmış olarak gözönüne alınamaz. Karşı edimin borçlanıldığını dikkate almak zorunda olmadığımızda, karşı edimin ifasının hazır tutulmasında- edim alacağı karşı edimden ayrı, izole bir şekilde gözönüne alındığında-, alacaklının külfetinden (Gläubigerobliegenheit) bahsedilir. Bu külfet yerine getirilmeyip borçluya talep yöneltildiğinde borçlu edimi ifa etmek zorunda değildir. Borçlu, ancak, aynı anda karşı edimi elde etme imkanı içerisinde edimin ifasını gerçekleştirmek zorundadır. Borçlar hukuku ve usul hukuku kurumlarının uygulanmasında kaçınılmaz olduğu gibi, her iki alacak ayrı ayrı ele alındığında, edimin sadece, alacaklının, karşı edimin ifasına hazırlığı içerisinde borçluya karşı edimi elde etme imkanı açan katılımında (Die Mitwirkung des Gläubigers) borçlanılması sözkonusudur. Talep ilişkisinin ayrı ayrı gözönüne alınması, karşı edim borcunun alacaklının katılma külfeti içerisinde yer almasını zorunlu kılar. Bu katılma külfeti, borçluya karşı edimi elde etme imkanının verilmesinden oluşur. Bu bakımdan borçluya sözleşmeye uygun şekilde karşı edimi elde etme imkanının verilmesi, onun edimini yerine getirmesinin şartıdır. Borçlu, edimi, yalnızca karşı edimin aynı anda elde edilmesiyle bağlantılı olarak borçlanmıştır. Edimin ifasının borçlanıldığı gibi yerine getirilmesi için gerekli şartın gerçekleştirilmesi (borçluya karşı edimi elde etme imkanı verilmesi) alacaklının meselesidir. Ancak bu sonuç, borçlunun karşı edimi elde etmeksizin edimin ifasını yerine getirmesini engellemez. Borçlu edimi bu şekilde yerine getirirse aslında zorunda olmadığı şekilde ifayı gerçekleştirmiş olduğu sonucuna varılır. Diğer deyişle, alacaklının katılımı olarak karşı edimin ifasına hazırlığı, borçlunun edimini ifa etmesi veya alacaklının edimin ifasını talep etmesi için zorunlu bir şart değildir. Satıcı bedeli almaksızın satılanı teslim edebilir, alıcı satılanı teslim almaksızın bedeli ödeyebilir. Ancak taraflar bu şekilde önce ifa ile yükümlü değildir. Borçlunun kendisine isterse

[172] Wolfgang Ernst, " **Die Gegenseitigkeit im Vertragsvollzug**", AcP, 1999/ 199, s. 491 vd; aynı yönde bkz. Schmidt, **Die Obliegenheit**, s.156; **Soergel/ Schmidt**, §320, N. 1

dayanabileceği ama aynı zamanda onu isterse gözönüne *almayabileceğ*i nitelikte alacaklının katılma külfetinden bahsedilebilir. Bu durum aynı zamanda davalının davada borcun ifa edilmediği defi ileri sürmeyerek karşı edime dikkat çekmeksizin edimin ifasına mahkum edilmesi sonucuna da uygundur. Bu sebeple edim ile karşı edim arasındaki bağlılığın ileri sürülmesinin, borçlunun keyfine bırakıldığı söylenebilir.

Yine bu görüşe[173] göre, şart görüşünden farklı olarak, borçluya karşı edimin elde edilmesi imkanının sağlanması ne edim borcunun doğumu ne de edimin ifası talebinin doğumu bakımından teknik anlamda şarttır. Taraflardan her biri sözleşmenin geçerli şekilde kurulmasıyla ve ifası karşı edimin elde edilmesi imkanına bağlı olacak şekilde borç altına girer. Bu sebeple alacaklının talebinin, borcun ifasına yönelik olmayıp edim ile karşı edimin mübadelesine yönelik olmasından da bahsedilemez. Borçlanılan, *Larenz*' tarafından ileri sürülen, alacaklının talebine uygun, edim ile karşı edimin mübadelesi değil -böyle bir borç içeriğinin Alman Hukuku'nda tanınmadığı söylenebilir-, bilakis ayrı, birbirinden bağımsız, alacaklının katılımıyla yerine getirilebilecek edim borcudur. Edimin ifa edilebilirliğinin karşı edimin pozisyonuna bağlı olması, borçlanılan edimin –konu itibariyle- sınırlandırılmasını değil, edim yükümlülüğünün içeriğinin sınırlandırılmasını ifade eder. Borçlu ayrıca karşı edimin ifasını talep etmeksizin borçlandığı edimi yerine getirirse o borçlandığından fazla bir şeyi yerine getirmiş olmaz[174]. Karşılıklı bağlılık usul hukuku kuralları kapsamında da gözönüne alınır. Aynı anda ifaya mahkumiyet kararında (BGB §322), edimin ifası emri, borçlu olmayı şüpheye sevk edecek şekilde sınırlandırılamaz. Aksine edim, alacaklının katılımı altında ifa edilir. Alacaklının karşı edimi ifaya hazır hale getirmesi ve teklif etmesi, edimin muacceliyetini değil, bilakis onun borçluyu fiilen ifaya zorlayabilirliğini sağlar. Dava dışı edim ile karşı edimin mübadelesinde de bu durum farklı şekilde ele alınmaz: Karşı edimin teklifi ve ifaya hazır hale getirilmesi, edimin muacceliyetinin değil, borçlunun karşılıklı bağlılık nedeniyle borçlandığı şekilde (diğer deyişle aynı anda ifa) *edimin ifasını gerçekleştirebilmesinin* şartını oluşturur.

---

[173] **Ernst**, Acp, s. 493-494.

[174] *Windscheid*, Alman Medeni Kanunu'nun hazırlanması sürecinde, "borçlunun edimini ifa etmesinin, alacaklının karşı edimin ifasıyla önleyebileceği sebepsiz zenginleşme oluşturması" önerisinde bulunmuş, ancak öneri komisyon tarafından reddedilmiştir. Bkz. **Ernst**, s.493, dn.21.

5. Kanaatimiz

Türk ve İsviçre doktrininde borcun ifa edilmediği savunmasına ilişkin görüşlerin büyük bir kısmı Alman Hukuku'ndaki görüşlerden etkilenmiş ve savunmanın defi mi yoksa dava temelinin yetersizliği savunması mı olduğu konusunda tarafını belirlemiştir. Alman Hukuku'nda yapılan tartışmalarda ileri sürülen görüşler gözönüne alındığında,- istisnalar bir tarafa- doktrinin büyük çoğunluğu borçlunun savunmasının defi niteliğinde olduğu konusunda hem fikirdir. Ancak Alman Hukuku'nda savunmanın niteliğine ilişkin tartışmada ileri sürülen görüşler, defi niteliğinden ziyade, daha çok edim ile karşı edim arasındaki bağlılığın ifa aşamasında görünümünden yola çıkıp şekillenmiştir. Bu konuda, özellikle, edim ile karşı edim alacağının birbirinden bağımsızlığı ve bağlılığın ileri sürülmesinin borçluya bırakılmasının maddi hukuka ait temelleri ortaya konmaya çalışılmıştır.

Kanaatimizce, karşı edimin ifasına hazırlığın külfet olduğu ve borçlunun bu savunmasının külfetin yerine getirilmediğini ortaya koyan bir defi niteliğinde olduğu görüşü diğer görüşlere nazaran isabetli bir görüştür. Bu görüşümüzü çeşitli gerekçelerle açıklamak mümkündür. Öncelikle edim ile karşı edim arasındaki bağlılığın edimin talep edilebilirliğine ve borçlunun ifaya zorlanabilirliğine etkisi bu görüşün isabetliliği bakımından yeter gerekçe verecektir:

Birinci olarak, bir an için edim ile karşı edimin, özelikle ifa aşamasında, mutlak bağımsız şekilde ele alındığı kabul edilirse, mutlak bağımsızlık, karşı edim borcu gözönüne alınmaksızın alacaklının edim borcunu talep etmesi ve borçluyu ifaya zorlamasına yol açar. Bu ihtimalde önce talepte bulunulan, tarafların iradesine rağmen, borcunu diğerinden daha önce ifa etmek zorunda kalacak, bu kapsamda kabul edilemez sonuçlar ortaya çıkacaktır. Ancak aksi ihtimalde, yani edim ile karşı edim arasındaki bağlılık mutlak şekilde ele alınırsa, borçlunun ifaya zorlanabilirliği bir kenara, alacaklı karşı edim borcunu ifa etmeden veya ifasını teklif etmeden edimin ifasını dahi *talep edemeyecektir*. Hukuk sistemimizde de bu tehlikeler öngörülmüş ve bu her iki anlamda mutlaklık sınırlandırılmış, borçluyu edimin ifasına zorlama bakımından karşı edimin gözönüne alınmasının kabul edilebilirliğine imkan tanınmıştır.

Tarafların, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler ile kurduğu edim borcu ile karşı edim borcu arasındaki bağlılık, ifa aşamasında edimin karşı edim gözönüne alınmaksızın *talep edilebilirliğini* etkilemez. Zira kanunkoyucu muaccel bir borcun

talep edilebilirliğini, kural olarak, açık bir düzenleme ile sınırlandırmamıştır (TBK m.90). TBK m. 97 'de yer alan "karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin ifası isteminde bulunan taraf" ifadesiyle de, hükmün ne lafzen ne de amaca uygun yorumu böyle bir sınırı haklılaştırmaktadır[175]. Ancak karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden doğan edim ile karşı edimin birbirinden, genel olarak, bağımsız talep edilebilirliğinin engellenmemesindeki mutlaklık, borçluyu ifaya zorlayabilme bakımından kabul edilemez[176].

Aynı anda ifa edilmesi gereken edim ile karşı edim arasındaki bağlılık, edimin içeriğini konu bakımından sınırlandırmaz. Borçlunun edim borcunun konusu sözleşmede yer alan verme, yapma veya yapmama davranışından oluşan edimdir, yoksa edim ile karşı edimin mübadelesi değildir. Borcun konusu edimlerin mübadelesi olmadığından, alacaklının mübadeleyi istemek yerine borçluya borcunu ifası yönünde talepte bulunması bu anlamda alacak hakkının kapsamında yer alandan daha fazlasının talep edilmesi anlamına gelmez. Bu açıdan aksi yöndeki görüşler isabetli değildir. Ancak edimler arasındaki bağlılık edim borcunu, ifanın şekli bakımından (ifa sırası bakımından aynı anda ifa ile yükümlü olması) sınırlandırır[177]. Diğer deyişle borçluya karşı edimi elde etme imkanı verilmez, aynı anda ifanın gerçekleştirilmesi imkanı sağlanmaz ise borçlu borcunu ifa etmek zorunda değildir. Zira o edim ile karşı edimin aynı anda ifasıyla yükümlüdür yoksa önce ifa ile yükümlü değildir. Sınırlandırmayı ileri sürme imkanının borçluya bırakılması, önce ifa yükümlüsü olma tehdidiyle karşılaşacak kişinin kendisi olmasındandır ve sınırlandırmayı ileri sürmekten vazgeçip vazgeçmeme kararı da borçluya aittir. Diğer yandan alacaklının karşı edimin elde edilmesi imkanı sunması, edim talebinin karşı edimden bağımsız yöneltilebileceği gözönüne alındığında edim talebinin şartını teşkil etmez. Bu nedenle de bu imkanının borçluya sunulup sunulmadığı hakim tarafından re'sen gözönüne alınmaz. Bu durum

---

[175] Genel olarak, alacaklının edimin ifasını talep edebilmesinin(muacceliyetinin) karşı edimin ifası şartına bağlı olmadığı yönünde bkz. **Buz**, s. 99.

[176] TBK m. 97'deki aynı anda ifa prensibine dayanılarak defi ileri sürülmesi ve borçlunun TBK m. 98 'deki aciz defini ileri sürmesinin muacceliyeti değil, dava veya talep yoluyla borçlunun ifaya zorlanabilmesi bakımından muacceliyetin etkisini sınırlandırdığı yönünde bkz. Raniero Addorisio de Feo, **Die Fälligkeit von Vertragsforderungen**, Zürich, 2001, N. 93 , 96. *de Feo*, muacceliyetin-kendi ifadesiyle- ana etkisinin talep veya dava yoluyla edimin ifasının istenmesi ve ifaya zorlama olduğunu belirtmektedir. Bkz. **de Feo,** N. 79 vd

[177] İfa zamanı ve ifa sırasının ifa talebinin (konu itibariyle) esasına yönelik olmadığı yönünde bkz. **Buz**, s. 101.

doğal olarak borçluya bir kaçınma hakkı tanınmasını gerektirir ki bu da defi olarak kendisini gösterir.

İkinci olarak, borçlunun bu sınırlandırmaya dayanması defi niteliğinde iken alacaklının karşı edimi elde etme imkanı sunması, bu imkanı sunmadığında doğabilecek maddi hukuka ve usul hukukuna ait sonuçlar gözönüne alındığında *külfet* niteliğindedir. Alacaklının bu külfeti yerine getirmemesinin kendisi aleyhine çeşitli sonuçları vardır. Külfet görüşünü kabulumüzün gerekçeleri bu sonuçlarda aranmalıdır:

Bilindiği üzere Türk Hukuku'nda, TBK m. 106, borçlunun borcunu ifa edebilmesi için, yapılması gereken hazırlık fiillerini alacaklının yapmaktan kaçınması halinde alacaklının alacaklı temerrüdüne düşeceğini düzenlemiştir. İlk bakışta, hüküm, borçlunun borcunu ifa edebilmesi, ifanın gerçekleştirilmesindeki fiili engellerin alacaklı tarafından kaldırılması şeklinde anlaşılmakta[178] ise de, hüküm, alacaklı tarafından kaldırılması gereken hukuki engelleri de kapsar. Konumuz bakımından bu hukuki engel, kendisinden edimin ifası talep edilen borçlunun önce ifa yükümlüsü olmamasına rağmen fiilen önce ifa yükümlülüğü altına girebilmesidir. Diğer deyişle borçluya, borcunu karşı edim borcu ile aynı anda ifa edebilme imkanının verilmesi, bununla ilgili olarak, önce ifa etme zorunluluğunu ortaya çıkaracak engellerin ortadan kaldırılması alacaklı tarafından yapılması gereken bir "hazırlık fiili"dir.

Alacaklının hazırlık fiilini gerçekleştirmemesinin, bu anlamda, fiili engel olmaması, borçlunun karşı edim gözönüne alınmaksızın kendi edimini fiilen ifa edebilecek durumda olmasından da anlaşılır. Ancak borçluyu ifaya zorlayabilme bakımından alacaklının hukuki engellerle karşılaşmaması (defiye muhatap olmaması) için karşı edimin ifasını teklif etmesi ve karşı edimi ifaya hazır tutması gerekir. Bu düzenleme ve alacaklının, karşı edimi elde etme imkanı vermesinin hazırlık fiili olduğu hususu gözönüne alındığında hazırlık fiili bu anlamda alacaklı bakımından külfet teşkil eder. Alacaklı, bu külfeti yerine getirmemiş ise definin ileri sürülmesine bağlı olarak, edim alacağı bakımından alacaklı temerrüdüne düşürülebilir[179]. Ancak

[178] Bunun için bkz. **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1135 vd.

[179] Alacaklının külfeti yerine getirmemesine dayanma aynı zamanda karşı edimin hiç veya gereği gibi ifasının teklif edilmediğine ilişkin defiyi ileri sürmesi niteliğini de taşır. Bu ihtimalde borçluya iki imkan tanınır. Birincisi, karşı edimi elde etme imkanının kendisine sunulana kadar edim borcunun ifasından kaçınma, ikincisi ise alacaklı temerüdü hükümlerinden yararlanarak konusu tevdiye uygun edim borcunu tevdi etme veya tevdiye uygun değilse, TBK m. 110 gereği karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü hükümlerine dayanarak sözleşmeden dönme imkanıdır. Bu durum

Türk Hukuku bakımından bu kabul, BGB §298' de kabul edilen dereceye çıkarılamaz[180]. Diğer deyişle borçlu, karşı edim gözönüne alınmaksızın, borcunu ifa etmiş olsa ve alacaklı ifayı kabul etmiş olsa dahi, alacaklının yine de alacaklı temerrüdüne düşürülebilmesini kabul etmek Türk Hukuku bakımından mümkün görünmemektedir. Zira borçlu borcunu ifa etmiş, alacaklının alacağı sona ermiş ise, borçlu artık aynı anda ifayı gerçekleştirmeye yönelik sınırlandırmaya dayanmaktan feragat etmiştir ve alacaklının aynı anda ifa imkanı sunmasına ilişkin hazırlık hareketi yapma külfeti ortadan kalkar.

Alacaklının külfeti yerine getirmemesinin borçlu temerrüdü bakımından da çeşitli sonuçları vardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, borçlunun borçlu temerrüdüne düşürülebilmesi için bazı şartlar aranmaktadır[181]. Definin ileri sürülmesinin hukuki sonuçlarında görüleceği üzere, borçlunun borçlu temerrüdüne düşmesi için alacaklının karşı edimin ifasına hazırlık hareketlerini yapması, Alman Hukuku'nda baskın görüşçe savunulanın aksine, Türk ve İsviçre Hukuku'nda baskın görüş taraftarlarınca gerekli görülmemektedir[182]. Ancak karşı edimin ifasını teklif etmeyen ve karşı edimi ifaya hazır olmayan alacaklı, temerrüde düşürdüğü borçlunun, borcun ifa edilmediği defi ile karşılaşabilir. Definin ileri sürülmesiyle, temerrüde düşen borçlu, baskın görüşün kabul ettiği üzere[183] geriye etkili şekilde temerrüdün sonuçlarından kurtulur. Bu

---

borcun ifa edilmediği defi ileri sürerek karşı edimin ifasını beklemek ve bu hususta baskı yapma amacı yanında ortaya çıkabilecek bir çıkmaz durumunu da önler. Ayrıca karşı edimin ifasına kadar edimin ifasından kaçınabilmeyi borçlu lehine sınırlandırır. Borçlu isterse, sadece, karşı edim ifa edilene veya ifası teklif edilene kadar edimin ifasından kaçınabilir.

[180] Alman Hukuku'nda alacaklının karşı edimi ifaya hazırlık hareketinin külfet olduğunun savunulması, bu ifaya hazırlık hareketine kanun tarafından ve doktrin tarafından kabul edilen çeşitli sonuçlar bağlanmasıyla da uyumludur. Zira bu hazırlık hareketi yerine getirilmez ise BGB § 298'e göre, borçlu borcunu ifa etmiş olsa, alacaklı bu ifayı kabul etmiş olsa dahi karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, alacaklı temerrüdüne düşecektir. Bkz. **Ernst**, AcP, s. 504.
Türk ve İsviçre Hukuku'nda BGB §298'e benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla kabul ettiğimiz alacaklının hazırlık fiilinin külfet olduğu görüşü bu sonuçların kabulünü zorunlu kılmaz. Zira borçlu ifayı gerçekleştirmiş ve alacaklı ifayı kabul etmiş ise alacak hakkı sona erer, alacaklı temerrüdünden bahsedilemez. Borçlu temerrüdü bakımından ilgili husus için ayrıca bkz. aşağıda §4 II B.

[181] Bu şartlar karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından farklılaşmamaktadır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından bu ayniyet, hukuk sistemimizde edim ile karşı edimin bağımsız talep edilebilirliği hususunu güçlendirmektedir.

[182] Alman Hukuku'nda doktrin, bu hazırlık hareketini borçlu temerrüdünün oluşmasının şartlarından biri olarak nitelendirmekte, alacaklı karşı edimi elde etme imkanı açmadıkça borçluyu temerrüde düşüremeyeceğini kabul etmektedir. Bkz. **Ernst**, AcP, s. 504- 505; **Gröschler**, s. 77-78; Türk ve İsviçre Hukuku'ndaki durum ve görüşümüz için bkz. aşağıda §4 II B.

[183] Definin ileri sürülmesinin ileriye mi etkili yoksa geriye mi etkili olduğu hususunda tartışma ve diğer tartışmalar için bkz. aşağıda §4 II B.

kapsamda alacaklı borçlu temerrüdünün kendisine sunduğu haklardan (gecikme tazminatı vb.) yararlanma imkanının kaybeder. Şayet alacaklı, karşı edimi elde etme imkanını borçluya verdikten sonra temerrüt hükümlerine dayanarak talepte bulunursa, borçlu bu savunmayı yapamayacağından alacaklı, temerrüdün kendisine sunduğu imkanlardan da yararlanabilecektir. Bu ihtimalde alacaklının karşı edimi ifa teklifi ve borçluya karşı edimi elde etme imkanı vermesi bu kapsamda da külfet niteliğiyle uyumludur[184].

Usul hukuku bakımından da, alacaklı defi ile karşlaşır ise, davada verilecek hükmün içeriği salt edimin ifasına mahkumiyet olmayacak, ayrıca alacaklı davada verilecek hükmün içeriğinden bağımsız olarak yargılama masraflarını ödemek zorunda kalacaktır[185]. Bu ihtimalde de alacaklının, yargılama masraflarını ödemek zorunda kalmaması, bu kapsamda hukuki durumunu kötüleştirmemesi için hazırlık hareketini gerçekleştirmesi gerekir. Böylece alacaklının borçluya karşı edimi elde etme imkanını sunması usul hukuku bakımından da külfet teşkil eder.

Kanaatimizce belirtilenler ışığı altında sonuç olarak edim ile karşı edim arasındaki bağlılık ve aynı anda ifa, borçlunun edim borcunun ifası şeklini belirlemekte bu bakımından, borçluya, talep eden alacaklıya karşı, edim yükümlülüğünün – ifa sırası bakımından- sınırlandığını ileri sürebilme imkanı vermektedir. Bu bağlılık edim veya karşı edimin ifasının talep edilebilirliğini etkilememekte, ancak edimin ifası talebinde bulunacak alacaklıya[186], karşı edimin

---

[184] Alacaklının hazırlık hareketinin külfet niteliği, borçlunun külfetin yerine getirilmesini talep edememesi ve külfetin yerine getirilmemesi nedeniyle tazminat talep edemeyeceği (Necip Kocayusufpaşaoğlu/ Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C.1, Filiz, İstanbul, 2008, s. 33) genel kuralıyla çelişki oluşturmaz. Zira alacaklının hazırlık hareketinin konusu karşı edim borcunun ifası değil, borçluya karşı edimi elde etme imkanının açılmasıdır. Edimin ifasına ilişkin, karşı edimden bağımsız ayrı talep ilişkisi içerisinde karşı edimi elde etme imkanı sunulması, bu bakımdan bir borç teşkil etmez. Borçlu, karşı edimin ifası davası açtığında, karşı edim talep ilişkisi gündeme gelir ve bu durumda da karşı edimin ifasını isteyen edim borçlusunun, alacaklıya edim alacağını elde etme imkanı sunması onun açısından külfet teşkil eder. Ancak her iki halde de birbirinden bağımsız talep ilişkisi içerisinde külfetin yerine getirilmesi istenemez. Borçlu, külfetin yerine getirilmemesinin kendisi lehine ortaya çıkardığı sonuçlardan defi ileri sürmek suretiyle yararlanabilir.

[185] Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §4 II E 3

[186] Üçüncü kişinin edimin ifasını kendi adına talep yetkisine sahip olduğu tam üçüncü kişi lehine sözleşmede ifayı talep yetkisi üçüncü kişide olmakla birlikte, külfetin konusunu karşı edimin ifaya hazırlığı teşkil ettiğinden külfeti yerine getirmesi gereken üçüncü kişi değil, sözleşmenin tarafı olmaya devam eden karşı edim borçlusudur. Aynı sonuç alacağın devri bakımından da geçerlidir. Alacağın devri halinde de, alacağın devrinden sonra karşı edim borçlusu olmaya devam eden alacağı

ifasına ilişkin hazırlık faaliyetlerini yapma külfeti yüklemektedir. Bu külfeti yerine getirmeyen alacaklı borçlunun defi ile karşılaşabilecek, esas ve usul hukuku bakımından hukuki durumunu kötüleştirebilecektir.

Üçüncü ve son olarak, borçlunun, borcun aynı anda ifa edilmesi yönünde -ifa sırası bakımından- sınırlandırıldığı savunmasının defi niteliğinde olmadığı ihtimalde durumun ne olacağının belirlenmesi gerekir.

Savunmanın defi mi yoksa dava temelinin yetersizliği mi olduğu tartışması teorik anlam ifade ediyor gibi görünse de aslında pratik önemi ve anlamı da yadsınamaz[187]. Şöyle ki, şayet karşı edimi ifa veya ifa teklifi, dava temeline dâhil olan bir husus olarak, diğer deyişle davacının ifa talebini ileri sürebilmesinin şartı olarak değerlendirilirse, davalı teknik anlamda bir defiye dayanmış olmaz. Davalı yalnızca dava temeli teşkil eden hususların talebi haklı kılmaya yeter olmadığını ileri sürmüş

devreden, karşı edimi elde etme imkanı verme külfeti altındadır. Bkz. **Ernst**, AcP, s. 497; ayrıca bkz. aşağıda §3 III A.

[187] İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında bu tartışmanın sadece teorik bir anlamı olduğunu ifade etmesi bu bakımdan isabetli değildir. Bkz. **BGE 76 II 299**.

olur. Bu savunma ise dava temelinin yetersizliği[188] [189] savunması olarak nitelendirilir[190].

Savunmanın bu nitelikte olduğu kabul edilirse, bunun defiden ayrılan farklı sonuçları vardır. İfayı talep eden davacı kendi borcunun ifasını en azından teklif etmediği ihtimalde hakim tarafından bu durum re'sen gözönüne alınacaktır. Zira davada karşı edimi ifa imkanının sunulmamış olduğu hususu (talebi haklı kılacak hususun eksikliği) davacının ortaya koyduğu vakıalardan anlaşılacaktır. Savunmanın dava temelinin yetersizliği savunması olduğunun kabul edildiği ihtimalde, hakimin re'sen gözönüne alması, talebin ileri sürülmesinin haklı kılacak unsurların eksikliğinin davanın her aşamasında gözönüne alınabilmesinde ve davalının savunmayı ileri sür(e)mediği durumlarda önem arz edecektir. Kaçınma hakkının teminat ve baskı

---

[188] Dava sebebinin inkarı ile dava temelinin yetersizliği savunmasının aynı hukuki kurumlar olduğunu belirten ve davacının ileri sürdüğü olguların doğru olmasına rağmen bu olguların talebi haklı kılamayacağının ileri sürülmesini dava sebebinin inkarı veya dava temelinin yetersizliği olarak niteleyen görüş için bkz. Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 22. Bası, Vedat, İstanbul, 2016, s. 331.
Kaniti, davanın esasına ilişkin savunmalar üst başlığı altında dava sebebinin inkarı ile dava temelinin yetersizliği savunmasının farklı şekilde ele almış görünmekte, ancak "Klageleugnung" veya "Klagegrundleugnung" terimlerinin tercümesinin dava sebebinin inkarı olmasına rağmen terimi daha iyi ifade edebilmek için "dava temelinin yetersizliği savunması" terimini tercih ettiğini belirtmektedir. Bkz. **Kaniti**, s.21, dn.1 ve 1a.
Dava sebebinin inkarı, daha çok davanın dayandırıldığı olayların ve olguların gerçek duruma uygun olmadığı savunması niteliğinde görünmekle birlikte aslında dava temelinin yetersizliği savunması anlamından daha geniş kapsamlıdır. Dava sebebinin inkarı, davanın dayandırıldığı olayların gerçek duruma uygun olmadığı ve talebi haklı kılma konusunda eksik olduğu yönündeki savunmaları kapsar. Ancak mevcut durumu daha iyi yansıtabilmek -ki defi, talebin dayandırıldığı hususların gerçek duruma uygun olmadığı savunmasını içermez- için talebi haklı kılacak unsurlardan birinin veya birkaçının yokluğunu veyahut ileri sürülen olguların talebi haklı kılamayacağını ifade etmek için kullanılan "dava temelinin yetersizliği" terimini biz de çalışmamız kapsamında kullanmayı tercih ettik. Ancak *Kaniti*'nin belirttiğinden farklı olarak, dava temelinin yetersizliği savunmasının dava sebebinin inkarından farklı bir husus olmadığı kanaatindeyiz. Aynı yönde bkz. **Oğuzman/ Barlas**, s. 331.

[189] "Dava temelinin yetersizliği" savunması ile "itiraz" (Einwendung) niteliğindeki savunmaların aynı nitelikte olmadığını belirtmek gerekir. Zira itiraz, davacının talebine esas olan dava sebebi dışında kalan hususların ileri sürülmesi ile hakkın doğmadığı veya sona erdiği yönünde yapılan savunmalardır. Dava temelinin yetersizliği (Klagegrundleugnung) savunmasında ise *yeni olayların ileri sürülmesi sözkonusu olmayıp,* bu savunma dava sebebinin dayandırıldığı olaylara göre talebin kabul edilemeyeceği ve hüküm altına alınmayacağına yönelik savunmadır. Bkz. **Kaniti**, s.20-21 dn. 1a.; Bu bakımdan savunma yeni vakıaların ileri sürülmesiyle hakkın mevcut olmadığı veya sona erdiğine yöneliyorsa itiraz niteliğinde olacak, şayet savunma hakkın mevcudiyetine ilişkin olmayıp, hakkın ileri sürülmesini haklı kılacak hususların eksikliğinin ileri sürülmesi ise dava temelinin yetersizliği (dava sebebinin inkarı) sözkonusu olacaktır. İkisi arasındaki pratik fark, savunmaların konusunun muacceliyete etkisinde kendisini gösterirken (muacceliyet eksikliği savunmasının hukuki niteliğine ilişkin tartışma için bkz. aşağıda §2 IV D) , ortak nokta ise her iki savunmanın hakim tarafından re'sen gözönüne alınmasında görülür.

[190] **Kaniti**, s. 20.

amaçları gözönüne alındığında, bu amaçlar doğrudan hakimin re'sen gözönüne almasıyla gerçekleşecektir. Diğer deyişle borçlu kaçınmayı istemese dahi kaçınmaya ilişkin sonuçlar doğacak, davaya ilgisiz olsa dahi teminat ve baskı amaçları hakimin re'sen gözönüne almasıyla gerçekleşecektir. Bu durumun ne derece isabetsiz olduğu ortadadır[191].

Karşı edimin ifası veya ifa teklifinin edim talebini haklı kılacak zorunlu bir unsur olması ve bu nedenle dava temelinin yetersizliği savunmasına konu olmasının bir diğer sonucu, edim borçlusunun, savunmanın ileri sürülmesinden vazgeçmesinin, kural olarak, herhangi bir etkisinin olmamasıdır. Zira karşı edimin ifası veya ifa teklifi edim talebinin ileri sürülmesinin bir şartı ise, bu şart gerçekleşmedikçe edimin ifasını talep hakkı, sırf vazgeçme nedeniyle şart gerçekleşmiş gibi sonuç doğurmaz. Borçlunun tek taraflı irade beyanıyla olmayan şey, olmuş gibi sonuç doğurmaz. Tek başına vazgeçme bu etkiyi sağlamaz. Taraflarca şartın ortadan kaldırılmasına ihtiyaç vardır. Her bir somut olayın özelliği gözönüne alınarak, tarafların anlaşmasıyla bu şartın ortadan kaldırıldığı sonucunun doğup doğmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Borçlunun beyanı alacaklı tarafından kabul edildiği takdirde şarta bağlı borcun tarafların anlaşmasıyla şarta bağlı olmaktan çıkarıldığı sonucuna varılabilir[192]. Bu nedenle, karşı edimin ifası veya ifa teklifi edim talebinin ileri sürülmesinin ve onu haklı kılmasının bir şartı ise, borçlunun savunmadan tek taraflı vazgeçmesinin etkisi olmayacaktır. Böylece, şartın varlığına rağmen, borcunu ifa eden borçlu, borçlu olmayan şeyi ifa eden kişi konumuna girer. Savunmanın dava temelinin yetersizliği savunması olduğu ihtimalde, borçlu, henüz karşı edimi elde etmeden veya karşı edimin ifası kendisine teklif edilmeden hataen edimi ifa ederse, borçlu TBK m.78'e dayanabilecektir[193].

Definin ileri sürülmesinin aranması, borçlunun karşı edim gözönüne alınmaksızın edimin ifa edilmesinin istendiği durumda edimin ifasını hangi sebeple kaçındığının bilinmesini sağlar. Aksi durumda borçlunun hangi sebeple kaçındığının bilinmemesi alacaklının durumunu daha da ağırlaştırır. Özellikle borçlunun edimin ifasından defi suretiyle kaçınması, kaçınmanın borca aykırı bir davranış olmasını

[191] Aynı yönde bkz. **Kaniti**, s. 41.
[192] **Kaniti**, s. 160 -161.
[193] **Kaniti**, s. 20-22; **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1087; **von Tuhr/ Escher**, s.61; **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 210.

engelleyeceğinden, borçlunun, başka bir nedenle ifadan kaçınmasına rağmen, alacaklının karşı edimin elde edilmesi imkanını sunmadığı gerekçesini kullanmasına izin vermemek gerekir. Örneğin borçlu ekonomik güçsüzlük nedeniyle edimi ifadan kaçınmasından sonra bunu karşı edimin ifasını elde etme imkanı sunulmadığı mazaretiyle örtebilir. Borçlunun sadece karşı edimi elde etme imkanının kendisine sunulmamış olması nedeniyle mi edimin ifasından kaçınıp kaçınmadığı defi yoluyla anlaşılır[194]. Borçlunun karşı edimin gözönüne alınmaması sebebine dayanarak edimin ifasından kaçınması ancak defi ileri sürülmekle öğrenilecek ve borçlunun edim ile karşı edimin aynı anda ifa edilmesi sınırlandırılmasına dayandığı belirlenecektir. Dava temelinin yetersizliği kabul edilirse, borçlu karşı edimi elde etme imkanı sunulmadığı sebebi dışında bir başka sebeple edimi ifa edemeyecek veya etmek istemediği durumda olsa dahi hakim tarafından karşı edimi elde etme imkanı sunmayan alacaklının ifa talebi reddedilecektir. Bu durum savunmanın amacına aykırılık teşkil eder.

Ayrıca defi görüşünün kabulünün usul hukuku bakımından çeşitli sonuçları da vardır. Özellikle usul hukuku ekonomisi, hızlılık ve basitlik ilkelerine hizmet eder. Dava dilekçelerinin teatisi aşamasında, alacaklı, karşı edimi ifa ettiğini veya ifasını teklif ettiğini iddia etse dahi bunu ispatlamak zorunda kaldığından, genellikle, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi aşaması, ön inceleme aşaması dışında esas aşamasına geçildikten sonra gerçekleşecektir. Ancak alacaklı, karşı edimin ifasını veya ifa teklifini gerçekleştirdiğini ispat etmek zorunda kalmaksızın talebi ileri sürebilecektir. Ayrıca defilerin, kural olarak[195], en geç ön inceleme aşamasına kadar ileri sürülebilmesi gerekliliği de, borçlunun bu yöndeki defiyi ön inceleme aşamasında ileri sürmesi ve davanın bir an önce sonlanması sürecine de yardımcı olacaktır.

B. Bağımsız Defi Niteliği

Bilindiği üzere defiler, dayandıkları esasa göre, bağımsız ve bağlı defiler olarak ikiye ayrılır. Bağımsız defiler, hakka bağlı olmaksızın ileri sürülebilen defilerdir. Bu anlamda kefilin önce borçluya başvurulması hususunda ileri sürdüğü defi, zamanaşımı defi bağımsız bir defidir. Bağlı defiler ise bir hakka dayanan defilerdir.

[194] **Buz**, s. 100.
[195] Ayrıca bkz. aşağıda §4 I A 3.

*Kaniti'*ye[196] göre, borcun ifa edilmediği defi bir bağlı defidir. Zira alacaklı, edimin ifasını talep ettiğinde hakkını "talep" vasıtasıyla kullanmış olur. Alacaklıdan borçlu olduğu karşı edim talep edildiğinde edime ilişkin alacak hakkını ileri sürerse, hakkını "defi" yoluyla kullanmış olur. Davalının karşı edim alacağını yine o sözleşmeden doğan edim borcunun ifasından kaçınmak için, defi yoluyla kullanması sözkonusudur. Bu nedenle borcun ifa edilmediği defi, bağlı bir defidir. Definin ileri sürülmesiyle karşı edim üzerindeki alacak hakkının elde edilmesinin önü açılır ve hakkın zayıflaması engellenir. Edim ile karşı edim arasındaki bağlılık, karşı edim alacağının defi yoluyla kullanılmasına imkan verir.

Kanaatimizce, edim ile karşı edim arasındaki bağlılık defi ileri sürme imkanı verir. Ancak, bu imkan, karşı edim alacağının defi suretiyle kullanılması şeklinde değil, edim ile karşı edim arasındaki bağlılığın defi suretiyle kullanılmasına yönelir. Borcun ifa edilmediği defi, mübadele ilişkisinde bulunan edimler arasındaki bağlılığa dayanan ve bu bağlılığın işlerliğine yönelen bir defi olduğundan aksi görüş isabetli değildir. Zira bağlılığın değil karşı edim alacağının ileri sürüldüğünü belirtmek çeşitli aksaklıklara neden olur. Bu aksaklıklar, özellikle alacağın devrinde veya borcun naklinde kimin kime karşı defi ileri süreceği hususunda sistematik çözümlerin oluşturulamamasına neden olabileceği gibi her bir hukuki kurumda definin ileri sürülebilmesi bakımından farklı gerekçeler üretme zorunluluğu ortaya çıkarır[197].

Sonuç olarak borcun ifa edilmediği defi, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden doğan edim ile karşı edim arasındaki synallagmatik bağlılığa dayandığından, edim veya karşı edim borcu altında olan tarafın kullanabileceği, alacak hakkına bağlı olmayan, bu anlamda bağımsız bir defi niteliğindedir. Bu yüzdendir ki, definin ileri sürülmesiyle, bir yandan edimin ifasından kaçınılabilirken, diğer yandan karşı edimin ifası hususunda baskı gerçekleşir, fonksiyonel bağlılığın gerçekleşmesi sağlanır. Zira edim ile karşı edim arasındaki bağlılığın asıl amacı da buna yöneliktir.

[196] **Kaniti**, s. 149.
[197] Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §3 III.

C. Geciktirici Defi Niteliği

Defiler hükümlerine göre, geciktirici defiler, sürekli/ kesin defiler şeklinde üç gruba ayrılabilir. Borcun ifa edilmediği definin bunlardan hangi gruba dahil olduğunu belirlemek gerekir.

Kesin/sürekli defiler, edimin ifasını sürekli red imkanı verdiklerinden edim talebinin ifa edilmesine sürekli engel olduklarından, bu savunmalar, kesin defi olarak nitelendirilirler. Örneğin zamanaşımı defi bu defiler arasında yer alır. Zamanaşımı defi, hakkın varlığını etkilememekle birlikte, defiyi ileri sürenin ifaya zorlanmasına engel olur.

Borcun ifa edilmediği defi sürekli edimin ifasından kaçınma amacına yönelen bir defi değildir. Zira defi ancak karşı edim borcunun en azından ifa teklifi gerçekleşene kadar hüküm ifade eder. Bu nedenle defi bir geciktirici defidir[198]. Bu anlamda definin sunduğu kaçınma hakkının süresi, defiye muhatap alacaklının karşı edimin en azından ifa teklifini gerçekleştirmediğine bağlıdır. Definin geciktirici niteliği, defi ileri sürüldüğü ihtimalde definin ileri sürüldüğünü tespit eden hakimin vereceği kararın[199] içeriğinden etkilenmez.

D. Tam-Kısmi Defi Ayrımının Gereksizliği

Defiler ortaya çıkardıkları sonuca göre, tam veya kısmi defi ayrımı yapılmaktadır. Şayet defi edimin tamamının ifasından kaçınma imkanı veriyorsa tam defiden, şayet bir bölümünün ifasından kaçınma imkanı veriyorsa kısmi defiden bahsedilmektedir[200]. Tam ve kısmi defi niteliği, ortaya çıkan durum ve şartlara göre değişen ve buna bağlı olarak ortaya çıkacak olan bir nitelendirme çeşididir. Borcun ifa edilmediği defi edimin tamamından kaçınma imkanı vermesi nedeniyle çoğun içinde azı da vardır kuralı gereği, edimin bir kısmından kaçınma imkanını da içerir. Bu

---

[198] **Kaniti**, s. 150; **von Tuhr/ Escher**, s. 61; **Becker**, Art. 82 N. 4; geciktirici defiler altında borcun ifa edilmediği define yer veren değerlendirme için bkz. Mustafa Dural/ Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 10. Bası, Filiz, İstanbul, 2015, s. 189.

[199] Definin ileri sürülmesi üzerine yeni dava açma imkanı gözönünde tutularak hakimin vereceği kararın şimdilik kaydıyla red (**Kaniti**, s.151) veya aynı anda ifaya mahkumiyet yönünde olacağı görüşlerinden bağımsız olarak, defi ile karşı edimin en azından ifa teklifi gerçekleşene kadar edimin ifasından kaçınılacağı sonucunu değiştirmez. Hakimin vereceği kararın içeriğinin ne yönde olması gerektiği hususunda tartışma için bkz. aşağıda §4 II E.

[200] **Kaniti**, s. 152.

nedenle borcun ifa edilmediği defi için yapılan tam veya kısmi defi ayrımı, suni bir ayrım olarak ortaya çıkmaktadır[201].

IV. SAVUNMANIN HUKUKİ DAYANAĞI: AYNI ANDA İFA

A. TBK m. 97'nin Aynı Anda İfa ile Olan İlişkisi

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflar sözleşme serbestisi kapsamında edim veya karşı edimin elde edilememesi riskini düzenleyebilir, bu riske katlanmayı bir tarafa bırakabilirler. Özellikle bir tarafın diğerinden daha önce ifa ile yükümlü olduğunun kararlaştırıldığı hallerde, önce ifa yükümlüsü taraf bu riske katlanacak taraf olarak belirlenebilir. Taraflarca önce ifa yükümlülüğünün kararlaştırılmış olması mübadele ilişkinin mevcut olmadığı, tarafların edimlerin mübadelesi amacını gözönüne almadıkları anlamına gelmez. Bu durum aynı anda ifa şeklindeki ifa sırasının karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin ayırt edici kriteri olmadığı sonucunun kabulünü gerektirir[202]. Ancak önce ifa yükümlüsünün karşı edimi elde edememe riskine katlandığı gözönüne alındığında[203], edimlerin mübadelesini amaçlayan taraflar için, edimlerin aynı anda ifası, ifa sırası bakımından ideal ifa şeklidir[204]. Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerde yer alan TBK m. 97'nin bu ideal ifa şeklini düzenleyip düzenlemediği ve TBK m. 97 ile aynı anda ifa arasındaki ilişkinin kapsamı belirlenmelidir.

"İfada Sıra" başlıklı TBK m. 97'e göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeden[205] doğan edimin ifasını talep eden tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre

---

[201] Aksi yönde görüş için bkz. **Kaniti**, s. 152; tam ve kısmı defi ayrımı için bkz. **Dural/ Sarı**, . 189.

[202] **Gernhuber**, Synallagma, s.66; **Müller**, s.95; **Jabornegg**, s. 87

[203] Her önce ifa yükümlülüğü, karşı edim borçlusunun edimini zamanında gerçekten yerine getirip getirmeyeceği belirsiz olduğundan, karşı edimi elde edememe riski ortaya çıkarır. Bkz. **Jabornegg**, s.88.

[204] **Stöckli**, N. 225; **Ernst,** s.485; **MünchenerK/ Emmerich**, BGB §320, N. 17.

[205] *Kaniti*, "Karşılıklı borç yükleyen sözleşme" ifadesinin ikamesi olarak, BGB'de kullanılan "gegenseitige Vertrag" ifadesinin karşılığı olan "karşılıklı akit" ifadesini kullanmıştır. Bu ve ikame kullanılan diğer ifadeler için bkz. **Kaniti**, s.1.
Kanaatimizce "karşılıklı akit" ifadesi definin kullanılabileceği borç ilişkilerini tanımlamakta yeterli değildir. Zira bu ifade karşılıklı olmayan akit ifadesinin oluşumuna neden olmaya(sanki tek taraflı bir hukuki işlem ile borç ilişkisi oluşturulmasını kural katına çıkarmaya müsait olması) ve akdin kuruluşunda taraf iradelerinin karşılıklı olmasıyla karıştırılmaya müsaittir. Ayrıca burada karşılıklı olan akidin kendisi değil, tarafların yüklendiği borçlardır. Buna ek olarak *Kaniti*, diğer akitler bakımından da tek taraflı akit, iki taraflı akit kavramlarını kullanmıştır (bkz. **Kaniti**, s. 46) . Aslında *Kaniti*'nin de karşılıklı, tek veya iki taraflı şeklinde nitelediği unsur borç ilişkisinden doğan borçlardır. "Karşılıklı akit" ve ikame diğer ifadeler yerine TBK m. 97 'de ve kanunun çeşitli hükümlerinde yer verilen "karşılıklı borç yükleyen sözleşme" ifadesini, diğer sözleşmelerden

daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir[206]. Hükmün, başlığından, içeriğinden ve gerekçesinden[207], ifa sırasını belirleyen bir hüküm olduğu anlaşılmaktadır[208]. Sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkının olmadığı haller, alacaklının karşı edimi edimden önce veya edim ile aynı anda ifa etme yükümlülüğünün olduğu hallerdir. Hüküm lafzından yola çıkıldığında, hüküm, her iki ifa sırasını içerir bir görünüm arz etmektedir[209]. Bu nedenle hükmün lafzı, hükmün aynı anda ifa sırasını düzenlediği çıkarımından daha geniş bir anlam içermektedir.

---

ayırmada kolaylığı, tarafların karşılıklı borçlanma olgusuna vurgusu ve kanunkoyucunun iradesine uygun olması nedenleriyle çalışmamız kapsamında kullanmayı tercih ettik. Ayrıca bkz. aşağıda §2 II.

[206] Hükmün lafzını değerlendirmek gerekirse, "sözleşmenin ifası" ifadesi isabetli olmayan bir ifadedir. Zira sözleşmenin ifasından değil, borcun ifasından bahsedilebilir (borcun ifa edilmediği defi ifadesini kullanan isabetli değerlendirme için bkz. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 827 vd.). Hükümden alacaklının, edimin ifasını talep edebilmesi için, ifayı teklif etmesi veya ifayı gerçekleştirmesi gereği, isabetsiz şekilde sanki talebin bir şartı anlamına gelebilecek bir üslup kullanılmıştır.

[207] Türk Borçlar Kanunu gerekçesinde madde " *818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 81. maddesini karşılamaktadır. Tasarının tek fıkradan oluşan 96. maddesinde ifada sıra düzenlenmektedir. Öğreti ve uygulamada maddenin ödemezlik define ilişkin olduğu bilinmektedir. 818 Sayılı Borçlar Kanununun 81. maddesinin kenar başlığında kullanılan "VI Mütekabil taahhüdatı ihtiva eden akitte/1. İfanın tarzı" şeklindeki ibare, maddede ifa sırasının düzenlendiği gözönünde tutularak "VI Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler/1. İfada sıra" şeklinde değiştirilmiştir. Maddede kullanılan "karşılıklı borç yükleyen sözleşme" terimi ile, tarafların edimlerinin karşılıklılık(synallagma) ilişkisi içinde bulunduğu borçlar hukuku sözleşmeleri kastedilmektedir. Aynı terim öğretide "tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme" olarak da ifade edilmektedir. Mesela, satış, kira, hizmet, eser ve ölünceye kadar bakma, Tasarının 96. maddesi anlamında karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdendir. Metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 Sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur*." şeklinde ele alınmıştır. Görüldüğü üzere, gerekçede edimlerin aynı anda ifasının düzenlendiğine ilişkin açık bir ifade olmamakla birlikte ifa sırasının düzenlendiğiyle yetinilmiştir.

[208] OR Art. 82 bakımından aynı yönde bkz. **BaslerK/ Leu**, Art. 82, N. 1; **von Tuhr/ Escher**, s. 57; **BernerK/ Weber**, Art. 82 N.1; hükmün muacceliyeti de belirlediği yönünde isabetsiz görüş için bkz. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 832.

[209] TBK m. 97 (yBK m. 81)'i bu şekilde anlayan, inşaat sözleşmeleri bakımından yüklenicinin önce ifa yükümlülüğü olduğu ve TBK m. 97 (yBK m. 81) gereği karşı edim borcunu önce ifa etmesi gerektiği, karşı edim borcunu ifa etmemiş ise, davanın reddi yönünde karar veren sonuç itibariyle isabetli ancak gerekçe itibariyle isabetsiz Yargıtay kararı için bkz. Y. 15 HD. 4000/ 5695 T. 10. 12. 2001 (**YKD**, 6/ 2002, s. 895 vd.):*"...Kaldı ki, az yukarıda vurgulandığı üzere yapının teslimi iskan koşuluna bağlanmış olup arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin iskanın alınmadığı Belediyenin 29.4.1999 günlü yazısı ile anlaşılmaktadır. BK.81. maddesi uyarınca iki taraflı akitlerde bir akdin ifasını talep eden kimse kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylememiş ise karşı taraftan ifa isteyemez. Öte yandan eser sözleşmesinde iş sahibinin borcu olan eser bedelinin ödenmesi eserin yapılıp teslim edilmesi koşuluna bağlıdır (BK. md. 364). Aksi kararlaştırmadığı sürece yüklenicinin kendi edimini yerine getirmesi ve daha sonra eser bedelini istemesi gerekir. İstenilen arsa payı yapılan binanın bedeli olduğuna göre yüklenici noksanlıkları giderip sözleşme uyarınca oturma iznini de aldığında istemde bulunma hakkı saklı kalmak koşulu ile bu aşamada açılan davanın reddi yerine delillerin takdirinde yanılgıya düşerek yazılı şekilde kabulü bozma nedenidir...";* aynı yönde bkz. Y. 23. HD. 8293/ 5692 T. 8. 9. 2015 (**Kazancı**) ; Y. 15. HD. 2352/ 1846 T. 28. 4. 1987

Hükmün bu şekilde kaleme alınışı ve her iki ifa sırasını da kapsayacak bir düzenlemeye yer vermesinin nedeni tarihseldir. Zira daha önce belirttiğimiz üzere, 1881 tarihli OR Art. 95'in temel olduğu 1911 tarihli OR Art. 82 düzenlemesi, yBK m. 81 ve TBK m. 97'nin oluşturulmasında temel alınmıştır[210]. Ancak hükmün her iki ifa sırasını kapsayacak şekilde ele alınması, hükümde aynı anda ifadan bahsedilememesi, TBK m. 97 'nin gözardı edilmesine neden olmuş, aynı anda ifanın dayanağı başka yerlerde aranmıştır.

(**Kazancı**): *"…Gerçekten davacı koperatifin inşaat bedelinden borcu mevcut olduğu takdirde BK.nun 81 ve 90. madde hükümleri gereğince bu edimini öncelikle yerine getirmesi…"*.
Yüklenicinin borçları bakımından önce ifa yükümlülüğü olduğu ve yüklenicinin borcunu ifa etmemesi durumunda davalı arsa sahiplerinin borcun ifa edilmediği defi ileri sürebileceğini kabul eden bu açıdan isabetsiz Yargıtay kararı için bkz. Y. 23 HD. 6250/ 1948 T. 3.7.2017 (**Kazancı**) *"…davalı tarafından bu konuda bir talepte bulunulmamış ise de taraflar arasındaki sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu, sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı hallerde yüklenicinin borcunu iş sahibinden önce ifa etmesi gerektiği, ifa talep eden tarafın sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha önce ifa etme hakkı olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerektiği, davacı yüklenicilerin borcunu öncelikle ödemesi gerektiği, bu nedenle davalının savunmasının ödemezlik def'i olarak kabul edildiği, davacıların davalı aleyhine zenginleştikleri miktarın verilen süreye rağmen yatırılmadığı ve yatırılmayacağının açıkca bildirildiği, bu sebeple davacının tapu kaydını devretmemesinin haklı sebebe dayandığı, tazminat isteminin de bu talebin haklılığına bağlı olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacılar vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacılar vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir… davacılar vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına…"*.
Uyuşmazlık bakımından önce ifa yükümlülüğü sözkonusu olmamasına rağmen, TBK m. 97'i ifadesinden yola çıkarak önce ifa yükümlülüğünü içeren bir hüküm olarak değerlendiren isabetsiz Yargıtay kararı için bkz. Y. 14. HD. 7298/ 7957 T. 15.1.1999 (**YKD** 12/ 2001 s. 1846 vd.): *"…İlk dava satış vaadi sözleşmesi uyarınca açılan tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Satış vaadi sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Alıcının edimini yerine getirmesi koşuluyla, karşı taraftan tescil isteme hakkı vardır. Ancak satış bedeli eksik ödenmiş ise bunun Borçlar Kanunun 81. maddesi uyarınca tamamlanarak ifanın istenmesi mümkündür…" ;* aynı yönde bkz. Y. 1 HD. 12988/ 13223 T. 30.10.2000 (**YKD** 10/ 2001, s. 1490 vd.): *"... Ancak, davacının karşılıklı edimleri içeren inanç sözleşmesine dayanarak inanç konusu taşınmazların tapu kayıtlarının iptalini ve adına tescilini isteyebilmesi için Borçlar Kanununun 81. maddesi uyarınca öncelikle kendi edimini yerine getirmesi zorunludur…"*. Y. 15 HD. 2128/ 2639 T. 13.12. 1982 (**YKD** 4/ 1983 s. 577 vd.): *"…BK. nun 81. maddesine göre alacaklının borçlu taraftan ifanın yerine getirmesini isteyebilmesi için önce kendi edimini yerine getirmesi veya teklif etmiş olması gerekir. Halbuki davacı alacaklının, 1.2.1977 tarihli sözleşmenin 12 ve 16. maddeleri ile, kendisine yüklenilen kat irtifakı tesisi ve emlâk alım vergisi ödeme mükellefiyetini yerine getirmediği davalı İsmail Faik'in 14.4.1980 gün ve 3335 sayılı ihtarnamesi ve Silivri Noterliği'nin 30.4. 1980 gün ve 3732 sayılı «Durum tesbit tutanağı» ndan anlaşılmaktadır. Bu durumda mütemerrit davacının davalı borçludan ifasını yerine getirmesini istiyemiyeceği gibi sözleşmenin 12. maddesinden kaynaklanan gecikme cezasını da talebe hakkı yoktur. O halde, mahkemece hükmedilen 37500 liralık gecikme cezası yerinde değildir…"*.

[210] Bkz. yukarıda §1, I, F, 1.

Bu sebeple bir kısım Türk ve İsviçre doktrini[211], satış sözleşmelerinde ifa sırasını düzenleyen TBK m. 207 II'de (OR Art. 184 II) açıkça belirtilen aynı anda ifa prensibinin tüm karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından da sözkonusu olacağını ileri sürmüştür.

Bu görüş dolaylı olarak aynı anda ifa prensibi bakımından TBK m. 97 (OR Art. 82) 'nin yeterli olmadığı, bu hususta açıklığı TBK m. 207 II (OR Art. 184 II) 'deki düzenlemenin sağladığını kabul etmektedir. Bu sebeple de satış sözleşmeleri için belirlenen aynı anda ifa prensibini genelleştirmeye çalışır. Açık olmamakla birlikte genel hükmün aynı anda ifa prensibini de kapsayıp kapsamadığını değerlendirmeden, özel borç ilişkilerinde yer alan hususun diğer bütün karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından da uygulanacağını belirtmeye kanaatimizce gerek yoktur. Bu kapsamda TBK m. 97 'nin her iki ifa sırasını içeren bir lafız kullansa da aynı anda ifa prensibini ne derece kapsadığı ve aynı anda ifa ile olan ilişkisi belirlenmelidir.

1881 tarihli OR Art. 95'i ilk defa yorumlayan dönemin doktrini[212], hükmün kural olarak, aynı anda ifayı kapsadığını, aynı anda ifanın mümkün olduğu durumlarda davacının en azından ifayı teklif etmediği sürece, önce ifa yükümlüsü olmayan davalının borcun ifa edilmediği defi ileri sürebileceğini belirterek 1881 tarihli OR Art. 95'i aynı anda ifayı düzenlediği yönünde yorumlamıştır. Günümüze kadar Türk/ İsviçre doktrininin, genel olarak, bu yoruma katıldığı gözönüne alındığında, aynı düzenlemeye yer veren TBK m. 97 bakımından da bu yorumun geçerli olduğu kabul edilmelidir. Ancak, hüküm alacaklının bakış açısından ele alınsa da, durumu borçlunun bakış açısından ele alan bu yorum borçlunun defi ileri sürebileceği ve ileri süremeyeceği durumları da ortaya koymaktadır. Bu çerçevede davacı karşı edimi ifa etmemiş veya ifasını teklif etmemiş ise ona karşı defi ileri sürülebilecek, karşı edimi ifa etmiş[213] veya en azından ifasını teklif etmiş ise defi ileri sürülemeyecektir.

---

[211] **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 2; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 135, N. 142; aynı anda ifa prensibinin, bütün karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler için OR Art. 82 (TBK m. 97)'den çıkacağı yönünde isabetli görüş için bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 58; **Guhl/ Merz/ Kummer**, s. 21; **von Büren**, s. 463; **Simmen**, s. 58; **Stöckli,** N. 234; **Nomer/ Engin**, N. 63; ayrıca bkz. İsviçre Federal Mahkemesi kararı için **BGE 129 III 535 (541);** satış sözleşmeleri için düzenlenen aynı anda ifa hususunun yBK m.81 (TBK m. 97)'deki esasın özel bir uygulama şekli olduğu yönünde isabetli görüş için bkz. Halil Arslanlı, "**Ticari Bey'de Ademi İfa Defi**", İÜHFM, 1950/ 2-3, s. 732.

[212] **Schneider/ Fick**, s. 99; ayrıca bkz. **Ross**, s. 164.

[213] Herhalde, önce ifa yükümlüsü olmayan davacı, karşı edimin ifasını borçludan daha önce gerçekleştirmekle yükümlü olmamasına rağmen karşı edimi daha önce ifa ettiği ihtimalde borçlu

Hükmün lafzen alacaklının bakış açısından ele alınması, borçlunun önce ifa ile yükümlü olmadığının belirtilmesi ihtiyacını alacaklının bakış açısından ifade etmek zorunluluğu doğurmuştur. Bu nedenle de "daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça" ifadesine yer verilmiştir. Ancak bu ifade, alacaklının karşı edim borcunu önce ifa ile ve aynı anda ifa ile yükümlü olduğu hallerde yapması gerekeni belirtir niteliktedir. Alacaklının karşı edim borcu bakımından önce ifa yükümlüsü olduğu durumda dahi karşı edim borcunu önce ifa etmesi veya ifasını teklif etmesi gerekliliğinden hükümde bahsedilmesi kanunkoyucunun tekrara düşmeyeceği ve tekrarın gereksizliği nedeniyle isabetsizdir[214]. Gerçekten de daha sonra ifa etme hakkı olmayan alacaklının önce ifa yükümlüsü olabileceği gözönüne alındığında, hükmün önce ifa yükümlüsü olan alacaklının karşı edimin en azından ifasını teklif etmesi gerektiğini vurgulamayı amaçlamadığı söylenebilir.

TBK m. 97'nin önce ifa yükümlülüğünü tekrar etme amacı ile düzenlenmediği gözönüne alındığında, aynı anda ifa durumunda borçlunun ifaya zorlanabilmesi için alacaklının yapması gerekeni belirten bir hüküm olduğu sonucuna varılabilir. Böylelikle TBK m. 97, aynı anda ifa prensibini, alacaklının bakış açısından, borçluyu ifaya zorlayabilme amacıyla kendi ediminin ifasını en azından teklif etmiş olması şeklinde somutlaştırırken, borçlunun bakış açısından, alacaklının karşı edimi ifa etmesi veya ifasını teklif etmesine kadar kendi edimini ifa etmekten kaçınma imkanı vermekle somutlaştırır[215]. Sonuç itibariyle belirtilenler gözönüne alındığında TBK m. 97'nin aynı anda ifa prensibini düzenleyen genel nitelikte bir hüküm olduğu kabul edilmelidir.

B. Aynı Anda İfa Prensibinin Dayanağı

Alman ve İsviçre doktrininde aynı anda ifa prensibinin dayanağına ilişkin çeşitli teoriler geliştirilmiştir.

Birinci görüşe göre[216] (Dürüstlük Kuralı Teorisi/ Gutglaubenstheorie), aynı anda ifa ilkesinin temeli, önce ifa yükümlülüğünde yer alan hakkaniyete uygun olmama ve

defiyi ileri süremeyecektir. Aksi sonuç kabul edilir, alacaklının karşı edimi ifa etmek zorunda olduğu belirtilirse, TBK m. 97'nin kapsamında yer alan aynı anda ifa prensibi bizzat hükmün kendi eliyle ihlal edilmiş olur. Bkz. **Simmen**, s. 65.

[214] Bu isabetsizlik OR 2020 Art. 101'de tekrarlanmamış ve hükümde "daha sonra ifa ile yükümlü olmadıkça" ifadesine isabetli şekilde yer verilmemiştir. Bkz. yukarıda §1 I F 3.

[215] **Simmen,** s. 37; **Feyzioğlu**, s.127

[216] **Enneccerus/ Lehmann**, §33, N. I; **Teubner**, s. 27; **Bucher**, AT, s. 309; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N.6; **Becker**, Art. 82, N. 2; **Wiget**, s. 7; **de Feo**, N. 96 dn. 200; borcun ifa edilmediği savunması,

taraflar arasındaki güvene aykırılıktır. Önce ifa yükümlülüğü, taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise, her iki edimin bağlılığını zayıflattığından ve taraflardan birine bir kredi sağlamayı ifade ettiğinden adaletsizdir. Alacaklının karşı edimin ifasını en azından teklif etmeksizin edimin ifasını istemesi karşı tarafı önce ifa yükümlülüğüne sokacağından dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Aksi durumda alacaklı karşı edimi dikkate almaksızın sözleşmenin nimetlerini sonuna kadar sömürür. Bu sebeple aynı anda ifa ilkesi, dürüstlük kuralında yer bulan "bona fides" in somutlaşmış halidir.

İkinci görüşe göre[217] (İrade Teorisi/ Willenstheorie), aynı anda ifa ilkesi tarafların iradesiyle açıklanabilir. Her bir taraf edim borcu altına karşı edimi elde etmek amacıyla girer. Her iki taraf da, kural olarak, edimlerin aynı anda mübadelesini amaçlar. Taraflardan her biri bu sebeple karşı edimin yerine getirilmesini elde etme imkanını kaybetmemek amacıyla edimini sadece aynı anda yerine getirmek ister. Defi bu nedenlerle dürüstlük kuralından çıkan bir teminat kurumu değil, bilakis karşı edimin elde edilmesine yönelen bir baskı aracıdır. Teminat bu amacı gerçekleştirmediğinden yani karşı edimin kararlaştırıldığı gibi elde edilmesi amacına yönelmediğinden defi teminat gösterilmek suretiyle de sona erdirilemez.

Üçüncü görüşe[218] göre, bu her iki görüş aslında birbirlerini dışlamamakta, her biri madalyonun bir yüzünü oluşturmakta, birbirlerini tamamlamaktadır. Taraflar aynı

---

hakkın kötüye kullanılması genel kuralının özel bir şekli olduğunu ileri süren görüş için bkz. Schmidt, **Die Obliegenheit**, s. 156; **Fichtner**, s. 43;
Borcun ifa edilmediği defi, dürüstlük kuralının, özellikle genel hile definin (exceptio doli generalis) etkisi altındadır. Bu sebeple, borçludan, karşı edimi aynı anda elde edememesi tehlikesine rağmen edimin ifası beklenemez. Bkz. **ZürcherK/Schraner,** Art.82, N. 9, N. 103; **Müller**, s.90; **BernerK/ Weber**, Art. 82 N.6; Max Keller, **"Robert Simmen; Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags(0R 82)",** Besprechungen und Anzeigen, ZSR, 1983/I, s. 369; Rolf Isler, "**Über die Voraussetzungen des Retentionsrechtes, insbesondere jenes des Spediteurs und des Frachtführers**" ZBJV, 115, 1979 s. 405; **Serozan**, §6 N. 5; hem hapis hakkının hem de definin exceptio doli'nin etkisi altında olduğu ve genel hukuk prensiplerinden çıkan kaçınma hakkı olduğu yönünde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 61 II 264.**
Hangi görüşte olduğu açık şekilde anlaşılamayan ancak dürüstlük kuralı görüşünü eleştiren görüşe göre, dürüstlük kuralına dayanma aynı anda ifa prensibini yeter açıklıkla ortaya koymaz. Zira aksi durumda borçlar hukukunda yer alan bir çok hukuki kurum sadece dürüstlük kuralıyla açıklanabilirdi. Bu görüş için bkz. **Kast**, s. 7

[217] **Larenz**, s.168; Soergel/ Reimer Schmidt, **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen §§1-bis 432**, Bd. I, 9. Aufl., Stuttgart, 1959, §320, N.1

[218] **Simmen**, s. 35 ve 35 dn. 19; aynı yönde bkz. **Grüter**, s. 22-23.
Birinci ve ikinci görüşün, Alman Hukuku'nda definin bir karşı hak mı verdiği yoksa, edim talebinin içeriğinin sınırlandırılması yönünde bir savunma mı olduğu hususundaki tartışmayı da şekillendirdiği, birinci görüş taraftarları, defiyi bir karşı hak olarak nitelendirirken, ikinci görüş taraftarları talebin içeriğinin sınırlandırıldığını ileri sürer. Bu açıklama ve değerlendirme için bkz. **Grüter**, s. 21-22.

anda ifayı açıkça kararlaştırmamış olabilirler. Özellikle taraflardan her birinin dikkat etmemesi veya menfaat eksikliği nedeniyle sözleşmenin kuruluşunda ifa sırası hususunu gözardı ettiği durumlarla karşılaşılabilir. Bu halde taraf iradesi çoğunlukla varsayımsal bir niteliğe sahiptir. İkinci görüşün ileri sürdüğü taraf iradesini de bu nitelikte anlamak gerekir. Bu durumda da aynı anda ifa ilkesi açık taraf iradesine değil, bilakis dürüstlük kuralına dayanır. OR 82 (TBK m.97)'nin emredici bir hüküm olmaması ve taraflara ifa sırasını belirleme imkanı vermesi bu durumu destekler. Emredici olmayan hüküm varsayımsal taraf iradesiyle aynı içeriğe yer verir. Aynı anda ifa açıkça kararlaştırılmış ise en fazla hükümde yer alan içeriğin taraf iradesine uygun olduğu söylenir. Bu sebeple, tarafların önce ifa yükümlülüğünü düzenlemediği aynı zamanda taraflarca açıkça edimlerin aynı anda ifası kararlaştırılmadığı durumda, varsayımsal taraf iradesini araştırmaya gerek yoktur[219].

Kanaatimizce, son görüş isabetlidir. İlk iki görüşte belirtilenlerin birbiriyle çeliştiği ve birbirini reddettiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Birinci görüş dürüstlük kuralına dayandığını ileri sürmekle aslında taraf iradelerinin bu konuda gözönüne alınmayacağını açıkça belirtmemektedir. Aynı husus ikinci görüş için de geçerlidir. Son görüş ise, varsayımsal taraf iradesinin de dürüstlük kuralına dayanmaktan başka bir şeyi ifade etmediğini ortaya koyar ve her iki görüşü dürüstlük kuralı görüşü potasında eritip, dürüstlük kuralı görüşüne ağırlık verir görünümündedir.

C. Aynı Anda İfanın Gerçekleştirilmesindeki Zorluklar

1. Genel Olarak

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin aynı anda ifası, ifa sırası bakımından ideal ifa usulüdür. Ancak edimlerin aynı anda ifa edilmesi kuralı, kuralın lafzından çıkan anlama sıkı sıkıya bağlı kalınacak şekilde anlaşılmamasını gerektirir. Diğer deyişle aynı anda ifanın kararlaştırıldığı durumda, genellikle araya herhangi bir süre girmeksizin edim ile karşı edimin aynı anda ifası kastedilmemektedir. Aksi sonucun kabulü halinde, aynı anda ifa kuralı sadece günlük ihtiyaçların görülmesine

[219] Bu görüşler dışında teoride azınlıkta kalan bir dördüncü görüşe (Şart teorisi/ Bedingungstheorie) göre, aynı anda ifa ilkesi, taraflar arasında kararlaştırılan "şart"ın kanuni bir görünümü olarak anlaşılmalıdır. Bir tarafın edimini ifası karşı tarafın edim borcunun hüküm ifade edebilmesinin geciktirici şartını oluşturur. Bu görüş için ayrıca bkz. **Blomeyer**, s. 105, 111 vd. ; üçüncü görüş bakımından, bu görüşe yöneltilen, bizim de katıldığımız eleştiriler için ayrıca bkz. yukarıda §1, III, A, 2.

yönelen satış ilişkileri ve benzeri borç ilişkilerinde uygulanacak, bunun dışındaki borç ilişkilerinde uygulama alanı çoğunlukla bulamayacaktır. Bu borç ilişkilerinde bu sebeple edimlerin ifaları arasına kabul edilebilir, öngörülebilir ve katlanılabilir bir zaman aralığının girmesi, edimlerin aynı anda ifa edilmesi kuralında herhangi bir değişikliğe yol açmaz[220]. Bu hususta, aynı anda ifa kuralını ihlal etmeyecek bir tolerans sınırı belirlenebilir[221]. Herhalde bu hususta sınır, fiilen ard arda ifanın, aynı anda ifa ile güdülen amacı engellememesi[222], diğer deyişle, bir tarafı fiilen önce ifa yükümlüsü kılmamasıdır. Her bir somut olayın özelliği gözönüne alınarak taraflardan birinin önce ifa yükümlüsü mü olduğu yoksa aynı anda ifanın mı sözkonusu olduğu belirlenmelidir.

Herhalde ifa sırasının belirlendiğinin iddia edildiği durumda dahi TBK m. 97'nin ispat bakımından bir anlamı vardır. Bu halde aynı anda ifanın olduğunu ileri süren taraf somut durumda kurala uygun taraf iradesinin varlığını ispatlamak zorunda olmayıp, ifa sırasının belirlendiğini, bununla ilgili olarak önce ifa yükümlülüğünü ileri süren taraf bu durumu ispat etmekle yükümlüdür[223].

2. Edimlerin İfa Yerinin Farklı Olmasından Doğan Zorluklar

Edimlerin aynı anda ifası bakımından edimlerin ifası arasına uygun bir sürenin girmesi aynı anda ifa hususunda bir değişiklik ortaya çıkarmayacak olsa da edimlerin aynı anda ifasında çeşitli zorluklarla karşılaşılabilir. Bu zorluklar genellikle edimlerin niteliğinden veyahut ifa yerinin farklılığından ortaya çıkar[224].

Aynı anda ifa bakımından ifa yerlerini incelemek gerekir. Edimin ifasının belirli bir yerde yapılması ifanın gerçekleşebilmesi için zorunlu ise edimin ifası ancak o ifa yerinde ifa edilecektir. Örneğin, inşaat sözleşmelerinde, inşaatın yapılması borcu, inşaatın yapılacağı arsada ifa edilecektir. Ancak çoğu zaman ifa yeri, ifanın

---

[220] **Oesterle**, s. 31; **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 139; **Giger**, Art. 184; N.186; Herbert Zimmermann, **Leistung Zug um Zug bei gegenseitigen Verträgen**, Marburg, 1933, s. 3.

[221] Bu tolerans sınırı belirlenirken işlemin ticari olup olmadığı gözönüne alınmalıdır. Bkz. **Oesterle**, s. 31; **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 139; **Giger**, Art. 184; N.186; bu sınırın ticari satışta ticari olmayan satışa nazaran daha geniş şekilde ele alınması gerektiği yönünde bkz. **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 139; ayrıca bkz. **Giger**, Art. 184; N. 186.

[222] **Oesterle**, s. 31; aynı yönde bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 139; aynı anda ifanın belirlenmesinde sınırın, durum ve şartlara göre belirlenecek az ve önemsiz uygun bir süre içerisinde borçlunun karşı edimi almasıyla belirleneceği yönünde bkz. **Zimmermann**, s. 5.

[223] Aynı anda ifa prensibinin aksini ispat bakımından aynı yönde bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 58, dn. 7; ayrıca bkz. **Simmen**, s. 35 dn 19.

[224] **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N.6; **ZürcherK/ Schraner**, Art.82, N.103; **von Tuhr/ Escher**, s. 58-59; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 137 vd.; **Fichtner,** s.50; **Feyzioğlu**, s. 127; **Tunçomağ**, s. 734-735.

yapılabileceği tek yer değildir. Kanundan veya sözleşmeden anlaşılamıyorsa ifa yeri TBK m. 89'a göre belirlenecektir. TBK m. 89'a göre, ifa yerlerinin farklı olabileceği ihtimaller üzerine durmak gerekir. TBK m. 89'a göre, para borcu götürülecek borç, genel itibariyle parça borcu[225] ve diğer borçlar bakımından borç aranılacak borçtur. Buna ek olarak satış sözleşmeleri bakımından düzenlenen gönderilecek borç da bu sınıflandırma da yer bulur.

Aynı anda ifa, edim ve karşı edimin ifa yerinin aynı yer olduğu durumda kolaylıkla gerçekleştirilir[226]. Örneğin, alıcının, satılanı, satıcının yerleşim yerinde veya iş yerinde devraldığı (aranılacak borç), satış bedelinin de aynı yerde(OR Art.74/TBK m.89) ödendiği(götürülecek borç) veya elden satışın sözkonusu olduğu durumlarda bu husus açıkça görülür. Ancak edimlerin ifa yerinin aynı yer olmadığı durumlarda aynı anda ifanın uygulanması daha zordur. Örneğin, satıcı, alıcının yerleşim yerinde satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devretme borcu altında iken(götürülecek borç), bedelin satıcının yerleşim yerinde ödenmesi gerektiği(götürülecek borç) durumda aynı anda ifanın uygulanmasında zorluklarla karşılaşılabilir [227].

Aynı anda ifanın gerçekleştirilmesindeki zorluklar, buna ek olarak, her iki edimin de aranılacak veya götürülecek ya da gönderilecek borç olduğu ihtimalde ortaya çıkabilir. Ancak edimlerden birisinin gönderilecek borç, diğerinin götürülecek borç olduğu ihtimalde durum ayrıca incelemeyi gerektirir. Bu kapsamda, mesafe satımı sözleşmesi ayrıca ele alınmayı hak eder.

Mesafe satımı sözleşmesinin konusu satıcının borcu bakımından bir gönderilecek borçtur. Mesafe satımında malların taşıyıcıya verilmesinden sonra satıcının mal üzerinde tasarruf yetkisi devam edebilir. Bu halde gönderme ile, satıcının ifa fiilini tamamlandığından ve ifayı gerçekleştirdiğinden bahisle satış bedelinin, ona,

---

[225] Parça borcunun ifa yeri sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yer olmakla birlikte, bu yer borçlunun yerleşim yeri dışında bir yer olabilir. Bu yer şayet alacaklının hakimiyet alanı içerisinde yer alan bir yer değilse, borç, duruma göre gönderilecek, götürülecek veya aranılacak borç niteliğinde olabilir. Taraflarca satılanın alacaklının yerleşim yerinde ifa edileceğinin kararlaştırıldığı ihtimalde ise artık ifa yeri bakımından borç aranılacak borç olmayıp, götürülecek borçtur. Ayrıca bkz. **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1044 vd.

[226] Taşınmaz satışında aynı anda ifa prensibin uygulanmasına ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 85 II 487**; tasfiye ilişkilerinde iade borçlarının aynı anda ifasının kabul edildiği hallerde, iade borçları, edim ile karşı edimin aynı anda ifa edildiği yerde ifa edilecektir. Bkz. **Ernst**, AcP, s. 523-524.

[227] **von Tuhr/ Escher**, s. 58-59; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 103; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 137; **Kaniti**, s. 55; **Arslanlı**, s. 733.

göndermede ödenmesi gerektiğini belirtmek isabetli olmaz[228]. Satıcının, taşıma sırasında, satılan üzerinde tasarruf hakkının devam etmesi alıcı için güvenilir bir durum teşkil etmez. Zira gönderimde satış bedelini ödeyen alıcı, kaçınma imkanını kaybeder. Alıcıyı kanundan veya işin niteliğinden doğan bir önce ifa ile yükümlü kılmak bu anlamda isabetli olmaz. Kaldı ki aksine sözleşme yoksa, satılan alıcının zilyetliğine girince muaccel olur hükmünü düzenleyen TBK m. 234 bu anlamda alıcının önce ifa yükümlülüğünü engeller.

Bunun yanında edimlerin aynı anda mübadelesinin, göndericinin (satıcı) satılanı geri çekme imkanını (tasarruf yetkisini) kaybettiği ve gönderimin tamamlandığı anda alıcının ödemesiyle gerçekleşebileceğini ileri sürmek de kanaatimizce isabetli olmaz[229]. Mesafe satımı sözleşmelerinde, genel olarak, alıcının bedel ödeme borcu malların alıcının tasarrufuna sunulması ve ona malları inceleme imkanı verilmesiyle muaccel olacağı hususundan ayrılmayı gerektirecek bir gerekçe bulmak güçtür. Aksi

---

[228] İfa fiilinin yapılmasının aynı anda ifa bakımından yeterli olduğu, ifa sonucunun elde edilmemiş olmasının bu bakımından herhangi bir farklılık yapmayacağı yönünde bkz. **Gernhuber**, s. 352; **Oesterle**, s. 31-33; bu hususta edim borçlusunun edimi elinden çıkarması ve karşı edim bakımından teminat fonksiyonunu kaybettiği an her bir somut olayın özelliği gözönüne alınarak belirlenmelidir. Tespit edilen zaman, aynı anda ifanın gerçekleşebileceği zamandır. Taraflardan her biri, birden çok ifa fiili gerçekleştirme bakımından ifa fiiliyle ifa sonucunun girişini önleme imkanına sahip olduğu sürece, aynı anda ifa gerçekleşebilir (bkz. **Oesterle**, s. 33). Aksi takdirde aynı anda ifanın gerçekleştirileceği an kaçırılmış demektir. Artık borçlu, karşı edimin ifasını elde edebilme bakımından edimin ifasından kaçınma imkanına sahip olmadığından, edimin ifasından kaçınmanın kendisine sunacağı menfaatleri de kaybeder. Örneğin, taşınmaz satışı sözleşmelerinde, resmi satış sözleşmesinin düzenlenmesi ve tescil talebinde bulunduğu anda bedel ödeme borcunun ifa edilmesiyle aynı anda ifanın ifa fiilleri bakımından sözkonusu olduğu söylenebilir. Bu ihtimalde tescil talebinde bulunma ve bedelin ödenmesi anı aynı anda ifanın gerçekleşebileceği andır. Bedeli ödemesine rağmen henüz ifa sonucunu elde etmemiş devralan, tapu memuru tarafından tescil gerçekleştirilince, ifa sonucunu elde edecektir.

[229] Aksi yönde bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 58-59; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 103: **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 138; **Tunçomağ**, s. 735; **Kaniti**, s. 56. *Kaniti*, göndermenin alıcının adına veya taşıyıcının alıcının yetkili temsilcisi sıfatıyla hareket ettiği durumlarda, satıcının taşıyıcıya teslim ile mal üzerindeki tasarruf yetkisini kaybettiğini ve alıcının henüz inceleme imkanına sahip olmadığı anda bedeli ödemek zorunda bırakılmasının uygunluğunun şüpheli olduğunu ileri sürmektedir: Bkz. **Kaniti**, s. 56; bu durumda gönderilecek borç bakımından ifa yeri gönderim yeridir. Tarafların iradesinden gönderme ile satıcının teslimi gerçekleştirdiği sonucu çıkarılabilir. Bu ihtimal ayrıca malları temsil eden belgelerin teslimine olduğu gibi, malların inceleme imkanının düştüğü bir hal olarak ortaya çıkar. Bu sebeple alıcının inceleme imkanına yer verilmesi gerektiği ayrıca söylenemez. Bu durumun ortaya çıkaracağı riskleri alıcı yetkili temsilcisine malları inceleme yetkisi vererek önleyebilir.
Malı temsil eden belgelerin teslimi karşılığı ödeme ihtimalinde aynı anda ifanın gerçekleşeceği yönünde **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N.6.
Aynı anda ifanın bir taraf masrafları kendisine ait olmak üzere malı ifa yerine götürdüğünde veya taşıyıcıyı bedeli elde etme karşılığında teslimle yetkilendirdiği ihtimalde gündeme geleceği yönünde bkz. **Oesterle**, s. 36; bkz. **Zimmermann,** s. 11 vd.

sonucun kabulü, edimlerin mübadelesinin gerçekleşeceği an olarak kabul edilen anda (gönderim anı) alıcının inceleme imkanına sahip olmadığı halde bedel ödeme borcunu ödeme zorunluluğunu ortaya çıkarır. Bu hususta inceleme imkanının düşmesini gerektiren bir durum da yoktur.

Mesafe satımında aynı anda ifa için satıcının taşıyıcıya bedeli alma hususunda yetki vermesi gerekir. Bu bakımdan aynı anda ifanın gerçekleşeceği an , kural olarak, bedeli kabul yetkisi verdiği taşıyıcının satılanı, alıcıya inceleme imkanı verecek şekilde, sunduğu andır[230]. Bu andan itibaren edimlerin aynı anda ifasının gerçekleşebileceğinden bahsedilebilir. Bu ana kadar satıcı ifaya hazırlık fiileri bakımından önce ifa yükümlüsüdür. Herhalde mallar alıcının tasarrufuna sunulana kadar bedel ödeme borcu muaccel olmadığından, satıcı bu ana kadar borcun ifasını isteyemeyecektir.

Aynı anda ifanın gerçekleşmesinin ifa yerinin farklı olması ihtimalinde güçleşmesi, tarafların iradesinin aksine, ifa yerinin aynı anda ifanın gerçekleştirilmesi amacıyla değiştiğini kabul ederek aşılamaz[231]. Aynı husus tersi bakımından da

---

[230] **Gernhuber**, s. 391; **Oesterle,** s. 35-36; pratikte bu yönde bir teamülün geliştiği hususunda bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 138; **von Tuhr/ Escher**, s. 59 dn. 11; aksi durumun kabulünün satıcıyı gönderme borcu bakımından önce ifa yükümlüsü kılacağı yönünde bkz. **Hoşlan**, s. 228.
Satıcının bu hususta kısmen önce ifa yükümlüsü olduğu, zira satıcının gönderimi gerçekleştirmesi ve alıcıya inceleme imkanı vermesi gerektiği, "bedelin teslimde ödeneceği" (Leistung unter nachnahme) nin kararlaştırıldığı ihtimalde inceleme imkanı verilmesine gerek olmadığı, aynı anda ifanın ilk durumda alıcıya inceleme imkanı verilmesiyle ikinci durumda ise satılanın teslimiyle gerçekleşebileceği yönünde bkz. **Gernhuber**, s.391-392;
CISG Art. 58 III'e göre, inceleme imkanının düştüğü durumlarda alıcının tasarrufuna sunulmasının muacceliyetin girişi için yeterli olduğu yönünde görüş ve ayrıca inceleme imkanının düştüğü durumlar(akreditif, bedelin teslimde ödeneceği klozu gibi) için bkz. **Staudinger/ Magnus**, Art. 58, N. 28.
CISG Art. 58 bu hususta bir düzenlemeye yer vermektedir. Bu düzenleme gözönüne alındığında, genel olarak, alıcının bedel ödeme borcunun muaccel olduğu an satıcının satılanı alıcıya sunduğu ve alıcıya inceleme imkanı verdiği andır. Mesafe satışı bakımından, satıcı göndericiye malları teslim ettiği anda gönderme borcunu ifa eder. Ancak alıcı malları veya malları temsil eden belgeleri taşıyıcının kendisine sunduğu anda elde edebilir. Satıcı bedelin ödenmediğine dayanarak malların veya malları temsil eden belgelerin gönderilmesini geciktiremez. CISG Art. 58 II'e göre, satıcı malların veya malları temsil eden belgelerin teslimini bedelin ödenmesine bağlayabilir, ancak bu halde de alıcıya maları inceleme imkanı vermelidir. Teslim ve inceleme imkanı sunma anında, satıcının bu imkana sahip olması taşıyıcıya bu hususta bir yetki verilmesini gerektirir. Bu yetki verilmemiş ise, alıcı herhalde malları veya temsil eden belgeleri elde ettiğinde ve inceleme imkanına sahip olduğunda bedel ödeme borcu muaccel olacaktır. Şayet hasar alıcıya geçtikten sonra mallar taşıma sırasında telef olmuş ise, hasar kendisine geçen alıcının bedel ödeme borcunun muacceliyet anında değişiklik olmaz. Bedel ödeme borcunun muaccel olacağı an ise mallar veya temsil eden belgeler, mallar telef olmasaydı hangi anda alıcıya sunulacak ve inceleme imkanı verilecek idiyse o anda muaccel olacaktır. Bkz. **Staudinger/ Magnus**, Art. 58, N. 15; ayrıca bkz. yukarıda §1, I, G.

[231] **Gernhuber**, s. 352; **Oesterle**, s. 40; **Kaniti**, s. 56.

sözkonusudur. Edimlerin ifa yerinin farklı olması, kural olarak, aynı anda ifa prensibinden ayrılmayı gerektirmez[232]. Diğer deyişle ifa yerinin farklı olması, aynı anda ifanın kabul edildiği durumda, aynı anda ifa prensibini bir tarafın önce ifa yükümlüsü olmasına yol açacak şekilde değiştirmez.

Taraflardan her biri borcunu ifa edeceği ifa yerinde karşı edimin ifasının gerçekleştirilmesini talep edebilir[233]. Örneğin, satıcı, bedel ödeme borcunun ifa yerinin kendisinin yerleşim yeri olmasına rağmen, malı teslim ettiği yerde bedelin ödenmesini talep edebilir. Bundan ayrı olarak edimlerin ifası ayrı yerlerde yapılacak olsa dahi aynı anda ifayı gerçekleştirmeye yönelik güvenilir bir üçüncü kişinin (noter, banka, mahkeme veya mahkeme tarafından belirlenecek üçüncü kişi) yardımından yararlanılabilir. Bu ihtimalde, tarafların iradesine uygun olarak, ayrı ifa yerlerinde aynı anda ifanın gerçekleşmesi mümkün olabilecektir. Bu kapsamda taraflar arasında güvensizlik olması durumunda, taraflardan her birinin ediminin kendisinde hazır bulundurulacağı güvenilir bir üçüncü kişinin aracılığıyla edimlerin aynı anda mübadelesi gerçekleşebilir. Akreditif özellikle bu amaca hizmet eder[234]. Akreditifte

---

[232] **Oesterle**, s. 40; ifa yerlerinin farklı yerler olması halinde aynı anda ifanın mümkün olamayacağından yola çıkarak taraflardan birine önce ifa yükümlülüğü yüklediğinden bahseden isabetsiz görüş için bkz. **Arslanlı**, s. 733- 734; aynı yönde bkz. **Feyzioğlu**, s. 127 vd; **Fichtner**, s. 50

[233] İfa yerlerinin ayrı olduğu halde aynı anda ifanın mümkün olamayacağı görüşü isabetli değildir. Borçlunun edimin ifa edileceği yerde karşı edimin ifasını talep etmesi durumunda ifa yerlerinin ayrı olarak kararlaştırılmasına rağmen aynı anda ifa gerçekleşecektir. Zira karşı edimin ifa yerinde ifası karşı edim alacaklısının hakkının içeriğine dahil olduğundan, karşı edim alacaklısı bundan vazgeçerek aynı anda ifanın gerçekleştirilmesini sağlayabilir. Ancak bu durumun ifanın ancak ifa yerinde gerçekleştirilmesinde zorunluluk olmayan hallerde mümkün olabileceği gözardı edilmemelidir. Bu husus dışında genel olarak, edimlerin *sadece* ifa yerlerinin aynı olduğunun kararlaştırıldığı durumlarda aynı anda ifanın gerçekleşeceğinin belirtilmesinin isabetli olmadığını belirtmek gerekir. Bkz. **Oesterle**, s. 38-39; **Gernhuber**, s. 352; ayrıca bkz. **Ernst**, AcP, s. 522
Ancak tersi durumda borçlunun ifa yerinde edimin ifa etmesi bir hak değil, borcun içeriğine dahil bir husus olduğundan, ifa yerinde edimin ifasını sunmayıp bunun yerine karşı edimin ifa edileceği yerde ifayı sunması, edim borcu bakımından gereği gibi ifa edilmeme durumunu ortaya çıkarır. Alacaklı ifa yerinde sunulmayan ifayı kabul etmek zorunda değildir. (aynı yönde bkz. **Wiget**, s. 27) Alacaklının borçlunun edimin ifasını sunmasını çekincesiz kabul etmesi bu anlamda ifa yeri bakımından sözleşme içeriğinde (veya tarafların kanunda ifa yerlerine ilişkin düzenlemeden ayrıldığı şeklinde) değişiklik veya edimin ifa yerinden başka yerde ifa edilmesi nedeniyle doğacak zararın tazmini talebinden feragat olarak yorumlanabilir. Sözleşme içeriğinde değişiklik olarak yorumlanırsa, aynı anda ifanın ifa yerlerinin aynı olduğu durumda gerçekleştiği halden bahsedilir.
Herhalde güvenilir üçüncü kişinin yardımı olmaksızın veya taraflarca başka bir usul kararlaştırılmaksızın ifa yerinin farklı olması aynı anda ifanın gerçekleşmesini güçleştirecektir. Aynı yönde bkz. **Gernhuber**, s. 352.

[234] **von Tuhr/ Escher**, s. 58-59; **Oğuzman/ Öz**, I, s. 337 dn. 297; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 103; Hans Giger, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse 1. Teilband Kauf und Tausch- Die Schenkung 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen- Der Fahrniskauf Artikel**

genel olarak, banka, satıcıya, satılanın devredildiğine ilişkin belgelerin teslim edilmesi karşılığında alıcı tarafından kendisine transfer edilen satış bedelinin ödeneceğini taahhüt eder. Akreditif bu anlamda, edimlerin mübadelesinin aynı anda gerçekleştirilmesi usulünden birisini oluşturur. Bu kapsamda edimlerin mübadelesinin aynı anda gerçekleştirilmesi usulü taraflarca kararlaştırılabilir. Ayrıca, ifa yerleri farklı olsa dahi aynı anda ifanın gerçekleştirilebilmesi için iletişim araçlarının sunduğu imkanlardan da yararlanmak mümkündür[235]. Herhalde güvenilir üçüncü kişinin yardımından yararlanılmadığı veya taraflarca başka bir usul kararlaştırılmadığı ihtimalde ifa yerinin farklı olması aynı anda ifanın gerçekleşmesini güçleştirecektir[236].

3. Edimlerin Niteliğinden Doğan Zorluklar

Aynı anda ifanın gerçekleştirilmesinde fiili zorluklar, edimlerin ifa yerindeki farklılıklar dışında, edimlerin niteliğinden de ortaya çıkabilir. Bu durumlara örnek olarak, bir tarafın ediminin süreye yayıldığı diğerinin ediminin ani edim olduğu durumlar gösterilebilir. Bu durumda edim ile karşı edimin objektif anlamda aynı anda ifa edilmesi mümkün değildir[237]. Bu ihtimalde ifaya aynı anda başlayabilme imkanının olması, edimlerin aynı anda ifa edilebilecek nitelikte olduğu anlamına da gelmeyecektir. Zira bir tarafın edimi ifa edip sona ererken diğerinin ediminin ifası devam etmekte olduğundan zorunlu şekilde önce ifa yükümlülüğünden bahsedilebilir. Ayrıca aynı anda ifa genel olarak, bir tarafın ediminin konusunun yapmama olduğu diğer tarafın ise ani edim niteliğindeki bir verme borcu olduğu ihtimalde de sözkonusu olmaz[238]. Sadece yapmama borçları değil, bir tarafın süreye yayılan bir yapma borcu

---

184-215 OR, Bern, 1979, Art. 184; N. 188; **Kaniti,** s. 57; **Serozan**, § 6, N. 6; kural olarak, alıcının akreditif açma bakımından önce ifa ile yükümlü olduğu yönünde bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 58; **Kaniti**, s. 57.
Akreditifte alıcının bedeli bankaya ödemesi, bedel ödeme borcu bakımından önce ifa yükümlüsü olduğu anlamına gelmez. Zira o satıcıya değil, bankaya yani borçlu dışında bir üçüncü kişiye ödeme yapmaktadır. Banka bedel ödeme borcu bakımından ifa yardımcısı, malları temsil eden belgeleri alma bakımından ise ifayı kabule yetkili temsilci olarak kabul görür. Bu durumda önce ifanın gerçekleştiğinden bahsedilemez. Bu nedenle akreditif açılmış ise, satıcının malları temsil eden belgeleri alıcının bu anlamda yetkili temsilcisi olan bankaya sunması ve bedel ödeme borcunun alıcının yetkili temsilcisi banka tarafından kendisine ifa edildiği anda aynı anda ifa gerçekleşecektir. Şayet ifa süreci satıcının ve alıcının yerleşim yerindeki bankalar aracılığıyla sağlanacak ise bu durum daha açık görülebilir.

[235] **Ernst**, AcP, s. 522

[236] **Gernhuber**, s. 352.

[237] **Oesterle,** s.40-41; **Fichtner**, s.48; **ZürcherK/ Schraner,** Art.82, N.103.

[238] **Oesterle,** s.41; **Fichtner**, s.48.

ile karşı tarafın ani edimli bir verme borcu için de aynı husus geçerlidir. Örneğin, hizmet sözleşmesinde işçinin işi görme edimi ile işçiye ücret ödenmesi borcunun, kira sözleşmesinde kiraya verenin, kiralananı kullanıma hazır bulundurma ve kiralananın kullanımını engellememe borcu ile kiracının kira bedelini ödeme borcunun aynı anda ifa edilmesi imkanı oldukça düşüktür. Bir taraf zorunlu bir şekilde önce ifa ile yükümlüdür[239].

4. Zorlukların Aşılması Hususunda Önerilen Çözüm Yöntemleri

Aynı anda ifanın gerçekleştirilmesindeki zorlukların aşılması konusunda önerilen çözüm yöntemlerinden birisi, edimlerin aynı anda mübadelesi usulünün değiştirilmesi veya tamamlanmasıyla aynı anda ifanın sağlanabilmesidir. Aynı anda ifanın gerçekleştirilme şeklinin değiştirilmesi veya tamamlanması yollarına başvurmanın kanuni dayanağının olmadığı itirazına karşı şu husus ileri sürülebilir:

Tamamlayıcı normlar veya tarafların iradeleri, aynı anda ifanın gerçekleştirilmesiyle, her bir tarafın karşı edimi elde etme imkanına kavuşmaksızın ediminin elinden çıkmasını önlemeyi amaçlar. Aynı anda ifa ile güdülen bu amacın gerçekleştirilmesi, aynı amacın gerçekleşmesine yönelen bir başka usulle sağlanabilir[240]. Bu farklı usul, aynı anda ifa ile güdülen amacın gerçekleşmesini sağlayacaktır.

Edimlerin aynı anda ifa edilmesinin amacı edim veya karşı edimin elde edilememesi riskini en aza indirerek (veya ortadan kaldırarak) ifanın gerçekleştirilmesi olduğundan, aynı anda ifa edilme şeklinin değiştirilmesi veya tamamlanması bu amacın gerçekleşmesine hizmet eder. Bu yolların içeriğinin oluşumu dürüstlük kuralı çerçevesinde her bir somut olayın özelliği gözönüne alınarak belirlenecektir. Örneğin edimlerden birinin depo edilebilme mekanizması (bankaya, notere, güvenilir bir üçüncü kişiye) bu konuda yardımcı olabilecektir.

Diğer bir yol olarak edimlerden birisi para borcu ise teminat sağlanması olabilir[241]. Zira karşı edimin para borcu olduğu ihtimalde, bu borcun ifasını güvence altına almak amacıyla verilen teminat, edim borcu ifa edilmesine rağmen para borcu ifa edilmediği ihtimalde teminatın paraya çevrilmesi sağlanarak para borcunun ifasının

[239] **Oesterle,** s. 42-43; ayrıca bkz. aşağıda §2 IV.
[240] Bu usulü de içerecek şekilde "geniş anlamda aynı anda ifa" ifadesi için bkz. **Oesterle**, s. 50.
[241] **Oesterle**, s. 46 vd.

gerçekleşmesine hizmet edebilecektir. Her ne kadar aynı anda ifa burada gerçekleşmemiş olsa dahi, aynı anda ifa ile güdülen amaca bu usulle de varılabilir. Ancak herhalde aynı anda ifanın gerçekleştirilmesi amacını taşıyan aynı anda ifa dışındaki bir başka usulün definin ileri sürülmesini etkileyip etkilemediği her bir somut olayın özelliği gözönüne alınarak ayrıca değerlendirilmelidir. Bu duruma örnek olarak, para borcu bakımından teminat gösterilmesinin tek başına definin ileri sürülmesini ortadan kaldırmaması[242] veya tarafların iradesinden teminat gösterilmesiyle definin ileri sürülmesinin ortadan kaldırıldığı sonucuna varılması ihtimalinde definin ileri sürülemeyecek olması gösterilebilir.

Taraflar edimlerin aynı anda ifa ediliş şekillerini sözleşmeyle kararlaştırabilir. Şayet taraflar arasında böyle bir düzenleme yok ise, dürüstlük kuralı çerçevesinde hakim tarafından sözleşmenin tamamlanması aracılığıyla alternatif mübadele yolları bulunacaktır[243]. İlerideki bölümlerde ayrıntılı olarak belirtileceği üzere[244], defi ileri sürülmesi üzerine mahkemece verilen karşı edimin depo edilmesine yönelik karar bu alternatif mübadele yollarından biridir.

Edimlerin aynı anda ifa edilmesinde fiili ve hukuki zorluklar varsa, bu zorluklar öncelikle somut olayın özelliği değerlendirilmek suretiyle sözleşmenin içeriğinden, özelliğinden veyahut niteliğinden, kanundan veya teamülden taraflardan birine veya her ikisine, aynı anda ifayı gerçekleştirme olanağı sağlama yükümlülüğü veya külfeti yüklenerek aşılabilir. Örneğin akreditifte alıcının akreditif açıp, satılanın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devri borcu ile bunun karşılığı olan bedel ödeme borcunun aynı anda ifasına olanak sağlamasının ticari işlerdeki teamülden doğmasında olduğu gibi. Bu, ancak, sözleşmedeki ifa yerine ilişkin hükümlerin borçlu aleyhine tek taraflı olarak değiştirilmesine yol açacak şekilde olmamalıdır.

---

[242] Karşı edimin bir para borcu olduğu durumda teminat gösterilmesi suretiyle definin önlenebileceği söylenemez. Zira borçlu açısından, teminatın paraya çevrilmesi, alacaklının para borcunu ifa etmesinden hem zaman hem de emek bakımından daha zahmetlidir. Borçlunun defi imkanının sağladığı kolaylık gözönüne alındığında böyle bir çaba içerisine girme zorunluluğu yoktur. Ayrıca teminatı paraya çevirebilmek için de aktif şekilde alacaklıya karşı edimin ifası talebinin yöneltilmesi gerekir ki bu durumda da alacaklı edimin ifa edilmediğine veya ifasının teklif edilmediğine dayanarak defi ileri sürebilir. Edim borçlusu defi ileri sürmekle karşı edimin ifasını doğrudan talep etmemektedir. Bu nedenle definin bu nitelikte sonuç doğurabileceğinden bahsedilemez. Ancak taraflar sözleşmeyle teminat gösterilmesinin defiyi engelleyebileceğini kararlaştırabilirler. Ayrıca bkz. aşağıda §3 IV B.

[243] **Oesterle** s.49.

[244] Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §4 II, E

Herhalde, aynı anda ifanın gerçekleştirilmesine ilişkin fiili ve hukuki zorlukların aşılması için taraflardan hangisinin harekete geçmesi gerektiği belirlenemiyorsa, alacaklının, borçluya, karşı edimi elde edebilme imkanı sunmasının külfet niteliğinde oluşu bu belirsizliğin giderilmesine yardımcı olacaktır. Bu surette alacaklı, borçluya karşı edimi elde etme imkanı sunarken aynı anda ifanın gerçekleştirilmesine yönelik kendisinden beklenen imkanları sağlaması, varsa fiili ve hukuki engelleri ortadan kaldırması gerekecektir. Örneğin, imkan varsa, alacaklı karşı edimin ifa yerinde, edimin ifasını talep edebilir. Bu hususta edim borcunun ifa yerinde ifasına ilişkin menfaatten vazgeçip karşı edimin ifasına da imkan sunacak şekilde edimin ifasını talep edebilecektir. Karşı edimi elde etme imkanı sunma bakımından, külfetin yerine getiriliş şeklinin kapsamına, gerektiğinde, alacaklının üçüncü kişilerin yardımını alması veya iletişim imkanlarından yararlanması da girebilecektir[245]

İKİNCİ BÖLÜM
BORCUN İFA EDİLMEDİĞİ DEFİNİN ŞARTLARI

I. GENEL OLARAK

Borcun ifa edilmediği definin şartları bakımından Türk ve İsviçre Hukuku'nda doktrin[246], genellikle beş şartın varlığını arar ve bu şartları açıklamaya çalışır. Bu şartlar karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı, edimler arasında mübadele ilişkisinin bulunması, muaccel edim ve karşı edim borcunun varlığı, önce ifa yükümlülüğünün olmaması, karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş veya ifasının teklif edilmemiş olmasıdır. Bu şartlardan ikisi olumsuz diğerleri ise olumlu şart olarak kendisini gösterir. Biz çalışmamız kapsamında, bu şartları, mübadele ilişkisinin varlığı şartını karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin varlığı şartı çatısı altında ele alarak[247], dört ana şarta indirgeyerek incelemeyi tercih ettik.

Alman Hukuku doktrininde bu şartlara ek olarak başka şartlar aranmakla birlikte bir kısım şartlar da definin şartları arasından çıkarılıp definin uygulama alanı içerisinde

[245] **Ernst**, AcP, s. 522.
[246] **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1091 vd; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 827 vd.; **Feyzioğlu**, s. 133; **Tunçomağ**, s. 738 vd; **Schwenzer**, N. 62.02 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 756 vd.
[247] Bu değerlendirmemizin gerekçeleri ve ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §2 II A.

yer bulmaktadır[248]. Bunlardan birini incelemek, şartlar ve uygulama alanının belirlenmesi arasındaki sınırın netleşmesine yardımcı olabilir.

Alman Hukuku'nda doktrinin büyük çoğunluğu[249], genel olarak definin ileri sürülebilmesi için bir diğer şartın varlığının da aranması gerektiğini ileri sürer. Bu son şart, sözleşmeden doğan yükümlülüklerden kurtulmak isteyen, bu yükümlülükleri yerine getirmek istemeyen kişinin borcun ifa edilmediği define dayanamayacak olması şeklinde açıklanabilecek "defi ileri sürenin sözleşmeyle bağlılığı" (Vertragstreue) dır[250].

Kanaatimizce Alman doktrininde borcun ifa edilmediği definin şartları arasında yer verilen bu şartın, borcun ifa edilmediği definin uygulama alanının sınırlandırılması başlığı altında incelenmesi daha isabetlidir. Zira definin doğumu için gerekli olan asgari unsurların varlığı definin şartlarını belirler. Gerekli asgari unsurlar dışındaki diğer hususlar definin uygulama alanının sınırını çizer. Diğer deyişle definin ileri sürülebilmesi için gerekli her şart uygulama alanını belirlerken, uygulama alanını belirleyen her unsur definin ileri sürülmesi için gerekli asgari şart değildir. Bu kapsamda hakkın kötüye kullanılması yasağının da tüm hukuki kurumların uygulanması için gerekli olan şartlar sıralanırken özellikle belirtilmesi zorunluluğu

---

[248] Alman Hukuku'nda bir kısım doktrin, defi için tarafların önce ifa yükümlülüğünün olmaması şartına, şartlar arasında yer *vermemekte*, bu şartı definin uygulama alanını sınırlandıran bir unsur olarak ele almakta, bu hususa ilişkin olarak da doyurucu açıklamalarda bulunmamaktadırlar. Bu görüşler için bkz. **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 17 vd; ayrıca bkz. Heinz George Bamberger/ Herbert Roth/ Wolfgang Hau/ Roman Poseck, **Beck'scher Online Kommentar BGB**, München, 2018, §320, N. 17 vd; **Staudinger/ Schwarze**, §320, N. 6 vd; **Erman/ Westermann**, §320, N. 19; **Soergel/ Gsell**, §320 N.92 vd; aksi yönde görüş için bkz. **Weiler,** N.11; özellikle bkz. Edgar Zoller, **Vorleistungspflicht und AGB-Gesetz**, Heidelberg, 1986, s. 50 vd.
Kanaatimizce önce ifa yükümlülüğünün olduğu bazı hallerde de borcun ifa edilmediği definin uygulanabilecek olması doktirini, bu şartı devre dışı bırakmaya zorlamış görünmektedir. Ancak bu hususta genel kuraldan ayrılmayı gerektirecek gerekçe bulmak güçtür. Biz önce ifa yükümlülüğünün olmaması şartına yer vermeyi ve bu hususa ilişkin gerekçeleri ilgili başlık altında incelemeyi tercih ettik. Bkz. aşağıda §2, IV.

[249] **Fichtner,** s. 50; **MünchenerK/ Emmerich,** §320, N. 28; **Palandt/ Grüneberg**, §320, N. 6; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 76; Ulrich Büdenbender, "**Die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge**", AcP, 2000/ 200, s. 636; **Lieb/ Tettinger**, BGB §320, N. 16- 17; **Staudinger/ Schwarze**, §320, N. 37.

[250] Bu son şart beraberinde çeşitli sorular ortaya çıkarır: Acaba borcun ifa edilmediği defi vasıtasıyla edimin ifasından kaçınmanın geçici olmayan imkansızlık teşkil edeceği ihtimalde de bu defi ileri sürülebilecek midir? Bir diğer soru, sözleşmeyle bağlı olmak isteyen borçlu, acaba defi ileri sürdüğü anda mı ifaya hazır olmalı yoksa karşı edimin ifasının en azından teklif edileceği an da mı ifaya hazır olmalıdır? Bu soruların cevaplarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §3 IV.

ortaya çıkar ki, doktrin bu usulü genellikle benimsememiştir ve buna esasen gerek de yoktur[251].

II. KARŞILIKLI BORÇ YÜKLEYEN BORÇ İLİŞKİSİNİN VARLIĞI

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında yer alan düzenlemelerde görüleceği üzere, genel olarak, her bir edimin kaderi, karşı edim ile olan bağlılığı gözönüne alarak belirlenmemiştir. Aksine hukuki kurumlar (tıpkı usul hukukunda olduğu gibi) her bir edimi, edimin özel, birbirinden bağımsız değerlendirilmesini sağlayacak şekilde ele alınmıştır. Örneğin, alacağın devrinde, zamanaşımında, borcun naklinde, borçlu temerrüdünün genel sonuçlarında, hükümlerin karşı edim gözönüne alınmaksızın ele alındığı görülebilir. Ancak bazı hükümlerde hukuki kurumlar edimlerin kaderini belirlerken edimin karşı edim ile olan bağlılığının da gözönüne alınmasını gerektirmiştir[252].

Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmının çeşitli yerlerinde "karşılıklı borç yükleyen sözleşme" ifadesine yer verilmiştir[253]. TBK m. 97, 98 ve 123'ün üst başlığında "karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde" , TBK m. 136 II, 137 II 'de ise "karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler" ifadesi kullanılmıştır. Kısaca, ifada sıra ve borçlunun ödemede acze düşmesi, borçlu temerrüdünün özel sonuçları ve imkansızlık hallerinde kanunkoyucu açıkça "karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler" ifadelerini kullanmıştır.

Bu hükümlerle sınırlı olmamak üzere[254], bu hükümlerin ortak özelliği olarak belirtilebilir ki, bazı durumlarda edimlerden birinin kaderi, karşı edim gözönüne alınmaksızın belirlenmemiş, edimler arasındaki bağlılık gözönüne alınarak ayrıca düzenlenmiştir. Bu vesileyle kanunkoyucu edimler arasında bağlılığın varlığını işin niteliği gereği kabul etmiştir. Bu bağlılıktan yararlanmayı bazı hükümlerde taraf

---

[251] Defi ileri sürenin sözleşmeye bağlı olması şartını arayanlar arasında, bu şartın, çelişkili davranış yasağının (ventire contra factum proprium) özel bir görünümü olduğunu belirtenler de vardır. Bkz. **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 28.

[252] **Ernst**, AcP, s. 489.

[253] OR iki taraflı akit kavramına (zweisetige Vertrag), BGB ise karşılıklı akit kavramına (gegenseitige Vertrag) yer vermiştir. Bu kavramlar, aralarındaki ilişki ve ayrıntılı analiz için bkz. **Stöckli,** N. 42.

[254] Ayrıca bkz. aşağıda §2 , II, B, 2.

iradesine bırakmış, bazı hükümlerde ise bağlılığı, taraf iradelerine bırakmaksızın kendisi gözönüne almıştır.

Borcun ifa edilmediği defi, kanunkoyucunun karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde bu bağlılığın korunmasını taraf iradelerine bıraktığı bir düzenlemenin sonucudur. İşte edim ve karşı edim arasındaki bağlılığı korumayı amaçlayan borcun ifa edilmediği definin ileri sürülmesi için gerekli şartlardan ilki, kural olarak, definin ileri sürüldüğü sırada hüküm ifade eden, edimler arasındaki bağlılığı içinde barındıran karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin var olmasıdır[255].

Ancak acaba karşılıklı borç yükleyen sözleşme ifadesiyle teknik anlamda belirtilmek istenen nedir? Borçların karşılıklılığı ifadesi ne anlama gelmektedir? Sözleşmenin karşılıklı borç yükleyen sözleşme olup olmadığının belirlenmesinde gözönüne alınacak herhangi bir kriter(ler) var mıdır?

Öncelikle belirtmek gerekir ki sözleşmenin karşılıklı borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilmesinde, sözleşmenin kuruluşu değil, genel olarak, sözleşmenin tarafların iradesiyle belirlenecek hükümleri ve içeriği göz önüne alınır[256]. Diğer deyişle sözleşme en az iki tarafın katıldığı hukuki işlem olmakla tarafların sözleşmenin kuruluşundaki irade beyanının karşılıklılığı ile borçların karşılıklığı birbirine karıştırılmamalıdır. Tüm sözleşmeler için karşılıklı birbirine uygun irade beyanı aranır ancak tüm sözleşmeler karşılıklı borç yükleyen sözleşme niteliğinde değildir. Bu durumda karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin ne olmadığı sorusu akla gelir.

Borç ilişkisinin taraflarından yalnızca birisi borç altına girmiş ise, karşı edim mevcut olmadığından edimler arasında bağlılıktan bahsedilemeyeceği gibi, ifanın hangi sıra ile gerçekleştirileceği sorunu da söz konusu olmaz. Taraflardan yalnızca

---

[255] **StaudingerK/ Schwanzer**, vorbem zu §§ 320 -326, N. 9; **BaslerK/ Leu,** Art. 82, N. 7; Brox/ Walker, §13 N. 13; **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 127; **Huber**, Leistungsstörungen, s. 821; Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin definin ileri sürüldüğü sırada geçerli bir şekilde hüküm ifade etmesi gerekir. Bkz. **BaslerK/ Leu,** Art.82 N.7; ayni sözleşmelerde borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebilme imkanı olmadığı, zira ayni sözleşmelerde edimin taahhüt edilmesi sürecinin sözkonusu olmadığı, karşılıklı borç yükleyen sözleşme niteliğinde bir borç ilişkisinin sözkonusu olmadığı, ayni sözleşmede sözleşmenin edimlerin mübadelesiyle kurulacağı, sözleşmenin kurulmasıyla izlenen mübadele amacının doğrudan gerçekleşmesi nedeniyle edimin kaçınılmasından bahsedilemeyeceği yönünde bkz. **Kast**, s. 16.

[256] Helmut Heinrichs, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432,** 3. Aufl, München, 1994, vor §§320, N. 1; **MünchenerK/ Emmerich**, vor §320, N.1; **Stöckli**, N.25, dn. 101; **Dietrich**, s.16; **Kaniti**, s.46; **StaudingerK/ Schwarze,** vorbem zu §§ 320 -326, N. 2; **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 39.

birine borç yükleyen bağışlama vaadi sözleşmesi, kefalet sözleşmesi[257] gibi sözleşmeler bu nevi sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir. Bu sözleşmeler tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir.

İfanın hangi sıra ile gerçekleştirileceği ve definin ileri sürülüp sürülemeyeceği sorunu, kural olarak, ancak taraflardan her birinin en az bir borç altına girdiği borç ilişkilerinde gündeme gelebilir. Bu borç ilişkileri iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilmektedir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ise eksik ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme şeklinde ikiye ayrılır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler ise bu ayrımda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeleri karşılamaktadır[258].

İki tarada borç yükleyen sözleşmelerin diğer türü olan eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, alacak hakkı elde eden kişi, hakkı elde ettiği sırada bu alacağına bağlı bir borç altına girmek zorunda değildir. Borç ilişkisinde güdülen amaca göre, alacaklının hakkı kazandığı sırada, borçlu, borç ilişkisine niteliğini veren karakteristik borç altına girerken alacaklı, belirli şartların gerçekleşmesiyle borç altına girer. Diğer deyişle alacaklılık ve borçluluk sıfatı, ilişkinin gelişimine göre değişebilir[259]. Bu nedenle bu nevi sözleşmelerden doğan borç, genel olarak, diğer tarafın borcu ile karşılıklı değildir ve edim ile karşı edim arasında mübadele ilişkisine çoğunlukla rastlanılmaz. Bu sözleşmelerde taraflardan hiçbiri, genel olarak, karşı tarafın karşı edim borcu altına girmesi ve bu surette karşı edimi elde etme amacıyla edim borcu altına girmez[260]. Bu nevi borç ilişkilerine örnek olarak ücretsiz vekâlet, kullanım ödüncü, ücretsiz saklama sözleşmeleri verilebilir.

Kullanım ödüncü sözleşmesinde ödünç alanın ödünç konusunu iade borcu, kural olarak, ödünç verenin ödünç konusunun zilyetliğinin devri borcunun ifası ile doğar. Ücretsiz saklama sözleşmesinde saklayan, saklanan için yaptığı masrafların

---

[257] Kefilin borçluya ait savunmalardan yararlanması sözkonusu ise ve borçlunun borcun ifa edilmediği defi ileri sürme imkanı varsa bu ihtimalde kefil de bu defiyi ileri sürebilir. Belirtilenler bu değerlendirme ile karıştırılmamalıdır.

[258] Ayrıca bkz. **Kaniti**, s. 46 vd., eksik iki taraflı sözleşmelerin sınıflandırılması hususunda doktrindeki değerlendirmeler için bkz. **Kaniti,** s. 48 dn. 12.

[259] **Simmen**, s. 23-24; **BernerK/ Weber**, Art. 82 N. 38; **StaudingerK/ Schwarze,** vorbem zu §§320-326, N. 12; **Erman/ Westermann**, vor §320, N.5; **MünchenerK/ Emmerich**, vor §320, N. 2

[260] **MünchenerK/ Emmerich**, vor §320, N.2; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 38; ; **StaudingerK/ Schwarze,** vorbem zu §§320-326, N. 12.; **Erman/ Westermann**, vor 320, N. 5.; **Soergel/ Gsell**, vor §320, N. 2-3.

saklatan tarafından ödenmesini talep edebilir. Saklatanın buna ilişkin borcu, ancak saklananın zilyetliğini saklayana devri ile doğar. Ödünç alanın veya saklatanın bu borçları sözleşmeye karakterini veren esaslı borçlar olmamakla birlikte, doğumları ancak belirli bazı durumların ortaya çıkmasına bağlıdır. Diğer deyişle ödünç alan, ödünç verenin borcunu ifa etmesiyle borç altına girmekte, saklatanın, saklanana yapılan masrafların ödenmesi borcu saklama borcunun yerine getirilmesi sırasında doğmaktadır. Hatta saklayana saklananın zilyetliği devredildikten sonra, saklayan saklanana masraf yapmak zorunda kalmayabilir[261]. Sadece iade borcu doğabilir. Ayrıca bir an için bu nevi sözleşmelerde her bir tarafın hem alacaklı hem de borçlu olduğu durumlarda dahi tarafların borcu sözleşmenin esaslı unsuru içerisinde değildir. Ayrıca bu borçlar mübadele ilişkisi içerisinde de bulunmaz. Aksi durumun kabulü halinde ödünç verenin, ödünç konusunun iadesini talep etmek için ödünç verme borcu altına girdiği, saklayanın, saklanılana yaptığı masrafların ödenmesini talep edebilmek için saklama borcu altına girdiği söylenir[262].

Sözleşmenin kanunda belirlenen tipik niteliği eksik iki taraflı sözleşme olmasına rağmen, taraflarca, sözleşmenin içeriği edimler arasında mübadele ilişkisine yer verecek şekilde belirlenebilir. Bu kapsamda karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin tespiti, sözleşmenin kanunda öngörülen tipik sözleşmenin genel yapısını taşımasıyla sınırlandırılmayıp, sözleşmenin yorum yoluyla belirlenecek içeriği gözönüne alınarak yapılmalıdır[263]. Sözleşme hükümlerinden esaslı edimlerden en az birisinin diğeriyle mübadele ilişkisinde yer aldığı anlaşılırsa artık borç ilişkisi karşılıklı borç yükleyen sözleşme niteliğine bürünür. Örneğin, ücretli vekalet sözleşmesinde, vekilin işi yerine getirme borcunun hem ekonomik hem de hukuki karşılığını ücret oluşturmakta, ücretli saklama sözleşmesinde, saklayanın saklama borcunun yine aynı şekilde karşılığını ücret oluşturmaktadır. Bu ihtimalde, genel olarak, artık bu borç ilişkilerinin karşılıklı borç yükleyen sözleşme niteliğine büründüğü söylenebilir[264].

---

[261] **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem zu §§ 320 -326, N. 12.

[262] **MünchenerK/ Emmerich,** vor §320, N.2.

[263] **Stöckli,** N. 4; **Simmen**, s. 24 -25; **MünchenerK/ Emmerich**, vor §320, N.1.

[264] **BaslerK/ Leu,** Art. 82, N.4; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 57; **Erman/ Westermann**, vor §320, N. 5; **Kaniti,** s. 48 dn. 12; ayrıca bkz. ücretli vekalet sözleşmesinin karşılıklı borç yükleyen sözleşme olduğu yönünde bkz. **BGE 94 II 268.**
Bu kapsamda tüketim ödüncü bakımından faiz kararlaştırıldığı durumda, ödünç konusunun verilmesi borcu ile faiz ödeme borcu arasında mübadele ilişkisi olup olmadığı tartışmalıdır: Baskın görüşe göre, ödünç konusunun bırakılması ile faiz ödeme borcu mübadele ilişkisi içerisindedir. Bkz.

Görüleceği üzere eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin neden karşılıklı borç yükleyen sözleşme olmadığı sorusu cevaplanırken kullanılan ve birlikte aranan iki kriter vardır. Bunlardan birincisi karşılıklılık, ikincisi ise mübadele ilişkisidir. Karşılıklılık, genel itibariyle, her bir tarafın hem alacaklı hem de borçlu sıfatına sahip olması olarak belirtilebilir. Ayrıntılarına daha sonra değineceğimiz mübadele ilişkisi ise edim ile karşı edimin mübadelesi amacına yönelen edim ile karşı edim arasındaki bağlılığı ifade etmek için kullanılır. Mübadele ilişkisinin mevcudiyeti tek başına karşılıklılığı da içerir. Ancak karşılıklılık mübadele ilişkisini içermeyebilir. Bu nedenle edimlerin karşılıklı olduğu ancak mübadele ilişkisi içerisinde olmadığı durumda borç ilişkisi karşılıklı borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilmeye elverişli değildir[265]. Bunun en tipik örneğini tartışmalı[266] olmakla birlikte adi ortaklık

---

ZürcherK/ Schraner, Art. 82, N. 29; **Kaniti**, s. 63; bir paranın zamansal olarak sınırlandırılmış kullanımının karşı edimi olarak kararlaştırılmış ise mübadele ilişkisinin varlığını kabul eden görüş için bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 59; **BaslerK/ Leu**, Art. 82, N. 4; aksi yönde görüşe göre, ekonomik olarak uygun olsa da kanunkoyucunun iradesine uygun olmadığı yönünde bkz. **Bucher**, AT, s. 100 dn. 37. ; bu sözleşmelerde definin ileri sürülebilirliğine ilişkin bkz. aşağıda §3 II B 1 e ve f.

Aynı şekilde, kendisinden belirli bir malın satın alınması borcu ile ödünç verme borcu arasında da mübadele ilişkisinin olduğu yönünde bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 95; **Kaniti**, s. 63; bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi, ödünç verilmesi karşılığında hammadenin satın alınması borçlarının mübadele ilişkisi içerisinde bulunduğu ve bu borçlar bakımından borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebileceğini kabul etmiştir. Bkz. **BGE 67 II 126**

[265] **Stöckli,** N. 42; Rainer Hüttemann, **Leistungsstörungen bei Personengesellschaften**, Köln, 1998, s. 37.

[266] Alman Hukuku'nda adi ortaklık sözleşmesini düzenleyen BGB §705'de "adi ortaklık sözleşmesiyle her iki taraf karşılıklı olarak yükümlülük altına girer" ifadesi yer almaktadır. Bu ifadeden yola çıkarak adi ortaklık sözleşmesinin karşılıklı borç yükleyen sözleşme olarak nitelendiren görüşe göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin ayrıcı vasfının karşılıklılık olduğu, mübadele ilişkisinin mevcut olmadığı durumda dahi karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin varlığından bahsedileceğini ileri sürmektedir. Bu görüş için bkz. Götz Hueck/ Alfred Hueck, **Gesellschaftsrecht**, 18. Aufl., München, 1983, §6 II.; **MünchenerK/ Emmerich,** vor § 320, N. 5; **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem zu §§ 320-326, N. 6; Ulriche Klinke, **Causa und genetisches Synallagma zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte**, Berlin, 1983, s. 94 -95; **BeckO/ Schmidt**, §320 N.4 -4a; ayrıntılı olarak bkz. **Hüttemann**, s. 35 vd; katkıda bulunma borcu bakımından, her ortak diğer ortak da elbirliği ortaklığına katkıda bulunma borcu altına girmesi nedeniyle borç altına girer. Bu nedenle bu sözleşmelerin synallagmatik sözleşmeler olduğu söylenebilir. Bkz. Christina Eberl-Borges, "**Die Leistungverzögerung bei mehrseitigen Vertragsverhältnissen**" AcP, 2003/ 203, s. 652; aksi yöndeki görüşe göre, adi ortaklık sözleşmesi mübadele ilişkisini içermediğinden karşılıklı borç yükleyen sözleşme değildir. Bu görüş için bkz. **Esser/ Schmidt**, s. 219 -220; **Erman/ Westermann**, vor §320, N. 14; **Soergel/ Schmidt,** vor §320 N. 6, 14.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda adi ortaklık sözleşmesinin karşılıklı borç yükleyen sözleşme olup olmadığı hususunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır: Baskın görüş, adi ortaklık sözleşmesinde ortakların edimleri arasında mübadele ilişkisinin mevcut olmadığını, ortakların edimlerinin birbiriyle değiştirilmediği bilakis edimlerin ortaklığın amacına tahsis edildiğini ve bu sebeple sözleşmenin karşılıklı borç yükleyen sözleşme niteliğinde olmadığını ileri sürerken (**BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 74 vd.; **Simmen**, s. 26, **Schraner**, N. 44; **Müller**, s. 88 vd; **Stöckli**, N. 42; **BernerK/ Fellmann/ Müller**, Art. 530, N. 417, 428; Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı**

sözleşmesi oluşturur[267]. Bir diğer örnek taraflar arasında iade borçları doğduğu ihtimalde gündeme gelir. Örneğin sözleşmenin sona ermesi nedeniyle ortaya çıkan iade borçlarının karşılıklı olması bu nedenle ilişkinin karşılıklı borç yükleyen sözleşme şeklinde nitelendirilmesinde yeterli değildir[268]. Ancak taraflarca iade borcunun mübadele ilişkisinde olduğunun kararlaştırılması da ilişkiyi karşılıklı borç yükleyen sözleşme yapmaz. Zira, genel olarak, karşılıklı borç yükleyen sözleşme nitelendirilmesi yapılmasında esas alınacak ve mübadele ilişkisinin konusu olan edimler, sözleşmeye niteliğini veren, karakteristik edimlerdir[269]. Bu edimler, kanun

---

Sözleşme İlişkileri, 3. Bası, Vedat, İstanbul, 2012, s. 63 -64; Felix Tschudi, **Die Beitragspflicht des Gesellschafters und die Folgen ihrer Nichterfüllung in den Personengesellschaften des Schweizerischen Obligationenrechtes**, Zürich, 1956, s. 152; bu görüşte olmakla sadece iki kişiden oluşan ortaklık sözleşmesinin karşılıklı borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilebileceği yönünde bkz. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 826; azınlıkta kalan ve Alman Hukuku'ndaki görüşlerden etkilenen görüşe göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler sadece mübadele ilişkisinin mevcut olduğu mübadeleye yönelen sözleşmelerden ibaret olmayıp, ortaklık sözleşmelerini de içerir. Bu nedenle ortaklık sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen sözleşmedir. Bu görüş için bkz. **Kaniti**, s. 47, 65.

Adi ortaklığın karşılıklı borç yükleyen sözleşme niteliğinde olmadığı yönünde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 104 II 111-112**; borcun ifa edilmediği definin ileri sürülemeyeceği yönünde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 116 III 70**.

Yargıtay, karşılıklı borç yükleyen sözleşme olmadığını kabul etmiştir. Bkz. Y. HGK. 11. 12. 1963 26/ 96 (**Kazancı**) ; Y. 3. HD. 940/ 12328 T. 2. 7. 2015 (**Kazancı**): "… *Bunun yanında, adi ortaklık sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak nitelenemez. Çünkü, adi ortaklıkta ortakların menfaatleri birbirine zıt değildir. Aksine, ortaklar müşterek bir amaca ulaşmak için borç altına girmektedirler. Ayrıca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler değişilirken, ortaklık sözleşmesinde müşterek bir amaca ulaşmak için güçler birleştirilir. O halde, adi ortaklık sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir değişim sözleşmesi olmadığı gibi eksik iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme de değildir…";* aynı yönde bkz. Y. 3. HD. 8681/ 932 T. 19. 1. 2015 (**Kazancı**); aynı yönde bkz. Y. 13 HD. 5087/ 329 T. 26. 1. 1989 (**Kazancı**): *"…Ortaklık sözleşmesi Borçlar Yasasının 81. maddesi anlamında karşılıklı taahhütlere havi bir sözleşme değildir…"*.

[267] Ancak adi ortaklık sözleşmesinin karşılıklı borç yükleyen sözleşme olmadığının kabulü definin bu ilişkide hiçbir zaman ileri sürülemeyeceği sonucunu da zorunlu kılacağı şeklinde anlaşılmamalıdır. Ayrıca bkz. **Soergel/ Gsell,** vor 320, N. 26; adi ortaklık sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen sözleşme olarak kabul edilirse definin doğrudan uygulanacağı, kabul edilmez ise kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem zu §§320-326, N. 6; karşılıklı borç yükleyen sözleşme olduğunu kabul etmekle birlikte adi ortaklık ilişkisinde her bir somut durum gözönüne alınarak definin uygulanıp uygulanmayacağının belirleneceği yönünde bkz. **Hüttemann**, s. 29 vd.; **Kaniti**, s. 65; Daniel Baumann/ Pascal Zysset, "**Die Einrede des nicht erfüllten Aktionärbindungsvertrags**", AJP, 2015, s. 151 vd.; definin adi ortaklık sözleşmesinde uygulanabilirliğini reddeden aksi yönde isabetsiz görüş için ayrıca bkz. **BaslerK/ Leu**, Art. 82, N. 3; görüşlerden de anlaşılacağı üzere adi ortaklık sözleşmesinin karşılıklı sözleşme olup olmadığından bağımsız olarak, bu sözleşmede definin uygulanabilirliği, ilişkide yer alan her bir somut durumun gözönüne alınmasını gerektirir. Her bir somut durumun tespitinde de aranacak ayırıcı kriter, edimler arasındaki mübadele ilişkisinin olduğu durumlar veya bu ilişkiye benzer bir ilişkinin mevcut olup olmamasıdır. Bkz. aşağıda §3 II B, 1, i.

[268] Ayrıca bkz. **StaudingerK/ Schwarze,** vorbem zu §§ 320-326, N. 2; bu değerlendirmemiz, iade borçları bakımından definin uygulanmasının nihai olarak reddedildiği sonucuna yol açmamalıdır. Bkz. aşağıda §3 II C.

[269] **StaudingerK/ Schwarze,** vorbem zu §§320 -326, N. 2.

tarafından belirlenmiş ve bu nitelikte olduğu değerlendirilen veya kanun tarafından belirlenip belirlenmediği gözönüne alınmaksızın taraflarca sözleşmenin kurulmasında esaslı unsurun konusu olan edimlerdir. Bu nevi borçları bünyesinde barındıran karşılıklı borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilebilecek borç ilişkisine satış, trampa, kira ve eser sözleşmeleri örnek olarak verilebilir.

Edimlerin ekonomik anlamda karşılığının olduğunun düşünülmesine yol açabilecek bütün sözleşmelerin her zaman karşılıklı borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Diğer deyişle edimin karşılığının bulunduğu her sözleşme karşılıklı borç yükleyen sözleşme değildir[270]. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde mübadele ilişkisiyle kurulan (*synallagmatik*) bağlılık, edimler arasındaki hukuki bağlılığı ifade ederken, edimin karşılığını karşı edimde bulması edimler arasındaki ekonomik bağlılığı ifade eder. Çoğu durumda hukuki ve ekonomik bağlılık örtüşür. Ancak edimin karşılığını karşı edimde bulması, mübadele ilişkisi ile kurulan bağlılık dışında başka bir hukuki görünüm içerisinde de kararlaştırılabilir. Örneğin simsarlık (tellalık) sözleşmesinde ortaya çıkan edim ile karşı edim arasındaki kondisyonel bağlılıkta olduğu gibi. Simsar, sözleşme yapılmasını sağlar ise ücrete hak kazanacağından, ücret ile sözleşme yapılmasını sağlama borçları synallagmatik bağlılık içerisinde yer almamasına rağmen, birbirinin ekonomik karşılığını oluşturur[271].

Sonuç olarak karşılıklı borç yükleyen sözleşme nitelendirilmesinin yapılmasında ayırıcı kriter, sözleşmeye karakterini veren edimler arasında mübadele ilişkisinin mevcut olup olmamasıdır[272]. Bu nedenle doktrinde[273] karşılıklı borç

---

[270] **Soergel/ Gsell,** Vor §320, N. 3, dn.3. ; **Klinke**, s. 94.; **MünchenerK/ Emmerich**, vor §320, N.8.

[271] Ayrıca bkz. **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem zu §§320-326, N. 8 ve N. 11, 55; **MünchenerK/ Emmerich**, vor 320, N. 7-8; **Stöckli,** N. 84; kondisyonel bağlılık, daimi önce ifa yükümlüğünün kararlaştırıldığı durumlara yaklaşır. Ancak kondisyonel bağlılık durumunda *karşı edimin doğumu* edimin ifa edilmesi şartına bağlıdır. Daimi önce ifa yükümlülüğü durumunda her iki borç da mübadele ilişkisi kapsamında olup, sadece talep yetkisinin doğumu önce ifa yükümlüsünün ifayı gerçekleştirmesine bağlıdır. Bkz. **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem zu §§320-326, N. 55; krş. **Stöckli**, N. 86; synallagmatik bağlılık dışında kalan, edimler arasındaki kondisyonel ve sebepsel bağlılık için bkz. aşağıda dn. 289.
Simsarın sözkonusu hizmeti gerçekleştirme yönünden gerçek anlamda bir borcunun mu yoksa bir külfetin mi sözkonusu olduğu tartışması (bu tartışmaya ilişkin bkz. **Yavuz**, s. 1279) metindeki husus bakımından hiçbir şeyi değiştirmez.

[272] Aynı yönde bkz. **Grüter,** s. 18; **Leonhard,** s. 335; **MünchenerK/ Emmerich**, vor §320, N. 3; **Erman/ Westermann**, vor §320, N. 6; **Soergel/ Gsell**, vor §320, N. 3

[273] **Leonhard**, s. 335 vd; ayrıca bkz. **Soergel/ Gsell**, vor §320, N. 4; **Simmen**, s. 25.

yükleyen sözleşmeleri ifade etmek için değiş - tokuş sözleşmeleri (Austausch-verhältnis) ifadeleri de kullanılmıştır. Ancak karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin ayırıcı kriterinin ne olduğu, hangi edimlerin ilişkiyi karşılıklı borç yükleyen sözleşme yaptığı sorusu ile hangi edimler bakımından definin uygulanacağı sorusu birbirine karıştırılmamalıdır.

Daha önce belirttiğimiz üzere definin ileri sürülmesi için ilk şart, genel olarak, karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin varlığıdır. Definin ileri sürülebilmesi için karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin şartlar arasında yer almasının sebebi, bu sözleşmelerin diğer sözleşmeler gözönüne alındığında genel itibariyle mübadele ilişkisini içermesindendir. Ancak karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden doğan esaslı olmayan edimler veya karşılıklı borç yükleyen sözleşme niteliğinde olmayan borç ilişkilerinden doğan edimler mübadele ilişkisine konu olabileceği gibi, edimler arasında bu ilişkiye benzer ilişkiye rastlanabilir. Bu nedenle kural olarak, aslında karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin değil, mübadele ilişkisinin bulunduğu durumlarda defi ileri sürülebileceğinden, definin ileri sürülmesi için aranan ilk şartın karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin varlığı olmayıp, en az bir mübadele ilişkisi içeren borç ilişkisinin varlığı olabileceği söylenebilir[274].

Biz, geleneksel yönteme bağlı kalarak günümüze kadar gelen defi ile ilgili incelemelerde aranan karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin varlığı şartına yer vermeyi tercih ettik. Ancak çalışmamız kapsamında definin ileri sürülebilmesi için varlığı aranan borç ilişkisini, en az bir mübadele ilişkisine yer veren borç ilişkisi olarak değerlendireceğiz.

Bunun yanında konumuz bakımından karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden doğan edimlerin birbirine bağlılığı öğretide mübadele ilişkisi dışında bir diğer unsurun incelenmesini gerektirmiştir. Bu unsur denklik unsurudur. Günümüze kadar gelen incelemelerde karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin belirlenmesinde ayırıcı kriterler, denklik ve mübadele ilişkisi esasları altında incelenmiştir[275]. Biz de geleneksel

[274] Gerçekten, OR 2020 Art. 101 II, mevcut düzenlemede yer alan karşılıklı borç yükleyen sözleşme ifadesine yer vermeyerek, edim ile karşı edim arasında mübadele ilişkisi bulunduğu durumlarda, teminat gösterilse dahi edim borçlusunun kaçınabileceğini düzenlemektedir. Bu düzenlemede, edim ile karşı edim arasındaki mübadele ilişkisinin mevcudiyeti definin ileri sürülebilmesi için aranan bir şart olarak göze çarpmaktadır. Bkz. yukarıda §1 I F 3.

[275] Ayırıcı kriteri denklik ve mübadele ilişkisi esasları altında inceleyen, ancak karşılıklı bağlılık ifadesini kullanan değerlendirme için bkz. **Kaniti**, s. 49; **Simmen**, s. 27 vd.

incelemeye bağlı kalarak bu her iki unsuru açıkladıktan sonra, özellikle denklik ilkesinin gerekliliği ve bu unsura duyulan ihtiyaca ilişkin görüşümüzü açıklayacağız.

Son olarak belirtilmelidir ki esaslı edimlerin mübadele ilişkisi içerisinde bulunduğu karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere sadece Borçlar Hukuku alanında rastlanılmaz. Medeni Hukuk alanında da mübadele ilişkisini içeren karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerle karşılaşılabilir. Bunun görünümlerine mübadele ilişkisini incelerken değineceğiz.

B. Edimler Arasında Mübadele İlişkisi (Synallagma)

1. Genel Olarak

Edimler arasındaki mübadele ilişkisinin ne olduğu sorusunun cevaplanması, mübadele ilişkisinin sınırları, kapsamı ve içeriğinin belirlenmesi, definin ileri sürülebilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu çerçevede, öncelikle "edimler arasında mübadele ilişkisi" [276] ifadesiyle kastedilenin ne olduğunun belirlenmesi gerekir.

Edimler arasındaki mübadele ilişkisi, edimlerin edim karşı edim ilişkisi içerisinde yer almasını ifade eder. Bu ilişkide, her edim, karşı edimin elde edilmesi amacıyla borçlanılır[277]. Mübadele ilişkisinin, tarafların ortak amacı bakımından edimlerin mübadelesini sağlama, taraflardan her birinin amacı bakımından ise karşı edimin elde edilmesi için kurulan ilişki olduğu "Do ut des" (Vereyim veresin diye)

---

[276] Alman ve Türk/ İsviçre Hukuku doktrininde, mübadele ilişkisini nitelendirmek ve edim ile karşı edim arasındaki bağlılığı ifade etmek için, "mübadele ilişkisi (Austauschverhältnis), "karşılıklı bağlılık/ karşılıklılık ilişkisi (Gegenseitigkeitverhältnis)", "synallagma" ifadeleri kullanılmıştır. Genellikle, bu kavramlar aynı şeyin farklı açıdan ifadesi niteliğindedir. (**Erman/ Westermann**, vor §320, N. 4 vd, **Leonhard**, s. 335; **Esser/ Schmidt**, s. 219; sadece "karşılıklı bağlılık/ karşılıklılık ilişkisi" ifadesini kullanan değerlendirme için bkz. **Kaniti**, s. 66 vd.)
Biz "karşılıklılık"(hem alacaklı hem de borçlu sıfatına sahip olma) ile karıştırılabilme ihtimali nedeniyle, "karşılıklı bağlılık" ifadesine yer vermeyip, bunun yerine "mübadele ilişkisi" ifadesi, bu ilişkiyle kurulan bağlılığı ifade etmek için de "synallagma" ifadelerini kullanmayı tercih ettik. Bunun yanında "mübadele ilişkisi" de takasa konu edimlerin mübadelesiyle karıştırılmamalıdır. Takasa konu edimler arasında kanundan doğan taraf iradesine bağlı bir mübadele sözkonusudur, takasa konu edimlerden birinin diğerini elde etmek amacıyla borçlanılmış olması zorunlu değildir. Bu nedenle edimlerin mübadele ilişkisi içerisinde olması gerekmez.

[277] **Dietrich**, s.18; **Klinke**, s.76, 94; **Brox/ Walker**, §13 N.14; **Esser/ Schmidt**, s. 217 vd. ; **Kast**, s. 17-18; **MünchenerK/ Emmerich**, vor §320, N. 3; ayrıca bkz. **Soergel/ Gsell**, vor §320, N. 3 vd.

prensibi[278] ile ifade edilmektedir[279]. Bu prensip borcun ifa edilmediği savunması bakımından *"Borçlandığını verdiğinde, borçlandığımı veririm"* görünümünde şekillenir[280].

Karşılıklı borçlar arasındaki teknik anlamda mübadele ilişkisinin kurucusu ve şekillendiricisi, genel olarak, tarafların iradesidir[281]. Taraflardan her biri, edim borcu altına girmesinin hukuki sebebini[282] karşı edim olarak gördüğü durumda edim ile karşı edim arasında mübadele ilişkisinin varlığı kabul edilir. Böylece aslında edimin borçlanılmasının sebebi karşı edimin borçlanılması olmakla, edimlerin mübadele ilişkisi içerisinde yer almasında edimler arasında hukuki sebep ilişkisinin (Kausalbeziehung der Leistungen) varlığı da görülmektedir[283]. Bu hukuki sebep ilişkisi objektif anlamda anlaşılmalıdır ve onda sözleşmeden doğan edim ve karşı edimin neye yöneldiği açıktır[284].

---

[278] "Do ut des" ifadesi hem karşılıklılığı hem de mübadeleyi kapsayan bir ifade olmasına rağmen amaca uygun olmayan anlam çokluğunu ihtiva etmesi nedeniyle, bu ifadenin edimler arasındaki mübadele ilişkisini açıklamada yeterli olmadığı ileri sürülmektedir. *Stöckli*'e göre, "Veriyorum veresin diye" şeklinde görünen bu prensip, sadece ifadesinden yola çıkıldığında kendi edimini karşı edime bağladığını açıklayan tarafın motivasyon durumunu ortaya koyar. Buna ek olarak, ifadeden, tarafların ifa sırası üzerine henüz anlaşmaları olmaksızın, açıklayan tarafın önce ifa yükümlülüğünü yerine getirmek istediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla synallagmatik sözleşmeleri şekillendiren karşılıklı borç altına girme gerekliliği bu formülle ifade edilemez. Bu formül yetersiz kalmaktadır. Bkz. **Stöckli,** N. 46.

[279] **Grüter,** s.18, 41; **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem zu §§320, N. 1; **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem zu §§320 -326, N.5; **MünchenerK/ Emmerich**, vor §320, N.3; **Larenz**, s. 166; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 19.

[280] Borcun ifa edilmediği savunmasını kullanarak edimin ifasından kaçınan borçlunun bakış açısından bu şekilde formülize edilebileceği yönünde bkz. **Schaller**, N.448; herhalde bu ifadeyi, karşı edim borçlusunun önce ifa yükümlüsü olduğu şeklinde anlamamak gerekir.

[281] **Hager,** s.26 vd.; **Klinke,** 94 vd.; **Bydlinski,** s.142; **Kast**, s. 18; mübadele ilişkisinin/ synallagmanın kanundan doğabileceği yönünde bkz. **StaudingerK/ Schwarze,** vorbem zu §§ 320 -326, N.24; **Gernhuber**, Synallagma, s.57; ayrıca bkz. **van den Daele**, s. 15 vd.
Edimler arasındaki hukuki sebep ilişkisi borç ilişkisinin gelişimi ve fonksiyonunda da görülebilir. Bu bağlılığın gelişiminde ve borç ilişkisinin çeşitli evrelerindeki görünümünde çoğu zaman tarafların varsayımsal iradesi de gözardı edilmez.

[282] Kazandırmanın hukuki sebebi, kazandırmanın amacının kazandırma ile olan ilişkisini oluşturan hukuki bir araçtır. Bkz. **Klinke**, s.19.

[283] Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin mevcudiyeti (mübadele ilişkisinin varlığı) sorununa, *Edimler Arasında Karşılıklı Amaç İlişkisi* teorisi çözüm aramıştır. Edimler arasında tarafların hukuken tanıdığı amaç, edimlerin sebebini (causa) oluşturur. Teori, sübjektif değil, tamamen normatif şekilde anlaşılmalıdır. Tarafların fiilen güttüğü amaçla değil sözleşmeye hukuki yapısını veren amaçla ilgilenir. Bu teori içeriği itibariyle aynı ancak farklı görünüm tarzları olan çeşitli alt görünümlere sahiptir. Bu teori, görünüm tarzları ve ayrıntılı bilgi için bkz. **van den Daele**, s. 15 vd; aynı yönde bkz. **Müller**, s. 16 vd; ayrıca bkz. **Jabornegg**, s. 61 vd.

[284] **van den Daele**, s. 16; **Müller**, s. 17; ayrıca bkz. **Kast**, s. 18.

Hukuki sebep ilişkisi, taraflardan her birinin, karşı edimde bulduğu hukuki menfaatinin varlığını da gösterir. Taraflardan her biri son tahlilde bu menfaat durumunun karşılanmasına yönelir. Taraflar, sözleşmesel formda, karşı edimi elde ederek bu menfaati gerçekleştirmeyi, edimlerinin karşılığını elde etmeyi amaçlar. Bu sebeple karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde her edim borcunun, bu amacın elde edilmesi aracı olduğu söylenebilir[285].

Synallagma[286], her edimin karşılığını karşı edimde bulduğu borç ilişkilerinde birbiriyle mübadele ilişkisi içerisinde bulunan edimler arasındaki bağlılığı ifade eder[287]. Edimlerin karşılıklılığı ve son tahlilde tarafların edim menfaati amacının gerçekleştirilmesi edimlerin synallagmatik bağlılık içerisinde yer almasıyla sağlanır. Bu sebeple synallagma edimlerin hem karşılıklılığını hem de mübadelesini içeren

---

[285] **Klinke**, s.19 vd, özellikle s.118.-119; ayrıca bkz. **Kast**, s. 18

[286] "Synallagma" kavramının etimolojik analizinde "syn" karşılıklılığı, "allagma" ise yerine geçme, değiştirmeyi ifade etmektedir. Bu açıklama, ifadenin daha önceki hukuk dönemlerinde kullanım alanları, tarihi gelişimi ve diğer hususlar için bkz. **Stöckli**, N. 42 vd; **Hager**, 26 vd.; krş. **Hüttemann**, s. 37; bazı yazarlarca synallagma ifadesinin çok anlamlılığı nedeniyle kullanılmasının yerinde olmadığı ifade edilmektedir. bkz. **Kaniti**, s. 49 dn. 9; bu çok anlamlılık kavramın birden fazla alanlarda kullanılmasından kaynaklanmakta olup (bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 3), synallagmanın, en azından borçlar hukuku alanında, günümüzde kullanılan anlamıyla aslında neyi ifade ettiği anlaşılmakta sadece hukuki yapısı konusunda çeşitli tartışmalar yapılmaktadır.

[287] Alman doktrininde aslında synallagmanın hukuki yapısı konusunda çeşitli tartışmalar yapılmış, çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Bu görüşlerden ilkine göre (mübadele amacı teorisi), synallagmanın anlamı edimlerin mübadelesindedir. Edimler karşı edimin elde edilmesi amacıyla birbirine bağlıdır. Bu amaç ancak objektif ve hukuki işlem amacıdır ve hukuki sebep ile aynı tutulmamalıdır. Çünkü her bir taraf sadece karşı edimi değil, edimlerin mübadelesini veya "karşı edim için edim" amacını izler. Bu amaç tarafların ortak amacıdır. Synallagma hukuki sebepten farklı olarak (causa) işte bu ortak amaçtır. Bu ortak amaç sözleşme içeriğine dahildir: **Larenz**, s. 167 vd; **Kirn**, s. 325 vd.; Karl Larenz, **Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung**, 3. Aufl., Beck, München und Berlin, 1963; s. 78 vd.; ayrıca bkz. **Teubner**, s. 74

İkinci görüşe göre ise (işlem temeli teorisi), synallagma düşüncesinin teorik anlamı, karşılıklı bağlılık, sözleşmenin kuruluşundaki değerlendirme temeli (Wertungslage) olarak kararlaştırılmasında bulunur. Buna göre, taraflar edimleri sözleşmede kararlaştırdığı şekilde yerine getirecekleri konusunda mutabıktır. Bu değerlendirme temeli, sözleşmenin işlem temelini teşkil eder. Bkz. Walter Schmidt - Rimpler, **Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, insbesondere beim Versicherungsvertrag**, Stuttgart, 1968, s. 59 vd.

Üçüncü görüşe göre (şart teorisi), karşı edimin edimin şartı olduğu ve bu şart içerisinde synallagmanın temelini bulduğunu ileri sürer: **Blomeyer**, s. 104 vd.

Dördüncü görüşe göre (hukuki sebep teorisi), karşı edim, edim borcunun temelini oluşturur. Taraflardan her biri, karşı edimin elde edilmesi amacıyla edim borcu altına girer. Bu amaç aynı zamanda hukuki sebep teşkil eder. Synallagma, karşılıklı olarak bu hukuki sebeplerin birbirine bağlılığını ifade eder. **van den Daele**, s. 17 vd.; **Gernhuber**, s. 313; İsviçre Hukuku bakımından bkz. **Müller**, s. 16 vd.

Bu görüşler ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Klinke**, s. 103 vd; **Jabornegg**, s. 57 vd., **Schmidt-Rimpler**, s. 55 vd. **MünchenerK/ Emmerich**, vor §320, N. 10.

kapsama sahiptir[288] ve bu yüzden edimler arasında mübadele ilişkisinin bir başka açıdan ifadesidir. Diğer deyişle edimlerin mübadele ilişkisi içerisinde yer alması edimler arasında synallagmatik bağlılığın var olduğu anlamına gelir. Bu kabulün bir diğer sonucu, definin ileri sürülebileceği durumda edim ile karşı edim arasındaki alelade bir bağlılık veya ekonomik bir bağlılık yeterli olmayıp, synallagma niteliğine bürünen nitelikli bir bağlılık gerekmesidir[289]. Edimlerin birbiriyle mübadele ilişkisi içerisinde bulunması tek başına bu nitelikli bağlılığı sağlar. Borcun ifa edilmediği defini, edimler arasında bu nitelikte bir bağlılık aramayan, ifadan kaçınma yetkisi veren haklardan ayıran başlıca unsur bu noktada bulunmaktadır. Belirtilenler gözönüne alındığında borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebileceği karşılıklı borç yükleyen sözleşmeleri "synallagmatik sözleşmeler" olarak nitelemekte herhangi bir mahzur yoktur[290].

Mübadele amacına yönelen ve bu surette mübadele ilişkisi içerisinde yer alan edimlerin doğumu, devamlılığı, ifa edilmesi karşı edimden bağımsız değil, karşı edim

---

[288] Edimler arasında karşılıklılığın mevcut olduğu ancak mübadele ilişkisinin olmadığı durumlarda da karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin varlığını kabul eden ve synallagma kavramının mübadele ilişkisini içermesi nedeniyle karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin varlığını tespitte yetersizliğini vurgulayan görüş için bkz. **Hueck/ Hueck**, §6 II.; ayrıca bkz. **Hüttemann**, s. 37; adi ortaklığın karşılıklı borç yükleyen sözleşme olduğunu kabul etmekle birlikte, synallagmatik sözleşmeler veya synallagma ifadesini mübadele ilişkisini içermeyen ancak karşılıklılığın mevcut olduğu sözleşmeler için de kullanan görüş için bkz. **StaudingerK/ Schwarze,** vorbem zu §§ 320 -326, N. 6; isabetli olmayan bu görüşlere ilişkin açıklamalarımız ve diğer hususlar için bkz. yukarıda §2, II, A.

[289] **Fichtner,** s. 49.
Alman doktrininde synallagmatik bağlantı dışında, kendisinde mübadele amacının gerçekleştirildiğinin iddia edildiği *kondisyonel* ve *sebepsel* (kausal) bağlılık ve diğer bağlılık şeklinde bağlantı çeşitlerinden bahsedilmektedir. Kondisyonel bağlılık, taraflardan birinin edimini yerine getirmesi, diğer tarafın karşı edim borcu (veya bir davranışta bulunma zorunluluğu) altına girmesinin şartı olduğu durumda bu çeşit bağlantının varlığı kabul edilmektedir. Bu nevi sözleşmelere örnek olarak simsarlık verilmektedir. Sebepsel bağlantı, kondisyonel bağlantıdan daha zayıf bir bağlantıdır. Taraflardan birinin diğer tarafın borçlanmadığı karşı edimi yerine getirmesini sağlamak/onu baskı altında tutmak ek amacıyla, borçlandığı kendi edimini yerine getirmesi durumunda görülür. Ancak taraflar arasında bu amaç ilişkisi üzerine en azından bir anlaşma gereklidir. Bu durumda edim borcunun geçerli bir şekilde hüküm ifade edip etmemesine göre sebepsiz zenginleşme hükümlerinin mi yoksa borca aykırılık hükümlerinin mi gündeme geleceği somut durumun yorumu meselesidir. Bkz. **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem zu §§320- 326, N. 54 vd.; **MünchenerK/ Emmerich,** vor §320, N.12 vd.; **Soergel/ Gsell,** Vor §320, N.5 vd.; **Erman/ Westermann**, vor 320, N. 9.
Edimlerin synallagma dışında bağlılığı kanuni düzenlemelere de dayanabilir. Bu düzenlemelerden birisi takastır. Takasa ilişkin hukuki düzenleme, birbiriyle mübadele ilişkisi içerisinde bulunmayan talepler arasında mübadele bağlantısı kurar. Diğer durum ise BGB §273'de düzenlenen genel kaçınma hakkı (Zurückbehaltungsrecht) dır. Bkz. **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem zu §§320, N. 60.

[290] Bu anlamda niteleyenler için bkz. **BaslerK/ Leu** Art.82, N.3; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N.2. **Medicus/ Lorenz**, N.238; **Fichtner,** s.49; **Esser/ Schmidt,** s. 218; **Kast**, s. 18.

gözönüne alınarak değerlendirilir[291]. Taraflar arasında edim ile karşı edimin mübadele ilişkisi içerisinde yer alması, borç ilişkisinin kurulması, gelişimi, varlığını sürdürmesi bakımından bazı sonuçlar ortaya çıkarır. Mübadelenin sağlanamadığı, geciktiği veya imkânsızlaştığı durumda ne gibi çözümlerin söz konusu olacağı sorusunun cevabında, tarafların kararlaştırdığı synallagmatik yapı gözönüne alınarak ortaya çıkarılan synallagma düşüncesinin katkısının olduğu açıktır. Bu ihtimalde, genel olarak, synallagmatik ilişkide tarafların varsayımsal iradesinden bahsedilebilir. Özellikle TBK m. 97 bakımından, aksi kararlaştırılmamışsa, tarafların açıkça aynı anda ifayı düzenlemedikleri ancak edimlerin birbirine bağlılığı ve synallagmatik yapı gözönüne alındığında edimlerin aynı anda ifasını elde etmek isteyecekleri varsayımına dayanıldığı da söylenebilir[292].

Taraflar arasındaki varsayımsal taraf iradesi, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerle ilgili çeşitli hükümlerin arka planının açıklanmasına yardımcı olur. Bu kapsamda doktrinde synallagmanın sözleşmenin kuruluşu ve gelişimindeki görünümü, genetik (edimlerin doğuşları bakımından bağlılığı), kondisyonel (devamlılıkları bakımından bağlılığı) ve fonksiyonel synallagma[293] (ifa edilmeleri bakımından bağlılığı) ya da genetik ve fonksiyonel synallagma[294] şeklinde incelenmiştir.

Çalışmamız kapsamında edimlerin mübadele ilişkisinde olması nedeniyle ortaya çıkan edimler arasındaki bağlılılığın sonuçlarını açık ve net bir şekilde ortaya koyabilmek ve definin yerini belirleyebilmek bakımından mübadele ilişkisiyle kurulan edimler arasındaki synallagmatik bağlılığın görünümlerini incelemek gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki synallagmatik bağlılık kapsamında belirtilen bu görünüm

---

[291] **Stöckli,** N.45; **Kast**, s. 18; **Kaniti**, s. 50; **Buz**, s.94-95.

[292] **Jabornegg**, s.76.; ayrıca bkz. yukarıda §1 IV A ve B.

[293] **Eren**, s. 1009; **von Büren**, s. 177; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 20 -23; **Buz**, s.94; **Korkmaz/ Gezder**, s. 2611; **StaudingerK/ Schwanzer,** vorbem zu §§ 320 -326, N. 17; **Müller**, s.18 vd; **van den Daele**, s. 23; **Meyer**, s.39; **Soergel/ Schmidt**, vor §320, N. 7 vd.; **Esser/ Schmidt**, s. 218

[294] Bu inceleme için bkz. **Kaniti**, s. 50 vd; **Tunçomağ**, s.739; **Serozan,** §6 N. 2; **Becker**, Art. 82, N. 7; **Simmen,** s. 30 vd; **Dietrich**, s.18; **Larenz**, s. 166; **Kast**, s. 18; Bu ayrımı kabul eden İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 67 II 123 (126).**
Synallagmanın görünümlerini genetik ve fonksiyonel synallagma altında inceleyen yazarlar fonksiyonel synallagma kavramı kapsamına edimlerin ifa edilmesindeki ve devamındaki bağlılığın girdiğini ileri sürmektedir. Ayrıca bkz. **Blomeyer**, s. 114 vd; **Kast**, s. 22.
Bu synallagma görünümleri dışında fiili synallagma (faktische synallagma) olarak ifade edilebilecek bir synallagma görünümü de vardır. Buna göre, sona eren borç ilişkisinde karşılıklı iade borçları arasındaki mübadele synallagmanın art etkisi olarak ifade edilebilir. Bu değerlendirme için bkz. **Soergel/ Gsell,** vor §320, N.17; ayrıca bkz. aşağıda §2, II, B, 2, d.

şekilleri, edimler arasındaki bağlılığı oluşturmamakta, tersine edim ile karşı edimin mübadele ilişkisinde bulunmasının sonucu olarak ortaya çıkmakta, synallagmanın değişik görünümlerini teşkil etmektedir[295].

2. Mübadele İlişkisiyle Kurulan Bağlılığın (Synallagma) Çeşitli Görünümleri

a. Edimlerin Doğuşları Bakımından Bağlılığı (Genetik Synallagma)

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden doğan edim borçları arasında genetik bağlılık, tarafların edim borçlarının doğumunun birbirine bağlı olmasını ifade eder[296]. Sözleşmeden doğan borçlardan birisinin geçerlilik şartlarını taşımamasının diğer borcun geçerliliğine etkisi genetik bağlılıkla açıklanabilmektedir. Zira taraflardan biri geçerli bir şekilde edim borcu altına girdiyse diğer taraf da karşı edim borcu altına girer. Bu sebeple birinin geçersizliği, edimlerden biri diğerinin amacı olduğundan geçersizleşen edim nedeniyle diğerinin amacını kaybetmesine neden olur[297]. Taraflardan birinin borcunun geçersizliğine rağmen diğerinin borcunun ayakta kalması taraflarca güdülen synallagmatik bağlılılık ve mübadele amacına aykırı düşer[298].

Edim borcunun hüküm ifade etmemesinin karşı edime etkisinin, sadece ve sadece genetik synallagmadan doğduğu ve genetik synallagma nedeniyle gerekçelendirileceğini belirtmek isabetli olmaz. Bu bakımından genetik synallagma, karşı edime olan etkinin, edim ile karşı edim arasındaki bağlılık ile açıklanmasına yardım eder[299].

---

295 Yerinde olmayan aksi yönde değerlendirme için bkz. **Kaniti,** s.49 vd.

296 **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N.20; **von Büren**, s. 177; **Simmen**, s.30-31; **Dietrich**, s.18; **Meyer,** s.39; **Klinke** 98 vd.; **Erman/ Westermann**, vor § 320, N. 12; **Soergel/ Gsell**, vor §320, N. 14; **Kast**, s. 18 vd.

297 **van den Daele**, s.24; **Kast**, s. 19;

298 **Kast**, s. 19; kanuna aykırılık veya başka bir kanuni sebeple edimlerden birinin geçersiz olmasına rağmen diğer edimin ayakta kaldığı durumlar istisna teşkil edebilir. Bu değerlendirme ve örnekler için bkz. **Jabornegg**, s.78-79; örneğin işçinin tam ehliyetli olmamasına rağmen bu durum anlaşılana kadar yaptığı işin karşılığı olan ücreti işverenin ödemesi gerekir.(TBK m.394 III). Kanunkoyucu isabetli şekilde, zayıf durumda olan işçinin borcunu ifa etmesine rağmen, borcun geçersizliği ileri sürülerek edimler arasındaki mübadelenin gerçekleşmemesini önlemiştir.

299 Alman doktrinde bir kısım yazarlar genetik synallagmayı lüzumsuz bularak reddeder. Bu yazarlar, genetik synallagma ile kabul edilen sonucun, synallagmatik olmayan diğer sözleşmelerde de ortaya çıkabileceği, bu sebeple sonucun kendiliğinden kanuna dayandığını ileri sürmektedir. Bkz. Fritz Rittner,"**Über die Entbehrlichkeit des sog. genetischen Synallagmas**" Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag 25 März 1970, München, 1970, s. 233 vd.; **MünchenerK/ Emmerich,**

Genel olarak, borçlardan biri geçerlilik şekillerinden birisine sahip değilse diğeri de geçerlilik arz etmeyecektir. Sözleşmenin kurulmasıyla borçlardan birisi TBK m.27 gereği kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik hakkına aykırı, veya imkansız ise diğer borç ve sözleşmenin tamamı kesin hükümsüzdür. Kesin hükümsüzlük sebeplerinin borçlardan biri üzerinde doğmasıyla diğer borç ve sözleşmenin tamamı da hükümsüzleşir. Bu ihtimalde TBK m. 27 II c.2 e göre, kısmi hükümsüzlüğün uygulanması sözkonusu olmaz[300]. Zira kısmi hükümsüzlüğün sözkonusu olabilmesi için hükümsüz olan kısım dışında kalan kısmın tek başına sözleşmenin objektif ve subjektif kurucu unsurlarını taşıması gerekir. Ancak taraf iradesine göre edim ile karşı edim mübadele ilişkisi içerisinde bulunduğundan birinin hükümsüzlüğü durumunda bu kurucu unsurlarda eksiklik ortaya çıkar. Bu sebeple kısmi hükümsüzlüğün uygulanmaması genetik synallagma ile açıklanabilir[301].

Vor §320, N.14. **Schmidt-Rimpler**, s. 58; ayrıca bkz. **StaudingerK/ Schwarze,** vorbem zu §§320-326, N. 19; Joachim Gernhuber, "**Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund zur Lehre von den Vertragsverbindungen**", Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München, 1973, 476 -477; karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin unsurlarının bir başka açıdan ifadesi olduğu, edim ve karşı edimin bağlılığından başka bir şeyi ifade etmediği yönünde bkz. **Larenz,** s.166.

Aksi görüşe göre ise, sözleşme serbestisini önplanda tutan kanunkoyucunun tarafların varsayımsal iradesini gözönüne alarak hükümler sevkettiği, aslında bir edimin kesin hükümsüzlüğünün diğer edimin kesin hükümsüzlüğüne neden olmasının kanunkoyucunun varsayımsal taraf iradelerini gözönüne alarak düzenlemesine dayandığı, varsayımsal taraf iradelerine verilen bu gücün genetik synallagma ile kabul göreceği yönünde bkz. **Jabornegg,** s.70-71; ayrıca bkz. **Klinke**, s.98 vd.; **van den Daele**, s. 24 vd;

[300] Alman Hukuku'nda sözleşmeden doğan synallagmatik edimlerden birinin hükümsüzlüğü nedeniyle kısmı hükümsüzlüğün uygulanmamasının genetik synallagmanın sonucu olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışma BGB §139'dan doğmaktadır. Hükme göre, hukuki işlemin bir kısmı hükümsüz ise, bütün işlem, hükümsüz kısım olmasaydı da işlemin gerçekleşeceği kabul edilmediği durumda hükümsüzdür. Baskın görüşe göre karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden doğan borçlardan biri diğerinin karşılığını oluşturacağından borçlardan birinin kesin hükümsüzlüğü kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasına engel olur. Kesin hükümsüzlük genetik synallagmanın sonucudur. Bkz. **Kast,** s.21; **StaudingerK/ Schwaze,** , vorbem zu §§ 320 -326, N.19; **van den Daele**, s. 24-25; **Bloomeyer**, s. 112, aksi yönde görüş için bkz. **Rittner**, s. 214 vd. **Gernhuber**, Austausch, s. 476; **Gernhuber**, s. 316; kanaatimizce Türk Hukuku bakımından genetik synallagma TBK m. 27 II c.2'nin uygulanabilirliğinin anlaşılabilmesine yardımcı olur, bu anlamda gereksizliği ve tamamen inkarı isabetli olmaz.

[301] Ayrıca bkz. **Kaniti**, s.51; **Kast**, s. 21-22; **van den Daele**, s. 24 vd.

Bölünebilir borçlardan birinin kısmen hükümsüzlüğü ve bu kısmi hükümsüzlüğün bölünebilir diğer borca ve sözleşmenin tamamına etkisi bakımından da durumu incelemek gerekebilir. Bölünebilir borçlardan birisi kısmen hükümsüz ise, TBK m.27 II gereği hükümsüzleşen kısmın değerine denk düşen diğer tarafın bölünebilir borcunun ilgili kısmı indirilerek, tarafların varsayımsal iradelerinden geriye kalan kısımların birbiriyle mübadele ilişkisi içerisinde olduğu çıkarılabilir ve sözleşme bu haliyle hüküm ifade etmeye devam edebilir(ayrıca bkz. **Kaniti**, s. 52) Ancak tarafların açık veya örtülü iradesinden edimin ve karşı edimin bir kısmının ifasında menfaatleri olmadığı açıkça anlaşılıyor ise bu durumda artık TBK m.27 II'nin uygulanmasından bahsedilmez (TBK m.27 II c.2).

Genel olarak ifade etmek gerekirse, imkansızlık, şekle aykırılık, taraflardan birinin irade beyanının geçerli olmadığının belirlenmesi, irade sakatlığı durumunun ortaya çıkması ve iptal hakkının kullanılması veya kanundan veya sözleşmeden doğan tamamlayıcı bir unsurun varlığı ihtiyacının doğması ve tamamlayıcı unsurun gerçekleşmeyeceğinin nihai olarak anlaşılması nedeniyle borcun geçerli bir şekilde doğmaması diğer borcun doğumunu da engeller[302] [303]. Bu hususlar borçların geçerli şekilde hüküm ifade etmesi bakımından genetik synallagma şeklinde görünen karşılıklı bağlılığının bir sonucu olarak görülebilir[304].

Sözleşmeden doğan borçlardan birinin şarta bağlı olduğu ihtimalde acaba genetik synallagmanın mevcudiyetinden bahsedilebilir mi?

Taraflar edim ve karşı edim borcunun doğumunun birbirine bağlılığını çeşitli görünümlerle şekillendirebilir. Her iki tarafın borcunun doğumunun aynı geciktirici şarta bağlı olduğu ihtimal buna örnek teşkil eder. Bu durumda gerekli olan şart gerçekleşmediği ihtimalde borçlar doğmayacaktır.

Genel olarak karşı edim borcunun doğumu geciktirici şarta bağlı olup da edim borcu sözleşmenin kurulması ve hüküm ifade etmesiyle doğduğu durumda şartın gerçekleşmesiyle edimler arasında synallagmatik bağlılığın kabul edildiği söylenebilir[305]. Bu ihtimalde şart gerçekleşir ise synallagmatik bağlılık vücud bulacak, şart gerçekleşmez ise edim borcu sona erecektir[306]. Meğerki taraflar şart gerçekleşmeyecek olsa da edim borcunun devam edeceğini kararlaştırmış olsun. Böyle bir husus kararlaştırılmışsa, karşı edim borcunun doğmayacağı anlaşıldığından ilişki tek tarafa borç yükleyen bir ilişkiye dönüşür.

---

[302] Bu hususlara ilişkin çeşitli örnekler için bkz. **Kast**, s. 20-22; **Simmen**, s. 31; **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem §320-326, N. 19; **Kast**, s. 19 vd; **van den Daele**, s. 24 vd.

[303] Genetik synallagmanın borçlunun ayırt etme gücünün olmaması durumunda işlemin tamamının hükümsüzlüğü sonucuna etki etmediği ve hükümsüzlüğün onun sonucu olmadığı yönünde görüşe göre, ayırt etme gücüne sahip olmayan borçlu böyle bir irade açıklamasında bulunamayacağından ve irade açıklamasını kabul edemeyeceğinden taraflardan hiç birisi hüküm ifade eden bir borç altına girmemiştir. Taraflardan hiçbiri borç altına girmemiş ise genetik synallagma etkili olamayacaktır. Bkz. **Kast**, s. 22; **Soergel/ Gsell,** vor §320, N. 14; ayrıca bkz. **Rittner**, s. 227; **Schmidt-Rimpler**, s. 58; **Gernhuber**, Austausch, s. 476; aksi yönde görüş içn bkz. **van den Daele,** s. 25.

[304] **Kast,** s. 18 vd. ; **van den Daele**, s. 24 vd.; **Soergel/ Gsell**, vor §320, N. 14; **Erman/ Westermann**, vor §320, N. 12.

[305] Ayrıca bkz. **Stöckli**, N. 78 vd; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 26; **Guhl/ Merz/ Kummer,** s. 21.

[306] Karşı edimin *doğumu* şarta bağlı olmakla, şart, borçlunun şarta bağlı olmayan borcunu ifa etmesi ise, bu ihtimalde kondisyonel bağlılığın varlığından bahsedilir. bkz. **Stöckli**, N. 80. Zira ifa gerçekleştirilince artık synallagmatik bağlılığa konu olabilecek bir edim borcunun varlığından bahsedilemez.

b. Edimlerin Devamlılığı Bakımından Bağlılığı (Kondisyonel Synallagma)

Edimlerin devamlılığı bakımından synallagmatik bağlılığı, edimlerin varlığını sürdürebilmeleri ve devamlılıkları yönünden bağlılığını ifade eder. Kural olarak, taraflardan birinin edim borcu düştüğü durumda, bunun etkisi karşı edim borcuna yansımaz ise taraflarca sözleşmenin kurulması ve hüküm ifade etmesiyle izlenen synallagmatik bağlılık ve bununla ilgili olarak mübadele amacı zedelenir[307]. Edim ile karşı edim arasındaki bağlılık, edimlerin birine etkili olan bir hukuki sürecin karşı edime de sirayeti sağlanarak, taraflarca amaçlanan edimler arasındaki bağlılık özellikle onların mübadele niteliği güvence altına alınmış olur[308].

Örneğin, borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlıkta borçlunun borcu imkânsızlaşırsa TBK m.136 II'e göre, henüz ifa edilmemiş karşı edimi talep etme imkanı, kural olarak, ortadan kalkar. İfa edilmiş edimler ise, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilecektir. Taraflar arasındaki edimlerin devamlılığı bakımından bağlılığı bir edimin tarafların sorumlu olmadığı imkansızlık nedeniyle düşmesi durumunda diğer edimin de sona ermesini gerektirmesinde görülür[309].

Sözleşme veya kanun, mübadele amacı dışındaki diğer amaçlara ağırlık vermesi nedeniyle bu hususa istisna teşkil eden düzenlemelere yer verebilir. Bu düzenlemeler sonradan ortaya çıkan durumlar nedeniyle synallagmanın sona ermesinin sonuçlarını da düzenleyebilir. Bu sebeple karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden doğan borçlar, hüküm ifade edecek şekilde doğunca, bu borçların borç ilişkisi sona erinceye kadar

---

307 **Kast**, s. 23-24.; varsayımsal taraf iradesine uygun olduğu yönünde bkz. **Jabornegg**, s. 79.

308 **MünchenerK/ Emmerich,** vor §320, N. 15

309 **Kast**, s. 23; **MünchenerK/ Emmerich**, vor §320, N. 15; **Palandt/ Grüneberg**, vor §320, N. 15 ; **Gernhuber**, s. 317; fonksiyonel synallagma kapsamında değerlendiren görüş için bkz. **Erman/ Westermann**, vor §320, N. 13.
Belirtmek gerekir ki imkansızlaşan edim yerine ikame değer (Surrogate) girecekse bu durumda, genel olarak, karşı edim ile bu yerine geçen değer arasında kondisyonel synallagma devam eder. Ancak bu konuda alacaklıya yerine geçen değeri tercih etmeyip sözleşmenin imkansızlık nedeniyle sona ermesini tercih etme hakkı da tanınmalıdır. Bkz **Jabornegg**, s.81; kanaatimizce alacaklıya böyle bir hak tanınmaması synallagmaya uygun düşmez.
Borçlunun sorumlu olduğu imkansızlık bakımından karşı edim ile edim yerine tazminat arasındaki mübadele tarafların mübadele amacına uygun düşmez. Taraflar, edim ile karşı edim arasında bağlılığı kurarak edim ile karşı edimin mübadelesini amaçlar, karşı edim ile tazminatın mübadelesini değil. Bu sebeple edimlerden biri imkansızlaşır ise fark teorisi uygulama alanı bulup, borç ilişkisi likitleştirilir. Ancak alacaklı mübadele teorisinin uygulanmasını talep etmiş ise bu durum sözkonusu olmaz. Bu görüş için bkz. **Kast**, s.24.; bu görüş borçlunun sorumlu olduğu imkansızlık durumunda zararın tazmini bakımından fark teorisi mi yoksa mübadele teorisinin mi uygulanacağı tartışmasında fark teorisi lehine görüşünü synallagmayla gerekçelendirmiştir.

birbirine devamlılık bakımından sıkı şekilde bağlı olduğu her durumda kesin şekilde söylenemez[310]. Bunun sonucu olarak borçlardan birinin sona ermesi diğerinin sona ermesini gerektirmeyebilir.

Örneğin, TBK m.136 II'e göre, kanun veya tarafların anlaşmasına göre edimin ifasından önce hasarın alacaklıya geçtiği durumlarda, borçlu, geçişten sonra ortaya çıkan imkansızlık nedeniyle edimin ifasından kurtulmakla birlikte karşı edimi talep edebilecektir. Edim alacaklısı daha önce karşı edimin ifasını gerçekleştirmiş ise karşı edimin iadesini talep edemeyecektir. Bu hüküm kondisyonel synallagmanın ortaya çıkan bazı durumlar nedeniyle sona ermesinin sonuçlarını düzenler. Zira edim borcunun sona ermesine rağmen karşı edimin ifasını talep edebilme imkânının devamlılığı kondisyonel synallagmaya uygun düşmez[311]. Ancak bu istisnanın temelini kanun veya sözleşme oluşturur.

c. Edimlerin İfa Edilmeleri Bakımından Bağlılığı (Fonksiyonel Synallagma)

Edim borçlarının doğumu ve sona ermesinde olduğu gibi edimler arasındaki synallagmatik bağlılık sözleşmenin gelişiminde de devam eder. Edimlerin bu süreçte ifa edilmeleri bakımından bağlılığı fonksiyonel synallagma olarak nitelendirilir. Fonksiyonel synallagma, edimlerin ifaları bakımından birbirine bağlılığını ifade eder[312].

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun, karşı taraf karşı edimi ifa etmese de borcunu ifa edeceğine ilişkin bir taahhütte bulunması kolaylıkla kabul edilemez. Borçlu karşı edim borcunun borca uygun şekilde ifa edileceğine güvenerek ve karşı edimi elde etme amacıyla borç altına girer, bu surette borcunu ifa eder. Fonksiyonel synallagma borçlunun bu güveninin korunmasına hizmet eder ve edim borçlusunun borcunun ifası ile karşı edim borçlusunun borcunun ifasının birarada değerlendirilmesini zorunlu kılar. Ancak fonksiyonel synallagmanın sonucu sadece ifa

---

[310] **Jabornegg**, s. 79; **Soergel/ Gsell**, vor 320, N. 15; **Kast**, s. 23-24; **Gernhuber**, s. 317.

[311] **Kast**, s.24; **Soergel/ Gsell**, vor §320, N. 15; **MünchenerK/ Emmerich**, vor §320, N. 15; **Erman/ Westermann**, vor §320, N. 15; **Gernhuber**, s. 317

[312] **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N.22; **Meyer**, s.39-40; **Medicus/ Lorenz**, N.238; **Jabornegg**, s. 79; **Erman/ Westermann**, vor §320, N.13; **MünchenerK/ Emmerich**, vor §320, N. 16.

sırasındaki bağlılıkla sınırlandırılacak nitelikte değildir[313], bu bağlılık edimin ifa edilmemesinin karşı edimin ifasına olan etkisinde de görülür.

TBK m. 97 ve 98 aracılığıyla kurulan fonksiyonel bağlılık, karşı edimin ifasının yerine getirilememesi riskine karşı, edim borçlusuna edimin ifasından kaçınma imkânı tanınmasında[314], TBK m.125, 212 ve 235'de borçlu temerrüdüne düşen borçlunun edimini ifa etmemesi durumunda alacaklıya tanınan hakların kullanımıyla karşı edimin ifasından kaçınabilme veya kurtulma imkânı tanınmasında görülebilir[315].

Borçlu temerrüdü söz konusu olduğunda, alacaklıdan karşı edimi hazır tutarak edimin ifasını talep etmesi sınırsız bir zaman için beklenemez. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde özellikle, gecikme, nitelikli bir hal aldığında ve şartları oluştuğunda artık edimlerin mübaelesini ve synallagmatik bağlılığı gözönünde tutmamak alacaklı için daha elverişli görünebilir[316]. Bu durumda ifayı gerçekleştirmeyen borçluya karşı alacaklıya dönme hakkı tanınarak borç ilişkiden sıyrılma imkanı verilir. İfayı gerçekleştirmeyen borçluya karşı, karşı edim borcundan kurtulabilme imkanı(dönme hakkı) tanınması dolaylı olarak synallagmayla ilgilidir[317].

d.İfa Edilmiş Edimlerin İadesi Bakımından (Fiili Synallagma)

Borç ilişkisinin sona ermesinden önce veya geçersizlik sebeplerinden birine rağmen edimlerin ifa edildiği durumda, borç ilişkisinin sona ermesi veya geçersizliğin tespit edilmesi durumunda, kural olarak, ifa edilmiş edimlerin iade borcu ortaya çıkar. Bu nevi sona eren veya geçersiz olan karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, tarafların karşılıklı iade borçlarının birbiriyle ilişkisi konusunda çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır.

---

313 Fonksiyonel bağlılığı, ifa sırasıyla sınırlı bir şekilde değerlendiren görüş için bkz. **Kaniti**, s. 55.

314 **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem zu §320-326, N. 21.

315 Ayrıca bkz. **Simmen,** s.32; **ZürcherK/Schraner**, Art. 82, N.22; **Kaniti,** s. 55; **Meyer,** s.40-41.

316 **Jabornegg,** s.84; ayrıca bkz. **Erman/ Westermann**, vor 320, N. 13; temerrüd durumunda tanınan dönme hakkının kondisyonel synallagmayla da ilgili olduğu yönünde bkz. **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem zu §320-326, N.20; aynı yönde bkz. **Stöckli**, N. 61.

317 **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem zu §320-326, N.20; **van den Daele,** s. 27; varsayımsal taraf iradeleri bakımından synallagmayla ilgili olduğu yönünde bkz. **Jabornegg,** s.84; her durumda sözleşmeden dönmenin sonucunun kondisyonel bağlılıkla ilgili olduğu söylenebilir.
Kanunda karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birine sözleşmeden dönme hakkı tanınmasının arka planında synallagmanın bulunduğu söylenebilir. Örneğin, karşı edimi elde etme amacıyla sözleşmeyi kurmasına rağmen aşırı ifa güçlüğüne düşerek edimini ifa edemeyecek durumda bulunan borçlunun mübadele amacını gerçekleştiremeyeceğinin anlaşılmasıyla (borcunu ifa edemeyecek karşı edimi de elde edemeyecek olması) kendisine sözleşmeden dönme hakkı tanınmasında dolaylı bir biçimde synallagmanın etkisi görülebilir.

Bu görüşlerin, genel olarak, "çift talep teorisi (Zweikonditionslehre)"[318], "hesap bakiyesi teorisi (Saldotheorie)"[319] ve "fiili synallagma (faktische Synallagma)" şeklinde ayrıldığı söylenebilir. Özellikle yakın dönemde Alman Hukuku doktrini içerisinde hesap bakiyesi teorisinin (Saldotheorie) yetersizliğine ilişkin çeşitli görüşler ortaya çıkınca[320] doktrin tarafından "fiili synallagma" (faktische Synallagma) teorisine ağırlık verilmiştir.

---

[318] Doktrinde (Zweikonditionslehre/ Çift Talep Teorisi, bu kavram için bkz. **Oğuzman/ Öz,** II N. 1151 dn. 349) iade borçlarının birbirinden bağımsız olduğu, sebepsiz zenginleşmeden doğan iade taleplerinde taraflardan birinin iade borcu onun sorumlu olmadığı bir sebepten imkansızlaşırsa, bu tarafın iade borcundan kurtulabileceği, ancak kendi iade talebini karşı tarafa ileri sürebileceği belirtilmiştir. Bkz. **Oğuzman/ Öz**, II, N. 1151 dn. 349; Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, Kazancı, İstanbul, 1989, s. 254-255; İlhan Ulusan, **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, Kazancı, İstanbul, 1984, s. 44 -45; zenginleşmesi ortadan kalkan tarafın iade talebinin hakkaniyete aykırı görülmemesi gerektiği, aksi görüşün kabulünün TBK m. 79 (yBK m. 63) 'ün amacının engellenmesi anlamına geleceği yönünde bkz. Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, Kazancı, İstanbul, 1990, s. 169-170; krş. Stephan Hartmann, **Die Rückabwicklung von Schuldverträgen**, Zürich, 2005, N. 362.
Çift talep teorisi (Zweikondiktonslehre) edimin ifasını kabul edenin bu edimi iade borcu imkansızlaşırsa iade borcundan kurtulacak ancak daha önce ifa etmiş olduğu karşı edimin iadesini talep edebilecek olmasının adaletli olmadığı ve karşı edimi iade borcu altında bulunanın aleyhine sonuçlar doğurabileceği gerekçesiyle eleştirilmiş, Alman Federal Mahkemesi tarafından hesap bakiyesi teorisi (saldotheorie) geliştirilmiştir. (Bu değerlendirme ve bu kararlar için ayrıca bkz. Werner Flume, "**Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertiger Bereicherung**", AcP, 1994/ 194, s. 427 vd., s. 435; ayrıca bkz. **MünchenerK/ Schwab**, §818; N. 235; Dagmar Kaiser, **Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB**, Tübingen, 2000, s.302 vd. ; **Hartmann**, N. 363)

[319] Bu teoriye göre, iade borçları bakımından edimler bir bütün olarak değerlendirilir ve edimlerin değerinin indirilmesinden sonra hangi tarafın malvarlığında bir artış meydana geliyorsa artışın olduğu taraf zenginleşen taraftır. İade borcunun imkansızlaşması durumunda, iade borcu imkansızlaşan taraf, iade borcunun değeri kadar iade talebini kaybedecektir ve böylece risk dağılımı her iki tarafça paylaşılır. Bkz. **MünchenerK/ Schwab**, § 818, N. 236 vd; **Jauernig/ Stadler**, §818, N. 40 vd; Türk ve İsviçre Hukuku bakımından hesap bakiyesi teorisini (saldotheorie) ileri sürenler için bkz. **Serozan**, §27, N. 18; **Bucher**, AT, s. 690; Rona Serozan, "**Geçersiz Satım Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Yoluyla Çözülmesi**", MHAD, 1969/4, s. 197 vd.; bu teoriyi "hesap artığı" teorisi olarak adlandıran görüş için bkz. **Serozan**, §27, N. 18; **Serozan**, Çözülme, s. 206-209.
Bu teoriye iki durumda istisna tanınır; bunlar işlem ehliyetsizliği ve aldatmaya dayanan irade sakatlığı halidir. Bu hallere dayalı tasfiyede hesap bakiyesi teorisi (saldotheorie) uygulanmaz. Bu hallerde iade taleplerinin içeriği, kapsamı işlem ehliyeti olmayan ve aldatılanın menfaatleri gözönüne alınarak belirlenir. Bkz. **MünchenerK/ Schwab**, §818, N. 241; **Jauernig/ Stadler**, §818, N. 42 vd; **Kaiser**, s. 305 vd. ; **Büdenbender**, s. 661.

[320] Hesap bakiyesi teorisine ilişkin eleştiriler şu şekilde belirtilebilir: Birincisi, bu teorinin zenginleşme kavramıyla olan ilişkisine yöneliktir. Bu kavram artık Alman doktrininde aşılabilir bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Zira bu teori sadece malvarlığının artışı durumunda etkilidir. Ancak sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talepleri ilk planda alınanlara yönelik olmalıdır yoksa malvarlığı durumundaki farklılığa değil. Bkz. **Büdenbender**, s. 659; **Hartmann**, N. 369
İkinci bir eleştiri ise, önce ifa yükümlülüğünün olup olmamasına göre farklı risk dağılımı esaslarının ortaya çıkmasıdır. Bu teori iade borcunun imkansızlığı durumunda, imkansızlıktan sorumlu olmayan iade borçlusu aleyhine (zira o bedel talebini de o oranda kaybedecektir) riski paylaştırır. Ayrıca örneğin satıcının önce ifa yükümlüsü olduğu durumda satılanın zilyetliğini devrettikten sonra bedeli elde etmeden önce tasfiye ilişkisi gündeme gelmiş ve alıcının satılanın iadesi borcu imkansızlığa uğramış ise satıcı sözleşmenin ayakta olmaması nedeniyle bedel ödeme borcunun ifasını

Alman Hukuku'nda fiili synallagma (faktische synallagma), tasfiye ilişkisinde sebepsiz zenginleşme kurallarına göre gerçekleşecek iade borçlarında synallagmanın devam etmesinin ve synallagmanın görünümlerinden birini oluşturmasının ifadesidir[321]: Fiili synallagma teorisi aslında karşılıklı sebepsiz zenginleşmeden doğan iade taleplerinin özellikle taraflardan birinin iade borcunun imkansızlaştığı durumda ortaya çıkan uygunsuzluğu gidermek için oluşturulan "hesap bakiyesi teorisi " (Saldotheorie)nin devamı olarak nitelendirilecek bir teoridir[322]:

Alman Hukuku'nda sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade borçlarının mübadele ilişkisi içerisinde birbirine bağlı olduğu, bu borçlar arasında synallagmanın bulunduğu ileri sürülmüş ve bu synallagma, fiili synallagma (faktische synallagma) olarak nitelendirilmiştir. Fiili synallagma adı onun herhangi bir hukuk temeline dayanmayan synallagma olarak nitelendirilmesine neden olmamalıdır. Zira fiili synallagma, gerçekte fiili değil, aksine hukuki işleme dayanan, tarafların mübadele ilişkisine konu

---

isteyemeyecek, tasfiye ilişkisinde de satılanın iadesi borcunun ifasının imkansızlığı nedeniyle iadeyi isteyemeyeceğinden risk satıcıda kalacaktır. Bu eleştirilere karşı önce ifa yükümlülüğü durumunda önce ifa yükümlüsünün bu riski üstlendiği, yani karşı edimi elde edememe riskini üstlendiği belirtilerek karşı çıkılmıştır. Ancak önce ifa yükümlüsünün ifa yükümlülüğü ile özel bir riski değil, sadece karşı tarafın iflas etmesi (ekonomik anlamda güçsüzlüğe düşmesi) riskini gözönüne aldığı ileri sürülerek bu eleştiriye cevap verilmeye çalışılmıştır. Bkz. **Büdenbender**, s. 660; **MünchenerK/ Schwab**, §818, N. 257; **Flume**, s. 427 vd.; ayrıca bkz. **Hartman**, N. 370- 371.

Önce ifa yükümlülüğünün olduğu durumda dahi taraflarca kararlaştırılmış bir mübadele ilişkisinin sözkonusu olduğu, önce ifa yükümlülüğünün taraflarca kararlaştırılan bu amacın "do ut des" amacı olması hususunda hiçbir şeyi değiştirmediği, hasar kurallarının da buna göre belirlenmesi gerektiği, bu amaç çerçevesinde hasar paylaşımının edimlerin mübadelesine değil, mübadele ilişkisi içerisindeki her bir edime yönelik olduğu, sadece bir tarafın veya her iki tarafın edimini ifa etmiş olup olmamasına göre farklı hasar kurallarının uygulanacağının savunulmasının hesap bakiyesi teorisinin en zayıf noktası olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde isabetli değerlendirme için bkz. Dieter Reuter/ Michael Martinek, **Ungerechtfertigte Bereicherung,** 2. Aufl. , Bd. 4 /Teilband 2, Tübingen, 2016, s. 385.

Hesap bakiyesi teorisine ilişkin diğer eleştiriler için bkz. **MünchenerK/ Schwab**, §818, N. 247 vd. ; **Oğuzman/ Öz**, II, N. 1151, dn. 349; **Öz**, Zenginleşme, s. 169-170.

Hesap bakiyesine ilişkin eleştiriler çerçevesinde, iade taleplerine sözleşmeden dönme ile oluşan tasfiye ilişkisine dair kuralların uygulanacağı ve bu kurallar ile sebepsiz zenginleşmeye ilişkin kuralların uyumlaştırılması gerektiği, böylece hasara kimin katlanacağı sorununa sözleşmeden dönme nedeniyle tasfiye ilişkisi için uygulanan BGB § 346 vd.'da yer alan düzenlemenin uygulanabileceği, bu durumda iade borçlarının aynen mümkün ise aynen, aynen mümkün değilse, değerinin ödenmesi/vtazmini (Wertersatz) şeklinde ifa edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. **MünchenerK/ Schwab**, §818, N. 275 vd.; Türk ve İsviçre Hukuku bakımından bu husus yeni dönme teorisi ile sebepsiz zenginleşmeye ilişkin kuralların uyumlaştırılması hasara kimin katlanacağı sorununa yeni dönme teorisiyle cevap verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılabilir.

[321] **Soergel/ Gsell**, vor §320, N. 17; **Kaiser**, s. 235 vd.; **Büdenbender**, s.635 vd.

[322] **Kaiser,** s. 235 vd. ; **Flume**, s. 431 vd. ; **Reuter/ Marinek**, s. 381 vd. ; ayrıca bkz. **Hartmann**, N. 373; Hesap bakiyesi teorisinden (Saldotheorie)'den temelde/gerekçelendirmede farklılaştığı ancak sonuç bakımından ondan ayrı olmadığı yönünde bkz. **Kaiser**, s. 309; **Hartmann**, N. 373.

tasarruflarına eşlik eden amaçlarının "do ut des" amacı olmasıyla kurulan synallagmadır[323].

Fiili synallagmanın doğumuna gerekçe olarak, başlangıçtaki fiili edim mübadelesinin mümkün olması ve edimlerin mübadelesi yönündeki taraf iradelerinin tasfiye ilişkisine de yansıyacağı, varlığı devam etmeyen sözleşme nedeniyle ve edimlerin fiili mübadelesiyle ortaya çıkan güvenin tasfiye ilişkisine yayılacağı[324], edimler arasındaki ekonomik birlik[325], tasfiye ilişkisinde edimlerin birbirine bağlılığın gözönüne alınmasının hakkaniyete uygun olduğu[326] şeklinde görüşler ileri sürülmüştür[327].

Ancak fiili synallagmanın uygulanmasında ve kurulmasında birlik olmadığı, edimlerin fiilen mübadelesi imkanıyla ortaya çıkan korunmaya değer güvenin önce ifa yükümlülüğü durumlarında sözkonusu olmayacağını kabul etmek zorunda kalacağı, önce ifa yükümlülüğü durumunda bu fiili synallagma ögretisi dayanaklarının yetersiz olduğu yönünde eleştiriler ileri sürülmüştür[328].

---

[323] **Reuter/ Martinek**, s. 385; bu nedenle de aslında fiilen gerçekleşen bir synallagmadan değil, edimlerin birbirine bağlılığı hususunda varsayımsal taraf iradesinden bahsedilmesi gerekir. Bkz. **Jabornegg,** s. 102, dn. 156.

[324] **Reuter/ Marinek**, s. 384 -385; **Hartmann**, N. 373; Hans G. Leser, **von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma**, Freiburg, 1958, s. 60; ayrıca bkz. **Jabornegg,** s. 102, dn. 156.

[325] Ancak günlük yaşam içerisinde tarafların karşılıklı edimlerinin birbirinden ayrı olarak değerlendirelemeyeceği bir ilişki içerisine girebilecekleri, karşılıklı edimlerin, özellikle satış işiyle iştigal edenlerin içinde bulunduğu hal ve şartlardan kaybın ve kazancın aynı işlemin iki farklı yönü şeklinde anlaşılabilecek bir bağlantı içerisinde durduğu, edim ile karşı edim arasındaki bağlılık için kullanılan bu gerekçenin ikna edici olmadığı yönünde bkz Gerhard Weintraud, **Die Saldotheorie**, Breslau, 1931, s. 71.

[326] Sona erdirilen sözleşmenin tasfiyesi bakımından synallagmanın devam etttiği iddiasının hakkaniyete dayandığını, geçersiz sözleşmenin tasfiyesinde ise iade borçları arasında synallagmanın bulunduğunun peşin şekilde söylenemeyeceği yönünde bkz. Peter Dorschel, **Rücktritt und fortwirkendes Synallagma**, Bamberg, 1976, s. 179; Alman doktrini tarafından sözleşmeden dönme sonucunda tasfiye ile geçersizlik sebebiyle sözleşmenin tasfiyesinin farklı değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüş, günümüzde sözleşmeden dönme ile geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan tasfiye ilişkileri birbirine, niteliği uygun olduğu ölçüde uyumlaştırılmaya çalışılmıştır. Bkz. **Reuter/ Martinek**, s. 389 vd.; **MünchenerK/ Schwab**, §818, N. 275 vd.

[327] *Ernst von Caemmerer*, tasfiye ilişkisinde synallagmanın gözönüne alınması gerektiğini ik defa ileri süren kişidir. *von Caemmerer* 'e göre, edimlerin karşılıklı olarak birbirine bağlı olmasının istenmesi ve karşılıklı olarak yerine getirilmesinin sözleşmenin geçersizliği durumunda ortaya çıkan tasfiye ilişkisinde de gözönüne alınması gerektiğinden taraflardan birinin iade talebinin diğeri gözönüne alınmaksızın talep etmesine izin verilmemesi gerekir. bkz. Ernst von Caemmerer, "**Bereicherung und urerleaubte Handlung**", Festschrift für Ernst Rabel, Bd. I, Tübingen, 1953, s. 386; **Reuter/ Martinek**, s. 384 -385; **Leser**, s. 48; iade borçlarının ifasının "do ut des" amacı çerçevesinde gerçekleştirileceği, sözleşmedeki hukuki bağlılığın tasfiye ilişkisinde de gözönüne alınacağı yönünde bkz. **Büdenbender**, s. 635, 639; **Reuter/ Martinek**, s. 385.

[328] Bu eleştiriler için bkz. Philip Hellwege, **Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem**, Tübingen, 2004, s. 117 vd., s. 121-126; tarafların irade açıklamaları

Bu eleştiriye karşı önce ifa yükümlülüğünün olduğu durumda dahi taraflarca kararlaştırılmış bir mübadele ilişkisinin sözkonusu olduğu, önce ifa yükümlülüğünün taraflarca kararlaştırılan bu amacın "do ut des" amacı olması hususunda hiçbir şeyi değiştirmediği, tasfiye ilişkisinde de bu amacın gözönüne alınacağı isabetli şekilde ileri sürülmüştür[329].

Fiili Synallagma(faktische synallagma), iade borçlarının birbirine synallagmatik şekilde bağlı olduğu teorisi İsviçre Hukuku'na da yansımış ve İsviçre Hukuku bakımından da fiili synallagma(faktische synallagma) özellikle iade borçlarının aynı anda ifasını temellendirme bakımından kabul edilmiştir[330]. Kanaatimizce aynı husus Türk Hukuku bakımından da geçerlidir[331].

Kaldı ki Yargıtay kararlarında[332], mahkeme, hukuki temelini oluşturmaksızın, iade borçları bakımından aynı anda ifanın gerçekleşmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

---

vasıtasıyla istenen synallagmatik bağlılığın her tasfiye ilişkisine yayılamayacağı yönünde bkz. **Dorschel,** s. 178 -179.

[329] Bu görüş için bkz. **Reuter/ Martinek**, s. 385.

[330] Bu görüşler için bkz. Daniel G. Glasl, **Die Rückabwicklung im Obligationenrecht,** Zürich, 1992, s. 188; Hans Giger, **Rechtsfolgen norm-und sittenwidriger Verträge,** Zürich, 1989, s. 133-134, 148; **Hartmann**, N. 373; **Simmen**, s. 41-42; **BernerK/ Weber**, Art. 82 N. 15; **von Tuhr/ Escher**, s.58 dn.8; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 4; **Bucher**, AT, s. 378; **Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey**, N. 2214; ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. **114 II 158; 113 II 450; 111 II 197; 109 II 29; 83 II 25.**
Ancak tasfiye ilişkisinde hasarın kime yükleneceği hususu bakımından her bir sona erme veya geçersizlik sebebi gözönüne alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiği yönündeki isabetli görüş ve bu değerlendirme için bkz. **Hartmann**, N. 382 vd.

[331] Türk Hukuku'nda definin uygulanması bakımından aynı hususu kabul eden görüş için bkz. **Serozan,** §6 N. 22.

[332] Y. 3 HD. 7472/ 15540 T. 8. 11. 2017 **(Kazancı)**: "… *Somut olayda; davacının araç bedeli için ödediği 1.000,00 TL'nin iadesine yönelik talebi de bulunduğu anlaşılmakla, davacının davaya konu edilen araç için ödediği bedeli yukarda ifade edilen yasa hükümleri uyarınca talep hakkına sahip olduğu, gözetilerek, ilgili araç için ödediği bedelin mahkemece hüküm altına alınması ve ayrıca bedelinin iadesine karar verilirken davacının elinde bulunan aracın davalıya aynı anda ve zamanda iade edilmesi gerekir.*
*O halde mahkemece; davacının elinde bulundurduğu aracı davalı tarafa iade edilmesi (birlikte **aynı anda ifa** edilmesi) şartıyla, ödenen 1.000,00 TL satış/peşinat bedelinin davacıya iadesine (davacının satın almış olduğu aracı iade etmeden ödediği satış bedeli için faiz talep edemeyeceği de dikkate alınarak) karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir…".* Ancak bu kararda Yargıtay, mübadele ilişkisinin varlığını kabul edip iade borçlarının ifası için defi ileri sürülüp sürülmediğine de bakması gerekirken, defi ileri sürülmeksizin açılan edimin ifası davasını aynı anda ifaya mahkumiyet yönünde sınırlandırması uygun olmamıştır. Yargıtay defi görüşüyle çelişir şekilde bir karar vermiştir. Aynı yönde kararlar için bkz. Y. 3 HD. 12253/ 19923 T. 09.12.2015 (**YKD** 2016/2, s. 275); Y. 3 HD. 17907/ 10731 T. 10.06. 2015 (**YKD** 2015/ 12, s. 2536 vd.)
Sözleşmeden dönme sonucunda iade borçları bakımından ifaların aynı anda gerçekleşmesi gerektiği yönünde Yargıtay kararı için bkz. Y. 13 HD. 18446/ 7448 T. 14. 6. 2017 **(Kazancı)** *"...Davacı,*

3. Edimler Arasında Mübadele İlişkisinin Kapsamı

a. Genel Olarak

Günlük hayatımızda yer alan çoğu sözleşmelerde taraflardan her biri karşı edimi kendi edimiyle değiştirmek amacını izler ve sözleşmeler vasıtasıyla bu amacı hukuki düzlemde karşılamaya yönelir. Borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebilmesi için, kural olarak, ifasından kaçınılan edimin karşı edim ile mübadele ilişkisi içerisinde bulunması gerekir[333]. Borç ilişkisinde yer almakla birlikte aralarında mübadele ilişkisi olmayan borçlar için borcun ifa edilmediği defi ileri sürülemez. Bu sebeple mübadele ilişkisine yer verilen borç ilişkilerinde hangi borçların mübadele ilişkisi içerisinde bulunduğu ve değişenlerin kapsamının belirlenmesi gerekir. Böylelikle genel itibariyle definin uygulanabilirlik alanı da somutlaşacaktır[334].

Öncelikle belirtmek gerekir ki hangi yükümlülüklerin mübadele ilişkisi içerisinde bulunduğunun sınırları ayrıntılı bir şekilde belirlenemez. Bu konuda güven prensibine göre taraf iradelerinin yorumlanması gerekir. Her bir sözleşme tipinde synallagma ilişkisine dâhil olan yükümlülüklerin genel değerlendirmelere dayanan sınıflandırılması, diğer yükümlülüklerin mübadele ilişkisi içerisinde yer alıp almadığı hususunda sadece yorum araçlarından biri olarak değerlendirilir ve taraf iradelerine bu konuda öncelik tanınması gereğinin yerini tutmaz[335]. Bu kapsamda hangi edimlerin mübadele ilişkisi içerisinde yer aldığı, genel olarak, tarafların iradelerine ve kanun hükmüne göre belirlenecektir.

28/01/2010 tarihinde "0 km" araç satın aldığını, teslim tarihinden başlayarak aracın aküsünün basmadığını, birden fazla kez akü değişikliği yapıldığını, sunrooftan ses geldiğini ve sesin kesilemediğini, daha sonra komple değiştirildiğini, arka emniyet kemeri ikazlarının hatalı olarak göstergeye yansıdığını, kapı kilidinin elektronik aksamı bozulduğu için değiştirildiğini, abs arıza uyarısı verdiğini, anti patinaj sisteminin bir müddet sonra arızalandığını, bazı arızaların giderilmiş olmasına rağmen bazılarını halen giderilmediğini, değişen parçalarla aracın orijinalliğinin bozulduğunu, araçta imalat hatası olduğunu ileri sürülerek kendisine ayıplı olarak satılan araç bedeli olan 47.745,50 TL'nin yasal faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir… Kabule göre de, aynı anda ifa kuralı gereği ancak araç iade edildikten sonra alacağa iade tarihinden faiz uygulanması gerekirken mahkemece ilk arızanın meydana geldiği 01/02/2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faize hükmedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir…"

[333] **BaslerK/ Leu,** Art.82 N.3; **BernerK/Weber**, Art. 82, N. 79; **von Tuhr/ Escher**, s. 58;63; **Kaniti**, s.66. **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N.12; sözleşmenin amacından anlaşılabilen bir mübadele ilişkisinin bulunması gerektiği yönünde bkz. **Stöckli**, N. 235; aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. **BGE 128 V 227**; **107 II 413**; **67 II1 126**; bu nitelikte bir iç bağlılığın bulunması gerektiği yönünde bkz. **BGE 44 II 75.**

[334] **Kast,** s.27.

[335] **Simmen,** s. 40-41.

Definin ileri sürülebileceği borç ilişkilerinde yer alan mübadele ilişkisi tarafların borç ilişkisiyle yüklendikleri tüm borçlarda değil, bilakis, genel olarak, birbiriyle mübadeleye yönelen asli edim ve karşı edim arasında bulunur[336]. Örneğin, satış sözleşmesinde satıcının satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devir borcu ile alıcının satılanın bedelini ödeme borcu, kiracının kira bedelini ödeme borcu ile kiraya verenin kiralananı teslim ve kullanıma hazır bulundurma borcu arasında böyle bir ilişki vardır.

Mübadele ilişki içerisinde bulunmayan edim yükümlülükleri bakımından durum farklı şekilde ele alınmalıdır. Örneğin, kiracının kiralananın iadesi borcu ile kiralananın kiracının kullanımına hazır tutulması arasında böyle bir ilişki yoktur[337]. Sözleşmeye uygun olmayan durumda bulunan kiralananın kullanımı kiracıya bırakılmış ise, kiracı talebini güvence altına alabilmek için kiralananın iadesinden kaçınamaz. Kiracı bu kapsamda ayıptan doğan haklarını kullanabilir[338] ve ancak mübadele ilişkisi içerisinde duran kira bedelini ödeme borcunun ifasından kaçınabilir[339]. Ücretli vekalet sözleşmesinde vekilin hesap verme borcu ile vekalet verenin vekili masraflardan kurtarma borcu birbiriyle mübadele ilişkisi içerisinde bulunmaz. Vekil, masrafların ödenmesi alacağını elde etmek amacıyla defi ileri sürerek hesap verme borcunu ifadan kaçınamaz[340].

Hizmet sözleşmesinde işçinin iş görme ediminin karşılığını işverenin ücret ödeme borcu oluşturur. İşçinin, işverene karşı, iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle işverenin uğradığı zararının tazmin borcu ile ücret borcu

---

[336] **Simmen,** s.40; **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N.12; **BaslerK/ Leu,** Art.82 N.2**Kast,** s. 24-25;**Stöckli,** N.235; **von Tuhr/Escher,** s.58, 63; **Kaniti,** s.66; **von Büren,** s. 466; **Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey**, N. 2214-2215; bu yönde bkz. **BGE 107 II 411 (413); BGE 67 II 126; BGE 44II 72 (74)**; art arda teslimli satış sözleşmesi bakımından aynı yönde bkz. **BGE 84 II 150**

[337] **von Tuhr/ Escher,** s. 63; **Stöckli**, N.236; **Kaniti,** s.66.

[338] **von Tuhr/ Escher**, s. 63; **Stöckli,** N.236; **Kaniti**, s. 66, ancak bu durumdan zarar görmüş ise kiracı, hapis hakkının şartları varsa, genel hapis hakkına (MK m. 950) dayanarak şeyi elinde tutabilir. Bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 64 dn. 45; **Kaniti**, s. 66 dn. 82.
TBK m. 304 I (Art. 258 I) gereği, kiralananan önemli ayıplarla teslim edilmiş ise, bu durumda kiracı borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir. Bu durumda iade borçları bakımından borcun ifa edilmediği defi kıyasen uygulama alanı bulur: **Stöckli,** N. 236 dn. 534.

[339] Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §3 II B 1 c.

[340] **Stöckli,** N.236; **Simmen**, s. 113; ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 78 II 378**

arasında mübadele ilişkisi yoktur. Bu yüzden işveren zararı tazmin edilene kadar defi yoluyla ücret ödemekten kaçınamaz[341].

Hizmet sözleşmesinde ve eser sözleşmesinde borçlu bedel alacağını elde edemediğini ileri sürerek, kendisine verilen malzemelerin (alet vb.) iadesi borcunun ifasından defi ileri sürerek kaçınamaz. Genel olarak, ücretli vekalette vekil ücretin ödenmemesi nedeniyle hesap verme borcundan ve vekalet nedeniyle elde ettiklerini iade borcunun ifasından defi ileri sürerek kaçınamaz. Ücretli saklama sözleşmesinde, ücret saklama borcunun karşılığı olduğundan saklayan ücret borcu ifa edilmediğinden saklananın iadesi borcunun ifasından borcun ifa edilmediği defi ileri sürmek suretiyle kaçınamaz. Taşıma sözleşmelerinde, ücret ödenmediğinden taşıyana bırakılan taşınılanın iadesi(taşınan malın veya yolcunun eşyaları) borcunun ifasından, taşıyan, defi ileri sürmek suretiyle kaçınmaz. Bu hallerde şartları varsa hapis hakkının kullanılabilirliğinden bahsedilebilir[342].

Bu örneklerde de görüleceği üzere mübadele ilişkisinin kapsamının belirlenmesi definin uygulanabilirliğini belirlemek bakımından önem arz edecektir. Çalışmamız kapsamında mübadele ilişkisinin kapsamını, edimlerin içeriğine, türüne ve dayanağına göre sınıflandırarak genel hatlarıyla belirlemeye çalışacağız[343].

b.Edimlerin İçeriğine Göre

Birbiriyle mübadele ilişkisi içerisinde bulunan edim borçları, bir yapma, yapmama veya verme borcu şeklinde görünebilir. Synallagmatik edim ve karşı edimin, kural olarak, verme -verme borcu, yapma -yapma borcu olduğu durumlarda definin uygulanabileceği kolaylıkla söylenebilirken, bir yapma- verme borcu veya borçlardan birinin konusunun yapmama niteliğinde bir davranış olduğu ihtimalde durum ayrıca incelenmeyi hak eder.

Yapmama borcundan kaçınma, ancak ve sadece yapmama borcuna aykırı davranış şeklinde ortaya çıkacaktır. Örneğin, ücret karşılığında rekabet etmeme borcu altına giren borçlu ücret kendisine ödenene kadar rekabet etmeme borcuna uygun

[341] **Von Tuhr/Escher**, s. 64; **Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey**, N. 2215; bu durumda TBK m.144 II 3 gereği işçinin rızası olduğu sürece takas hakkının varlığından bahsedilebilir.
[342] **Kaniti**, s. 66-67.
[343] Ayrıca bkz. aşağıda §3 II.

davranmak zorunda değildir[344]. Bu ihtimalde yapmama borçlarında edimin ifasından kaçınma bu borcun ihlali şeklinde görülür. Bu durum yadırganmamalıdır, zira kaçınma hakkına dayanarak bir verme borcunu ifa etmeyen kişi de aslında borcunu ihlal etmiş görünmektedir. Buna rağmen definin şartları oluştuğu andan itibaren, borçlunun kaçınması borcun ihlali olarak değerlendirilmeyip[345], borçlu bu durumda kanunun kendisine verdiği imkanı kullanan kişi konumundadır.

Yapmama borcundan kaçınmanın bu özelliği definin ileri sürülmesini engellenmemelidir. Ancak bu kaçınma, alacaklının edimin ifasındaki menfaatlerini ağır şekilde ihlal ediyor veya edimin daha sonra ifası, alacaklının edime olan menfaatini ortadan kaldırıyorsa bu ihtimalde hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde borcun ifasından kaçınma imkanı engellenmelidir. Aksi sonucun kabulü, definin geciktirici niteliğine aykırı düşer[346]. Bu kapsamda yapmama borcunun ifasından defi ileri sürmek suretiyle kaçınmak edim borcunun ifasını imkansızlaştıracak ise definin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğini belirtmek gerekir. Örneğin, borçlunun rekabet etmeme borcunun ifasından kaçınmasının, borçlunun rekabet etmeme borcunun ifasını imkansızlaştırdığı veya alacaklının edime olan menfaatini ortadan kaldırdığı ihtimalde, kaçınma hakkının kullanımı hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir[347].

---

[344] **von Tuhr/ Escher**, s.63 dn.44; **Simmen**, s. 88 dn.3; yapmama borçlusunun önce ifa yükümlüsü olması defi bakımından sonucu değiştirmez. Ayrıca bkz. aşağıda §3 III C.

[345] Ayrıca bkz. aşağıda §4 II B.

[346] **Kaniti,** s.105; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 23, 170; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 193; **Simmen**, s. 88-89; Alman Hukuku'nda ileri sürülen aksi yöndeki görüşe göre, borçlunun yapmama niteliğindeki ediminin ifasından defi ileri sürmek suretiyle kaçınması bir imkansızlık oluşturduğu ihtimalde dahi borçlunun ifadan kaçınması, imkansızlığın sonuçlarının uygulanmasını önlenemeyecektir. Borçlunun kendisine kanun tarafından tanınan bir hakkı kullanmasıyla ifa imkansızlaşırsa, bu imkansızlık borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık niteliğinde olacaktır. Bir diğer açıdan, karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle borcun ifasından kaçınıldığından, bu duruma alacaklının sebep olduğu ve edim borcu bakımından alacaklının sorumlu olduğu imkansızlıktan bahsedilebilir. Bu görüş için bkz. Hartmut Oetker, **Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung**, Tübingen, 1994, s.404-s.405. ancak bu görüş Türk ve İsviçre Hukuku bakımından isabetli değildir. Zira bir an için kaçınmanın borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkansızlığa neden olduğunun kabul edilmesi halinde borç sona erecektir. Artık mübadele ilişkisi içerisinde varlığını devam ettiren bir edim borcu ile karşı edim borcunun varlığından bahsedilemeyecektir. Alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığı olarak değerlendirildiği ihtimalde de Alman Hukuku'na dayanan borçlunun borcundan kurtulacağı görüşü kabul edilirse yine edim borcu düşeceğinden defiye konu bir borcun varlığından bahsedilemeyeceği gibi, bu değerlendirme definin geciktirici niteliğine uygun düşmez. İfa imkansızlığı nedeniyle edim yerine geçecek ikame değerin mevcut olması da aksi görüşe katılmayı gerektirmez.

[347] Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §3 III C ve §3 IV.

Yapmama borcunun karşı edim olduğu ihtimalde borçlunun defi ileri sürmek suretiyle edim borcundan kaçınabilmesi için, karşı edim borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olmasının imkansızlık oluşturmaması gerekir. Ancak bu durumda borçlu defi ileri sürerek yapmama borcunu ifa etmeyen kişiye karşı, ediminin ifasından kaçınabilecektir.

c. Edimlerin Türüne Göre

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmede sözleşmeye niteliğini veren, karakteristik, asli edimlerin mübadele ilişkisi içerisinde durduğunu daha önce belirtmiştik. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden sadece asli edim yükümlülükleri doğmaz, bu sözleşmeler diğer bazı yükümlülükleri de ihtiva edebilir. Bu ihtimalde asli edime bağlı veya ondan bağımsız yan yükümlülükler ile koruma yükümlülüklerinin mübadele ilişkisinde bulunup bulunmadığı ve bu surette bu yükümlülüklerin ihlali halinde defi ileri sürülüp sürülemeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Asli edimler dışında diğer yükümlülüklerin mübadele ilişkisi içerisinde yer alıp yer almadığı hususunda ilk planda taraf iradeleri gözönüne alınmalıdır[348]. Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü çerçevesinde taraflar asli edim dışında kalan diğer edimleri de -özellikle yan edim yükümlülüklerini- mübadele ilişkisinin içerisine yerleştirebilirler[349]. Bunun yanında kanuna dayanarak veya taraf iradelerinin yorumlanması neticesinde yan yükümlülüklerin de asli edim yükümlülükleriyle birlikte mübadele ilişkisi içerisinde

---

[348] Alman Hukuku'nda, bir görüşe göre, BGB §323'de düzenlenen sözleşmeden dönme hakkının konusu bakımından modernizasyon sonrası herhangi bir sınırlandırma yapılmadığından, asli edim dışındaki diğer yükümlülükler bakımından da sözleşmeden dönme hakkı uygulanabileceğinden ve BGB § 320'nin diğer yükümlülükler bakımından definin uygulanmasını sınırlandırmadığından karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden doğan tüm yükümlülükler bakımından borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebilecektir. Bu görüş için bkz. **Soergel/ Gsell**, §320, N. 14; modernizasyon öncesi aynı yönde görüş için bkz. **Gernhuber**, s. 325 dn. 45; Karl Adler, "**Die Leistungverweigerung nach §320 BGB**", Festschrift für Ernst Zitelmann, München /Leipzig, 1913, s. 3 vd; aksi yöndeki görüşe göre, BGB §320'nin açıkça karşılıklı(mübadele ilişkisi içerisinde yer alan) edim yükümlülükleriyle sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğu, BGB §273(Zurückbehaltungsrecht/ genel kaçınma hakkı) bu hususta yeterli bir kaçınma hakkı sağladığı ve bu görüşün pratik önemini azalttığı yönünde bkz. **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 13.

[349] **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N. 12; **Kast**, s. 25; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 91; **Nomer/ Engin**, N. 65; ayrıca bkz. Y. 23 HD. 4031/ 5218 T. 3. 7. 2015 (**Kazancı**): *"...Davalı vekili, davacı ile müvekkil şirket arasındaki bir kısım sözleşme hükümlerine davacının uymadığını, bu sebeple ödemezlik define dayalı olarak sözleşmeye konu bedeli ödemediklerini savunarak, davanın reddini istemiştir.... taraflar arasındaki ihtilafın davacının personel ile ilgili ...'ya dair belgeleri davalıya teslim etmemesinden kaynaklandığı, ancak taraflar arasında yapılan hizmet alım sözleşmesinde, ... belgelerinin zamanında veya hiç verilmemesi durumunda hizmet bedelinin ödenmesinin ertelenebileceği veya hapis tutulacağı konusunda bir hüküm bulunmadığı…"*.

yer aldığı söylenebilir[350]. Yan yükümlülüklerin hangilerinin mübadele ilişkisi içerisinde yer aldığı hususu genel olarak, her bir somut olayın özelliğinin incelenmesini gerektirebilir. Ancak asli edim dışında kalan bağımlı veya bağımsız yan yükümlülükler ile koruma yükümlülüklükleri bakımından genel bir değerlendirme yapmak mümkündür.

Asli edimden bağımsız dava edilebilecek yan edim yükümlülükleri (primäre Nebenpflicht) (örneğin, bildirim yükümlülükleri, bağımsız yapmama yükümlülükleri), kural olarak, asli edim ile mübadele ilişkisi içerisinde yer almaz[351]. Ancak yan edim yükümlülükleri, genel olarak, taraf iradesiyle belirlenerek synallagma içerisinde yer alabilir. Bu surette yan yükümlülükler synallagma içerisinde yer almakla asli edim yükümlülüğüne dönüşmez[352]. Ancak asli edim yükümlülüğünün definin ileri sürülmesi bakımından elde ettiği seviyeye ulaşır[353] [354]. Örneğin, satıcının alıcıya karşı rekabet etmeme yasağı, kural olarak, yan yükümlülük olmasına rağmen, tarafların anlaşmasıyla, bedel ödeme borcu ile mübadele ilişkisi içerisine yerleştirilebilir[355].

---

[350] Bu yapılırken her bir tipik karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde mübadele ilişkisi içerisinde yer alan yükümlülüklerin genel değerlendirmelere dayanan sınıflandırılması yorum araçlarından biri olarak gözönüne alınabilir. Bkz. **Simmen,** s. 41; ayrıca bkz. **Stöckli**, N. 56 vd.

[351] **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 91; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 65; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 14; **Gernhuber**, s. 325.

[352] **Simmen,** s.40; *Kast*, tarafların anlaşmasıyla mübadele ilişkisi içerine giren yan yükümlülüklerin asli edim yükümlülüğü olacağı şeklinde ifadeler kullanmıştır. Bkz. **Kast,** s.26; bu değerlendirmenin isabetli olmadığı yönünde bkz. **Simmen**, s. 40 dn. 6

[353] **StaudingerK/ Schwarzer,** §320, N. 12; **MünchenerK/ Emmerich**, vor § 320, N. 13, N.23; **Simmen**, s. 40-41; **Gernhuber**, s. 322.

[354] Alıcının teslim alma yükümlülüğünün kural olarak mübadele ilişkisi içerisinde bulunmamasına rağmen, tarafların anlaşması ve satıcının menfaati nedeniyle mübadele ilişkisi içerisine yerleştirilebileceği, böylelikle definin ileri sürülebileceği, hatta satıcı için en önemli edimin alıcının teslim alma borcu olduğunun kabul edildiği durumlarda bu hususun gündeme gelebileceği yönünde bkz. **Kast**, s.26; **Gernhuber**, s. 322.
Satıcının zilyetliği ve mülkiyeti devir borcu, alıcının teslim alma borcuna göre önce ifa edilmesi gereken bir borçtur (daimi önce ifa yükümlülüğü). Önce ifa yükümlülüğü mübadele ilişkisinde yer almayı engellememesine rağmen, satıcının satılanı teslime hazır bulundurmadan, teslim alma borcunun ifası mümkün değildir. Bu kapsamda bu borcun mübadele ilişkisi içerisinde yer aldığından bahsedilse dahi daimi önce ifa yükümlülüğü sözkonusu olduğundan definin ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak art arta teslimli satış sözleşmesinde, teslim alma borcunun mübadele ilişkisi içerisinde yer aldığı ihtimalde, teslim alma borcunu ifa etmeyen alıcıya karşı, satıcı bir sonraki teslimin ifasından kaçınabilir. Aynı husus eser sözleşmesinde kısmı teslimin öngörüldüğü durumlarda, teslim almaktan kaçınan iş sahibine karşı yüklenicinin eserin yapımına devam etmekten kaçınmasında da uygulanabilir(**StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 21); ancak art arta teslimli satış sözleşmesinde böyle bir mübadele ilişkisine(teslim alma ile teslim arasında) yer verilmez ise satıcı teslim alma borcunun ifa edilmediğine dayanarak sonraki edimin ifasından defi ileri sürmek suretiyle kaçınamayacak olup o sadece alacaklı temerrüdü imkanlarından yararlanabilir.

[355] Ancak bu örnek, rekabet etmeme borcunun bir kez ihlalinin rekabet etmeme borcunun ifasını imkansızlaştırmadığı veya alacaklının edime olan menfaatini tamamen ortadan kaldırmadığı

Bunun yanında taraflar, asli edim dışındaki, birbirlerine karşı yüklendikleri bağımsız yan yükümlülükleri ihtiva eden, asli edimlerin yer aldığı mübadele ilişkisi dışında bir mübadele ilişkisi kurabilirler. Bu ihtimalde sözleşmede iki mübadele ilişkisinin varlığından bahsedilebilir.

Asli edim yükümlülülüğüne bağlı, bağımsız talep hakkı vermeyen yan edim yükümlülükleri kural olarak, mübadele ilişkisi içerisinde yer almadığından borcun ifa edilmediği defi ileri sürülemez[356]. Edim konusunun muhafazasına ilişkin yan edim yükümlülüğü buna örnek olarak gösterilebilir[357]. Ancak asli edime bağlı yan edim yükümlülüğünün ihlal edilmesi karşı edimin gereği gibi ifasını kısmen veya tamamen tehlikeye düşürür, karşı edimin ifasını fiilen değersizleştirir ise, bu durumda karşı edimin gereği gibi ifa edilmediğine dayanılarak edimin ifasından kaçınmak mümkündür[358]. Örneğin satın alınan özel bir makinanın montajının yapılmasının kararlaştırılması ve gereği gibi montajının yapılmaması halinde bu ihlal asli edimin ifasını da etkileyecektir[359].

Karşılıklı borç yükleyen sözleşme nitelendirilmesinde ve içeriğinde gözönüne alınan yükümlülükler arasında, genel olarak, kanundan doğan ve dürüstlük kuralına

---

durumlarda belirtilen duruma uygun olur. Yani rekabet etmeme borcunun ihlali borcu imkansızlaştırmaz ise bu ihtimalde, alıcı borç yerine getirilene kadar defi ileri sürmek suretiyle bedel ödeme borcunun ifasından kaçınabilir. Aksi takdirde imkansızlık gündeme gelir. İmkansızlık borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık ise bu durumda rekabet etmeme borcu ile bedel ödeme borcu mübadele ilişkisi içerisinde bulunduğundan, TBK m.136 gereği her iki borç da sona erer.

356 **BaslerK/ Leu,** Art. 82, N.6; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 64 - 65; Andreas Abegg, "**Zurückbehaltungsrechte, Retentionsrechte und Leistungsverweigerungsrechte des Rechtsanwaltes**" AJP 2001, s. 865; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N.14; **Gernhuber,** s. 325. İsviçre Federal Mahkemesi kararında ücretli vekaet sözleşmesindeki ücret borcu ile elde edilenin iadesi borcunun, iade borcu yan edim yükümlülüğü olduğu sürece mübadele ilişkisi içerisinde bulunmadığı yönünde bkz. **BGE 122 IV 322(327);** İsviçre Federal Mahkemesine konu olayda, mahkeme, malikin çakıl ocağının kullanılmasına katlanma borcu ile diğer tarafın bedel ödeme borcu arasında mübadele ilişkisi bulunduğu ancak, çakıl ocağının düzenli şekilde bırakılmasına ilişkin yükümlülüğün bir yan edim yükümlülüğü olduğu ve mübadele ilişkisi içerisinde bulunmadığı, borcun ifa edilmediği defi ileri sürülemeyeceği yönünde karar vermiştir. Bkz. **BGE 107 II 411 (413);** aynı yönde bkz. **BGE 78 II 378.**

357 **StaudingerK/ Schwanzer,** §320, N.14; **Guhl/ Merz/ Kummer,** s. 22; ayrıca bkz. **Fichtner**, s.49; davalı satıcının dünyaca ünlü italyan ressama ait 5 resim için alanında uzman bilirkişiler tarafından elde edilecek raporu alıcıya sunma yükümlülüğü altında olduğu ve alınacak bu raporun fiyat oluşumuna ve belirlenmesine önemli ölçüde etki etmesi nedeniyle satıcının bu yükümlülüğü sözleşmesel ilişkide sözleşmenin önemli bir unsurunu oluşturmuştur. Bu yükümlülük kararlaştırılan süre içerisinde yerine getirilmedikçe bedel ödeme borcunun ifasını talep edemeyeceği yönünde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **ZbJV,** 85/1949, s. 191-192.

358 **Guhl/ Merz/ Kummer**, s. 22; **StaudingerK/ Schwanzer,** §320, N. 14; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 91; **BaslerK/ Leu,** Art. 82, N. 6; **Stöckli,** N. 235; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 64 -65.

359 **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 91.

dayanan yükümlülükler yer almaz. Bu yükümlülükler karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin bu sınıflandırmada yer alan diğer sözleşmelerden farkının belirlenmesinde de dikkate alınmaz[360]. Diğer deyişle bu yükümlülükler, kural olarak, mübadele ilişkisi içerisinde yer almaz. Bu sebeple bu yükümlülüklerden örneğin koruma veya davranış yükümlülüğünün gereğinin yerine getirilmesinden, karşı edim hiç veya gereği gibi ifa edilmediğine dayanılarak kaçınılamaz[361]. Tersi ihtimalde, genel olarak, koruma yükümlülüğü yerine getirilmediği ileri sürülerek edimin ifasından defi ile kaçınmak mümkün görünmemektedir.

Edimin ifa edilmesiyle veya dar anlamda borç ilişkisinin sona ermesiyle ortaya çıkan tali yükümlülüklerin mübadele ilişkisi içerisinde bulunduğu, kural olarak, söylenemez[362]. Örneğin, sözleşmeyi haklı olmaksızın sona erdiren sürekli borç ilişkisinin tarafı olan kişinin ödemek zorunda kalacağı tazminat ile karşı tarafın ilişki nedeniyle aldığını iade borcu arasında mübadele ilişkisi yoktur. Bu durumda tazminat borcu ifa edilmediğinden bahisle karşı tarafın defi ileri sürerek daha önce aldığının iadesinden kaçınması mümkün değildir. Meğer ki taraflar aksini kararlaştırmış olsun.

Edimler arasındaki synallagmatik bağlılık edim yükümlülüğünün ihlali durumunda onun yerine geçen yükümlülükler üzerinde de devam edeceğinden, bu yükümlülükler bakımından defi ileri sürülebilir[363]. Aynı şekilde, bu sonuç, aynen ifa yerine tazminata hükmedildiği durumda fark teorisi uygulanmadıkça, tazminat ile karşı edim borçları bakımından da geçerlidir. Bu husus temerrüt nedeniyle ortaya çıkan, fark teorisinin uygulanmadığı tazminat borcu ile karşı edim arasında veyahut edimin ihlali durumunda başkaca tazminat borcunun ortaya çıktığı durumda(örn. Gecikme zararların tazmini borcu) sözkonusu olur[364]. Bu son ihtimalde temerrüdün genel sonuçlarından olan gecikme tazminatı, aynen ifa talebinin yanında, karşı edim ile mübadele ilişkisi içerisindedir. Bu halde alacaklı aynen ifa ile birlikte gecikme

---

[360] **Enneccerus/ Lehmann**, §32 N. I; **Kaniti**, s. 46 dn. 3; **MünchenerK/ Emmerich**, Vor 320, N. 11.

[361] **Soergel/ Gsell**, §320, N. 16; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 91; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 63 vd; **Gernhuber**, s. 325; Florian Dehmel, **Die Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers an seiner Arbeitsleistung**, Berlin, 2009, s. 154 vd.

[362] **Kast**, s. 26; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 16.

[363] **StaudingerK/ Schwarzer,** §320, N. 16; **MünchenerK/ Emmerich**, Vor §320, N.22; **Stöckli,** N. 235; **Fichtner**, s. 49; **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 92; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 66 vd; **Simmen,** s. 41; **Erman/ Westermann**, § 320, N.5; **Gernhuber**, s. 324-325.

[364] **StaudingerK/ Schwarzer,** §320, N. 18; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 66 vd; **Simmen**, s. 41.

tazminatına ilişkin borç ifa edilene kadar karşı edimin ifasından kaçınabilir[365]. Aynı şekilde satıcının ayıptan doğan sorumluluğu kapsamında aynen ifa niteliğindeki yenisiyle değiştirme borcu ile alıcının bedel ödeme borcu da mübadele ilişkisi içerisindedir. Aynı şekilde TBK m.138 anlamında uyarlama talebi sonucunda yeniden belirlenen edimler arasında da mübadele ilişki devam edeceğinden bu durumda da defi ileri sürülebilir[366].

Acaba edime yönelik aynen ifa talebi yanında veya onun yerine geçen cezai şart talebi, karşı edim ile mübadele ilişkisi içerisinde yer alır mı? Bu surette karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmediğine dayanılarak edimin yanında yer alan veya onun yerine geçen cezai şartın yerine getirilmesinden kaçınılabilir mi?

Bir görüşe göre[367] , karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edim borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle ifa yerine istenecek cezai şartın talep edilebileceği durumda borçlu, karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi veya ifasının teklif edilmemesine dayanarak TBK m. 97'e göre cezai şartın ödenmesinden kaçınamayacaktır. Zira cezai şartı talep eden, edimin ifasını istemediğinden bir karşı edim vermek zorunda değildir, bu yüzden borcun ifa edilmediği defi ileri sürmek cezai şart talebinin yerine getirilmesini engellenemez.

Kanaatimizce öncelikle bu husus, daha çok borcun ihlalinden doğan tazminat borcuna fark teorisinin mi yoksa mübadele teorisinin mi uygulanacağının belirlenmesine göre şekillenebilecektir[368]. Şayet fark teorisi kabul edilirse, borcun konusunu cezai şart ile karşı edim değerleri arasındaki fark oluşturacağından tek bir borcun varlığı ortaya çıkacak bu halde defi ileri sürülemeyecektir. *Kaniti,* şayet fark

---

[365] **Simmen**, s. 41; **Gernhuber**, s. 325; alacaklının, aynen ifanın yanında gecikme tazminatını elde etme imkanı kendisine sunulduğunda, karşı edim borcunu ifa etmesi, borcun ifa edilmediği defi ile sağlanan menfaat durumuna da uygun olacaktır. Bkz. **Simmen**, s. 41, s. 41 dn. 9a.

[366] **StaudingerK/ Schwarzer,** §320, N.17; açıkça olmamakla birlikte aynı yönde bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 66 vd; Alman Hukuku'nda, uyarlama durumunda, karşı edimin ifasında uyarlanma defi olarak ileri sürülmüş ise, bu defi, kendi ediminde değişiklik yapılmadığından borcun ifa edilmediği defi niteliğindedir. **MünchenerK/ Finkenauer**, BGB §313, N. 126.

[367] **Kaniti**, s.106.

[368] Cezai şartı seçen alacaklının kendi karşı edimini yerine getirip getirmeyeceği meselesinin, olumlu zararın tazmini borcunun ifasını isteyen alacaklının durumu hakkındaki kurallara göre yani mübadele ve fark teorisinin benimsenip benimsenmemesine göre çözüleceğini ileri süren ve açık olmamakla birlikte görüşümüzü destekleyen değerlendirme için bkz. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 349; şayet bu tartışma bir fark ve mübadele teorilerinden hangisinin kabul edilip edilmediği tartışması niteliğinde ise, bu halde de *Kaniti*'nin görüşü yeterli gerekçeyi ve açıklığı vermemektedir. Ayrıca bkz. ileride §2 III A 2 b.

teorisinin uygulanabilirliğini ileri sürüyorsa bu hususu açıklıkla ortaya koyması ve definin ileri sürülebilir olmadığını tek bir borcun ortaya çıkması üzerine gerekçelendirmesi gerekirdi. Ancak ifa edilmeme durumunda edimin ifasının yerine geçen tazminat bakımından borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebilmesi *Kaniti*'nin de kabul ettiği bir hususdur[369]. Bu husus kanaatimizce ifa yerine geçen cezai şart bakımından da rahatlıkla kabul edilebilir. Ancak *Kaniti*'nin cezai şart talebi bakımından mübadele teorisini kabul ettiği söylenirse belirtilen gerekçe yine isabetsizdir. Zira ifa yerine geçecek cezai şart ifadenin kendisinden de anlaşılacağı üzere edimin ifa edilmemesinin sonuçlarından tazminatın yerini alabilir. Sözleşmeden doğan karşı edim borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği durumda sadece kararlaştırılan edimin ifasından kaçınma değil, edimin ifası yerine geçecek borçların ifasından da kaçınılabilecektir. Aksi sonucun kabulü cezai şartı elde eden alacaklının karşı edim borcunun ifasından kurtulması ve definin baskı amacının konusuz kalmasına neden olur. Şayet aynen ifanın elde edilmesi imkanı varken, kanunun alacaklıya bunun yerine geçecek bir cezai şart imkanı tanımasının bir yedek edimi seçme yetkisi olduğu gözönüne alındığında, bu yetkiyi kullanan tarafın durumunu daha da güçlendirmek için ek bir sebebe ayrıca ihtiyaç yoktur. Aksi sonuç kabul edilirse, bu yetki ile ifa edilmemenin ortaya çıkaracağı olumsuzluğu önleme imkanına sahip alacaklı, bir de defiye muhatap olmaktan kurtulacaktır. Bunun yanında cezai şartın kabul edildiği anda borç ilişkisini sona erdiren bir sebebin var olmamasına rağmen[370] sözleşmeden doğan diğer borçlar sona ermiş gibi değerlendirilerek karşı edimin artık ifa edilemeyeceğinden bahsedilmesi isabetsizdir.

Cezai şart, aynen ifa yanında istenen cezai şart ise, genel olarak, aynen ifanın yanında karşı edim ile mübadele ilişkisi içerisinde yer alır. Bu halde aynen ifayı cezai şart talep hakkını saklı tutarak kabul eden edim alacaklısı, cezai şart ödenmediği sürece karşı edim borcunun ifasından defi ileri sürmek suretiyle kaçınabilir. Bu halde durum gecikme tazminatında olduğu gibidir.

---

[369] **Kaniti**, s. 107-108.

[370] Karşı edimin para borcu olduğu ve edime yönelik aynen ifa yerine cezai şart seçildiğinde takas hakkı gündeme gelebilir. Ancak bu halde dahi takas hakkı kullanılmadıkça definin ileri sürülebileceğinden bahsedilebilir. Ayrıca bu husus toptan şekilde cezai şart talep edenin karşı edimi vermek zorunda kalmayacağı değerlendirmesini haklılaştırmaz.

d.Edimlerin Dayanağına Göre

Definin ileri sürülebilmesi için, kural olarak, tek bir borç ilişkisinden doğan iki yükümlülüğün mübadele ilişkisi içerisinde bulunması gerekir[371]. Kural olarak, borçlu alacaklının başka bir sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediğine dayanarak edimin ifasından kaçınmaz.

Tek bir borç ilişkisinin varlığı, tarafların açık veya zımni anlaşmalarına göre belirlenir[372]. Eser sözleşmelerinde, art arda teslimli satış sözleşmelerinde veya taksitle satış sözleşmelerinde olduğu gibi farklı edimlerin (birden fazla edim fiilini gerektiren) kararlaştırıldığı tek bir borç ilişkilerine de rastlanabilir. Bu nevi sözleşmelerde, kural olarak, taraflardan birisi -önce ifa ile yükümlü olsa dahi-, diğer taraf kendi edim bölümü bakımından temerrütte ise, sonraki edimlerin ifasından kaçınabilir[373]. Ancak, edimlerin mübadelesinin tek bir borç ilişkisi içerisinde gerçekleşmesi şartına sıkı şekilde bağlı kalınmayıp, borçluya, karşı tarafın diğer sözleşmeden doğan borcunu edim borcuna bağlayabilme imkanı tanınabilir[374]. Farklı sözleşmelerin birbiriyle bağlantısı kanun tarafından da kurulabilir. Örneğin, tüketici konut finansmanı kredileri, taşınmaz satış sözleşmesine bağlıdır[375]. Taşınmaz satış sözleşmelerinden doğan edim borcu ile kredi sözleşmesinden doğan borç arasında mübadele ilişkisinin olduğu kabul edilebilir. Bankanın anlaşmalı olduğu ve kredi bedelini ödediği satıcının

---

[371] **Von Tuhr/ Escher**, s.58, 63; **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N.26; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 52; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 80; **Meyer**, s.43; bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. **BGE 44 II 74; BGE 84 II 149**

[372] **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 52; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 81; İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 67 II 126.**

[373] **BaslerK/ Leu,** Art.82, N.5.; **Meyer**, s.43; art arda teslimi satış bakımındn aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 111 II 463 (468)** aynı yönde bkz. **BGE 110 II 148.**

[374] **Meyer**, s.43; **StaudingerK/ Schwarzer,** §320, N.26; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 82a; **Müller**, s. 94; **von Büren** I, s.468.
Edim borcunun ifa edilmesinden sonra, edim konusunun herhangi bir şekilde yeniden borçluya dönmesi durumunda borçlu, karşı edimin ifa edilmediğine dayanarak edim konusunun iadesinden defi ileri sürmek suretiyle kaçınamaz. Örneğin, alıcı, kendisine devri gerçekleştirilen ve henüz bedelini ödemediği otomobili, tamir için satıcıya bırakır ise, satış konusu yeniden satıcının zilyetliğine geçmesine ve bedelin henüz ödenmediğine dayanılarak definin ileri sürülebileceği söylenemez. Zira burada ilk sözleşmeden doğan borçlarla mübadele ilişisi içerisinde bulunmayan yeni bir sözleşmeden doğan borç sözkonusu olduğu gibi ilk sözleşmeden doğan borç ifa ile sona ermiştir. Bkz. **Simmen**, s. 49; **Grüter**, s. 63; bu husus hem edim borcunun ifa ile sona ermesi ve artık defiye imkan kalmaması hem de taraflar arasında birden fazla borç ilişkisi olmasına rağmen bu borç ilişkilerinden doğan borçların birbirleriyle mübadele ilişkisinde bulunmadığından definin ileri sürülemeyeceği hususlarıyla ilgilidir.

[375] **StaudingerK/ Schwarzer,** §320, N. 27.

edim borcunu ifa etmemesi nedeniyle, tüketici, bankaya karşı kredinin iadesi borcunun ifasından kaçınabilir.

Tek bir karşılıklı borç yükleyen sözleşme ile, her bir edim, her bir karşı edim ile mübadele ilişkisi içerisinde bulunacak şekilde, taraflar, birden fazla edim ve karşı edim borcu altına girebilir. Bu edim ve karşı edim grupları arasında bağlılık yoksa, bir gruptaki karşı edim borcu ifa edilmediğinden başka bir gruptaki edim borcunun ifasından kaçınmak mümkün değildir[376]. Örneğin taraflar, iki ayrı makinenin ayrı bedeller karşılığında satışı konusunda anlaştıkları durumda, bir makine teslim edilip diğer makine teslim edilmemiş ise, diğer makine teslim edilmediğinden, birincinin bedelini ödemekten kaçınılamaz. Aksi durumda yani birincinin bedeli ödenmesine

[376] **Kaniti**, s.68; tarafların bu edim grupları arasında da değişm ilişkisi kurabileceği yönünde bkz. **Gernhuber**, s. 322-323; İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen karara konu olayda, taraflar iki ayrı cins şarabın iki ayrı bedelle satışı hususunda anlaşmıştır. Ancak davacı satıcı 28 şubatta bir şarabı(Alicantes) teslim edip 16 martta faturayı gönderdiğinde, davalı alıcı diğer şarap teslim edilmediğinden, teslim edilen şarabın bedelini ödemekten kaçınmıştır. Federal Mahkeme'ye göre, taraflar, her iki edimin, biri olmaksızın diğerinin gerçekleşmeyeceği şekilde birbirine bağlamak istemişlerse, bu durumda borcun ifa edilmediği defi uygulama alanı bulacaktır. Bu hususu, borcun ifa edilmediği definin bir veya aynı hukuki ilişkilerden doğan borçlar arasında mübadele ilişkisi bulunduğu durumlarda uygulanacağı sonucundan çıkarmak mümkündür. Ancak burada bu çeşit bir bağlılığın sözkonusu olmayıp, iki bağımsız borç ilişkisi mevcuttur: **BGE 44 II 73, 74**; aynı yönde bkz. **BGE 45 II 318.**
Yargıtay kararı için bkz. Y. 11 HD. 15653/ 680 T. 25.01.2016 (**Kazancı**): "…*"...Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davacının taşeron olarak .... Barajı yapımı işinde taş yükleme, nakliye ve serme işlerini yüklenici dava dışı ....'den aldığı, bu işleri 25.08.2009 ve 16.06.2010 tarihli sözleşmeler ile davalıya yaptırdığı, bu sözleşmeler gereği davalının hak etmiş olduğu ücretin ....'nin hakedişlerinden ödeneceğinin taraflarca akdedildiği, işbu talep edilen alacağın ise 30.10.2010 tarihinden sonra yapılan işlerle ilgili olarak davacı tarafından yapılan yemek ve akaryakıt masraflarına ilişkin olduğu, dava dışı ..... tarafından 01.11.2010- 30.11.2010 tarihleri arasında yapılan işlerle ilgili doğan hakedişlerinin davacıya ödenmiş olduğu, buna göre davacının taraflar arasındaki sözleşmeler uyarınca davalının* ***01.11.2010 - 30.11.2010 tarihleri arasında davacı için yapmış olduğu işlerle ilgili hakettiği hakedişi davalıya ödemeden aynı tarihlerde yapmış olduğu yemek ve akaryakıt masraflarını davalıdan talep etmesinin dava ve takip tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 81. maddesine açıkça aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle*** *davanın reddine ve %40 oranında davacı aleyhine kötü niyet tazminatına karar verilmiştir… Dava, taşıma sözleşmesinden kaynaklanan alacağa yönelik yapılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkin olup, mahkemece, yapılan takibin 818 sayılı BK'nın 81. maddesine açıkça aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle davanın reddine ve davacı aleyhine kötüniyet tazminatına karar verilmiştir. Ancak, 818 sayılı BK'nın 81. maddesi "Mütekabil taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse, akdin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylemiş olmak lazımdır" hükmünü haiz olup, davacının muaccel olan alacağını kendi edimini yerine getirmeden talep edemeyeceği anlamına gelmektedir. Bu durumda, davacı her ne kadar muaccel olan alacağı için icra takibinde haksız ise de bu takibi yapmakta kötüniyetli olduğu kabul edilemez…"* Yargıtay'ın bu kararında borçlar arasında(hak edişleri ödeme borcu ile yemek ve akaryakıt masrafı ödeme borcu arasında) mübadele ilişkisi olmamasına rağmen varmış gibi değerlendirilerek borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebileceği yönünde karar vermesi isabetli olmamıştır.

rağmen, diğerinin bedeli ödenmediğinden, satıcının bedeli ödenen makinenin tesliminden kaçınması da mümkün değildir. Buna ek olarak, taraflar arasındaki borç ilişkisinde birden fazla edim grubu varsa ve bunlar birbiriyle mübadele ilişkisi içerisinde ise bu durumda da bir grupta yer alan karşı edimin ifa edilmemesi nedeniyle diğer grupta yer alan edimin ifasından kaçınmak mümkündür. Bu bağlılık, sözleşmenin niteliği ve tarafların ortak iradesine göre, bir grupta yer alan karşı edimin ifa edilmemesi diğer grupta yer alan edimin ifasını anlamsız kılıyorsa veya değerini önemli ölçüde azaltıyorsa mevcut olduğu kabul edilebilir[377].

Edimler arasındaki bağlılık, tek bir akit içerisinde yer alan borçlar bakımından değil, taraflar arasında gerçekleşmiş birden fazla sözleşmelerden doğan borçlar bakımından da sözkonusu olabilir. Bu bağlılık çeşitli borçların hepsinin birlikte mübadele ilişkisi içerisinde yer alması ve aynı anda ifa edilmeleri konusunda anlaşmalarıyla sağlanabilir. Taraflar çeşitli sözleşmelerden doğan borçlarının sıra ile aynı anda ifasını kararlaştırabilirler. Bu durumda taraflardan birisi sırada önce olan borcu ifa etmez ise, başka bir sözleşmeden doğan daha sonra ifa edilecek borcu ifa etmekten kaçınabilir. Çeşitli sözleşmelerden doğan borçlar arasındaki bu bağlılık tarafların açık veya örtülü anlaşmasından çıkarılabilir[378]. Örneğin, taraflar arasında satış sözleşmeleri, her bir satış için 100.000 TL lik kredi sınırıyla yapılıyorsa ikinci satış sözleşmesinden doğan satılanın teslimi borcu yerine getirildikten sonra üçüncü satış bakımından kredi sınırının yeniden sağlanabilmesi için ikinci satıştan doğan borcun ifası gerekiyorsa, bu durumda satıcı üçüncü satıştan doğan teslim borcunu ifa etmekten kaçınabilir[379].

Taraflar mübadele amacını tek bir akit ile gerçekleştirebilecek iken çeşitli amaçlarla birbiriyle bağlılık oluşturacak iki ayrı akit şeklinde gerçekleştirmek istediklerinde bu iki akitten doğan edim ve karşı edim arasında da bağlılığın varlığı kabul edilmelidir. Örneğin, taraflar arasında yapılacak taşınmazların trampası işlemi için işlemleri basitleştirmek için her bir taşınmaz için ayrı satış sözleşmesi

---

[377] **Kaniti**, s.69.

[378] Ekonomik birlik arz ettiği sürece farklı sözleşmelerden doğan karşılıklı edim borçları bakımından definin uygulama imkanı bulacağı, ekonomik birliğin bu anlamda definin kaynağı olacağı yönünde isabetlli olmayan ancak taraflar arasındaki menfaat durumunu gözönüne alarak verilen İsviçre St. Gallen Bölgesi Mahkemesi'nin kararı için bkz. **SJZ** 1967/63, s.111.

[379] **Becker**, Art.82, N.15; **Kaniti**, s.70.

yapıldığında, her bir satış sözleşmesinden doğan borçlar arasında bağlılık mevcuttur[380].

Geçerliliği bir diğer sözleşmenin geçerliliğine bağlı olan feri ilişkilerde durum ayrıca incelenmelidir. Kefalet sözleşmesinde, kefil, TBK m.591 gereği borçluya ait savunmaları ileri sürebilir. Bu sebeple kefil, alacaklı karşı edimin ifasını veya ifa teklifini gerçekleştirmediği durumda, ona karşı borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilir.

Borcun ifa edilmediği defi, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeden doğan borçlar ile taraflarca yan sözleşmelerden doğan borçlar arasında mübadele ilişkisi, kural olarak, yoktur. Ana sözleşmeden doğan edim borcunun ifasından, yan sözleşmeden doğan karşı tarafın borcunun ifa edilmediği ileri sürülerek kaçınmak mümkün değildir. Meğer ki tarafların iradesinden bu yan sözleşme ile ana sözleşme arasında bir bağlılık ilişkisinin varlığı kabul edilsin[381].

Yan anlaşma olmadan tarafların ana sözleşmeyi yapmayacağı tarafların ortak iradesinden çıkarılabiliyorsa, yan anlaşma ile ana sözleşme arasında bağlılığın varlığı kabul edilmelidir[382]. Örneğin, ticari işletme niteliğindeki taşınmazın satıcısı, bu taşınmazın mülkiyeti devir borcu yanında bir rekabet etmeme borcu altına girdiğinde, satıcı rekabet etmeme borcuna aykırı davrandığı ihtimalde alıcının sözleşmeyi yapmayacağı veya bu bedelle yapmayacağı anlaşılıyorsa, alıcı satış bedelini ödeme borcunun ifasından defi ileri sürmek suretiyle kaçınabilir[383].

Tacirler arasında çeşitli borç ilişkileri arasındaki definin ileri sürülebilmesi için gerekli bağlılık, tacirlerin iradesinden veya ticari teamülden[384] çıkarılabilir. Şayet böyle bir bağlılığın varlığı anlaşılamıyorsa, sırf tacirler arasında birden fazla ticari

---

[380] **Becker**, Art.82, N.15; **Kaniti,** s.70.

[381] **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 26; bir birahane ile bir bira üreticisi arasında konusu bira alımı olan satış sözleşmesi hem de ücretli reklam sözleşmesi yapılmış ise, üretici reklam sözleşmesinden doğan bedel ödeme borcunu ifa etmediğinden birahane bira alımını gerçekleştirmekten kaçınamaz. Bu örnek için bkz. **Kaniti,** s. 67.

[382] **Kaniti**, s.68.

[383] Ayrıca bkz. **ZBJV**, 1914/50, s.89 vd; **Kaniti**, s.68.

[384] TTK m.1 II'deki ticari teamülden, ticari ilişkinin taraflarının, TBK m. 97 (yBK m. 81)'den önce uygulanacak bir aynı anda ifa kuralına tabi olmaları gerekebilir. Bkz. **Kaniti**, s.71; bkz. **Becker**, Art.82, N.16.
Kanaatimizce bu durumda ticari teamül TBK m. 97 (yBK 81)'den önce uygulansa dahi yine aynı anda ifa gerçekleşene kadar tacire ifadan kaçınma yetkisi verecektir. Bu sebeple sonuç bakımından TBK m.97'den önce veya sonra uygulanmasının bir etkisi yoktur.

ilişkinin varlığı nedeniyle borcun ifa edilmediği definin uygulanabileceğini kabul isabetli değildir. Zira borcun ifa edilmediği savunmasının tanınması halinde, iyiniyetle borcunu ifa edemeyen tacire karşı bütün ticari ilişkilerin gözden geçirileceği ve diğer tarafın istismarına neden olabileceği gözönüne alınmalıdır[385].

Borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebileceği borç ilişkileri genellikle her iki tarafın iradesiyle kurulan borç ilişkileri olmakla birlikte taraflardan birine kanun tarafından verilen bir hakka veya daha önce karşı tarafın verdiği bir hakka dayanarak kurulan borç ilişkileri niteliğinde de görünebilir. Taraflardan birinin sözleşme ile karşı tarafa bir alım, geri alım veya ön alım hakkı tanıdığı durumlarda hak sahibi tarafın tanınan hakkı kullanmakla doğacak edim ile karşı edim arasında da mübadele ilişkisi mevcut olabilir.

Kanun tarafından kendisine tanınan bir yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla borç ilişkisi kurulur ve hak sahibi tarafın borcu ile karşı tarafın borcu, bu borç ilişkisinden doğar. Bu hallerde de doğan asli edim niteliğindeki borçlar mübadele ilişkisi içerisinde yer alır[386]. Örneğin, taşkın yapı yapan kişiye MK m. 854'deki şartların gerçekleşmesiyle kanun gereği bir yenilik doğuran hak tanınmıştır. Bu hakkın kullanılmasıyla karşı taraf ya taşan kısım üzerinde irtifak veya mülkiyet hakkı kurulmasını bedeli karşılığında sağlama borcu altına girer.

Mübadele ilişkisini nezdinde barındıran borç ilişkilerine sadece Borçlar Hukuku alanında rastlanmaz. Bu kapsamda Medeni Hukuk'un diğer alanlarında da mübadele ilişkileri mevcuttur. Miras Hukuku, Eşya Hukuku, Aile Hukuku alanında bunun örnekleri görülebilir. Bu hususta edimler arasında mübadele ilişkisinin varlığından

---

[385] **Kaniti**, s.71; **Becker**, Art. 82, N. 16; ayrıca bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 82. . Tacir için bir önceki satış sözleşmesi nedeniyle teslim ettiği malın bedeli ödenmediğinden, yeni bir sözleşmeden doğan malın teslimi borcundan kaçınamayacağını söylemek her zaman kolaylıkla kabul edilemez. Tacir için bu konuda iki defa bedeli elde etme imkanını kaybetme tehlikesinin gündeme gelebileceği bu nedenle definin ileri sürülebileceği yönünde bkz. **Meyer**, s. 43; Sadece bu amaç nedeniyle definin uygulanmasına imkan tanımak, bağlılık olmaksızın definin uygulanabilirliğinin genişletilmesi anlamına gelebileceğinden isabetli değildir. Herhalde ticari teamülden veya açık veya zımni taraf iradelerinden bu hususta bir bağlılığın varlığı aranmalıdır. Kaldı ki İsviçre Federal Mahkemesi de *Meyer*'in belirttiği eğilimi kabul etmemekte, mahkeme, edim ve karşı edimin bir veya aynı hukuki ilişkiden doğması gerekliliğini aramaktadır. Bu karar için bkz. **BGE 44 II 74**; ayrıca bkz. **BGE 84 II 150**

[386] Bu hallerde de definin ileri sürülebileceği yönünde bkz. **MünchenerK/ Emmerich,** vor §320, N. 20; önalım hakkının kullanılmasıyla oluşturulan ilişkiden dönen davalının dönme hakkının genel hükümlere dayanarak kurulabileceği ve önalım hakkıyla kurulan ilişkiye genel hükümlerin uygulanabileceği hususunda Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGHZ 15, 104**

bahsedildiği ihtimalde definin uygulanabileceğini belirtmek gerekir. Taşkın inşaat bakımından verdiğimiz örnek Eşya Hukuku kapsamında definin uygulanabileceğinin de göstergesidir. Bunun yanında Aile Hukuku'nda boşanma protokolunde mübadele ilişkisi içerisinde yer alacak şekilde ve Aile Hukuku'nda tanınan hakların içeriğini boşaltmayacak nitelikte edimlerin mübadelesi imkanı öngörülebilir[387]. Örneğin, eşin altınlara karşılık, diğer eşin otomobili devretmesinin kararlaştırıldığı ve bu borçların tarafların irade beyanından mübadele ilişkisinde yer aldığının anlaşıldığı ihtimalde bu borçların ifası bakımından definin ileri sürülebilirliğinden bahsedilebilir. Ancak definin MK m. 5 aracılığıyla uygulanıp uygulanmayacağı da her bir somut olayın özelliği gözönüne alınarak ayrıca incelenmelidir.

Miras hukuku bakımından definin uygulabilmesine imkan sağlayan MK m. 547'e göre, sağlararası ivaz borçlusunun borcunu ifa etmediği durumda, borçlar hukuku kurallarınca alacak hakkı sahibine tanınan dönme hakkından yola çıkılarak, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler için düzenlenen borcun ifa edilmemesinin sonuçlarına ilişkin kuralların burada da uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu kapsamda ivazlı miras sözleşmesinin tarafı olan, mirasbırakanın ölümü anında bir alacak hakkı sahibi olan ivaz borçlusu, borcunu ifa edene veya ifasını teklif edene kadar kendisine karşı mirasçılar borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilecektir[388].

---

[387] Ancak örneğin boşanma protokulünde, nafaka ödeme borcu ile çoçukları ziyaret edebilmenin sağlanması borcu arasında mübadele ilişkisinin olmadığı yönünde bkz. **ZürchenerK/ Schraner**, Art. 82, N. 88; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 120.

[388] Hatta burada borcun ifa edilmediği defi ileri sürülmesi, MK m. 547 gereği, ivazlı miras sözleşmesinden dönmenin ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olması ve ölüme bağlı tasarruf yapabilme hakkının mutlak surette kişiye bağlı bir hak olması nedeniyle, ölümden önce sözleşmeden dönme hakkını kullanamayan mirasbırakanın mirasçılarına borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilme imkanı verilmesi, ivazı elde edemeyen mirasçıların bir de borcu ifa etmek zorunda bırakılmasının önüne geçilebilmesi hususunda önemli bir imkan olarak kendisini gösterir. Bkz. Mustafa Dural/ Turgut Öz, **Türk Özel Hukuku Miras Hukuku**, C. IV, Filiz, İstanbul, 2011, N. 594.
Miras sözleşmesiyle vasiyet alacaklısı atanan lehdara karşı borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebileceği söylenebilecekken, ivazlı miras sözleşmesiyle mirasçı atanan kişiye karşı borcun ifa edilmediği definin nasıl uygulanacağı sorusu akla gelmektedir. Bu halde defi, mirasbırakanın ölümü anından itibaren mirasçı atama hüküm ifade edeceğinden, herhalde ivaz borcu ifa edilene kadar, paylaşma sırasında mirasçı atanan kişinin payına karşılık gelecek değerlerin kendisine devrinden kaçınma şeklinde uygulanabileceği söylenebilir. Ancak bu halde dahi ivaz borçlusunun atanmış mirasçı sıfatına halel gelmez.
Bu kapsamda değinilmesi gereken husus miras paylaşım sözleşmesinde definin uygulanıp uygulanmayacağı hususudur. Yargıtay bir kararında, [Y. 8. HD. 14944/ 17379 T. 29. 9. 2014 (**Kazancı**)]: *""E. G. Mahallesi, Y. F. Caddesindeki evin arsası ve ortak yolun davacılara eşit hisse ile kaldığı," ve "davacıların eşit değerde 7.200 Amerikan Doları 01 Kasım 2001 tarihinde R.. S..'e ödemede bulunacakları... ödeme tarihinden itibaren 6 ay içerisinde R.. S..'in evi boşaltacağı" kararlaştırıldığı, davacılar tarafından ödenmesi kararlaştırılan bu paranın belirtilen tarihte ve*

C. Edimler Arasında Denklik Unsuru

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeden doğan borçlar arasında borçların değerleri bakımından birbirine denk olmasının aranıp aranmayacağı sorunu borç ilişkisinin karşılıklı borç yükleyen sözleşme niteliğinde olup olmadığının belirlenmesinde tartışılagelmiştir. Edimin değerinin karşı edimin değerine eşdeğerliliğinin edim ile karşı edim arasında mübadele ilişkisi bulunduğu sonucuna ulaşılabilmesi için gerekli olduğunun kabulü bu tartışmaların çıkış noktasını oluşturmaktadır. Bu sebeple, denklik, denkliğin ekonomik değerinin gözönüne alınıp alınmamasına göre objektif veya sübjektif eşdeğerlilik olarak incelenmiş ve tartışılmıştır. Bu konuda üç farklı görüş ileri sürülmüştür.

Bu görüşlerden birincisi edimler arasında objektif eşdeğerliliğin gerekli olduğunu, ikincisi subjektif eşdeğerliliğin gerekli olduğunu, üçüncü görüş ise ne objektif ne de subjektif eşdeğerliliğe gerek olduğunu ileri sürmüştür.

1. Objektif Eşdeğerlilik Görüşü

Ortak hukuk döneminde kilise hukukçuları tarafından ileri sürülen edimler arasında objektif eşdeğerlilik arayan görüşe[389] göre, edimler arasında edimlerin ekonomik değeri bakımından objektif eşdeğerlilik bulunmalıdır. Bu değerlilik iustium pretium (eşit fiyat) fikrine dayanmaktadır. Edimler arasında ekonomik bakımdan eşdeğerlilik yoksa denklik de yoktur. Denkliğin olması, sözleşmenin geçerlilik şartlarından birini teşkil eder.

Objektif eşdeğerliliği reddetmeyen ancak bunun sağlanması hususundaki araçlar hususunda değerlendirme yapan bir görüşe göre[390], iktisadi teoriler, özellikle

---

halen ödenmediği davacıların da kabulünde olduğu …İkiden fazla mirasçının bulunduğu miras ortaklığında, miras paylaşım sözleşmesi karşılıklı nitelikte olmakla birlikte; bir mirasçı karşı ifanın yapılmasını tek başına isteyemeyeceğinden; karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ödemezlik def'ini düzenleyen BK. md. 81 (TBK. md. 97) uygulanamaz. Yazılı paylaşma (taksim) sözleşmesinden doğan borç ifa edilmediği takdirde, her bir mirasçı, paylaşma sözleşmesinden doğan borcu ifa etmekten kaçınan mirasçı aleyhine ifa davası açabilir…" yönünde karar vermiştir. Kanaatimizce borcun ifasını isteyen mirasçılar ile davalı mirasçıların paylaşım sözleşmesinden doğan borçları mübadele ilişkisi içerisinde ise defi ileri sürülebilmelidir. Karar bu açıdan isabetsiz bir karardır.

389 Bu görüşü savunan yazarların görüşleri ve diğer açıklamalar için bkz. **Bartholomeyczik**, s.39 vd.; Reinhard Zimmermann, **Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?,** Berlin, 1979, s.137 vd.; **Klinke**, s.121 vd.

390 Raiser Ludwıg, "**Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit**", Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd.1, Karlsruhe 1960, s. 129-131.

liberal ekonomi, objektif eşdeğerliliği, mübadele adaletini her bir serbest piyasaya katılan için sağlar ve destekler. Zira bu teorilere göre önerilerle yapılan müzakere aşamasında edimin değeri kendiliğinden uygun seviyede belirlenir. Rekabetin olduğu serbest piyasa ekonomisinde, en azından,(her ne kadar bu gücün kötüye kullanılabilirliği sözkonusu olsa da) edim ve karşı edimin eş değer olduğunu kabul hususunda bir eğilim ortaya çıkar. Liberal doktrinin ortak çağ kilise hukukunun objektif eşdeğerlilik değerlendirmesine karşı ortaya koyduğu bu çözüm hukuk doktrini tarafında da gözönüne alınmalıdır.

Bu görüş, subjektif eşdeğerlilik arayan görüş taraftarlarınca, tarafları sözleşme kurmaya yönelten unsurları gözönüne almaması nedeniyle eleştirilmiştir. Subjektif ve objektif denkliği reddeden görüş olarak nitelendirilebilecek görüş taraftarlarına göre[391] ise, her edime hak ettiği değerin (iustum pretium) tanınmasını öngören Kilise Hukuku'nun aksine hukuk sistemimizde baskın ilke sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüdür. Bu sebeple edimlerin objektif bakımdan eşdeğer olup olmaması denkliğin belirlenmesinde önem taşımaz.

Kanaatimizce objektif eşdeğerlilik arayan görüş kabul edildiğinde edimlerin objektif şekilde eşdeğer olmadığı durumlarda denklik sözkonusu olmayacak, bu borçlar arasında mübadele ilişkisi olmadığı sonucunu kabul zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Herhalde sınırları kanunkoyucu tarafından çizilen, karşı edimin, edimin değerinden daha düşük veya daha yüksek kararlaştırılabileceği durumlarda edimler arasında mübadele ilişkisinin var olabileceği söylenebilir. Dolayısıyla bu görüşte isabet yoktur[392]. Ayrıca günümüzde ne Alman Hukuku ne de Türk/İsviçre Hukuku doktrininde bu görüş artık savunulmaktadır.

Simmen, bu son değerlendirmeyi eleştrimekte, bu kabulün ancak öneri sahibinin, fiyatları tek başına belirleyecek yeterlililikte piyasa gücü olmadığı ve piyasanın şeffaflığının varlığı şartlarına dayandığını, öneri muhatabının benzer edimler için farklı fiyat tekliflerini araştıracak durumda olamayacağı tekellerin var olduğu ekonomilerde, bu hususun kolaylıkla kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Bkz. **Simmen**, s.27 dn.66.

Objektif denklik görüşüne karşı yöneltilen eleştirilerden bir diğerine göre, ekonomik krizlerin veya istikrarsızlığın olduğu, enflasyonun kontrol edilemediği durumlarda, bu fikrin kabul görmeyeceği, ayrıca bunun dışında objektif denklik fikrinin tedavi edilemez bir hastalığının, farklı ekonomik modelleri temellendiren yeni eğilimlerin bir fiyatın ne zaman objektif olacağı ve bu objektivitenin nasıl belirleneceğini açıklamaktan yoksun olmasında görülebileceğini ileri sürmüştür. Bkz. **Klinke**, s.121-122.

391 **Simmen**, s.27-28; **Müller**, s. 10; **Larenz**, s.166; **Giger**, Art. 184, N. 163; aynı görüşte bkz. **van den Daele,** s.8

392 Aynı yönde **van den Daele**, s.9.

Bu görüş her ne kadar isabetli olmasa da, hukuk sistemimizde edim ile karşı edim arasındaki objektif eşdeğerlilik tamamen gözardı edilmemiştir. Edim ile karşı edim arasında sözleşmenin kuruluşu sırasında taraflardan birinin iradesini etkilemek suretiyle objektif eşdeğerlilik olmaması veya daha sonra bu eşdeğerliliğin bozulması ihtimalinde kanunkoyucu, uygulanması bu durumdan olumsuz etkilenen tarafa bırakılan koruyucu hükümler sevketmiştir[393].

Edim ile karşı edim arasındaki aşırı orantısızlık (obektif unsur) aşırı yararlanmanın şartlarından birini teşkil etmektedir. TBK m. 28 gereği aşırı yararlanmada zarar gören, diğer şartların da varlığı halinde durumun özelliğine göre sözleşmeye devam ederek edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini talep edebilir veya sözleşmeyi iptal edebilir. Kanunkoyucunun objektif eşdeğerliliği gözönüne aldığı haller bununla sınırlı değildir. TBK m. 138 'e göre aşırı ifa güçlüğünde sözleşmenin uyarlanması durumunda da eşdeğerliliğin gözönüne alındığı söylenebilir[394]. Sonuç olarak, objektif denklik hukuk sistemimizde nihai şekilde reddedilmemekte, ancak karşılıklı borç yükleyen sözleşme nitelendirilmesinde esaslı unsur olarak gözönüne alınmamaktadır.

2. Subjektif Eşdeğerlilik Görüşü

Edimler arasında subjektif eşdeğerlilik arayan görüşe[395] göre, edim ve karşı edim en azından tarafların subjektif değerlendirmelerine göre denklik ilişkisi içerisinde bulunmalıdır. Bu sebeple taraflardan birisi, şahsi görüşüne göre elde edeceği karşı edimin ifa edeceği edime objektif anlamda eşdeğer (örneğin onun piyasa değeri bakımından) olduğunu düşünüyorsa denklik ilişkisi vardır. Bu görüşe göre denklik taraflardan her birinin sözleşmenin kurulduğu sırada edimlerin eşdeğer olup olmadığına ilişkin şahsi kanaatine göre belirlenecektir.

---

[393] *Simmen*'e göre, edim ile karşı edim arasındaki objektif orantısızlık, sözleşmenin geçerliliğini tehlikeye düşürebilir. Buna örnek olarak değerler arasındaki orantısızlığın ahlaka aykırılık nedeniyle sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açabilecek derece orantısız olması gösterilebilir. Bkz **Simmen**, s. 28 dn.69.; kanaatimizce bu değerlendirmeyi genel kural katına çıkarmadan her bir somut olayın özelliği gözönüne alınarak gerçekten değerler arasındaki orantısızlığın TBK m. 27'nin uygulama alanına girip girmediği titizlikle incelenmelidir.

[394] Her iki durumda, ilgili kanuni düzenlemeler synallagmanın değer garantisini korumasına hizmet eder. Özellikle bedelin indirilmesi yetkisi ve uyarlamada bu hususun görülebileceği yönünde bkz. **Stöckli**, N.13.

[395] Palandt/ Bernhard Danckelmann, **Bürgerliches Gezetsbuch**, 25. Aufl., München-Berlin, 1966, vor 320, N.1; **Soergel/ Schmidt**, vor §320, N. 6; Larenz, s.166-167.

Bu görüşü savunan ancak ondan belirli bazı hususlar bakımından ayrılan görüşe[396] (değer fazlalığı görüşü) göre ise, tarafların, onların ihtiyaçları ve menfaatlerine göre, diğer deyişle kullanım/yararlanma değerlerine göre, edimleri eşdeğer olarak değerlendirmeleri gerekir. Tarafların her birinin gözünde kendi ediminin değerini karşı edim oluşturmaktadır. Edimin değerinin karşı edimin değerine eşdeğer olmasında ölçü, her bir tarafın şahsi ihtiyacıdır. Taraflar mübadele ile daha yüksek bir kullanma/yararlanma değeri elde ettikleri durumda edimlerin mübadelesi isabetli olur.

Bu görüşler arasındaki fark, tarafların sübjektif değerlendirmelerinde gözönüne alınan değerdir. Birinci görüşte tarafların edimlerin objektif değerine olan şahsi değerlendirmeleri sözkonusu iken, ikincisinde ise tarafların ilgi ve menfaatine dayanan şahsi değerlendirmeleri gözönüne alınmıştır.

Bu görüşlere karşı şu eleştiriler ileri sürülmüştür: Taraflardan birinin, kendi edim borcuna denk olmayan bir karşı edim elde etmeye yönelen sözleşmeler kurması konusunda menfaati veya ilgisi olabilir. Ayrıca edimler arasında sübjektif eşdeğerliliğin olmadığı sözleşmelerin de edimlerin mübadelesi amacına yönelebileceği ve bu surette karşılıklı borç yükleyen sözleşme niteliğinde olacağı söylenebilir[397].

---

396 Horst Bartholomeyczik, **Äquivalenzprinzip, Waffengleicheit und Gegengewichtsprinzip**, AcP 1966/ 166, s.59 vd.; **Larenz**, Vertragserfüllung**,** s.78-79; **Müller**, s.11; Franz Mentzel/ Georg Kuhl, **Kommentar zur Konkursordnung**, 7. Aufl., Berlin/Frankfurt, 1962, § 32, N. 6; Friedrich Lent/Friedrich Weber, **Konkursordnung mit Einführungsgesetzen §§ 1-70,** 1. Bd. 8. Aufl. , Berlin, 1958, § 32, N. I ; Carl Decurtnis, **Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit im System der Vetragsverletzungen des schweizerischen Obligationenrechts**, Zürich, 1956, s.31.

397 **Simmen**, s.29; ilk sübjektif denklik görüşüne karşı şu eleştiri ileri sürülmüştür: Örneğin, satıcıyı desteklemek amacıyla satış sözleşmesi yapan alıcının veya alışverişi seven birisinin yaptığı satış sözleşmesinde, subjektif denklik görüşü kabul edilirse, edimler arasında denklik bulunmayacak ve bu sözleşmeler karşılıklı borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilmeyecektir. Aynı durum satıcı bakımından da sözkonusu olabilir. Satıcı, piyasada pazar payını arttırmak veya elinde kalan malları hızlı bir şekilde bitirmek amacıyla malın değerini düşürebilir. Dolayısıyla bu görüşün bu anlamda isabetsizdir. Bkz. **van den Daele**, s.9; Franz Haymann, **Die Schenkung unter einer Auflage**, Berlin, 1905, s. 16; Paul Oertmann, **Entgeltliche Geschäfte**, München, 1912, s.46 vd.; aynı yönde bkz. Klinke, s.127-128; tarafların şahsi kaanatine göre, edimlerin eşdeğer olduğunu düşünmeleri, rasyonel, gerçek ekonomik ilişkilere uygun düşmez. Zira ekonomik ilişkiler her bir tarafın karşı edimi kendi ediminden daha yüksek olarak görmesi temeline dayanır. Bu değerlendirme için bkz. **van den Daele**, s.12; aynı yönde bkz. **Kaniti**, s. 59.

3. Objektif ve Subjektif Eşdeğerlilik Görüşünü Reddeden Görüş

Objektif ve sübjektif eşdeğerlilik görüşünü reddeden görüş taraftarlarınca[398], subjektif eşdeğerlilik görüşü ve değer fazlalığı görüşü tarafların psikolojik durumlarına aşırı ağırlık vermesi nedeniyle isabetli bir görüş değildir. Bilindiği üzere hukuk düzeni kural olarak, tarafların şahsi düşünce ve saikleriyle ilgilenmez. Taraflardan her birinin sözleşmenin kuruluşunda taşıdıkları inancın, sözleşmenin karşılıklı borç yükleyen sözleşme olmasında önemli olduğunu söylemek kolaylıkla kabul edilecek bir husus değildir. Zira çoğu zaman borçlu çeşitli saiklerle sözleşme yapar. Özellikle ticari hayatta rastlanan sözleşmelerde tarafların kazanç elde etme amacıyla hareket ettiği söylenebilir. Bu saiklerin her zaman kazanç elde etme veya değer fazlalığı elde etme amacını taşıdığı söylenemez. Ancak bunu genel bir kural katına çıkarmak kolaylıkla kabul edilecek bir durum değildir. Örneğin, yetenekli gördüğü bir ressama yüksek bir bedelle portresini yaptıran sanatseverin bu inancı taşımaması bu sözleşmenin karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olmasına engel olmaz. Borçlu, kendisi için önemli olan bir hukuki ilişkiyi kurmak, mevcut durumu temizlemek, pazar payını arttırmak, istemediği bir vekilden kurtulmak amacıyla kendisi için önemsiz veya uygunsuz olan bir karşı edim ile daha fazla önemli olan edimin mübdaelesini kabul edebilir. Bu durumlarda da mübadele ilişkisinin varlığından bahsedilir.

Yine bu görüşe göre[399], edimlerin denkliği(sübjektif ya da objektif) karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde mübadele ilişkisinin esaslı unsuru değildir. Ancak taraflar en azından ediminin karşı edimden daha az değerde olmadığından emin olmak ister. Aksi takdirde sözleşmenin kurulmasına ilişkin motivasyon eksiktir. Bu sebeple denklik düşüncesi ancak tarafların sözleşmeyi kurmada motive edici bir unsur olarak değerlendirilebilir. Ancak edimin objektif değeri ile tarafların edimin değeri üzerinde düşünceleri, synallagma ilişkisi için hukuki açıdan gerekli ve esaslı bir unsur değildir. Synallagma tarafların edimlerin mübadelesine yönelen iradeleriyle belirlenir,

---

[398] **Kaniti**, s.60; **Simmen**, s.28-29; **BeckOK/ Schmidt**, § 320, N.5 ; **Kast**, s.26 vd.; **ZürcherK/ Schraner,** OR, Art. 82, N.25; **BaslerK/ Leu,** Art. 82, N.2; **Müller**, s.9 vd; **Haymann**, s. 16 vd.; **Oertmann**, vor zu §§ 320-327, N. 2. c.; **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem zu §§320-326, N. 7.

[399] **Kast** s. 27; **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem zu §§320-326, N. 7; **van den Daele**, s.32; tarafların edimin değerine ilişkin düşüncelerinin motive edici bir unsur olduğu, karşılıklı borç yükleyen sözleşme karakterinin belirlenmesi bakımından önemli olmadığı yönünde bkz. **van den Daele**, s.13.

tarafların edimler üzerindeki ekonomik değerlendirmelerine göre değil. Taraflar, mübadele ilişkisine ekononomik bakımdan farklı değerlere sahip edim yükümlülükleri koyabilirler.

4. Kanaatimiz

Kanaatimizce definin ileri sürüleceği borç ilişkileri bakımından denklik ilkesinin aranmasına gerek yoktur. Kaldı ki artık günümüzde, edimlerin mübadele ilişkisinde bulunabilmesi için esaslı unsur olarak ne objektif denklik ne de sübjektif denklik görüşü ileri sürülmektedir. Daha önce de belirttiğimiz üzere mübadele ilişkisinin taraflarca kurulması yeterlidir, denklik unsurunun aranmasına ayrıca gerek yoktur. Bu sebeple baskın olan son görüş isabetli görünmektedir.

Ancak bu durum borçlar hukuku anlamında edim ile karşı edimin denkliğinin hiç gözönüne alınmaması anlamına gelmemelidir. Kanunkoyucu uyarlama hükümlerini ve objektif denklik bakımından aşırı yararlanma hükümlerini - ki edimler arasında aşırı orantısızlık objektif şartıdır- düzenleme ihtiyacı hissetmiştir[400]. Kanunkoyucu tarafından taraflar arasındaki edimlerin denkliği fikrinin sağlanmasına yönelik aşırı yararlanmaya ilişkin hüküm ve uyarlamaya ilişkin hükümler gözönüne alındığında hükmün uygulanabilme keyfiyetinin taraf iradesine bırakıldığı görülecektir. Bunun yanında karşılıklı borç yükleyen sözleşme nitelendirilmesinde denklik aranmamakla birlikte, edimler arasında denkliğin olmamasının borç ilişkisinin nitelendirilmesinde önem arz ettiği durumlar olabilir.

Edimlerden birinin objektif bakımdan diğerine göre oldukça değersiz olduğu durumlarda, edimler arasında mübadele ilişkisi varmış gibi görünse de tarafların iradelerinden karşı edimin edimin ekonomik karşılığı olmadığı sonucuna varılabilir[401]. Karma bağışlama bu hususa örnek teşkil eder. Ancak karma bağışlamada da taraflar karşı edimin aşan kısmın objektif bakımdan karşılığının olmadığının bilincindedir ve bu ekonomik karşılığı olmayan kısmın bağışlanana verilmesi hususunda mutabıktır.

---

[400] Uyarlamanın, edimlerin subjektif denkliğinin, yani edimin karşı edimin yeterli bir karşılığı olduğu düşüncesinin önemli olduğu hususunun uygulanma alanı olduğu yönünde bkz. **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem zu §§320-326, N. 7; Bu hususa katılmak mümkün görünmemektedir. Uyarlamada, tarafların karşı edimi elde etmedeki sahsi kanaatleri değil, edim ile karşı edim arasında taraf iradesiyle kurulan dengenin yeniden sağlanması, sağlanamayacak ise ilgili tarafa sözleşme bağının koparılması imkanı verilir. Aslında uyarlama halinde hakim objektif denklikle de ilgilenmez. Taraf iradelerine göre kurulan dengenin bozulup bozulmadığını gözönüne alır.

[401] **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem zu §§320-326, N. 8 ve N. 11, 55.

Diğer deyişle aşan kısım bakımından işlemin hukuki sebebinin bağışlama olduğu hususu her iki tarafça da bilinmektedir ve her iki taraf da bu hususta anlaşmıştır. Dolayısıyla ekonomik bakımdan karşı edim değerinin edim değerine göre oldukça az olması, edimin aşan kısmının karşılığı olmaksızın verildiği hususunu ortaya koymakta ve bağışlama niteliğini ön plana çıkarmaktadır. Bu nedenle objektif bakımdan edim ile karşı edim arasında orantısızlık varsa karma bağışlama yönünde bir karinenin varlığı kabul edilebilir[402]. Ancak nihai tespitte yine tarafların iradesi esas alınmalıdır. Şayet taraf iradelerinden objektif denklik olmadığı açık olmasına rağmen, edim ile karşı edim arasında mübadele ilişkisinin varlığı çıkarılıyorsa, bu durumda artık karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin varlığını kabul etmek gerekir. Örneğin, satıcının ekonomik bakımından zor durumda kalması veya piyasa ilişkileri nedeniyle satılanı piyasa değerinden daha düşük değerde satması durumunda karma bağışlamadan bahsedilemez. Tersi durumda, yani alıcının satılanın değerinden daha yüksek bir değer taahhüt ettiği halde de aynı husus geçerlidir[403].

Yüklemeli bağışlamada, somut olayın özelliğine göre, yükleme ile bağışlama borcunun birbirine objektif bakımdan denk olduğunun belirlendiği durumda, yüklemeli bağışlamanın varlığında tereddüt ortaya çıkabilir. Ancak burada tarafların amacı edim ile yüklemenin mübadelesi değildir[404]. Yüklemeli bağışlamada, taraflar yüklemenin bağışlama ile mübadelesini değil, bağışlanana karşılıksız kazandırmada bulunmayı amaçlarlar. Zira TBK m. 291 gereği, bağışlama konusunun değeri, yüklemenin yerine getirilmesi masraflarını karşılamaz ve aşan kısım kendisine ödenmezse bağışlanan, yüklemeyi yerine getirmekten kaçınabilir. Yüklemenin veya yüklemenin yerine getirilmesiyle ortaya çıkan masrafların bağışlama değerinden

---

[402] **BeckOK/ Gehrlein**, §516, N. 12.; **Kast**, s. 29.

[403] **Kast**, s. 28-29.

[404] **MünchenerK/ Koch**, §525, N. 4 vd.; **Kaniti**, s. 62; **Stöckli**, N. 103; Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. Bası, 2014, Beta, İstanbul, 2014, s. 349-350; Claire Huguenin , **Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil**, 2. Aufl, Zürich, 2014, N. 2851; Markus Jakob, **Franz Haymann und Schenkung unter Auflage**, Köln, 1995, s. 94-95; ayrıca bkz. Y. 1 HD. 15030/ 3779 T. 19.3.2013 (**Kazancı**); Y. HGK. 5-199/187 T. 31.03.2004 (**Yargı Dünyası, 2004/ 102,** s. 20) *"...Şu da var ki, bu yüküm, bir denk karşı edim değildir. Çünkü bağışlanana bir denk karşı edim yüklenebilmesi, bağışlamanın niteliği ile bağdaşmaz. Yükümde, bağışlayanın belli bir amacın gerçekleşmesi uğruna bağışlanana bir edimde bulunması ödevinin yüklenmesi sözkonusudur. Değişik bir söyleyişle, yüküm, bağışlanan için bir edimde bulunma ödevi doğurmasına rağmen, bağışlamanın karşılıksız oluşunu etkilemez ve dolayısıyla bir karşı edim sayılmaz..."*

yüksek olması, hükümden de anlaşılacağı üzere borç ilişkisinin yüklemeli bağışlama niteliğini etkilememektedir[405]. Yüklemenin veya yüklemenin yerine getirilmesiyle ortaya çıkacak masrafların bağışlama değerine denk veya ondan daha fazla olabileceği, bu halde yine yüklemeli bağışlama sözleşmesinin varlığının kabul edildiği sonucu çıkarılabilir. Bu sonuç, taraf iradelerinden anlaşılacağı üzere, bağışlama vaadinin kurulması sırasında, tarafların, yüklemenin, objektif anlamda bağışlamanın değerinden daha fazla olacağının farkında olmadıkları sonucunun çıkarılabildiği ölçüde geçerlidir[406]. Bu nedenle yüklemenin bağışlama konusuyla objektif bakımdan aynı değerde olması veya daha yüksek olması *tek başına* işlemin bağışlama niteliğini etkilememektedir[407]. Ancak taraf iradelerinden bağışlanana karşılıksız kazandırma amacının olmadığı anlaşılabiliyorsa[408], tarafların bu ilişkiyi yüklemeli bağışlama

[405] Aynı yönde bkz. **Stöckli**, N. 103, dn. 285.

[406] Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/1, 6. Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat, 2008, s. 365.

[407] **Stöckli,** N. 103; aynı yönde bkz. **Tandoğan**, s. 365; aksi yöndeki görüşe göre, tarafların tek tarafa borç yükleyen sözleşmeleri karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler şeklinde oluşturabilecekleri, bu kapsamda bağışlama konusunun yüklemenin değerine yakın olduğu yüklemeli bağışlamaların buna örnek gösterilebileceği yönünde bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 41; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 63; **Wiget**, s. 35; Alman Hukuku'nda aynı yönde görüşe göre, yüklemenin değerinin bağışlama konusunun değerine denk olduğu durumda yükleme, bağışlama konusunun karşılığı olarak nitelendirilebilecektir. Bkz. **StaudingerK/ Schwarze**, vorbem zu §§320 -326, N.8; **Soergel/ Gsell**, vor §320, N .20; **Erman/ Westermann**, vor §320, N. 14.
Aksi yöndeki görüşler, tarafların sözleşmenin kurulması sırasında yüklemenin bağışlama konusuna denk veya ondan daha fazla olmasının farkında oldukları, objektif anlamdaki bu değer tespitinden, taraf iradelerinin bağışlanana karşılıksız kazandırma yapmayı amaçlamadıkları sonucuna varılabildiği ölçüde isabetli olduğunu belirtmek gerekir. Aksi durumda, TBK m. 291 IV'ten denk veya daha fazla olduğunun sonradan anlaşılmasının bağışlamanın niteliğini etkilemeyeceği sonucuna varılabilir. Ancak aksi görüşler sadece denk veya daha fazla olma unsurundan yola çıkmış görünmektedir ve bu açıdan isabetli değildir.

[408] Ayırıcı kriterin her zaman açık olamayabileceği, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin belirlenmesi bakımından edim ile karşı edimin değerinin birbirine denk olması aranmadığından, değer üzerinden bir kriter belirlemenin yeterli olmayacağı, karşı edimin(veya yüklemenin) yerine getirilmesinin edim borçlusuna (bağışlayana) veya bir üçüncü kişiye yarar sağlamış olup olmamasının da bu hususta etkili olmayacağı, synallagmatik bağlılığın belirlenmesi hususunda subjektif kriterlere başvurmak gerekebileceği ancak kısmen yüklemenin değer bakımından bağışlama konusundan çıkarılabileceği(yüklemenin bağışlama konusundan yararlanmak suretiyle yerine getirilmesi) ayrıca bağımsız bir edim görünümünde hüküm ifade etmeyeceğinin kısmen söylenebileceği, bu hususun bağışlamanın yükleme ile olan ilişkisi bakımından güvenilir bir dayanak noktası teşkil edebileceği yönünde bkz. **Stöckli**, N. 103; yüklemenin bağışlama konusu kullanılarak veya ondan yararlanılarak yapılmasının, onu bağımsız edim olmaktan kurtaracağı ve yüklemeli bağışlama niteliğini kazandıracağı yönünde bkz. **Haymann,** s. 36 vd; ayırıcı kriterin, taraf iradeleri ve değer ilişkisi olduğu hususunda aksi yönde görüş için bkz. **Jakob**, s. 94 vd.
Ancak yüklemenin bağışlama konusundan yararlanmak suretiyle yerine getirilebilir bir fiil olmaması da mümkündür. Bu husus borç ilişkisinin yüklemeli bağışlama niteliğinde değişikliğe neden olmaz. Belki yüklemenin bir karşı edim olup olmadığı değerlendirilmesinde kullanılabilecek kıstaslardan birisi olabilir ancak nihai bir çözüm ortaya koymaz. Örneğin, bir taşınmazın her yıl iki öğrenciye burs verilmesi yükümüyle bağışlanması veya yükleme olarak malvarlığıyla ilgili olmayan

olarak adlandırmalarına bakmaksızın edim ile sözde "yükleme"nin mübadelesi amacını gerçekleştirmek istedikleri sonucuna varılabilir.

Sonuç itibariyle hukuki işlemin yüklemeli bağışlama mı yoksa karşılıklı borç yükleyen sözleşme mi olup olmadığı hususunda, taraf iradelerinden, görünürde yüklemenin yerine getirilmesi amacıyla, görünürde bağışlama borcu altına girilip girilmediğinin belirlenmesi gerekir (do ut des). Bu husus her bir somut olayın özelliği gözönüne alınarak tespit edilebilecektir[409].

III. MUACCEL EDİM VE KARŞI EDİM BORÇLARININ VARLIĞI

A. Edim ve Karşı Edim Borçlarının Varlığı

1. Genel Olarak

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edimler arasındaki mübadele ilişkisinin varlığı, definin uygulanabilmesi için hüküm ifade eden en az bir edim ile karşı edimin varlığının gerektiği sonucunu ortaya çıkarır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin geçerli, hüküm ifade eder şekilde var olması, kural olarak, edim ve karşı edim borçlarının da geçerli bir şekilde doğumu ve hüküm ifade etmesini sağlar[410]. Şayet karşılıklı borç yükleyen sözleşme geçerli değilse, ondan geçerli hüküm ifade eden borçlar doğmayacaktır. Ancak edim borcunun sona erdiği durumda karşılıklı borç yükleyen sözleşme hüküm ifade etse dahi, definin ileri sürülebilmesi için en az iki tarafın geçerli, hüküm ifade eden en az bir edim borcu altında olması gerektiğinden[411], bu halde defi ileri sürülemez.

Borcun dayanağı olan hususların doğmadığı veya sona erdiği durumlarda borç geçerli ve hüküm ifade eder şekilde mevcut olmadığından definin, kural olarak[412], ileri sürülme imkanı yoktur[413]. Bu husus, kural olarak, sözleşmenin geçerli şekilde kurulmadığı, borcun veya sözleşmenin geçerli şekilde hüküm ifade etmesi için gerekli

---

bir davranışta bulunma veya kaçınma. Bu nedenle tek başına bağışlama konusu kullanılarak veya ondan yararlanılarak yüklemenin yerine getirileceğinin söylenmesi isabetli değildir. Değer ilişkisi ise taraf iradelerinin yorumunda esas alınabilecek bir araç olarak hizmet eder ve taraf iradelerinin aksine tek başına bir anlam ifade etmez.

409 **Stöckli**, N. 103; **Erman/ Westermann**, vor §320, N. 14; **Soergel/Gsell**, vor §320, N. 20.

410 **Soergel/ Gsell**, §320, N. 47.

411 **BaslerK/ Leu,** Art. 82, N.7; **Soergel/ Gsell,** §320, N. 47

412 Tasfiye ilişkilerinde definin uygulanabilirliğine ilişkin bkz. aşağıda §3 II C.

413 **BernerK/ Weber**, Art.82, N.127; **ZürcherK/Schraner,** Art.82, N.90; Kast, s. 30 vd.;

olan geciktirici şartın gerçekleşmediği[414], sözleşme irade sakatlığı nedeniyle iptal edildiği, bir tarafın sözleşmeden dönmesiyle[415] veya feshi ile sona erdiği ihtimallerde görülür[416].

Edimin ifasından kaçınma hakkına sahip borçlu, defiye dayanarak karşı edimin en azından ifasının teklif edilmediğini ileri sürdüğünden geçerli hüküm ifade eden bir karşı edimin var olması; defi ile edimin ifasından kaçınması nedeniyle de, definin ileri sürülebilmesi için geçerli hüküm ifade eden, muaccel bir edimin var olması gerektiği hemen anlaşılır[417].

Edim borcu, geçerli bir şekilde doğmalı ve en azından definin ileri sürüldüğü ana kadar hüküm ifade etmelidir[418]. Edim borcu, borcun sona erme sebeplerinden –duruma uygun- herhangi birinin ortaya çıkmasıyla, bununla ilgili olarak borcun takas, ibra, yenileme, birleşme gibi sebeplerlerden birinin mevcut olmasıyla sona ermiş olabilir. Borcun sona erme sebeplerinden birinin veya ifa ya da ifa ile aynı sonuçları veya benzer sonuçları doğurabilecek sebeplerden(ifa yerine edim, karşı edim borcunun değerine en azından denk ifa uğruna edim, alacaklı temerrüdü durumunda tevdi[419], bozucu şartın gerçekleşmesi gibi) birinin varlığı halinde, defi ileri sürülemez. Bu hususlardan bir kısmının ortaya çıkması karşı edim borcunun varlığını etkilemeyebilir. Karşı edim alacağının varlığına değinilmesinin özellik arz ettiği durumlar hariç olmak üzere, edim borcunun varlığına ilişkin belirtilenler karşı edim borcunun varlığı için de geçerlidir.

---

[414] **Grüter**, s.59;

[415] **Von Tuhr/ Escher**, s.61.

[416] **BernerK/ Weber**, Art.82, N.128; aynı yönde bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art.82, N.90;

[417] Definin amaçlarından biri olan baskı fonksiyonu gözönüne alındığında da aynı sonuca varılabilir. Bu amacın, definin uygulanabilmesi için karşı edimin varlığını zorunlu kıldığı yönünde bkz. **Kast**, s. 31-32.

[418] **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 127; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 90; **BaslerK/ Leu**, Art. 82, N. 7; tek satıcılık sözleşmesinde imkansızlaşan karşı edim nedeniyle definin ileri sürülemeyeceği yönünde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 122 III 66 (69).**
Taraflarca herhangi bir borç altına girilmemiş bir ayni sözleşme yapılmış veya edimler aynı anda elden değişmiş ise bu ihtimalde borcun ifa edilmediği definin uygulanabilirliğinden bahsedilemez. **Kast,** s.57 dn.199.

[419] **Kaniti,** s. 105; karşı edim borcu tevdi edilmiş ise bu ihtimalde TBK m. 106 ve 111 'deki sebeplerden birinin ortaya çıkması halinde tevdi edilebilecek bir borç konusunun alacaklıya ifasının mümkün olmaması ihtimalinden bahsedilir. Bu ihtimalde, hem karşı edim borçlusunun karşı edimin ifasını teklif etmesi nedeniyle hem de tevdi sonucunda karşı edim borcu bakımından ifaya benzer sonuçların ortaya çıkması nedeniyle definin ileri sürülebilme imkanı yoktur.

2. Edimin İfasının İmkansızlığının Definin İleri Sürülebilirliğine Etkisi

a. Tam-Kısmı İmkansızlık Bakımından

Edim borcu, borçlunun sorumu olmadığı bir sebeple imkansızlaşmış ise bu durumda TBK m. 136 II gereği, edim borcu ve karşı edim borcu sona erer. Bu durumda artık defi ileri sürme imkanı ortadan kalkar. Edimin ifasını talep eden alacaklıya karşı, borçlu borcun sona erdiği itirazında bulunabilir. Ancak TBK m.136 II gereği hasarın alacaklıya geçtiği durumlarda, durum başka türlü ele alınmak gerekir. Kanun veya sözleşmeyle edim borcu bakımından, hasar edim alacaklısına geçmiş ise, borçlu bu ihtimalde karşı edim borcunun ifasını talep edebilir. Bu ihtimalde edim borcunun ifası istenememekle birlikte karşı edim borcu devam ettiğinden, alacaklı kendisinden karşı edimin ifasını isteyen edim borçlusuna karşı ne itiraz ne de defi ileri sürebilir[420].

TBK m.137 I'e göre, bölünebilir bir borcun bir kısmı imkansızlaşmış ise, bu ihtimalde, kural olarak, diğer kısmı ayakta kalır. Meğer ki ifa imkansızlığı önceden öngörülseydi böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılmış olsun. Bu durum açıkça anlaşılırsa tam imkansızlığa ilişkin hükümler uygulanır. Açıkça anlaşılmıyorsa ve TBK m.137 II'deki hususlar mevcut ise bu durumda definin ileri sürülüp sürülmeyeceğinin incelenmesi gerekir.

TBK m.137 II, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, edim borcu kısmen imkansızlaşır ve alacaklı imkansızlaşmayan edim kısmının ifasına razı olursa, karşı edimin, imkansızlaşan kısım oranında indirilerek ifa edileceğini düzenlemiştir. Bu ihtimalde imkansızlaşmayan edim kısmı ile, imkansızlaşan kısma denk düşen karşı edim bölümünün indirilmesiyle ortaya çıkan karşı edim bölümü arasında mübadele ilişkisi devam eder. Aynı husus karşı edim borcunun kısmen imkansızlığında edim borcu için de geçerlidir[421].

---

[420] **Kaniti**, s.107; **ZürcherK/ Schraner,** Art.82, N.93; **von Tuhr/Escher**, s.61; **Kast,** s. 46.

[421] *Kaniti*, sürekli borç ilişkisinde sürekli edim borcunun imkansızlığı nedeniyle, sürekli edimin imkansızlaşan kısmı talep edilemeyeceğinden, ifa edilen edim bölümüne tekabül eden karşı edimin ifasından defi ileri sürülerek kaçınılamayacağını belirtir. Bkz. **Kaniti,** s.107; buradaki ifa edilen bölüme karşılık gelen karşı edim borcunun ifasından kaçınılamamasının ne imkansızlıkla ne de sürekli edimle ilgisi vardır. Karşı edim borçlusunun bu anlamda karşı edim borcundan kaçınamamasının sebebi, ona tekabül eden edim borcunun ifa edilmiş olmasındandır. Bu noktayı gözönüne almamak isabetli değildir.

Karşı edim borcu kısmen imkansızlaşmış olmasına rağmen, edimin tamamını talep eden alacaklıya karşı, edim borçlusu karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmediğini ileri sürerek edim borcunun tamamının ifasından kaçınabilir. Zira bu ihtimalde karşı edim borcunun kısmen imkansızlığını ispat alacaklıdadır ve imkansızlık kesin olarak anlaşılmadıkça borçlu edimin tümü için defi ileri sürebilir[422].

Edimin tamamının ifasından defi vasıtasıyla kaçınılmasından sonra alacaklı şayet kısmı imkansızlığı ispat eder ve borçlunun ediminin tamamından kaçınamayacağını ileri sürerse definin edimin tamamı bakımından hüküm ifade etmesi önlenir[423]. Ancak bu sonuç alacaklının edimin tamamını elde edebileceği anlamına gelmez ve edimin o oranda indirilmesine dayanılarak borçlunun artık definin hüküm ifade etmesine ihtiyacı olmadığını belirtmek isabetli olmaz[424]. Alacaklı karşı edimin imkansızlaşmayan kısmının en azından ifasını teklif etmemişse, bu durumda defi edimin indirilen kısmı oranında hüküm ifade eder. Alacaklı imkansızlaşmayan karşı edim bölümünün ifasını veya duruma göre ifa teklifini gerçekleştirerek herhalde definin hükümden düşmesini sağlayabilir.

Definin bu şekilde hüküm ifade etmesi neticesinde alacaklı, imkansızlaşmayan karşı edim bölümünün en azından ifasını teklif etmemesine rağmen edimin tamamının ifasını talep ederse, borçlunun edimin o oranda indirilmesi gerektiğini ileri sürmesine dahi gerek yoktur. İndirilmesi gereken miktar bakımından karşı edimin kısmen imkansızlaştığını ileri süren ve ispat eden alacaklı, sahip olduğundan daha fazlasını talep eden kişi durumuna düştüğünden bu durum re'sen gözönüne alınacaktır[425]. Daha önce edimin tamamı için ileri sürülen defi borçluyu geriye kalan edimin ifasından kurtarırken, imkansızlaşan karşı edim kısmına karşılık gelen edim kısmının indirilmesi re'sen gözönüne alınacağından, borçlu bu kısım bakımından da ifa etmekten kurtulur.

---

[422] Tam imkansızlık bakımından aynı yönde bkz. **Kaniti,** s.107; **Enneccerus/ Lehmann**, §33, II 3; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 48; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 131; **Kast,** s. 33 dn.139, s. 34; borçlu karşı edimin imkansızlığını savunursa, hakimi ikna edebilme konusunda endişe edebilir, bu yüzden borçlu borcun ifa edilmediği defini ileri sürme imkanı vardır: **Soergel/ Gsell**, §320, N.49.

[423] **Kaniti,** s.107.

[424] Edim borcu, imkansızlaşan karşı edim oranında indirileceğinden edim borçlusunun defiye ihtiyacı olmayacağını ileri süren aksi yöndeki isabetli olmayan değerlendirme için bkz. **Kaniti,** s.107.

[425] Aksi yöndeki isabetli olmayan görüşe göre, bu durumda borçlunun, imkansızlaşan karşı edim bölümünün değer bakımından edim bölümüne olan oranını ispat etmesi gerektiği, zira davalının davacının hakkının o nispette düştüğünü ileri sürdüğü yönünde bkz. **Kaniti**, s.107; **Ennecerus/ Lehmann,** §33 II 3.

Diğer deyişle, alacaklı imkansızlaşmayan karşı edim bölümünün en azından ifasını teklif etmemişse, borçlu edimin geriye kalan kısmının ifasından daha önce edimin tamamı için ileri sürdüğü defiye dayanarak kaçınabilecektir. Borçlu edimin tamamı bakımından defi ileri sürdüğünde, defi indirimden sonra geriye kalan kısım bakımından hüküm ifade edecek, diğer kısım bakımından kaçınma defiye değil, itiraza dayanacaktır. Örneğin, satış konusu 200.000 TL değerindeki eşyanın 50.000 TL lik bir bölümü borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaşırsa, bedelin tamamını isteyen satıcıya karşı, eşyanın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devri borcunun gerçekleşmediği ileri sürülerek edimin ifasından kaçınılabilir. Bundan sonra satıcının tamamından kaçınılamayacağını ileri sürerek edimin kısmen imkansızlaştığını ileri sürmesi ve ispat etmesi durumunda, alıcının artık borcunun 150.000 TL olduğunu ispat etmesine gerek yoktur. Bu durum re'sen gözönüne alınacak, defi 150.000 TL bakımından hüküm ifade edecektir. Bu değerlendirme çerçevesinde ya karşı edimin ya da edimin kısmen imkansızlaştığı halde veyahut her ikisinin imkansızlaştığı halde edimin ifasından kaçınabilmek mümkündür.

b. İmkansızlıktan Sorumlu Olup Olmama Bakımından

Kondisyonel synallagmayı açıklarken belirttiğimiz üzere[426], taraflardan birinin sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık nedeniyle – ikame değer mevcut değilse- imkansız olan edim borcunun karşı edim borcunu da sona erdirdiği durumda, artık, kural olarak, borcun ifa edilmediği definin uygulanmasına gerek kalmayacaktır[427]. Bu durumda borçlu, edim borcu da sona erdiğinden artık defiye ihtiyaç duymayıp, itiraz ileri sürebilir[428] [429]. Borçlunun itiraz ileri sürmesi, edim alacaklısının edim hasarına katlandığı durumlarda görülebilir. Bu halde edim talebine itiraz ile karşı koyan edim

[426] Kondisyonel synallagma için bkz. yukarıda §2 II B 2 b.

[427] **BaslerK/ Leu,** Art.82, N.7; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 93; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 47; **MüncehenerK/ Emmerich**, §320, N. 26; **Tunçomağ**, s. 742.

[428] Bu durumda ana savunma olarak talep edilen alacağın varlığına ilişkin itiraz ileri sürülebileceği gibi son bir savunma vasıtası olarak definin ileri sürülebileceği de söylenebilir: **Simmen**, s. 48; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 91; bu sonuç, "çoğun içinde azı vardır" kuralının bir görünümünü teşkil etmektedir.
Borçlu ancak son savunma olarak değil, esas savunma olarak defi ileri sürdüğünde, bunun anlamı güven prensibine göre kural olarak, kendi edim borcunun tanınması anlamını taşır. Zira borçlu defi ileri sürmekle, karşı edimin sözleşmeye uygun ifa edildiği sürece kendi edimini ifaya hazır olduğunu açıklamaktadır. Bkz. **Simmen,** s. 48; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 129.

[429] Bu sonuç karşı edim borcunun imkansızlık nedeniyle sona ermesinin edim borcunun sona ermesine neden olduğu halde de geçerlidir. Bkz. **Simmen**, s. 51-52.

borçlusu, defi ile karşılaşmaksızın karşı edimin ifasını talep edebilecektir. Örneğin, satılan antika bir eşyanın teslim edilmesinden sonra, bir süre daha antika dükkanında kalmaya devam etmesinin kararlaştırıldığı ve antika dükkanında yangın çıkıp mal telef olduğu ihtimalde, satıcı antikanın bedelini defi ile karşılaşmaksızın talep edebilecektir. Aynı şekilde alacaklı, alacaklı temerrüdüne düşerse edim hasarı alacaklıya geçeceğinden bu andan itibaren malın telef olması halinde de bedelin ödenmesi defi ile karşılaşmaksızın alıcıdan talep edilebilecektir[430]. Hasara edim borçlusunun katlanması gerektiği ihtimalde, bağlılık devam edecek, edim ile karşı edim borcu arasında mübadele ilişkisi varlığını sürdürecektir.

Edim borcunun borçlunun sorumlu olduğu bir sebeple imkansızlaşması halinde, definin uygulanıp uygulanmayacağı hususu, imkansızlık sonucunda istenecek tazminatın fark teorisi[431] mi yoksa mübadele teorisine[432] göre mi talep edilip edilmeyeceğine göre farklılaşacaktır.

---

[430] **Simmen,** s. 52; aynı yönde bkz. **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 93; aynı önde bkz. **Tunçomağ**, s. 742.

[431] Bkz. **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1301 vd; fark teorisinin uygulanması gerektiğini ileri süren görüşe göre, taraflar sözleşmenin kurulması ve hüküm ifade etmesiyle sözleşmede kararlaştırılan edim ve karşı edimin mübadelesini amaçlarlar. Edimlerden birisi imkansızlaştığından artık bu mübadele amacını gerçekleştirmek mümkün değildir. Mübadele amacının gerçekleştirilmesi de imkansızlaşır. Borçlunun sorumlu olduğu imkansızlık durumunda alacaklıya zararın tazminini talep edebilme hakkı verilmiş olması bu sonucu etkilemez. Çünkü alacaklının zararı tazmin talebi ile alacaklının karşı edim borcunun mübadelesi, sözleşmeyle kararlaştırılan edim ile karşı edim arasındaki mübadeleye uygun düşmez. Taraflar başlangıçta öngördükleri edimlerin mübadelesini amaçlamışlardır, onların değerlerinin mübadelesini değil. Bu yüzden de karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin amacı ve ruhu gözönüne alındığında, alacaklıyı karşı edim borcunu ifa etmekten kurtararak, fark teorisine göre edimlerin değeri arasındaki farkın ödenmesini talep etme imkanı tanınmalıdır. Bu sonuç karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde fonksiyonel synallagmanın gerçekleştirilmesi amacına uygundur. Bkz. **van den Daele**, s.89 vd.

[432] Mübadele teorisinin uygulanması gerektiğini ve definin ileri sürülebileceğini savunan görüş için bkz. **Kaniti,** s.108; **Ennecerus/ Lehmann**, §33 II 3; **Tunçomağ**, s. 742; borçlunun sorumlu olduğu imkansızlık durumunda alacaklıya seçim hakkının mevcut olduğunu ileri süren görüşe göre, sert ve yumuşak formda görünen fark teorisi olarak ayrılabilecek iki görüşü inceleyen *Kast,* birincinin imkansızlık nedeniyle sözleşmenin sona ermesine neden olması ve geriye tek bir borcun kalmasını eleştirir ve isabetli olmadığını ileri sürerken, ikinci formun, borçlunun sorumlu olduğu imkansızlık durumunda, alıcıya Alman Hukuku'nda ileri sürülen baskın görüş ve uygulamada ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere birden fazla seçimlik hak tanınması şeklinde göründüğü, bu seçimlik haklardan birinin, alıcının karşı edim borcunu ifa etmekten kurtularak zararın tazminin fark teorisine göre hesaplanıp talep edebilme hakkı olduğunu belirtir. Seçim hakkının diğer konusu ise tazminat ile karşı edimin mübadelesidir. Alacaklıya verilen seçim hakkı karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin amacına uygundur. Alacaklının tazminat ile karşı edimin mübadelesi hususunda menfaati olabilir. Alacaklı karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin kurulmasıyla, edimlerin mübadelesine yönelen bir talep hakkı ve karşı edim borcunu ifa edebilme hakkı da kazandığından alacaklının bu menfaati korunmaya değerdir. Bu sonucun kabulüyle, ayrıca, sözleşmede kararlaştırılan karşı edimi elde eden borçlu haksızlığa maruz kalmaz. Borçlunun ediminin yerini tazminat borcunun alması da doğaldır, ki imkansızlıktan sorumlu olan kendisidir. Bkz. **Kast,** s.47-49; fark teorisini kabul etmekle birlikte,

Fark teorisinde ister borç ilişkisi devam etsin isterse sona ersin, geriye tek bir borç olan tazminat borcu kaldığından definin ileri sürülmesi mümkün değildir. Mübadele teorisinde ise her iki edimin mübadelesi sözkonusu olduğundan, kural olarak, definin uygulanabilirliğinden bahsedilir[433]. Mübadele ilişkisini açıklarken belirttiğimiz üzere, asli edimin yerine geçen tali yükümlülükler ile karşı edim borcu mübadele ilişkisi içerisinde yer alır. Herhalde takasın uygulama imkanı borcun ifa edilmediği definin uygulanmasını sınırlandırdığı gözönüne alınmalıdır.

Edim borcu alacaklının sorumlu olduğu bir sebeple imkansızlaşmış ise, imkansızlığın sonuçları bakımından Türk doktrinin de çeşitli görüşler mevcut olmakla birlikte TBK m.111 gereği bu durumun alacaklıdan kaynaklanan ifa edilememe sebebi olarak yer alması sözkonusu olabilir. Alman ve Türk/ İsviçre doktrininde, karşı edim alacağının imkansızlaşmasından borçlunun sorumlu olması halinde, borçlunun, alacaklının edimin ifası talebini borcun ifa edilmediği defi ileri sürmeksizin yerine getirmek zorunda olduğu belirtilmiştir[434]. Bu hallerde borcun ifa edilebilirliği mümkün olmadığından ve mübadele ilişkisi sona ereceğinden, definin ileri sürülebilme imkanı yoktur.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda ikame değerin elde edilmesine yönelik BGB'deki gibi düzenleme[435] olmamasına rağmen, doktrinde, karşı edimin ifasının

---

alacaklıya bir seçim hakkı verilebileceği bu surette mübadeleyi istediği durum ile karşı edimin ifa edildiği durumda mübadele teorisinin uygulanması gerektiği yönünde isabetli görüş için bkz. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 869 -870.

433 **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 94; **BernerK/ Weber**, Art.82, N.131; **Kaniti,** s. 108; **Ennecerus/ Lehmann**, §33 II 3; **Simmen**, s. 53; **Bucher**, AT, s. 310; **Kast**, s. 32-33.

434 **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 95; **Simmen,** s. 53; ayrıca bkz. **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1193; Alman Hukuku bakımından bu yönde bkz. **Kast**, s. 32; Şayet imkansızlığa alacaklı sebep olmuş ve borçlu bir ikame değer elde etmiş ise, elde edilen ikame değerin ekonomik değeri, karşı edim alacağının değerinden indirilebilir.

435 Alman Hukuku'nda BGB §285'de, borçlunun edimin ifasını yerine getirmek zorunda olmadığı kusursuz imkansızlık durumunda, boçlunun elde ettiği ikame değerin veya bir üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği zararının tazmini talebinin, alacaklının kendisine devrini talep edebileceği hususunda düzenleme mevcuttur. Bu durumlarda definin ileri sürülebileceği yönünde bkz. **Soergel/ Gsell,** § 320, N. 47; **MüncehenerK/ Emmerich**, § 320, N. 23; **StaudingerK/ Schwarze,** § 320, N.31. **Kast,** s. 32; **Erman/ Westermann**, § 320, N. 5

Alman Hukuku'nda bir görüşe göre, ikame değerin verilmesi talebi çoğunlukla kabul edildiği üzere bağımsız bir talep değildir. İkame değer, başlangıçtan itibaren sadece edim konusu bakımından mübadele geçiren edim talebine bağlıdır, onun içerisindedir. Bu sebeple edimin ifası imkansızlaştığında, ikame değer edimden bağımsız, edimin yerine geçen bir talep olarak değil, edimin içeriğinin değişmiş hali olarak değerlendirilmelidir. Bu bakış açısıyla ancak ikame değer ile karşı edim arasında mübadele ilişkisinin mevcut olduğu ve devam ettiğinden bahsedilir. Borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebilmesi için edim konusunun başlangıçtan itibaren aynı kalmasına

imkansızlaşması -kusursuz imkansızlık- nedeniyle, edim alacaklısı (karşı edim borçlusu) ikame değer veyahut üçüncü kişiye karşı bir tazminat talebi elde etmiş ise, bu ihtimalde, edim borçlusu, kendi borcunu ifa karşılığında, talebin kendisine devrini veyahut elde edilen değerlerin verilmesini talep edebileceği ileri sürülmektedir[436].

Edim borcunun imkansızlaşmasında edim borçlusuna sorumluluk yüklenebildiği durumda, şayet bir ikame değer sözkonusu ise, borçlu ikame değerin karşılamadığı zarar kalemleri bakımından zararı tazmin etmesi gerekir[437]. Bu değerlendirme gözönüne alındığında şayet bu talepler ile borçlunun edim borcu arasında takas sözkonusu olmadığı sürece definin ileri sürülebileceği söylenebilir. Edim borçlusunun defi ileri sürülebilmesi için edim alacaklısının bu ikame değeri talep etmesi gerektiği gözardı edilmemelidir[438].

Şayet taraflara yüklenemeyecek imkansızlıkta, ifası imkansızlaşan karşı edimin yerine geçen ikame değer, imkansızlaşan karşı edimin değerinden düşükse, bu ihtimalde, edim borcunun değeri –niteliğine uygun düştüğü ölçüde- o oranda indirilir[439]. Edim bölünebilir nitelikte değilse, artık edimin değerinden indirim mümkün değildir. Bu ihtimalde ikame değeri kısmı ifa niteliğinde değerlendirip, TBK m.137 II gereği tam imkansızlığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerekliliğinden bahsedilebilir. Bu kapsamda tam imkansızlık uygulandığı durumda borcun ifa edilmediği defi artık ileri sürülemez.

B. Edim ve Karşı Edimin Muacceliyeti

İfa zamanı, alacaklının ve borçlunun bakış açısından ele alındığında iki farklı anlama sahiptir[440]. Birincisi, alacaklının borçludan edimin ifasını talep edebileceği zamanı ikincisi ise borçlunun edimi ifa edebileceği zamanı (ifa edilebilirlik) ifa eder.

---

gerek yoktur. İmkansızlığın ortaya çıkmasıyla -ikame değerin içeriğine bağlı olarak- edim konusunun mübadelesi definin uygulanmasını engellemez: **Kast**, s. 35-36.

[436] **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 96; **Simmen,** s. 53; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 131; BGB'de yer alan ikame değerin talep edilebilmesine ilişkin hükmün, sözleşmeyi tamamlayıcı nitelikte bir hüküm olduğu yönünde bkz. **Kast**, s.37; Bu değerlendirmeden yola çıkılarak, Türk Hukuku'nda bu nitelikte bir hükmün olmamasına rağmen, imkansızlık durumunda ortaya çıkacak ikame değerin talep edilebilmesinin hukuki dayanağını, kanunda ve sözleşmede ilgili hüküm olmadığı ihtimalde hakimin sözleşmeyi tamamlama görevi kapsamında sözleşme boşluğunu doldurabilmesinin oluşturacağı söylenebilir.

[437] **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 96.

[438] **Kast**, s. 36.

[439] **Kast**, s.35.

[440] İfa zamanının diğer anlamları için bkz. **Oğuzman/ Öz**, I, N. 992 vd.

Bu anlamda muacceliyet, alacaklının borçludan edimin ifasını talep edebileceği zamandır[441]. Borcun ifa edilmediği definin uygulanması için edim ve karşı edimin muaccel olması gerekir. Doktrin[442] definin şartlarını incelerken genellikle ifa zamanının bu ilk anlamını gözönüne almıştır. Muacceliyet karşı edim borçlusu lehine belirlenmiş ise, bu ihtimalde karşı edim borcu ifa edilebilir olmasına rağmen henüz ifası talep edilebilir bir borç olmadığından, edim borçlusu borcun ifa edilmediği defi ileri süremez. Bu surette definin ileri sürülebilmesi için talep edilebilirliğin mevcut olması gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebilmesi için, ayrıca karşı edim borcunun ifa edilebilir bir borç olması da gerekir[443].

İfa edilebilirlik, ifa zamanının alacaklı lehine belirlenmesinde gündeme gelebilir. Karşı edim borcu bakımından ifa zamanı karşı edim alacaklısı lehine belirlenmiş ise, ifa zamanının girişinden önce borç ifa edilebilir değildir, ancak talep edilebilirdir. Bu halde karşı edim borcu ifa edilebilir olmamasına rağmen edim borçlusundan edimin ifası talep edildiği ihtimalde, edim borçlusu defi ileri sürerek edimin ifasından kaçınamaz. Çünkü defi ileri sürmekle karşı edimin en azından ifasının teklif edilmediği ortaya konduğundan, karşı edim borçlusundan ifa zamanından önce en azından ifa teklifinde bulunması beklenemez[444]. Bu

---

[441] Doktrinde görece eski tarihli görüşlere göre ifa zamanının bu her iki anlamının da muacceliyet çatısı altında incelendiği ve ifa zamanı ile muacceliyetin isabetli olmayacak şekilde birbirine karıştırıldığı (bkz. Turgut Önen, Karşılıklı **Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler**, Kalite Matbaası, Ankara, 1975, s. 37-38; **Feyzioğlu**, s. 230-231), ancak ifa zamanının muacceliyete göre daha geniş bir anlam ifade ettiği, bu sebeple ifa edilebilirlik ve muacceliyetin birbirinden ayrılması gerektiği, borçlunun edimini ifa edebileceği anda borcunun muaccel olmayabileceği, bu hususun borçluya tanınan erken ifa (Art. 81/ TBK m. 96) da görülebileceği hususunda bkz. **de Feo**, N.4 vd. ayrıca bkz. N. 155 vd. ; aynı yönde bkz. Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, Kazancı, İstanbul, 1992, s. 22-22.

[442] **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 97; **Simmen**, s. 54; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 132.

[443] Takas hakkının kullanımı bakımından her iki borcun muaccel olması şartını bu şekilde anlayan değerlendirme için bkz. **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1864.
OR Art. 75'e göre, kural olarak, her borç doğumu anında talep edilebilir ve ifa edilebilir. Bu hükme dayanarak ifa zamanının borcun doğumu anı olduğu anlaşılmaktadır. Hükmün ifa zamanının bu her iki anlamını içerecek şekilde kaleme alındığı yönünde bkz **de Feo**, N. 159. TBK m. 90'da ifa edilebilirlikten bahsedilmemesine rağmen, bu her iki anlamıyla ifa zamanının başlangıcının, borcun doğumu anı olduğu, kural olarak, kabul edilebilir.

[444] Borcun muaccel olmasına yani alacaklı tarafından talep edilebilir olmasına rağmen, ifa edilebilir olmadığı istisnai durumlarla da karşılaşılabilir. Taraflarca, ancak borç muaccel olduktan sonra, alacaklının borcun ifasını talep ettiğinde borcun ifa edilebilirliğinin kararlaştırıldığı durumda, borcun muaccel olduğu zaman ile ifa edilebilir olduğu zaman arasında farklılık ortaya çıkacaktır. Bu halde borç muaccel olmakla talep edilebilir olsa da, alacaklı borcun ifasını talep etmedikçe borç ifa edilebilir olmayacaktır. Bunun için bkz. **de Feo**, N. 160. Bu istisnai durumda da karşı edim borcu bakımından böyle bir husus kararlaştırılmış ise, karşı edim alacaklısı borcun ifasını talep etmediği

beklenemezlik ifa zamanının alacaklı lehine belirlenmesine yönelen taraf iradelerinden anlaşılabilir. Bu husus karşı edimin zamanaşımına uğramış olması hususundan farklıdır[445].

Borcun talep edilebilirliği bakımından definin ileri sürülebilirliğinin incelenmesi gereken bir diğer kurum "eksik borç"lardır. Acaba karşı edim bir eksik borç olduğu ihtimalde defi ileri sürülebilecek midir?

Öncelikle belirtmek gerekir ki edim borcu bir eksik borç ise, borç ifa edilebilir olsa da talep edilebilir olmadığından[446] borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilmesi teorik olarak mümkün ise de-çoğun içinde azı vardır kuralı- buna gerek kalmayacaktır.

Kural olarak, karşı edim borcu bir eksik borç niteliğinde ise bu durumda borç talep edilebilir nitelikte olmadığından[447] edim borçlusu borcun ifa edilmediği defi ileri süremeyecektir. Kural bu yönde olmakla birlikte isabetsiz sonuçları önlemek bakımından karşı edim borcunun eksik borç/ tabi borç olarak tanımlandığı durumlarda definin ileri sürülüp sürülemeyeceği hususu her bir eksik borcun kaynağı gözönüne alınarak değerlendirilmelidir. Bu bakımından öncelikle taraflarca karşı edim borcunun eksik borç olarak nitelendirildiği, karşı edim borcunun muacceliyetinin belirlenmesinin karşı edim borçlusuna bırakıldığı ihtimal değerlendirilmelidir. Her bir somut olayın özelliği gözönüne alınarak sözleşmenin yorumlanması neticesinde bu

---

zaman içerisinde kendisinden edimin ifası istenirse, borçlu, edim alacaklısına karşı defi ileri süremeyecektir. Zira karşı edim borcunun ifası muacceliyetten sonra talep edilmediğinden karşı edim borcu ifa edilebilir nitelikte değildir ve bu durum definin ileri sürülmesini engeller.
Ayrıca bkz. Y. 15. HD. 3776/ 7357 T. 22. 11. 2012 (**Kazancı**): *"…Davalı kooperatif, davacı arsa sahibinin tapu devir borcunu yerine getirmediğini savunarak ödemezlik def'inde bulunmuşsa da, sözleşmede tapu devrinin ilgilinin talebi üzerine verileceği kararlaştırıldığından ve davalı kooperatif tapu devir borcu yönünden davacı arsa sahibini ihtarla temerrüde düşürmediğinden davalının* ödemezlik defi *dinlenemez…"*.

[445] Zamanaşımına uğramış karşı edim alacağına dayanarak edimin ifasından kaçınılıp kaçınılmayacağına ilişkin bkz. aşağıda §4 II C.

[446] **Oğuzman/ Öz**, I, N. 66; Hukuken borçlu olunmayan ahlaki görevin bir alacak hakkı niteliğinde olup olmadığı hususundaki tartışma (bu tartışmaya ilişkin bkz. **Oğuzman/ Öz**, N. 67 vd.) bu hususta değişiklik yapmaz.
Eksik borca yönelik savunmanın itiraz olduğu durumda itiraz, muacceliyet eksikliği nedeniyle yapılan dava temelinin yetersizliği savunmasıyla çelişki oluşturmaz. Zira eksik borçta, davacının talebinin dayanağı olan hususlar dışında kalan başkaca hususların ileri sürülmesi sözkonusu olabilir. Davacının talebine esas kıldığı dava sebebinden bu durum tek başına anlaşılmayabilir. Bu nedenle eksik borca yönelik savunma itiraz teşkil edebilir.

[447] Muacceliyet etkisini alacaklının edimin ifasını talep ve gerektiğinde dava edebilmesinde gösterdiğinden eksik borç muaccel olmaz. Bu durum borçlunun borçlu temerrüdüne girmemesinde ve karşı edimin eksik borç olduğu durumda kural olarak borçlunun takas ileri sürememesinde görülür.

nitelikte bir eksik borç kararlaştırıldığı sonucuna varılırsa, taraf iradelerinden, tarafların edim ile karşı edim arasında bir mübadele ilişkisi kurmak istemediği, tarafların definin ileri sürülebilirlik şartlarından biri olan mübadele ilişkisine yer vermeyerek, defiden feragat etmek istedikleri sonucuna varılabilir. Bu halde artık borcun ifa edilmediği definin ileri sürülememesi muacceliyetin değil, mübadele ilişkisinin mevcut olmadığına dayanır. Şayet taraf iradelerinden, tarafların edimlerin mübadelesine yöneldikleri sonucuna varılırsa, edimler arasında ya kondisyonel bağlılık ya da sebepsel (kausal) bağlılık mevcuttur[448]. Her iki halde de definin ileri sürülmesi gündeme gelmeyecektir.

Ancak eksik borç/ tabi borcun kanundan doğduğu hallerde, kural olarak, definin ileri sürülebileceğinden bahsetmek gerekir. Evlenme simsarlığı sözleşmesinde, taraflardan birisi evlenmeye aracılık etme borcu altında iken diğer taraf kararlaştırılmış bir bedeli ödeme borcu altındadır. TBK m. 524 evlenme simsarlığından doğan ücret alacağının dava edilemeyeceği veya talep edilemeyeceği yönünde bir düzenlemeyi içermesi, evlenme simsarlığından doğan simsarlığın yerine getirilmesi borcunun da talep edilemeyeceği ve ifasından kaçınılabileceği hususunu gözönüne alarak tarafların edimleri arasındaki mübadele ilişkisinden yola çıktığı söylenebilir. Bu halde evlenme simsarlığı borcunun ifası talep edilemez olmasına rağmen, borçluya talep yöneltildiğinde, borçlunun defi ileri sürmesine gerek kalmaksızın durum hakim tarafından re'sen gözönüne alınacak ve dava reddedilecektir. Bu halde ise defi teorik olarak ileri sürübilir olsa da buna gerek kalmayacaktır. TBK m. 524 bu halde definin uygulanmasını engelleyen bir hüküm olarak anlaşılamaz, aksine definin ileri sürülmesine gerek duyulmasını engelleyen bir hüküm şeklinde yorumlanabilir.

Evlenme simsarlığında definin ileri sürülebilme imkanının olması sonucuna, TBK m. 81'de yer alan hukuka ve ahlaka aykırı bir amacın gerçekleşmesi için verilenin geri istenemeyeceğine ilişkin düzenlemenin iade borcunu ortadan kaldırmayıp eksik borç haline getirdiği kabul edildiğinde[449] de varılabilir. TBK m. 81'in amacından yola çıkıldığında, özellikle TBK m. 27'e göre hukuka ve ahlaka aykırı olan ve bu nedenle

[448] Edimlerin mübadelesine yönelen synallagma dışındaki bu nevi bağlılıklar için bkz. yukarıda §2 II B 1 dn. 288.

[449] TBK m. 81'in iade borcunu ortadan kaldırmayıp eksik borç haline getirdiği hususuna ilişkin tartışma için bkz. Turgut Öz, **"BK m. 65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m. 65 Kuralı ile İlişkisi Rüşvet-Başlık Parası"**, İBD 1985/ 1-2-3, s. 118 vd.

kesin hükümsüz olan karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin ifa edilmesinden sonra karşılıklı iade istemlerinden birine izin verilirken diğerine izin verilmemesi TBK m. 81'in amacına aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle TBK m. 81 gereği hukuka aykırı bir amacın gerçekleştirilmesi için verilenin iadesi karşı edim borcu teşkil ettiği ihtimalde iade talep edilemese de borçlu defi ileri sürerek, edimin iadesinden kaçınabilir[450]. Örneğin, para karşılığı bir adamın yaralanması için silah satışı yapan ve alacaklıya silahı teslim ederek karşılığı parayı alan borçludan paranın iadesi talep edildiğinde, borçlu iade borcunun ifasından defi vasıtasıyla kaçınabilecektir[451].

IV. ÖNCE İFA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN OLMAMASI

A. Genel Olarak

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, edim ile karşı edim arasında mübadele ilşikisinin olduğu her durumda, edimler aynı anda ifa edilmek zorunda değildir. Aynı anda ifa, mübadele ilişkisinin zorunlu bir unsuru olmadığından, edimlerin aynı anda ifası karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin tipik unsuru olarak değerlendirilemez[452]. Bu sebeple karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde synallagmatik edimlerden birinin diğerinden daha önce ifa edileceğinin kararlaştırılması mümkündür.

Önce ifa yükümlülüğünün olmaması, kural olarak, definin ileri sürülebilme şartlarından biridir. Bu nedenle, çalışmamız kapsamında, ağırlıklı olarak, mübadele ilişkisi içerisinde yer alan edimlerden hangisinin önce ifa yükümlülüğünün konusu olduğu ve bunun sonuçları incelenecektir. Öncelikle önce ifa yükümlülüğünün mevcut olduğu durumda definin ileri sürülememesinin hukuki dayanağının ne olduğu sorusu cevaplanmalıdır.

---

[450] Herhalde TBK m. 81 I c.2'e göre, iadesi engellenen borç konusunun devlete mal edilmesine karar verilebileceğinden, böyle bir karara varılması karşı edim borcunun ifasını imkansızlaştıracak ve TBK m. 136 gereği edim borcunun ifasının da sona ermesine neden olacaktır. Artık bu halde, edim ve karşı edim borcu mevcut olmadığından definin ileri sürülemeyeceğini belirtmek gerekir. Ancak devlete mal edilmesine ilişkin kararı verme hususunda hakime takdir yetkisi tanınmıştır.

[451] yBK m. 65 (TBK m. 81) gereği bir tarafın edimin iadesine yönelik talebi sebepsiz zenginleşmeye diğerinin talebi ayni hakka dayandığı ihtimalde aynı sonucu kabul eden ve yBK m. 65 (TBK m. 81) 'in iade borcunu ortadan kaldırmayıp eksik borç haline getirdiği görüşü kabul edilirse, borcun ifa edilmediği definin kıyasen uygulanacağını kabul eden görüş için bkz. **Öz**, Eksik Borç, s. 111-112; kıyasen uygulanabilirliğine değinmeksizin aynı yönde bkz. **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1100.

[452] **Gernhuber**, s. 355; **Weiler,** §12 N. 11; önce ifa yükümlüğünün ifa sürecini değiştirdiği ama fonksiyonel synallagmayı ortadan kaldırmadığı yönünde bkz. **Zoller**, s. 35; fonksiyonel synallagmayı zayıflattığı yönünde bkz. **Erman/ Westermann**, §320, N. 19.

TBK m.97 nin lafzından yola çıkıldığında tarafların karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edim borçlarının ifasına ilişkin belirli bir sırayı takip edebilecekleri anlaşılmaktadır. BGB §320'de yer alan düzenleme, bu hususu borçlu açısından ifade ederek önce ifa yükümlüsü olmadıkça borçlunun edimin ifasından kaçınabileceğini belirtmiştir[453]. Türk ve İsviçre Hukuku'nda hükmün ifadesi alacaklı açısından ele alınmasına rağmen, BGB'nin ifadesinden çıkan sonucu burada da kabul etmenin herhangi bir sakıncası yoktur[454]. Bu sonucu hem TBK m. 97'nin lafzı dolaylı olarak, hem de hukuki değerlendirme destekler. Zira, kural olarak, taraflardan birinin önce ifa ile yükümlü olduğu durumda definin amaca uygun haklılaştırılması - aynı anda ifa prensibi- konusuz kalır. Bu sebeple karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, kural olarak, edim borçlusu tarafından definin ileri sürülebilmesi için, edim borçlusunun borcunu önce ifa etmesi zorunluluğunun mevcut olmaması veya en azından etkisini kaybetmiş olması gerekir.

Önce ifa yükümlülüğü sözkonusu olduğu ihtimalde önce ifa yükümlüsü edimini önce ifa ederek karşı tarafa bir kredi sağlar[455] ve aynı anda ifanın kendisine sağladığı imkanları kullanamama riski içerisine girer[456]. Bu durum önce ifa yükümlülüğü ile aynı anda ifa arasındaki sınırı belirler[457]. Önce ifa yükümlülüğünün bu dezavantajları gözönüne alındığında aynı anda ifanın kural, önce ifa yükümlülüğünün ise özel bir dayanağının olması gerektiği hemen anlaşılır[458]. Çalışmamız kapsamında önce ifa yükümlülüğünün çeşitlerine değindikten sonra önce ifa yükümlülüğünün dayanaklarını, sonuçlarını ve önce ifa yükümlülüğünün sona ermesini ayrı alt başlıklar altında incelemeye çalışacağız.

---

[453] Hükmün ifadesinin önce ifa yükümlülüğünün kaynağı olmadığı, ifadenin hükmün tamamlayıcı nitelikte olduğunu gösterdiği yönünde bkz. **Zoller**, s. 40-42.

[454] **Simmen**, s. 57; **von Tuhr/ Escher,** s. 58, s. 65; **von Büren**, s. 463; aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 105 II 28 (30).**

[455] **Stöckli**, N.226; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N.17; **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 139; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 104; **Müller**, s. 91; **Kast**, s. 56; **Rumpf**, s.186.; aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 122 III 43 (46, 48); BGE 120 II 212.**

[456] **Erman/ Westermann**, §320, N.19; İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 124 III 337 (339)**

[457] **BaslerK/ Leu**, Art. 82, N. 8; aynı yönde bkz. **BGE 122 III 43 (46, 48)**

[458] **Kast,** s. 56; **Ahrens**, N. 88; **Simmen**, s.58; **Zoller,** s. 41; **BernerK/Weber,** Art. 82, N. 135; **BaslerK/ Leu**, Art. 82, N. 8

B. Önce İfa Yükümlülüğünün Çeşitleri

Önce ifa yükümlülüğünün çeşitleri iki şekilde incelenebilir. Birincisi daimi (beständig) önce ifa yükümlülüğüdür. Daimi önce ifa yükümlülüğünde önce ifa alacaklısı olan tarafın karşı edim borcunun muacceliyeti, edim borcunun ifası geciktirici şartına bağlıdır. Bu surette borçlu borcunu ifa ederse diğerinin borcu muaccel olacaktır[459]. Daimi önce ifa yükümlülüğünde önce ifa alacaklısı olan tarafın karşı edim borcunun muacceliyeti, önce ifa yükümlüsünün edimini ifa etmesi geciktirici şartına bağlı olduğundan, önce ifa yükümlüsü edimini ifa etmediği sürece alacaklı karşı edim borcu bakımından temerrüde düşmeyeceği[460] gibi daimi önce ifa yükümlüsü borçlunun, borcun ifa edilmediği defi ileri sürme imkanı da yoktur[461]. Ancak istisnai bir şekilde, karşı edim borçlusunun davranışları sözleşmenin amacını tehlikeye düşürüyor ve artık telafi edilemez şekilde amacın gerçekleşmesini önlüyorsa bu durum sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilip önce ifa yükümlüsünün defi ileri sürebilme imkanı olduğu kabul edilebilir[462].

Daimi önce ifa yükümlülüğünde borcun ifa edilmediği definin uygulanmayacağına örnek olarak, satıcının satılanı teslim ve mülkiyetini devretmesinden sonra bir ay içerisinde bedelin ödeneceğinin kararlaştırıldığı

---

[459] Ancak bu hususu, edim borcunun ifasının karşı edim borcunun doğumu ve hüküm ifade etmesinin şartı olduğu durumlardan ayırt etmek gerekir. Karşı edim borcunun doğumu ve hüküm ifade etmesinin şartı olması alacağın muacceliyetinden ziyade alacağın varlığı sorunuyla ilgilidir. Ancak bu durumda da aslında aksi kararlaştırılmamış ise alacağın şartın gerçekleşmesiyle hüküm ifade etttiği anda muaccel olacağı söylenebilir: **Zoller,** s. 25; bunun örneklerine -daha önce belirttiğimiz üzere- edimler arasında kondisyonel bağlılık olduğu durumlarda rastlanır. Bkz. yukarıda §2 II B 1 dn. 288.
İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, malın tesliminden 1 ay sonra bedelin ödeneceğinin kararlaştırıldığı durumda bir daimi önce ifa yükümlülüğünün olduğu, bu durumda önce veya sonra ifa yükümlülüğü arasında belirli bir sürenin mevcut olduğuna değinmiştir: **BGE 127 III 200-201**; İsviçre doktrininde bir görüş, Federal Mahkeme'nin bu kararındaki tespiti isabetli görmemiş ve Federal Mahkeme'nin önceki değerlendirmeleriyle çelişki oluşturduğunu isabetli bir şekilde ileri sürmüştür. Buna göre, bu süre, önce ifa ile yükümlü olanın edimini ifa etmesiyle başlayacak olduğundan önce veya sonra ifa yükümlülüğü arasında mevcut bir süre niteliğinde değildir: Wolfgang Wiegand, "**Vorleistungpflicht, Art. 82 OR, BGE 127 III 199 ff**", ZBJV, 2003/ 139, s.827.

[460] **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N.116; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 147; karşı edimin ifası için belirli bir zaman kararlaştırılmış olsa dahi, daimi önce ifa yükümlülüğü durumunda aynı yönde bkz. **Erman/ Westermann**, §320, N.19.

[461] **Stöckli**, N.227-228; **Medicus/Lorenz,** N.242; aynı yönde bkz. **Fichtner,** s.48; **Kast,** s. 61; **MünchenerK/ Emmerich**, § 320, N. 19; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 147; **Erman/ Westermann**, §320, N.19; aynı yönde İsviçre Federal Mahkmesi kararı için bkz. **BGE 127 III 200**; **BGE 105 II 30-31**.

[462] **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 147; aynı yönde bkz. **Simmen,** s.64.

ihtimalde, satıcı, satılanın teslimini ve mülkiyetini devretmediği sürece bedelin ödenmesini talep edememesi ve satılanın teslimi talep edildiğinde defi ileri sürememesi verilebilir. Satış sözleşmeleri için öngörülen "Faturaya karşı ödemede", "Belgelerin teslimi karşılığında ödeme" klozlarında da satıcının faturayı göndermesi durumunda, alıcının bedel ödeme borcu, satılanın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devri borcuna karşı daimi önce ifa yükümlülüğü niteliğindedir. Çünkü bu durumda satıcının satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devretme borcu zamanın geçmesiyle muaccel olmayacak, o ifayı diğerinden daha önce talep etme yetkisini kaybetmeyecektir[463]. Bu halde, kural olarak, satıcı belgeleri ve faturayı gönderdikten sonra önce bedel ödenecek daha sonra malın zilyetliği ve mülkiyeti devredilecektir.

Önce ifa yükümlülüğünün çeşitlerinden ikincisi ise geçici(unbeständig) önce ifa yükümlülüğüdür. Geçici önce ifa yükümlülüğünde, önce ifa yükümlüsünün ediminin muacceliyeti diğerinden daha öncedir. Her iki edimin muacceliyeti zaman aralığında edimi daha sonra muaccel olacak taraf, kendi edimini ifa etmeksizin diğerinden edimin ifasını talep edebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, sonra ifa edilecek karşı edimin muacceliyeti, edimin ifasına değil, bilakis onun için kararlaştırılan vadenin gelmesine bağlıdır[464]. Her iki edim yükümlülüğü de kendileri için belirlenen

---

[463] **Zoller,** s.26; **Simmen**, s. 58; Y. 14 HD. 5252/7424 T. 27.10.2004 (**YKD** 10/2005 s. 1580 vd.) *"…Sözleşme uyarınca öncelikli edim yüklenicidedir. Tarif etmek gerekirse yüklenici edimi kaba seviyeye getirdiğinde oniki, ince işler seviyesinde yirmi, çevre düzenlemesi aşamasında sekiz milyar lira bedele hak hazanacaktır. Borçlar kanununun 81. maddesi gereğince karşılıklı taahhütleri havi bu gibi sözleşmelerde, akdin icrasını isteyen tarafın öncelikle kendi edimini ifa etmesi veya ifasını teklif etmiş olması gerekir. Olayda ise, yüklenici şirket on milyar lira olan peşin bedeli tahsil ettiği halde, eseri on iki milyar lira istemeye hak kazanacağı kaba inşaat seviyesine getirmemiştir….Açıklanan bu duruma göre, yüklenici şirket sonraki aşamada ödenmesi gereken para dilimlerini sözleşmenin açık hükmü karşısında satın alan Şaban'nda isteyemeceğinden yüklenici temerrüdü gerçekleşmiştir…".*

[464] **Stöckli,** N. 229; **Medicus/ Lorenz**, N. 242; **Fichtner,** s. 48; **Oesterle,** s. 247; **Kast** s. 60-61; **MünchenerK/ Emmerich**, § 320, N. 19; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 148; **Erman/ Westermann**, §320, N.19; **BaslerK/ Leu,** Art. 82, N. 8; **Grüter**, s. 89; geçici önce ifa yükümlülüğü olarak nitelememekle birlikte önce ifa yükümlülüğü olduğunu kabul eden görüş için bkz. **Kaniti**, s. 140; Aynı yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararında, mahkemeye göre, taraflar, birinin ifasının diğerinin muacceliyetinin şartı teşkil etmeksizin edim ve karşı edim bakımından farklı vadeler kararlaştırabileceği, belirlenen zamanın geçmesiyle önce ifa yükümlülüğünün sona ereceği ve edimlerin aynı anda ifa edileceği yönünde bkz. **BGE 127 III 201.**
Aksi yönde görüşe göre, sözleşmede farklı vadelerin kararlaştırıldığı ihtimalde önce ifa yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir. Bkz. **Simmen,** s. 59; **von Tuhr/ Escher,** s.65; Aksi görüş, sözleşmede farklı vadelerin kararlaştırıldığı durumda önce ifa yükümlülüğü olmadığını şu örnekle açıklamaktadır: Örneğin, A edimini 1 şubatta, B ise 1 martta ifa etme borcu altına girmiş ise; A 1 martta karşı edimi talep ettiği ihtimalde, talebinin muacceliyeti önce ifa yükümlülüğüne bağlanmadığından edimini ifa ettiğini ileri sürmesine gerek yoktur. Ancak talebi karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmeye dayandığından ve edim talebi muaccel olduğundan davalı B, ona karşı defi

vadenin gelmesiyle muaccel olacak ve önce ifa yükümlülüğü sona erecektir. Geçici önce ifa yükümlülüğünü, daha sonra ifa edilecek borcun muacceliyeti için öngörülen sürenin geçişiyle sona erecek önce ifa yükümlülüğü olarak nitelemek mümkündür[465]. Sürenin geçişiyle önce ifa yükümlülüğü sona erdiğinden – diğer şartlar da oluştuğu sürece- artık her iki taraf da borcun ifa edilmediği defi ileri sürme imkanına sahiptir[466]. Bu her iki durumda da, yargılama sırasında, davacının davalının önce ifa ile yükümlü olduğunu ileri sürmesi ve ispat etmesi gerekir. Herhalde hakim davalının önce ifa yükümlüsü olup olmadığını re'sen incelemek zorundadır[467].

C. Önce İfa Yükümlülüğünün Dayanakları

1. Genel Olarak

TBK m. 97 *"... sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça..."* ifadesine yer vermekte, bu surette ifadeden talep eden alacaklının daha sonra ifa etme hakkının sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre belirleneceği sonucu çıkmaktadır. Ancak, hükmün lafzından, önce ifa yükümlülüğünün dayanağının sadece sözleşme ile sınırlandırıldığı söylenemez. Zira hüküm bu bakımdan sınırlayıcı olmayıp, açıklanmayı gerektirici niteliktedir. Sözleşmenin koşulları, taraflarca, kanunda yer alan tamamlayıcı düzenlemelerle veya teamüllerle belirlenebilir. Sözleşmenin özellikleri ifadesinden ise sözleşmenin konusu, sözleşmeden doğan edim veya karşı ediminin niteliği çıkarılabilir. Bu sebeple alacaklının daha sonra ifa etme hakkının dayanakları çeşitlilik kazanır. Bu konuda kanunda sınırlayıcı bir düzenlemenin olmaması, dayanağın genişletilme ihtiyacının karşılanması gerekliliğini destekler. Hatta "sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre" ifadesine yer verilmeyip salt "alacaklının daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça" ifadesine yer verilseydi dahi, sonuç farklılaşmazdı. Zira bu durumda alacakının daha

ileri sürebilir. B, 1 şubatta edimin ifasını dava ederse, ne karşı edimi ifa ettiğini ileri sürmesine gerek vardır ne de defi ileri sürülmesinden endişe etmesine. Çünkü A'nin talebi henüz muaccel değildir. Ancak 1 marttan itibaren A'nın talebi muaccel olacağından A borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilir.

[465] Bu nitelendirme için bkz. **Zoller,** s. 25.

[466] **Stöckli** N. 229; **von Tuhr/ Escher**, s. 65; **Simmen,** s. 59; **Medicus/ Lorenz,** N. 242; **MünchenerK/ Emmerich**, § 320, N. 19; **Kast,** s. 60; **BeckOK/ Schmidt,** §320 N. 18; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 117; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 148; **Zoller**, s. 25; **Kaniti,** s.140; **BaslerK/ Leu**, Art. 82, N.8; aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 127 III 202**.

[467] **MünchenerK/ Emmerich**, § 320, N. 19; **Oesterle**, s. 246.

sonra ifa etme hakkının olup olmadığı yine kanun, sözleşme, teamüller veya sözleşmenin yahut edimin niteliğine göre belirlenecek ve uygulanacaktı[468].

Önce ifa yükümlülüğü, kanuna, tarafların anlaşmasına, bir teamüle(Art.184 Abs.2 OR), edimin veya sözleşmenin niteliğine dayanabilir[469]. Sözleşmede önce ifa yükümlülüğünün kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı, kararlaştırılmış ise geçici mi daimi önce ifa yükümlülüğü olup olmadığı sözleşmenin yorumu meselesidir. Yorum yoluyla belirlenemediği durumda ise sözleşmenin tamamlanması gündeme gelir. Sözleşmenin tamamlanması sürecinde kanundaki tamamlayıcı nitelikteki düzenlemeler önce ifa yükümlülüğünün olup olmadığının belirlenebilmesine yardımcı olur[470]. Kanundaki tamamlayıcı düzenlemede önce ifa yükümlülüğüne yer verilmiyor, önce ifa yükümlülüğü diğer bir şekilde de belirlenemiyorsa, taraflardan hiçbirinin önce ifa yükümlüsü olmadığı söylenebilir. Bu durumda edimlerin aynı anda ifa edilmesi prensibi uygulama alanı bulacaktır.

2. Tarafların Sözleşmeyle Kararlaştırmaları

Taraflar, önce ifa yükümlülüğünü kanuni düzenlemelerden ayrılacak şekilde kararlaştırabilirler. Bu şu şekilde mümkündür: Birincisi, taraflar bir taraf için önce ifa yükümlülüğü düzenleyen hükümden önce ifa yükümlülüğünü diğer taraf için düzenleyerek ayrılabilirler. Örneğin kiraya verenin, kiralananı kiracının kullanımına bırakma borcu bakımından önce ifa yükümlülüğünü kiracı aleyhine çevirebilirler. Kiracının kira bedelini ödeme borcunu önce ifa etmesi gerektiği kararlaştırabilir ve bu surette kanundaki düzenlemeden ayrılabilirler. İkinci olarak aynı anda ifayı düzenleyen bir hükümden bir taraf için önce ifa yükümlülüğü düzenleyerek

---

[468] Alman Hukuku'nda BGB § 320'de önce ifa yükümlülüğünün dayanaklarına herhangi bir atıf yapılmamış olmasına rağmen, önce ifa yükümlülüğünün dayanaklarının çeşitli şekilde belirleneceği doktrinde kabul edilmiştir. Bkz. **MünchenerK/Emmerich,** §320, N. 17; **Kast**, s. 56 vd; **Grüter**, s. 84-85; **Medicus/Lorenz,** N. 242; ayrıca Türk/ İsviçre Hukuku bakımından bkz. **Simmen,** s.58; **von Tuhr/Escher**, s.58; **Stöckli**, N. 226; **Feyzioğlu**, s. 128-129; aksi yöndeki görüşe göre, yBK m. 81'inci maddesinden adete atıf olmaması nedeniyle adetin önce ifa yükümlülüğünün dayanağı olamayacağı, kanun adete özel bir atıf yapmadıkça bu çözüm tarzının kabul edilemeyeceği yönünde, hükmü sınırlayıcı şekilde yorumlayan isabetsiz görüş için bkz. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 827 dn.4.

[469] **BaslerK/ Leu**, Art. 82, N.8; **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1081; **Kılıçoğlu**, s. 758; **Eren**, s. 1015-1016; **Feyzioğlu**, s. 128; aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 127 III 202;** dürüstlük kuralına da dayanabileceği yönünde bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 140; ; ifa sırasının taraflarca kararlaştırılabileceği yönünde bkz. **BGE 117 II 607**

[470] **Stöckli**, N. 226 ve N. 226 dn. 503; ayrıca bkz. **BGE 127 III 202**.

ayrılabilirler. En sık karşılabilecek örnek tarafların satış sözleşmesini taksitli satış olarak kararlaştırdıkları durumdur. Bu durumda satıcının satılanın teslimi ve mülkiyetini geçirme borcu bakımından önce ifa yükümlülüğü sözkonusudur[471]. Tersi ihtimalde de aynı sonuç geçerli olup, bu hususa ön ödemeli satış sözleşmesinde rastlanır. Bu halde alıcı bedeli önce ifa etmekle yükümlüdür.

Sözleşme ile önce ifa yükümlülüğünün belirlenmesinde, taraflar önce ifa ifadesine açık şekilde yer vermeyen çeşitli klozlardan[472] yararlanılabilir. Örneğin "Faturaya karşı ödeme" de, fatura gönderildikten sonra alıcı bedeli ödemeli, satıcı daha sonra satılanı teslim ve mülkiyetini devir borcunu ifa etmelidir. Satıcı faturanın gönderilmesiyle satılanın gönderilmeye/ teslime hazır olduğunu bildirir. Bu durumda alıcının, satılanın ziletliğin ve mülkiyetin devri borcundan daha önce ifa yükümlülüğü ortaya çıkar[473]. Bunun yanında bir akreditif açılması durumunda alıcının, akreditif açılması borcu bakımından önce ifa ile yükümlü olduğundan bahsedilebilir[474]. Akreditif açıldıktan sonra edim borçlarının ifası bakımından aynı anda ifa geçerlidir. Bu ifa süreci ile akreditif açılması borcunun ifası sürecini birbirinden ayrılır. Zira akreditif açıldıktan sonra belgelerin bankaya teslimi anında bedel ödenmesi gerçekleşecektir[475]. Taraflar, ticari işe veya sözleşme ilişkilerinde uygulanan teamülden doğan önce ifa yükümlülüklerine sözleşmelerinde açıkça yer verebilirler veya bu teamüllere atıf yapabilirler. Bu durumda da taraflarca kararlaştırılmış önce ifa yükümlülüğünün varlığından bahsedilebilir[476].

---

[471] **Medicus/ Lorenz,** N. 242; aynı şekilde bedel ödeme borcunun, satılanın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devrinden sonra belirli bir süre sonra muaccel olacağının kararlaştırıldığı ihtimalde de bu durumla karşılaşılabilir. Bkz. **Schwenzer**, N. 62. 03.

[472] Bu klozlara örnek olarak şu klozlar da gösterilebilir. "Belge karşılığında ödeme" klozu sözkonusu ise, satıcı önce belgeleri teslim edecek alıcı daha sonra ödemeyi gerçekleştirecektir. Bu durumda da malların teslimi ve mülkiyetinin devri borcuna göre alıcının önce ifa yükümlülüğünden bahsedilebilir. Aynı şekilde "Ödeme şartlı teslim"de, alıcının malı daha önceden inceleme imkanı yoktur ve alıcı önce ifa ile yükümlüdür. Bkz. **Simmen**, s.58; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 111; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N.18; **BernerK/ Weber**, Art. 82 ,N. 144; Bir diğer kloz, satıcının önce ifa ile yükümlü olduğu "satılanın tesliminden sonra ödeme" veya "teslimi şartı ile ödeme" dir. Bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82 N. 111; **Simmen,** s. 59.

[473] **ZürcherK/ Schraner**, Art.82 N.111; **Simmen**, 58; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N.18; **BernerK/ Weber**, Art. 82 ,N. 144; **Kaniti**, s. 139.

[474] **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 111; **Simmen**, s.58; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 18; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 144.

[475] **Simmen,** s. 58, dn. 63; **von Büren**, s. 463 dn. 65; **BernerK/ Weber**, Art. 82 ,N. 144; **Becker**, Art. 82, N. 19; Georg Gautschi, "**Das Akkreditiv im Lichte der neuen internationalen Rischtlinien"**, SJZ, 1964/60, s.34 vd.

[476] **Simmen,** s.59.

Kanaatimizce tarafların kullandığı klozların, sözleşmedeki şartlar, burdan anlaşılamıyorsa ticari teamül çerçevesinde yorumlanması ve bu surette önce ifa yükümlülüğünün varlığı ve kimin hangi edimi bakımından önce ifa yükümlülüğüne sahip olduğu hususu, her bir somut olayın özelliğini gözönüne almayı, buna göre değerlendirme yapılmasını gerektirir.

Örneğin, "Fatura tarihinden sonra 30 gün içinde ödeme" şeklindeki bir sözleşme hükmü, ticari teamül gereği, 30 günlük sürenin işlemeye başlaması sadeece faturanın gönderilmesini değil ayrıca satılanın teslime hazır şekilde bulundurulmasını gerektirebilir. Bu nedenle sürenin başlaması satıcının önce ifa yükümlülüğünü yerine getirmesine bağlıdır[477]. Ancak taraflar bu klozla, sözleşmenin yorumlanması neticesinde fatura gönderildikten sonra alıcının 30 gün içinde ödemesini kararlaştırdıkları anlaşılıyorsa bu durumda, alıcının bedel ödeme borcunu önce ifa etmesi gerektiği anlaşılır.

3. Kanundan Doğan Önce İfa Yükümlülüğü

Kanunkoyucu, bir tarafın önce ifa yükümlülülüğünü, tamamlayıcı bir norm olarak, bir tarafın ediminin sürekli olduğu borç ilişkilerinde, örneğin bir tarafın bir ücret karşılığında iş gördüğü borç ilişkilerinde düzenleme ihtiyacı hissetmiş, aynı anda ifa kuralından ayrılan hükümler sevketmiştir[478]. Bu hükümler, kural olarak, önce ifa yükümlülüğünün dayanağını teşkil eder.

Önce ifa yükümlülüğünün doğduğu hükümlere örnek olarak, aksi kararlaştırılmamışsa, adi (TBK m. 314/ OR Art. 262 II) [479] kira ve ürün kirasında(TBK

---

[477] **Kaniti** , s. 139; aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 52 II 140**; **BGE 127 III 200**

[478] BGB'de öngörülen önce ifa yükümlülüğüne ilişkin hukuki düzenlemeler, yükümlülüğü çoğunlukla daimi önce ifa yükümlülüğü niteliğinde ele almıştır. Örneğin eser sözleşmesinde, zamanın geçişi değil, eseri kabul yükümlülüğünün tek başına yüklenicinin önce ifa yükümlülüğünü sona erdirilmesini ve yüklenicinin eserin bedelini talep edebileceği zamanı belirlediği yönünde bkz. **Zoller,** s. 26; aynı yönde bkz. Rolf Gabius, "**Die Vollstreckung von Urteilen auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung**", NJW, 1971/20, s. 868.
Kanunkoyucu önce ifayı kimin taşıyacağına ilişkin yükü belirleme ihtiyacı hissetmiştir. Genellikle aynı zamanda bedel alacaklısı olan edim borçlusunun önce ifa yükümlüsü olduğunu belirlemiştir. Bu çözüm tarzı isabetlidir. Zira bu surette önce ifa alacaklısının kendi ediminin ifasıyla ilgisiz olmasını dğer deyişle kötü veya kalitesiz ifa gerçekleştirmesi önlenmektedir. Özellikle karşı edim konusu para olduğu durumda diğer edim konularından farklı olarak, edimin nitelik bakımından sözleşmeye uygun ifa edilmesi tehlikesi sözkonusu değildir. Bkz. **Zoller,** s.100; aynı husus, belirli ölçüde, Türk ve İsviçre Hukuku bakımında da kabule şayandır.

[479] Alman Hukuku'nda, kural olarak, kiraya verenin önce ifa ile yükümlü olduğu yönünde bkz. **Fichtner**, s.47-48. Türk Hukuku bakımından TBK m. 314'den, kural olarak, kiraya verenin önce ifa yükümlülüğünün olduğu çıkarılabilir. Ancak bu önce ifa yükümlülüğü, aksi kararlaştırılamaz

m. 362/ Art. 286 II) kiraya verenin, işçinin (TBK m. 406/ OR Art. 323), yayım sözleşmesinde yayımlatanın (TBK m.497/ OR Art. 389)[480], ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısının(TBK m. 611 vd./ OR Art. 521 I) borçları[481] gösterilebilir. Ücretli vekalet sözleşmeleri bakımından[482], kural olarak, vekil belirli bir ölçüye kadar önce ifa ile yükümlüdür. Bunun anlamı vekilin edimini ifa etmeye başladıktan sonra aksine bir anlaşma olmadıkça müvekkilin vekalet ücretini ödemesi gerektiğidir. Şayet vekil ifaya başladıktan sonra müvekkil ödeme yapmaz ise, vekil işe devam etmek zorunda değildir. Böylelikle vekilin edimini önce ifa etmek suretiyle rastgele uzun süre kredi verme zorunluluğu, müvekkilin lehine finansal risklerin tümü taşıması önlenir[483].

Kanunkoyucu sürekli borç ilişkisi niteliğinde olmayan çeşitli borç ilişkilerinin özel görünümlerinde de önce ifa yükümlülüğünü kabul etmiştir. Kredili satış sözleşmesinde satıcı, ön ödemeli satış sözleşmesinde ise alıcı önce ifa ile yükümlüdür[484]. Bu tür durumların hiçbiri yoksa, kural olarak, taraflardan hiçbiri önce ifa ile yükümlü olmayıp edimlerin aynı anda ifa edilmesi gerekir[485].

4. Edimin Niteliğine Dayanan Önce İfa Yükümlülüğü

Önce ifa yükümlülüğü edimin niteliğinden çıkabileceği ve edimin niteliği gözönüne alınarak kanunkoyucunun çeşitli özel hükümlerle bu hususu ele aldığı görülmektedir. Borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebilmesi için edimlerin niteliği

---

nitelikte önce ifa yükümlülüğü değildir. bkz. Murat İnceoğlu, **Kira Hukuku**, C.1, On iki Levha, İstanbul, 2014, s. 257-258;

480 Yayımcının eseri çoğaltma borcunu ifa edebilmesi yayımlatanın eseri teslim borcuna bağlıdır. Bkz. Azra Arkan Serim, **Yayım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri**, Legal, İstanbul, 2017, s. 99-100; Yayımlatanın teslim borcu yayımcının eseri çoğaltma ve yayma borcuna karşı daimi önce ifa yükümlülüğü niteliğindedir.

481 *Kaniti*'nın, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, ölüm olayının gerçekleşmesinin ilişkide ifanın başlaması bakımından herhangi bir etkisi olmayıp, aksine bakım borcunun sona ermesine neden olacağını gözardı ederek, ölünceye kadar bakma sözleşmesini, riskin üstlenildiği sözleşmelere örnek olarak vermesi (**Kaniti**, s.139) kanaatimizce isabetli değildir. Bu nevi sözleşmelerde bir iş görme sözkonusu olup risk üstlenme sözkonusu değildir.

482 **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 142a; **Simmen**, s. 63 ve s.63 dn.87; **Stöckli,** N. 226; vekilin önce ifa ile yükümlü olmasının, vekilin işi özenli yapmasının sağlanması, vekilin müvekkile sağladığı yararların karşılığını alması ve desteklenmesi bakımından da kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 142b.

483 **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 142c.; benzer bir durumla, yüklenicinin önce ifa ile yükümlü olduğu eser sözleşmelerinde karşılaşılabilir. Bkz. **Stöckli**, N. 226.

484 Açık arttırma yoluyla satışta TBK m. 278, aynı anda ifa prensibine istisna getiren yedek hüküm niteliğindedir. Bkz. **Nomer/ Engin**, N. 66.

485 **Von Tuhr/Escher,** s.58; **Guhl/ Merz/ Kummer**, s. 21.

gözönüne alındığında edimlerin aynı anda ifaya elverişli olması gerekir. Edimler, nitelikleri bakımından aynı anda ifaya elverişli değilse veya aynı anda ifaya elverişli olmasına rağmen borcun doğumu ile ifa arasında definin ileri sürülebileceği bir zaman aralığı yoksa, kural olarak, definin ileri sürülmesi mümkün değildir[486]. İkinci ihtimal bakımından bakımından önce ifa yükümlülüğü dahi sözkonusu olamayacaktır. Örneğin, günlük ihtiyaçların karşılanmasına yönelik satış sözleşmelerinde önce ifa yükümlülüğünden bahsedilemez. Bunun yanında ilk ihtimalde belirtilen durumla, bir tarafın ediminin sürekli diğer tarafın ediminin ani olduğu halde karşılaşılabilir. Çünkü sürekli edim belirli bir zaman aralığına yayılırken, ani edim belirli bir zaman aralığına yayılmış olmayıp, anlık ifa edilebilen edimdir. Bu edimlerin ifası arasındaki zaman aralığı ne kadar küçük ise, edimlerin ifası birbirine o kadar yaklaşır. Ancak tam bir uyuma her zaman ulaşılamaz. Bu sebeplerle bir tarafın edimi ani diğer tarafın edimi sürekli ise bu ihtimalde edimlerin niteliği gereği bir önce ifa yükümlülüğünün varlığından bahsedilebilir[487].

Sürekli borç ilişkilerinde borç ilişkisine karakterini veren sürekli edim , ani edim karşısında, kural olarak, önce ifa yükümlülüğü niteliğinde ortaya çıkabilir[488]. Bu durumda önce ifa yükümlülüğünün gerekçesi, sürekli edim ile ani edimin aynı anda ifasının mümkün olmaması, bir tarafın önce ifa ile yükümlü olması zorunda kalmasıdır. Örnek olarak, kiraya verenin kiralananın ilişki boyunca kullanımına hazır bulundurma borcu ile kira bedelinin ödenmesi borcunda kiraya verenin bu borcu işin niteliği gereği zorunlu şekilde önce ifa edilmesi gereken bir borçtur[489]. Sürekli edim

---

[486] **Kast,** s.57.

[487] **Kast**, s. 58-59; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 112; **BernerK/Weber,** Art.82, N.137; Stefanie Rumpf, **Das Synallagma im Dauerschuldverhältnis**, Kostanz, 2003, s. 176 – 177; Harmut Oetker, **Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung,** Tübingen, 1994, s. 395; **Adler**, s. 5; Feyzioğlu, s. 129; Y. 14 HD. 5252/7424 T. 27.10.2004 (**YKD** 10/2005 s. 1580 vd.) *"...Sözleşme uyarınca öncelikli edim yüklenicidedir. Tarif etmek gerekirse yüklenici edimi kaba seviyeye getirdiğinde oniki, ince işler seviyesinde yirmi, çevre düzenlemesi aşamasında sekiz milyar lira bedele hak hazanacaktır. Borçlar kanununun 81. maddesi gereğince karşılıklı taahhütleri havi bu gibi sözleşmelerde, akdin icrasını isteyen tarafın öncelikle kendi edimini ifa etmesi veya ifasını teklif etmiş olması gerekir. Olayda ise, yüklenici şirket on milyar lira olan peşin bedeli tahsil ettiği halde, eseri on iki milyar lira istemeye hak kazanacağı kaba inşaat seviyesine getirmemiştir….Açıklanan bu duruma göre, yüklenici şirket sonraki aşamada ödenmesi gereken para dilimlerini sözleşmenin açık hükmü karşısında satın alan Şaban'nda isteyemeceğinden yüklenici temerrüdü gerçekleşmiştir…".*

[488] **Simmen,** s. 60; **MünchenerK/ Emmerich,** § 320, N. 17; **Medicus/ Lorenz**, §20, N. 241.

[489] **Fichtner,** s. 48; **Simmen**, s.60; durumun özelliğinden çıkan önce ifa yükümlülüğüne örnek olarak, alıcı adına taşınmazın mülkiyetinin tescilinin satıcının ipotek borcundan kurtulmasından önce geldiği hususunun verilebileceği yönünde bkz. **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 145.

ile ani edimin mübadele ilişkisi içerisinde bulunduğu hizmet sözleşmesinde, ürün kirasında, ücretli vekalette ve vekalet benzeri ilişkilerde müvekkilin ediminin sürekli bir edim olduğu ihtimalde de aynı sonuç kabul edilebilir. İş veren, kiracı, ürün kiracısı, vekil sürekli edimin bir kısmının ifa edildiği her bir zaman için, sürekli edimin karşılığını aynı anda ifa etmesi mümkün değidir. Bu sebeple işin niteliği gereği bir tarafın önce ifa etme yükümlülüğünden bahsedilir[490].

Edimin niteliğine dayanan önce ifa yükümlülüğünün bir diğer görünümün alanı karşı edim borcunun içeriğinin edim borcunun ifasıyla belirlenmesi oluşturur. Bu durumun ancak eksik iki taraflı sözleşmelerden farklı olduğuna dikkat etmek gerekir. Zira her iki tarafın borcu sözleşmenin kurulması ve hüküm ifade etmesiyle doğmakta, ancak birinin içeriği diğerinin ifasıyla belirlenmektedir. Bu durumda karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin ve mübadele ilişkisinin varlığı kabul edilmekle birlikte daimi önce ifa yükümlülüğünün sözkonusu olduğu görülmektedir. Buna örnek olarak, elektrik, doğalgaz veya su işletmeleriyle yapılan sözleşmelerde işletmenin hizmetin sağlanması ve ürünün verilmesinden sonra, bunun karşılığı olan bedelin miktarının belirleneceği ve ödeneceği ihtimalde, işletmenin önce ifa yükümlülüğünden bahsedilebilir[491].

Herhangi bir norm dayanağı olmamasına rağmen, fiili zorluklardan dolayı aynı anda ifanın mümkün olmadığı hallerde de, fiili zorlukları ortadan kaldıracak veya etkisini zayıflatacak düzenlemeler olmadıkça, bir tarafın önce ifa ile yükümlü olması sonucu ortaya çıkabilir. Edim ile karşı edim farklı ifa yerlerinde ifa edilmesi gerekirse veya bir tarafın bir gönderilecek borç altına girdiği ihtimallerde aynı anda ifa prensibinin uygulanmasındaki fiili zorluklar ortaya çıkabilir. Bu özellikle mesafe satımlarında görülebilir[492].

Belirtilen fiili zorluklar çoğunlukla iş ilişkilerinde uygulama imkanı bulan örtülü anlaşmalar vasıtasıyla aşılmaktadır. Bu surette diğerinden edimin ifasını talep eden taraf her iki edimin ifası için uygun ifa yerinin belirlenmesini sağlar. Böylelikle satılanın teslimini talep eden alıcı, satılanın bedelini satış konusunun gönderileceği

---

[490] **Simmen,** s.60; aksi yönde bir görüşe göre, sürekli borç ilişkilerinde önce ifa yükümlülüğü sorununun olmadığı yönünde bkz. Emil Schmid, **Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht Teilband V 2b 1. Lieferung Art.253-260**, Zürich, 1974, Art.254-255, N.28.

[491] Bu örnek ve işletmenin önce ifa yükümlüsü olduğu yönünde bkz. **Kaniti**, s. 140.

[492] **Simmen**, s.61; **von Tuhr/ Escher,** s. 59 dn. 11; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 138.

yerde ödemesi gerekirken, bedelin ödenmesini talep eden satıcının, satılanın teslimini alıcının yerleşim yerinde gerçekleştirmeli veya satılanı bu yere göndermelidir veya bu şekilde ifayı teklif etmelidir[493].

Hangi tarafın önce ifa yükümlüsü olması gerektiği belirlenemeyebilir. Sürekli edim borcunun borçlusunun ani edim borcu karşısında önce ifa yükümlüsü olması temelsiz bir yaklaşım olarak değerlendirilmemelidir. Buna göre sürekli edimin ifası borçlunun sürekli bir ifa iradesini şart koşar ve bu yüzden bir defada ifa edilebilecek karşı edimden ziyade eksik ifaya hazırlık nedeniyle, sürekli edimin ifa edilmeme tehlikesi ortaya çıkabilir[494]. Bu açıklamadan yola çıkıldığında ifaya hazırlığın gerçekleştirilmemesiyle ifasının tehlikeye düşecek olduğu edim, bu tehlikeyi barındırmayan veya diğerinden daha az barındıran edimden, kural olarak, daha önce ifa edilmek gerekir. Bu halde edimin niteliğinden doğan bir önce ifa yükümlülüğünden bahsedilebilir.

5. Teamüle Dayanan Önce İfa Yükümlülüğü

Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, iş ilişkilerindeki veya sözleşme uygulamalarındaki teamüle göre taraflardan birisinin önce ifa yükümlü olduğu durumlar ortaya çıkabilir. Bu ihtimalde de önce ifa yükümlülüğünün uygulanmasından bahsedilir. Örneğin akreditif açılması bakımından alıcının önce ifa yükümlülüğü vardır. Bu önce ifa yükümlülüğü teamülden doğar[495]. Bir diğer örnek lokanta sözleşmeleri için verilmektedir. Buna göre lokantada sipariş durumunda, lokanta işletenin önce ifa yükümlüsü olması, önce ifa yükümlülüğünün teamüle dayanmasındandır[496]. Teamüle dayanan önce ifa yükümlülüğünün, taraflarca, bu

---

[493] **Giger**, Art. 184, N. 185; **Simmen,** s. 61; tarafların kararlaştırarak ifa yeri belirleyeceği veya yardımcı araçlardan yararlanabilecekleri yönünde bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 137; ayrıca bkz. yukarıda §1 IV C.

[494] **Simmen,** s.60, s.60 dn.75; **Zoller**, s. 100; bu bakış açısından yola çıkan İsviçre Zuger Kanton mahkemesinin bir kararına göre mimarlık sözleşmesinde mimar önce ifa ile yükümlüdür. Bu karar için bkz. **SJZ** 1968/ 64 294,

[495] **Kast**, s.57 dn. 196.

[496] **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 113; **BernerK/ Weber**, Art. 82 ,N. 144; **Kaniti,** s.140; lokanta sözleşmesinin teamüle göre satıcının önce ifa ile yükümlü olduğu bir satış sözleşmesi olduğu yönünde bkz.**von Tuhr/ Escher**, s.58 dn.5; lokanta sözleşmelerinin, edimin niteliğinden doğan önce ifa yükümlülüğünü içerdiği yönünde bkz. **Simmen**, s. 60; ifa sırasının adete göre belirlenmesinin ancak kanun tarafından kendisine yapılan bir atıf ile mümkün olacağı, teamülden doğduğu belirtilen örneğin sinema, tiyatro, konser ve maçlara giriş ücretleri bakımından önce ifa yükümlülüğünün, bir tarafın diğer tarafa borcunu önce ifa etmesi şartını kabul ettirmesinin adet olmasına dayandığı

teamüllerin açık veya örtülü olarak sözleşme içeriğine dahil edilmediği durumlarda sözleşmeyi tamamlamada kullanılacak bir araç olduğu unutulmamalıdır. Bu surette aksi kararlaştırılabilir.

Teamülün önce ifa yükümlülüğünün dayanağı olduğu bir diğer duruma örnek olarak TBK m. 362'de öngörülen ürün kirasında kiracının kira bedelini sonra ödeme borcuna ilişkin düzenlemede yer alan yerel adete yapılan atıf gösterilebilir. Bu durumda yerel adete göre kiracının kira bedelini önce ifa yükümlülüğü sözkonusu olabilir. Ancak kira bedeli, kiralananın işletilmesinden elde edilecek ürünlerin verilmesi şeklinde belirlenmiş ise bu durumda artık kiracının önce ifa yükümlülüğünden değil, kiraya verenin kullanımına bırakma borcunun önce ifa edilmesi gerektiğinden bahsedilebilir.

D. Önce İfa Yükümlülüğünün Sonuçları

Önce ifa yükümlülülüğünün mevcut olduğu hallerde, edim ile karşı edim arasındaki mübadele ilişkisi devam eder. Sadece edim ile karşı edimin ifalarının sırası belirlenmiştir. Bu noktada eksik iki taraflı sözleşmeden ayrılır. Önce ifa sırasının belirlendiği durumlarda bütün risklerin önce ifa yükümlüsünde olduğu anlamı da çıkarılmamalıdır. Önce ifa yükümlülüğünün edimler arasındaki fonksiyonel bağlılığı, edimlerin aynı anda ifasına nispetle zayıflattığı söylenebilir[497]. Ancak önce ifa yükümlülüğüne giren kişi karşı edimi elde edememe riskini üstlenmesine rağmen, karşı edimin değerinin azalması veya elde edilememeye ilişkin tipik tüm riskleri üstlenmemektedir. Aksi durumun kabulü, önce ifa yükümlüsünün karşı edimi elde edemeyeceğini peşinen kabul ettiği anlamına gelir[498]. Çoğunlukla taraf iradeleri veya kanun hükmü ile bir tarafın önce ifa yükümlüsü olacağının kararlaştırıldığı durumda, böyle bir sonucun ortaya çıkması istenmez. Bu sonucu özellikle kanunkoyucunun

---

yönünde bkz. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 827 dn. 4; farklılık sadece teorik düzeyde kalmaktadır.

[497] Önce ifa yükümlülüğünün bu bağlılığı zayıflatacağı ancak sona erdirmediği yönünde bkz. **Gernhuber**, s. 354; **BeckOK/ Schmidt,** §320, N.17; **Erman/ Westermann**, §320, N.19; çünkü önce ifa yükümlüsü karşı edimi elde edemeyeceğini kabul etmiş değildir: **Stöckli,** N. 226; aksi görüşe göre ise önce ifa yükümlülüğü bu bağlılığı kurmayacağı gibi, sonradan kararlaştırılması durumunda bu bağlılığı sona erdirir: **Oesterle,** s.245; aynı yönde **Ahrens,** N. 87.
Daimi önce ifa yükümlülüğü durumunda sadece fonksiyonel synallagmanın etkilendiği ancak genetik synallagmaya herhangi bir etkisi olmadığı, varlığını devam ettirdiği yönünde bkz. **Kast**, s. 65 dn. 235.

[498] Aynı yönde bkz. **Stöckli,** N.226.

borçlunun ödemeden aczi defi düzenlemesine yer veren iradesi teyit eder[499]. Her önce ifa yükümlülüğünün doğasında olan[500], önce ifa ile yükümlü borçlunun alacaklının ekonomik durumunun kötüleşmesi nedeniyle karşı edimi elde edememe tehlikesiyle karşılaşması ihtimal dahilindedir. Bu durumda TBK m. 98 uygulama alanı bulacaktır[501]. Sonuç itibariyle önce ifa yükümlülüğünün kararlaştırıldığı halde edimlerin aynı anda değil, ard arda ifasından(edimin ifasından sonra karşı edimin ifası) bahsedilebilir.

Önce ifa yükümlülüğünün sona ermediği ve varlığını devam ettirdiği durumlarda sonra ifa ile yükümlü alacaklının karşı edim borcu henüz muaccel değildir. Bu sebeple önce ifa yükümlülüğünün mevcut olmaması veya hükümlerinin sona ermesi definin şartlarından bir diğeri olan karşı edim alacağının da muaccel olması şartıyla yakından ilgilidir. Bu husus özellikle daimi önce ifa yükümlülüğünün mevcut olduğu durumda açıkça görülebilir. Bu sebeple önce ifa yükümlülüğünün olduğu durumda, kural olarak[502], borcun ifa edilmediği defi uygulama alanı bulmaz[503]. Edim boçlusunun önce ifa yükümlüsü olduğu ihtimalde, alacaklı, defi ile karşılaşabilme ihtimalinden çekinmeyerek edimin ifasını talep edebilecek, borçlu ise, kural olarak, karşı edimin ifa teklifinin veya ifasının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, edimi ifa etmek zorunda kalacaktır.

Alacaklı önce ifa ile yükümlü ise borçlunun borcun ifa edilmediği defi ileri sürmesine gerek yoktur. Zira edim borcu henüz muaccel değildir. Borçlunun muacceliyet eksikliği savunmasına dayanması yeterlidir. Kanaatimizce borçlunun bu

---

[499] Aynı yönde bkz. **Larenz**, s. 170.

[500] **Meyer**, s. 45.

[501] Önce ifa yükümlülüğünde edimin ifasından kaçınma kapısının nihai şekilde kapatılmadığı yönünde bkz. **Erman/Westermann**, §320, N.19.

[502] Alacaklının definin ileri sürülebilmesinden önce, önce ifayı talep etme imkanından açık bir irade ile vazgeçtiği durumda, defi ileri sürebilme imkanı doğar: **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 17; geçici önce ifa yükümlülüğünde zamansal olarak sınırlı bir engelleme sözkonusu iken, daimi önce ifa yükümlülüğünde de -sürekli borç ilişkilerindeki önce ifa yükümlülüğünde olduğu gibi- definin uygulanması nihai şekilde ortadan kalmayıp, sadece engellenir: **Zoller**, s.51 dn.21; önce ifa yükümlülüğünün kararlaştırılmış olmasına rağmen definin ileri sürülebileceği durumlar için bkz. aşağıda § §3 III C.

[503] **Zoller**, s. 51; **Weiler,** §12, N.11; **Von Tuhr/ Escher**, s. 65; **Oser/ Schönenberger**, Art.82, N. 12; **Becker**, Art 82, N. 24; **Kast**, s. 62 **BernerK/ Weber**, Art.82, N. 149, N. 153; **Simmen**, s.57; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 115; **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1104; aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz**. BGE 105 II 30-31**; **BGE 38 II 482**.

savunması dava temelinin yetersizliği niteliğindedir[504]. Herhalde hakim durumu re'sen gözönüne alacaktır.

[504] Gerek Alman gerekse Türk/İsviçre Hukuku doktrininde henüz muaccel olmamış edimlerin ifasının talep edilmesi durumunda borçlunun ileri süreceği savunmanın niteliği hususunda çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Bu görüşlerden birinci görüşe göre, henüz muaccel olmamış bir borcun ifasını talep eden alacaklıya karşı, borçlunun, alacaklının karşı edim bakımından önce ifa yükümlülüğüne işaret etmesi yeterli olup bu husus dava temeline yönelik bir savunma teşkil edecektir ve hakim tarafından re'sen gözönüne alınacaktır. Bu görüşlere göre, bu halde savunma itiraz teşkil eder. Bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 65, 48; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 150; Art. 75, N. 106; **Kaniti**, s. 146, **Simmen**, s.58 dn. 60; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 75, N. 79; Melek Bilgin Yüce, **Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı**, Vedat, İstanbul, 2015, s. 29-30; **Buz**, Yenilik, s. 93 dn .14; borcun muaccel olmasından sonra açılacak dava yeni bir vakıaya(muacceliyetin girişi) dayandığından, davanın geçici değil nihai şekilde reddedileceği yönünde görüş için bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 114; N. 209; ancak karar verilmesi sırasında eksikliğin sonradan tamamlanabilecek nitelikte olduğu hakim tarafından bilinmektedir. Bu halde nihai red verileceği yönünde görüşte isabet yoktur.
Doktrinde ikinci bir görüşe göre, bu halde muacceliyetin girişinden önce de alacaklının borcun ifasını talep edebilmesi borçlunun dilerse borcunu ifa edebilmesi dilerse reddedebilmesi mümkündür. Bunun yanında itiraz niteliğindeki savunmalar ancak alacak hakkının varlığına yönelik bir savunma olduğundan, muacceliyet eksikliği savunması ise alacağın varlığına yönelmediğinden bu savunma geciktirici bir defi niteliğindedir. Geciktirici nitelikteki bu defi ileri sürülürse dava nihai değil, şimdilik kaydıyla reddedilecektir. (İsviçre Hukuku bakımından bu görüş için bkz. **de Feo**, N. 70, 90, 102)
Alman Hukuku doktrininde defi görüşünü kabul eden ve bu hususa ilişkin görece eski tarihli tartışmalar için bkz. Werner Köttgen, **Die Einrede der mangelnden Vorleistung**, Münster, 1930, s. 17 vd.; Carl Dörge, **Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages unter besonderer Berücksichtigung ihrer Anwendbarkeit beim Kaufvertrage**, Hildesheim, 1928, s. 29-30; defi olduğu yönünde değerlendirmede bulunan isabetli olmayan Alman Federal Mahkemesi kararı (**BGHZ 50,175**) ve eleştirisi için bkz **Hüffer**, s. 207-208;
Üçüncü görüşe göre ise, bu halde borçlunun savunması dava temelinin yetersizliği niteliğinde olup, dava şimdilik kaydıyla reddedilecektir. (**Oğuzman/ Öz**, I, N. 1103; **Serozan**, §6 N. 13; Alman Hukuku'nda doktrinde BGB §322'e dayanarak bu halde davanın dava temelinin yetersizliği nedeniyle reddedileceğini ileri süren görüşler için bkz. **Kast**, s. 73; **Hüffer**, s. 208; **Oesterle**, s.246; Alman doktrininde eski görüşlerin defi yönünde olduğu ancak genel görüşün dava temelinin yetersizliği görüşü olduğu yönünde bkz. **Kast**, s. 65; şimdilik kaydıyla reddedileceği yönünde bkz. **Staudinger/ Schwarze**, BGB §322, N. 2; **Soergel/ Gsell**, BGB §322, N. 24; **Erman/ Westermann**, 322, N. 7; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 26; BGB §322 N. 12;
Biz de üçüncü görüşe katılıyoruz. Zira muacceliyet eksikliği, davacının talebinin dayanağı olan dava sebebini oluşturan olayların talebi haklı kılamayacağı yönünde bir savunmadır. Savunma hakkın *nihai şekilde* doğmadığı veya sona erdiği hususuna yönelik olmayıp, talebi haklı kılacak hususların eksik olduğuna yöneliktir. Davacının talebine esas aldığı hususlar dışında başkaca hususlara dayanmaya, genel itibariyle, gerek yoktur. Ayrıca bu hususta alacağın veya talebin nihai şekilde sona erdiği dava sebebi dışındaki başkaca hususlara dayanılarak ileri sürüleceği ve bu savunmaların itiraz olduğu da gözönüne alındığında, savunmanın itiraz olduğu yönündeki görüşler, muacceliyet eksikliği daha sonradan tamamlanabileceğinden teorik anlamda hukuki durumu isabetli şekilde yansıtmaktan uzaktır. Defi görüşü ise, dava yoluyla alacaklının henüz muaccel olmamış bir alacak hakkına dayanarak edimin ifasını borçludan talep etmesi halinde borçlunun defi ileri sürmediği durumda muacceliyeti hukuken olmasa da fiilen öne alabilecek sonuçlara yol açacaktır. Ayrıca defi ileri sürülmediği durumda muacceliyetten önce borçlunun edimin ifasına mahkum edilmesi sonucu doğabilecektir. Bu husus kanunda veya taraf iradelerinden veya diğer belirleyici hususlardan borç bir muacceliyete bağlanmış ise bu hususların zorunlu şekilde gözardı edilmesi sonucunu doğurur. Kaldı ki defi ileri sürmeyecek olan ve borcu muacceliyetten önce yerine getirmek isteyen borçlunun önünde -muacceliyet alacaklının durumu gözönüne alarak kararlaştırılmadığı sürece- herhangi bir engel yoktur. Bu nedenlerle muacceliyet eksikliği yönündeki savunma dava temelinin yetersizliği niteliğinde bir savunma teşkil eder. Ayrıca bkz. aşağıda §1 III A 5 dn. 188 ve 189.

Borcun ifa edilmediği defi ile karşılaşan davacının defiyi etkisiz hale getirebilmek için davalının önce ifa yükümlüsü olduğunu ispat etmesi gerekebilir[505]. Bu hususta ispat külfetinin dayanağını, definin şartlarının oluşmadığını iddia ve ispat külfetinin definin muhatabı olan tarafta olması hususu ile aynı anda ifanın kural olduğu, önce ifa yükümlüğünün özel bir dayanağının olması gerektiği gözönüne alındığında, önce ifa yükümlülüğünü iddia edenin ispat külfeti altında olması hususu oluşturur.

Davacının daimi önce ifa yükümlülüğü sözkonusu ise, karşı edimin ifasının veya ifa teklifinin gerçekleşmesi, edim talebinin muacceliyetinin bir şartıdır. O bu yüzden karşı edimin ifasını veya ifa teklifini gerçekleştirdiğini veyahut sözleşmeye uygun şekilde ileri sürülen ifa teklifinin ya da ifanın kabul edilmediği[506] veya önce ifa yükümlülüğünün sona erdiğini ortaya koymalıdır. Davalının, davacının önce ifa yükümlüsü olduğunu ileri sürmesi ve bunu ispat etmesi hem daimi hem de geçici önce ifa yükümlülüğünde gerekli olabilir[507]. Bu durum saklı kalmak üzere, hakim önce ifa yükümlülüğü sorununu re'sen incelemek zorundadır, bir definin ileri sürülmesiyle değil[508].

---

[505] **Simmen**, s. 58; **Kaniti**, s. 142; **ZürcherK/ Schraner,** Art.82, N. 114.

[506] **von Tuhr/ Escher,** s. 65 ve 65 dn. 51a.

[507] Kural önce ifa yükümlülüğü hususunu hakimin re'sen gözönüne alması yönünde olsa da, özellikle davacının önce ifa yükümlülüğünün davacının talebine dayanak yaptığı ilişki dışında bir başka ilişkiye dayandığı durumda davalının önce ifa yükümlülüğünü iddia ve ispat etmesinin gerekliliği daha iyi anlaşılır. Örneğin tarafların, satış sözleşmesi dışında, alıcının malın reklamını yapma borcu olduğu ve bu borcun satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devir borcunun ifasının muacceliyetinin şartı olarak kararlaştırıldığı (daimi önce ifa yükümlülüğü) bir sözleşme yaptıkları ihtimalde, alıcının malın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devrini talep ettiği durumda, satıcı satış sözleşmesi dışında yer alan sözleşmeye dayanarak davacının önce ifa yükümlüsü olduğunu ortaya koyabilir. Bu halde davacının dilekçesinden ve talebine dayanak yaptığı hususlardan önce ifa yükümlüsü olduğu anlaşılmamaktadır. Bu halde davalının, davacının önce ifa yükümlülüğünü ispat etmesi önem arz eder. Aynı husus geçici önce ifa yükümlülüğü kararlaştırıldığı halde de geçerlidir.

[508] **Stöckli,** N.230; **BernerK/ Weber**, Art.82, N. 150; **ZürcherK/ Schraner,** Art.82, N.114; daimi ve geçici önce ifa yükümlülüğünde aynı yönde **Erman/ Westermann**, §320, N.22; **Soergel/ Gsell,** §320 N.94; **MünchenerK/ Emmerich,** §320, N. 19;
İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına göre, davacı önce ifa ile yükümlü ise davalının defiye dayanmasına gerek olmadığı, talebin muacceliyetini tartışma konusu yapacak unsurlara işaret etmesinin yeterli olduğu, bu durumda davanın muacceliyet eksikliği nedeniyle reddedileceğini, hakimin önce ifa yükümlülüğünü re'sen gözönüne alacağı, defiye dayanan bir incelemeye gerek olmadığı, sözleşmenin kuruluşunda davacının borcunun muaccel olduğu ancak davalının ödemesi gereken taksit tarihlerinin sözleşmede belirlendiği, borçlunun önce ifa yükümlülüğünün geçici nitelikte olduğu yönünde bkz. **BGE 127 III 200.**
Yargıtay kararı için bkz. Y. 23 HD. 6250/ 1948 T. 3. 7. 2017 **(Kazancı)** *"...davalı tarafından bu konuda bir talepte bulunulmamış ise de taraflar arasındaki sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu, sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı hallerde yüklenicinin borcunu iş sahibinden önce ifa etmesi gerektiği, ifa talep eden tarafın sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine*

Davalı, önce ifa yükümlüsü davacıya karşı borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilir mi? Önce ifa yükümlülüğüne işaret etme imkanına ve önce ifayı isteme hakkına sahip davalıdan, önce ifa yükümlüsü olan davacı, önce ifa yükümlülüğü sona ermeden edimin ifasını talep ederse, davalı önce ifa yükümlülüğüne işaret etmek yerine borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilir ve edimin ifasından kaçınabilir. Zira çoğun içerisinde azın da var olduğu prensibi (a maiore ad minus) gereği, edim borçlusunun muacceliyet eksikliği nedeniyle edim alacaklısının ifayı talep edemeyeceğini ileri sürebilecek iken bunu ileri sürmekten vazgeçme ve bu savunmasını defi ileri sürebilme hakkıyla sınırlandırabilme hakkına sahiptir[509].

E. Önce İfa Yükümlülüğünün Sona Ermesi ve Sınırı

Geçici önce ifa yükümlülüğünde, genel olarak, önce ifa yükümlülüğü karşı edim için kararlaştırılan vadenin gelmesiyle sona erer. Daimi önce ifa yükümlülüğünde ise önce ifa yükümlülüğünün sona ermesi çeşitli şekilde ortaya çıkar:

Bunlardan ilki, önce ifa alacaklısını alacaklı temerrüdüne düşürecek şekilde edimin ifasının teklif edilmesi ve alacaklı temerrüdünün sözkonusu olmasıdır[510].

---

göre daha önce ifa etme hakkı olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerektiği, davacı yüklenicilerin borcunu öncelikle ödemesi gerektiği,… gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacılar vekili temyiz etmiştir. …davacılar vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir… davacılar vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına…";. Y. 23 HD. 6908/ 90 T. 13. 01. 2016 (**Kazancı**): *"…davacıların arsa payı karşılığında davalı kooperatif üyesi oldukları, arsa devri borcu dışında aidat borçlarının bulunmadığı, ne davacıların, ne de onların halefi olan davalı ...'ın üyeliğin dayanağı olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince davalı kooperatife taahhüt ettikleri arsa devri borcunu yerine getirmedikleri, bu nedenle davalı kooperatifin ödemezlik def'i ileri sürmesi ve daireyi vermekten kaçınmakta haklı olduğu, üyeliğe tahsis edilen ve dava konusu yapılan dairenin de arsa teslimi yapılmaması nedeniyle inşa edilemediği, davacılar veya onların halefi olan davalı ...'ın kendi yükümlülüğünü yerine getirmeksizin davalı kooperatiften dairenin teslimini veya dairenin bedelini istemesinin mümkün olmadığı, bu nedenle davacıların, davalı kooperatiften dairenin teslimini veya bedelini talep haklarının bulunmadığı…. Karar verilmiştir…Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacılar vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına…".* Ayrıca bkz. Y. 14. HD. E. 9109/ 12081 T. 14. 10. 2011 (**Kazancı**)

[509] Aynı yönde bkz. **Simmen,** s. 58; **Kast**, s. 62 -63; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 150; **Stöckli,** N. 230; bir kez borcun varlığı tespit edildikten sonra, talep edilmesine karşı konulabilecek herhangi bir sebep mevcut olsa veya bu husus herhangi bir şekilde gerçekleşse dahi, borcun ifa edilmediği definin şartları mevcut olduğu sürece, talebin icrasına defi ile karşı konulabileceği hususunda isabetli görüş için bkz. **Öz**, Eksik Borç, s. 112 dn. 26.
Yargıtay'ın karşı edim borcunu önce ifa yükümlülüğü olmasına rağmen defi ileri sürülebileceğini kabul ettiği yönünde yorumlanmaya açık olan yukarıdaki dipnotta yer verdiğimiz kararları (Y. 23 HD. 6250/ 1948 T. 3. 7. 2017; Y. 23 HD. 6908/ 90 T. 13. 01. 2016 ve diğer kararlar**)** daha öncede belirttiğimiz üzere (yukarıda **§1 IV, A**) TBK m. 97 'nin isabetli olmayacak şekilde yorumlanmasına dayanılarak verilmiştir.

[510] Türk ve İsviçre Hukuku'nda önce ifa yükümlülüğünü sona erdirmek için, alacaklı temerrüdünün mü yoksa alacaklının temerrüde düşürülmesinden sonra edim konusunun tevdinin mi yeterli ve gerekli

Daimi önce ifa yükümlülüğünde, önce ifa borçlusunun edimin ifasını gereği gibi teklif etmesi ve edim alacaklısının alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde önce ifa yükümlülüğü sona erer. Şayet geçici önce ifa yükümlüsü borçlu, henüz karşı edim borcunun muaccel olmadığı süre içerisinde ifayı teklif etmiş ve alacaklıyı alacaklı temerrüdüne düşürmüş olsa dahi ifa teklifi karşı edim borcunun muaccel olmasını sağlamaz. O karşı edim borcunun ifasını talep edebilmek için kararlaştırılan ifa zamanını beklemek zorundadır. Ancak bu sonuç daimi önce ifa yükümlülüğü

olduğu hususu tartışmalıdır: Bir görüşe göre, karşı edim borcu, edim borcunun ifasıyla muaccel olacak ise(daimi önce ifa yükümlülüğü) *sonuçsuz kalan* ifa teklifiyle de karşı edim borcu muaccel olur. Bu halde karşı edimin ifası, tevdiye gerek olmaksızın talep edilebilir. Zira tevdi borçlunun borcundan kurtulmasına hizmet eder, yoksa hakkın uygulanmasına değil. Ayrıca alacaklı temerrüdünün borçlunun durumunu ağırlaştırmasına izin verilmemesi gerektiği gözönüne alındığında, tevdinin gerçekleşmesini aramak borçlunun durumunu ağırlaştıran bir hususdur. Bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 92, N. 22; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 92, N. 19; **von Tuhr/ Escher**, s. 75; **BaslerK/ Leu**, Art. 91, N. 7; **Tunçomağ**, s. 766; Yazarlar alacaklı temerrüdü durumunda önce ifa yükümlülüğünün sona ereceğini kabul etmişlerdir.

Aksi yönde özellikle Türk Hukuku'nda savunulan görüşe göre, önce ifa yükümlülüğünün sona ermesi için alacaklı temerrüdü yeterli değildir. Zira alacaklı temerrüdü karşı edim borcunun muacceliyeti için aranan ifanın yerine geçmez. Ancak, tevdi ifanın yerine geçer. Bu nedenle, genel olarak, ifa ile aynı sonuçları doğuran tevdi gereklidir. Bkz. **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1161 ; Nevzat Koç, **İsviçre ve Türk Hukuku'nda Alacaklı Temerrüdü**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992, s. 79; bu görüşe katılmakla birlikte bazı durumlarda ifa teklifinin ve ifaya hazır bulunmanın da yeterli olduğu, bu hususun TBK m. 324, TBK m. 408'de görülebileceği yönünde bkz. **Kaniti**, s. 147.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, art artda teslimli satış sözleşmesinde, önce ifa yükümlülüğü durumunda, davalı edim alacaklısının edimin ifasını kabul etmemede haklı olup olmadığının da incelenmesi gerektiği, edim alacaklısı ifayı haklı sebep olmaksızın kabul etmemiş ise, diğer şartlarında mevcut olması halinde, karşı edim borcunun ifasına ilişkin davanın kabul edileceğini; şayet kabul etmeme haklı sebebe dayanıyorsa ise, bu ihtimalde en azından aynı anda ifaya hükmedilebileceğini belirtmiştir. Bu karar için bkz. **BGE 111 II 470.**

Kanaatimizce, önce ifa yükümlülüğünün sözkonusu olduğu durumda borç konusu ister tevdiye uygun olsun isterse olmasın, borçlunun borcunun ifasını gereği gibi teklif etmesi sonucunda alacaklının alacaklı temerrüdüne düşmesi önce ifa yükümlülüğünü sona erdirmelidir. Zira edim konusunun tevdi edilmesi borçlunun borcundan kurtulması için ona tanınan bir imkandır. Borçlu bu imkanı kullanıp kullanmamakta serbesttir. Borçlu edimin ifasını gereği gibi teklif edip ifaya hazır ise, ayrıca tevdinin aranmasına gerek yoktur. Edimin ifasını gereği gibi teklif eden ve ifaya hazır olan borçlunun, daimi önce ifa yükümlülüğünde, karşı edim alacağının muacceliyeti için edim konusunu tevdi zorunda bırakılması, alacaklı temerrüdünün sonucu olan tevdinin, borçlunun borcundan kurtulmasına yönelik bir imkan olması hususuna aykırı düşer. Bu husus, alacaklı temerrüdünün, borçlunun durumunu ağırlaştırmaması esasının bir sonucudur. Kaldı ki edim tevdiye uygun değilse (yapma borçlarında olduğu gibi), edimin ifasından haklı sebep olmaksızın kaçınan alacaklıdan karşı edimin ifasının talep edilememesi durumu ortaya çıkar. Alacaklı temerrüdüne düşen alacaklıyı daha avantajlı bir konuma yerleştirmek için gerekli sebep yoktur. Kanunkoyucunun bu hususu destekleyen iradesi, TBK m. 408 gereği işverenin temerrüdü durumunda ücret borcunu ödeme yükümlülüğünün devam edeceğini kabul etmesinde açıkça görülebilir.

Yapmama borçlarında alacaklı temerrüdü sözkonusu olmayacağından (**Oğuzman/ Öz**, I, N. 1135; **Koç**, s. 43), önce ifa yükümlülüğünün sona ermesi bakımından alacaklı temerrüdü özellik göstermez.

bakımından sözkonusu değildir[511]. Daimi önce ifa yükümlülüğü, geçici önce ifa yükümlülüğünden farklı olarak zamanın geçmesiyle sona ermez. Daimi önce ifa yükümlülüğünde önce ifa yükümlüsünün karşı edim borcunun ifasını talep etmesi durumunda dava temelinin yetersizliği savunmasıyla veya borcun ifa edilmediği defi ile karşılaşmamak için önce ifa yükümlülüğünün sona erdiğini ortaya koyması gerekir.

Önce ifayı talep etme hakkına sahip alacaklı, ifaya katılmayarak veya ifaya hazırlık hareketlerini yapmayarak ifanın gerçekleşmesini engeller ise -Örneğin, alıcının önce ifa ile yükümlü satıcıya malların yükleneceği gemiye ilişkin bilgileri vermemesi halinde- önce ifa yükümlülüğü sona erer[512]. İfanın gerçekleşmesini engelleyen alacaklıya karşı borçlu bu halde karşı edim alacağını kaybetmiş olmaz[513]. Kendisine edimin ifası gereği gibi teklif edilen karşı edim borçlusunun, -edim borçlusunun önce ifa yükümlülüğü sona ermiş olsa dahi- defi ileri sürebilme imkanı yoktur. Edimin ifası kendisine gereği gibi teklif edilen karşı edim borçlusu edimin ifasına katılmayarak veya ifaya hazırlık hareketlerini yapmayarak edimin ifasını engellediğinden, edim borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmediğine dayanamaz. Ancak somut olayın özelliğine göre, alacaklının ifaya hazırlık hareketlerini yapmaması veya katılmaması nedeniyle edimin ifası imkansızlaşırsa(ör. vadenin kesin

---

[511] Bu ayrımı gözönüne almaksızın, alacaklı temerrüdünün önce ifa yükümlülüğünü sona erdireceği yönünde isabetli olmayan değerlendirme için bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 122.

[512] Böyle durumlarda önce ifa yükümlülüğüne dayanmanın ayrıca hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği yönündeki görüş için bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N.120-121; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 151; **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1105.
Alman Hukuku'nda önce ifa yükümlüsü olan borçlunun, alacaklının temerrüdü durumunda, karşı edim alacağıyla illişkisini BGB § 322 II ve III düzenlemiştir. Buna göre alacaklı, alacaklı temerrüdünde bulunduğu sürece, borçlu karşı edim borcunun ifasının, kendi borcunun ifasından sonra gerçekleşmesi yönünde bir karar alabilir. Bu halde önce ifa yükümlülüğü sona ermiş olmaz. Bkz. **MüncehenerK/ Emmerich**, §322, N. 20; **Soergel/ Gsell**, BGB §322, N. 28, 43 vd.; **Hüffer**, s. 27, 212 vd.; **Gernhuber**, s. 363; Christian Hartmann, **Die unterlassene Mitwirkung des Gläubiger**, Berlin, 1997, s. 27-28; ancak kararın icrası aşamasında alacaklı hala alacaklı temerrüdünde ise bu ihtimalde BGB §274 II gereği, önce ifa yükümlüsü edimi ifa etmeksizin karşı edimin ifasının icrasını sağlayabilir. Bkz. Hartmann, **Temerrüt**, s. 27-28; Türk ve İsviçre Hukuku'nda BGB §322 gibi bir hüküm mevcut olmadığından önce ifa yükümlülüğünün sona erdiği söylenebilir. Ancak icra aşamasındaki süreç bakımından Alman Hukuku'ndaki sonuç Türk ve İsviçre Hukuku bakımından da geçerlidir.
Karşı edim borçlusu, karşı edim borcunun muacceliyetine engel olmak için edimin ifasını kabulden kaçınması durumunda şartın gerçekleşmesinin dürüstlük kuralına aykırı olarak engellenmesi halinde şartın gerçekleşmiş sayılacağını düzenleyen TBK m. 175'in kıyasen uygulanacağı ve muacceliyetin gerçekleşeceği yönünde bkz. **Kaniti**, s. 148; kanaatimizce bu halde muacceliyetin girişi, edim borcunun gereği gibi teklifi ve alacaklı temerrüdünün sözkonusu olmasıyla sağlanacağından ayrıca TBK m. 175'e gitmeye gerek yoktur. Ancak sonuç bakımından herhangi bir farklılık oluşturmaz.

[513] **Hüffer**, s. 194.

vade niteliğinde olduğu ve alacaklının ifaya katılmadığı durumlarda), definin ileri sürülememesi alacaklının sorumlu olduğu imkansızlık nedeniyle borcun sona ermiş olmasına[514] dayanır. Bu halde karşı edim borçlusu olan alacaklı karşı edimin ifasını isteyen borçluya karşı defi ileri süremeyecektir.

Önce ifa alacaklısının, karşı edimi ifa etmeyeceği veya etmek istemediği şüpheden uzak şekilde belirlendiği, özellikle karşı edimin ifasını açıkça reddettiği, bu surette karşı ediminin ifasını yerine getirmesi, ifadeleri ve/veya davranışları nedeniyle kendisinden beklenemediği ihtimallerde de önce ifa yükümlülüğü sona erer[515]. Bu ihtimalde alacaklı, sözleşmesel bağlılığı ve sözleşmenin amacını tehlikeye atmaktadır. Önce ifa yükümlülüğü, alacaklının sözleşmeye olan bağlılığı ve bu amacı tehlikeye atmayacağı şartı üzerine varlığını sürdürür. Diğer deyişle önce ifayı talep etme hakkı olan alacaklının karşı edim borcunu ifa edebilecek durumda olması gerekir. Zira alacaklı karşı edimi ifa etmeyeceğini göstererek mübadele amacını tehlikeye sokmaktadır. Bu sebeple artık önce ifa yükümlüsünün önce ifa yükümlülüğünün devam ettiğini kabul etmek sözleşmesel amaca uygun düşmez. Borçlunun yeterli bir şekilde korunabilmesi, definin ileri sürülebilmesi bakımından karşı edimin

---

[514] Alacaklının sorumlu olduğu imkansızlık nedeniyle edim borcunun sona ereceği ancak karşı edim borcunun devam edeceği hususunun, TBK m. 324, 408, 483 II ve 485 gözönüne alındığında TBK'nın ruhuna uygun olduğu, boşluğun bu yolda doldurulması gerektiği yönünde bkz**. Oğuzman/ Öz**, N. 1193 ve N. 1193 dn. 440.

[515] **Stöckli,** N.233; **MünchenerK/ Emmerich**, § 320, N. 20; **Kirn,** s.329; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N.152; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N.120; **Erman/ Westermann**, §320, N.22.
Her bir somut olayın özelliğine göre, alacaklının ifadeleri ve/veya davranışlarından karşı edimin ifasının kesin şekilde reddettiği durumun karşı edim borcunun ifasının imkansızlaşmasına neden olup olmadığı incelenmelidir. Şayet alacaklının karşı edim borcu cebri icrası mümkün olmayan bir borç, özellikle bir yapma borcu ise ve ifa etmeyeceği hususunda kararlı olduğu ve geri dönmeyeceği açıkça ortaya koyarak nihai şekilde ifayı reddettiği anlaşılıyorsa, karşı edim borcunun ifasının imkansızlaştığını ileri süren görüşler (**Oğuzman/ Öz**, N. 1457 vd 456 vd) gözönüne alındığında fark teorisine göre tek bir borç ortaya çıkacağından önce ifa yükümlülüğünün sona erip ermediği herhangi bir özellik arz etmez.
Cebri icrası mümkün olan karşı edimin, ifa edilmeyeceğinin anlaşıldığı ihtimalde bu husus muacceliyetten önce borca aykırılığın ortaya çıkmasına neden olur. İfa güçsüzlüğü nedenine dayanan borca aykırılık bakımından genel ve özel hükümler mevcut iken, ifa güçsüzlüğü dışında muacceliyetten önce borca aykırılığın sonuçlarını düzenleyen tek hüküm eser sözleşmelerine ilişkin TBK m. 473'dür. Bu hususlar dışında bu aykırılığın genel sonuçlarının ne olacağı hususu tartışmalıdır. Bu tartışma için bkz. **Oğuzman/ Öz**, N. 1566 vd; ayrıca bkz. **Stöckli,** N. 233; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 125; **Kaniti,** s. 141.
Önce ifa alacaklısının ifa etmeyeceğini ifade ve/veya davranışlarıyla göstermesi ile karşı edim borcunu ifa edemeyecek durumda olması hususu birbirinden farklıdır. İkinci halde her durumda önce ifa yükümlüğünün sona erdiği söylenemez. Ayrıca bz. **Gernhube**r, s. 376.

muacceliyetinin öne çekilmesiyle değil, önce ifa yükümlülüğünün sona ermesinin kabul edilmesiyle sağlanır[516].

Önce ifa yükümlülüğünün sona ermesi, kural olarak, aynı anda ifanın gündeme gelmesi ve diğer şartlarında varlığı halinde definin ileri sürülebilmesinin mümkün olması anlamına gelir[517]. Alacaklı edimin ifasını istediğinde edim borçlusu, önce ifa yükümlülüğü sona erdiğinden alacaklıya karşı defi ileri sürerek edimin ifasından kaçınabilir. Ancak alacaklıdan karşı edim borcunun ifası istendiğinde ise, alacaklının borcun ifa edilmediği defi ileri sürmesi, kural olarak, mümkün değildir. Karşı edimin ifasına hazır olmayan alacaklı, diğer tarafın edimini ifa etmediğine dayanarak edimin ifasından kaçınabilme, önce ifa yükümlülüğünün devamından bahisle edimin ifasında ısrar edebilme imkanını kaybeder. Zira o şüpheden uzak ve nihai şekilde karşı edimin ifasından kaçındığını ortaya koymaktadır. Bu hususta alacaklıya geçici nitelikte bir

---

[516] **Stöckli,** N. 233 ve N. 233 dn. 519; bu durumda aynı anda ifanın gündeme geleceği yönünde bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 82, N.153; **Gernhuber**, s. 375; önce ifa borcunun ortadan kalkacağı yönünde bkz. **Kaniti**, s. 141; bu durumda borçlunun ödemeden aczi definin uygulama imkanı da yoktur: **Gernhuber**, s. 355.
Önce ifa yükümlülüğünün sona ermediğini muacceliyetin öne çekileceğini ileri süren görüşe göre; bu ihtimalde durumdan etkilenen alacaklının hakkının korunması için, ifanın gerçekleşmeme tehlikesinin müeccel borcun zamanından önce muaccel olmasını haklılaştıracak nitelikte olduğu, bu durumda önce ifa yükümlüsünden edimin ifasını talep eden ancak amacın gerçekleşmesini engellememe ve tehlikeye düşürmeme yükümlülüğünü ihlal eden alacaklıya karşı, önce ifa yükümlüsü borçluya defi ileri sürebilme imkanı tanınması gerektiği, bu durumda – borçlunun önce ifa yükümlülüğü sona ermeyip- alacaklının karşı edim borcunun muaaceliyetinin öne çekileceği (vadeden önce muaccel olacağı/ talep yetkisinin kararlaştırılandan erken doğacağı) yönünde bkz. **Simmen,** s. 64; Tek farklılık geçici önce ifa yükümlülüğünde alacaklının karşı edimi ifa etmeyeceği hususunun anlaşılmasıyla karşı edim borcuna ilişkin vadenin beklenmesinin gerekip gerekmeyeceği noktasında kendisini gösterebilir. Önce ifa yükümlülüğünün sona erdiği görüşü benimsenirse, bu halde karşı edim borcunun muaccel olduğu ana kadar, edim borçlusu muacceliyet eksikliği savunması ileri sürebilecek, karşı edim borcu muaccel olduktan sonra defi ileri sürebilecektir. Aksi yönde görüşe göre, karşı edim borcu öne çekileceğinden karşı edim borcunun muaccel olmasının beklenmesine gerek yoktur. Kanaatimizce, geçici önce ifa yükümlülüğü halinde dahi, alacaklının sözleşme amacını tehlikeye atan davranışı, müeccel karşı edim borcunu muaccel hale getirmez. Sadece önce ifa yükümlüsünü önce ifayı gerçekleştirmekten kurtarır. Karşı edim borcunun ifasını talep etmek isteyen edim borçlusu muacceliyeti beklemek zorundadır.
Karşı edim borcu bakımından, sözleşmeden dönme hakkından farklı olarak olumlu zararın tazmini talebi için karşı edim borcunun vadesinin beklenmesi yönünde görüş ileri süren ve açık olmamakla birlikte aynı hareket noktasından yola çıkan görüş için bkz. **Stöckli**, N. 233 dn. 521; müeccel, cebri icrası mümkün olan karşı edim borcunun ifa edilmeyeceğinin anlaşılması halinde vadenin beklenmesi gerektiği, bu hususun borçlu (karşı edim alacaklısı) bakımından bir sakınca doğurmayacağı yönünde bkz. **Oğuzman/ Öz**, N. 1574.

[517] **MünchenerK/ Emmerich**, § 320, N. 21; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 125; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 153; **Hüffer**, s.207; **Erman/ Westermann**, §320, N.19 vd; **Stöckli,** N. 234; **Soergel/ Gsell**, §320; N. 97 vd; **Kaniti**, s. 141.

kaçınma hakkı vermek definin amacına uygun düşmez[518]. Kaldı ki, alacaklı, karşı edimi ifa edeceğini belirterek önce ifa yükümlülüğünün devamını sağlayabilir[519]. Bu halde alacaklı, karşı edim borcunun ifasından kaçınmak için defi ileri sürdüğü durumda, definin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği sürece[520]- çelişkili davranış yasağı- defi hüküm ifade etmeyeceğinden alacaklı karşı edim borcu bakımından fiilen önce ifa yükümlüsü olur. Karşı edim alacaklısı karşı edim borçlusundan karşı edimin ifasını talep edebilir ve cebri icrası mümkün ise onu borcun ifasına zorlayabilir[521].

Şayet alacaklının sözleşmenin amacını tehlikeye düşürmeme ve engellememe yükümlülüğüne aykırılık olmayıp, durum ve şartlara göre karşı edimi gereği gibi ifa edip etmeyeceği konusunda bir belirsizlik varsa, bu durum önce ifa yükümlülüğüne

---

[518] **Stöckli**, N.233; kendi edim yükümlülüğünden kesin bir şekilde kaçınmak isteyen borçlunun defiye dayanamayacağı yönünde bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 173; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N.195; **BGE 127 III 199**; Yazarlar, definin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğinde definin hüküm ifade etmeyeceğinden yola çıkarak böyle bir sonucu kabul etmişlerdir.

[519] **Soergel/ Gsell**, §320, N. 97; bu hususta Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGHZ 88, 91-97.**

[520] Alman Hukuku'nda, alacaklının karşı edim borcunun ifasından kaçındığı durumda önce ifa yükümlülüğünün sona ereceği, aynı anda ifanın gündeme geleceği bu nedenle kural olarak karşı edim borçlusuna defi imkanı verilmesi gerektiği, definin ileri sürülmesinin sınırları aşılmış ise(hakkın kötüye kullanılması veya edimin niteliğinden doğan önce ifa yükümlülüğü) artık karşı edim borçlusunun defi ileri süremeyeceği yönünde bkz. **Soergel/ Gsell**, §320, N. 99- 100; **Gerhnhuber**, s. 375; ancak ifadan kaçınacağını ifade eden karşı edim borçlusunun, aynı anda ifanın gündeme gelmesi nedeniyle karşı edim borcundan defi ileri sürerek kaçınmasının hakkın kötüye kullanıması teşkil etmeyeceği durumlara oldukça nadir rastlanır. Bu sebeple her bir somut olayın özelliği ayrıca değerlendirilmelidir.
Hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediğinden bağımsız olarak edimin niteliği önce ifa yükümlülüğü zorunluluğunu ortaya çıkardığı ihtimalde de karşı edim borçlusu defi ileri süremez. Örneğin, eser sözleşmesinde iş sahibinin bedel ödeme borcunu ifadan kaçınması nedeniyle yüklenicinin eseri meydana getirme borcu bakımından önce ifa yükümlülüğü sona erer. Ancak edimin niteliği gereği bir tarafın önce ifa yükümlüsü olması gerektiğinden ve yüklenicinin önce ifa yükümlülüğü de sona erdiğinden burada artık iş sahibi önce ifa yükümlülüğü altındadır. Bu halde de önce ifa yükümlüsü olan iş sahibi defi ileri sürebilme imkanını sahip değildir. (Yazar örneği, karşı edim borçlusunun kaçınmasına rağmen defi ileri sürebileceği kuralının istisnası olarak vermiştir. Bunun için bkz. **Soergel/ Gsell**, §320, N. 100); hizmet sözleşmeleri bakımından, işçinin önce ifa yükümlülüğünün düşeceği, işverenin önce ifa yükümlüsü olacağı yönünde bkz. **Dehmel**, s. 130 -131.

[521] Alman Hukukun'da uygulamanın ve teorinin bu sonucu kabul ettiği yönünde baskın görüş için bkz. **Soergel/ Gsell**, §320, N. 97 vd; Alman Hukuku'nda savunulan aksi yöndeki görüşe göre, bu halde, hakkın kötüye kullanılmasının sözkonusu olduğu, alacaklının önce ifayı isteme imkanını kaybetmesinin önce ifa yükümlüsüne karşı edim alacağına ilişkin bir talep hakkı verileceği anlamına gelmeyeceği, hakkın kötüye kullanılmasının hakkı sınırlayıcı fonksiyonunu olduğu, yoksa hakkı kurucu fonksiyonunun olmadığı, karşı edim borçlusu sözleşmesel bağlılığa uygun davransaydı dahi önce ifa borçlusunun, önce ifayı yerine getirmeden karşı edimin ifasını talep etme hakkına sahip olmadığı yönünde görüş için bkz. **Hüffer**, s. 210; gerekçe bakımından farklı, sonuç bakımından aynı yönde görüş için; krş. **Kast**, s. 81 vd.

etki etmez. Bu durumun kapsamı içerisine ayrıca alacaklının ifayı gerçekleştirmeyeceğinin şüpheden uzak bir şekilde anlaşılamadığı durumlar da girer. Bu durumda borçlunun borcun ifa edilmediği defi ileri sürerek edimin ifasından kaçınması mümkün değildir[522]. Çünkü bu durumda henüz borçlunun önce ifa yükümlülüğü sona ermemektedir ve kendisine karşı açılan davada edimin ifasına hükmedilebilir.

Önce ifa yükümlülüğünün sınırı, dürüstlük kuralına göre her bir somut olayın özelliği gözönüne alındığında farklı şekilde ortaya çıkabilir. Bazı durumlarda, önce ifa yükümlülüğü sona ermeyip önce ifa yükümlülüğünün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir[523]. Örneğin, taşınmazın satışına ilişkin alıcının bedel ödeme borcunu önce ifa ile yükümlü olduğu ve kendisine dayanılması hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecek oldukça düşük bir bedeli ödemediği durumda taşınmazın satıcısının önce ifa yükümlülüğüne dayanarak edimin ifasından kaçınması hakkın kötüye kullanılması teşkil eder[524].

Bir tarafın önce ifa yükümlülüğü açık veya örtülü bir anlaşmayla ortadan kaldırıldığı durumda da önce ifa yükümlülüğü sona erer[525]. Bu halde aynı anda ifa gündeme gelir ve defi- diğer şartlar mevcut ise- ileri sürülebilir.

Önce ifa ile yükümlü borçludan edimin ifasını isteyen alacaklı, en azından kural olarak karşı edimin ifasına hazır olmalıdır. Bu sebeple alacaklının karşı edim borcunu ifa edemeyeceği veya etmek istemediği durumda önce ifa yükümlülüğü düşer. Karşı edimin kesin bir şekilde ifa edilmeyeceğinin belirlendiği durumda en azından edim borçlusunun, ne dava temelinin yetersizliği-eksik muacceliyet itirazı- ne de borcun ifa edilmediği defi ile karşılaşmaksızın karşı edimin ifasını talep edebilir. Bir tarafın

---

[522] **Simmen**, s.64; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 149; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 115; **Kaniti**, s. 141; krş. **von Tuhr**, s. 65 dn. 53; **Becker**, Art. 82 N. 19; sözleşmede kararlaştırılmış ise veya Art. 83 (TBK m. 98)'ün şartları mevcut ise, önce ifa yükümlüsü davalı, karşı edimin ifa edilip edilmeyeceğinin şüpheli olduğu durumda teminat isteme hakkına sahiptir. Bkz. **BernerK/ Weber,** Art.82, N. 149.
Önce ifa alacaklısı olan edim alacaklısı, karşı edimini yerine getireceğini daha sonra açıklamış ise veya ifadan kaçınmaktan vazgeçmiş ise veyahut çekincesiz ifa ile yükümlü olduğunu kabul etmiş ise bu durumlarda önce ifa yükümlülüğü devam eder. Bkz. **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N.20.

[523] **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N.20; **Erman/ Westermann**, §320, N.23.

[524] Bu yönde Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararında dava konusu olayda alıcının taşınmazın karşılığı olan ödemediği bedelin miktarı bütün bedelin%4'den fazla değildir. Bu durumda satıcının alıcının önce ifa yükümlülüğüne dayanması hakkın kötüye kullanılması teşkil eder: **BGHZ 88, 91-97**.

[525] **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N.124.

edimin ifasına devamlı hazır olması gerektiği, sürekli borç ilişkilerinde, tarafların ifa etmesi gereken edim kısımlarının tamamında synallagmatik bağlılık mevcuttur. Bu sebeple önceki bölüme ait karşı edimin ifası gereği gibi gerçekleşmemiş ise edimin ifasından borcun ifa edilmediği defi vasıtasıyla kaçınılabilir. Sonradan karşı edim borcu da muaccel olduğu durumda önce ifa yükümlüsü edimin ifasını hala gerçekleştirmemiş olmasına rağmen önce ifa yükümlülüğü sona erer, bu durumda her iki taraf da edimi aynı anda ifa ile yükümlü olur. Ona uygun olarak, kararlaştırılmış bir eser yapım borcu muaccel olmuş ise, iş sahibinin kararlaştırılmış bir önce ifa yükümlülülüğü sona erer [526].

Önce ifa yükümlüsü borçluya önce ifa yükümlülüğü devam ettiği sürece defi hakkı tanınmayacağı kuralı mutlak bir kural değildir. Bazı durumlarda ise önce ifa yükümlülüğü sona ermiş olmayıp önemli ölçüde zayıfladığından[527] definin ileri sürülebilme imkanı vardır. Ayrıntılarına daha sonra değineceğimiz[528] bu durumlardan birine örnek olarak art arda teslimli satış sözleşmesinde definin uygulanma imkanı gösterilebilir.

Önce ifa yükümlülülüğü, TBK m. 98'nin uygulama imkanının doğduğu ihtimalde sona ermez[529]. Burada önce ifa yükümlüsüne sadece önce ifayı

---

[526] **Erman/ Westermann**, §320, N. 23.

[527] **Stöckli**, N. 232; ayrıca bkz. **Simmen**, s. 64; art arda teslimli satış sözleşmesinde satıcının önce ifa yükümlülüğünün, alıcının önceki kısma ait karşı edimin ifasından kaçınması ve temerrüde düşmesi nedeniyle sona ereceği yönünde isabetsiz görüş için bkz. **MünchenerK/ Emmerich**, § 320, N. 20.

[528] Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §3 III C.

[529] Alman Hukuku'nda BGB §321 (TBK m.98) 'in şartlarının oluştuğu durumda, önce ifa yükümlülüğünün sona ereceği ve önce ifa yükümlüsü olan kişinin aynı anda ifayı talep edebileceği ileri sürülmüştür. Bu görüş için bkz. Heinrich Götz, "**Obliegenheiten und positive Forderungsverletzung**", JUS 1961/2 s. 58; **MünchenerK/ Emmerich**, § 320, N. 20; isabetli olan aksi yöndeki görüşe göre ise, karşı edim borçlusunun malvarlığı durumunun kötüleşmesi, önce ifa yükümlüsüne sadece ediminin ifasından kaçınma hakkı ve sözleşmeden dönme hakkı verir. Önce ifa yükümlülüğünün sona erdiği söylenirse, bu durumda karşı edim borçlusu, sözleşmede kararlaştırılmayan şekilde bir yükümlülük altına girmiş, önce ifa yükümlüsüne ise, kendisine taahhüt edilmeyen şekilde karşı edimi talep edebilme hakkı verilmiş olur. Önce ifa yükümlüsü önce ifa yükümü altına girmekle karşı edimin elde edilemeyeceğine ilişkin bu nevi riski üstlenmiştir. Bkz. **Hüffer**, s. 211-212.
Türk ve İsviçre Hukuku bakımından sona ermeyeceği yönünde bkz. **Stöckli**, N. 262; *Kaniti*, sayfa 143'de sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olan şartların sonradan değişmesi nedeniyle önce ifa borcunun ortadan kalktığını ileri sürerken, sayfa 145'te önce ifa borcunun devam edeceğini, aynı anda ifanın istenemeyeceğini ileri sürmektedir. Bkz. **Kaniti**, s. 143, 145; önce ifa borcunu ortadan kaldıran haller başlığı altında inceleyen görüş için bkz. **Feyzioğlu**, s. 131-132; kanaatimizce Yazarlar (*Feyzioğlu* ve *Kaniti*)'ın önce ifa borcunun ortadan kalkmasıyla belirtmek istediği husus, borçlunun önce ifa etmekten kaçınma imkanının doğması veya sözleşmeden dönme imkanının kullanılmasıyla önce ifa borcunun sona ermesidir. Ancak Yazarlar'ın görüşlerinden bu hususlar açıkça anlaşılmamaktadır.

gerçekleştirmekten kaçınma hakkı tanınmıştır. Zira önce ifa yükümlülüğünün sona ermesi demek, aynı anda ifanın varlığının ortaya çıkması demektir. TBK m. 98 böyle bir amaca yönelmemektedir, kaldı ki sadece teminat gösterilene veya ifa edilene kadar kaçınma hakkı tanınmasından bu husus anlaşılmaktadır.

V. KARŞI EDİMİN HİÇ VEYA GEREĞİ GİBİ İFA EDİLMEMİŞ YA DA İFASININ TEKLİF EDİLMEMİŞ OLMASI

A. Genel Olarak

Borçlunun defi ileri sürebilmesi için gerekli olan bir diğer şart, alacaklının karşı edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemiş veyahut ifasını teklif etmemiş olmasıdır. Bu husus TBK m. 97'de sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını önermiş olması gerektiğinin belirtilmesinden anlaşılmaktadır[530].

[530] Alman Hukuku'nda BGB §320'nin borçlunun *karşı edimin ifası gerçekleşene* kadar edimin ifasından kaçınabileceği yönündeki düzenlemesi ifa teklifinin definin ileri sürülmesini önlemek için yeterli olup olmadığı, ve bu surette alacaklı temerrüdüne düşmesinin onun defi ileri sürmesini engelleyip engellemediği yönündeki tartışmaları tetiklemiştir. Bu hususta baskın görüşe göre, karşı edimin ifa teklifi ve bu surette alacaklı temerrüdüne düşme, borçlunun defi ileri sürmesini etkilemez. Zira bu husus önemini icra aşamasında gösterecektir. Defi ileri sürüldüğünde BGB §322 I'e göre aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verilecektir. Borçlu defi ileri sürdüğü ihtimalde aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verilmesinden sonra, icra aşamasında borçlu hala alacaklı temerrüdünde bulunuyorsa, alacaklının karşı edim borcunu ifa etmesine gerek kalmaksızın borcun ifası icra edilebilecektir. Şayet alacaklı temerrüdü ile definin ileri sürülmesi önlenirse bu durumda borçluyu doğrudan ifaya mahkum eden bir karar alınmasına neden olunacak, karardan sonra borçlunun alacaklı temerrüdünden kurtulması, icra aşamasında etkili olmayacak ve borçlu korunamayacaktır. O sadece karşı edim borcunun ifasını daha sonradan dava edebilir. Bu aynı zamanda aynı anda ifa kuralına da uygun düşmez. Bkz. **Hüffer**, s. 194 vd; 25 vd. ; **Kast**, s. 102 vd; **Ernst**, AcP, s. 500 vd; **Gernhuber**, s. 336; **Hartmann**, Temerrüt, s. 35-36;**Soergel/ Gsell**, §320, N. 77; aksi yönde görüşe göre, alacaklının temerrüde düşmesi definin ileri sürülmesini engeller. Zira ona defi verilir ve aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verilirse, bu kararın alacaklı temerrüdüne giren borçlu bakımından herhangi bir faydası yoktur. Zira o alacaklı temerrüdünde durduğu sürece alacaklı tek taraflı olarak doğrudan edimin icrasını sağlayabilir. Alacaklı temerrüdü kararın içeriğinin farklılaşmasına etki etmeyip, icra aşamasında önem arz eder. bkz. **Adler**, s. 8 vd; **Gabius**, s. 870; **Kirn**, s. 327.
BGB §293'e göre, genel olarak, alacaklının temerrüde düşmesi için onun ifayı kabul etmemesi yeterlidir. Bu hususta kaçınmanın haklı sebebe dayanıp dayanmadığı önemsizdir. Bu nedenle defi ileri sürebilme imkanının borçlunun elinden alınması, karşı edim alacağı bakımından borçlunun edimin ifasını kabulden kaçınmasının sebebi gözönüne alınmaksızın alacaklı temerrüdünün sözkonusu olduğu durumda, edim ile karşı edim arasındaki synallagmatik bağlılığın borçlunun aleyhine sona erdirilmesine neden olur. Bkz. **Hüffer**, s. 25.
Türk ve İsviçre Hukuku 'nda görece eski tarihli eserlerde, yBK m. 81'in lafzına rağmen, ifanın defiyi önleyeceği ancak ifa teklifinin definin ileri sürülmesini önleyip önlemeyeceği tartışılmıştır. Günümüzde önemi yitiren bu tartışma için bkz. **Kaniti**, s. 132; ancak şu anda oybirliğiyle hükmün lafzı ve amacından yola çıkılarak ifa teklifinin definin ileri sürülmesini önleyeceği kabul edilmektedir. Bkz. **Kaniti**, s. 133; **ZürcherK/ Schraner,** Art.82, N. 126 vd; **BernerK/ Weber,** Art.82, N.154; **Oğuzman/ Öz**, N. 1113.

Hüküm alacaklının definin ileri sürülmesini engellemek için ne yapması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Buna göre, alacaklı karşı edimi gereği gibi ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş ise definin ileri sürülme imkanını ortadan kaldırabilir[531], şayet daha önce defi ileri sürülmüş ise, definin hüküm ifade etmesini ileriye etkili sona erdirebilir. Gerçekten, alacaklı karşı edimin gereği gibi ifasını gerçekleştirmiş ise, borçlunun defi ileri sürebilme imkanı yoktur. Çünkü bu durumda, daha önce belirttiğimiz üzere[532], karşı edim alacağı ifa ile sona ermiştir ve artık definin ileri sürülebilme şartlarından

---

Türk/ İsviçre Hukuk doktrininde baskın görüşe göre, borçlunun edimin ifasını teklif etmesi yanında alacaklının alacaklı temerrüdüne düşmesine gerek yoktur. Zira alacaklı temerrüdü için gerekli olan ifa teklifi ve ifaya hazır olma, definin ileri sürülmesini önlemek bakımından yeterlidir. Alacaklı temerrüdü bu hususta özellik arz eden bir önleyici şart değildir. (**BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 190 - 191; Art. 91, N. 28; **Oğuzman/ Öz**, N. 1113, N. 1160) Kanaatimizce bu sonucun kabulü önemini, borcun ifası gereği gibi teklif edilmiş ise, ayrıca alacaklının bunu haklı nedenle reddetmesinin aranmamasında gösterir. Aynı yönde bkz. **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1160.

Aksi yöndeki görüşe göre ise, borçlunun karşı edim borcunun ifasına yönelen ifa teklifini kabul etmediği-alacaklı temerrüdünde bulunduğu- durumda definin ileri sürebilme imkanı yoktur. Ayrıca edim konusunu tevdiye gerek yoktur. Bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 91, N.59; Art. 82, N. 155; Art. 92, N. 96; **von Tuhr/ Escher**, s. 75; **BaslerK/ Leu**, Art. 91, N.7; Franz Schenker, **Die Voraussetzungen und Die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht**, Freiburg, 1988, N. 233; aksi yöndeki görüşten, definin ileri sürülmesini önlemek için alacaklı temerrüdünün varlığının gerektiği sonucu çıkmaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, alacaklının doğrudan icrayı sağlayabilmesi(defi ile karşılaşmaksızın) bakımından, karşı edim borcunu tevdi etmesi gerektiğini aramıştır. Bkz. **BGE 79 II 282**; kararın isabetli olmadığı yönünde ayrıca bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 92 N. 65; tevdi yükümlülüğünün sözkonusu olmadığı, tevdiye gerek olmadığı hususunda aksi yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 111 II 468;** ayrıca Yargıtay kararı için bkz**.** Y. 13 HD. 5186/ 6250 T. 22.10.1985 (**Kazancı**): *"…O halde mahkemenin BK. nun 81. maddesine dayanan ödemezlik def'ini karara bağlayabilmek için, A..... isminin halen davalı tarafından kullanılmakta olup olmadığı… ismin davalıca kullanılabilmesi için davacıların müsaadesi gerekip gerekmediği, gerekmiş ise davacıların böyle bir müsaadeyi vermekten kaçınıp kaçınmadıkları hususlarını usulünce tahkik etmesi ve meydana çıkacak sonuca göre davalının ödemezlik def'ini ve sonuçta davacıların telefona ilişkin davalarını karara bağlaması gerekirken…"*.

Kanaatimizce, TBK m. 97'nin definin ileri sürülmesini önlemek için açıkça ifa teklifinin gerçekleştirilmiş olmasını araması, artık alacaklı temerrüdünün definin ileri sürülmesini engellemek bakımından şart olmadığı, ifa teklifinin yeterli olduğu hususunu açıkça belirtmektedir. Bu hususta aksi görüşte isabet yoktur. İfa teklifini yeterli kabul eden TBK m. 97 karşısında Alman Hukuku'nda maddi hukuk bakımından savunulan alacaklı temerrüdünün definin ileri sürülmesini engellemeyeceği görüşü kabul edilebilir değildir.

Alman Hukuku'nda BGB §274 II 'nin varlığı, usul hukuku bakımından alacaklı temerrüdünde bulunan karşı edim alacaklısı/edim borçlusuna karşı, edim borcunun ifasının doğrudan icrasının sağlanabilmesi hususu, Türk ve İsviçre Hukuku'nda karşı edim borcunun gereği gibi teklif edilmesiyle definin ileri sürülmesinin engellenmesi ve alacaklının borçluyu edimin ifasına mahkum eden bir karar alabilmesi ve bunu icra edebilmesi hususuyla sonuç bakımından paralellik gösterir. Ancak BGB §274 II'nin uygulanması için alacaklı temerrüdünün varlığı gerektiğinden, ifa teklifinin yeterli olduğu TBK m. 97'nin aksine, karşı edim alacaklısının kabulden kaçınması/ ifaya hazırlık hareketlerini yapmamasının haklı nedene dayanıp dayanmadığının incelenmesini gerektirir bu anlamda da Türk ve İsviçre Hukuku'ndaki düzenlemeye uygun düşmez.

[531] **ZürcherK/ Schraner,** Art.82, N. 126 vd; **BernerK/ Weber,** Art.82, N.154; **Simmen**, s.69; **Von Tuhr/ Escher**, s.75; **von Büren,** s. 419.

[532] Bkz. yukarıda §2 II.

biri olan karşı edimin mevcudiyeti şartı da sona ermiştir[533]. Ancak alacaklı, bu şartı, aynı anda ifayı talep edebilme imkanından feragat edip önce ifa yükümlüsü olmamasına rağmen karşı edimi ifa ederek gerçekleştirir[534]. Bunun yanında mevcut şart kapsamında definin ileri sürülebilme imkanını engellenmesi bakımından ifa teklifi de bu sonucu sağlar.

Alacaklının karşı edim borcu ve onun tarafından yerine getirilmesi gereken ifa fiili bakımından ifaya basit hazırlığı ve ifa edebilirliği tek başına yeterli değildir. Borçlu, ifaya hazırlığı inceleyemeyebileceğinden, aksi durumun kabulü borçluyu edim borcu bakımından önce ifa yükümlüsü taraf durumuna sokar. Kural olarak, karşı edimin borca uygun şekilde gereği gibi teklif edilmesi[535], borcun ifa edilmediği defi bakımından, karşı edim borcunun ifasının karşı edim alacaklısını alacaklı temerrüdüne düşürecek şekilde sunulması zorunluluğu anlamına gelir[536]. Bu surette karşı edim

---

[533] Bu yönde Yargıtay kararı çin bkz. **Y. 11. HD. 348/13630 T. 17.12.2015** (Kazancı) *"...Mahkemece, dosyaya sunulan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak, taraflar arasındaki sözleşmenin 16. maddesi uyarınca davalı alıcıların bedel yükümlülüğünün, hisse devrinin ifa olunmasından itibaren muaccel hale geleceği, davacıların hisselerinin davalılara devredildiği tartışmasız olup bu suretle davacıların alacaklarının muaccel hale geldiği, davalıların takibe konu bedeli ödemekten kaçındıkları ve ödemezlik def'inde bulundukları, ancak bunun için davacıların hisse devir borcunu yerine getirmemiş olmaları gerektiği... davacıların toplam 100.000 USD asıl alacaklarına takip tarihindeki kur üzerinden hesaplanacak TL karşılığı olan toplam miktarların % 40'ına isabet eden icra inkar tazminatının, takipteki talep gereği tek olarak davalılardan alınarak ayrı ayrı adı geçen davacılara verilmesine karar verilmiştir...Taraf vekillerinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmiştir..."*

[534] İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 158.

[535] Bir borç kanunda belirtildiği ve/veya sözleşmede taahhüt edildiği şekilde ifa edildiğinde gereği gibi ifa edilmiş olur. İfanın her bir unsuru bakımından(ifa edecek kişi, yer, zaman, içerik, nitelik vb.) ifanın konusu sözleşmede belirtilen edim olmalıdır. Örneğin, sözleşmede kararlaştırılanın yanında başkaca bir edim ifa edilmesi gerekiyorsa(temerrüt faizi gibi), ek karşı edim de ifa edilene kadar, borcun ifa edilmediği define dayanılarak edimin ifasından kaçınılabilir. Bkz. **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 155-156; *Weber* 'in verdiği örnekte karşı edimin konusu olan ana para ile temerrüt faizinin ödenmesine kadar edimin ifasından kaçınılabilmesi, karşı edim alacaklısının temerrüt faizine ilişkin hakkını saklı tutmuş olmasını gerektirir. Aksi takdirde temerrüt faizi anapara ile birlikte sunulmamış olsa da, asıl edimin kabulüyle temerrüt faizi de sona erecektir.
Temerrüt faizinin sunulmamış olması nedeniyle alacaklının edimin ifasını kabul etmemesinin, alacaklı temerrüdünü önlemek bakımından haklı nedenle kabulden kaçınma başlığı altında değerlendiren görüş için bkz. **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1150; bu görüş gözönüne alındığında şayet saklı tutulmuş ise, artık ifa teklifi borca uygun olmayan ifa teklifi niteliğine büründüğü ve bunun haklı sebeple kabulden kaçınmayla ilgisi olmadığı söylenebilir.
Karşı edim teklifinin ister fiili ifa teklifi isterse sözlü ifa teklifi olsun borca uygun gerçekleşmesi gerektiği yönünde bkz. **BGE 123 III 21**. Ayrıca bkz. Cornelia Feldmann, **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: §§ 255 – 304**, Berlin, 2014, BGB § 294 N. 2 vd.

[536] **Soergel/ Gsell**, §320, N. 53; **Soergel/ Wiedemann,** §320, N.47; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 33; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 185; **von Tuhr/ Escher**, s. 61, 75; **Simmen**, s. 69 ve dn.116a; **von Büren,** s. 419; İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 111 II 469**

borcunun gereği gibi ifasının teklif edilmiş olması definin ileri sürülmesini önlemek bakımından alacaklı için külfet teşkil eder[537].

Genel hükümler nezdinde görüleceği gibi borcun ifa edilmediği definin uygulanması bakımından da, karşı edimin ifası yerine geçen bazı kurumlar, ifa ile aynı sonucu doğururlar. Örneğin, edimin tevdi edilmesi, takas, ifa yerine edim[538]. İfa yerine bu durumlardan birinin mevcudiyeti, niteliğine uygun olduğu ölçüde, definin uygulanmasını engeller. Karşı edim alacaklısı olan para alacaklısı, çek kabul etmiş ise, kural olarak, çekin zilyetliğinin devri ile ifa sonucu gerçekleşmese de, ifa fiili gerçekleştiğinden, karşı edim ifa edilmiş olur[539].

Borcun ifa edilmediği defi için gerekli olan mevcut şart, teorik olarak, dört şekilde karşımıza çıkabilir: Alacaklının karşı edim borcunu hiç ifa etmediği, gereği gibi ifa etmediği, hiç teklif etmediği, gereği gibi teklif etmediği. Borcun ifa edilmediği definin uygulanması bakımından hiç ifa etmeme ile hiç teklif etmeme arasında sonuç bakımından bakımından herhangi bir farklılık yoktur. Bu her iki durum borcun ifa edilmediği defi bakımından özellik göstermez. Hiç ifa edilmeme veya teklif edilmeme durumunda defi ileri sürülebileceği tartışmasızdır. Ancak gereği gibi olmasa da görünürde ifanın sözkonusu olması nedeniyle gereği gibi ifa edilmeme, ifanın gereği gibi teklif edilmemesinden ayrılır. Bu nedenle çalışmamız kapsamında mevcut şartı, karşı edimin hiç veya gereği gibi teklif edilmemesi ve karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi başlıkları altında incelemeyi tercih ettik.

---

[537] Bkz. yukarıda §1 III A 5.

[538] Yerine geçen edim değersiz olsa dahi, niteliği itibariyle ifa yerine edim niteliğinde ise bu sonucu doğurur. Bkz. **Bucher,** AT, 314; **BernerK/ Weber,** Art.82, N.157.

[539] Ancak bu sonucun kabulü, çekin karşılığının bulunması şartına bağlıdır. Karşılığı olmayan veya olmadığı daha sonra tespit edilen çek bu sonucu sağlamaz. Bu nedenle, kural çekin zilyetliğinin devri ile definin ileri sürülebilmesinin önlenmesidir. Çekin karşılığının olmadığını karşı edim alacaklısı ispat külfeti altındadır. Aynı sonuç, borçlunun bir üçüncü kişiden olan alacağını, borcun ifası için ifa amacıyla temliki bakımından da geçerlidir.
Çekin paraya çevrilmesiyle ifa sonucunun sözkonusu olacağı ve definin ileri sürülmesini engelleyeceği hususunda belirtilen şartı kural katına çıkaran isabetsiz görüş için bkz. **BernerK/ Weber,** Art.82, N.157; çekin ifa olarak kabul edilmesi halinde örtülü bir saklı tutmanın geçerli olduğunu belirten görüşümüze daha yakın görüş için bkz. **Becker**, Art. 82, N.20.

B. Karşı Edimin İfasının Hiç veya Gereği Gibi Teklif Edilmemiş Olması

1. Genel Olarak

Öncelikle belirtmek gerekir ki, genel olarak, karşı edim borçlusunun, borcun ifa edilmediği defi bakımından, karşı edim borcunun ifasını hiç mi yoksa gereği gibi mi teklif edip etmediği önemsizdir[540]. Zira hiç teklif etmeme durumunda da gereği gibi teklif edilmeme durumunda da borcun ifa edilmediği defi teklif hiç yapılmamış gibi değerlendirilerek uygulanır. Gereği gibi teklif etmeme ve hiç teklif etmeme arasında görünüşte bir teklifin varlığı dışında bir farklılık yoktur.

Peki içerik itibariyle sözleşmede yer alan tüm şartları taşıyan ifa teklifi nasıl olmalıdır ki borcun ifa edilmediği definin ileri sürülmesi engellensin? Bu hususta borca uygun ifa teklifinin ne olduğu ve çeşitleri üzerinde durmak gerekir. İfa teklifi kendi içerisinde fiili ifa teklifi(Realoblation) ve sözlü ifa teklifi(Verbaloblation) şeklinde iki ayrılır. Ayrıca ne ifa teklifine ne de sözlü ifa teklifine gerek olan haller de vardır. Ancak herhalde karşı edim borçlusu definin ileri sürülebilmesini önlemek bakımından karşı edimin ifasına hazır olmalı; ifayı gerçekleştirecek durumda bulunmalı ve ifayı gerçekleştirme yönünde iradesi olmalıdır[541].

2. Fiili İfa Teklifinin Yapılmamış Olması

Fiili ifa teklifinden, karşı edim borçlusunun sözleşmeye uygun şekilde edimin ifasını fiilen teklif etmesi anlaşılır. Genel olarak, karşı edim borçlusu, ifanın gerçekleşmesi için sadece alacaklının kabulünün yeterli olacağı şekilde, ifa için gerekli olan her şeyi yapması gerekir[542]. Diğer deyişle karşı edimin ifası için gerekli olan herşeyin yapıldığı durumda fiili ifa teklifi gerçekleşir. Karşı edim alacaklısına sadece

---

[540] **BernerK/ Weber,** Art.82, N.163.

[541] Borçlunun ifaya hazır olmaması çeşitli sebeplere dayanabilir. Bu husus geçici olan fiili ve hukuki sebepler şeklinde ikiye ayrılarak incelenmiştir. Fiili sebebe örnek olarak; şimdilik tasarruf edebileceği edim konusuna sahip olmaması, işi geçici olarak hasta olması nedeniyle yapabilecek durumda olmaması gösterilmekte, hukuki sebebe örnek olarak ise; işi yapma konusunda resmi makamlarca verilen izne sahip olmaması(ör, stajını bitirmemiş olmamış gibi) gösterilmektedir. Bkz. **BaslerK/ Leu**, Art. 91, N. 6; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 91, N. 66; işçinin zamanında işyerinde olmasına rağmen, sarhoş olması, işi yapacağı malzemeye sahip olmaması, fiili sebeblere örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 91, N. 67; sebebin süreklilik arz etmesi durumunda ifa imkansızlığı gündeme geleceği, bu yüzden bu sebeplerin geçici olması gerektiği yönünde bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 91, N. 66.

[542] **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 148; **StaudingerK/ Feldmann,** §294 N.15; **Simmen,** s.66; **von Tuhr/ Escher,** s.71; **Huber**, §8 I, 1 s. 201 vd.; **BaslerK/ Leu**, Art. 91, N. 4; ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 79 II 282**; **BGE 111 II 469**

edimin ifasını kabul etmek kalmıştır. Fiili ifa teklifi, kural olarak, definin geçerliliği hususunda karar verilene kadar sürdürülmelidir. Ancak definin ileri sürülmesini önlemek bakımından zorunlu olmamakla birlikte bu külfetten kurtulmak isteyen, fiili ifa teklifinde bulunan karşı edim borçlusu, alacaklı temerrüdü hükümlerine göre karşı edimi ya da bedelini tevdi edebilir[543]. Bu durumda edim borçlusu defi ile edimin ifasından kaçınamaz. Alacaklı, borçluyu edimin ifasına mahkum eden kararı böylece alabilir[544].

Fiili ifa teklifinde karşı edim borçlusunun davranışının nasıl olması gerektiği, her bir somut olayın özelliği ve sözleşmenin içeriğine bağlıdır[545]. Çalışmamız kapsamında bütün edim görünümlerinde fiili ifa teklifinin nasıl yapılması gerektiğini belirtmemiz mümkün olmadığından burada sadece belli başlı hususları incelemeyi tercih ettik.

İfası teklif edilecek borçları verme ve yapma borcu olarak ayırdığımızda[546], verme borçları bakımından, karşı edim konusunun aranılacak, götürülecek veya gönderilecek borç olup olmamasına göre fiili ifa teklifinin görünümü değişir. Ancak verme borcu bir götürülecek borç[547] ise ifa teklifi, verme borcunun ifası için karşı edim

---

[543] **Simmen,** s.66, 66 dn.103b; ayrıca bkz. yukarıda §2 V A. dn. 529.

[544] Alacaklının, borçluyu doğrudan edimin ifasına mahkum eden bir karar alabilmesi, sadece, fiili ifa teklifi üzerinden bir taraftan kendisinin artık geri alamayacağı şekilde diğer taraftan ise tevdi edileni alıp almama hususun karşı edim alacaklısının serbest olacağı şekilde karşı edimin tevdi gerçekleşirse mümkün olacağı yönünde isabetsiz görüş için bkz. **Kummer**, ZBJV, 1970/ 106 s. 127
Bunun ifa yerinde tevdi anlamına geldiği ancak kesin bir şekilde davalı karşı edim alacaklısı lehine bloke edilmemesi gerektiği, zira davalı edim borçlusunun sürekli borçlu temerrüdüne düştüğü durumda davacıya temerrüd hükümlerine başvurmak suretiyle karşı edimin ifasını geri alabileceği bir imkanı tanıyan bir durumun ortaya çıkabileceği(örneğin sözleşmeden dönme vb.), bu açıdan kesin bloke edilmemesi yorumunun kabul edilebileceği yönünde bkz. **Simmen,** s. 67.
Tevdinin yapılabilmesi için karşı edim alacaklısına ifanın teklif edilmesi ve onu alacaklı temerrüdüne düşürmek gerekir. Alacaklı temerrüdünden önce tevdinin herhangi bir hükmü olmayıp karşı edim borçlusu borcun ifasından kurtulmaz. Bu sebeple alacaklıyı temerrüde düşürecek şekilde ifa teklifinin yapılmış olması önemlidir. Ayrıca sadece verme borcunda tevdinin mümkün olduğu da gözardı edilmemelidir.

[545] **Huber**, §8 I, 1.

[546] Yapmama borçlarında ifa teklifinin sözkonusu olamayacağı, bu nedenle alacaklı temerrüdünün de gündeme gelmeyeceği yönünde görüş ve bu hususa ilişkin tartışmalar için bkz. **Koç**, s. 43.

[547] Bir götürülecek borç olan para borçlarında, fiili ifa teklifi, kararlaştırılan ödeme yöntemine göre çeşitlilik gösterebilir. Nakit ödeme borçlanılmış ise, verme borçlarındaki husus geçerlidir. Para borcu kural olarak götürülecek borçtur. Alacaklıya, borçlunun hesabından çekip alma yetkisi verilmişse ve bunun için gerekli olan talimat bankaya verilmiş ise, para borcu aranılacak borç teşkil eder. Şayet böyle bir talimat yoksa kural uygulanır. Para ancak alacaklının bankasına havale/eft veya diğer yöntemlerle ulaştırılırsa, bu durumda fiili ifa teklifi gerçekleşmiş olur. Para borcunu borçlu alacaklının yerleşim yerinde sunması gerekli ise, fiilen para ile birlikte bu yerde bulunmuşsa fiili ifa teklifi için parayı sunmasına gerek yoktur. Paranın kendisinde bulunduğu ve teslim etmek istediğini

borçlusunun, karşı edim alacaklısının inceleyebilmesine imkan sağlayacak ve kabuluyle ifanın gerçekleştirileceği şekilde ifa fiilini yapmış olması anlaşılır. Bu nedenle karşı edim borçlusunun edimin ifasına hazır olması gereklidir ancak yeterli değildir. Bu nevi borçlarda edimin ifası, karşı edim alacaklısına, onun yerleşim yerinde fiilen teklif edilmelidir[548].

Aranılacak borçlarda, karşı edimin karşı edim alacaklısına sunulması veya fiili ifa teklifi yapılması karşı edim borçlusunun sorunu olmayıp, karşı edim alacaklısı, ifa yerinde karşı edimi gelip alması gerekir. Bu durumda fiili ifa teklifine gerek olmayıp, sözlü ifa teklifi yeterlidir[549].

Gönderilecek borçlarda fili ifa teklifinin nasıl olması gerektiği tartışmalı olmakla birlikte baskın görüş[550], ifa teklifi için, hasarın alacaklıya geçişinde olduğu gibi, satıcının bağımsız taşıyıcıya teslim etmesinin yeterli olduğunu kabul etmektedir. Aksi yöndeki görüşe göre[551] ise, alacaklı, bu durumda eşyayı kabul etmek veya reddetmek imkanına sahip değildir, borçlunun taşıyıcıya malın zilyetliğini vermesiyle alacaklı temerrüde düşmez. Gönderilecek borçlarda, borçlunun, malı doğru adrese göndermesi ve taşıma ile yetkili kişinin bu adreste malı alacaklıya teslim edecek şekilde hazır bulundurması gerekir. Fiili ifa teklifi, genel olarak, göndermeyi de içerir.

Kanaatimizce gönderilecek borçlarda, borçlu, satılanı, artık üzerinde tasarruf edemeyecek şekilde taşıyıcıya teslim ettiği anda ifa teklifini gerçekleştirmiş olur. İfa teklifi, gönderilecek borçlarda, kural olarak, satılanın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasını kapsamaz. Satılanın alıcının tasarrufuna hazır bulundurmasının borçlu lehine çeşitli sonuçlar doğurması ifa teklifinin gönderme ile sınırlandırılması hususundan bağımsızdır. Satılanın alıcının tasarrufuna sunulması; bedel ödeme borcunun muacceliyeti, alacaklı temerrüdünün gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belirlenmesi ve bu surette borçlunun alacaklı temerrüdünün kendisine sunduğu

bildirerek fiili ifa teklifini gerçekleştirir. Bkz. **Huber**, §8 III, 2; **Emmerich**, Leistungsstörungen, §24 N.38; **StaudingerK/ Feldmann**, §294 N.16; ayrıca bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 71.

[548] Emmerich, **Leistungsstörungen,** §24, N.32; **Huber**, §8 III, 2.

[549] **Simmen,** s.67; Volker Emmerich, **Das Recht der Leistungsstörungen,** 6. Aufl., München, 2005, §24, N.32.

[550] **Koç**, s. 119; **Kaniti**, s. 134; **BernerK/ Weber**, Art. 91, N. 103; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 91, N. 80.

[551] **Emmerich**, Leistungsstörungen**,** §24, N. 32; **Huber**, §8 III, 2;

imkanlardan yararlanması bakımından önem arz eder[552]. Bu sonuçlar ifa teklifiyle değil, satılanın alacaklının tasarrufuna hazır bulundurulmasıyla gerçekleşir.

Karşı edim borcu, bir irade açıklamasında bulunmaktan oluşuyorsa, karşı edim borçlusu, irade açıklamasında bulunacağını açıklamalıdır. Bu irade açıklaması, fiili ifa teklifinin konusunu oluşturur. Karşı edim borçlusu, ödemeye karşı, rehnin veya sınırlı ayni hakkın terkinini talep etme borcu altında ise, bu durumda ödeme karşılığında terkini talep edeceğini bildirmesi yeterlidir. Ayrıca terkin talebinde bulunması gerekli değildir[553]. Terkin talebinde bulunması demek onu önce ifa zorunda bırakmak anlamına gelir.

Edim konusunun bir işin görülmesi olduğu sözleşmelerde- özellikle hizmet sözleşmesinde- fiili ifa teklifi, iş görenin işi göreceği ifa yerinde hazır olmasını gerektirir. Şayet işi görülen, işi istemediğini ve kabul etmeyeceğini önceden bildirmiş ise artık sözlü ifa teklifi yeterli sayılmalıdır[554]. Ancak yapma borçlarında daha öncede belirttiğimiz üzere, önce ifa yükümlülüğünün uygulanması ihtimali oldukça yüksektir. Bu nedenle edim konusunun bir işin yapılması olduğu özellikle eser sözleşmesinde, fiili ifa teklifi ancak eserin oluşturulmasından sonra önem arz eder. Eserin bitirilmesinden önce borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebilmesini engellemek için sözlü ifa teklifini gerektiren veya ifa teklifine gerek olmayan bir durumun ortaya çıkması gerekir. Örneğin, inşaat sözleşmesinde işçi(ler), gerekli ekipmanla birlikte onarımın yapılacağı yerde hazır bulunmalıdır. Onarımın yapılacağına ilişkin sözlü ifa teklifi veya ifaya açık hazırlık tek başına yeterli değildir. Sözlü ifa teklifi, iş sahibinin önceden onarımı reddettiği durumda sözkonusu olur. Onarımın yüklenicinin atölyesinde(yerinde) ifa edilmesi gereken durumlarda veya teamüle göre yüklenicinin yerinde onarımın yapıldığı durumda farklı sonuca varılır (otomobil tamirinde olduğu gibi). Bu durumlarda da sözlü ifa teklifi yeterlidir[555].

[552] **BernerK/ Weber**, Art. 91, N. 103; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 91, N. 80; ayrıca bkz. yukarıda §1 IV C 2.
[553] **Huber**, §8 III, 2; bildirimin fiilen ifa teklifi olduğu yönünde bkz. **StaudingerK/ Feldmann**, §294 N.19.
[554] **Huber**, §8 III, 3 e; **StaudingerK/ Feldmann**, §294 N.16, 20.
[555] **Huber**, §8 III 2-3.

3. Sözlü İfa Teklifinin Yapılmamış Olması

Sözlü ifa teklifi(Verbaloblation) istisnai durumlarda ortaya çıkan ve fiili ifa teklifini gerektirmeyen, sözlü, açık ifa teklifi çeşididir. Sözlü ifa teklifinin içeriğini edimin, alacaklısının tasarrufuna sunulacağı ve tutulacağının açıkça belirtilmesi oluşturur[556]. Karşı edim borçlusunun belirli bazı durumların ortaya çıkması halinde fiili ifa teklifine gerek olmaması nedeniyle, sözlü ifa teklifi, borcun ifa edilmediği definin ileri sürülmesini engellemek bakımından yeterlidir[557].

Fiili ifa teklifini gerektirmeyen ve sözlü ifa teklifinin yeterli olduğu durumların ne olduğunu tek tek saymak mümkün olmamakla birlikte genel bir çerçeve belirleyebilmek bakımından Alman Medeni Kanunu'nda yer alan düzenlemeden yararlanmak faydalı olur[558].

Alman Medeni Kanunu BGB §295'de sözlü ifa teklifi düzenlenmiştir. Buna göre: "Alacaklı edimi kabul etmeyeceğini açıklarsa veya edimin ifası için alacaklının davranışı gerekli ise, özellikle alacaklının borçlanılanı gelip alması gerekiyorsa sözlü ifa teklifi yeterlidir. Alacaklıya yöneltilen, ifa için gerekli olan davranışı gerçekleştirme yönündeki talep de ifa teklifi yerine geçer". Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda bu nitelikte bir hüküm olmamakla birlikte sözlü ifa teklifi bakımından bu hususlar Türk ve İsviçre Hukuku için de kabul edilebilir.

Sözlü ifa teklifinin sözkonusu olduğu durumlar arasında, fiili ifa teklifinin karşı edim borçlusunun durumunu ağırlaştırabileceğinden karşı edim borçlusundan fiili ifa teklifinin beklenemeyeceği[559], özellikle karşı edim alacaklısının davranışı nedeniyle fiili ifa teklifine gerek olmadığı veya fiili ifa teklifinin yapılamadığı durumlar sayılabilir. Karşı edim alacaklısının, karşı edim borçlusunun ihtarına rağmen gerekli

---

[556] **Simmen**, s. 67; alacaklının alacağı kabul etmeyeceğini belirtmesine veya içinde bulunduğu durumdan anlaşılmasına rağmen sözlü teklife gerek duyulmasının amacı, borçlunun edimi ifa edebilirliği ve ifaya hazır olduğu hususunda alacaklıyı bilgilendirmektir. Sözlü ifa teklifi aynı zamanda, borçlunun ifayı gerçekleştirmeye yönelik istediğini içerir. Sözlü ifa teklifinin hukuki niteliği ihtardır. Teklif hukuki işlem benzeri bir fiili ifade eder. Bkz. Emmerich, **Leistungsstörungen,** 24, N.42; **ZürcherK/Schraner**, Art. 91, N. 74.

[557] **Simmen**, s. 68; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 185; **Stöckli,** N. 240; **ZürcherK/Schraner**, Art. 82, N. 150 vd; İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki bir kararında Mahkeme, art arda teslimli satış sözleşmesinde alıcının malları teslim almaması nedeniyle, satıcının tevdi yükümlülüğünde olmadığı, sözlü ifa teklifinin yeterli olduğuna karar vermiştir. Bkz. **BGE 111 II 469**; defi bakımından, (Art. 82/ TBK m. 97'de) ifa teklifinin ifa ile aynı derecede olduğu yönünde bkz. **BGE 123 III 21-22**

[558] Türk ve İsviçre doktrininde BGB §294 ve §295'de açıkça öngörülen sözlü ifa teklifi-fiili ifa teklifi ayrımının oybirliğiyle kabul edildiği yönünde bkz. **Koç**, s. 111.

[559] **Simmen,** s.67; **Becker**, Art. 82 N.22; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 151; bkz. **BGE 111 II 469**

hazırlık hareketlerini yapmadığı veya yapmayacağını bildirdiği durumda fiili ifa teklifinin yapılamadığı bir durum ortaya çıkar ve bu halde de sözlü ifa teklifi yeterlidir. Örneğin, alıcının, borcun konusu olacak satılanı belirlemesi gerekirken satılanın belirlenmesinden kaçındığı durumda[560] bu husus görülebilir. Karşı edim alacaklısının ifanın gerçekleşebilmesi için ifaya katılması gerekirken, ifaya katılmadığından veya katılmayacağını bildirmesi nedeniyle fiili ifa teklifine gerek olmadığı durumlarda[561] da sözlü ifa teklifi yeterlidir. Örneğin aranılacak borçlarda[562] veya taşınmaz satışı sözleşmesinde karşı edim borçlusunun mülkiyeti devir borcu altında olması ve karşı edim alacaklısının taşınmazın adına tescil edilmesi için tapu dairesine gitmemesi durumunda, taşınırın mülkiyetinin ve zilyetliğinin devrini kabul etmeyeceğini bildirdiği durumda sözlü ifa teklifi yeterlidir.

Karşı edim borçlusuna, karşı edim alacaklısı karşı edimin ifasını kabul etmeyeceğini açıkladığında da sözlü ifa teklifi yeterlidir. Zira karşı edim borçlusundan buna rağmen fiili ifa teklifi beklemek, zaman, masraf ve emek kaybı anlamına gelir. Karşı edim alacaklısının karşı edimin ifasını reddedişi her bir somut durumun özelliğine göre belirlenir. Örneğin, karşı edim alacaklısı, karşı edimin kabulünü sözleşmeye uygun olmayacak şekilde, karşı edim borçlusunun ayrıca başka bir edimi yerine getirmesine bağlamış olabilir[563].

Sözlü ifa teklifinin hükümlerini doğurabilmesi, BGB §297'e göre, karşı edim borçlusunun teklifi yaptığı sırada ifayı gerçekleştirebilecek durumda olması ve ifaya hazır olmasını gerektirir. Aksi durumda karşı edim alacaklısı ifa teklifini reddeder ve defi ileri sürebilir. İfaya hazır olma bakımından karşı edim alacaklısı tutumunu değiştirdiği (teklif ile ifayı kabul edececeği) sürece, satış sözleşmesinde, karşı edim borçlusu her zaman satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devredebilecek, eser sözleşmesinde ise eseri oluşturabilecek ise sözlü ifa teklifi yeterli kabul edilmelidir[564].

---

[560] **Giger**, Art. 184, N.190; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 152.

[561] **Simmen**, .68; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 152; açık olmamakla birlikte bkz. **BGE 111 II 469;** alacaklının ifayı kabul etmeyeceğini açıkladığı durumda sözlü ifa teklifinin yeterli olup olmadığı hususunun tartışmalı olduğu, baskın görüşün sözlü ifa teklifinin yeterli olduğu yönünde bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 91, N. 109.

[562] **Simmen**, s. 67; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 151; **von Tuhr/ Escher**, s.71; **BernerK/Weber**, Art. 91, N. 126.

[563] **Emmerich**, Leistungsstörungen**,** N. 24, N.40.

[564] **Emmerich**, Leistungsstörungen, §24 N.44; **Huber**, §9 I 4; bu halde de edimin ifasına hazırlık alacaklı temerrüdüne düşürecek nitelikte olmalıdır. Bkz. **Stöckli**, N. 240.

Borcun ifa edilmediği definin şartlarının oluşmasını engellemek bakımından sözlü ifa teklifi, karşı edim borçlusunun, fiilen, kendisinin karşı edim borcunun ifasını hemen (ifanın gecikmeksizin gerçekleştirilebilmesi için gerekli süre içerisinde) gerçekleştirecek durumda olduğunu ispatlayabildiği sürece yeterlidir[565]. Örneğin, karşı edim borçlusunun borcu ithal edilecek malın mülkiyetini ve zilyetliğini devir ise ve karşı edim borçlusu malın ithal edildiğine ilişkin belgeleri sunamıyorsa bu durumda ifaya hazır değildir[566]. Ancak belgeleri sunabiliyorsa bu durumda ifaya hazırdır ve sözlü ifa teklifi yeterlidir. Karşı edim borçlusu ifaya hazır olması ve istendiğinde gecikmeksizin ifayı gerçekleştirecek olması sözlü ifa teklifi için yeterli olmakla birlikte gereklidir. Öyle ki, sözlü ifa teklifinin gerekli ve yeterli olduğu çoğu durumda, karşı edim alacaklısının, karşı edimin aynı anda ifasını bununla ilgili olarak fiili ifa teklifinin yerine getirilmediğini ve buna dayanarak borcun ifa edilmediği defini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil eder (çelişkili davranış yasağı)[567].

4. Fiili ve Sözlü İfa Teklifine Gerek Olmayan Durumlar

Bazı halerde ne fiili ne de sözlü ifa teklifine gerek vardır. Bu hallerde karşı edim alacaklısı, edim borcunun ifasından borcun ifa edilmediği defi vasıtasıyla kaçınamaz. BGB §296'da bu hususların neler olabileceği genel hatlarıyla belirtilmiştir. Karşı edim alacaklısının ifaya katılması için belirli bir zaman belirlenmişse(veya zaman belirli bir

---

[565] **Simmen**, s.67; **Becker**, Art.82 N.23, **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 153; **BGE 111 II 469**; *Becker*, İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına binaen (**BGE 35 II 593**) bu belirtilenin aksine ifaya hazır olma bakımından, aksi yönde ispat yükü dağılımından bahseder. Ona göre, karşı edim alacaklısı, karşı edim borçlusunun sözlü ifa teklifine rağmen, karşı edim borcunu ifa edecek durumda olmadığını ispat külfeti altındadır. Bu değerlendirme için bkz. **Becker**, Art. 82, N.23; bu değerlendirmeye karşı çıkan görüşe göre, bu görüş isabetli değildir, davacının karşı edim borcunu fiilen ifaya hazır olduğu, sözlü ifa teklifinden çıkmaz. Borçlu ifaya hazır olduğunu ispat etmelidir. Diğer deyişle ifaya hazır olduğunu veya ifaya hazır olmadığını iddia eden iddiasını ispat külfeti altında olup, defiyi etkisizleştimek isteyen kişi karşı edim borçlusu olan alacaklı olduğu ihtimalde bu etkisizleştirme için kendisinin ifaya hazır olduğunu ispat külfeti altındadır. Bkz. **Simmen**, s.68 dn.114; kanaatimizce sözlü ifa teklifinde bulunan karşı edim borçlusunun ifaya hazır ve ifa edebilecek durumda olduğu hususu sözlü ifa teklifinin içeriğini oluşturduğundan, sözlü ifa teklifinde bulunan karşı edim borçlusu karşı edimin ifasına hazır olduğunu ve ifa edebilecek durumda olduğunu da ispat külfeti altındadır. Zira sözlü ifa teklifi, zaten ifayı gerçekleştirme yönündeki isteği de içerir. Bu nedenle ikinci görüş isabetlidir. Karşı edim borçlusu bu ispat külfetini yerine getiremiyorsa, karşı edim alacaklısı sözlü ifa teklifini reddedebilir. Bu durumda usulune uygun olmayan ifa teklifinin reddi ile aynı sonuçlar doğar.
Art arda teslimli satış sözleşmesinde satıcının önceki teslim borçlarını ayıplı ifa etmiş olması, gelecekte de ayıplı ifada bulunacağının veya daha iyi durumda teslim edemeyeceğinin beklenebilirliğini ortaya çıkarır. Bu halde karşı edim borçlusunun(satıcı) sözlü ifa teklifinin hüküm doğurabilmesi bakımından ifaya hazır olmadığı söylenebilir. Bkz. **Simmen**, s. 68 dn. 115.

[566] Bu örnek için bkz. **Becker**, Art. 82 N.23; **Simmen**, s. 68 dn. 115

[567] **Simmen**, s.68-69.

olayın gerçekleşmesinden sonra belirli bir sürenin geçmesiyle belirli ise) ve karşı edim alacaklısı bu zamanda edimin ifasına katılmaya illişkin davranışı gerçekleştirmemiş ise ne sözlü ne de fiili ifa teklifine gerek vardır[568]. Bu hallerde aynı zamanda karşı edim alacaklısı olan edim borçlusu, edim borcunun ifasını talep eden alacaklıya karşı defi ileri süremez. Örneğin, bir inşaat malzemesi satan yerden inşaat malzemeleri sipariş eden ve 1 Eylül'de malı gelip alacak olan alıcı, başka herhangi bir şeye gerek kalmaksızın, 1 Eylül'de malzemelerin kendisinin alımına hazır bulundurulduğu sonucuna varabilir[569]. Ancak alıcı bu tarihte hazır bulunan malları ifa yerine (satıcının dükkanına) gidip almaz ise bu durumda kendisinden bedelin ödenmesini isteyen satıcıya karşı bedelin ödenmesinden defi ileri sürmek suretiyle kaçınamaz. Ancak alıcı bu tarihte satıcının dükkanında bulunursa, satıcı alıcıya satılanı teslime hazır bulundurmalıdır. Aksi durumda satıcı bedel ödeme borcunu talep ettiği durumda alıcı defiyi ileri sürerek bedel ödeme borcunun ifasından kaçınabilir.

Ne sözlü ne de fiili ifa teklifine gerek olmadığı hallerden bir diğerine, karşı edim alacaklısının, karşı edimin ifasını kesin ve açık bir şekilde kabul etmeyeceğini bildirmekle birlikte karşı edim borçlusuna artık başka bir ifa teklifi veya açıklaması yapmamasını bildirdiği ihtimalde rastlanır. Artık bu halde sözlü ifa teklifi de gereksizdir[570]. Bu halde karşı edim alacaklısı, edim borcunun ifasından defi ileri sürerek kaçınamaz.

C. Karşı Edimin Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemiş Olması

1. Genel Olarak

Defi ileri sürebilme imkanı alacaklının hiç ifa etmediği veya karşı edimi sözleşme şartlarına uygun ifa etmediği durumda sözkonusu olur. Bu durumda alacaklı karşı edimi sözleşme şartlarına uygun ifa etmediği halde borcun *gereği gibi* ifa edilmediği definin (*exceptio non rite adimpleti contractus*) ileri sürülmesinden bahsedilebilir. Hiç ifa etmemeden farklı olarak bu halde gereği gibi olmasa da "görünüşte bir ifa" mevcuttur. Borcun hiç ifa edilmediği defi ile gereği gibi ifa

---

568 **Emmerich**, Leistungsstörungen, § 24 N. 53; **Huber**, §9 II 1, s. 242; Roland Schwarze, **Das Recht der Leistungsstörungen**, Berlin, 2008, § 36 N. 25 vd; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 91, N. 108; **BaslerK/ Leu**, Art. 91, N. 5

569 Alacaklı temerrüdü bakımından aynı örnek için bkz. **Huber**, §9 II 1 s. 242.

570 **Schwarze**, Leistungsstörungen**,** §36 N.28; **ZürcherK/ Schraner**, Art 91, N. 110; **BaslerK/ Leu**, Art. 91, N. 5.

edilmediği defi arasında şartın ortaya çıkış kaynağı bakımından fark olup, bunun dışında ne hükümler[571] ne de hukuki sonuç bakımından herhangi bir farklılık vardır. Bu sebeple definin ileri sürülebilirliği bakımından karşı edimin hiç ifa edilmemiş olması özellik arz etmez.

Borcun gereği gibi ifa edilmemesi, borcun ifasının sözleşmede veya kanunda belirtilen özellikleri taşımaması olarak nitelendirilebilir. Bu surette, sözleşmede veya kanunda borcun gereği gibi ifası için aranan özelliklerin borcun ifasında bulunmaması durumunda gereği gibi ifa edilmemenin varlığından bahsedilir. Borcun gereği gibi ifa edilmemesi bu surette ifanın, edim konusunun niteliği, niceliği, yeri, zamanı gibi özelliklerine uygun surette gerçekleşmediği durumda görülebilir.

Karşı edim borçlusu açısından, karşı edimin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinin sebebi, karşı edimin ifası mümkün olduğu sürece -imkansızlık gündeme gelmemiş ise-, kural olarak, önemli değildir[572]. Defi, karşı edim borçlusunun borçlu temerrüdüne düşmesini veya ifanın hiç veya gereği gibi gerçekleşmemesinden sorumlu olmasını şart koşmaz[573]. Karşı edim borcunun gereği gibi ifa edilmemesinin kaynağı önemli olmasa da bazı gereği gibi ifa edilmeme hallerinde definin ileri sürülebilmesi bakımından özellik arz eden durumlar mevcut olabilir. Bu husus, özellikle, nicelik veya nitelik bakımından gereği gibi ifa edilmemede kendisini gösterir.

Öncelikle definin ileri sürülmesi için aranan bu şart çerçevesinde, ifaya alacaklının katılmasının gerekip gerekmediği gözönüne alınarak ikili ayrım yapmak gerekir. Birincisi karşı edimin ifasına karşı edim alacaklısının katılmasının gerekmediği hallerdir. Bu durumda görünüşte ifa gerçekleşmiş olmasına rağmen, ifa borca uygun değilse definin ileri sürülebilirliğinden bahsedilebilir. Örneğin, 100.000

---

[571] **Simmen**, s.73, dn.136.

[572] **Palandt/ Grüneberg,** §320, N.7; **BernerK/ Weber,** Art.82, N.163; karşı edimin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinin sebebi, haklı neden olmaksızın borçlunun davranışları ise bu ihtimalde artık definin ileri sürülebilirliğinden bahsedilemez. Bkz. aşağıda §3 IV A.

[573] **Soergel/ Gsell**, §320, N. 53; **Soergel/ Wiedemann,** §320, N.47; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 33.
Borcun ifa edilmediği definin amaçlarından birinin, edimlerin aynı anda mübadelesini sağlamak olduğu gözönüne alındığında, bu amaç çerçevesinde ifa sırasındaki düzen teminat altına alınır ve taraflar arasındaki denge korunur. Zararın tazminini öngören kurumlardan farklı bir amacın güdülmesi, defi için karşı edimi hiç veya gereği gibi ifa etmeyen tarafın kusurunun aranmamasını gerektirir. Bkz. **Simmen,** s.87; **Palandt/ Grüneberg,** §320, N.7; **BernerK/ Weber,** Art.82, N. 163; **Schwarze**, Leistungsstörungen, §14 N.5.

TL lik ipoteğin terkinini talep etme borcu altında bulunan borçlunun 50.000 TL lik miktar bakımından terkini gerçekleştirmesi veya karşı edim borçlusu tesisatçının karşı edim alacaklısının evindeki muslukları tamir etmesine rağmen[574], muslukların birkaç gün sonra su sızdırması veyahut yapmama borçlarının gereği gibi ifa edilmemesi durumunda karşı edimin gereği gibi ifası gerçekleşene kadar henüz ifa edilmemiş edim borcunun ifasından kaçınılabilir. Bu halde ifa için alacaklının katılmasına gerek olmamasına rağmen, alacaklının sözkonusu ifayı "ifa olarak kabul" edip etmediği ayrıca incelenebilir. Durum ifaya alacaklının katılmasının gerektiği "görünüşte ifa" ihtimalinde olduğu gibidir.

İkinci ihtimal alacaklının katılmasının gerektiği hallerdir. Bu hallerde ise, ifa süreci, "ifa teklifi", "görünüşte ifa (ifa olarak alma-Abnahme als Erfüllung)" ve "ifa olarak kabul" şeklinde üç aşamada incelenebilir. İlk aşama ifa teklifinin gereği gibi olmadığı ve karşı edim alacaklısının bu teklifi reddettiği veya kabul ettiği ihtimaldir. İkinci aşama; ifa teklifi görünüşte gereği gibi olmakla birlikte "ifa olarak alma" ile karşı edim borcunun "görünüşte ifa" olarak alınması mümkündür. Bu halde de, kural olarak, "görünüşte ifa" gerçekleşmiş olmasına rağmen, daha sonradan borcun gereği gibi ifa edilmediğinin tespit edilmesiyle karşı edim alacaklısı kendisine tanınan haklardan yararlanabilir[575]. Üçüncü aşama ise "ifa olarak kabul"dür. Bu halde teklif

---

[574] Bu halde karşı edim alacaklısının hakimiyet alanı içerisinde yapılan tamirat nedeniyle, yapma borcunun ifası için karşı edim alacaklısının katılımına gerek olmayan, bu anlamda teslime gerek olmayan bir yapma borcunun ifasından bahsedilebilir.
Alman Hukuku'nda BGB §640'nın eserin tesliminin sözkonusu olmadığı durumlar mevcut olmadıkça, eserin teslim alınmasını yükümlülük olarak düzenlemesinden, eser sözleşmesinde teslime gerek olmayan hallerin de mevcut olabileceği, eser iş sahibinin zilyetliğinde bulunuyorsa veya eser teslim edilebilir nitelikte değilse (maddi niteliği olmayan eser) bu durumlarla karşılaşılabileceği yönünde bkz. Felipe Temming, **"Die Abnahme im Werkvertrag"**, AcP/ 215, 2015, s. 22 -23.

[575] *Kaniti*, bu hususu ifanın maddi bir fiil olduğu durum ile ifa olarak almanın "geçici kabul" niteliğinde olduğu durumları iki ayrı ihtimal şeklinde değerlendirmeyi tercih etmiştir. İfanın maddi bir fiil olduğu ihtimalde, ifanın, borca uygun olmadığını muayene etme ve bildirme külfeti dışında, borca uygun olmadığının tespit edilmesi durumunda karşı edim alacaklısı kendisine tanınan hakları kullanabilir. İkinci ihtimalde ise "geçici kabul" ün özelliklerinden bahsedilerek, değerlendirme yapılmıştır. Buna göre, karşı edim alacaklısı, görünüşte, edimi ifa olarak kabul etmiş sayılmaktadır. Ancak daha sonra ifanın, borca uygun olmadığı tespit edildiğinde- kendisine yüklenen külfetleri de yerine getirmiş olmak şartı ile- kendisine tanınan hakları kullanabilecek, böylece geçici kabul bunlardan vazgeçildiği anlamına gelmeyecektir. Bkz. **Kaniti**, s.115. Ayrım niteliksel ve niceliksel gereği gibi ifa edilmeme durumunu gözönüne alınarak yapılmış görünmektedir. Zira çoğunlukla eksik ifa durumunda birinci ihtimal, ayıplı ifa durumunda ikinci ihtimal gündeme gelebilir. İkinci ihtimal bakımından muayene ve bildirim külfetleri yerine getirilmemiş ise kural olarak, ayıptan doğan haklar kullanılamayacak iken, birinci ihtimalde karşı edim alacaklısının kendisine tanınan hakları kullanabilmesi muayene ve bildirim külfetine bağlı değildir. Ancak herhalde bu her iki

gereği gibi olsun veya olmasın kesin kabul ile, kural olarak, karşı edim alacaklısı defi ileri sürebilme imkanını kaybeder[576].

İkinci aşamada ifa olarak alma, karşı edim borcu borca uygun ifa edilene kadar borcun gereği gibi ifa edilmediği defi ileri sürmek suretiyle edimin ifasından kaçınılmasını her durumda engellemez[577]. Ancak durum ve şartlar ve somut olayın özelliği gözönüne alındığı, görünüşte alma, ifa olarak kabulun sonuçlarından karşı edim borçlusunun yararlanmasını, aksi ispat edilmedikçe, sağlayabilir[578]. Bu nedenle, BGB §363'de ifayı görünüşte ifa olarak kabul eden karşı edim alacaklısına, genel olarak, bir ispat külfeti yüklenmiştir.

Borcun ifa edilmediği defi, karşı edim alacaklısının, kendisine sunulan gereği gibi olmayan ifa teklifini reddedip reddetmemesine, "görünüşte ifa" nın mı yoksa "ifa olarak kabul" ün mü mevcut olup olmadığına göre özellikler gösterebilir[579]. Bu kapsamda ifanın gereği gibi yapılmadığını belirttiğimiz durumlar, hem ifa teklifinin gereği gibi olmamasını, hem de görünüşte ifaya rağmen, ifanın borca uygun olmamasını içermektedir[580].

a. Karşı Edimin Gereği Gibi Olmayan İfasının Reddi

Karşı edim alacaklısı, ifanın gereği gibi teklif edilmemesi durumunda ifa teklifini ve "görünüşte ifa" mevcut olmasına rağmen ifanın gereği gibi olmadığının ortaya çıkması ihtimalinde ifayı, kural olarak, reddedebilir. Karşı edim alacaklısı karşı edimin ifasını ifa sözleşmeye uygun şekilde yapılmadığından özellikle taahhüt edilen nitelikte olmadığından veya kısmen teklif edildiğinden, reddettiği durumda karşı edim ifa edilmiş değildir[581]. Bu surette karşı edim alacaklısı gereği gibi olmayan ifayı

---

ihtimal de "görünüşte ifa" olarak nitelendirmeye elverişlidir. Bu nedenle biz bu her iki ihtimali genel itibariyle "görünüşte ifa" olarak nitelendirdik.

[576] Aynı yönde bkz. **Kaniti**, s.115; ancak bu halde de gizli ayıbın varlığının tespit edilmesi halinde, karşı edim alacaklısı kendisine tanınan haklardan yararlanabilir. Karşı edim alacaklısının ifa olarak kabul iradesinin yorumlanmasına göre, karşı edimin ifa olarak sunulduğu haliyle nihai şekilde kabul edildiği ve gizli ayıptan doğan haklarından yararlanmayabileceği de söylenebilir. Herhalde, hangi sonucun kabul edileceği karşı edim alacaklısının "ifa olarak kabul" iradesinin yorumuna bağlıdır.

[577] **Kaniti**, s.117-118.

[578] **Kaniti**, s.116.

[579] **Kaniti**, s.111.

[580] Ancak ifa teklifiyle görünüşte ifanın aynı sonuçlar doğuracağı anlamına gelmemelidir. İspat yükü ve hasarın geçişi bakımından görünüşte ifa ile ifa teklifi arasında farklılıklar olabilir. Genel itibariyle borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebilirliği bakımından gereği gibi olmayan ifa teklifinin reddi ile görünüşte ifa olmasına rağmen gereği gibi olmadığının tespit edilmesi ve ifanın kabul edilmemesi aynı kapsamda değerlendirilebilir.

[581] **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N.34.

reddederse, kendi edim borcunun ifasından defi ileri sürmek suretiyle kaçınabilir[582]. Bu reddin sonucunda, karşı edim borçlusu, edimi hiç ifa etmemiş borçlu konumuna girer.

Karşı edim borçlusunun, karşı edimi ifası, sözleşme şartlarına uygun değilse, ifa, sözleşme şartlarına uygun hale getirilene kadar karşı edim alacaklısı defi ileri sürerek kendi ediminin ifasından kaçınabilir[583]. Borcun gereği gibi ifa edilmediği defi ileri sürmek suretiyle edim borcunun ifasından kaçınma, bu nevi durumlarda, gereği gibi olmayan karşı edim borcunun ifasının düzeltilmesi ve/veya tamamlanmasına hizmet eder. Gereği gibi olmayan ifanın reddedilmesinden sonra karşı edim borçlusu sözleşme şartlarına uygun olarak(nitelik, miktar, yer, zaman vs.) karşı edimi ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş ise karşı edim alacaklısı defi ileri sürebilme imkanını kaybeder.

İfanın gereği gibi olmadığı çoğu durumda[584] defi için aranan bu şart gerçekleşmiş, definin uygulanma imkanı doğmuş olabilir. Karşı edim maddi olan bir edim ise, bu edimin ifası sözleşmede kararlaştırılan karşı edim borcunun niteliğine, özelliğine uygun değilse veyahut karşı edim bir işin görülmesi, bir hizmetin sağlanmasından oluşmakla birlikte işi gören, kendisinden beklenen dikkat ve özenden ayrıldığında nitelik bakımından kötü ifadan bahsedilebilir[585]. Ancak karşı edimin bir kısmının ifası nedeniyle edim borcunun ifasından kaçınılabileceğinin kabulü, nitelik bakımından gereği gibi ifa edilmemeye taşınamaz[586]. Zira birisi edimin ifasının niteliği ile ilgili iken diğeri edimin kapsamıyla ilgilidir[587]. Miktar bakımından gereği gibi ifa

---

[582] **Kaniti,** s.111, 114; **Von Tuhr/Escher**, s.62; **Simmen**, s.73; Brigitta Jud, "**Das Recht zur Zurückweisung im Kaufrecht**", JUS, 10/2004, s. 841.

[583] **Kaniti**, s. 110; **Von Tuhr/Escher**, s.62; **Simmen**, s.73; satıcının ayıplı mal teslimi durumunda, alıcının malın teslimini reddetmesi ve *bedelini ödemek istememesi* ihtimalinde, alıcı borcun ifa edilmediği defi ileri sürmüş olmayıp, bedelde indirim veya sözleşmeden dönme define dayandığı yönünde isabetsiz görüş için bkz. **von Tuhr/Escher,** s.62 dn.36; kanaatimizce alıcının bedeli ödemekten nihai olarak kaçınıp kaçınmadığının belirlenmesine göre durumu değerlendirmek gerekir. Bu nedenle genel itibariyle kesin bir şekilde sözleşmeden dönme veya bedelden indirim defini kullandığından bahsedilemez.

[584] İfanın gereği gibi olmamasına rağmen, kanunun, gereği gibi olmayan ifaya sözleşmenin sona ermesi sonucunu bağladığı ihtimallerde durum farklılık arz eder. Bu husus zaptan doğan sorumlulukta görülebilir. Bkz. aşağıda §2 V C 2 b; ayrıca edimin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle kısmı imkansızlığın ortaya çıkması, bu imkansızlığın edimin tamamına yayıldığı ve fark teorisinin kabul edildiği hallerde de definin ileri sürülebilmesi mümkün görünmemektedir. Bkz. yukarıda §2 III A 2.

[585] Markus Neuenschwander, **Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht**, Bern, 1971, s.34; **Simmen,** s.72.

[586] **Simmen,** s.73, 73 dn.139; **Güter,** s.71.

[587] **Güter**, s.71;

etmeme de kötü ifa halidir, ancak, niceliğin niteliğini etkilediği haller dışında, nitelik bakımından gereği gibi ifa edilememeden ayrılır.

Karşı edim borçlusu, karşı edimi borca uygun şekilde ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olmakla birlikte, karşı edim alacaklısı bunu haklı olmaksızın reddederse ise, bu durumda karşı edim alacaklısı alacaklı temerrüdüne girmenin, hasara katlanmanın yanında, edim borcunun ifasından defi ileri sürmek suretiyle kaçınma hakkını da kaybeder. Edim borcunu ifa etmemek için karşı edimin ifasını kabulden kaçınma durumunda aynı sonuca varılır ve her iki durumda da edim borçlusu edimin ifa edilmemesinin sonuçlarından sorumlu olur. Karşı edim alacaklısı, karşı edim borcuna uygun olmayan ifayı kabul etmediği ihtimalde ise, o artık edim borcunun ifasından defi ileri sürmek suretiyle kaçınabileceği gibi, edimin ifa edilmemesinin sonuçları ortaya çıkmayacaktır[588].

Karşı edim alacaklısının, gereği gibi olmamasına rağmen karşı edimin ifasını kabul etmek zorunda olduğu haller mevcut olabilir[589]. Bu hallerde, genel olarak, karşı edim alacaklısı ifa olarak almadan veya kabulden kaçınırsa, definin ileri sürülebilmesi bakımından, ifa gereği gibi olmamasına rağmen ifa borca uygun surette gerçekleşmiş gibi etkili olur. Diğer deyişle gereği gibi yapılmayan ifayı karşı edim alacaklısının

---

Ancak, bu değerlendirme, ayıptan doğan sorumluluk durumunda alıcıya tanınan bedelden indirim hakkı ile karıştırılmamalıdır. Bedelden indirim hakkının kullanımıyla artık karşı edim alacaklsının bedel ödeme borcu bakımından indirilen kısım borcun konusu olmaktan çıkar. Ancak orantılı bir kısmın ifasından kaçınma durumunda ödemekten kaçınılan kısım borç konusu içerisindedir, sona ermemiştir.

Bu nedenle aslında bedelden indirim hakkı, borcun ifa edilmediği defi bakımından özellik göstermez, zira bu hakkın kullanılmasıyla ortaya çıkan miktarı ödemekten kaçınamayacaktır. İndirilen kısım ise borç konusu olmaktan çıkmıştır. İndirilen kısmın ödenmemesi defi ile ilgili değildir. Bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 141; **ZürcherK/ Schönle/ Higi**, Art. 197, N. 344.

588 **Jud**, s. 841.

589 Bu haller dürüstlük kuralından doğabilir. Özelikle ifa edilmeyen karşı edim borcunun kapsamının oldukça düşük olduğu durumda kabul zorunluluğu doğar.

Kısmı ifayı kabul zorunluluğu olduğu durumlar bu hallere örnek olarak gösterilebilir. Bkz. **Kaniti,** s.111; **Grüter**, s. 71.

Alman Hukuku'nda ayıbın önemsiz ve giderilemez olduğu durumda, alıcının satılanı kabul etmek zorunda olduğu, sadece bedelden indirim ve gerektiğinde zararın tazmini hakkının olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Stephan Lorenz, "**Rechts des Käufers zu Zurückweisung einer mangelhaften Sache-Voraussetzungen und Grenzen"**, NJW, 2013/19, s.1344.; aynı husus Türk ve İsviçre Hukuku bakımından da kabul edilebilir. Alıcı satılanın ayıplı olması nedeniyle ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurmuş ise, ayıbın sözleşmeden dönmeyi haklı kılmayacak nitelikte önemsiz olduğu ve ayıbın giderilemez olduğu durumda alıcının sadece bedelden indirim hakkı olduğu söylenebilir. Ayıp giderilemez olduğundan TBK m. 227 III gereği, hakim zorunlu olarak bedelden indirime hükmedecektir. Bu halde genel hükümlerdeki ifa edilmemenin sonuçlarından yararlanıp yararlanmayacağı tartışması bir kenara, alıcının satılanı kabul etme zorunluluğundan bahsedilebilir.

kabul zorunda olduğu durumlarda, genel olarak, karşı edim alacaklısı, edim borcunun ifasından borcun ifa edilmediği defi ileri sürülmek suretiyle kaçınamaz.

b.Karşı Edimin Gereği gibi Olmayan İfasının Kabulü

Niceliksel veya niteliksel gereği gibi olmayan karşı edimin ifasını karşı edim alacaklısı haklarını saklı tutmaksızın ifa olarak almış ise, onun defiyi ileri sürmesini engellemez. Ancak bu durum ispat külfeti bakımından karşı edim alacaklısının durumunu kötüleştirir. Karşı edim alacaklısı, karşı edimi, sözleşmeye uygun ifa edilmediği bilinci içerisinde ancak bundan doğan haklarını saklı tutmaksızın ifa olarak almış ise, karşı edim borçlusu bunu vazgeçme olarak anlayabilir. Bu bakımdan genel bir ifade ile durumu açıklamak mümkün değildir. Örneğin, saklı tutulmayarak yapılan kabul, aykırılığın önemli olduğu durumda bu haklardan herhangi bir vazgeçme olmadığı veya yapılan ifanın ifa yerine edim olarak kabul edildiği şeklinde yorumlanabilir. Özellikle ayıplı ifada, ayıplı ifayı ayıplı olduğunu bilerek kabul edilmesi halinde ayıptan doğan hakların kaybı sonucunu düzenleyen ve böylelikle ayıptan doğan hakların niteliğine göre uygulama alanı bulabilecek definin uygulama alanını daraltan durumlar da gözönüne alınması gerekir. Bu hususta bilinçli bir şekilde kabul etmesi değil, ayıplı olarak ifayı kabul etmede ağır ihmal dahi yeterlidir[590].

Genel olarak, borca aykırı karşı edim ifa olarak alınsa dahi, borcun ifa edilmediği defi ileri sürülmek suretiyle karşı edim alacaklısı edim borcunun ifasından kaçınabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Karşı edimin ifası, görünüşte ifa olarak alınmış olsa dahi, borca uygun olmadığının tespit edildiği ve ifanın kabulü sonucunun doğmadığı sürece, gereği gibi ifanın yerine geçmez. Karşı edim borçlusu ifanın gereği gibi olduğunu ispat etmek yerine, karşı edimin ifasının alındığını ispat ederek ispat yükünü karşı edim alacaklısına yükleyebilecektir. Bu halde karşı edim alacaklısının görünüşte bir ifa olmasına rağmen karşı edim borcunun gereği gibi ifa edilmediğini ispat etmesi gerekecektir[591]. Bu ispatı sağladığı durumda, karşı edim alacaklısı, borcun

[590] **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N.36.

[591] Karşı edim alacaklısının belirtilen ispat yükü Alman Hukuku'nda BGB §363'de düzenlenmiştir. Hükme göre, alacaklı, ona sunulan edimi, ifa olarak almış ise, borçlanılanı farklı veya eksik olması nedeniyle ifa olarak kabul etmek istemez ise ispat yükü kendisine düşer. BGB §363, ispat yükünü tersine çevirir. Edimin ifasını ifanın kabulü olarak alan kişi, daha sonra ifanın borca uygun gerçekleşmemiş olduğunu tespit ederse(borca uygun ifa olarak geçerlilik vermek istemezse) ispat

ifa edilmediği defi ileri sürerek edimin ifasından kaçınabilecektir. Bu surette karşı edimin ifasını almasına rağmen, sırf edim borcunun ifasından kaçınmak için karşı edim borcunun gereği gibi ifa edilmediğini ileri sürebilecek kötüniyetli karşı edim alacaklısına karşı, karşı edim borçlusuna bir koruma sağladığı söylenebilir[592]. Borçluya sağlanan bu koruma, ifanın gerçekleştirilmesiyle, ifanın gereği gibi gerçekleştiğini ispatın borçlu bakımından zor olması[593], alacaklının edimin ifasını reddederek borçlunun dezavantajlardan korunabilmesiyle gerçekleşir. İfa olarak edimin kabulü, durumun özelliği gereğince, edimin ifasının alınmasında karşı edim alacaklısının davranışının edimin sözleşmeye uygun olduğunun tanınmasını sağladığında ortaya çıkabilir. Bu anlamda uzun yıllar, gereği gibi ifa edilmediği ileri sürülmeksizin ifa olarak alma, uzun süreli sessizlik veya teamül, alacaklının davranışının ifanın ifa olarak kabul edildiği şeklinde yorumlanması için yeterli olabilir[594].

2. Nitelik Bakımından Gereği Gibi İfa Edilmeme

a. Ayıptan Doğan Sorumluluk Bakımından

Nitelik bakımından gereği gibi ifa edilmemenin en önemli türlerinden birisi ayıptan doğan sorumluluktur. Ayıptan doğan sorumluluğun sözkonusu olduğu durumda, genel olarak, gereği gibi ifa edilmeme şartı gerçekleşir. Ancak sorumluluğun sonuçları bakımından definin ileri sürülebilirliği ayrıca ele alınmalıdır. Ayıptan doğan sorumluluğun düzenlendiği ilgili sözleşme tiplerinde bu sorumluluğun defi ile ilişkisi ayrıca ele alınacağından[595] burada genel değerlendirme yapmakla yetineceğiz. Bu kapsamda ayıptan doğan hakların kullanılmasının, definin uygulanabilmesi için

yükünü taşır. Alacaklı hem miktar bakımından hem nitelik bakımndan gereği gibi ifa edilmeme durumunda bu ispat yükünü taşır. Bkz. **Erman/ P.Buck-Heeb**, §363, N.4-5.

[592] **Kaniti**, s.118; borcun ifa edilmediği definin uygulanması bakımından, borçlanılandan farklı bir karşı edim ifa edilse dahi ifa yerine edim olarak kabul edilen karşı edimin ifasını, karşı edimin ifa olarak kabul edildiği(kesin kabul) içerisinde değerlendirmek gerekebilir.

[593] Aksi yöndeki görüşe göre, ifanın doğru zamanda yapılıp yapılmadığı veya gereği gibi ifa edilip edilmediği hususunda ispat yükünü borçlu taşır. Borçlunun, edimin ifasının ifa olarak kabulüne kadar ifa için gerekli olan ispat külfetini borçlunun taşıyacağı hususu genel bir hüküm olarak, bütün borç ilişkilerinde kural olarak uygulama alanı bulur. Bkz. **MünchenerK/ Fetzer,** §363, N.1.

[594] **Erman/ P.Buck-Heeb,** §363, N.1-2; BGB §363'deki ifa olarak kabul ile eser sözleşmesinde BGB §640'da yer alan ifa olarak kabul aynı anlamdadır. Ancak bu husus şartlar bakımından uygun olmakla birlikte eser sözleşmesindeki ifa olarak kabul bir hukuki işlem iken buradaki kabul maddi bir fiildir: **MünchenerK/ Fetzer,** §363, N.3.

[595] Ayrıntılı bilgi için bkz. §3 II B.

gerekli olan şartların varlığını etkileyip etkilemediğine bağlı olarak bu sorumluluk çerçevesinde definin ileri sürülebilirliğini belirlemeye çalışacağız.

Ayıptan doğan haklardan, genel itibariyle, borç ilişkisinin niteliği gereği imkan varsa yenisiyle değiştirme veya onarım hakkı kullanıldığı ihtimalde definin ileri sürülebileceğinden bahsedilebilir. Zira bu haklardan birinin kullanılması durumunda definin mevcut şartları korunur. Bu kapsamda karşı edim borçlusunun, bedel ödeme borcu ile mübadele ilişkisi içerisinde yer alan karşı edimin gereği gibi ifası borcu, defi ileri sürenin seçim yapmasına göre onarım veya yenisiyle değiştirme borcu olarak devam eder.

Ayıptan doğan haklardan sözleşmeden dönme hakkı kullanıldığı durumda artık bedel ödeme borcu ile sözkonusu ayıpsız şekilde ifanın gerçekleşmesi borcu arasındaki mübadele ilişkisi sona ereceğinden bu borçlar bakımından definin ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde bedelden indirim hakkı kullanıldığı ihtimalde de indirilen kısım, borç ilişkisinin ve bu surette mübadele ilişkisinin kapsamı dışında çıkarıldığından genel olarak, gereği gibi ifa edilmemeye dayanılarak defi ileri sürülemez[596]. Bu hususta, kural olarak[597], borç ilişkisinin satış veya eser sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı önemli değildir.

b.Zapttan Doğan Sorumluluk Bakımından

Borcun ifa edilmediği definin zapttan sorumluluğun sözkonusu olduğu durumda da uygulanıp uygulanmayacağının belirlenmesi gerekir. TBK m. 217'e göre tam zapt halinde sözleşme kendiliğinden sona erer. Ayrıca TBK m. 217'de alıcının satıcıya yöneltebileceği bazı talepler sıralanmıştır. Sözleşme kendiliğinden sona erdiğinden, satıcının artık defiye konu olabilecek, alıcıya karşı ileri sürebileceği bir talebi yoktur. Bu nedenle TBK m.217'de öngörülen talepler bakımından definin uygulama imkanı yoktur[598].

[596] Ancak örneğin satış sözleşmesinde, onarımın mümkün olmadığının anlaşılmasıyla bedelden indirim hakkı kullanıldığı sırada satılan satıcının zilyetliğinde ise, ayıplı satılanın zilyetliği devredilene kadar indirilmiş bedelin ödenmesinden kaçınılabilir. Ancak bu husus gereği gibi ifa edilmeme nedeniyle değil hiç ifa edilmeme nedeniyle definin ileri sürülmesi niteliğindedir.

[597] Kira sözleşmesinde definin uygulanabilirliğine ilişkin bkz. aşağıda §3 II B 1 c ii.

[598] TBK m.217'de sıralanan kalemler, alıcının talep edebileceği imkanlardan oluşmaktadır. Satılandan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin indirileceğinin belirtilmesi bu hususta herhangi bir fark oluşturmaz.

Zapttan doğan sorumluluğa ilişkin özel hükümler yanında genel hükümlerin de uygulanıp uygulanmayacağına bağlı olarak acaba borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebilecek midir? Tersine ifade ile, acaba definin ileri sürülebilmesi bu sorumluluk şartlarının varlığına mı bağlıdır[599], yoksa zapttan doğan sorumluluktan bağımsız olarak mülkiyeti devri borcunun gereği gibi ifa edilmediğine dayanılarak borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebilecek midir?

Satış sözleşmesinde zapt bakımından, satıcının satılanın mülkiyetini devir borcunu gereği gibi ifa etmediğinden bahsedilir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, satıcının satış konusunun zilyetliğini ve mülkiyetini devir borcu ile alıcının bedel ödeme borcu arasında synallagmatik bağlılık vardır. Bu sebeple alıcının zilyetliğin devri ile yetinip, bedel ödeme borcu bakımından defi ileri sürülemeyeceği tek başına söylenemez[600].

Satıcı mülkiyeti devir borcunu gereği gibi ifa etmediği durumda, kural olarak, genel hükümlerde yer alan hukuki sonuçların doğmasını sağlayan gereği gibi ifa edilmeme unsuru da gerçekleşir[601]. Zapttan sorumluluğa ilişkin vakıa, ayrıca mülkiyeti devretme borcunun gereği gibi ifa edilmediği unsurunun da gerçekleşmesini sağlar. Ancak tersi durumda bu husus söylenemez[602]. Zira zapttan doğan sorumluluğun oluşmadığı ancak mülkiyeti devir borcunun gereği gibi ifa edilmediği durumlar mevcut olabilir. Zapttan sorumluluk, TBK m.214-216 gereği ortaya çıkar ve devam eder, ancak mülkiyeti devir borcunun gereği gibi ifa edilmediğinden, satılan üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınmasa veya alınma tehlikesi mevcut olmasa veya alınma tehlikesi mevcut olmakla birlikte kendisine karşı açılan davayı satıcıya bildirmemiş olmasının sonucu olarak artık satıcının zapttan sorumluluğunun ortadan kalktığı belirlense dahi, bahsedilebilir.

Mülkiyeti devri borcunun gereği gibi ifa edilmediği ancak şartları mevcut olmadığından zapttan doğan sorumluluğun uygulanmaması genel hükümlerde yer alan

---

599 Alman Hukuku'nda mülkiyetin devri borcunun gereği gibi ifa edilmemesinin definin ileri sürülebilmesi için yeterli olduğu yönünde bkz. **Brox**, s. 26; **Soergel/ Gsell,** BGB §320, N. 57.

600 Aksi yöndeki görüşe göre kural olarak zilyetliğin devri yeterlidir. Bkz. Bruno von Büren, **Schweizersiches Obligationenrecht Besonderer Teil (Art. 184-551),** Zürich, 1972, s. 15-16; bu görüşün Roma Hukuku kaynaklı olduğu ve artık geçerli hukuk bakımından mülkiyetin devri borcunun da synallagma içerisinde bulunduğunu kabul eden aksi yönde isabetli görüş için bkz. **Simmen**, s.76; **Giger**, Art. 192, N. 8

601 **Simmen**, s.76; **Giger**, Art. 192, N. 9

602 **Simmen**, s.76.

hukuki sonuçlardan yararlanılmasını önlemez[603]. Bu halde, kural olarak, mülkiyetin devri borcunun gereği gibi ifa edilmediğinden bahisle, alıcının bedel ödeme borcunun ifasından defi vasıtasıyla kaçınılabileceği söylenebilir. Şayet satıcının mülkiyeti devri borcunun gereği gibi ifa edilmesi imkansız ise, bu halde borçlunun sorumlu olduğu imkansızlık hükümleri gündeme gelecek ve kural olarak, fark teorisi kabul edildiği sürece defi ileri sürülemeyecektir[604].

Sistematik ve teleolojik yorum yoluyla soruna yaklaşılırsa, zapttan sorumluluğa ilişkin hükümlerin, alıcıyı genel hükümlere kıyasla daha elverişli konuma getirme amacı güttüğü söylenebilir. Örneğin, satıcı, satılanın elinden alınmasından dolayı alıcının uğradığı doğrudan zararlardan, genel hükümlerde kendisine tanınan araçlarla sorumluluktan kurtulabilmesinden farklı olarak(kusurlu olmadığını ispat gibi), kusursuz sorumludur. Bu sebeple zapttan sorumluluk, genel hükümlerdeki sorumluluktan daha sıkı şartlara bağlanmıştır. Alıcı, zapttan sorumluluk hükümlerinden yararlanmak isterse TBK m.214 vd. deki düzenlemeye uyması gerekecektir. Alıcı bu düzenlemeye uymayarak genel hükümlerle yetinebilir[605].

Genel hükümlerin uygulanmasına ilişkin şartlar mevcut olduğu sürece, definin uygulanması ve borcun gereği gibi ifa edilmemesinin sonuçlarından yararlanılabileceği açıktır. Zapttan sorumluluk hükümleri ile genel hükümlerin yarışması anlamına gelebilecek bu sonuç, kanunkoyucunun bilinçli tercihinin sonucu olmayıp, sistematik ve teleolojik dayanaklarla ortaya çıkan objektif yorumun sonucudur. Bu nedenle, denilebilir ki, satıcı, üçüncü kişinin üstün bir hakkının olduğu satılanı teslim ederse, alıcı, satış bedelinin ödenmesinden defi ileri sürmek suretiyle

---

[603] Somut olayda yer alan unsurlar, birden fazla hukuki kurumun şartlarını sağlıyorsa, hukuki kurumların sonuçlarının yarışıp yarışmadığı veya birinin diğerinin uygulanmasını engelleyip engellemediği hususu, açık bir düzenleme mevcut olmadıkça, hükmün yorumu meselesidir.

[604] Mülkiyeti devir borcunun gereği gibi ifası mümkün ise, bu halde zamansal anlamda gereği gibi ifa edilmeme olan temerrüdün sonuçlarından yararlanabilecek iken, diğer halde TBK m. 112 vd. daki imkanlardan yararlanılabilir. Ayrıca bkz. **Giger**, Art. 192, N. 10.

[605] **Simmen,** s.77-78; yarışmanın kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Giger**, Art. 192, N. 9; Andreas Furrer/ Anton K. Schnyder, **CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen OR Art. 1-183**, Aufl. 2, Zürich, 2012, **CHK/ Wullschleger**, Art, 82, N. 28**;** Jolanta Kien Kostkiewicz**, OFK- OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht,** 3. Aufl., Zürich, 2016, Art. 82, N. 9; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 137; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 178; aksi yöndeki görüşe göre, zaptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler özel hüküm niteliğindedir ve bu nedenle genel hüküm uygulanmaz. **Bucher,** BT, s. 90; **Koller**, BT, N.61; aksi görüş kabul edilirse kural olarak definin uygulama imkanı yoktur.

kaçınabilir[606]. Sonuç olarak zapttan doğan sorumluluğun şartları oluşsa da oluşmasa da, alıcı genel hükümlerde düzenlenen gereği gibi ifa edilmemenin sonuçlarından yararlanabileceği gibi, bu sonuçlarla uyumlu olduğu sürece defi ileri sürülebilecektir.

Kira sözleşmesinde zapttan sorumluluk bakımından TBK m.309'e göre, kiracının hakkıyla bağdaşmayan bir hakkın ileri sürülmesi durumunda kiraya verenin kiralananı kullanıma hazır bulundurma borcu tehlikeye girer. Şayet bu hususta dava sonuçlanana kadar kiraya verenin kullanıma hazır bulundurma borcunun ifası devam ediyorsa, kiracı bu borcun ifasının tehlikeye girdiğinden bahisle borcun ifa edilmediği defi ileri sürerek bedelin ödenmesinden kaçınamaz. Bu hususta kiracının zarara uğraması ve bu zararın tazmini talebi, kullanıma hazır bulundurma borcunun ifasına devam edildiği müddetçe borcun ifa edilmediği definin konusunu oluşturmaz. Şartları mevcut ise takas gündeme gelir.

Nitelik bakımından gereği gibi ifa edilmemenin kapsamına niceliksel eksikliğin niteliği etkilediği haller de girer. Bunun dışındaki niceliksel eksikliğin ayrıca incelenmesi gerekir.

3. Niceliksel Bakımdan Gereği Gibi İfa Edilmeme

Karşı edimin kısmen ifası teklif edilirse, karşı edim alacaklısı kısmi ifayı reddederek edimin tamamı için borcun ifa edilmediği defini ileri sürebilir[607]. Zira, genel olarak, karşı edim alacaklısının TBK m. 84 (OR Art. 69)'a göre kısmi ifayı kabul etme zorunluluğu olmadığı gibi, o, karşı edimin bir kısmının teklifiyle edimin ifasına zorlanamaz. Diğer deyişle borçlu, karşı edimin ifasını reddetme hakkına sahiptir ve borcun ifa edilmediği define dayanarak edimin ifasından kaçınabilir. Hatta karşı edim borçlusu teklif ettiğiyle orantılı edim alacağı bakımından kısmi dava açsa dahi borcun ifa edilmediği defi ile karşılaşır[608]. Bu halde davalı edim borçlusu, karşı

---

[606] **Simmen,** s.77-78; bu durumda dahi aynı anda ifa mümkün olduğu sürece definin ileri sürülebileceği yönünde bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 178;**CHK/ Wullschleger**, Art. 82, N.28; **Kostkiewicz**, Art. 82, N. 9.

[607] **Soergel/Gsell**, §320, N.54; **Simmen**, s.69; **Erman/ Westermann**, §320, N.11; **BernerK/ Weber,** Art.82, N.165; **Grüter**, s. 71; Jens Johannsen, **Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei Teilleistungen**, Berlin, 1936, s. 40-41.

[608] **von Büren**, s. 465; **Simmen**, s.69; **BernerK/ Weber,** Art.82, N. 165; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 129; farklı sözleşmelerin konusunu oluşturan, sadece birinin teklif edildiği birden fazla edim sözkonusu ise, bu durumda bir kısmı ifa sorunu mevcut değildir. Örneğin, farklı yerlerde bulunan taşınmazların aynı zamanda satışında olduğu gibi. Burada birden fazla sözleşme olup olmadığı yorum meselesidir. Bkz. **Simmen**, s.69 dn. 120.

edimin kısmi ifasını redderek, karşı edim borçlusunun hiç ifa etmemiş duruma sokar ve edim bölünebilir olsun olmasın edim borcunun tamamının ifasından kaçınabilir.

Karşı edim alacaklısı, ifanın gereği gibi olmadığını bilmesine rağmen kısmi ifayı kabul ederse, edimin tamamının mı yoksa bir kısmının mı ifasından kaçınabilecektir?

Karşı edim alacaklısı, karşı edimin kısmi ifasını, geriye kalan kısım gözönüne alınmaksızın kabul edebilir. Bu durumda sözleşme iki kısma bölünür. Kabul edilen kısım itibariyle borç sona ereceğinden bu kısma karşılık gelen edim borcunun ifasından kaçınılamaz[609]. Bu durumda, genel olarak, kaçınmanın konusunu geriye

[609] **Soergel/Gsell**, §320, N.54; **Erman/ Westermann,** §320 N.11; **MünchenerK/ Emmerich**, BGB 320, N. 42; **Simmen**, s. 70-71; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 134; Alman Hukuku'nda karşı edimin kısmen ifası durumunda edim borcunun tamamından kaçınılıp kaçınılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, BGB §320 II'e göre, teklif edilen karşı edimin geriye kalan kısmın görece azlığı nedeniyle edimin ifasının tamamından kaçınılamayacağından, kaçınılması hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek kısmın ifası gerekir. Örneğin, alıcının karşı edimin geriye kalan kısmına ilişkin menfaatinin güvence altına alınması gerektiğinden bu halde alıcı bedelin bir kısmını ödemek zorundadır, ancak hepsini değil. Bkz. **Schwarze**, §14 N. 10.
Alman Hukuku'nda savunulan aksi yöndeki görüşe göre, kısmi ifa durumunda, edimin ifasından tamamından kaçınılabilir. Zira sözleşme taraflarından hiçbirisi diğerini, bütün sözleşmenin kısmi bir ilişkiye dönüşümüne ve bu surette defi hakkının orantılı bir kısım bakımından kullanılmasına zorlayamaz. Hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediği sürece (BGB §320 II) edimin tamamından kaçınılabilecektir. Bkz. **Grüter**, s. 72; **Johannsen**, s. 41; kural olarak, kısmi ifa durumunda, edimin tamamının ifasından kaçınılabileceği, orantılı kaçınmanın definin baskı fonksiyonuna aykırı olduğu yönünde bkz. **StaudingerK/ Schwarze**, BGB §320, N.50; genel olarak aynı yönde bkz. **Gernhuber**, s. 343; **Hirsch**, N. 136;
Alman Hukuku'nda savunulan kısmi ifanın kabulünün edim borcunun tümünün ifasından kaçınmayı sağlayacağı görüşü BGB §320 II'e dayanmaktadır. Hükme göre, bir taraf karşı edimi kısmen ifa etmiş ise, durum ve şartlara göre özellikle geriye kalan kısmın orantılı azlığı nedeniyle, kaçınma hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa edimin ifasından kaçınılamaz. Aksinden hakkın kötüye kullanılması teşkil etmiyorsa edimin ifasından kaçınılabileceği anlamı çıkmaktadır: **Simmen,** s.70, 70 dn.122; aynı yönde görüşe göre, Alman kanunkoyucu, hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek oranda ifanın gerçekleşmediği ileri sürülerek edimin tamamının ifasından kaçınılmasını önlemek istemiştir. Bkz. **MünchenerK/ Emmerich**, BGB §320, N. 41.
Alman Hukuku'nda savunulan aksi yöndeki görüşün Türk ve İsviçre Hukuku'nda kabul edilebilir olmadığı yönünde genel olarak isabetli olan görüşe göre, Alman Hukuku'ndaki BGB §320'de yer alan düzenlemeden yola çıkarak savunulan görüş Türk ve İsviçre Hukuku'na kolaylıkla taşınamaz. Kural olarak, karşı edim borcunun teklif edilen kısmını kısmi ifa olarak kabul eden borçlu sadece ifa edilmemiş kısım bakımından borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilir. Borçlu kalan kısmın daha sonra ifa edileceği bilinci içerisinde kısmi ifayı kabul etmekle, edimlerin bir ifa fililiyle ifa edileceği sözleşmenin, her bir ifa fiilinin edim borcunun ifasıyla aynı anda ifa ve art arda ifa edileceği bir ilişkiye dönüşümünü kabul ettiği söylenebilir. Bu çözüm menfaatler durumuna da uygundur. Kısmi ifayı kabul eden karşı edim alacaklısına edim borcunun tamamından kaçınabilme imkanı verilirse, karşı edimin kabul edilen kısmı, geriye kalan miktarın ifası bakımından bir baskı vasıtası olarak kullanılır. Böylelikle edim borçlusu- kısmi ifayı almasına rağmen- karşı edimi hiç elde etmemiş gibi alacaklısına karşı daha iyi konuma getirilir. Bu durum aynı anda ifa prensibi ile hiçbir şekilde arzulanmayan, uygunsuz bir sonuca neden olur. Bu sebeple karşı edim alacaklısı karşı edimin bir kısmının ifasını kabul ederse o oranda borçlandığı edimini ifa etmesi gerekir. Bu görüş için bkz. **Simmen**, s. 70-71; **von Büren**, s. 465; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 134 vd; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 831; aksi yönde, saklı tutulup tutulmadığı ayrımı yapmaksızın edimin tamamının ifasından kaçınılabileceğini ileri süren Alman Hukuku'ndaki görüşlere yaklaşan isabetsiz

kalan kısımla orantılı edim kısmı oluşturur. Ancak somut olayın özelliğine göre, geriye kalan kısmın ifasını yeterli şekilde güvence altına alabilmek için zorunlu olduğu kapsamda, edim borcunun ifasından kaçınılabileceği söylenebilir[610].

Karşı edim alacaklısı, kısmi ifayı kabul etmekle birlikte geriye kalan kısma yönelik talep hakkını saklı tutmuş ise[611] bu halde kabul, defi vasıtasıyla edimin

---

görüş için bkz. **Oğuzman/ Öz**, N. 1101; bu tartışmanın teorik düzeyde çözülemeyeceği, her bir somut olayın özelliğine göre uygun çözümün farklılaşabileceği, örneğin, karşı edim alacaklısının kısmi ifayı hemen reddetmediği durumda art arta ifa edilebilecek bir ilişkiye dönüşümün kolaylıkla kabul edilemeyebileceği yönünde bkz. **BernerK/ Weber,** Art.82, N. 168; 172; **Serozan**, §6 N. 11; kanaatimizce, genel olarak, karşı edim borçlusu kısmi ifayı arz ederek, ifanın birden fazla zamansal sürece yayılmasını teklif ettiği, karşı edim alacaklısının ise kısmi ifayı reddetmeyip kabul ederek, böyle bir teklifi onayladığı ve ifanın bölünebilir şekilde gerçekleştirilmesini kabul ettiği söylenebilir. Bunu kabul etmeyen karşı edim alacaklısına kanun gerekli ifayı ret imkanı vermiştir. Bu nedenle aksi görüşte isabet yoktur. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Y. 13. HD. 10039/ 1029 T. 28. 1. 2005 **(Kazancı)**: *"...Taraflar arasında yapılan 21.3.2003 tarihli sözleşmede davalı satıcının 25 ton odunu, tonu 50.000.000 TL.den 1.250.000.000 TL. bedelle davacıya sattığı, satış bedelinin ödendiği belirtilmiştir. Ancak davacı 21.1.2004 tarihli celsede odun bedeli 1.250.000.000 TL. den 750.000.000 TL.yi ödediğini kalan 500.000.000 TL.yi daha sonra nakliye bedeli olarak ödeyeceğini, diğer bir değişle, sözleşmede yazılanın aksine satış bedelinden 500.000.000 TL.yi ödemediğini kabul etmiştir. Davacı alıcı, satış sözleşmesi gereği kendi üzerine düşen edimi tamamen yerine getirmediği sabit olmuştur. Bu durumda yukarda yapılan açıklamalar gözetildiğinde kendi edimini yerine getirmeyen ve eksik satış bedelini ödemeyi teklif etmeyen davacı davalıdan satışa konu odunların tamamının teslimini veya rayiç değerinin tahsilini isteyemez. Mahkemece davalıya ödendiği sabit olan 750.000.000 TL.ye tekabül eden odun bedelinin tahsiline karar verilmesi gerekirken semenin tamamı ödenmiş kabul edilerek yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir..."*; Y. 11 HD. 9575/ 9248 T. 14. 5. 2014 **(Kazancı)** : *"... Davacı vekili, davacının "... Diyarında" adlı belgeselin yapımıyla ilgili olarak ... ile anlaştığını, bu belgeselin yapımı için 1. 524. 850 TL lik destek aldığını, protokol gereği projenin tamamlanarak davalıya teslim edildiğini ve davalının da katılımı ile galasının yapıldığını, davalının 1. 462 .734, 37 TL ödeme yaptığını ancak bakiye 62. 114, 50 TL yi ödemediğini, ... Davalı vekili, taraflar arasında 11/ 09/ 2009 tarihli protokolün imzalandığını,... ayrıca proje teklif formuna göre davacı tarafından taahhüt edilen programın 52 dakikalık bir belgesel olması gerekirken, bu belgeselin 44 dakika olarak teslim edildiğini, bu sebeple davacıya bakiye 62. 115, 63 TL 'lik ödemenin yapılmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre; davacı tarafından hazırlanan belgesel programın, taraflar arasındaki protokole rağmen 52 dakika yerine 44 dakika olarak 8 dakika eksik yapılıp davalıya teslim edildiği, dolayısıyla davacının edimini gereği gibi ve tam olarak ifa etmediği, edimin eksik ve ayıplı olmasından dolayı davalının bakiye bedeli ödemekten imtina etmesinin BK. 'nın 97. maddesi anlamında bir ödemezlik def'i niteliğinde bulunduğu,..ödemezlik def' inin yerinde ve isabetli olduğu ..., davanın reddine karar verilmiştir. ...taraf vekillerinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir..."*.

[610] **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 136; **von Tuhr/ Escher**, s. 64; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 173; **Becker**, Art. 82, N. 6; **Schwenzer**, N. 62. 08; çoğunlukla, kaçınılan edim kısmının değeri, geriye kalan karşı edim alacağının değerini aşacaktır. Zira teminat işlevi nedeniyle, kaçınılacak edim kısmının değeri, ortaya çıkabilecek muhtemel zararları da kapsayacak şekilde belirlenecektir. Bu hususta takdir yetkisi hakimdedir. Bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 173; geriye kalan karşı edimin ifası hususunda baskı ve teminat amacı gözönüne alınırsa kaçınılan edimin değeri geriye kalan karşı edimin değerinden fazla olabilir.

[611] Bu saklı tutmanın içeriğinin geriye kalan kısım ifa edilince kendi ediminin tamamının ifa edileceği olduğu yönünde bkz. **Simmen,** s.71.

tamamının ifasından kaçınabilme imkanını olumsuz yönde etkilemez[612]. Bu durumda ilişki art arda ifa edilecek bir sözleşmeye dönüşmez. Karşı edim borçlusu böyle bir saklı tutmayı kabul etmez ise, karşı edim alacaklısı kısmı ifayı reddetme imkanına sahiptir[613]. Karşı edim borçlusunun saklı tutmayı kabul etmemesi, saklı tutmanın edimin tamamının ifasından kaçınılabilmesini sağlayıcı sonucunun gerçekleşmesini engeller. Bu halde kısmi ifayı reddetmeyen karşı edim alacaklısı, geriye kalan kısmı saklı tutmaksızın kısmi ifayı kabul etmiş alacaklı durumuna girer.

Karşı edim alacaklısı nicelik bakımından borca uygun olmayan karşı edimin ifasını ifa olarak alır, ancak daha sonra ifanın miktar bakımından sözleşmeye uygun olmadığını tespit eder ve kısmi ifayı kabul etmezse, kendi edim borcunun tamamı bakımından borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilir. Hukuki durum, kısmi ifayı reddeden karşı edim alacaklısının edimin tamamı için defi ileri sürebilmesinde olduğu gibidir[614].

Edim borçlusunun, niceliksel bakımdan borca uygun olmayan karşı edimin ifasını kısmi ifa olarak mı kabul ettiği yoksa gereği gibi yapılmış ifa zannıyla mı kabul ettiği her bir somut olayın özelliğine göre güven prensibi esasları çerçevesinde belirlenecektir. Karşı edim alacaklısının bütün davranışlarından, kendisine teklif edilen edimi sözleşmede kararlaştırılan borca uygun bir edim olarak gördüğü ve

---

612 **Soergel/Gsell**, §320, N.54; **Erman/ Westermann,** §320 N.11; **MünchenerK/ Emmerich**, BGB 320, N. 43. **Simmen**, s. 71; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 133; saklı tutup tutmadığı ayrımı yapmaksızın edimin tamamının ifasından kaçınılabileceği yönünde bkz. **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1101; Herhalde tamamından kaçınma hakkına sahip alacaklı "çoğun içinde azı vardır" prensibi gereği bundan daha azı için de yararlanabilecektir. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Y. 15 HD. 1658/ 4698 T. 13. 10. 2003 (**Kazancı**): *"...Davacı iş sahibi eseri red etmemiştir. Kalan eser bedelinin 2.855.000.000 TL. olduğunda da yanların çekişmesi yoktur. İş sahibinin yaptırdığı tesbit sonucu alınan raporda ortaya çıkan ve dava konusu edilen 1.477.500.000 TL. eksik ve ayıplı işler tutarıdır. Eser 18.5.2000 tarihinde teslim edildiğine, delil tespiti bundan önceki bir tarihte yaptırıldığına göre itirazi kayıtla eseri teslim alan davacı muayene ve ihbar borcunu yerine getirmiş sayılır. Dolayısıyla ortada yüklenicinin sorumluluğunu kaldıracak Borçlar Kanununun 362. maddesinde öngörülen hal yoktur. Bu nedenle davacı isteminin hüküm altına alınması yerine, somut olaya ve yasaya uygun düşmeyen bazı gerekçelerle, asıl davanın reddi doğru olmamıştır. Az yukarıda değinildiği üzere eserdeki eksik ve ayıplı işlerin varlığı gerçektir. Davacı iş sahibi her ne kadar davalının iş bedelinden kalan alacağını ödememiş ise de, bu olguyu eserin tümünün hacmine göre önemli orandaki eksik ve ayıplı işlerin varlığına dayandırmıştır. Davacının ödemezlik defi açıklanan nedenle haklıdır..."*

613 **Simmen,** s. 71.

614 **Simmen**, s. 71-72; **Giger**, Art. 197, N. 93; **Soergel/Gsell**, §320, N. 54; **Erman/ Westermann,** §320 N.11; **MünchenerK/ Emmerich**, BGB §320, N. 41 vd.

davrandığı tespit ediliyorsa bu ihtimalde karşı edim alacaklısının, karşı edimin gereği gibi ifa edildiği zannıyla edimin ifasını kabul ettiği söylenebilir[615].

Karşı edim, ifadan sonra karşı edim alacaklısının hakimiyet alanında olduğundan ve ileri sürülen miktar bakımından uygunsuzluk kendisinden kaynaklanabileceğinden, karşı edim alacaklısı, karşı tarafın karşı edimi gereği gibi ifa etmediğini ispat külfeti altındadır[616].

Ayrıca karşı edim alacaklısı geriye kalan kısma ilişkin hakkını saklı tuttuğunu da ispat etmesi gerekir. Geriye kalan kısmı saklı tutulmuş bir kısmi ifa sözkonusu ise, bu ihtimalde karşı edim borçlusu genel ispat kurallarına göre ifanın gerçekleştiğini ispat edecektir. Saklı tutulmamış ve kısmi ifa kabul edilmiş ise defi hakkına sahip olan edim borçlusu, karşı edimin tamamen ifa edilmediğini ispat edecektir. Zaptta ve ayıpta sözkonusu olan ispat kuralları miktar bakımından gereği gibi ifa edilmediği durumlarda da geçerlidir. Bu sebeple, ispat hususunda, nitelik veya nicelik bakımından gereği gibi ifa edilmeme durumlarında farklı sonuca varmak isabetli değildir[617].

Karşı edim alacaklısının kısmi ifayı kabul zorunda olduğu bazı durumlar mevcut olabilir. Kısmı edimin kabul edileceği konusunda bir anlaşma varsa veya edim bir defa ifa edilmeye elverişli olmayıp kısım kısım ifası zorunlu ise, ve ifa edilen kısım dışında kalan kısım belli değilse ise kısmı ifayı kabul zorunluluğu ortaya çıkabilir[618]. Kabul zorunluluğu olduğu halde de definin konusu edim, kısmı ifanın kabul edilmesinde olduğu gibi, geriye kalan karşı edim kısmıyla orantılı edim kısmıdır[619].

---

[615] **Simmen,** s. 72.; ayrıca bkz. **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 168; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 131.

[616] **Simmen**, s. 71-72; **Giger**, Art. 197, N. 93; **Soergel/Gsell**, §320, N. 54; **Erman/ Westermann,** §320 N. 11; **MünchenerK/ Emmerich**, BGB 320, N. 41 vd.
İsviçre Hukuku için geçerli olan bu kural Alman Hukuku'nda BGB §363'de de açıkça belirtilmiştir. Bkz. **Simmen**, s. 72

[617] **Soergel/ Gsell**, §320, N.54.

[618] **Simmen**, s.69

[619] Alman Hukuku'nda aksi yöndeki görüşe göre, karşı edim alacaklısı dürüstlük kuralı gereği kısmı ifayı kabul etme yükümlülüğü altında ise, bu durumda da edimin tamamının ifasından kaçınabilir. Muacceliyetten önce kısmi ifayı alacaklının reddedebilmesini sağlayan hükümler (BGB §266), alacaklının edimin tamamına ilişkin menfaatini korumayı değil, borçluyu yeniden edimin tamamı için masraf ve çaba harcamaktan koruma amacı çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Bu kapsamda karşı edim alacaklısının karşı edimin tamamına olan menfaati defi vasıtasıyla gerçekleşir. Bunun sonucunda karşı edimin tamamı ifa edilene kadar, defi bütün kapsamıyla ileri sürülebilir. Karşı edimin bır kısmı, kısmi ifa olarak kabul edilmiş ise, borcun ifa edilmediği defi edimin tamamı için ileri sürülebilir. Çünkü karşı edimin tamamına ilişkin menfaat ve karşı edim talebinin tamamen

Miktar bakımından karşı edim borcuna uygun olmayan ifanın karşı edim borcuna uygun hale getirilmesi karşı edimin kısmen ifasından sonra imkansızlaşırsa bu ihtimalde kısmı imkansızlığa ilişkin hükümler uygulanır. Herhalde karşı edim bölümü kısmi ifa olarak kabul edilmiş ise ifa edilen karşı edim kısmına karşılık gelen edim bölümünün ifasından borcun ifa edilmediği define dayanılarak kaçınılamaz. Kısmi imkansızlığı ispat, definin ediminin tamamına etkili olmasını önlemede menfaati olan ve imkansızlığı iddia eden karşı edim borçlusuna düşer[620].

Belirtilenler her iki edimin de bölünebilir olduğu durumda geçerlidir. Şayet talep eden alacaklı karşı edim bakımından bir kısmi ifa gerçekleştirmiş ancak talep edilen borçlunun edimi bölünemez ise, bu durumda defi vasıtasıyla edimin tamamından kaçınılabilir[621].

---

karşılanmasında menfaat değişmez. Ancak hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin hususlar gözönüne alınmalıdır. Bu görüş için bkz. **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N. 34.
Kısmi ifanın taraflarca kararlaştırıldığı durumda, karşı edimin ifa edilen kısmına denk gelen edim borcunun ifasından kaçınılamayacağına ilişkin isabetli Yargıtay kararı için bkz. Y. HGK. 23-724/ 168 T. 24. 2. 2016 (**Kazancı**): *"…Bu husus BK'nun 81. maddesinde "… Arsa maliki, arsa payı devri edimini değişik şekillerde ifa edebilir. Bu edimi ya kararlaştırılan arsa paylarının devrinin inşaat bitirilince yükleniciye devredilmesi, ya da sözleşmede inşaatın geldiği aşamaya göre kademeli tapu devri şeklinde yerine getirebilir. Bu ikinci halde yani kademeli tapu devrinde, yüklenici her aşamada devri kararlaştırılan tapuları arsa sahibinden istemeye hak kazanır… davacı arsa malikinin inşaatın getirildiği aşamalara göre borçlandığı kademeli edimini fazlaca yerine getirdiği anlaşıldığından, taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca davalı yüklenicinin edimini yerine getiremediğinden, davacı arsa malikinden tapunun devrini istemeyeceği ve yüklenici davalının edimini sözleşmeye uygun olarak süresinde ifa etmediğinden temerrüde düştüğü anlaşıldığından, edimini ifa etmeyen yüklenicinin arsa sahibinden aynen ifayı isteme hakkının bulunmadığı nazara alınmadan, davacı arsa sahibinin davalıya ait bölümleri süresinde devretmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru değildir…";* ayrıca aynı yönde bkz. Y. 15 HD. 3226/ 3016 T. 18. 5. 2011 (**Kazancı**): *"….Değinilen hususlar dikkate alınmaksızın eserin kısmen teslim edilerek kısmi ifa şeklinde sonuçlandığı gözden kaçırılarak davacının gerçekleştirdiği oranda iş bedelini isteyebileceği açık iken olayda uygulama yeri bulunmadığı halde davalının ödemezlik defi hakkının bulunduğundan bahisle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, usul ve yasaya aykırı kararın bozulması gerekmiştir…".*

620 Ayrıca bkz. **Kaniti**, s.111; karşı edim kısmen imkansızlaşmış olup borçlunun edim borcu bölünemez ise veya borçlu karşı edimin imkansızlaşan kısmı dışında kalan kısmı kabule razı olmamışsa TBK m. 137 II'e göre tam imkansızlığa ilişkin hükümlerin uygulanabileceği gözönüne alınmalıdır.

621 **BernerK/ Weber**, Art.82, N. 169; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 132; **Simmen**, s. 70 vd.; **Grüter**, s. 73; **MünchenerK/ Emmerich**, BGB §320, N.41; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 831; aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Y. 14. HD. 7298/ 7957 T. 15.1.1999 (**YKD** 12/ 2001 s. 1846 vd.); *"…İlk dava satış vaadi sözleşmesi uyarınca açılan tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Satış vaadi sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Alıcının edimini yerine getirmesi koşuluyla, karşı taraftan tescil isteme hakkı vardır. Ancak satış bedeli eksik ödenmiş ise bunun Borçlar Kanunun 81. maddesi uyarınca tamamlanarak ifanın istenmesi mümkündür Somut olayda, davacı, senet bedeli 32.500.000 TL.nın ödendiğini, bu nedenle diğer alıcıya payının verildiğini, davalı elinde sözleşmede sözü edilen 31.3.1992 tarihli bononunda olmadığını savunmuş ise de ödemeyi belgeleyememiştir. Bu durumda davacıya eksik bedeli ödeme olanağı tanınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle red kararı verilmesi doğru görülmemiştir…".*

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORCUN İFA EDİLMEDİĞİ DEFİNİN UYGULAMA ALANI

I. GENEL OLARAK

Öncelikle belirtmek gerekir ki, genel itibariyle, borcun ifa edilmediği definin uygulama alanı, şartlarının belirlenmesiyle çizilir. Ancak borç ilişkisinin niteliği, içeriği ve özellikleri gözönüne alındığında, çeşitli unsurların ortaya çıkmasıyla, bazen definin uygulama alanının daralması bazen de genişlemesi ihtiyacının karşılanması gerekebilir. Bu sebeple özellik arz eden hususlar çerçevesinde borcun ifa edilmediği definin uygulama alanının kapsamını belirlemeye çalışacağız.

II. BORÇ İLİŞKİSİNİN NİTELİĞİ BAKIMINDAN

A. Genel Olarak

Borç ilişkisinin niteliği gözönüne alındığında definin uygulama alanı, sözleşmeye dayanan borç ilişkileri ve sözleşme dışı borç ilişkileri ayrımı çerçevesinde değerlendirilebilir. Buna ek olarak, şu hususu belirtmek gerekir ki, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin doğum kaynağı, definin şartları oluşmuşsa definin ileri sürülebilmesi bakımından herhangi bir rol oynamaz. Ayrıca sözleşmenin özel hukuk veya kamu hukuku kaynaklı olması da, borcun ifa edilmediği defi bakımından şartları oluştuğu sürece, kural olarak, herhangi bir farklılık oluşturmaz[622].

B. Sözleşmeye Dayanan Borç İlişkilerinde

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin en sık görünüm şekilleri Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Satış, eser, kira, hizmet sözleşmeleri gibi sözleşmelerde, taraflardan her biri bir edimin(iş görme, kullanıma bırakma veya mülkiyetin devri amacıyla zilyetliğin devri gibi) karşılığında belirli bir bedel ödeme borcu altındadır. Edimlerin hüküm ifade etmesinin şarta bağlı olması veya bir yenilik doğuran hakkın kullanılmasına bağlı olması önemli değildir. Deneme amaçlı satış, satış için bırakma, ön alım hakkının kullanılması suretiyle satış gibi ilişkilerde bu husus görülmektedir. Şartın girişi veya yenilik doğuran hakların kullanılmasıyla, diğer şartlar da mevcut ise definin ileri sürülebileceğinden bahsedilebilir. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerini

[622] Kamu hukukunda edimlerin mübadele karakterinin istisnai durumlarda sözkonusu olabileceği ve bu durumlarda da definin kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. **BernerK/ Weber,** N. 16.

sadece Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenenlerle sınırlamak da uygun değildir. Bu nedenle Borçlar Kanunu dışında diğer kanunlarda yer alan sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde de şartları mevcut ise definin uygulanabilirliğinden bahsedilir.

Konumuz itibariyle bütün tipik ve atipik sözleşmelerde borcun ifa edilmediği defini ele almak, çalışmanın kapsamını aşabileceğinden, sadece definin uygulanabilirliğinin incelenmesi bakımından önem arz eden bir takım sözleşmeleri incelemeyi tercih ettik.

1. Tipik Sözleşmelerde Definin İleri Sürülebilirliği

a. Satış Sözleşmesinde

i. Genel Olarak

Satış sözleşmesi, özel borç ilişkilerinde yer alan tipik sözleşmeler arasında yer almakla borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebilirliğine konu olmak bakımından en fazla ele alınan sözleşme tipidir. Konumuz kapsamının dışına çıkmamak ve bilineni tekrar etmemek için satış sözleşmesinde borcun ifa edilmediği defi bakımından özellik arz eden hususları ele almanın yeterli olacağı kanaatindeyiz. Bu kapsamda satış sözleşmesinde satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun sözkonusu olduğu halde definin ileri sürülebilirliği ayrıca incelenmeyi hak etmektedir.

ii. Ayıptan Doğan Sorumluluk Bakımından

Ayıptan doğan sorumluluğun sözkonusu olup olmamasına göre acaba borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebilecek mi yoksa sürülemiyecek mi sorusunun cevaplanması önem arz etmektedir[623].

Türk ve İsviçre Hukuku'nda, definin ileri sürülebilirliği sorunu, hasarın geçişinden önce veya sonra ayrımına göre farklılaşmaktadır. Türk ve İsviçre doktrini, hasarın geçişisi sırasında definin ileri sürülebilirliğini, teslim almaktan kaçınmanın ayıptan doğan hükümlere mi yoksa genel hükümlere mi dayanacağı sorusu çerçevesinde ele almıştır. Hasarın geçişinden sonra ise, yine yarışma sorunu çerçevesinde ayıptan doğan sorumluluk şartlarının ve sınırlarının definin ileri sürülmesi bakımından da aranmasının gerekli olup olmadığı etrafında incelenmiştir.

[623] Bunu yapmamızın sebebi, Türk ve İsviçre Hukuk sistemi ve Alman Hukuk sisteminde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin özel düzenlemelerin niteliği, kapsamı ve içeriğinin sorunu çeşitli aşamalarla ele almayı gerektirmesidir.

(a). Hasarın Geçişi Sırasında Definin İleri Sürülebilirliği

(i) Kaçınmanın Ayıptan Doğan Sorumluluk Hükümlerine Tabi Olduğu Görüşü

BGB'nin modernizasyonu öncesi ileri sürülen ifa teorisi ve garanti teorisine ilişkin tartışma[624], hasarın geçişinden önce, alıcının zilyetliği devralmaktan kaçınabilmesi hususunda Türk ve İsviçre Hukuku'ndaki görüşleri de etkilemiştir. Ayıplı satılanın zilyetliğini devralmaktan kaçınma ve bu surette bedel ödeme borcunun ifasından defi ile kaçınma hususunda doktrinindeki görüşleri incelemek gerekir.

Alıcının zilyetliği devralmaktan kaçınamayacağı görüşüne[625] göre, parça borçlarında, hasar zilyetliğin devrinden önce satıcıda ise, devirden önce satılanın ayıbı mevcut ve objektif bakımdan giderilemez ise, alıcının ayıpsız edimin ifası talebi düşer. Alıcı, ancak satılanın bulunduğu durumda (ayıplı) zilyetliğinin ve mülkiyetinin devrini talep edebilir.

Bu görüşün ortaya çıkaracağı sorunları, *Schönle/ Higi* şu görüşleri ileri sürerek aşmaya çalışmıştır. Buna göre ayıp artık giderilebilir değilse, düşen ayıpsız devir talebi

---

[624] Bu teorilerden garanti teorisine göre, parça borcunun ayıplı ifası borcun ifa edilmediği defi bakımından fiilen hiç ifa etmeme değildir. İfanın tek konusu gereği gibi yerine getirilmemiş dahi olsa ayıplı satılandır. Alıcının bu sebeple hasarın geçişinden önce ve sonra borcun ifa edilmediği definden yararlanma imkanı yoktur. Alıcının ayıptan ari satılanın teslimi talebinin olmaması nedeniyle definin ileri sürülmesi için gerekli olan şart oluşmamıştır. Alıcı ayrıca ayıplı ifa sunulduğunda bunu reddemeyeceği gibi, satıcının bedelin ödenmesi talebine karşı defiyi kullanamayacaktır. Bu görüş için bkz. Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts Zweiter Band Besonderer Teil 1. Halbband**, 13. Aufl. München, 1986, s. 66, 69.
İfa teorisine göre ise, satıcı, satılanın ayıpsız bir şekilde zilyetliğini ve mülkiyetini devir borcu altındadır. Alıcı, satılanı hasarın geçişi anındaki durumuna göre değil, gereği gibi ifa edilmesine karşılık ödeme borcu altındadır. Defi hasarın geçişinden önce vardır. Hasarın geçişinden önce, kural olarak, alıcının, ayıplı satılanı reddetme ve bedeli ödemekten defiye dayanarak kaçınabilme hakkı vardır. Bu görüş için bkz. Franz -Peter Gillig, **Nichterfüllung und Sachmängel-gewährleistung**, Tübingen, 1984, s. 202; bu teoriye göre, hasarın geçişinden sonra borcun ifa edilmediği defi yerini özel ayıptan doğan haklara bırakacaktır. Bu haklar, özel hüküm olarak önce geldiğinden, alıcı, genel itibariyle, borcun ifa edilmediği define dayanamayacaktır: Bu teoriler ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. Klaus Tiedtke, "**Leistungstörung und Gewährleistung**", NJW 1995, s.3082; Stefan Meier, **Die kaufrechtlichen Mängeleinreden –insbesondere die sogenannte "allgemeine Mäangeleinrede"**, München, 2000, s. 11 vd; Stephan Lorenz/ Thomas Riehm, **Lehrbuch zum neuen Schuldrecht**, München, 2002, N.472; **Gillig**, s.43 vd.**; Larenz,** Schuldrecht II, s. 66, dn. 103; Katja Bähler, **Das Verhältnis von Sachgewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungsrecht**, Basel/Genf/München, 2005, s.29 vd.
BGB'de yapılan modernizasyon ile, BGB §433 I 2'e göre, satılanı ayıptan ve zaptan ari şekilde zilyetliğini devretme yükümlülüğü düzenlenmiş bu surette, kanunkoyucu bu tartışmada, genel itibariyle tarafını belli etmiş, ifa teorisine katılmıştır.

[625] **ZürcherK/ Schönle/Higi,** Art. 197, N. 335-337; genel hatlarıyla aynı yönde bkz. **Neuenschwander,** s. 35; **von Tuhr/ Escher**, s. 63 dn. 36; **von Büren**, s. 384; Pierre Cavin, "**Kauf, Tausch und Schenkung**", SPR VII/1, Basel und Stuttgart, 1977, §14 I 1; **Bucher**, BT, §3/IV 1b s.68 vd.

yerini ayıptan doğan haklara bırakır[626]. Özellikle alıcı, bu halde satılanın zilyetliğinin devrinden önce, sözleşmeden dönme imkanını kullanabilir. Böylelikle alıcı ayıplı satılanın zilyetliğinin devralma borcu ve külfetinden sözleşmeden dönme sayesinde kurtulabilir[627].

Alıcının zilyetliği devralma külfeti ve borcu (TBK m. 232/ OR Art. 211) [628], sözleşmeden dönme hakkı saklı kalmak kaydıyla, parça borçlarında, giderilemez ayıbı olan satılan bakımından da geçerlidir. Satılanın zilyetliğinin devri öncesinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanabilirliğinin kabul edilmesi, alıcının sözleşmeden dönme imkanıyla satılanın zilyetliğini devralma külfeti ve borcundan kurtulmasını sağlar. Giderilemez bir ayıbı bulunan satılan bakımından da geçerli olan

[626] **ZürcherK/ Schönle/ Higi,** Art. 197, N. 338; **Neuenschwander**, s. 35; aksi sonucun kabulü halinde parça borcunda, hasar satıcıda ise ve zilyetliğin devrinden önce satılan ayıplıysa, alıcının artık genel hükümler arasında yer alan sonraki imkansızlık hükmüne göre (Art. 119) satılanın ayıpsız teslimini talep hakkı ortadan kalkabilir. Bu durumda satıcı, ayıbın ortaya çıkmasında herhangi bir kusur yüklenemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Hasarın geçişinden önce ayıptan doğan hakların uygulanabilirliği kabul edilmez ise, genel hükümlere göre satılanın ayıpsız teslimine ilişkin talep hakkının sona ermesi, teslimden sonra ise bu sonucun ayıptan doğan haklar tanınması sonucuyla yer değiştireceği gibi kabul edilemez bir sonuç doğar. Sistematik, tutarlı, hukuk tekniğine uygun yorum bu kabul edilemez sonucu önlemesi gerekir. Bu durum, alıcı zilyetliğin devrinden önce ayıptan ari bir edimin ifası talebinin hiç karşılanamaması nedeniyle kendisine tanınan hakları ileri sürse dahi, ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin sonraki imkansızlık hükmüne göre özel bir hüküm olarak anlaşılmasını gerektirir. Bu nedenle ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin her iki halde de uygulanması gerekir. Bkz. **ZürcherK/ Schönle/ Higi,** Art. 197, N. 339-340; kanaatimizce, zilyetliğin devrinden sonra olduğu gibi, zilyetliğin devri sırasında şartları oluştuğu sürece ayıptan doğan sorumluluğun genel hükümlerle yarışmasının kabul edilmesi durumunda bahsedilen ikilik ortadan kalkar. Zilyetliğin devri sırasında ve sonrasında hakların yarışacağını ileri süren görüş için bkz. bkz. **Giger**, vor Art. 197-210, N. 39 vd.

[627] **ZürcherK/ Schönle/ Higi,** Art. 197, N. 341; ayrıca bedelden indirim hakkını kullanırsa bu ihtimalde synallagmatik ilişki indirimden sonra geriye kalan bedelin ödenmesi borcu ile ayıplı satılanın teslimi borcu arasında devam eder. Bkz. **Gillig**, s. 203-204.

[628] **ZürcherK/ Schönle/ Higi,** Art. 197, N. 342; ayrıca *Giger*, OR Art. 211'de belirtilen satılanın kabulünü (Annahme) satıcının mülkiyeti devri borcu bakımından, OR Art. 211 2'de belirtilen alıcının satılanı devralmasını ise(Empfangnahme), zilyetliğin devri borcu bakımından, baskın öğretiye karşı birbirinden ayrıldığını belirtir: **Giger,** Art. 211, N. 17-18; ancak *Schönle/ Higi* metnin, kabul ve zilyetliğin devralınması için aynı ifadelere yer veren italyanca çevirisinden yola çıkarak, aynı ifade ile farklı hususların düzenlenmediğini, ayrıca hükmün uygulanması bakımından ayıbın giderilebilir veya giderilemez olup olmaması arasında herhangi bir farklılık olmadığını ileri sürer: **ZürcherK/ Schönle/Higi,** Art. 197, N. 343; kanaatimizce TBK m. 232 II (OR Art. 211 II) 'de yer alan ifade, ifayı kabul olmayıp, zilyetliğin devralınmasıdır. Diğer deyişle "görünüşte ifa"nın gerçekleşmesi bakımından gerekli olan "zilyetliği devralma"dır. Bu nedenle TBK m. 232 I ve II (Art. 211 I) gereği gibi gerçekleştirilen ifa bakımından görünüşte ifayı gözönüne alınarak düzenlendiği söylenebilir. TBK m. 232 I, devralma yükümlülüğünü, II ise, devralma yükümlülüğünün ifa zamanını belirleyen bir hüküm olarak yorumlanmalıdır. Herhalde teslim almaktan kaçınmanın hakkın kötüye kullanılmaması sınırları içerisinde sözkonusu olabileceği gözönüne alınmalıdır.

bu hükmün uygulanabilirliği sadece sözleşmeden dönme hakkı ileri sürüldüğü ihtimalde engellenir[629].

Satıcı ayıpsız edimin muhtemel ve mümkün ifasını gerçekleştirmediği sürece borcun ifa edilmediği defi alıcıya, karşı edimin ifasından geçici surette kaçınma imkanı verir. Ancak ayıp giderilemez ise bu durumda artık definin ileri sürülebilme imkanı yoktur. Bu halde alıcı, karşı edim borcunun ifasından, tamamen sözleşmeden dönme veya kısmen bedelden indirim isteme suretiyle kaçınabilir. Sözleşmeden dönmeyi istemesine rağmen hakim bu talebini uygun görmez ise bedelden indirime karar verebilir ve bu surette kısmen ödeme yükümlülüğü altına girer. Belirtilen şartlar çerçevesinde, ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulanmaya başladıktan sonra alıcının borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilme imkanı yoktur[630].

Ancak ayıp giderilebilir değilse, ayıptan doğan haklardan, mübadele teorisine göre istenebilecek hiç ifa edilememeden doğan zararın tazmini talebi, definin ileri sürülebilirliği bakımından uygun bir taleptir[631]. Bu talep genel hükümlere dayansa da satıcının kusursuzluğunu ispatlamaması şartına bağlı, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine göre kendisine karşı itiraz ve defilerin ileri sürülebileceği bir taleptir[632].

Zilyetliğin devrinden önce, satılanın ayıbı giderilebilirse, alıcı ayıbın giderilmesine ilişkin talep sayesinde borcun ifa edilmediği defini ileri sürerek bedel

---

[629] **ZürcherK/ Schönle/ Higi,** Art. 197, N. 342; **Neuenschwander**, s. 35; krş. **BaslerK/ Leu**, vor Art. 197-210, N.3; ayıptan doğan özel hükümler uygulandığı sürece definin uygulanmasının mümkün olmadığını belirten görüş için bkz. **Becker**, Art. 82, N. 20.

[630] **ZürcherK/ Schönle/ Higi,** Art. 197, N. 344; **Becker**, Art. N.20; **Neuenschwander**, s. 35; krş. **von Tuhr/ Escher**, s. 63 dn.36; ayıptan doğan sorumluluk hükümleri kural olarak defi ile uyumsuz hükümler olmasa dahi, çeşitli sınırlamalar defi için de geçerlidir. Hakimin bu anlamda sözleşmeden dönme yerine bedelden indirim hakkının kullanılabileceğini belirleme yetkisi veren sınırlama, defi bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Bkz. **Keller/ Siehr**, s.104.

[631] *Schönle/ Higi*, ayıptan doğan sorumluluğun konusunu düzenleyen TBK m. 219 (OR Art. 197)'nin "ayıptan sorumluluk (Gewährleistung wegen der Mängel der Kaufsache)" başlığından yola çıkarak alıcının genel hükümlere dayanan hiç ifa edilmemeden doğan zararının tazmini talep etme imkanın varlığını kabul eder. Bkz. **ZürcherK/ Schönle/ Higi**, Art. 197, N. 19; *Schönle/ Higi* bu talebi ayıptan doğan seçimlik haklardan birisi olarak gördüğü ileri sürülebilir.
Ancak Türk ve İsviçre Hukuku'nda ayıptan doğan seçimlik haklardan birisinin genel hükümlere dayanan zararın tazmini talebi olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmaya ilişkin bkz. **Yavuz**, s. 210 vd.

[632] **ZürcherK/ Schönle/ Higi,** Art. 197, N. 346; ancak bu talepten farklı olan ayıbın sonucu olan zararın tazmini talebi ise, kural olarak, bedel ödeme borcu ile mübadele ilişkisi içerisinde yer almaz. Bu talep, ayıptan doğan hakların yanında mevcudiyetini korur. Satıcı bu zararın giderilmesini belirli bir miktar paranın ödemesi suretiyle sağlamak zorunda ise, bu durumda alıcı takas imkanını kullanabilir. Bu durumda definin ileri sürülebilme imkanı yoktur. Bkz. **ZürcherK/ Schönle/ Higi,** Art. 197, N. 346.

ödeme borcunun ifasından kaçınabilir. Satıcının ayıbın giderilmesi borcunu ifa etmediği durumda genel hükümlere göre hareket edilir, yoksa ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine değil. Bu hallerde zilyetliğin devrinden önce ayıptan doğan sorumluluk hükümleri devreye girmez. Buna rağmen, ayıbın giderilmesi talebinin varlığı sayesinde alıcı satılanı teslim almak ve kabul etmekten kaçınabilir. Teslim almaktan ve kabulden kaçındığı sürece alıcı borcun ifa edilmediği defi ileri sürerek bedel ödeme borcunun ifasından kaçınabilecektir. Ayıbın giderilmesi talebinin düştüğü ve ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanmaya başladığı andan itibaren artık alıcı, bedel ödeme borcu ile mübadele ilişkisi içerisinde duran ayıptan doğan hakları ileri sürdüğü durumda bedel ödeme borcundan defi vasıtasıyla kaçınabilecektir[633].

(ii) Kaçınmanın Genel Hükümlere Dayandığı Görüşü

Bu görüşe karşı çıkan aksi yöndeki görüşe[634] göre, giderilemez bir ayıbı bulunan parça borcunda, kural olarak, sonraki imkansızlığa ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Bu sonraki imkansızlık, kısmı imkansızlığa benzer hukuki sonuçları ortaya çıkarır. Alıcı, hakkın kötüye kullanılmaması kuralının çizdiği sınırlar içerisinde edimin ifasını reddedebilir[635], imkansızlığın sonuçlarından yararlanabilir. Bu durumda alıcı ayıptan doğan sorumluluk ile imkansızlığa dayanan sorumluluk hükümlerinden yarışır şekilde yararlanabilir.

Yine aynı görüşe göre[636] OR Art. 211 I (TBK m. 232) , alıcıya, satıcı tarafından sözleşmeye uygun surette edimin ifası teklif edildiği sürece, satılanın zilyetliğini kabul

---

[633] **ZürcherK/ Schönle/Higi,** Art. 197, N. 347 vd. ; zilyetliğin devrinden önce, çeşit borçlarında definin ileri sürülebilirliği, ayıbın giderilebilirliğine göre farklı şekilde ele alınan parça borcunda olduğu gibidir. Bkz. **ZürcherK/ Schönle/ Higi**, Art. 197, N. 353 vd; bu değerlendirme gözönüne alındığında *Schönle/ Higi* 'nin, çeşit borcu ve parça borcu ayrımı yapmaksızın sorunu aslında ayıbın giderilebilir olup olmamasına göre ele aldığı söylenebilir.

[634] **Giger,** vor zu Art. 197-210, N. 39.

[635] Sözleşmede yer alan ifa şeklinden ayrılan her ifanın alıcıya, ifayı reddetme imkanı verdiği ve bu nedenlerle aksi görüşün isabetli olmadığı yönünde bkz. **Giger,** Art. 211, N. 43.

[636] **Giger,** vor zu Art. 197-210, N. 40; Art. 211, N. 42; **Simmen**, s. 84; karşı edim borçlusu, alacaklısına ayıplı edimin ifasını sunmuş ise, karşı edim alacaklısı ifayı kabulden kaçınabilir ve gereği gibi ifa gerçekleşene kadar edim borcunu ifa etmekten defi suretiyle kaçınabilir. Sonuç itibariyle aynı yönde bu görüş için bkz. **BernerK/ Weber,** Art.82, N. 175.
Giger'in giderilemeyen ayıp bakımından genel hükümlerde de definin ileri sürülebileceği görüşü satıcının sonraki imkansızlıktan sorumlu olması durumunda mübadele teorisinin uygulanması ancak takas imkanının kullanılmamış olması şartına bağlıdır.
Zilyetliğin devrinden önce yarışmayı reddeden ve genel hükümlerin uygulanacağını ileri süren ancak sonuç bakımından paralel görüşe göre, TBK'da (yBK m.194 vd.) yer alan ayıp hükümlerinin

etme borcu yüklemiştir. Ancak alıcı, ayıplı ifa teklifini reddetme ve OR Art. 82'e dayanarak bedelin ödenmesi borcunun ifasından kaçınma hakkına sahiptir. Borcun ifa edilmediği defi, ayıptan doğan hükümlerin yanında yarışır şekilde uygulanabilir. Hakime tanınan en uygun kararı verme(sözleşmeden dönme veya bedelden indirim) imkanı, ayıptan doğan sorumlulukla ilgili olup, alıcının satılanı kabul etmekten kaçınma hakkını olumsuz yönde etkilemez[637].

(iii) Görüşümüz

Türk Hukuku'nda hasar kurallarının İsviçre'deki hasar kurallarından farklı oluşu bir kenara, ayıplı bir malın zilyetliğinin devri sırasında, ister çeşit borcu ister parça borcu olsun, ayıp giderilebilir olsun veya olmasın, alıcının sözleşmede kararlaştırılan niteliğe uygun olmayan satılanın zilyetliğini devralma zorunluluğunda bırakılması kabul edilemez[638]. Zira, kural olarak, görünüşte de olsa, ifa sözleşmede ve kanunda

---

uygulanması ayıplı edimin alınmasından sonradır. Edimin alınmasından önce genel hükümler uygulama alanı bulur. Ayıp hükümlerinin genel hükümlerden önce gelmesi, ayıplı edimin alınmasından sonradır. Bu nedenle kaçınma genel hükümlere dayanır. Bkz. **Kaniti**, s. 114; aynı yönde bkz. **Ginter**, s.55; ancak bu görüş, ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin ihbar ve muayene külfetinin zilyetliğinin devri sırasında yerine getirilebileceği ihtimalini gözardı etmiş görünmektedir. Zira bu ihtimali gözönüne alsa idi, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin özel hüküm niteliği gereği öncelikle uygulanacağı yönündeki görüşlerinin zilyetliğin devri sırasında da geçerli olacağını kabul etmesi gerekirdi. Bu hususta daha tutarlı davranan görüş için bkz. **ZürcherK/ Schönle/ Higi**, Art. 197, N. 353 vd.

Alıcının ayıp ihbar sürelerine bağlı olmaksızın borcun ifa edilmediği define dayanıp dayanamayacağı sorusunun büyük bir anlamı yoktur. Borcun ifa edilmediği defi aynı anda ifa edilmesi gereken synallagmatik borç ilişkisine dayandığından, zilyetliğin devri sırasında ayıp tespit edilip bildirildiği sürece, defiye dayanılarak satış bedelinin ödenmesinden kaçınma, kural olarak, derhal ihbar külfetinin yerine getirildiği ayıplı satılanı kabul etmekten kaçınma anlamına da gelir. Bkz. **Simmen,** s. 84-85; **Keller/Siehr**, s. 105.

637 Son belirtilen hususa katılmayan aksi yöndeki görüşe göre, kural olarak, ayıptan doğan sorumluluk ile definin uygulama imkanı birarada bulunabilir ancak bu hususun sınırları mevcuttur. Bu sınırlardan biri hakime tanınan sözleşmeden dönme yerine bedelden indirime hükmedebilme imkanıdır (OR Art. 205 II). Bu husus, defiyi düzenleyen OR Art. 82 (TBK m. 97) den önce uygulanacaktır. Bu nedenle hakimin sözleşmeden dönme yerine bedelden indirime hükmedebilme imkanını devre dışı bırakabilecek bir çözüm isabetli değildir. Bkz. **Keller/Siehr**, s.104

638 Alman Hukuku'nda, modernizasyon sonrası hemen hemen oybirliğiyle kabul edildiği üzere, günümüzde geçerli hukuk bakımından artık, borcun ifa edilmediği definin şartları oluştuğu sürece, defi uygulama alanı bulacaktır. Parça borcu-cins borcu, aliud ifa veya ayıplı (peius) ifa, hasarın geçişinden önce veya sonra arasında herhangi bir fark yoktur. Ayıptan doğan sorumluluk ve genel ifa edilmemeden sorumluluk ayrımı gözönüne alınmaksızın, esaslı olarak gözönüne alınan onarım ve yenisiyle değiştirme talepleri (aynen ifa yerine geçen talepler), borcun ifa edilmediği definin uygulanması için belirleyicidir. Bkz. **Soergel/ Gsell,** §320, N.57; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N.71; aynı yönde bkz. **Schwarze**, §14 N.5; **MünchenerK/ Emmerich,** §320, N.4-5; **Fichtner**, s.46; **Lehmann-Richter**, s. 585 vd; **Erman/ Grünewald**, vor §437 N.6; **Erman/Westermann**, §320 N.15; satılanın ayıbı durumunda alıcı yenisiyle değiştirme veya onarım hakkını kullandığı ihtimalde satılan yenisiyle değiştirilene veya onarılana kadar (BGB §320 II 'den doğan sınırlar içerisinde) borcun ifa edilmediği defi ile bedelin tamamını ifa etmekten kaçınabilir. Bkz. **Medicus/ Lorenz**, N. 247; **MünchenerK/ Emmerich,** §320, N. 4; **Fichtner,** s.46; **Erman/ Westermann**, §320, N. 14;

kararlaştırılan niteliklere uygun olduğu sürece zilyetliği devralma külfeti ve borcu yükler. Zilyetliği devralma borcunu bu şekilde anlamak gerekir[639]. Zilyetliği devralma borcu bu sebeple genellikle ifa teklifinin gereği gibi yapılıp yapılmadığıyla da ilgilidir.

Zilyetliğin devri sırasında olağan bir gözden geçirme ile görülebilecek ayıpları(ister giderilebilir olsun ister olmasın) alıcının fark edip bildirmesi ihbar ve muayene külfetini yerine getirdiği anlamına gelebileceği görüşü[640] dikkate değerdir. Örneğin, Van Gogh tablosunun zilyetliğinin devri sırasında tabloda çizik olduğunun fark edilmesi veya 100 kg elmanın zilyetliğinin devrinde elmaların hasarlandığının (böcek vb. dış unsurlar nedeniyle) tespit edilmesi. Ancak bu halde zilyetliği devralmaktan kaçınma, ayıbın giderilemez olduğu durumda, ayıptan doğan haklardan hangisinin kullanıldığı veya genel hükümlere göre, şartları varsa imkansızlık hükümlerine mi dayanılmak istendiği şeklinde değerlendirme yapma zorunluluğunu da gündeme getirir. Ancak bu zorunluluğun ortaya çıkması özellikle ayıbın giderilemez olduğu durumda definin ileri sürülemeyeceği hususunu etkileyecek nitelikte değildir.

Şayet giderilemez bir ayıp sözkonusu ise (ister çeşit borcu olsun ister parça borcu[641]), genel hükümlerin uygulanması kabul edilirse imkansızlık durumunda definin ileri sürülebilirliğine şüphe ile bakmak gerekir. Satıcı imkansızlıktan sorumlu değilse; imkansızlık sonucunda borçlar sona ereceğinden, sorumlu ise; fark teorisine göre tek bir borç doğacağından definin ileri sürülmesi mümkün görünmemektedir[642]. Zilyetliğin devri sırasında muayene ve ihbar külfetini yerine getirildiğinden ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı kabul edilse dahi, -bu durumda dahi aynen ifa yerine zararın tazmini imkanının olup olmadığı tartışması bir kenara- giderilemez ayıp durumunda alıcının bedelden indirim ve sözleşmeden dönme hakkı

Lorenz/ Riehm, N. 500; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 55 vd; **Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/ Wendtland**, s. 226; Ulrich Schroeter, "**Das Wahlrecht des Käufers im Rahmen der Nacherfüllung**", NJW, 2006, s. 1762; **Huber/ Faust**, N. 149.

639 Aynı yönde bkz. **Giger**, Art. 211, N. 41 vd.

640 **Simmen**, s. 84-85; **Keller/ Siehr**, s. 105;

641 Ayıbın giderilip giderilemeyeceği (onarım hakkı ve özellikle yenisiyle değiştirme hakkı bakımından) hususu parça borcu veya cins borcunun sözkonusu olup olmadığından daha fazla önem arz eder ve ayıbın giderilip giderilemeyeceği sorunu hem parça borcunda hem de cins borcunda sözkonusu olabilir.

642 Mübadele teorisi benimsenir ve takasın uygulanması gündeme gelmez ise, definin ileri sürülebilirliği kabul edilebilir. Bkz. yukarıda §2 III A 2.

vardır. İster genel hükümlere göre imkansızlık isterse sözleşmeden dönmeye başvurulursun her iki halde de teslim almaktan ve bu surette bedel ödeme borcundan sürekli şekilde kaçınma durumu sözkonusudur. Bu her iki ihtimalde de, bedel ödeme borcu ile mübadele ilişkisi içerisinde bulunan bir edim borcu mevcut olmadığından defi uygulanabilir değildir. Kaçınma defiye dayanmaz.

Şayet giderilemez bir ayıp varsa, ayıptan doğan haklardan sözleşmeden dönmeyi seçen alıcı, TBK m. 227 III'deki sınırlama[643] ile karşılaşabilir ve sadece bedelden indirim hakkını kullanabilmesi nedeniyle satılanı kabul etme zorunluluğunda bırakılabilir. Bunun gibi, giderilemez ayıp durumuna rağmen, satılanın zilyetliğinin devralma zorunluluğu olduğu ihtimalde, definin ileri sürülebilmesi yine mümkün değildir[644]. Sonuç itibariyle giderilemez ayıp varsa, ister devralma zorunluluğu olsun ister sözleşmeden dönme veya imkansızlık hükümleri gereği devralmaktan kaçınma imkanı olsun defi ileri sürülemeyecektir. Ancak giderilemez ayıp durumuna rağmen, aynen ifa yerine geçen değeri talep edebilme imkanı olduğu sürece, kural olarak, definin ileri sürülebileceği bir durum ortaya çıkabilir[645].

---

643 Bu sınırlamaya örnek olarak, teslim edilen ayıplı satılanla alıcının sözleşmede güttüğü amacı gerçekleştirebilecek olduğu durumlar gösterilebilir. Bu ve diğer haller için bkz. **Giger**, Art.205, N. 50 vd; **Yavuz**, s. 153 vd.;
Alman Hukuku'nda modernizasyon sonrası ayıbın önemsiz olduğu ve ayıbın giderilebilir olmadığı durumda alacaklının kabulden kaçınıp kaçınamayacağı sorunu da ele alınmıştır: Buna göre, bu hallerde aynen ifa yerine geçen taleplerin kullanılması imkanı (ayıp giderilebilir olmadığından) ve sözleşmeden dönme imkanı (ayıp önemsiz olduğundan) yoktur. Bkz. **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 35; alıcıya, zilyetliğin devrinden sonra giderilemez bir ayıbın varlığı halinde bedelden indirim hakkı verilirse, o ayıplı satılanı elinde tutmak zorundadır. Bu husus, alıcının böyle bir edimi kabul etme zorunluluğu anlamına gelebilir. Bkz. **Jud**, s.845; **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N. 35; ancak ihlal önemsiz olsa da ayıptan doğan hakların önceliğinden kabul yükümlülüğü çıkarılamayacağı yönünde bkz. **Jud**, s. 845; alıcının eşyanın iadesini gerektiren hakkının varlığı (ör. sözleşmeden dönme) teslim almaktan kaçınma için yeterlidir, ancak zorunlu bir şart değildir. Bkz. Philipp Lamprecht, "**Nochmals: Gewährlesitung trotz Annahmeverzugs und Untergangs der Kaufsache?**" ZIP, 2002, s. 1791 dn. 13

644 Alman doktrininde kabul edildiği üzere, ancak ayıp giderilemezse veya onarım yahut yenisiyle değiştirme hakkı kullanılmamışsa artık borcun ifa edilmediği defi uygulama alanı bulmaz. Definin şartlarından alıcının ileri sürebileceği bir karşı hakkı olmadığı durumda definin uygulanma imkanı yoktur. Örneğin bu husus, alıcının dönme veya bedelden indirim imkanını kullandığı, böylelikle aynen ifa talebinin sona erdiği durumda sözkonusu olur. Bkz. **Soergel/ Gsell**, §320, N. 55 vd, **MünchenerK/ Emmerich,** §320, N.4; **Fichtner**, s.46; **Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/ Wendtland**, s. 226; **Lorenz/ Riehm,** N. 501; Peter Huber/ Florian Faust, **Schuldrechts-modernisierung Einführung in das neue Recht**, München, 2002, N. 13 vd, N. 151 vd; **Huber/ Faust,** N. 151; **Erman/Westermann**, §320, N.15.

645 Bir kısmında giderilemez bir ayıbı bulunan edimin bölünebilir olduğu durumda, definin ileri sürülebilirliği artık niceliksel gereği gibi ifa edilmemeye ilişkin hususlara göre belirlenmelidir. Bkz. yukarıda §2 V C 3.

Ayıp giderilebilir nitelikte ise, hem çeşit hem de parça borcunda alıcı, zilyetliği devralmaktan kaçınabilir[646]. Alıcı bu halde aynen ifa talebini korur. Bu hususta yarışmanın bir önemi yoktur[647]. Bu halde satıcı ayıbı gidererek sözleşmeye uygun gereği gibi ifa edilmenin yollarını arayabilir. Bu yollardan birisi genel olarak, parça borcu bakımından yenisiyle değiştirme mümkün olmayabileceğinden ayıbın giderilmesine yönelik satılanın onarımı olabilirken[648], çeşit borcu bakımından her iki yoldan birisi kullanılabilir. Bu ihtimalde ister ayıptan doğan haklardan onarım hakkını[649] kullandığı isterse aynen ifa talebini kullandığı ileri sürülsün- herhalde- borca uygun şekilde satılanın zilyetliği devredilene kadar alıcının borcun ifa

---

[646] Alman Hukuku'nda alıcının zilyetliği devralmaktan kaçınmanın hukuki dayanağının ne olduğu sorusuna ilişkin farklı görüşler ortaya çıkmıştır: Doktrinde bir kısım görüşler kaçınmanın borcun ifa edilmediği define dayandığnı (bkz. Zafer Bilir, **Die Nacherfüllungsansprüche des Käufers im neuen Recht**, Waiblingen, 2005, s.7 vd.), bir kısmı, genel kaçınma hakkına dayandığını (BGB § 273) (bkz. **Lehmann-Richter**, s. 588), bir kısmı ise, giderilebilir bir ayıbın varlığı halinde, bu durumu kısmi ifa gibi değerlendirip, BGB 266'a göre kısmı ifayı kabul etmek zorunda olmamasına dayandığını (bkz. **Lorenz**, Zurückweisung, s.1342; **Jud**, s. 843 vd.) bir kısım görüşler ise BGB 293'e göre ifa teklifinin gereği gibi olmamasına dayandığını (**Huber/ Faust**, N.150; **Soergel/ Huber**, vor §459, N.233 vd.) ileri sürer. Bu görüşlere ilişkin ayrıca bkz. **Lehmann-Richter**, s. 588; **Lorenz**, Zurückweisung**,** s.1342.
Kanaatimizce teslim alma yükümlülüğünden kaçınma, definin konusu olmayıp, gereği gibi ifa edilmemenin bir sonucu olarak kendisini gösterir. Gereği gibi ifa edilmeme, borcun ifa edilmediği definin uygulanması şartlarından biri olduğundan, teslim almaktan değil, bedel ödeme borcunun ifasından kaçınma defiye dayanır. Ancak bu görüşlerin teslim almaktan kaçınmanın dayanağı bakımından ileri sürüldüğü ve teorik seviye kaldığı, pratikte bu görüşlerin, genel olarak, alıcının ayıplı satılanın teslimini kabul etmek zorunda olmadığı sonucunda birleştiği söylenebilir.

[647] Zilyetliğin devri sırasında, definin ileri sürülebilirliği bakımından genel hükümlerin, ayıptan doğan hükümlerle yarışıp yarışmadığı hususunun pratik öneminin olmadığını belirten görüşleri bu şekilde anlamak gerekir. Bu görüşler için bkz. **Keller/ Siehr**, s. 105; **Simmen**, s. 85;

[648] Bu halde de onarımın gerçekleşmesinden sonra, parça borcunun konusunun değişip değişmediği ihtimali üzerinde de durmak gerekebilir. Zira onarıma rağmen satılanın kendisinden beklenen fonksiyonları yerine getirebilir olmasına rağmen, sözleşmede borcun konusundan başka bir şey olarak ortaya çıkabilir. Hakkın kötüye kullanılması sınırları çerçevesinde, onarımdan sonra satılan dışında bir başka şeyin teslimi günme gelir ve alıcını bu ifa teklifini kabul etmek zorunda değildir. Bu halde de ayıp giderilemez bir ayıp niteliğine bürünür.
Bunun dışında bazı parça borçları bakımından onarım mümkün olmayabilir. Örneğin, giderilemez bir hasar gören Van Gogh tablosu. Bkz. **Giger**, vor Art. 197-210, N. 39.

[649] OR'de onarım hakkı, alıcının satış sözleşmesinde ayıptan doğan hakları arasında sayılmamasına rağmen, taraflarca onarım hakkının varlığının kararlaştırılabileceği, tartışmalı olmakla birlikte bu tartışmaya ilişkin ve eser sözleşmesine ilişkin düzenlemede(Art 368 II) tanınan onarım hakkının satış sözleşmesine kıyasen uygulanamayacağı, çünkü satıcının ve yüklenicinin yükümlülüklerinin farklı olduğu, genel bir onarım hakkının kabulünün satış sözleşmelerinde amaca uygun olmayacağı, eser sözleşmesinde onarımı gerçekleştirecek tarafın aynı olduğu ancak satış sözleşmesinde satıcının onarımı gerçekleştirebilecek nielikte olmadığının satış sözleşmesinin doğasından anlaşılacağı yönünde bkz. **Schluep**, s.11-12.

edilmediği defi ileri sürmek suretiyle bedeli ödemekten kaçınabileceğini kabul etmek gerekir[650].

Şayet alıcı, zilyetliğin devri sırasında ayıbın varlığını tespit etmiş ve bunu bildirmiş ise (külfeti yerine getirmiş) haklarını saklı tutarak satılanın zilyetliğini devralabilir. Bu durumda külfetler yerine getirildiğinden ayıptan doğan sorumluluğun uygulanabileceği açıktır. Ancak bu ihtimalde, alıcının haklarını saklı tutarak devralması durumunda açıkça hangi hakkı seçtiğini bildirmeksizin hangi hakkı seçeceği hususunda bir değerlendirme yapılması gerekebilir. Ayıbın giderilemez olduğu durumda alıcının bu durumda sözleşmeden dönme hakkını kullanmak istemediği, alıcının bedelden indirim hakkını kullandığı şeklinde yorumlanabilir. İndirilecek kısmın ifasından kaçınma, geçici değil, sürekli bir kaçınma olduğundan, bu kaçınma defiye dayanmaz. Ayıp giderilebilir olmasına rağmen haklarını saklı tutarak devralması durumunda ise, aynen ifa veya onun yerine geçen bir talep mevcut olduğu sürece borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebilir.

Zilyetliğin devralınmasından sonra da, ayıbın giderilebilir olup olmamasına göre değerlendirme yapılarak definin ileri sürülebileceği genel itibariyle söylenebilir. Ancak bundan önce ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin genel hükümlerle yarışıp yarışmadığı ve ayıptan doğan sorumluluk şartlarının definin ileri sürülmesi için de aranıp aranmayacağı sorusunun cevaplanması gerekir.

---

[650] Sonuç itibariyle aynı yönde bkz. **ZürcherK/ Schönle/ Higi**, Art. 197, N. 352 vd.
Alman Hukuku'nda satıcı BGB §433 I 2'e göre ayıpsız bir mal teslimi ile yükümlü olduğundan, alıcı parça borcu veya çeşit borcu konusu ayıplı satılanın zilyetliğinin devrini, ifa borca uygun olmadığından ayıp giderilebilir olduğu ölçüde reddedebilir ve borcun ifa edilmediği define dayanarak satış bedelinin ödenmesinden kaçınabilir. Bu nedenle oybirliğiyle kabul edildiği üzere, modernizasyon sonrası hasarın geçişinden önce, kural olarak, defi ile, alıcı, ifa teklif edilmediğinde veya ayıplı bir ifa teklif edildiğinde ve bunu haklı olarak reddettiğinde, karşı edimin ifasından kaçınabilecektir. Bkz. **Soergel/ Gsell,** §320, N.57; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N.71; aynı yönde bkz. **Schwarze**, §14 N.5; **MünchenerK/ Emmerich,** §320, N.4; **Fichtner**, s. 46; **Lorenz/ Riehm,** N. 500 vd, N. 567; Detlev Joost**, " Die Mängeleinrede im Kaufrecht", Festschrift für Claus-Wilhelm Canariz zum 70. Geburstag, I. Bd, München, 2007,** s. 519; Claus-Wilhelm Canaris, " **Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf"**, JZ, 2003, s. 831 vd.; Lothar Haas/ Dieter Medicus/ Walter Rolland/ Carsten Schäfer / Holger Wendtland, **Das neue Schuldrecht**, München, 2002, s. 226; Arnold Lehmann-Richter, "**Die Anwendbarkeit von § 320 Abs. 1 S. 1 BGB im Kaufrecht bei vereinbartem Ausschluss der Mängelrechte des Käufers"**, Jura, 2002/9, s. 585.

(b). Hasarın Geçişinden Sonra Definin İleri Sürülebilirliği

Satılanın zilyetliğinin devredilmesinden sonra borcun ifa edilmediği definin ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinden bağımsız şekilde ele alınıp alınmayacağı sorusu Türk ve İsviçre doktrininde sorulmuş, bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde bu soru, ayıptan doğan sorumluluk ile genel hükümlerin yarışması sorunu kapsamı altında ele alınmış ayrıca ayıptan doğan hakların kullanılması sınırlarının borcun ifa edilmediği defi için de geçerli olup olmadığı tartışılmıştır.

Simmen'e [651] göre, bu soruya olumlu cevap verilirse (definin ayıptan doğan sorumluluktan bağımsız şekilde ele alınması gerektiği ileri sürülürse), bu durumda alıcı, satılanın ayıbının, ayıptan doğan sorumluluğu gerektirecek, TBK m.210 vd'da(OR Art. 197 vd) belirtilen yoğunlukta olmasa da[652] veya dönme hakkı OR 205 II'e dayanılarak hakim tarafından reddedilse veya açık bir bedelden indirim hakkı tanınsa da, borcun ifa edilmediği define dayanabilecektir.

Yine bu görüşe göre[653], sistematik teleolojik görünüm şöyle bir değerlendirme yapılmasını haklılaştırır: OR Art. 197 vd. (TBK m. 219 vd.) hükümler alıcıyı genel

---

[651] **Simmen,** s.84; ayrıca bkz. **Giger**, vor Art. 197-210 , N. 40;

[652] Kanaatimizce *Simmen*'nin " ayıbın, ayıptan doğan sorumluluğu gerektirecek yoğunlukta olmaması" ifadesinden, kullanımını veya ondan yararlanmayı önemli ölçüde ortadan kaldırmayan veya azaltmayan nitelikte ancak gereği gibi ifa edilmediğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyecek nitelikte olması anlaşılabilir. Bu ihtimalde ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulanmayacaktır ve genel hükümlerin uygulanması gündeme gelecektir. Burada zaten bir yarışma sorunu açıkça yoktur.

[653] **Simmen,** s. 86-87; **Giger**, vor Art. 197-210, N. 26 vd**; Keller/ Siehr**, s. 105 vd.; *Giger*'e göre, *Schubiger*'in (genel hükümlerin uygulanması bakımından ihbar ve muayene külfeti aranmaz ise hukuk ve işlem güvenliğinin tehlikeye gireceği yönünde bkz. Alfred Schubiger, **Verhältnis der Sachgewährlesitung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, OR 197 ff – OR 97 ff**, Bern, 1957, s.109) belirttiğinin aksine bu durumda işlem ve hukuk güvenliği tehlikeye girmez, bilakis hukuk ve işlem güvenliğine hizmet edilmiş olur. Bu husus sistematik teleolojik yoruma dayanır. Aksi değerlendirme lafzı değerlendirmelerle de desteklenemez. OR Art. 201 (TBK m. 223) , ilk bakışta ihbar ve muayene külfetine geçerlilik kazandırmış görünmektedir. Bu surette Art. 201 II (TBK m. 223 II) ise kategorik olarak alıcının bu külfeti yerine getirmediği durumda satılanın onaylanmış olarak değerlendirileceği ifadesi, gereği gibi ifa edilmeme nedeniyle davanın gözönüne alınmamasını gerektirir görünmektedir. Ayıptan doğan sorumluluk hükümleri arasında sistematik olarak entegre edilmiş olan OR Art. 201 (TBK m. 223) sadece lafzen değerlendirilemez. **Giger**, vor zu Art. 197-210; N. 23 vd, N. 27-31.; aynı yönde bkz. **Keller/Siehr**, s.72, s. 105 vd. ; Alman Hukuku bakımından modernizasyon öncesi aynı yönde bkz. **Brox**, 76 vd.;
İsviçre Hukuku'nda kanun sistematiği içerisinde satış sözleşmelerinde ayıptan doğan haklar arasında onarım hakkı düzenlenmediğinden (technologischer Fatalismus) ayıptan doğan haklar yanında genel hükümlerden doğan (ifa edilmemenin sonuçları) hakların tanınması gerektiği, satıcının genel ifa edilmemeye göre sorumluluktan kurtulmasının mümkün olmadığı durumda, alıcının defi ileri sürebileceği, definin geçici karakterinin bu duruma engel olmaması gerektiği yönünde bkz. **Schluep**, s. 82, s. 97 vd 97 dn.41.

hükümlere kıyasen güçlü bir pozisyona sokar. Bu nedenle ayıptan doğan haklar ve hukuki kurumlar, hiç veya gereği gibi ifa edilmemeye ilişkin genel sonuçlardan yararlanma bakımından daha ağır şartlara bağlanmıştır. Zira ayıp, hükümde belirtilen yoğunlukta olmalı ve yine devam eden hükümlerde belirtilen şekil şartları ifa edilmelidir. Tabi olarak alıcı özel hükümlerin genel hükümlere nazaran daha güçlü sonuçlarından yararlanıp yararlanmama imkanını seçme hususunda serbest olduğu kabul edilir[654]. Ancak özel hükümlerin şartları oluşmadığı, genel hükümlerin uygulama şartlarının mevcut olduğu durumda alıcı genel hükümlere başvurabilir. Genel hükümler (OR Art.82 ve OR Art. 97 vd.) ile ayıptan doğan sorumluluk arasında altenatif yarışmanın varlığı (bu sonuç) kanunkoyucunun kanun koyarken yaptığı bilinçli tercihe değil, sistematik teleolojik unsurlara dayanan kanun yorumuna dayanır[655]. Bu nedenle, alıcı, ayıplı bir mal tesliminde, ayıptan doğan sorumluluk şartlarından bağımsız olarak satış bedelini ödemekten kaçınabilir.

İkinci görüşe[656] göre, ayıptan doğan sorumluluk hükümleri genel hükme göre özel hüküm niteliğinde olduğundan, artık genel ifa edilmemeye dayanılamaz. Ancak bu değerlendirmenin definin ileri sürülemeyeceği sonucuna yol açabilmesi için ön şart, alıcının aynen ifa yerine geçen bir talebinin olmamasıdır. Zira aynen ifa yerine geçen talep yoksa artık aynı anda ifanın gerçekleştirilmesi sözkonusu olmaz.

---

654 Örneğin, alıcı, sözleşmeden sıyrılmak istediğinde genel hükümlerden herhangi bir yarar sağlamaz. Ayıptan doğan haklar ona daha fazla imkan sunar. Bkz. **Cavin**, §14 I 2.

655 Kanunkoyucu redaksiyon sırasında hükmün bu şekilde formüle edilmesiyle ortaya çıkacak sorunların görünür şekilde bilincinde değildi. Ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uzman komisyonunda üzerinde durulmaksızın kabul edilmesi bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Alıcının gözden geçirme ve bildirim külfeti temellerini eski Alman Hukuku'nda bulur. Ancak Alman Medeni Kanunu'nda eski hukukta kabul edilen bu husus yer bulamamıştır. Yürürlükte olmayan Borçlar Kanunu'nun 246. maddesine ilişkin kanuni materyaller, OR Art. 201'i karşılayan, ayıp ihbar külfeti konusunda yeterli bilgi vermemektedir. Bu sebeple, kanunkoyucunun bilinçli ve iradi bir tercihte bulunarak ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine ilişkin ihbar külfetinin genel geçerliliğini ayıptan doğan sorumluluk alanının dışına taşacak şekilde uygulanmasını amaçlamadığı söylenebilir. Aynı husus, ayıptan doğan sorumluluk ile ilgili zamanaşımı hükümleri(OR Art. 210, Art. 219) bakımından da geçerlidir: **Giger**, vor zu Art. 197-210; N. 23 vd, N. 27-31.; aynı yönde bkz. **Keller/ Siehr**, s.72, s. 105 vd.; Alman Hukuku bakımından modernizasyon öncesi aynı yönde bkz. **Brox**, 76 vd

656 **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82 N. 144; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 177 vd.; **ZürcherK/ Schönle/Higi,** Art. 197, N.3 vd.; Alfred Koller, **Schweizersiches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Die einzelnen Verhältnisse Art. 184-318 OR**, Bern, 2012, §3 N.61 vd.; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 830, s. 830 dn. 12; **Yücedağ**, s. 270.

Üçüncü[657] görüşe göre, ayıptan doğan sorumluluk hükümleri ile genel hükümler yarışır ancak ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin şekil şartları(gözden geçirme ve bildirim) yerine getirilmediği durumda artık genel hükümlere dayanılamayacaktır.

Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi[658], genel olarak, alıcının gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmesi şartıyla hem genel hükümlere hem de özel

---

[657] Petra Ginter, **Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 97 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR**, Zürich, 2005, s. 95 vd.; Eugen Bucher, **Obligationenrecht, Besonderer Teil,** Zürich, 1998, s.107; Rolf Furrer, **Beitrag zur Lehre der Gewährlesitung im Vertragsrecht**, Zürich, 1973, s. 35; **Schubiger**, s. 108; **Kaniti**, s. 119 - 120; **BaslerK/ Honsell**, vor Art. 197, N. 6; Genel hükümlerde yer alan ifa hükümleri ve borcun ifa edilmediği define başvurmak için süresi içinde satılan şeyin muayene edilmesi ve bulunan ayıpların ihbar edilmesi bir ön şarttır. Çünkü TBK m.223 I ve II (yBK m.198 I/II) gereğince, satılan gözden geçirme ve bildirim külfeti yerine getirilmemiş ise, -zamanaşımı süresi içinde gizli ayıplar ortaya çıktığında bu ayıplar bakımından derhal bildirme külfeti- satılan şey kabul edilmiş sayılır. Hükmün belirttiği "kabul" ifadesi edimin "ifa olarak kabul"ünü ve gereği gibi ifa etmemenin sonuçlarından vazgeçmeyi hedef tutmaktadır. Bu "kabul" ifadesini sadece özel hükümler nezdinde düşünmemek gerekir. Bir an için aksi görüş kabul edildiğinde işlerde güveni sağlamak için kısa süreler düzenlenmiş ayıptan doğan sorumluluk hükümleriyle güdülen amaca aykırı davranılmış olur. Bkz. **Kaniti**, s. 119-120; aynı yönde bkz. **Schubiger**, s. 35-36, 110-111; **Ginter,** s. 93, **Furrer**, s. 35.

[658] **BGE 133 III 335; BGE 107 II 161 E 7;** krş. Genel hükümlere başvurulabilme konusunda seçimlik hakkın olduğu ancak irade sakatlığı halindeki iptal hakkının kullanılmasının ayıptan doğan sorumluluktaki özel şartlara bağlı olmadığı yönünde bkz. **BGE 107 II 419 E 1; 108 II 102 E 2;** İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarında belirttiği, alıcının bir an önce ayıbı ihbar etmesinde satıcının da yararının olacağı, zira bu surette satıcının sorumluluğu bakımından zararın ve illiyet bağına ilişkin hususlarda delillerin karartılması tehlikesinin önüne geçileceğini belirtir. Aynı yönde bkz. **Schubiger**, s.109; Ancak *Giger*, bu değerlendirmeye zararın tazmini talebini yöneltecek olan alıcının bu hususlar bakımından ispat külfetini taşıyacağı ve bu yüzden delilerin karartılması tehlikesinin satıcı bakımından değil, bilakis alıcı bakımından sözkonusu olabileceğini ileri sürerek karşı çıkar: **Giger**, vor zu Art. 197-210, N. 29.
Ayıptan doğan sorumluluğun varlığı halinde definin ileri sürülebileceğini kabul eden Yargıtay kararı için bkz. Y. 19. HD. 1735/ 13471 T. 22. 10. 2015 (**Kazancı**): *"...Mahkemece, yapılan yargılamada toplanan delillere ve bilirkişi roporuna göre, sözleşme konusu malın üretimden kaynaklanan gizli ayıplı olduğu, ayıp ihbarı ispatlanamasa da ayıbın türünün Türk Borçlar Kanununa göre satıcının bilmesi gereken ayıplardan olduğu, bu sebeple ayıp ihbarının süresinde yapılmadığı savunmasına dayanılamayacağı, davalının ödemezlik definde bulunmakta haklı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir... kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA...";* Y. 19. HD. 19491/ 7573 T. 21. 5. 2015 (**Kazancı**): *"...Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, davacının davalıya mal tedarik edip karşılığında komisyon almakta olduğunu, proforma faturası ibraz edilen ve davacı tarafça temin edilen malın taklit çıktığı, malın bedelinin de davalı tarafça ödendiği, ancak sözkonusu malın mahrecine iade edildiği, sözkonusu malların yerine ayıptan ari mal verilmediği...sürece davalının davacıya ödemezlik def'inde bulunabileceği gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir...hükmün ONANMASINA..."*
Y. 11. HD. 8099/ 2779 T. 13. 4. 1999 (**Kazancı**): *"...Davalı vekili cevabında, müvekkilinin GATA.nın açtığı bilgisayar ihalesini kazandığını ve bu ihale için gerekli olan istatistiksel program paketini davacıdan satın aldığını, satış bedelinin ihale makamının kesin kabulünden sonra ödenmesinin kararlaştırıldığını, ancak program işletmeye alındığında çalışmadığından ihale mekanınca da kabul edilmediğini, satılan programın ayıplı olduğunu, bu programın ihbara rağmen ayıpsız olanıyla değiştirilmesinden dolayı BK.nun 81. maddesince öngörülen ödemezlik defi hakkı doğduğunu savunarak davanın reddini istemiştir... davalı tarafından gönderilen 12.3.1993 tarihli ihtarnameyle bu konudaki ayıbın giderilmesi veya ayıpsız misli ile değiştirilmesi istendiği halde*

hükümlere başvurabileceğini kabul etmiştir. Mahkeme'nin tespiti bu hususta üçüncü görüşle paralellik arz etmektedir.

Kanaatimizce, ilk görüş isabetlidir. Borcun ifa edilmediği definin şartları mevcut olduğu sürece definin ileri sürülebileceği açıktır. Bunun sonucu olarak, alıcı gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmese dahi, kural olarak, genel hükümlere göre defi ileri sürerek bedel ödeme borcunun ifasından kaçınabilecektir. Bu halde TBK m. 223 II'de yer alan "kabul etmiş sayılır" ifadesi sadece ayıptan doğan hakların kullanılmasını engellemeye yöneliktir. Ancak görüşlerin öncelikle definin ileri sürülebilirliğini yarışma sorununun çözümüne bağlaması isabetli değildir. Zira ayıptan doğan sorumluluk hükümleri arasında borcun ifa edilmediği defini özellikle belirten bir hükme yer verilmemiştir, buna gerek de yoktur. Özel hükümlerde aksine düzenleme olmadıkça, genel hükümlerin özel hükümlerle yarışır şekilde uygulanması değil, doğrudan özel hükümlerle birlikte uygulanması gerekir. Bu nedenle definin şartları mevcut olduğu sürece, ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler, kural olarak, definin ileri sürülmesini engellemez.

Bu nedenle ister genel hükümlere isterse ayıptan doğan sorumluluğu düzenleyen özel hükümlere dayanılsın, definin ileri sürülebilirliği ayıbın giderilebilir olup olmamasına göre değerlendirilmelidir. Sonuç olarak zilyetliğin devralınmasından sonra definin ileri sürülebilirliği, definin zilyetliğin devri sırasında ileri sürülebilirliği bakımından kabul ettiğimiz değerlendirmeye tabidir.

b. Bağışlama Sözleşmesinde

Bağışlama sözleşmesi bakımından borcun ifa edilmediği definin uygulanabilirliği bağışlama sözleşmesinin iki alt türü bakımından incelenmelidir. Bunlardan birisi yüklemeli bağışlama diğeri ise karma bağışlamadır.

Daha önce belirttiğimiz üzere[659], yüklemeli bağışlamada, tarafların bağışlanana karşılıksız kazandırmada bulunma amacı nedeniyle, yükleme ile bağışlama arasında synallagmatik bağlılık olmadığı söylenebilir[660]. Bu nedenle, kural olarak, borcun ifa

satış bedelinin ödenmesinden sonra yeni şifrenin verilebileceğinin bildirildiği, satıcının edimini yerine getirmeden satış bedelini istemesinin iyiniyet kurallarına aykırı olduğu, davacının satıcılık sıfatından doğan edimini sözleşmeye ve BK.nun 21. madde hükmüne uygun olarak yerine getirmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir… kararın ONANMASINA…".

[659] Ayrıca bkz. yukarıda §2 II C 4.

[660] Bu hususta bağışlama borçlusunun önce ifa ile yükümlü olduğu da söylenemez (aksi yöndeki görüş için bkz. **Oesterle**, s. 148) . Zira yükleme bir borç niteliğinde olmadığından sözleşmede sadece tek

edilmediği definin en azından doğrudan uygulanabilirliği mümkün görünmemektedir[661]. Bu durum tek başına yüklemenin değerinin bağışlama konusunun değerine denk veya ondan fazla olması durumunda da geçerlidir[662].

Yüklemenin bağışlama borcunun ifasından önce, aynı anda veya sonra yerine getirilebileceği kararlaştırılabilir. Bu kapsamda yükleme, bağışlama borcunun ifasıyla aynı anda yerine getirilmeye elverişli olduğu ölçüde, definin kıyasen uygulanabilirliğinden bahsedilebilir. Özellikle yükleme bağış konusundan yerine getirilmeyecekse ve taraf iradelerinden, yüklemenin bağışlama borcu ile mübadele ilişkisi içerisinde yer almadığı anlaşılsa dahi defi kıyasen uygulanabilir[663].

Yüklemeli bağışlamada bağışlanana kaçınma hakkı tanıyan TBK m. 291'in borcun ifa edilmediği defi ile olan ilişkisini de belirlemek gerekir. TBK m. 291'e göre, bağışlama konusunun değeri, yüklemenin yerine getirilmesi masraflarını karşılamaz ve aşan kısım kendisine ödenmezse bağışlanan yüklemeyi yerine getirmekten kaçınabilir. Bu kapsamda bağışlayanın yüklemenin yerine getirilmesi için gerekli olan masrafları karşılaması da tarafların iradelerinden, bu masrafların sözleşmenin kurulması sırasında fark edilmediğinin anlaşıldığı sürece, bağışlama borcunun kapsamında yer alır. Fark edilmesine rağmen yapılmış ise bu ihtimalde taraf iradelerinin karşılıksız kazandırmaya yönelik olmadığı söylenebilir ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin varlığından bahsedilir. Bu sebeple TBK m. 291 IV'deki kaçınma hakkı, TBK m. 291 IV tarafların masrafın aşılacağını öngörmediği veya

bir borç olduğundan ifa sırası gündeme gelmez. Bu nedenle önce ifa yükümlülüğü değil, bağışlama borcu ile yükleme arasında kondisyonel bir bağlılığın varlığından bahsedilir. Ayrıca bkz. yukarıda §2 II B 1 dn. 289.

661 **Soergel/ Gsell,** vor §320, N. 20.

662 Taraf iradelerini gözönüne almaksızın yüklemenin değeri ile bağışlamanın değerinin denk olması halinde definin uygulanabileceğini belirten isabetsiz görüş için bkz. **Wiget**, s. 35; bu halde kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. **Kostkiewicz**, Art. 82, N. 8.

663 Bunun yanında taraf iradelerinden anlaşılacağı üzere, yüklemenin yerine getirilmesi ve bağışlama borcunun ifasında menfaat süreye yayılıyorsa bu halde sürekli borç ilişkilerinde kabul edildiği ölçüde definin kıyasen uygulanabilirliğinden bahsedilebilir. Örneğin, bağışlayanın derneğe her ay nakdi veya ayni bağışlama yapacağı, derneğin ise her ay 1 öğrencinin eğitim masraflarını üstlendiği durumda, bağıştan bağımsız olarak dernek ikinci ay eğitim masrafını üstlenmiş ise, ancak ikinci aya ait bağışlama borcu ifa edilmemiş ise, dernek üçüncü ay için yüklemenin yerine getirilmesinden kaçınabilir. Koleksiyoncunun elinde bulunan değerli eşyaların kısım kısım her yıl sergilenmek üzere derneğe bağışlanması durumunda yükleme yerine getirilmemiş ise, sözleşme ile bağlı kalmak isteyen bağışlayanın bir sonraki döneme ait bağışlama borcunun ifasından defi vasıtasıyla kaçınabileceği söylenebilir. Bağışlayan sözleşme ile bağlı kalmak istemiyorsa TBK m. 295 gereği, bağışlama sözünü geri alabilir veya yaptığı bağışlama konusunun geri verilmesini isteyebilir. Ayrıca sürekli borç ilişkilerinde definin uygulanabilirliği için bkz. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §3 III C.

öngörülenin kapsamı dışında kaldığı masrafların ortaya çıkması durumda uygulanabilecek bir hüküm olduğundan borcun ifa edilmediği defi niteliğinde olmadığı söylenebilir[664].

TBK m. 291 IV'de yer alan kaçınma hakkı masrafların ödenmesine kadar kaçınılabileceği ifadesinden anlaşılacağı üzere, geçici nitelikte ve sadece eksik kalan kısım kapsamında[665] kaçınma imkanı veren bir defidir. Hatta bağışlama konusunun ayıplı olduğu veya bağışlayanın önceden ödeme kabiliyetinin olmadığı tespit edildiği durumda dahi bu kaçınma hakkı kullanılabilecektir[666]. Kaçınma hakkının bu özelliği nedeniyle, kaçınma hakkının içeriğinin, niteliğinin ve sonuçlarının, borcun ifa edilmediği defi veya borçlunun ifada aczi defi gözönüne alınarak doldurulabileceği söylenebilir.

Karma bağışlamada borcun ifa edilmediği definin uygulanması bakımından, karma bağışlamaya ilişkin borç ilişkisi bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Edim ile karşı edim arasındaki objektif değer farkı olsa dahi, borç ilişkisi bütün olarak değerlendirilmesi neticesinde karşı edimin tamamı ifa edilene kadar edimin tamamından kaçınılabilecektir. Aksi takdirde karma bağışlama sözleşmelerinde iki farklı hukuki işlemden (satış ve bağışlama) yola çıkılması ve definin, karşı edimin karşılığı olan kısım bakımından uygulanacağı ileri sürülür ki, bu husus taraf iradelerine uygun düşmez[667]. Örneğin, satış bedeli, satılanın değerinden oldukça yüksek gösterildiği karma bağışlamada, satılanın değerine denk gelen kısım bakımından bedel ödeme borcunun ifasından kaçınılabileceği diğer kısım bakımından kaçınılamayacağının ileri sürülmesi taraf iradeleriyle uyumlu değildir. Aynı husus satış bedelinin düşük satılanın değerinin yüksek olduğu karma bağışlamalar için de geçerlidir. Taraflar her ne kadar bu borç ilişkisiyle farklı amaçlar gütmüş olsa dahi, işlemi bir bütün olarak gerçekleştirmiş ve böylece borç ilişkisinin bir bütün olarak icra edilmesi yönündeki taraf iradelerini ortaya koymuşlardır. Ayrıca bölünmesine imkan bulunmayan borçlarda da edimlerin bir bütün olarak değerlendirilmesinin gerekliliği gözönüne alınmalıdır[668].

---

[664] Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Oesterle**, s. 148.
[665] **Huguenin**, N. 2852.
[666] **Tandoğan**, C. I/1, s. 367.
[667] **Kast**, s. 29-30.
[668] **Kast**, s. 30.

c. Kira Sözleşmesinde

i. Genel Olarak

Kira sözleşmesinde, kiracı ile kiraya veren birbiriyle mübadele ilişkisi içerisinde bulunan asli borçlar altına girerler. Bu kapsamda kiracı bedel ödeme borcu altında iken, kiraya veren kiralananın teslimi ve kiralananı kiracının kullanımına elverişli şekilde bulundurma borcu altındadır. Kira sözleşmesinde, kural olarak, kiracının bdel ödeme borcu ile kiraya verenin kiralananı teslimi ve kullanıma elverişli şekilde bulundurma borcu mübadele ilişkisi içerisindedir. Öncelikle bu borçlar bakımından definin uygulanıp uygulanmayacağının belirlenmesi gerekir.

Bilindiği üzere, kiracının bedel ödeme borcu, ani edimli bir borç olmakla birlikte tarafların anlaşmasına göre, dönem dönem veya bir defada ifa edilebilir. Bir defada ödenen kira bedeli borcu ile kiraya verenin kiralananın teslimi borcu aynı anda ifaya elverişli iken, bedel ödeme borcunun kiraya verenin kullanıma elverişli şekilde bulundurma borcu ile aynı anda ifa edilebilirliğine şüphe ile yaklaşmak gerekir[669]. Zira ister kiralanın teslimi anında ödenecek olsun, isterse kira sözleşmesi süresi sonunda ödenecek olsun, edimlerin niteliği gereği, kira bedeli borcu ile kullanıma elverişli şekilde bulundurma borcu, biri diğerine karşı önce ifa edilmesi gereken bir borç olarak ortaya çıkar. Aynı durum dönem dönem ödenecek kira bedeli ödeme borcu bakımından da geçerlidir.

Kira bedelini ödeme borcunun ifa zamanını belirleyen TBK m. 314 I'e göre, kiracı, aksine sözleşme veya yerel adet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür. Hüküm, aksi belirlenmediği sürece, kiralananın teslimi borcunu, ister dönem dönem ister bir defada ödenecek olsun kira bedeli ödeme borcuna karşı önce ifa edilmesi gereken bir borç olarak düzenlemiştir.

Bu hususta yola çıkan bir görüşe[670] göre, kira sözleşmesinde aynı anda ifa kuralı uygulanmamaktadır. Kira bedelinin peşin ödeneceği kararlaştırılmış olsa dahi,

---

[669] **Kast**, s. 160-161.

[670] Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/2, 4. Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat, 2008, s. 110 -111, 165; Murat Doğan, **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi**, Adalet, Ankara, 2011, s. 286; Mustafa Alper Gümüş, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi**, 2. Bası, Vedat, İstanbul, 2012, s. 185.

önce kiraya verenin teslim borcunu ifa etmesi gerekecektir. Teslim borcunun ifasıyla kiracının kira bedelini ödeme borcu muaccel olacak, teslimden önce kiracının temerrüde düşmesi de mümkün olmayacaktır.

Aksi yöndeki görüşe göre[671] ise, TBK m. 314 bir önce ifa yükümlülüğü düzenlemektedir ancak bu yükümlülük aksi kararlaştırılamayan bir önce ifa yükümlülüğü değildir. Kira bedelinin peşin ödeneceği kararlaştırılmış ve henüz kiralanan teslim edilmemiş ise borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebilir. Ancak kiraya verenin teslim borcunu ifa ettikten sonra borcun ifa edilmediği defi ileri sürmesi, kiralananın kullanımına engel olması veya kiralananı geri istemesi mümkün değildir.

Kanaatimizce ilk görüşün, hükmün aksine düzenleme imkanı tanımasına rağmen, her durumda (özellikle teslim borcu bakımından) kiraya verenin, aksi öngörülemeyen daimi önce ifa yükümlülüğünün mevcut olduğunu belirtmesi isabetli değildir. Zira aksine düzenleme yapılarak, kullanıma elverişli şekilde bulundurma borcuna karşı kiracının önce ifa yükümlüsü olması sağlanabilir veya teslim borcuna karşı ise bedel ödeme borcunun aynı anda ifası kararlaştırılabilir. Bu sonucun kabulüne TBK m. 315'in kiraya verene tanınan feshi hakkının kullanılabilmesinin kira bedelinin kiralanananın tesliminden sonra muaccel olmasını araması da engel teşkil etmez. Zira kira bedeli ile teslim borcu aynı anda ifa edileceği kararlaştırılmış ise kira bedelini ödeme borcunun ifa edilmemesi durumunda TBK m. 315 uygulanabilir olmasa dahi genel hükümler uygulama alanı bulacaktır[672]. Bu açıdan da borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebileceği söylenebilir. Sonuç itibariyle ikinci görüş bu açıdan isabetlidir.

Bu görüşten, görüşü ileri sürenlerin kiracının teslim talebine karşı, kiraya verenin, borcun ifa edilmediği defi ileri süremeyeceği sonucu çıkarılabilir. Aynı yönde bkz. **İnceoğlu**, s. 257-258.

[671] **İnceoğlu**, s. 257, 257 dn. 1042; **Wiget**, s. 35-36; hüküm ile kiraya verenin aksi kararlaştırılmadıkça, önce ifa yükümlüsü olduğu yönünde bkz. Peter Higi, **Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253-273c OR,** Art. 257c, N. 19; Raniero Addorisio de Feo, "**Fälligkeit und Verjährung im Mietrecht**", MP /2001, s. 174 vd; ayrıca bkz. **Kast**, s. 172-173.

[672] Genel hükümlerin uygulama alanı bulabileceği yönünde bkz. **ZürcherK/ Higi**, Art. 257d, N.23; **SVIT-Kommentar**, Art. 257d, N. 13; **Gümüş**, s. 278; Ancak genel hükümlerdeki temerrüt nedeniyle sözleşmenin feshi imkanının TBK m. 315'in amacına aykırı olacağı genel hükümlerin sadece temerrüt faizi bakımından uygulama alanı bulabileceği, genel hükümlerin uygulanacağını kabul eden görüşlerin kiraya verenin fesih hakkını engellemek bakımından defi ileri sürebileceğini kabul ettiklerini gözardı etmemek gerektiği yönünde bkz. **İnceoğlu**, s. 267 dn. 1085; kanaatimizce genel hükümlerin uygulanabilirliği kabul edildiği ve borcun ifa edilmediği definin şartları oluştuğu sürece defi uygulama alanı bulacaktır.

İkinci görüşün, teslimden sonra definin ileri sürülemeyeceği görüşünü, kiraya verenin teslim borcunu ifa etmesinden sonra, artık kaçınabileceği bir teslim borcu olmadığı şeklinde anlaşılırsa isabetli olduğunu belirtmek gerekir. Ancak kullanıma elverişli şekilde bulundurma borcunu da kapsayacak şekilde definin ileri sürülebilirliği nihai şekilde reddetmemek gerekir. Aksi durumda, özelikle kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğunun sözkonusu olması halinde definin ileri sürülebileceği kabul edildiği ölçüde, ikinci görüşün isabetsizliği ortaya çıkar.

Kira sözleşmesinden doğan kiraya verenin teslim borcu ile bedel ödeme borcu aynı anda ifaya elverişlidir. Bu açıdan, taraflarca, bedelin peşin[673] ödeneceği kararlaştırılmışsa, tarafların iradelerinin kira bedelini ödeme borcu[674] ile teslim borcunun aynı anda ifa edilmesine yöneldiği ve bu borçların ifası talebine karşı borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebileceği söylenebilir[675].

Kira bedelinin mübadele ilişkisi içerisinde yer aldığı, kiraya verenin bir diğer borcu olan kiralananı kiracının kullanımına elverişli şekilde bulundurma borcu ile bedel ödeme borçları, biri diğerine karşı önce ifa edilmesi gereken bir borç olarak ortaya çıkar. Ayrıntılarına daha sonra değineceğimiz üzere[676], daimi önce ifa yükümlülüğü kararlaştırılmış olsa dahi özellikle ifaya olan menfaatin süreye yayıldığı

---

673 Taraf iradelerinden, sözleşmede kullanılan "peşin" ifadesiyle, kiralananın tesliminden önce bedel ödeme borcunun muaccel olacağı anlamı çıkabilir. Taraf iradelerinden böyle bir anlam çıkarılamıyorsa, kural olarak, peşin ödeme kararlaştırılmış ise, teslim borcu ile bedel ödeme borcunun aynı anda ifa edilmesi istendiği sonucuna varılabilir. Satış sözleşmesi bakımından aynı yönde bkz. **Nomer/ Engin**, N. 67.

674 Kira bedelini ödeme borcunun tamamının bu anda ödeneceği kararlaştırılmış ise bu borç, teslim borcu ile aynı anda ifa edilecek bir borç olmakla birlikte, kullanıma elverişli şekilde bulundurma borcuna karşı önce ifa edilmesi gereken bir borç görünümüne sahip olur. Şayet dönem dönem(periyodik) ödeneceği kararlaştırılmış ise, en azından ilk kira bedeli ödeme borcu ile teslim borcunun aynı anda ifa edileceği, kullanıma elverişli şekilde bulundurma borcuna karşı ise önce ifa edilmesi gereken bir borç olarak ortaya çıkar. Herhalde ilgili kira bedeli ödeme borcu ile teslim borcu borcun ifa edilmediği define konu olabilir. Aynı yönde bkz. **Kast**, s. 161.

675 Alman Hukuku'nda BGB §556b'e göre, kiracı kararlaştırılan kira döneminin en geç ilk üç günü içinde kira bedelini ödemekle yükümlüdür. Buna dayanılarak üç günlük süre dolana kadar kiraya verenin teslim borcu bakımından önce ifa yükümlüsü olduğu, bu süre boyunca defi ileri sürerek teslim borcunun ifasından kaçınamayacağı, üç günden sonra defi ileri sürülebileceği yönünde baskın görüş için bkz. **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 73; **Soergel/ Gsell**, 320, N. 23; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 8; **Kast**, s. 157; Werner Hinz, "**Das Zurückbehaltungrecht bei mangelhafter Mietsache**", ZMR 4/2016, s. 255; Hubert Schmidt, "**Fortbestand des Erfüllungsanspruch bei Mangelkenntnis**", NZM/2013, s. 713 vd; aksi yönde görüşe göre, borcun ifa edilmediği defi ile kira sözleşmelerine ilişkin hükümlerin birarada bulunması hem doğmatik hem de pratik anlamda çeşitli problemlere neden olur. Bu problemlerin aşılması, kira sözleşmesine ilişkin hükümlerin özel hüküm niteliğiyle sağlanabilir. Bkz. Dietmar Kubis, **"§320- eine zweifelhafte Waffe in der Hand des mängelgeschädigten Mieters**", MDR 1983/4, s. 285 vd.

676 Ayrıca bkz. aşağıda §3 III C.

durumlarda da defi ileri sürülebilir. Ancak kira sözleşmesinde kiraya verenin defiyi ileri sürmesi, kullanıma elverişli durumda bulundurma borcunun ifasından kaçınması anlamına gelecektir. Bir defa teslim gerçekleştikten sonra kullanıma elverişli durumda bulundurma borcunun ifasından nasıl kaçınılabileceği sorulabilir.

Kira sözleşmesine ilişkin hükümlerin kiracıyı koruyan nitelikte hükümler olduğu gözönüne alındığında, sürekli borç ilişkilerinde defi kabul edilse dahi, kiraya verenin defi imkanının mevcut olmayabileceği durumların varlığından bahsedilebilir[677]. Örneğin konut ve çatılı işyeri kirasında bu borcun ifa edilmesinden kaçınması, kiraya verenin aktif veya pasif davranışla kiralananın kullanımını engellemek şeklinde görülebilir. Kiracıyı koruyucu nedenlerle, kiraya verene, kanunda belirtilen haller dışında geçici de olsa kullanımı engelleme imkanı verilmediğinden, çoğunlukla aktif davranış kiracının zilyetliğine saldırı niteliğinde görülebileceğinden[678], aktif bir davranışla, borcun ifa edilmediği defi ileri sürüldüğü belirtilerek bu borcun ifasından kaçınılmasının kabul edilmemesi gerekir[679]. Ancak pasif davranış ile bu borcun ifasından kaçınılabileceği söylenebilir. Bunun örneklerine ayıptan doğan sorumlulukta

---

677 Alman Hukuku'nda savunulan bir görüşe göre, teslim gerçekleştikten sonra elverişli şekilde bulundurma borcunun ifasından kaçınılması, kaçınılan dönem boyunca kiraya verenin borcunun ifasının imkansızlaşmasına neden olur. Bu bakımdan kaçınma hakkının imkansızlaşmaya neden olduğu durumda, definin ileri sürülebilirliği engellenmelidir. Zira definin konusunu ifası mümkün edimler oluşturur. Ancak imkansızlığın sonuçları bakımından definin uygulanabilir olup olmadığı ayrıca incelenmelidir. **Kast,** s. 165 vd; Siegbert Lammel, "**zur Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei glecihzeitiger Minderungsrecht im Wohnraummietrecht**", Gedächnissschrift für Jürgen Sonnenschein, Berlin, 2003, s. 287-288; Bu görüş Alman Hukuku'nda taraftar bulamamış ve sürekli borç ilişkileri bakımından definin ileri sürülebilirliği kabul edildiği sürece borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Bkz. aşağıda §3 III C.

678 Alman Hukuku'nda uygulama ve doktrin, kiraya verenin, kiracının bedel ödeme borcunu ifa etmemesi nedeniyle kiralanana elektirik, doğalgaz ve su sağlama borçlarının ifasından kaçınmasının mümkün olup olmayacağı ve borcun ifa edilmediği defi niteliğinde olup olmadığı ele alınmıştır. Bu hususta, konut kiraları bakımından, kira sözleşmesi süresi boyunca, elektrik, su veya doğalgazın kesilmesi bakımından borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebilirliği, kural olarak, kabul görmemiştir. Gerekçe olarak, defi ile elektrik, su veya doğalgaz sağlanmasından kaçınmanın kiracının zilyetliğine saldırı niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür. Bu husus ve ayrıntılar için bkz **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 9; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 75; Anayasa'da koruma altına alınan konut dokunulmazlığının ihlal edildiği, defi hakkının kullanılmasıyla karşı tarafa(kiracı) verilen zarar, defi ile elde edilecek menfaattan daha ağır olduğu, bu nedenle definin ileri sürülemeyeceği, işyeri kiraları bakımından bu hususun geçerli olmadığı, farklı bir değerlendirmenin yapılması gerektiği yönünde bkz. Elmar Streyl, "**Das Einstellen der Versorgungsleistungen durch den Vermieter**", WM, 2006/ 5, s. 235.

679 *Kaniti*, borcun ifa edilmediği definin ileri sürülemeyeceğini kabul etmekle birlikte, gerekçe olarak yBK m.81(TBK m.97)'in daha önce yapılmış olan ifa fiillerinin ortadan kaldırılmasına ve verilenin iadesine hizmet etmediğini ileri sürer. Bkz. **Kaniti**, s.75; bu amaçların gerçekleşmesine sözleşmesinin feshi dahi hizmet etmediği gözönüne alındığında, definin ileri sürülemeyeceğini kabul etme bakımından ileri sürülen gerekçe isabetli değildir.

rastlanılabilir. Kiraya verenin, kullanıma elverişli şekilde bulundurma borcunu ifa etmediği, özellikle ayıptan doğan sorumluluk sözkonusu olduğu ihtimalde, kiracının bedel ödeme borcunun ifasından kaçınıp kaçınamayacağı da ayrıca incelenecektir.

ii. Kira Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk

TBK m. 304 vd. da düzenlenen ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler gözönüne alındığında borcun ifa edilmediği definin uygulanıp uygulanmayacağının belirlenmesi gerekir. Kira sözleşmelerindeki ayıp bakımından kiracı, kendisine sözleşme şartlarına uygun olmayan kiralananın zilyetliğinin devri teklif edildiğinde, kiralananın ayıptan ari teslim edilmesine ilişkin talebi sayesinde, kiralananı teslim almaktan ve kira bedelini ödemekten kaçınabilir[680].

Bir görüşe[681] göre kiralanan teslim alındıktan sonra ortaya çıkan ayıplar bakımından artık borcun ifa edilmediği defi ileri sürülemez. Zira kiralananı teslim aldıktan sonra borçluya bu hususta tanınan tek imkan TBK m. 307'e göre bedelden indirim imkanıdır. Kiracıya bu imkanın tanınması tek başına definin ileri sürülmesinin mümkün olmadığını ortaya koymaktadır.

Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Genel olarak, kiralananın zilyetliğinin devrinden sonra, ayıptan doğan haklar, kiracının defiye dayanarak kaçınma hakkını engellemez ve bu haklar kaçınma hakkının yerine geçmez. Çünkü kiracının zilyetliğin devralınmasından sonra da kiraya verene karşı sözleşmeye uygun kullanıma hazır bulundurma talebi varlığını devam ettirir. Aksinden ifade edilirse, kiraya verenin, kira süresi boyunca, kiralananın tesliminden sonra da sözleşmede kararlaştırılan kullanıma elverişli şekilde bulundurma borcu vardır. Kiraya veren kiralananda ortaya çıkan ayıbın giderilmesi yükümlülüğünden kurtulduğu ihtimalde-

---

[680] **Soergel/ Gsell,** §320, N. 63; **Hinz**, s. 255, 259; **SVIT Kommentar**, Art. 258, N. 28; **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1141 ve N. 1141 dn. 369; **von Tuhr/ Escher**, s. 62 dn. 36; ayıbın önemsiz olduğu durumlar bu hususun istisnasını oluşturur. Bkz. **Hinz**, s. 259; **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1141 dn. 369.
Y. 11 HD. 27.09. 2004 13995/8863 (**Kazancı**): *"...Davacıların yaptırdığı tesbit sonrasında yıkım gerçekleşmiş olup, davacılar işyerini sözleşmedeki amaca uygun olarak teslim alamamışlardır. BK.nun 249 vd. madde hükümleri uyarınca, sözleşmede amaçlanan şekilde kullanmaya ve işletmeye elverişli bir durumda kiracıya teslim edilmeyen yer için kiracıdan edimin ifası istenemez…"*.
Yargıtay'ın bu kararında kiracıdan edimin ifası istenemez ifadesi, kiracının borcun ifa edilmediği defi ileri sürebileceği ve edimin ifasından kaçınabileceği şeklinde anlaşıldığı sürece isabetlidir.

[681] **İnceoğlu**, s. 167-168; **ZürcherK/ Higi**, Art. 258, N. 84; Art. 259d, N. 34; **Gümüş**, s. 130; sadece teslim alma sırasında mevcut ayıplar bakımından defi ileri sürülebileceği, teslim aldıktan sonra definin ileri sürülemeyeceği yönünde bkz. **SVIT-Kommentar**, Art. 258, N. 28.

imkansızlık veya sözleşmenin feshi- kiracının karşı edim talebi mevcut olmadığından bedel ödeme borcunun ifasından kaçınma defiye dayanmaz[682].

TBK m. 304, kiralananın önemli ayıplarla teslimi halinde kiracının başvurabileceği imkanları genel itibariyle belirlemiştir. Bu imkanlardan birisi kiracının borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerden yararlanmasıdır. Bu halde borçlu temerrüdü durumunda, şartları mevcut olduğu sürece, borcun ifa edilmediği definin uygulanması gündeme gelecektir. Bu hususta aynen ifa ve gecikme tazminatının ödenmesi talebi ileri sürüldüğü ihtimalde, kiralananın ayıbı giderilene kadar ve ayıpsız şekilde kullanma imkanı sunulana ve gecikmeden dolayı uğranılan zarar tazmin edilene kadar – tazminat alacağı takasa konu olmadığı sürece- borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebileceği söylenebilir. Aynı husus temerrüd hükümlerine dayanılarak aynen ifa yerine zararın tazmini imkanının kullanıldığı ancak mübadele teorisine göre zararın tazmin edildiği ve takas imkanının kullanılmadığı ihtimalde de sözkonusu olur. Ancak ilişki TBK m. 357 II gereği ürüne katılmalı ürün kirası ise, bu ihtimalde kira bedeli olarak kararlaştırılan devşirilen ürünün zilyetliğinin devrinden borcun ifa edilmediği defi ileri sürülerek kaçınılabilir[683]. Belirtilenler ışığı altında zararın tazmini sağlanana kadar kiracı borcununun ifasından kaçınabilir.

TBK m. 304 I ve II kiracıya TBK m. 305 vd. dan yararlanma imkanı da vermektedir. Kiracının, ayıptan doğan sorumluluk nedeniyle doğacak hakların yanında borcun ifa edilmediği defi ileri sürülüp sürülmeyeceği sorusu bu noktada özellik arz etmektedir. TBK m. 305 vd.'da ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin haklar belirtilmiştir. Öncelikle bu haklardan TBK m. 306 II'de yer alan sözleşmenin feshi hakkı ile TBK m. 307'de belirtilen bedelden indirim hakkının kullanılmasıyla indirilen miktar bakımından kira bedelini ödeme borcundan kaçınmanın defiye dayanmadığını belirtmek gerekir[684]. Bu hususta, gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi nedeniyle defi vasıtasıyla bedel ödeme borcunun ifasından kaçınılma imkanı verecek haklar, uygun

[682] **Soergel/ Gsell,** §320, N. 64.

[683] Aynı sonuç, kira bedelinin para olmadığı, para borcu dışında verme ve yapma borcu olduğu ihtimalde de geçerlidir. Bu ihtimalde, karma sözleşmenin veya birleşik sözleşmenin varlığından bahsedilebilir. Kira sözleşmesi, karma sözleşme ve birleşik sözleşmeler için bkz. **İnceoğlu,** s. 19 vd.

[684] Ayrıca bkz. yukarıda §2 V C 2 a.

süre içerisinde ayıbın giderilmesi(onarım) talebi ile imkan varsa kiralananın yenisiyle değiştirilmesi talebidir[685].

TBK m. 306 'da, kiracının kiraya verenden ayıbın uygun süre içerisinde giderilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Genel olarak, kiracı, kiraya verene vereceği uygun süre boyunca bedel ödeme borcunun ifasından defi ileri sürmek suretiyle kaçınabilecektir[686]. Ayıbın önemli ya da önemsiz olup olmaması bu hususta herhangi bir önem arz etmemektedir. Ancak kaçınma konusunu kira bedelinin tamamının mı yoksa ayıbın giderilmesi masraflarıyla orantılı bir kısmının mı oluşturduğu sorusu akla gelmektedir. Bu sorunun cevabı verilmeden önce şu hususu belirlemek gerekir:

TBK m. 307, kiracının kiralananın *kullanımını etkileyen* ayıpların varlığı halinde ayıp giderilene kadar geçen süre için ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını isteyebileceğini düzenlemiştir. Bu hak kiralananın kullanımını etkileyen ayıpların varlığı halinde, ayıbın giderilmesi hakkıyla birlikte kullanılabilir. Diğer deyişle kiracı kullanımı etkileyen ayıp bakımından uygun süre içinde ayıbın giderilmesini talep edebilir ve ayıp giderilene kadar geçen süre için kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını isteyebilir. Bedelden indirimin amacı, kiracının edimi ile kiraya verenin gereği gibi olmayan edimi arasında bir denge kurmak, her iki edimi denk hale getirmektir. Ayıpla orantılı indirim nedeniyle, o miktar bedelin ödenmesinden kaçınma defiye dayanmaz, ancak indirilen kısım dışında kalan miktarın ödenmesi borcunun ifasından, kiracı, borcun ifa edilmediği defi ileri sürerek, verilen süre içerisinde veya ayıp giderilene kadar kaçınılabilmelidir[687].

---

[685] yBK'nın uygulandığı dönemde aynı yönde bkz. **Kaniti**, s. 123.

[686] **MünchenerK/Emmerich**, §320, N. 8; **Kaniti**, s. 123;

[687] Harald Schenkel, "**Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei Mängel der Mietsache in der Praxis**", NZM, 1998, s. 502; **Soergel/ Gsell,** §320, N. 64; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 8; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N.74; **Hinz**, s. 258 vd; **Zoller**, s. 92 vd.; Christian Conrad, " **Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei nach Überlassung auftretenden, behebbaren Mietmängeln**", MDR/2013, s. 1381 vd; Volker Emmerich, **J.von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse §§535-555**, 5. Ab. Berlin, 2014, §536, N.59; aksi yönde görüş için bkz. **Lammel**, s. 291; İsviçre Hukuku'nda taşınmaz kiraları bakımından, OR Art. 259g, kiralanandaki ayıp giderilene kadar, muaccel olacak kira bedelinin tevdi edilebilmesi imkanını öngördüğünden, konusu taşınmaz olmayan kiralar bakımından definin ileri sürülebileceği yönünde görüş için bkz. Theo Guhl/ Alfred Koller/ Anton K. Schnyder/ Jean Nicolas Druey, **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- Wertpapierrechts**, Zürich, 2000, § 44, N. 51

Bu ihtimalde definin iki fonksiyonu vardır. Birincisi, kiracının, kiralananı sözleşmeye uygun durumda bulundurma borcunun ifasına yönelen talebini güvence altına almak, ikincisi ise, kiraya verene mümkün olan en kısa sürede ayıbın giderilmesi hususunda baskı yapmaktır. Bu nedenle bedelden indirim hakkı ile defi birbirinden ayrı amaçlara hizmet eder. Bu nedenle ayıbın giderilmesine kadar geçen süre için bedelden indirim hakkının kullanılması yanında indirim hakkına konu miktar dışında kalan henüz ödenmemiş kira bedeli bakımından borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebileceğinden bahsedilebilir[688]. Ancak bu amacın gerçekleştirilmesi için TBK m.318'e göre kiracının ayıbı gecikmeksizin bildirmesi gerekir. Ayıbı bildirmeden kiracının borcun ifa edilmediği define dayanarak kira bedelini ödemekten kaçınması definin bu amacına uygun değildir.

TBK m. 307 kapsamında bedelden indirim sözkonusu olduğu ihtimalde borcun ifa edilmediği definin konusunu oluşturan kira bedelini ödeme borcunun kapsamının belirlenmesi gerekir. Bu hususta kiralananın ayıbı durumunda, indirimden sonra geriye kalan kısımdan ne kadarlık bir miktar için defi vasıtasıyla kaçınılabileceği sorusu ortaya çıkar. Bu soru ayrıca şu soruların da cevaplanmasını tetikler: Bu miktarın belirlenmesi hususunda genel bir kriter belirlemek mümkün müdür? Önemli ayıplar bakımından kaçınmanın konusunu, bedelin indirilmesi sonrası kalan miktarın tamamı mı yoksa ayıbın giderilmesi masrafları veyahut indirilen bedele göre oransal olarak belirlenecek miktar mı oluşturacaktır[689]?

Definin kiralananın ayıbı durumunda ileri sürülmesi bakımından yöneldiği amaçlar gözönüne alındığında, kaçınma konusu miktar, ayıbın süresi içerisinde giderilmesi konusunda baskı yapma amacını gerçekleştirecek nitelikte uygun bir

---

[688] **Schenkel**, s. 502; **Soergel/ Gsell,** §320, N. 64; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 8; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N.74; **Hinz**, s. 258 vd; **Conrad**, s. 1381 vd.

[689] Alman Hukuku'nda miktar ve zamansal sınırlandırmanın mevcut olması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 8; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N.74; **Hinz**, s. 258 vd, 264;
Miktar bakımından sınır hususunda ise iki görüş vardır. Birinci görüşe göre, kaçınılacak miktar indirilen miktara göre belirlenecektir. Bu kapsamda kaçınılacak miktar indirilen kısmın üç katına kadar olan bir miktar ile sınırlandırılmalıdır (bkz. **Conrad**, s. 1383; **Hinz**, s. 264); ikinci görüşe göre ise, kaçınılacak miktar ayıbın giderilmesi masraflarına göre belirlenecek olmakla, eser sözleşmesine ilişkin BGB §641 III'de kıyasen, ayıbın giderilmesi masraflarının üç katına kadar olan miktarı kapsar (bkz. **Soergel/ Gsell,** §320, N. 64; **Schenkel**, s. 503); Alman Federal Mahkemesi bir kararında kira bedelinden kaçınmanın hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemesi için, kiracının ayıbın giderilmesi masraflarının somut durumun özelliğine göre 3 ile 5 katına kadar olan miktarı kaçınabileceğini belirtmiştir: **BGH XII ZR 167/01(26.03.2003)**

miktar olmalıdır. Genel bir ifade belirtmek bu kapsamda mümkün görünmese de[690], kaçınma hakkının konusunun, en az ayıbın giderilmesi masraflarına denk gelen miktar olması gerektiği söylenebilir[691]. Ancak bu miktarın masrafdan daha fazla olabilmesinin önü kapatılmamalıdır. Herhalde sınır hakkın kötüye kullanılmasıdır. Bu hususu iki ihtimali kapsayan örnekle açıklamak faydalı olacaktır. Örneğin, 10.000 TL kira bedeli ödeme borcu altında olan kiracı, kiralanandaki doğalgaz tesisatının arızalanması durumunda, bir aylık süre vermiş ve bu süre içerisinde ayıbın giderilmesini istemiştir. Kira bedelinden, ayıpla orantılı %25 lik bir indirim yapıldığı ihtimalde bir aylık süre boyunca 7500 TL kira bedeli ödeme borcu vardır. Doğalgaz tesisatı tamir masrafı 1500 TL olarak tespit edilmiştir. Bu halde en azından kiracının kira bedelini ödeme borcunun ifasından bu miktar bakımından kaçınabileceği, bir aylık süre sonunda henüz ayıp giderilmemiş ise, TBK m. 306'a göre, ayıbı gidererek bu miktara denk gelen masrafı kira bedelinden indirebileceği söylenebilir. Bu ihtimalde ayıp giderilene kadar, defi kapsamında 7500 TL'nin tamamından kaçınmanın kabul edilmesi isabetli değildir.

İkinci örnekte ise, kira bedeli ödeme borcunun 1000 TL olduğu, ayıpla orantılı miktarın %25 olduğu durumda, indirilmiş kira bedeli 750 TL dir. Ayıbın giderilmesi masrafı 3000 TL olup, 4 aylık kira bedeline denk gelmektedir. Ancak kiracı bir aylık süre vererek ayıbın giderilmesini talep etmiş ise, o aya ilişkin 750 TL lik kira bedelini ödeme borcunun ifasından kaçınabilecektir. Bu ihtimalde ise o aya ait kira bedelinin tamamından kaçınmak mümkündür. Bir aylık süre sonunda hala giderilmemiş ise, TBK m. 306'a göre, kiracı ayıbı gidererek masrafları kira bedellerinden indirecektir. Bu halde artık kira bedeli ödeme borcu masraf alacağından indirileceğinden defiye gerek kalmayacaktır. Herhalde ayıbın giderilmesi borcu ifa edilirse o aya ait henüz ödenmemiş kira bedeli ödeme borcunun ifasından kaçınılamayacak, süre içerisinde kaçınılan miktar, ayıbın giderilmesiyle kiraya verene ödenecektir[692].

Kiracıya tanınan, süre verme, bu süre içerisinde ayıp giderilmemiş ise ayıbı kiraya veren hesabına giderme ve masrafı kira bedelinden indirme imkanı, bir külfet

---

[690] Aynı yönde Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGH VIII ZR 19/14 (17.06.2015)**

[691] Kaçınılacak miktarın onarım miktarına en azından denk olabileceği, kiraya verene gecikmeksizin ayıbın giderilmesi hususunda baskı yapabilme amacı çerçevesinde bu miktarın arttırılabileceği yönünde bkz. **Guhl/ Koller/ Schnyder/ Druey**, § 44, N. 51.

[692] Kaçınma hakkının bu ihtimalde sona ereceği hususunda aynı yönde bkz. **Guhl/ Koller**, § 44, N. 51

veya yükümlülük değildir. Bu nedenle kiracı dilerse, ayıbı bildirmekle yetinip ayıp kiraya veren tarafından giderilene kadar kira bedeli ödeme borcunun ifasından kaçınabilir. Bu halde kaçınma hakkının kapsamı hem miktar hem de zamansal bakımdan kira bedelinin tamamı olmayıp sınırlandırılması gerekebilir[693]. Bu halde her bir somut olayın özelliği değerlendirilerek ayıbın önemi, ayıp önemli olup olmamasından bağımsız olarak ayıbın giderilmesinin güçlüğü, gerektiğinde kiraya verenin ortaya çıkan ayıpla bağlantılı olarak içinde bulunduğu durum gözönüne alınarak değerlendirme yapılabilir[694]. Bu kapsamda ikinci örnek bakımından, kiracı süre vermediği ancak ayıbın giderilmesini istediği durumda, 3000 TL lik ayıbın giderilmesi masraflarına denk gelen 4 aylık kira bedeli ödeme borcunun ifasından kaçınabilir. Bu süre somut olayın özelliğine göre, kiraya verene baskı yapabilme amacını aşmayacak şekilde arttırılabilir[695]. Her bir somut olayın özelliği gözönüne

---

693 Alman Hukuku'nda miktar ve zamansal sınırlandırmanın mevcut olması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 8; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N.74; **Hinz**, s. 258 vd, 264; **Conrad**, s. 1381 vd.; . **StaudingerK/ Emmerich,** §536, N.61.
Miktar bakımından sınır hususunda, genel olarak, iki görüş vardır. Birinci görüşe göre, kaçınılacak miktar indirilen miktara göre belirlenecektir. Bu kapsamda kaçınılacak miktar indirilen kısmın üç katına kadar olan bir miktar ile sınırlandırılmalıdır (**Conrad**, s. 1383; ayrıca bkz. **Hinz**, s. 264); ikinci görüşe göre ise, kaçınılacak miktar ayıbın giderilmesi masraflarına göre belirlenecek olmakla, eser sözleşmesine ilişkin BGB 641 III'de kıyasen, ayıbın giderilmesi masraflarının üç katına kadar olan miktarı kapsar (**Soergel/ Gsell,** §320, N. 64; **Schenkel**, s. 503); Alman Federal Mahkemesi bir kararında kira bedelinden kaçınmanın hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemesi için, kiracının ayıbın giderilmesi masraflarının somut durumun özelliğine göre 3 ile 5 katına kadar olan miktarı kaçınabileceğini belirtmiştir: **BGH XII ZR 167/01(26.03.2003)**
Kiracının miktar bakımından kabul edilen kapsamı aşan kira borcunu ödemekten kaçınması hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. **StaudingerK/ Emmerich,** §536, N.61, özellikle N. 61.1.; ayıbın bildiriminden sonra muaccel olacak kira bedelini ödeme borcu bakımından kaçınılabileceği yönünde bkz. **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N.74.

694 Aynı yönde Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGH VIII ZR 19/14 (17.06.2015)**

695 Baskı amacını aşacak şekilde kaçınma durumunda, kiracının bedel ödeme borcu bakımından temerrüde düşme tehlikesi vardır. Bkz. **Guhl/ Koller**, § 44, N. 51; **Hinz**, s. 259 vd.
Kanaatimizce aynı tehlike bedelden indirim hakkının kullanıldığı halde de vardır. Zira kiracı bedelden indirim hakkı kapsamında, ayıpla orantılı bir miktarın kapsamını aşan ölçüde, bedel ödeme borcu olmadığına güvenerek, indirilmesi gereken miktardan daha fazlasını ödemeyebilir. Kaldı ki ayıp durumunda definin ileri sürülemeyeceğini belirten Yazarlar (**İnceoğlu**, s. 209; **ZürcherK/ Higi**, 259d, N.14), bedelden indirim hakkı bakımından, ne ölçüde indirim yapılacağı hususunda bir kriter koymanın isabetli olmayacağını, somut olayın şartlarının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedirler.
Bu halde de bedelden indirim hakkını kullanan kiracının borçlu temerrüdüne düşme tehlikesi vardır. Bu nedenle temerrüde düşme tehlikesinin varlığı da tek başına definin uygulanmasını önlemede yeter gerekçe oluşturmaz. Bu nedenle, defiye konu olacak miktarın, en az ayıbın giderilmesi masrafına denk en fazla ise hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyecek bir makas içerisinde bulunması temerrüde düşme tehlikesini önlemelidir. Definin kapsam bakımından hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek ölçüde ileri sürüldüğü ve kira bedelini ödeme borcunun ifasından kaçınıldığı ihtimalde artık olması gerekenden fazla kaçınılan miktar bakımından defi ileri süren kiracının temerrüde düşme tehlikesine gireceği belirtilebilir.

alınarak değerlendirme yapılacaktır. Herhalde ayıp, kiracıdan katlanması beklenecek kadar önemsiz ise ve indirilecek miktar dışında kalan miktarın ödenmesinden kaçınma bu nedenle hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek nitelikte ise, kiracı bedel ödeme borcunun ifasından kaçınamaz.

Tersi durumda ise kiraya veren, muaccel olan ve indirimden sonra geriye kalan veya indirim hakkı tanınmamış ise kira bedelini ödeme borcunun ifasının teklif edilmediği durumda, kiralananda ortaya çıkan ayıbı giderme borcunun ifasından kaçınabilir[696].

Ayıp giderilene kadar kiracının sonradan muaccel olan kira bedelini ödeme borcunun ifasından kaçınabilme imkanı, TBK m. 306 I ve III'e göre kiracının kiralananın bir benzeriyle değiştirilmesini talep edebildiği durumda da vardır. Bu ihtimalde de ayıbın bir benzeriyle değiştirilmesine kadar kiracı kira bedelini ödeme borcunun ifasından kaçınabilecektir. Bu hal dahi tek başına kiralananın ayıplı olduğu durumda, toptan ve kesin bir şekilde borcun ifa edilmediği definin ileri sürülmesinin reddedilemeyeceğini göstermektedir.

d.Eser Sözleşmesinde

i. Genel Olarak

Eser sözleşmesinde, işin bedelini ödeme ile yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcu mübadele ilişkisi içerisinde yer alır. TBK m. 479'a göre, iş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur. Hüküm yüklenicinin önce ifa yükümlülüğünü mü düzenlediği yoksa aynı anda ifayı mı düzenlediği hususunda tereddüt uyandırabilir.

---

[696] Arnold Lehmann-Richter, "**Der Mängelbeseitigungsanspruch des Mieters und Gegenrechte des Vermieters**", NJW, 17/2008, s. 1198; **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N.75; bu talepler aynı kira bölümleri içerisinde bulunmasa dahi durum böyledir: **Zoller**, s.92;
Kiracının ayıptan ari olarak kiralananın kullanımının kendisine bırakılmasını talep hakkı ile kiraya verenin bir sonraki döneme ait kira bedeli borcunun ödenmesini talep hakkı synallagma ilişkisi içerisinde bulunduğundan kiracı defi yoluyla kira bedelinin ödenmesi borcunun ifasından kaçınabilir. Kiracı önce ifa ile yükümlü olduğu durumda da, bölüm bölüm veya kısmen veyahut her bir bölüm bakımından yeniden doğan borçlar bakımından ifa edilecek edimlerin mübadele ilişkisi içerisinde bulunduğunun kabulü, ayıptan doğan haklar bakımından da etkilidir. Bu sonuç uygulamada çoğunlukla karşılaşılan kiracının bedel ödeme borcu bakımından önce ifa yükümlüsü olduğu durumlarda kiracının korunmasına hizmet eder. Bkz. **Zoller**, s. 93-94.

Türk Hukuku'nda azınlıkta kalan ancak İsviçre Hukuk'unda baskın görüş[697], eser sözleşmesinde eserin meydana getirilmesi borcu bakımından yüklenicinin önce

[697] Bu görüşü kabul eden İsviçre Hukuku doktrini için bkz. **Stöckli,** N. 226; **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 142; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 108; **Fichtner**, s.47, 50-51; Theodor Bühler, **Zürcher Kommentar, Der Werkvertrag, Art. 363- 379 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR),** Zürich, 1998, Art. 372, N. 9; Georg Gautschi, **Berner Kommentar, Der Werkvertrag, Art. 363 - 379 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse**, 1967, Art. 372, N. 2-3; Türk Hukuku'nda bu yönde bkz. **Tunçomağ**, s. 1048; **Serozan**, §6 N. 12.
Aynı yönde karar veren İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, işin bedelinin ödenmesi ve eserin(yapının) tam ve ayıpsız teslimi aksi anlaşılmadığı sürece Art. 82 OR'e göre aynı anda ifa edilmesi gerekir. İşin bedelinin ödenmesinden kaçınma, eserin sözleşmeye uygun teslimini elde edilmesi hususunda hukuka uygun bir araçtır. Bu karar için bkz. **BGE 94 II 161;** ayrıca bkz. **BGE 93 II 317.**
Aynı yönde anlaşılabilecek Yargıtay kararı için bkz. Y HGK 23-724/168 T.24.2.2016 (**Kazancı**): "*…aynı husus TBK'nun 97. maddesinde de hükme bağlanmıştır. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmeleri de, her iki tarafa borç yükleyen sözleşme türlerinden olduğundan, ifa sırası yani ilk önce taraflardan hangisinin edimini ifayla yükümlü olacağı sorusu önem taşımaktadır. Bu neviden sözleşmelerde öncelikle bina yapma yükümlülüğü altına giren yüklenici taraf, sözleşmeye uygun olarak edimini yerine getirmeli, daha sonra da arsa malikinden edimini yerine getirmesini talep etmelidir. Bir başka deyişle ise, öncelikle sözleşmeye uygun eser yapılmalı, daha sonra arsa malikinin edimini yerine getirmesi talep edilmelidir.";* aynı bkz. Y. 23 HD. 8293/ 5692 T. 8. 9. 2015 (**Kazancı**); Y. 23 HD. 2172/ 2832 T. 22. 4. 2015 (**Kazancı**); Y. 23 HD. 2214 2649 T. 17. 4. 2015 (**Kazancı**); Y. 23 HD. 569/ 1115 T. 23. 2. 2015 (**Kazancı**); Y. 23 HD. 8323/ 263 T. 19. 1. 2015 (**Kazancı**); Y. 23 HD. 3144/ 8038 T. 10. 12. 2014 (**Kazancı**): *"…Bu durumda, inşaat yapma borcunu yerine getirmeyen yüklenici, arsa sahibinden tapu devrini isteyemez (BK. m. 81)…".*
Alman Hukuku doktrini için bkz. **Hüffer**, s. 206-207; **Zoller**, s. 83; Frank Weiler, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl, 2016, §12 N. 11; Palandt/ Christian Grüneberg, **Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen**, 75. Aufl, 2016, §320, N. 16; Egon Schneider "**Die Rechtswirkungen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Werksvertrag**" DB, 1969/ 3, s. 115; **Medicus/ Lorenz**, N. 241.
Alman Hukuku'nda ileri sürülen aksi yöndeki görüşe göre, ancak eser sözleşmeleri bakımından bu sonuç zorunlu şekilde her zaman kabul edilemez. Zira eser sözleşmesinde belirleyici olan yüklenicinin eseri ortaya çıkarılmasına yönelik faaliyetlerin gerçekleştirilmesi değil, eserin bitirilmesi ve teslimine yönelik bir sonuç taahhüdü altına girmesidir. Yüklenicinin ediminin konusu eserin yapılması faaliyetlerine girişilmesi değil, bilakis eserin gerçekleştirilmesidir. İş sahibinin eserin yapılması faaliyetine yönelik bir talep hakkı olabilir. Ancak kural olarak iş sahibinin talebi eserin yapılması faaliyetlerinin ortaya çıkaracağı nihai sonuca yöneliktir. Bu sebeple eserin oluşturulması aşaması, yüklenicinin edimin ifasına hazırlığı aşamasıdır. Yüklenici eserin oluşturulması aşamasıyla edimini ifa edebilecek duruma gelir. Bu sebeple yüklenici önce ifa ile yükümlü değildir. Bkz. **Kast**, s. 80 dn. 282; Frank Peters, "**Die Fälligkeit der Werklohnforderung**" Festshcrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, Düsseldorf, 1986, s. 337 vd.; Türk Hukuku'nda bu görüşe katılan görüş için bkz. Türk Hukuku için bkz. Cem Baygın, **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, Beta, İstanbul, 1999, s. 190; Köksal Kocaağa, **İnşaat Sözleşmesi**, Yetkin, Ankara, 2014, s. 215-216.
Özellikle Türk Hukuku'nda savunulan bir üçüncü görüşe göre, yüklenicinin meydana getirme ve teslim borcu, bedel ödeme borcuna göre önce ifa edilmesi gereken bir borçtur. TBK m. 479'u bu şekilde anlayan isabetsiz görüş için bkz. Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, 2.bası, Filiz, İstanbul, 2017, s. 381; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin, Ankara, 2014, s. 673; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için aynı yönde görüş için bkz. Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Der, İstanbul, 2007, s. 57; açıkça anlaşılmamakla birlikte inşat sözleşmeleri bakımından aynı yönde görüş için bkz. Doruk Gönen, **İnşaat Sözleşmesinde Bedel**, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 234 vd.

ifa ile yükümlü olduğu, eserin teslimi bakımından ise, teslim borcu ile bedel ödeme borcunun aynı anda ifasının sözkonusu olacağı yönündedir.

TBK m. 479 (Art. 372 I) gözönüne alındığında, genel itibariyle, yüklenicinin eserin oluşturulması aşaması bakımından önce ifa ile yükümlü olduğu, teslim anında bedelin muaccel olacağının belirtilmesi nedeniyle teslim borcunun ve işin bedelinin ödenmesi borcunun aynı anda ifa edileceği söylenebilir. Bu nedenle aksine anlaşma yapılmadıkça, eseri meydana getirme borcu bakımından yüklenicinin ne işin gerçekleştirilmesi bakımından ön finansman(avans) ne de işin devamına ve gelişimine bağlı bir kısmi ödemeye ilişkin talep hakkı vardır[698]. Tamamlayıcı kurallara göre, eser ve bedel arasındaki mübadele, maddi anlamda, eserin teslimi ile aynı anda bedelin ödenmesiyle (aynı anda ifa) gerçekleşir[699].

Bu yönde Yargıtay kararı için bkz. Y. 15 HD. 4000/ 5695 T. 10. 12. 2001 (**YKD**, 6/ 2002, s. 895 vd.) *"... Öte yandan eser sözleşmesinde iş sahibinin borcu olan eser bedelinin ödenmesi eserin yapılıp teslim edilmesi koşuluna bağlıdır (BK. md. 364). Aksi kararlaştırmadığı sürece yüklenicinin kendi edimini yerine getirmesi ve daha sonra eser bedelini istemesi gerekir. İstenilen arsa payı yapılan binanın bedeli olduğuna göre yüklenici noksanlıkları giderip sözleşme uyarınca oturma iznini de aldığında istemde bulunma hakkı saklı kalmak koşulu ile bu aşamada açılan davanın reddi yerine delillerin takdirinde yanılgıya düşerek yazılı şekilde kabulü bozma nedenidir…".* bkz. Y. 23 HD. 8293/ 5692 T. 8. 9. 2015 (**Kazancı**); meydana getirme borcu bakımından önce ifa yükümlülüğünü kabul etmesi gerekirken hem meydana getirme hem de teslim borcu bakımından önce ifa yükümlülüğünü kabul eden isabetsiz Yargıtay kararı için bkz. Y. 15 HD. 1551/ 3853 T. 8. 11. 2017 (**Kazancı**):*"...bu açıklamanın sözleşmenin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 364/1. maddesindeki ödeme zamanının teyidi mahiyetinde bulunduğundan ve bunun sonucu olarak bedel olarak kararlaştırılan daire tapusunun işin kesin kabulü yapılıp ve tüm imalâtların tesliminden önce istenmesi mümkün olmadığından, bu sözleşme maddesinin taşeronun ödemezlik def'i ile işi geçiktirmesine imkan veren ve cezai şart uygulanmasını engelleyen bir hüküm olarak kabulü mümkün değildir…".*

698 Kural bu yönde olmakla birlikte her bir somut durumun özelliği gözönüne alınmalıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ilgili kısmı ifa ile o kısma denk gelen payın devri kararlaştırılabilir. Bu halde yüklenici ilgili kısmı ifa etmişse, arsa sahibi bu kısmın ifa edilmediğine dayanarak defi ileri süremez. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu değerlendirme için bkz. **Erman**, s. 57; ayrıca bkz. aşağıda §3 III C.

699 **Stöckli**, N.226; teslim borcu ile bedelin ödenmesi borcunun aynı anda ifa edileceği, ancak yüklenicinin eseri oluşturma borcu bakımından önce ifa yükümlülüğü olduğu yönünde bkz. **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 142; eser sözleşmeleri bakımından Alman Hukuku'nda bir kısım doktrin BGB §641'de yer alan bedelin işin tesliminde ödeneceğine ilişkin düzenlemeden yola çıkarak, kural olarak, yüklenicinin önce ifa yükümlüsü olduğu, eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri önce ortaya çıkarması gerektiği ölçüde ve bu nedenle önce ifa ile yükümlü olduğunu kabul etmektedir. Bkz. **Medicus/ Lorenz**, N. 241; edimin doğası gereği yüklenicinin önce ifa ile yükümlü olduğu yönünde bkz. **Fichtner**, s.47, 50-51; İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Simmen**, s.60; bu yönde Yargıtay kararı için bkz. Y. 14 HD. 5252/7424 T. 27.10.2004 (**YKD** 10/2005 s. 1580 vd.) *"...Sözleşme uyarınca öncelikli edim yüklenicidedir. Tarif etmek gerekirse yüklenici edimi kaba seviyeye getirdiğinde oniki, ince işler seviyesinde yirmi, çevre düzenlemesi aşamasında sekiz milyar lira bedele hak hazanacaktır. Borçlar kanununun 81. maddesi gereğince karşılıklı taahhütleri havi bu gibi sözleşmelerde, akdin icrasını isteyen tarafın öncelikle kendi edimini ifa etmesi veya ifasını teklif etmiş olması gerekir. Olayda ise, yüklenici şirket on milyar lira olan peşin bedeli tahsil ettiği halde, eseri on iki milyar lira istemeye hak kazanacağı kaba inşaat seviyesine*

Kanaatimizce genel esas bu yönde olmakla birlikte, her durumda eser sözleşmesinden doğan eserin oluşturulması borcu bakımından yüklenicinin önce ifa ile yükümlü olduğu söylenemez. Eserin oluşturulması ve teslimi borcu ile bedelin ödenmesi borcu arasında aynı anda ifa edileceği durumlarla karşılaşılabilir. Örneğin, terzinin, nispeten önemsiz bir uygunsuzluğu bulunan veya modaya uygun hale getirilmesi amacıyla nispeten önemli olmayan bir düzeltmeyi gerektiren elbisenin onarılması veya düzeltilmesi ve teslimi borcu ile işin bedelinin ödenmesi borcu aynı anda ifaya elverişlidir.

Nitekim Alman Medeni Kanunu BGB §651, taşınır eşyanın üretilmesi ve oluşturulması borcunu içeren eser sözleşmelerinde satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir. Türk ve İsviçre Hukuku'nda bu nitelikte bir hüküm yoktur ve böyle bir hükmün bütün eser sözleşmesinin konusunun taşınır olduğu tüm durumlarda uygulama bulması mümkün değildir. Buna rağmen en azından eser sözleşmesinden doğan bu nitelikteki borçların ifasının satış sözleşmelerinde olduğu gibi aynı anda ifaya elverişli olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak borçların aynı anda ifa edileceğinin kabul edilemeyeceği durumda artık, kural olarak, eser sözleşmesinden doğan yüklenicinin eseri oluşturma borcu bakımından önce ifa yükümlülüğünü, işin niteliği gereği kabul etmek gerekecektir. Örneğin inşaat sözleşmelerinde eserin meydana getirilmesi borcu ile teslimi borcu arasında bedel ödeme borcu ile aynı anda ifayı engelleyecek bir zaman aralığının girdiği şüphesizdir. Sonuç olarak her bir durumun özelliği gözönüne alınarak eser sözleşmesinden doğan borçların aynı anda ifaya elverişli olup olmadığı tespit edilmek suretiyle değerlendirme yapmak isabetli sonuçlara ulaşılmasını sağlayacaktır. Bu nedenle yüklenicinin eseri oluşturma borcunu, bütün eser sözleşmelerini içerek şekilde, önce ifa etmesi gerektiğini veya aynı anda ifa edilmesi gerektiğini ileri sürmek isabetli değildir. Bu husus maddi anlamda teslime gerek olmayan eser sözleşmelerinde de geçerlidir.

ii. Eser Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk

Mübadele ilişkisini anlatırken değindiğimiz üzere, eser sözleşmesinde iş sahibi bedel ödeme borcunu, yüklenicinin eseri oluşturması ve teslim etmesi karşılığında

getirmemiştir….Açıklanan bu duruma göre, yüklenici şirket sonraki aşamada ödenmesi gereken para dilimlerini sözleşmenin açık hükmü karşısında satın alan Şaban'ndan isteyemeceğinden yüklenici temerrüdü gerçekleşmiştir…".

üstlenir. Bu sebeple eseri meydana getirme ve teslim borcu bedel ödeme borcu ile mübadele ilişkisi içerisinde bulunur. Bu sebeple kendisine ayıplı eserin teslimi teklif edilen veya teslim edilen iş sahibinin, bedel ödeme borcunun ifasından kaçınıp kaçınamayacağı ve kaçınabilecek ise hangi şartlar ve kapsam dahilinde kaçınacağının belirlenmesi gerekir.

Eser sözleşmesinde, iş sahibi, sözleşmeye uygun olmayan eserin teslimi teklif edildiğinde, eserin teslim alınıp alınmamasına göre, bedel ödeme borcunun ifasından kaçınılabilir mi? Kaçınabilir ise kaçınma hakkı neye dayanır?

Alman doktrininde baskın görüşe[700] göre, BGB §641'e göre, eserin borca uygun meydana getirilmesinden sonra teslimi anında bedel ödeme borcu muaccel olacağından, eser sözleşme şartlarına uygun bir şekilde meydana getirilmemesine rağmen teslimi teklif eden yüklenici bedelin ödenmesi davası açtığı durumda, davanın muacceliyet eksikliği gerekçesiyle şimdilik kaydıyla reddedilmesi gerekir. Teslim almaktan kaçınma hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa -önemsiz ayıp nedeniyle kaçınma durumunda olduğu gibi- teslim almak gerekmeksizin bedel ödeme borcunun muaccel olacağının kabul edilmesi gerekir. Ancak, yüklenici teslime kadar önce ifa yükümlüsü olduğundan ve bu nedenle borcun ifa edilmediği define dayanma imkanı sözkonusu olmadığından, iş sahibini aynı anda ifa ile sınırlama tehlikesi altında bırakmak haklı görünmez.

Alman Hukuku'nda baskın görüşe[701] göre, işin teslim alınmasından sonra ise, iş sahibi, bedelin ödenmesi talebine karşı, eserin ayıbı ve aynen ifa yerine geçen

---

[700] **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 13a; **Schneider**, s.115; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 68;; **Erman/ Westermann**, §320, N. 13; **Zoller,** s.83; Gisbert Kaiser, "**Rechtsfragen bei der Anwendungen der §§320, 322 BGB im gesetzlichen Werkvertragsrecht und in der VOB/B**", BauR 1982/3, s. 207-208; aynı yönde bkz. İş sahibinin satış sözleşmesinden farklı olarak, ayıplı eserin teslimini kabulden kaçınması durumunda bedeli ödemek zorunda olmaması borcun ifa edilmediği definin değil, gereği gibi ifanın gerçekleştirilerek eserin teslim alınmasıyla bedelin muaccel olacağının bir sonucudur: **Lorenz/ Riehm**, N. 661; tersinden ifade edilirse, işin oluşturulması veya tesliminden önce ayıplı işin ayıbının giderilmesi borcu bakımından yüklenicinin önce ifa yükümlülüğü olduğundan, yüklenicinin işin bedeli ödenmediğine dayanarak kaçınması defiye dayanmaz. Bkz. **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 78 vd.
Eseri meydana getirme borcunu, basit ifaya hazırlık fiili olarak anlayan, aksi yöndeki görüşe göre, eser sözleşmesinde muacceliyeti düzenleyen hüküm, satış sözleşmelerindeki düzenlemeye paralel şekilde anlaşılmalıdır. Buna göre işin bedeli, bitirilmiş işin teslimi karşılığında aynı anda ödenmelidir. Buna uygun olarak, iş sahibi, haklı teslim almama durumunda da, eserin sözleşmeye uygun hale getirilmesi-ayıbın giderilmesi- karşılığında aynı anda ifaya mahkum edilir. Bkz. **Peters**, s. 342 vd.

[701] **Soergel/ Gsell**, §320, N. 70-71; **Erman/ Westermann,** §320, N.13; **MünchenerK/ Emmerich**, N. 14; Mathias Preussner/ Roland Kandel/ Günther Jansen**, Becks'her Online Kommentar VOB/B**,

haklarına dayanarak, defi ileri sürebilir. İş sahibi, ayıbın giderilmesini talep edebildiği sürece bedelin ödenmesinden kaçınabilir. İşin bedeli teslim alınma(abnahme) ile muaccel olduğundan, -onarım hakkını kullanan iş sahibine karşı--ayıbın giderilmesi karşılığında bedelin ödenmesine mahkumiyet kararı(aynı anda ifaya mahkumiyet) ortaya çıkabilir.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda da Alman Hukuku'ndaki görünüme paralel olarak, teslimden önce veya teslim sırasında ayıbın varlığı veya gereği gibi ifa edilmeme durumu tespit edilirse, bu durumda, teslimden kaçınma hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediği sürece[702], iş sahibi eseri teslim almak zorunda değildir[703]. TBK m. 479 teslim anında muacceliyeti düzenleyen bir hüküm olmakla, kural olarak, eserin teslimi

23. Aufl. München, 2016, §12 N.79; ayıbın giderilmesini talep edebildiği sürece bedel ödeme borcunun ifasından kaçınabileceği yönünde bkz. Walter Brügmann, "**Die Einrede des nichterfüllten Vertrags bei Baumängeln**", BauR 1981/2, s. 129-131.

İşin teslim alınmasından sonra iş sahibi bedelin ödenmesi talebine karşı eserin ayıbına dayanarak defi ileri sürebilir. Çünkü teslim alma, aynen ifa yerine geçen ayıptan doğan hakların aynen ifa talebi olma niteliğini değiştirmez. Bkz. **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N.79; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 35; **Kaiser,** BauR, s.210; şayet iş sahibi, eserin ayıbına rağmen, ayıptan doğan haklarını kaybetmeyecek şekilde eseri teslim alırsa bu durumda eserin bedelini ödeme borcu muaccel olur. Ancak iş sahibinin ayıptan doğan haklarını kaybetmeyecek şekilde teslim almasından sonra, iş sahibinin ayıbın giderilmesine yönelik talepleri synallagma ile bedel ödeme borcuna bağlı, definin ileri sürülebileceği talepler niteliğindedir. Bu kapsamda işin teslim alınmasından sonra da iş sahibinin defi ileri sürerek edimin ifasından kaçınma imkanı vardır. Bkz. **Zoller,** s.84.

Alman Hukuku'nda aksi yöndeki görüşe göre, ifa olarak almadan sonra durum farklıdır. Bu durumda iş sahibi defi ileri sürebilme imkanı olmadıkça bedel ödeme borcunu ifa ile yükümlü olup, yüklenicinin bedeli talep edebilme hakkı vardır. Bu ihtimalde şu soru gündeme gelir; iş sahibi defiyi ileri sürer ise bu durumda yüklenici önce ifa yükümlüsü bir kişi gibi mi değerlendirilecek yoksa aynı anda ifa yükümlüsü bir kişi olarak mı değerlendirilecektir?. Bu durumda tarafların menfaat durumu gözönüne alınmalıdır. Yüklenici onarımın gerçekleştirilmesi borcu bakımından aynı anda ifa yükümlüsü bir kişi olarak gözönüne alınmakta menfaati vardır. İş sahibinin ise yüklenicinin önce ifa yükümlü bir kişi olarak gözönüne alınmasında menfaati olacaktır. Zira o onarımın gerçekleştirilmiş olup olmadığını bedel ödemeden önce incelemek isteyecektir. Aynı anda ifaya mahkumiyet kararı verilirse bu durumda iş sahibinin korunmaya değer bu menfaati gözardı edilecektir. Bu hususta iş sahibinin menfaatine ağırlık verilmesi ve yüklenicinin eserin onarılması borcu bakımından da önce ifa yükümlüsü olduğunun kabul edilmesi gerekir. Aksi görüş maddi hukuk bakımından zorluklara neden olabileceği gibi, onarımın gereği gibi gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin icra aşamasındaki süreçte incelenmesini gerekliliği ortaya çıkarır. Eser sözleşmesinde menfaat ağırlığının eserin oluşturulması aşamasında(onarımın gerçekleştirilmesinde) olduğu, eserin teslimi aşamasında olmadığı gözönüne alındığında bu husus görülebilecektir. Bu nedenle yüklenicinin, onarım hakkını kullanan iş sahibine karşı önce ifa yükümlüsü olduğu ve iş sahibi bedel ödeme borcunun ifasından bu durumda borcun ifa edilmediği definden daha koruyucu nitelikte olan talebin şartlarının oluşmadığı savunmasına dayanarak kaçınabilecektir. Bu görüş için bkz. **Schneider**, s.115-117.

[702] Gereği gibi ifa edilmemenin önemsiz olduğu durumlarda, iş sahibi teslim almak zorundadır. Bu halde definin uygulanma imkanı yoktur. Bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 180.

[703] Ayıplı eserin teslimini kabulden kaçınmanın, ayıptan doğan hakların defi olarak ileri sürülebilmesi kapsamında borcun ifa edilmediği defiye dayanacağı yönündeki görüş (**BernerK/ Gautschi**, Art. 372, N. 4) isabetli değildir.

borcunun gereği gibi ifasının teklif edilmesini gerektirir[704]. Teslim gereği gibi teklif edilmemiş ise veya teslim anında eserde ayıp olduğu tespit edilmiş ise, eseri teslim almayan iş sahibine karşı, teslimin teklif edildiğine dayanılarak bedel ödeme borcunun muaccel olduğu ileri sürülemez[705]. Bu halde bedel ödeme borcunun ifasından kaçınma defiye değil, muacceliyet eksikliğine dayanır[706]. Eser ayıplı da olsa teslim alınmış ise, artık bedel ödeme borcu muaccel olmuştur[707]. Bu nedenle Alman Hukuku'nda kabul edilen husus bu bakımından Türk ve İsviçre Hukuku için de geçerlidir.

---

[704] Alfred Koller, **Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag**, 2. Aufl, Zürich, 1995, N. 306-307; **Bögli**, N. 264; **BaslerK/ Zindel/ Pulver/ Schott**, Art. 372, N. 4; Zarife Şenocak, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, Turhan, 2012, s. 242; **Aydoğdu/ Kahveci**, s. 779; İsviçre Federal Mahkemesi kararına göre, işin bedelinin ödenmesi borcu ile ayıpsız ve tam bir şekilde eserin teslimi borcu, aksine anlaşma olmadığı sürece, OR Art. 82 (TBK m. 97) 'e göre, aynı anda ifa edilmesi gerekir. Bu karar için bkz. **BGE 94 II 164.**
Ayrıca bkz. Y. 15 HD. 2124/ 1172 T. 4.3.2015 **(Kazancı):** *"...eser sözleşmelerinden kaynaklanan iş bedelinin tahsili talepli davalarda zamanaşımı süresinin başlangıcının eserin teslim edilip edilmemesine bağlı olarak değiştiği gözden uzak tutulmamalıdır. Gerek mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 364.. maddesinde, gerekse 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 479. maddesinde eser sözleşmelerinde iş sahibinin edimini oluşturan iş bedelinin muacceliyeti teslim şartına bağlanmıştır. Bu nedenle, eser sözleşmelerinden kaynaklanan iş bedelinin tahsili talepli davalarda, zamanaşımı süresinin işin yüklenici tarafından iş sahibine teslim edildiği tarihten itibaren başladığı kabul edilmektedir. Dairemizin yerleşmiş uygulamalarında kabul edildiği ve 30.11.2011 tarih ve 2011/6282-7054 Esas ve Karar sayılı ilamında net bir şekilde "Eser sözleşmelerinde zamanaşımının başladığı tarih, eserin sözleşmesine uygun biçimde teslim edildiği tarihtir." ifadesine yer verilmek suretiyle vurgulandığı üzere zamanaşımı, teslimden itibaren başlar…"*

[705] **Bögli**, N. 264; **BaslerK/ Zindel/ Pulver/ Schott**, Art. 372, N. 4; **Koller**, Onarım, N.307; **Şenocak**, s. 242.

[706] "Çoğun içinde azı vardır" kuralı gereği muacceliyet eksikliği savunması yapılabilecek durumda defiye de dayanılabilir. Ancak hukuki durumun tespiti bakımından sadece defiye dayanılabileceğini belirtmek bu hususu gözardı etmek olur. Bu hususu gözardı ederek defiye dayanılabileceğini ileri süren görüş için bkz. **Aydoğdu/ Kahveci**, s. 799; **Baygın**, s. 195.

[707] Ayıplı eserin zilyetliğinin devrinin muacceliyeti ne ölçüde etkileyeceği tartışmalıdır: Bir görüşe göre, yüklenici, *sadece* ayıptan ari, borca uygun, gereği gibi ifa edilen eserin zilyetliğinin devri durumunda muacceliyetin sözkonusu olacağını ileri sürer. bkz. **Pedrazzini**, §86 I 2.; **BernerK/ Gautschi**, Art. 372, N. 13a; **BGE 94 II 164; 89 II 235**; **BGE 93 II 328**;
İkinci görüşe göre, bir taraftan muacceliyeti düzenleyen hüküm eserin ayıpsız olmasını şart koşmazken, diğer taraftan iş sahibinin muacceliyete rağmen Art. 82'e göre bedeli ödemekten kaçınma imkanı varken, eserin ayıplı olmasının muacceliyeti etkilemeyeceği yönünde bkz. **BaslerK/ Zindel/ Pulver/ Schott**, Art. 372, N. 5; **Koller**, Onarım, N. 308; Roger Brändli, **Das Nachbesserung im Werkvertrag**, Zürich, 2007, N. 953; **ZürcherK/ Bühler**, Art. 372, N. 15, 18; Klaus Tschütscher, **Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken**, Bern, 1996, N. 228; N. 11c; **Baygın**, s. 195; Serkan Ayan, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Seçkin, Ankara, 2008, s. 87; böyle bir etkileme, zilyetliğin devrinden sonra borcun ne zaman muaccel olacağı hususunda belirsizliğe neden olabileceğinden(bununla zamanaşımının başlangıcının belirlenmesi de belirsizleşecek) pratik olmayan sonuçların doğumuna neden olur. Bkz. Peter Gauch, **Der Werkvertrag**, 5. Aufl., Zürich, 1995, N. 2380.
Kanaatimizce ikinci görüş isabetlidir. İş sahibinin özellikle ayıptan doğan hakları seçmediği durumda, bedel ödeme borcu da muaccel olmayacağından, bir nevi eksik borç hükümleri ortaya çıkar. Zira iş sahibi ayıptan doğan haklardan birini seçmeyerek, bedel ödeme borcunun talep edilebilirliğini önleyebilir. Bu nedenle ayıplı eser teslim alınmış ise, teslim alma bedel ödeme borcunun muacceliyetine etki etmez.

Eser sözleşmesinde, iş sahibine ayıplı bir eser teslim edildiği durumda, ayıp bildirilmiş ise[708], iş sahibi, ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin haklarından birini seçerek kullanabilir. İş sahibi, kural olarak, ayıptan doğan haklardan, ayıplı eser nedeniyle uğranılan zararın tazmini talebiyle tamamlanacak, onarım, dönme veya bedelden indirim talep etme haklarından birini seçme imkanına sahiptir[709].

[708] Bildirimin ayıptan doğan hakların hüküm ifade etmesi için şart olmadığını, sadece kabul vasıtasıyla ayıptan doğan hakların düşmesini önleyeceği yönünde isabetsiz görüş için bkz. **Gauch**, N. 2368; aksi yöndeki isabetli görüş ve baskın görüş için bkz. **Gehrer**, s. 306.

[709] **ZürcherK/ Schraner**, Art.82, N. 138; **Gauch**, N. 2368-2369; **Koller**, Onarım, N. 308;
İsviçre/ Türk Hukuku'nda savunulan bir görüşe göre, eserin teslimiyle, aynen ifa talebinin yerini ayıptan doğan haklar alır. Ayıbın süresi içerisinde bildirilmesi de ayıptan doğan hakların doğumu için şart değildir. Süresi içerisinde bildirim sadece ayıptan doğan hakların eserin kabul edilmiş olması nedeniyle düşmesini önler. Bu dönüşüm sonucunda artık alıcının aynen ifa talebi yoktur. Onun yerini ayıptan doğan bu haklar almıştır. Bu nedenle iş sahibinin kaçınma hakkı kural olarak yoktur. Ayıplı eserin zilyetliğinin teslimi, bedel ödeme borcundan kaçınmanın dayanağı değildir. Bu sebeple, ayıplı eser tesliminde iş sahibinin bedel ödeme borcundan kaçınmaya hakkı olup olmadığı değil, iş sahibi ayıptan doğan haklarından herhangi birini kullandığında hukuki durumun değişip değişmeyeceği sorulmalıdır. Bu sebeple her bir hak bakımından ortaya çıkan hukuki durumun birbirinden ayrılması gerekecektir. Bkz. **Gauch**, N. 2368- 2370; **Koller**, Onarım, N. 309; **BaslerK/ Zindel/ Pulver/ Schott**, Art. 372, N. 11; **ZürcherK/ Bühler**, Art. 372, N. 16; **Bögli**, N. 264; **Şenocak**, s. 245; **Gönen**, s. 242 -243; eksiklik ve/veya ayıbın giderilmesi talep edilerek, bu hakların gereği yerine getirilene kadar defi ile kaçınabileceği yönünde bkz. **Ayan**, s. 87; definin ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine göre genel hüküm niteliğinde olduğunu belirterek, ayıptan doğan haklardan biri seçilene kadar definin ileri sürülmeyeceğini genel-özel hüküm ilişkisiyle açıklayan isabetsiz görüş için bkz. **Şenocak**, s. 245-246; **Gönen**, s. 242-243.
Aksi görüşe göre, ayıptan doğan haklar, aynen ifa talebinin yerine geçene veya eser kabul edilene kadar, iş sahibi gereği gibi ifa edilmemeye dayanabilir. Bu kapsamda eser sözleşmesinde, ayıbın tespiti ve bildirim için gerekli süre dahil ayıptan doğan haklardan biri seçilene kadar iş sahibi bedel ödeme borcunun ifasından defi ileri sürerek kaçınabilir. Ayıptan doğan haklardan birisi seçildikten sonra hakkın ortaya çıkardığı hukuki duruma göre definin ileri sürülüp sürülemeyeceği belirlenmelidir. Bkz. Leo R. Gehrer, "**Vom Rechts der Bauherrn, den Werklohn bei Mängeln des (Bau-) Werkes zurückzuhalten**", SJZ, 1981/77, s. 306.
Kanaatimizce ikinci görüş isabetlidir. Seçim yapılana kadar geçen süreyi aşamalar şeklinde değerlendirmek sorunun çözümün kolaylaştıracaktır. İkinci görüşün aşamalı değerlendirmesi bu açıdan isabetlidir. (*Gauch*'un bu husus gözardı ettiği yönünde bkz. **Gehrer**, s. 306) İlk aşama, teslimin gerçekleşmesi ile gözden geçirmenin sona ermesi arasındaki aşamadır. Teslim gerçekleştikten sonra TBK m. 474'e göre, iş sahibi eseri işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz gözden geçirmek ve ayıpları varsa bunu uygun süre içerisinde bildirmek zorundadır. Gözden geçirme sonucunda ayıp ortaya çıkabileceğinden, gözden geçirme süresi içerisinde iş sahibinin defi imkanını elinden almak ve onu bedel ödeme borcunun ifasına zorlamak, gözden geçirme süresince ortaya bir ayıp çıktığında kullanılan hakkın niteliğine göre, kısmen veya tamamen bedelin iadesi zorunluluğu doğurabilecektir. Şayet ayıp ortaya çıktığı ve seçim yapılıp onarım hakkı kullanılacak ise, iş sahibi onarım borcunun ifası hususunda belki de elindeki tek teminat olan bedel ödeme borcunun ifasından kaçınma imkanını da kaybetmiş olacaktır. Bu nedenle ayıbın varlığının tespiti süresince defi ileri sürebilmelidir. Bundan ayrı olarak ayıbın mevcut olmadığının tespit edilmesi veya uygun süre içerisinde bildirilmemesi TBK m. 477'e göre eserin kabul edilmesi sonucuna yol açacağından artık gereği gibi ifa edilmeme durumu da ortaya çıkmayacak ve iş sahibi defi ileri süremeyecektir. İkinci aşamada ise, yani, ayıp ortaya çıkmış ve uygun süre içerisinde bildirilmiş ancak seçim yapılmamış ise, seçimden önce defi hakkının tanınması, yükleniciye borcunu ifa hususunda herhangi bir imkan verilmemesine yol açacağı yönündeki eleştiriyle karşılaşır (Bu eleştiri için bkz. **Gauch**, N. 2369). Bu eleştiriyi ileri süren *Gauch*, İsviçre Aargau Kanton

Sözleşmeden dönme veya bedelden indirim imkanlarının kullanıldığı durumda, genel olarak, borcun ifa edilmediği defi ileri sürülemez[710]. Sözleşmenin feshi durumunda da borç ilişkisi ileriye etkili sona ereceğinden artık defiye konu alacak hakkının varlığından bahsedilemez. Ancak fesih anına kadar bitirilmiş işlerin teslimi ve bedel ödeme borcu bakımından farklı bir değerlendirme yapılabilir. Bu anlamda örneğin, bir inşaat sözleşmesinin feshi durumunda, işin bedelinin ödenmesi talebi o ana kadar bitirilmiş eserin teslimiyle muaccel olacaktır[711]. Bu halde eser sözleşmesine ait muacceliyet kuralından ayrılmayı gerektirecek bir istisna için yeter sebep yoktur.

İş sahibi, ayıptan doğan haklarından aynen ifa yerine geçen talep niteliğindeki ayıbın giderilmesi talebini ileri sürdüğü sürece, borcun ifa edilmediği define yer vardır. Bu nedenle defi, eser sözleşmesinde ayıptan doğan haklar bakımından onarım hakkı(imkan varsa yenisiyle değiştirme hakkının) kullanıldığında gündeme gelecektir[712].

Mahkemesi'nin kararını değerlendirdiği bir eserinde (**BR 1987/1** , s. 16), mahkemenin, ifadan kaçınmak isteyen iş sahibinden bedelin ifası istendiği durumda en geç defi ileri sürülmesiyle onarım hakkını seçmesi gerektiği yönündeki kararını isabetli bulmuştur. Bu açıdan Gauch bu eserinde kendisinin yaptığı eleştiri dolayısıyla ortaya çıkan soruna yine kendisi çözüm bulmuştur. Bu çözümden yola çıkıldığında, ayıp bildirilmiş olup da henüz seçim yapılmamış ise, yüklenicinin açtığı bedel ödeme borcunun ifası davasında edimin ifasından kaçınmak isteyen iş sahibinin kaçınma sonucunu doğrucak hakkı seçmek zorunda kalacağı söylenebilir. Bu kapsamda iş sahibi defiye dayanmak istiyorsa onarım hakkını seçtiğini bildirmeli, kısmen veya tamamen kaçınmak istiyorsa sırasıyla bedelden indirim veya sözleşmeden dönme hakkını kullanmalıdır.

[710] **ZürcherK/ Schraner**, Art.82, N. 139-141; **Gauch**, N. 2372-2373; **Koller**, Onarım, N. 308; **Kaiser**, BauR, s. 210-211; **ZürcherK/ Bühler**, Art. 372, N. 16; **Şenocak**, s. 246.

[711] **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 82; Alman Federal Mahkemesi'nin kararına göre, inşaat sözleşmesinin fesih suretiyle sona ermesi durumunda dahi, yüklenicinin bitirilmiş işlerin bedelini talep hakkı, iş sahibi tarafından eserin teslim alınması halinde mevcut olduğunu, bu hususu, sözleşmenin feshi halinde ortadan kaldırmanın hukuka uygun olmayacağı, aksi durumun kabulü halinde, eseri ayıplı ifa ederek iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesine neden olan yüklenicinin eseri teslim etmek zorunda kalmaksızın görece daha kolay şekilde işin bedelini elde edebileceğini belirterek, fesih öncesi bitirilmiş ayıplı isin bedelini talep eden yüklenicinin talebini reddetmiştir. **BGH VII ZR 146/06**, **NJW** 2006, s.2475.

[712] **ZürcherK/Schraner**, Art.82, N. 142; **Gauch,** N. 1727; **Gehrer**, s.306; **BaslerK/ Zindel/ Pulver/ Schott**, Art.368, N.65; **Koller**, Onarım, N. 308; **Brändli**, N. 953; **Tschütscher**, N. 228; **ZürcherK/ Bühler**, Art. 372, N. 15 vd; **Şenocak**, s. 245-246; Zekeriya Kurşat, **İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, Filiz, 2017, s.137 dn. 315; **Baygın**, s. 195; **Gönen**, s. 243; **Ayan**, s. 87; neye dayanarak kaçınabileceğini belirtmemesine rağmen aynı yönde bkz. Mario M. Pedrazzini, "**Werkvertrag**", SPR VII/1, Basel und Stuttgart, 1977, §86 I 2; Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Kaiser**, BauR, s. 211-212; kaçınma hakkı için onarım talebinin fiilen mevcut olması gerekir. Kaçınma hakkı, iş sahibi en geç defiyi ileri sürdüğünde, iş sahibinin yükleniciden onarımı talep etmesiyle onarım talebinin kurulmuş olmasını şart koşar. İş sahibi onarımı talep etmezse veya onarım hakkı yoksa defi ileri sürmek suretiyle kaçınma imkanı da yoktur: **Gauch,** N.1731.
İş sahibi, ayıbın ortaya çıktığı zamanda bedel ödeme borcunu ifa etmediği sürece ayıbın giderilmesi için gerekli olan miktar bakımından bedel ödeme borcunun ifasından kaçınabileceği, davalının(iş sahibi), eserin sözleşmeye uygun şekilde teslim edilmesine yönelik talep hakkını teminat altına almak amacıyla, geriye kalan miktarı ödemekten kaçınabilme hakkına sahip olduğu yönünde karar veren İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 93 II 328**; genel olarak aynı yönde bkz. **BGE**

Gerek Alman Hukuku'nda gerekse Türk ve İsviçre Hukuku'nda onarım hakkının kullanıldığı durumda defi ileri sürüleceği kabul edilmekle birlikte, iş sahibinin ileri süreceği definin konusu olan bedel ödeme borcunun kapsamı bakımından çeşitli değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu kapsamda onarım hakkını kullanan iş sahibi, bedelin tamamını mı yoksa belirli bir kısmını mı ödemekten kaçınacaktır? Kısmen kaçınabilecek ise, kaçınılacak bedelin belirlenmesi hususunda bir kriter var mıdır?

Alman Hukuku'nda BGB §641 III'e göre, iş sahibi, ayıbın giderilmesini talep ederse, bedelin orantılı bir kısmının ödenmesinden kaçınabilir. Bu oran, kural olarak, ayıbın giderilmesi masraflarının iki katıdır. Bu hüküm BGB §320'nin uygulanmasını sınırlandıran nitelikte özel bir hükümdür. Hükme göre ifadan kaçınma hakkı, bedel borcunun tamamı üzerinden olmayıp, ayıbın giderilmesi masraflarıyla da sınırlandırılmamıştır. BGB §641 III'e göre, iş sahibi ayıbın giderilmesi masraflarının en az üç katı kadar olan miktarı ödemekten kaçınabilir. İfadan kaçınmanın bu miktarda veya daha fazla olması, borcun ifa edilmediği definin baskı fonksiyonuna uygundur.

---

89 II 235; İsviçre Federal Mahkemesi, ayıp durumunda bir taraftan muacceliyetin erteleneceğini, bedel ödeme borcunun muaccel olmadığını kabul ederken diğer yandan OR Art. 82 (TBK m. 97)'e göre, eserin ayıbı ortaya çıkmış ise, onarım hakkı bakımından iş sahibinin defi ileri sürebileceği belirtmesi, kaçınmanın dayanağı bakımından çelişki ortaya çıkarır. Buna rağmen, onarım hakkı ile bedel ödeme borcunun mübadele ilişkisi içerisinde bulunması ve bedel ödeme borcunun ifasından defi ileri sürülerek kaçınma yönündeki tespiti isabetlidir. Bu açıdan *Gauch* 'un, ayıbın muacceliyeti ertelemediği, onarım borcu ifa edilene kadar bedel ödeme borcunun ifasından defi ileri sürmek suretiyle kaçınılabileceği, muacceliyetin onarım borcunun ifasına kaydırılmasının uygunsuz sonuçlara yol açacağı, işin teslimine rağmen, bedel ödeme borcunun uzun bir zaman sonra dahi muaccel olup olmadığı hususunda belirsizliğe yol açacağı yönünde isabetli görüşü için bkz. **Gauch**, N. 2380.

İş sahibi istisnayi bir şekilde onarım hakkı yerine eserin yeniden oluşturulmasını talep etme hakkı varsa ve bu hakkını kullanmış ise, bedel ödeme borcundan kaçınabilme bakımından onarım hakkı için söylenenler bu hak için de geçerlidir. Bkz. **Gauch,** N. 2379; Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Kaiser**, BauR, 210 vd.

İş sahibi onarım borcunun ifası talebi yanında ayıptan doğan zararın giderilmesi talebini eklemiş ise, synallagma bedel ödeme borcu ile bu talepler arasında da mevcuttur. Bu nedenle defi ileri sürülebilir. Bkz. **Gehrer**, s. 307; bu halde çoğunlukla iş sahibinin bedel ödeme borcu ile ortaya çıkan zararların tazmini borcu bakımından takas ileri sürebilme imkanı da vardır.

Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. Y. 23 HD. 1004/ 2932 T. 5.5.2016 (**Kazancı**) : "…*Öte yandan, 818 Sayılı TBK BK'nın 81. (TBK'nın 97.) maddesine göre, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifasını talep eden kimse sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, kural olarak kendi borcunu ifa etmedikçe karşı taraftan edimin ifasını isteyemez. Somut olayda asıl davada davalı, eksik ve ayıplı işler bulunduğunu savunmuş, karşı davası ile de, gecikme tazminatı talep etmiş olup, davalı arsa sahibinin sözleşmeden doğan haklarını, teminat altına alabilmek amacıyla elde tutulan bağımsız bölüm veya bölümlerin eksik ve ayıplı işleri tamamlamadan veya bedeli ile gecikme tazminatı ödenmeden, sözleşmeye uygun olarak teslim olgusunun gerçekleştiği kabul edilemeyeceğinden, davacı yüklenici tescile hak kazanamaz…"*

İş sahibinin, yükleniciyi ayıbı gidermeye zorlama konusunda genellikle başka bir baskı aracı yoktur. Bunun yanında durumun özelliğine göre bu miktar artarabilir[713].

İsviçre Hukuku'nda Alman Hukuku'ndan farklı olarak iş sahibinin onarım hakkını kullandığı durumda, kaçınılacak miktarın belirlenmesine ilişkin belirli bir kriter yoktur. Her bir somut olayın özelliği gözönüne alınarak iş sahibinin kaçınabileceği miktar belirlenebilir. Tahmini onarım masrafı, borçlanılan bedelden oldukça düşük bir miktar ise bu durumda iş sahibinin bedelin tamamından kaçınma hakkı olmadığı söylenebilir[714]. Onun yerine iş sahibinin kaçınacağı miktar dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenmelidir. Bu belirleme sırasında, iş sahibinin kaçınacağı miktar, onarımın gerçekleştirilmesini güvence altına alabilmek ve yükleniciye baskı yapabilmek için gerekli olan miktar kadar olmalıdır[715]. Kaçınılabilecek miktar, defi vasıtasıyla kaçınmanın amacı gözönüne alındığında, onarım masraflarıyla sınırlandırılamaz, bilakis, dürüstlük kuralı sınırları içerisinde kalmak kaydıyla onarım masraflarını aşabilir[716].

---

[713] **Soergel/ Gsell**, §320, N. 70-71; **Lorenz/ Riehm**, N. 640; **Staudinger/ Schwarze**, §320, N. 79-80.

[714] Ancak iş sahibi para borcu yerine bölenemeyen nitelikte bir borç altında ise, bu halde artık dürüstlük kuralı çerçevesinde tamamından kaçınılabileceği söylenebilir. Herhalde kaçınma hakkının sınırını hakkın kötüye kullanılması teşkil eder.
Bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde onarım masrafının 5.000 TL olduğu, yükleniciye verilecek olan bağımsız bölümün değerinin 300.000 TL olduğu ihtimalde, defi hakkının tanınmamasının iş sahibinin elindeki tek teminatını eksiklikler giderilemeden yükleniciye vermesi sonucuna yol açacağı ve hakkaniyete aykırı görülebileceği yönünde bkz. **Ayan**, s. 87; onarım masrafı, bedel ödeme borcu kapsamında henüz ödenmemiş miktardan fazla ise, bu ihtimalde geriye kalan bedelin tamamının ödenmesinden kaçınılabilir.

[715] **ZürcherK/Schraner**, Art.82, N. 143; **Gauch,** N.2390- 2391; **BaslerK/ Zindel/ Pulver/ Schott**, Art. 372, N. 12; Roger Brändli, **Nachbesserung im Werkvertrag**, Zürich, 2007, N. 960 vd; **Ayan**, s. 87-88; tamamen kaçınmanın uygun olmayabileceği yönünde bkz. **BernerK/ Gautschi**, Art. 372, N. 4.

[716] **ZürcherK/Schraner**, Art.82, N. 143; **Gauch**, N. 2391; **BaslerK/ Zindel/ Pulver/ Schott**, Art. 372, N. 12; **Brändli**, s. 960 vd.; **Ayan**, s. 87-88; onarım miktarını aşamayacağı, aksi takdirde, aşan miktar bakımından yüklenicinin önce ifa yükümlülüğünün kabulü sonucu doğacağı yönünde aksi görüş için bkz. **Koller**, Onarım, N. 317; aynı yönde görüşe göre, masraf miktarını aşan kapsamda bir defi imkanı tanımak yükleniciye karşı iş sahibini daha fazla korumak anlamına geleceğinden isabetli değildir. Aksi sonuç definin amacını aşmaktadır. Bu görüş için bkz. **Şenocak**, s. 248; onarımın gerektirdiği miktar bakımından kaçınılabileceği yönünde İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. **BGE 93 II 328; BGE 89 II 237;** bu görüşe karşı çıkan *Gauch*'a göre, bu görüş, açıkça onarım borcunun ifa edilmemesi durumunda, yüklenicinin yerine geçerek ayıbın giderilmesi imkanını teminat altına aldığı kabulü üzerine kuruludur. Ancak bu görüş definin amacına uygun değildir. Zira iş sahibinin defi ileri sürmekle korunmaya değer menfaati, yüklenicinin onarım borcuna yöneliktir, yoksa onarım borcunu ifa etmemesinin yerine geçen değeri teminat altına almak değildir. Ayıbı giderecek bir üçüncü kişiyi bulmak ne kadar zorsa, definin amacının onarma borcunun ifasına yönelik olduğu görüşü o kadar önem kazanır. Ayrıca yüklenici ayıbı giderecek durumda ise, bu durumda yerine geçerek ayıbın giderilmesi imkanı da düşer. Bu imkanın düştüğü kabul edilirse, artık bu görüşe göre defiye gerek kalmadığı hususunu kabul zorunluluğu çıkar. Bu nedenle aksi görüş

Bu değerlendirme sırasında, eserdeki ayıbın iş sahibini ne ölçüde tehdit ettiği, yüklenicinin onarımı ne ölçüde ele alacağı, iş sahibinin onarım için bir başka yüklenici bulmada ne ölçüde zorluk yaşayacağı, yükleniciyi onarımı gerçekleştirmeye zorlamak amacıyla hangi miktarı ödemekten kaçınılacağı hususları gözönüne alınabilir. Bu nedenle görece düşük derecede ayıbın giderilmesi borcunun ifası hususunda baskı olmak bakımından, kaçınılacak bedel, onarım masraflarının üç katı üzerinden belirlenebilirken, daha yüksek onarım masraflarını gerektiren ayıbın giderilmesi borcu bakımından, masrafın iki katı kadar bir bedelden kaçınma yeterli olabilir, hatta ödenmeyen geriye kalan tüm bedelin ifasından kaçınmak da somut olayın özelliğine göre mümkündür[717].

Taraflar, yüklenicinin eseri kısım kısım teslim edeceği ancak bedelin son kısmın tesliminde ödeneceğini kararlaştırmış olabilirler. Bu kararlaştırma, iş sahibinin borcun ifa edilmediği defi vasıtasıyla bedel ödeme borcunun ifasından kaçınmasını sınırlandırmaz. İşin hangi kısmının ayıplı olduğu ve onarılması gerektiği önemli olmaksızın, kısmen teslime rağmen dürüstlük kuralı çerçevesinde bedelin tamamından kaçınılabilir[718]. Herhalde bu sonucun kabulünün sınırını hakkın kötüye kullanılması teşkil eder.

Belirtilenler, her iki edimin kısım kısım ifa edilmesinin kararlaştırıldığı durum için de geçerlidir. Bu durumda bedel ödeme borcunun tamamı, son kısmın zilyetliğinin devriyle muaccel değildir bilakis, her bir kısmın zilyetliğinin devrinde o kısma ait

isabetli değildir. Bkz. **Gauch**, N. 2392; Heribert Trachsel, **Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln**, Bern, 2000, N.67; aynı yönde bkz. **Brändli**, N.960 vd.
İsviçre Kanton Mahkemesi(Aargau), bir kararında, 10.000 Frank'lık onarım borcu ifa edilene kadar 18.000 Franklık geriye kalan miktarın ödenmesi borcunun ifasından defi ileri sürülerek kaçınabileceğine karar vermiştir. Bu isabetli karar ve değerlendirilmesi için bkz. OGr. AG 6.9.1985; AGVE 1985, Nr. 6, S. 36 f. (**BR 1987/1** , s. 16).
Kanaatimizce, ikinci görüş isabetlidir. Bu anlamda aşan kısım bakımından definin amacının aşıldığı iddiası da isabetli değildir. Tam tersine bazı durumların varlığı halinde definin amacını gerçekleştirmek için onarım masraflarını aşan miktarda bedel ödeme borcunun ifasından kaçınmak gerekebilir. Örneğin, yüklenicinin onarım borcunun ifasını gerçekleştirme konusunda isteksiz olduğuna ilişkin emarelerin varlığı halinde veya deneyimlere göre onarım borcunun ifasının ihmal edildiği bir ayıp ortaya çıktığı durumda,(**Gauch,** N. 2394) yükleniciyi harekete geçirmek ve ona baskı yapmak amacıyla onarım masraflarını aşan miktarda bedel ödeme borcunun ifasından kaçınılabilir.

[717] **Brändli**, N.962; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 14; **Gauch**, N. 2393-2395; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N.136, 143; **Ayan**, s. 87.

[718] **Gauch**, N. 2401.

bedel ödenmesi gerekir (TBK m. 479 II)[719]. Art arda teslimli satış sözleşmesinde olduğu gibi burada da her bir kısım birbirinden ayrı değerlendirilmemelidir. Eserin bütün kısmı ile, bedelin bütün kısmı birbiriyle mübadele ilişkisi içerisinde durur[720].

Zilyetliği devredilen kısmın onarılmasını isteyen iş sahibi, muacceliyeti bir diğer kısmın zilyetliğinin devrine bağlı olan bedel kısmının ifasından defi suretiyle kaçınabilecektir[721]. Örneğin, küçük çaplı bir inşaat sözleşmesinde, eserin ilk kısmı biitirilip teslim edilmesinden ve ilk kısma ait bedel ödenmesinden sonra ikinci kısmın ifasına başlanmıştır. Eserin ilk kısmının ayıplı olduğu tespit edilmiş, bu arada ikinci kısım da bitirilmiştir. Eserin ilk kısmının ayıbı nedeniyle iş sahibi ikinci kısma ait bedel ödeme borcunun ifasından defi suretiyle kaçınabilecektir[722].

e. Vekalet Sözleşmesinde

Ücretsiz vekalet sözleşmesi, daha önce belirttiğimiz üzere, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. Ancak taraflar, sözleşme kapsamında vekalet borcu ile vekile ücret ödenmesi borcunun mübadele ilişkisi içerisinde yer almasını kararlaştırabilirler. Bu durumda sözleşme karşılıklı borç yükleyen sözleşme niteliğini elde eder. Kural olarak, vekalet sözleşmesinde ücret kararlaştırılmış ise, vekalet

---

[719] Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Y. HGK. 23-724/ 168 T. 24. 2. 2016 (**Kazancı**): *"...Arsa maliki, arsa payı devri edimini değişik şekillerde ifa edebilir. Bu edimi ya kararlaştırılan arsa paylarının devrinin inşaat bitirilince yükleniciye devredilmesi, ya da sözleşmede inşaatın geldiği aşamaya göre kademeli tapu devri şeklinde yerine getirebilir. Bu ikinci halde yani kademeli tapu devrinde, yüklenici her aşamada devri kararlaştırılan tapuları arsa sahibinden istemeye hak kazanır.Tam burada konuyu aydınlatması bakımından borçlunun temerrüdünden de söz edilmesi faydalı olacaktır…davacı arsa malikinin inşaatın getirildiği aşamalara göre borçlandığı kademeli edimini fazlaca yerine getirdiği anlaşıldığından, taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca davalı yüklenicinin edimini yerine getiremediğinden, davacı arsa malikinden tapunun devrini istemeyeceği ve yüklenici davalının edimini sözleşmeye uygun olarak süresinde ifa etmediğinden temerrüde düştüğü anlaşıldığından, edimini ifa etmeyen yüklenicinin arsa sahibinden aynen ifayı isteme hakkının bulunmadığı nazara alınmadan, davacı arsa sahibinin davalıya ait bölümleri süresinde devretmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru değildir…."*.

[720] **Gauch**, N. 2402; **BaslerK/ Zindel/ Pulver/ Schott**, Art. 372, N. 14; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N.78; **BernerK/ Gautschi,** Art. 372, N. 21b; kısım kısım ifa edilecek eser bakımından ayıplı kısma karşılık gelen bedel ödeme borcunun ifasından kaçınan iş sahibine karşı yüklenicinin açacağı davada iş sahibinin ayıbın onarılması karşılığında bedel ödeme borcunun ifasına mahkum edileceği yönünde bkz. **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 13a.; **Kaiser**, BauR, s. 209.

[721] **Gauch,** N.2402;.**BaslerK/ Zindel/ Pulver/ Schott**, Art. 372, N. 14; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N.78; **BernerK/ Gautschi,** Art. 372, N. 21b.
Tersine, yüklenicinin defi vasıtasıyla kaçınabileceği de kabul edilmelidir. Bu kapsamda yüklenici bitirilmiş ve teslimi teklif edilen işin bedeli ödenmemesine dayanarak işe devam etmekten defi vasıtasıyla kaçınabilir. Bkz. **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N.78; Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, Vedat, 2013, s. 149.

[722] Ancak sözleşme ile taraflar aksini kararlaştırabilir ve iş sahibinin kaçınma hakkını, eserin bir kısmının ayıplı devriyle muaccel olacak bedel kısmının ifasından kaçınmayla sınırlayabilirler. Bkz. **Gauch**, N. 2402.

borcunun ifası bakımından vekil önce ifa yükümlüsüdür. Özellikle ifanın süreye yayıldığı durumlarda, işin niteliği gereği bir tarafın önce ifa yükümlülüğünün kabul edilmesi zorunluluğu ortaya çıkar[723].

Ancak vekalet sözleşmesinde mübadele ilişkisi içerisinde bulunan edimler, vekaletin yerine getirilmesi ve elde edilenin teslimi ile bu borçlarla mübadele ilişkisi içerisinde bulunan ücretin ödenmesi borcu ise; bu halde ücret ödeme borcuna karşı, vekaletin yerine getirilmesi borcu önce ifa edilmesi gereken bir borç iken; ücret ödeme borcuna karşı elde edilenlerin teslimi borcu aynı anda ifa edilecek borçtur. Bu nedenle dolaylı temsil yoluyla yürütülen vekalet sözleşmesinde, ücret ödenmediği sürece iade borcunun ifasından veya tersi durumda ücret ödeme borcunun ifasından kaçınılabilir[724]. Böyle bir değerlendirme yapmaksızın her durumda önce ifa yükümlülüğü nedeniyle definin ileri sürülemeyeceğini belirtmek isabetli olmaz[725]. Bunun yanında elde edilenlerin verilmesi borcu mübadele ilişkisi içerisinde yer almıyorsa, kaçınmanın borcun ifa edilmediği define dayandığı kabulüne şüphe ile yaklaşmak gerekir[726]. Aynı husus hesap verme borcu bakımından da geçerlidir.

---

[723] **BernerK/ Fellmann**, Art. 394, N. 481; Philipp Gmür, **Die Vergütung des Beauftragten**, Freiburg, 1994, N. 263, N. 299.

[724] Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.II, 4. Bası, İstanbul, Evrim, 1989, s. 503; **BernerK/ Gautschi**, Art. 400, N. 16a; vekilin elde edilenleri teslim borcu ile vekalet verenin ücret borcu mübadele ilişkisi içerisinde durduğu sürece bu sonucu kabul eden isabetli görüş için bkz. **BernerK/ Fehlmann**, Art. 400, N. 178.

[725] Önce ifa yükümlülüğü nedeniyle definin ileri sürülemeyeceği hususunda isabetsiz değerlendirme için bkz. **BernerK/ Fehlmann**, Art. 394, N. 484-485; **Gmür**, N. 298 vd.
Bu halde durum eser sözleşmesinde olduğu gibidir. Bu nedenle elde edilenlerin teslimi borcu ifa edilmediğine dayanılarak bedel ödeme borcunun ifasından kaçınılabilir.
Vekilin önce ifa yükümlülüğünü kabul etmekle birlikte, ifa dışında herhangi bir sebeple ilişkinin sona ermesi halinde, daha önce yerine getirilmiş vekalet borcunun karşılığı olan ücret borcunun hemen muaccel olacağı, Art. 82 (TBK m. 97) 'e dayanılarak, vekilin elde edilenlerin verilmesi borçlarını veya hesap verme borcunu ifa edene kadar, vekalet verenin ücretin ifasından kaçınılabileceğini kabul eden görüş (Peter Derendinger, **Die nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages**, 2. Aufl, Freiburg, 1990, N. 418) de, görüşümüzü doğrular niteliktedir. Ancak iade borcunun vekalet sözleşmesi kapsamında mübadele ilişkisinin dışında tutulduğu ve bir yan edim olduğu durumda kaçınma defiye dayanmaz. Örneğin doktorun hastayı tedavi etmesine rağmen, ücretin ödenmediğine dayanarak, tetkik sonucunda elde ettiği röntgenlerin iadesinden kaçınması defiye dayanmaz.

[726] Ancak Yazarlar, genel olarak kaçınma hakkını kabul etmekle birlikte bu halde elde edilenlerin teslimi borcunun mübadele ilişkisi içerisinde yer almayan bir yan edim yükümlülüğü olarak değerlendirmekte, dürüstlük kuralından doğan bir genel kaçınma hakkını kabul etmektedir. Bkz. **BernerK/ Fehlmann**, Art. 394, N. 485; N. 176; **Gmür**, N. 303; Yazarlar'ın bu kaçınma hakkını borcun ifa edilmediği defi olarak belirttiğini ileri süren isabetsiz görüş için bkz. Türker Yalçınduran, **Vekalet Sözleşmesinde Ücret**, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2007, s. 165.

Herhalde önce ifa yükümlüsü olan vekilin vekaleti yerine getirme borcu ile vekalet verenin ücret ödeme borcu kısım kısım ifa edilecek ise, her bir kısma yönelik karşı edim borcu ifa edilene kadar, edim borcunun ifasından defi vasıtasıyla kaçınılabilecektir[727]. Bu halde, genel olarak, vekil veya vekalet veren, karşı edim borcunun ifa edilmediğine dayanarak edim borcunun ifasından kaçınabilecektir.

Belirtilenler ışığı altında, vekalet sözleşmesi bakımından sorun, dolaylı temsil yoluyla yürütülen vekalette, vekilin, vekalet borcunun ifası sırasında ortaya çıkan masraflar ödenene kadar vekalet borcunun ifası sonucunda elde edilenlerin iadesinden kaçınmasının defiye dayanıp dayanmadığı hususunda ortaya çıkmaktadır.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda savunulan bir görüşe[728] göre, definin ileri sürülüp sürülmeyeceği vekalet sözleşmesinin içeriği ve alt türleri gözönüne alınarak farklı şekilde değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, dolaylı temsil yoluyla yürütülen vekalet sözleşmesinde, vekalet borcunun içeriği bir satış işleminin yapılması ve satın alınanın

---

Yazarlar burada kaçınmanın borcun ifa edilmediği define değil, öğreti ve uygulama tarafından geliştirilen şahsi hapis hakkına (obligatorisches Retentionsrecht) dayanarak kaçınılabileceğini kastetmektedirler. Bkz. aşağıda §3 V D.

[727] Aksi görüşe göre, kısmi ifa durumunda sadece vekil gereği gibi ifa etmediği durumda borcun ifa edilmediği define dayanılarak edimin ifasından kaçınılabilecektir. Bkz. **BernerK/ Fehlmann**, Art. 394, N. 484- 485; defiyi gereği gibi ifa edilmeme durumuyla sınırlandıran *Fehlmann*, böyle bir sınırlandırmayı haklılaştıracak gerekçe sunmamıştır. Kısım kısım ifa gerçekleşeceği durumda dahi, önceki kısma ait borç ifa edildikten sonra yeni kısma ait vekalet borcunun ifası teklif edilmemiş ise, önceki kısma karşılık gelen bedel ödeme borcunun ifasından borcun ifa edilmediği defi vasıtasıyla kaçınılabilir. Bu nedenle kaçınma gereği gibi ifa edilmemeyle sınırlandırılamaz.
Definin her iki durumda da ileri sürülemeyeceğini ileri süren görüşe göre, kısım kısım ifa durumunda gereği gibi ifa edilmeme bakımından da definin ileri sürülemeyeceği söylenebilir. Çünkü vekil kötü de olsa ifayı gerçekleştirmiş, edim yükümlülüğünden kurtulmuştur. Bu halde, vekilin defiye konu, mübadele ilişkisi içerisinde bulunan borcu sona ermiştir. Kanun, eser sözleşmesinden farklı olarak, vekile ayıbın giderilmesi yükümlülüğü yüklememiştir. Bkz. **Gmür**, N.300-302; ancak genel hükümlere göre, bu durumda dahi tazminat istendiği ve aynen tazmin imkanına karar verildiği ihtimalde, bunun içeriğini gereği gibi ifa edilmeme oluşturacaktır. Aynen tazmin gerçekleşene kadar borçlu defi ileri sürebilme imkanına sahiptir. Örneğin, vekilin, sözleşmede kararlaştırılandan daha düşük miktarı kapsayacak şekilde ipotek tescil etmesi halinde, ipoteğin kurulması borcu gereği gibi ifa edilene kadar ücret ödeme borcunun ifasından kaçınılabilir. Bu nedenle bu görüş de isabetli değildir.

[728] **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 32; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 61; **von Tuhr/ Escher**, s. 69; **Kaniti**, s. 86; **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1092; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 829; **Serozan**, §6, N. 3; N. 21; Kural olarak, hapis hakkına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı, ancak satış işleminin gerçekleştirilmesine yönelen dolaylı temsil ile yürütülen vekalette, borcun ifa edilmediği definin kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 69; definin doğrudan uygulanacağı bu halde mübadele ilişkisinin mevcut olduğu yönünde aksi görüş için bkz. **BernerK/ Gautschi**, Art. 400, N. 16a vd; herhalde aynı sonucun doğacağı yönünde bkz. **Tandoğan**, II, s. 503. Taşınmazın adına tescilini isteyen davacıya karşı masraf alacağının ödenmediğine dayanılarak kaçınma hakkının mevcut olduğu, bu kaçınma hakkı bakımından definin kıyasen uygulanacağı yönünde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 94 II 267**

iadesi ise, bu halde vekilin masraflarının ödenmesi borcu ifa edilene kadar, satın alınanın iadesinden kaçınılabilecektir. Bu halde durum, satılanın zilyetliğini ve mülkiyetinin, bedel ödeme borcu ile mübadele ilişkisi içerisinde bulunan satış sözleşmesinde olduğu gibi ele alınmalıdır. Sonuç itibariyle -mübadele ilişkisi mevcut olmadığından- borcun ifa edilmediği defi kıyasen uygulanır.

Kanaatimizce, masraf alacağı ücret borcunun içeriğinde yer alıyor, iade borcu da vekalet borcunun yerine getirilmesini tamamlayan ona bağlı bir borç ise, bu halde masraf alacağı ile iade borcunun mübadele ilişkisi içerisinde durduğu söylenebilir[729]. Bu halde artık defi doğrudan uygulama alanı bulur. Ancak taraf iradelerinden bu borçların mübadele ilişkisi içerisinde yer aldığı çıkarılamıyorsa, masraf alacağı karşılanana kadar, elde edilenlerin verilmesi borcunun ifasından kaçınma hakkı defiye dayanmaz. Bu halde borcun ifa edilmediği defi doğrudan uygulama alanı bulmaz. Bu hususta, kaçınma şahsi hapis hakkına dayanır (obligatorische Retentionsrecht) [730]. Ancak herhalde her iki tarafın da kaçınma hakkı vardır.

Bu noktada belirtilmesi gereken husus TBK m. 509 III'de öngörülen vekilin hapis hakkının uygulama alanı dışında yer alan durumlarda borcun ifa edilmediği definin uygulanıp uygulanamayacağıdır. TBK m. 509 III'e göre;

"Vekalet veren, vekilin kendi adına ve vekalet veren hesabına edinmiş olduğu taşınır eşyanın iflas masasından ayrılarak kendisine verilmesini isteyebilir. Vekilin sahip olduğu hapis hakkından iflas masası da yararlanır."

Hüküm dolaylı temsil yoluyla yürütülen vekalette, vekilin iflası halinde, vekalet verenin ayırma hakkını ve veki ile iflas masasının paraya çevrilebilir niteliğe sahip olan taşınırlar ve kıymetli evrak bakımından hapis hakkını[731] düzenlemektedir. Ancak,

---

[729] Vekalet sözleşmesinin bir alt türü olan komisyonculuk sözleşmesi bakımından aynı yönde görüş için bkz. Komisyonculuk sözleşmesinde, komisyoncunun satın alınanın iadesi borcu ile vekalet verenin masrafların ödenmesi ve ücret borcunun mübadele ilişkisi içerisinde durduğu ve burada borcun ifa edilmdiği definin doğrudan uygulama alanı bulacağı, şahsi hapis hakkına yer olmadığı yönünde bkz. Peter Loher, "**Das dingliche Schicksal des Kommissionsguts**", AJP, 2016, s.927, dn. 53; ayrıca bkz. Bilgehan Çetiner, **Hapis Hakkı**, Filiz, İstanbul, 2010, s. 183.

[730] Aynı yönde bkz. **Wey**, N. 10, N. 31 vd.

[731] Bu hapis hakkının hukuki niteliği tartışmalıdır: Bir görüşe göre, kural olarak, ayırma hakkı, bu hüküm olmasaydı iade konusu üzerinde ayni hakkın varlığını gerektirirdi. Hüküm, vekalet verenin iade konusu üzerinde ayni hakkı olmasa da kendisine bir ayırma hakkı vermektedir. Böylece vekalet veren tıpkı iade konusu üzerinde mülkiyet hakkı sahibi imiş gibi davranabilme imkanına, bu hükümle sahip olmaktadır. Bu nedenle, hükümde belirtilen hapis hakkına, niteliğine uygun düştüğü ölçüde MK m. 950'de düzenlenen hapis hakkına ilişkin hükümler uygulanır. Şahsi hapis hakkı burada iflas masasına böyle bir hapis hakkı verilmekle elde edilecek amacın gerçekleşmesine hizmet

TBK m. 509 III'ün uygulama alanı dışında duran hallerde mülkiyet hakkı vekilde olup, müvekkile sadece iade borcunun ifasını talep yetkisi içeren bir alacak hakkı verilir. Bu halde, genel olarak, dolaylı temsilci olan vekil, daha öncede belirttiğimiz gibi, borçlar mübadele ilişkisi içerisinde yer alıyorsa borcun ifa edilmediği defi, yer almıyorsa şahsi hapis hakkını ileri sürebilir[732].

f. Saklama ve Ödünç Sözleşmelerinde

Saklama sözleşmeleri ve kullanım ödüncü sözleşmelerinde[733] de saklayanın/ ödünç alanın, mübadele ilişkisi içerisinde değerlendirilmeyen masraf alacağı ile saklama/ ödünç sözleşmesi konusunun iadesi borcu arasında mübadele ilişkisi olmadığından, vekalet sözleşmesi için belirtilenler, saklayan/ödünç alanın kaçınma hakkı bakımından da geçerlidir. Masraf alacağı ödenmediğinden, ödünç alanın /

---

etmez. Bkz. **BernerK/ Zobl**, Art. 898 N. 55; tasfiye işlemlerini yerine getirmekle de yükümlü olan iflas masasının sadece iade borcunun ifasından kaçınma hakkıyla yetinmesi üstlendiği işin tabiatına aykırıdır. Burada ayni etkili hapis hakkının kabul edilmesi kanunun amacına ve mantığına da uygundur. Bkz. **Çetiner**, s. 176.

Ancak aksi yöndeki baskın görüş ise, burada ayni etkili bir hapis hakkı değil, şahsi hapis hakkı (obligatorisches Retentionsrecht) olduğunu ileri sürer. Bu halde ne vekilin ne de iflas masasının paraya çevirme yetkisi vardır. Bkz. **BernerK/ Gautschi**, Art. 400, N. 18a; **ZürcherK/ Oftinger/ Bär**, Art. 895, N. 192; TBK m. 509 III (OR Art. 401 III) de vekilin iade konusu üzerinde mülkiyet hakkı olmasını aradığından ayni etkili hapis hakkının uygulanamayacağı yönünde bkz. **BernerK/ Fellmann**, Art. 401, N. 118-119.

Kanaatimizce ilk görüş isabetlidir. Burada kanun düzenlemeyi ele alış şeklinden yola çıkılarak, müvekkile, iade konusu üzerinde sanki bir mülkiyet hakkı varmış gibi, ayırma hakkı verildiği ve vekile de hapis hakkı verildiği görülmektedir. Aksi görüşün burada vekilin mülkiyet hakkı sahibi olması nedeniyle, hakkın ayni etkili hapis hakkı olmadığı yolundaki iddiası, düzenlemenin kendisiyle çürütülmüştür. Ancak ilk görüşün, ayni etkili hapis hakkının kıyasen uygulanabilirliğini gerekçelendirmek için kullandığı iflas masasına paraya çevirme hakkı verilmesi zorunluluğundan yola çıkması isabetli değildir. Bu gerekçe bakımından ilk görüş isabetsizdir.

[732] **BernerK/ Zobl**, Art. 898 N. 55; **Çetiner**, s. 176; aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 113 III 32.**

[733] Tüketim ödüncü sözleşmelerinde faiz ödeme borcu ile ödünç konusunu verme borcu arasında mübadele ilişkisi mevcuttur (bkz. **İkinci Bölüm, II, A**), ancak genellikle, faiz ödeme borcu, ödünç konusunun verilmesi ve belirli bir sürenin geçmesinden sonra muaccel olacak şekilde kararlaştırılmaktadır. Bu halde, ödünç konusunun verilmesi, faiz ödeme borcuna karşı önce ifa edilmesi gereken bir borç olarak ortaya çıkar. Ancak, anapara faizinin ödünç konusunun verildiği an ödeneceğinin kararlaştırıldığı(aynı anda ifa) ihtimalde, verme borcu ifa edilmedikçe faiz ödeme borcunun ifasından defi vasıtasıyla kaçınılabilir. Tersi durumda da aynı husus geçerlidir.

Kısım kısım ödünç verilecek ve her bir kısma ait anapara faizi ödenecek ise, bu halde de, o kısma ait faiz ödeme borcu ifa edilmediğinden bahisle bir sonraki kısma ait borcun ifasından veya bir sonraki kısma ait ödünç verme borcunun ifası teklif edilmediğinden bahisle bir önceki kısma ait faiz ödeme borcunun ifasından defi vasıtasıyla kaçınılabilir. Faiz ödeme borcunun ifa edilmemesinin sebebi ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü ise, TBK m. 390 ve TBK m. 97 yarışır şekilde uygulanır.

saklayanın paraya çevrilmesi mümkün olmayan taşınır eşyanın[734] iadesinden kaçınma hakkı borcun ifa edilmediği define değil, şahsi hapis hakkına dayanır[735].

g. İş veya Hizmet Sözleşmesinde

İş ve hizmet sözleşmeleri, genel olarak sürekli borç ilişkisi niteliğinde ilişkilerdir. İşveren/ Hizmet alacaklısının ücret ödeme borcu ile işçi/ hizmet borçlusunun edimi mübadele ilişkisi içerisinde bulunmasına rağmen, zorunlu şekilde bir tarafın önce ifa yükümlülüğü ortaya çıkar. Bu nedenle definin ileri sürülmesi bakımından sürekli borç ilişkileri bahsinde belirteceklerimiz[736] iş ve hizmet sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Ancak iş ve hizmet sözleşmeleri bakımından borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebileceğinin kabul edilip edilmediğinin ayrıca incelenmesi gereken hususlara değinmek gerekir.

İşveren veya hizmet alacaklısı, iş görme borcu hiç ifa edilmediği durumda işçinin veya hizmeti görenin bedel ödeme talebine defi vasıtasıyla karşı koyabilir[737]. Ancak gereği gibi olmayan ifa durumunda, hizmet alacaklısı veya işverenin sadece uğradığı zararları tazmin imkanı olduğundan, aynen ifa yerine geçen ayıptan doğan haklarına benzer hakları mevcut olmadığından, borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilme imkanı yoktur[738]. İhlal öncesi görülen iş tamamen yarar sağlamaktan uzak

---

[734] Bu halde ödünç/ saklama konusunun paraya çevrilebilir taşınır eşya veya kıymetli evrak olması halinde, mülkiyet hakkı ödünç veren/saklatana ait olduğundan, iade talebine karşı hapis hakkı veya alıkoyma hakkı kullanılabilecektir. Mübadele ilişkisi sözkonusu olmadığından borcun ifa edilmediği defi bu halde uygulanabilir değildir. Şahsi hapis hakkı ise bu hallerde, kaçınma hakkı bakımından bir boşluk olmadığından uygulanabilir değildir.

[735] Nevzat Koç, "**Vedia Alanın Ödemezlik Def'i ve Hapis Hakkı**", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000, s. 427 vd; **Wey**, N.10 dn.10; ayrıca bkz. aşağıda §3 V D.
Alman Hukuku bakımından bkz. **Zoller,** s.98; ayrıca bkz. **Soergel/ Gsell,** vor §320, N. 25; *Zoller*, bu durumda BGB §273'de düzenlenen genel kaçınma hakkının kullanılabileceğini ileri sürmektedir: **Zoller,** s. 98.

[736] Ayrıca bkz. aşağıda §3 III C.

[737] Y. 22 HD. 21161/ 6911 T. 21.03.2014 (**Lexpera**); *"...Somut olayda davalı tarafından davacının ücretinin 45 günde bir ödendiği ifade edilmektedir. Bu ödeme biçimi 4857 sayılı Kanun'un 32. maddesindeki emredici düzenlemeye aykırıdır. Ayrıca dosya içinde yer alan ödeme belgeleri ile banka kayıtları birlikte değerlendirildiğinde davalı tarafından ücret ödemesinin düzenli ve tam yapıldığı ispat edilemediği gibi bu duruma sebep olabilecek bir mücbir sebep de ileri sürülmüş değildir. Şu halde davacının işin ifasından kaçınma hakkı bulunduğunun kabulü gerekmektedir. Bu tespiti göre ise davalı işveren tarafından yapılan fesih haklı sebebe dayanan bir fesih değildir. Davacının ihbar tazminatı ile gidiş ve dönüş masraflarına ilişkin alacakları bulunmaktadır…";* aynı yönde bkz. Y. 22 HD. 25969/6044 T. 14.03.2014 (**Lexpera**)

[738] **StaudingerK/ Schwaze,** §320, N. 84; **Soergel/ Gsell,** §320 N. 66; bu halde dahi, aynen tazmine karar verilirse, durum farklı değerlendirmek gerekir. Aynen tazmin borcu giderilene kadar ücret ödeme borcunun ifasından kaçınılabilir.

ise, gereği gibi ifa edilmedikçe görülen iş bir anlam ifade etmiyorsa, bu ihlal hiç ifa edilmeme olarak değerlendirilebilir. Bu ihtimalde definin uygulanabilirliğinden bahsedilir[739].

Kural olarak, koruma yükümlülüğü edim ile mübadele ilişkisi içerisinde yer almadığından yükümlülüğün ihlal edildiğine dayanılarak edimin ifasından kaçınmak mümkün değildir. Ancak koruma yükümlülüğü bir borç olarak düzenlenmiş ise durum ayrıca incelenmelidir. Örneğin, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunu ihlal etmesi veya ihlal tehlikesinin ortaya çıkması durumunda, işçiden işe devam etmesinin beklenemeyeceğinin söylendiği ihtimalde[740], işverenin koruma ve gözetme borcu ile işçinin iş görme borcu mübadele ilişkisi içerisinde yer aldığı ve işçinin ediminin ifasından kaçınabileceği ileri sürülmektedir.

Bu ihtimalde koruma ve gözetme, karşı edimden bağımsız bir borç olarak düzenlenmiş ise, koruma borcunun yerine getirilmesi edimin ifasına göre daha önce ifa edilmesi gereken bir borç olarak ortaya çıkar. Zira işçiyi koruma ve gözetme borcu ifa edilmelidir ki, işçinin edimini ifa etmesi beklensin. Bu ihtimalde de önce ifa yükümlülüğünün olduğu kabul edilirse, önce ifa yerine getirilmedikçe edimin ifasından kaçınılabilir ancak edimin ifasından kaçınmak muacceliyet eksikliğine dayanır[741]. Zira edimin ifası ancak, bu borç yerine getirilirse muaccel olacaktır.

---

[739] **StaudingerK/ Schwaze,** §320, N. 84

[740] Ancak bu ihtimalde definin ileri sürülebileceği, işverenin koruma yükümlülüğünün, işçinin mübadele dışında kalan menfaatinin korunmasına yönelik olduğu, bu yükümlülüğün mübadele ilişkisi içerisinde yer almadığı, bu yüzden her zaman koruma yükümlülüğünün ihlali durumunda definin uygulanacağının söylenemeyeceği, onun yerine BGB §273'ün uygulanacağı yönünde Alman Hukuku'nda savunulan baskın görüş için bkz. **StaudingerK/ Schwarze**, §320 N. 22; koruma yükümlülüğünün synallagma içerisinde yer almadığı, işçinin tehlikeden korunmak amacıyla iş görme borcu altına girmediği bu nedenle defiye konu olamayacağı yönünde bkz. **Dehmel**, s. 130 vd; aksi yönde görüşe göre bu hallerde de borcun ifa edilmediği defi uygulanacaktır. Bkz. **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 24, vor §320 N. 12; **Soergel/ Gsell**, §320, N.33; Alman Hukuku'nda iş sözleşmesinde işverenin koruma yükümlülüğü bir borç olarak ele alınmadığından, salt bir koruma yükümlülüğünün ihlali durumunda edimin ifasından kaçınmanın mümkün olup olmadığı değerlendirilmiştir.. Zira koruma yükümlülüğü, kural olarak, bir borç olmadığından ve mübadele ilişkisi içerisinde de yer almadığından koruma yükümlülüğünün ihlali sadece bir tazminat borcu doğurur. Ancak bu husus Türk Hukuku'nda TBK m. 417 gözönüne alındığında geçerli değildir.

[741] Koruma ve gözetme borcu önce ifa edilmesi gerektiğine dayanarak, sürekli borç ilişkilerinde bir tarafın önce ifa yükümlüsü olduğu ihtimalde de defi ileri sürülebileceği görüşü burada uygulanmaz. Zira koruma ve gözetme borcu ile iş görme borcu arasında synallagmatik bağlılık yoktur. Aynı yönde bkz. **Dehmel**, s. 130 vd.; İSGK m. 13 II gereğince koruma yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle toplu iş görme ediminin ifasından kaçınmanın, grev sayılmayan iş bırakma hallerinden biri olduğu yönünde bkz. Ömer Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku Dersleri,** On iki Levha, İstanbul, 2018, s. 355.

İSGK m. 13 I'e göre, işçinin çalışmadan kaçınma hakkında bu durum açıkça görülür. Hükme göre, ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurul bulunmayan yerlerde işverene başvurarak gerekli önlemlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. İSGK m. 13 II'e göre ise, gerekli tedbirler alınana kadar, çalışan iş görme ediminin ifasından kaçınabilir. Bu halde, çalışanlar işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Hatta bu halde karşı edim borçlusu olan ücret borçlusu işveren, defi ileri sürerek ücret ödeme borcunun ifasından kaçınamaz. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 II, bu hususta işçinin kaçındığı dönem boyunca ücret hakkının saklı olduğunu belirtmesi bu hususa örnek olarak verilebilir[742].

h.Sigorta Sözleşmesinde

Genel olarak, edimlerden birinin şarta bağlı olmadığı diğerinin bir şarta bağlı olduğu durumda, şart gerçekleştiği durumda synallagmatik bağlılık doğacağından bu halde karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmeden bahsedilebilir[743]. Ancak bu husus sigorta sözleşmelerinin özelliği gözönüne alındığında ayrıca ele alınmayı gerektirmektedir. Bu hususta sigorta sözleşmelerinde durumun incelenmesi gerekir. Sigorta sözleşmelerinde edimler arasında mübadele ilişkisinin olup olmadığı, varsa hangi edimler arasında mübadelenin olduğu hususu tartışmalıdır. Bu tartışma sigorta ettirenin borcu bakımından değil, özellikle sigortacının borcu üzerinden şekillenmiştir[744]. Sigorta ettiren prim ödeme borcu altında iken sigortacı, riziko

---

[742] Alman Hukuku'nda işçinin edimin ifasından kaçındığı süre boyunca ücret alacağını saklı tutan özel bir hüküm yoktur. Genel bir hüküm olarak TBK m. 408'i karşılayan BGB §615'e dayanılmaktadır. Bkz. **Dehmel**, s. 169-170; bu değerlendirmeden yola çıkılarak, işçinin edimin ifasından defi vasıtasıyla kaçındığı süre boyunca ücrete hak kazanacağı hususu TBK m. 408 hükmü gözönüne alınarak genelleştirilebilir. Ayrıca bkz. aşağıda §3 III C.

[743] Ayrıca bkz. yukarıda §2 B 2 a.

[744] Para borcu teorisine göre, sigortacının borcu rizikonun gerçekleşmesi şartına bağlı, bu şartın gerçekleşmesiyle doğan bir borçtur. Tehlike gerçekleşmeden sigortacının asli edimi henüz doğmamıştır. Tehlike taşıma teorisine göre ise, sigortacının rizikoyu üzerine almasının karşı edimini sigortalının prim borcu teşkil eder. *Şeker*, sigorta sözleşmelerinin karşılıklı borç yükleyen sözleşme olmadığı ancak eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde de olmadığını, ortaya çıkan boşluğun tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümler kıyasen uygulanarak doldurulabileceğini ileri sürmektedir. Para borcu teorisi ve tehlike taşıma teorisi şeklinde iki esaslı teorinin mevcut olduğu, bu teorilerin incelenmesi ve bu görüş için bkz. Zehra Şeker, "**Sigorta Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Üzerine**", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 1044 vd; karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin kanuni düzenlemeler sigorta sözleşmesine ancak niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanmalıdır. Bkz. **Larenz, s. 167-168; ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 35; para borcu teorisinin savunucularına göre, sigorta ettirenin prim ödeme borcu ile sigortacının rizikonun gerçekleşmesi şartına bağlı borcu mübadele ilişkisi

gerçekleşirse ortaya çıkan zararı kararlaştırılan miktara kadar tazmin borcu altındadır. Ancak bu tartışmanın borcun ifa edilmediği define etkisini değerlendirilmek gerekir.

Türk Hukuku'nda doktrinde yapılan bu tartışmanın, prim borcunun ilk taksidinin ödenmesi bu surette sigorta himayesinin başlamasından sonra[745] ancak rizikonun gerçekleşmesinden önce borcun ifa edilmediği definin ileri sürülemeyeceği sonucunun kabulü[746] bakımından bir anlamı yoktur. Zira rizikonun üstlenilmesini asli edim niteliğinde kabul eden tehlike taşıma teorisi bir an için kabul edilse, riziko gerçekleşmeden önce prim ödeme borcunun ifa edilmemesi nedeniyle sigortacının karşı edim borcunun ifasından kaçınabilme imkanını somutlaştırmak mümkün değildir[747]. Prim ödeme borcu karşılığında rizikonun üstlenildiği kabul edilse dahi, sigortacı rizikoyu üstlenme borcunun ifasından *geçici* surette nasıl kaçınacaktır?[748] Karşılaştırmalı hukuk gözönüne alındığında, sigortacının sigorta himayesini askıya alabileceğinden ve bu surette prim borcunun ödenmediği zamanda tehlike gerçekleşirse, sigortacının sigorta bedelini ödemeden kaçınacağı ileri sürülebilir[749]. Ancak bu sonuç kaçınmanın geçiciliği niteliğine uygun düşmez. Böyle bir kaçınma sigortacının borcunun ifasından kesin surette kaçınmasıyla aynı sonucu doğurabilir ve

içerisinde yer alır ve sigorta sözleşmesinin karşılıklı borç yükleyen sözleşme olduğunun kabulü hususunda bir engel yoktur. Çünkü taraflar şarta bağlı olmayan bir edimle, şarta bağlı veya şarta bağlı olmayan bir karşı edim arasında mübadele ilişkisinin varlığını kabul edebilirler. Bu görüşler için bkz. **Soergel/ Gsell**, vor §320, N. 30.

745 Sigorta himayesi, TTK m. 1421'deki düzenleme gözönüne alındığında, prim ödeme borcunun ilk taksidinin ödenmesiyle başlayacaktır. Bkz. Şaban Kayıhan, **Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu**, Seçkin, Ankara, 2004, s. 150; Ali Aylı, **Zarar Sigortalarında Prim Ödeme Borcu**, Vedat, İstanbul, 2003, s. 62.

746 Bir taraf şartlı borç altında iken diğeri şarta bağlı olmayan borç altında olduğundan, taraflardan her birinin karşı edimi elde etmek karşılığında edimin ifasını gerçekleştirecek şekilde borç altına girmek istemesi durumu buraya uygun düşmez. Bu sebeple borcun ifa edilmediği savunması şartın girişinden önce uygulama alanı bulmaz. Sonuç olarak aynı, gerekçe itibariyle farklı yönde olan bu görüş için bkz. **Larenz**, s.167-168.

747 Para borcu teorisini kabul etmekle birlikte aynı yönde bkz. Barış Demirsatan, "**Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcunda Temerrüd**", İÜHFM 2017/1, s. 385.

748 Tehlike taşıma teorisinde ileri sürülen, tehlikenin gerçekleşmesinden önce tehlikenin gerçekleşme olasılığını gözönünde bulundurarak, tazminat ödemeye hazırlıklı bulunması (bu anlamda primleri nemalandırması, reasürans sözleşmesi yapması gibi) gerektiği görüşü gözönüne alındığında(bu görüşler ve değerlendirme için bkz. **Şeker**, s. 1047 -1048) bu hazırlık hareketleri asli edim yükümlülüğü niteliğinde değildir. Bu nedenle bu görüşe dayanılsa dahi kaçınma borcun ifa edilmediği define değil, şahsi hapis hakkına dayanacaktır. Şahsi hapis hakkı için bkz. aşağıda §3 V D.

749 Karşılaştırmalı hukukta sigortacının prim borcunu ödemediği ihtimalde, sigortacının sigorta himayesini askıya alabileceğine ilişkin düzenlemeler, bu hususu somutlaştırmaktadır. Ancak karşılaştırmalı hukuktaki durumdan farklı olarak TTK'da himaye kural olarak bu dönemde de devam ettiğinden sigorta himayesinin askıya alınması mümkün değildir. Bu yönde isabetli görüş ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler için bkz. **Demirsatan**, s. 384-385.

sigorta ettirenin alacağın elde edilmesine olan menfaatini ortadan kaldırır. Para ödeme teorisi bakımından ise sigortacının asli edimi şartın gerçekleşmesiyle doğan sigorta bedelini ödeme borcu olduğundan, rizikonun gerçekleşmesinden önce karşı edim henüz doğmadığından borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebilme imkanı yoktur. Sonuç itibariyle hangi görüş kabul edilirse edilsin bu halde borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebilir değildir.

Rizikonun gerçekleşmesinden sonra ise, sigortacının, TTK m. 1431 V'e göre, muaccel prim ödeme borcu ile rizikonun gerçekleşmesinden sonra zararı giderme borcunu takas edebilme imkanı olduğundan definin pratik değeri yoktur[750]. Bunun yanında sigorta ettiren, rizikonun ortaya çıkmasından sonra sigorta bedeli kendisine ödenmediğine dayanarak prim ödeme borcunun ifasından kaçınabilir[751].

Sigorta sözleşmelerinde bazı yan edim borçlarının ifa edilmediği durumda definin ileri sürülüp sürülmeyeceği de değerlendirilmelidir. TTK m. 1431'e göre, sigorta priminin ilk taksidinin sözleşme yapılır yapılmaz ve poliçenin teslim edilmesi karşılığında ödeneceği düzenlemektedir. Bu hüküm ile poliçe teslim borcu ile primin ilk taksidinin ödenmesi borcunun aynı anda ifa edileceği düzenlenmiştir[752]. Ancak poliçe teslim borcu bir asli edim niteliğinde olmadığından ve sigorta priminin ilk taksidinin ödenmesi ile mübadele ilişkisi içerisinde bulunmadığından, karşı edimin en azından ifasının teklif edilmediğine dayanılarak borcun ifa edilmediği defi ileri sürmek mümkün değildir[753]. Borçlar arasında mübadele ilişkisi bulunmadığından taraflardan her biri şahsi hapis hakkını ileri sürebilir.

i. Ortaklık Sözleşmesinde

Ortaklık sözleşmesiyle (kişi ortaklığı kuran, ayrı bir tüzel kişiliği olmayan) ortaklardan her biri, ortak amacın gerçekleştirilmesine katkıda bulunma borcu altındadır. Bunun sonucu olarak, her bir ortak, diğer ortakların muaccel olan katkıda bulunma borcunun ifasını isteyebilir. Ortaklık adına hareket eden yetkili temsilci veya

---

[750] Aynı yönde Bkz. **Demirsatan**, s. 385-386.

[751] Ancak, sigorta ettiren bir sigorta toplumunun üyesi ise bu hakkı sınırlandırmak gerekebilir. Alman Hukuku'nda sigortaya ilşikin özel hükümlerin uygulanmasına dayanarak ve bunun sonucunda Sigorta Genel Kanunu 26'da (VAG §26) üyenin takas ileri sürebilme imkanının sınırlandırılmasından yola çıkarak ve hükmün amacı ve ruhu gereği üyenin prim ödeme borcunun ifasından kaçınma hakkının da sınırlandırılabileceği yönünde bkz. **Soergel/ Gsell,** §320, N. 42.

[752] Aksi yönde görüşe göre, poliçe teslim edilmedikçe prim ödeme borcunun ilk taksidi muaccel olmaz. Bkz. **Kayıhan**, s. 149; aksi yönde görüşe katılan diğer yazarlar için bkz. **Demirsatan**, s. 368 dn. 42.

[753] **Aylı**, s. 66-67; **Demirsatan**, s. 368.

her bir ortak (actio pro socia vasıtasıyla-ortaklığın menfaatini korumak adına her bir ortağa verilen yetki-) katkıda bulunma borcunu yerine getirmeyen ortağa dava açabilir. Bu davada acaba kendisine dava açılan ortak diğer ortak(lar)ın katkıda bulunma borcunu ifa etmediğine dayanarak katkı borcunu ifa etmekten kaçınabilecek midir? Ortağın katkıda bulunma borcunu ifa etmediğine dayanarak, kazanca katılması veya ortaklık hukukuna özgü hakları kullanması geçici surette engellenebilir mi?

Alman doktrininde baskın görüş[754], mübadele ilişkisine sahip sözleşmelerin yapısının ortaklık sözleşmesine uymadığı bu nedenle definin bu tür sözleşmelerde doğrudan uygulanmayacağını ileri sürer. Sadece iki üyeli ortaklıklar bakımından, bu ortaklık ilişkisi mübadele ilişkisine benzerdir. Bu nevi ortaklıkta mübadele ilişkisinde olduğu gibi benzer menfaat durumu ortaya çıktığından defi uygulanabilir. *Ortaklık,* katkıda bulunma borcunun ifasını talep ettiğinde ise kural olarak defi uygulama alanı bulmaz. Ancak borcunu ifa etmeyen ortak actio pro socio vasıtasıyla edimin ifasını isterse, bu halde defi ileri sürülebilir. Bunun dışında artık definin ileri sürülebilirliğinden bahsedilemez. Zira ortağın edimin ifasından kaçınması, ortaklığın amacının zedelenmesine neden olur. Kazanç payı ve katkıda bulunma borcu arasında mübadele ilişkisi bulunmadığından bu borçlar bakımından da defi ileri sürülemez. Genel itibariyle ortaklık hukukuna ilişkin özel hükümler, definin yerini alabilir ve definin uygulanabilirliğini önemsizleştirebilir.

Alman Hukuku'nda aksi yönde görüş ileri süren *Hütteman'*[755]a göre, katkıda bulunma borcu ortak amacın gerçekleştirilmesinin aracı olarak kararlaştırılmıştır. Bu nedenle ortaklardan birinin katkıda bulunma borcu, diğer ortakların katkıda bulunma borcunun karşılığını teşkil etmez. Bu nedenle bir ortağın diğerinden daha önce katkıda bulunma borcu altına girmesi, diğer ortağa kredi vermesi anlamına gelmeyecek, ortaklar arasında yük dağılımını belirleyecektir. Ortaklık sözleşmesi ile mübadele sözleşmeleri arasındaki farklılık, borcun ifa edilmediği definin ortaklık sözleşmesinde

---

[754] **MünchenerK/ Emmerich**, Vor §320, N. 4, 12; §320, N. 16; **MünchenerK/ Ulmer**, §705, N.160 vd.; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 38 -39, vor §320, N. 26; **Erman/ Westermann**, §705, N. 43 ; Uwe Hüffer/ Jens Koch, **Gesellschaftsrecht,** 8. Aufl. , 2011, N. 5 vd; **StaudingerK/ Schwarze**, vor §§320 -326, N. 36; Christine Windbichler, **Gesellschaftsrecht**, 23. Aufl., München, 2013, §6, N. 4; **Hueck/ Hueck**, §6 II 3.
İkiden fazla ortağın olduğu ortaklıklarda defi ve aynı anda ifa, yerini ortakların birbirine güven yükümlülüğüne bırakır. Bu durumda ortaklardan birinin katkı borcunu ifa etmemesi halinde diğer ortaklar borcun ifasından kaçınamazlar: **Fikentscher/ Heinemann** s. 664.

[755] **Hüttemann**, s. 69 -71; 75 -76, 82; 93.

hiçbir surette uygulanmayacağı sonucunun kabulüne neden olmaz. Kural olarak, önce ifa yükümlülüğü mevcut olmadığı sürece[756], ortaklardan her birine, katkıda bulunma borcunun ifasından kaçınma hakkı verilmelidir. Bu kaçınma hakkı borcun ifa edilmediği defiden başka bir şey değildir. Buna uygun olarak borcun ifa edilmediği defi, ortaklık sözleşmesinin özelliği gözönüne alınarak borçların aynı anda ifa edilmesi gerektiği durumda uygulama alanı bulabilecektir. Katkıda bulunma borcunun aynı anda ifa edileceği iki ortaklı ortaklık sözleşmesinde –actio pro socia'ya karşı- borcun ifa edilmediği defi doğrudan uygulanabilir iken, ikiden fazla ortağın olduğu ortaklık sözleşmesinde borcun ifa edilmediği definin doğrudan uygulanabilirliği kolaylıkla kabul görmez. İkiden fazla ortağın olduğu ortaklık sözleşmesinde, ortaklardan her biri borcun ifa edilmediği defi ileri sürerek, ortaklık amacının gerçekleşmesini engelleyebileceğinden, borcun ifa edilmediği defi sadece kendi katkıda bulunma borcunu ifaya hazır olmak suretiyle pasif kalmayan ve ortaklar arasında güven yükümlülüğüne uygun davranan ortağa tanınmalıdır.

Hüttemann'a[757] göre, ortağın, kendisinden katkı payının ödenmesini isteyen *ortaklığa* karşı ise, ifadan kaçınma hakkı, borcun ifa edilmediği defi dışında bir başka gerekçeye; "ortaklar arasında eşit muamele" prensibine dayanır. Bu prensip, özellikle ortaklık ile ortak arasındaki ilişkilerde defi ile aynı amaca hizmet eden ancak onun yerine geçen nitelikte bir imkan sağlar. Zira ortaklık ile ortak arasındaki ilişki bakımından, ortaklık, ortaktan katkı payının ödenmesi borcunun ifasını isterse, ortaklığın ortağa karşı mübadele ilişkisi içerisinde bulunan bir borcu olmadığından, ortak ortaklığa karşı defi ileri süremez. Ancak "ortaklar arasında eşit muamele" ilkesine dayanarak, ilgili ortak, diğer ortaklara karşı dava açılmadığı sürece edimin ifasından kaçınabilme imkanına sahiptir.

---

[756] *Hüttemann*'a göre, önce ifa yükümlülüğünün mevcut olmaması, mübadeleye yönelen sözleşmelerden farklı olarak, ortaklık sözleşmesine özgü gerekçelerin incelenmesiyle belirlenecektir. Bu kapsamda ortakların menfaat durumundan, önce ifa yükümlülüğünün sözleşmenin amacına aykırı olup olmadığı çıkarılabilir. Bkz. **Hüttemann**, s. 75;

[757] **Hüttemann**, s. 99-100; *Hüttemann*, daha eski tarihli eserlerde bu amacın genellikle defi vasıtasıyla sağlandığının belirtilmesine rağmen, ortaklar arasındaki "do ut des" prensibinin yerini ortak ile ortaklık arasındaki ilişkilerde organizasyona ilişkin kuralların alacağını (eşit muamele ilkesi), belirtmiştir. Bkz. **Hüttemann**, s. 100.

Hütteman'a göre[758], kazanca katılma ve katkıda bulunma borçları bakımından ise, kural olarak, kazanca katılma alacağı, katkıda bulunma borcundan sonra muaccel olacaktır. Bu halde, önce ifa yükümlülüğü sözkonusu olduğundan[759] kural olarak, definin ileri sürülemeyeceği söylenebilir. Ancak ilk kazanç paylaşımı zamanında dahi hala katılma borcu ifa edilmemiş ise, ortaklık kazanca katılma borcunun ifasından kaçınabilir. Bu halde kazanca katılmadan kaçınma, ortakların tümü katkı borçlarını ifa etmeden önce, dağıtılmaya elverişli, amaçlanan kazanç elde edilmiş ise mümkün olacaktır.

Alman Hukuku'nda durum bu iken, Türk ve İsviçre Hukuku'nda ortaklık sözleşmesinde definin ileri sürülüp sürülmeyeceği hususunun değerlendirilmesi gerekir.

Türk ve İsviçre doktrininde baskın görüşe[760] göre, ortaklık sözleşmelerinde ortakların her biri borcun ifa edilmediği defini kural olarak ileri süremez. Ortakların edimleri birbiriyle mübadele ilişkisi içerisinde bulunmadığından bu sözleşmeler karşılıklı borç yükleyen sözleşme niteliğinde değildir. Bilakis ortaklar ortak amacın gerçekleştirilmesi hususunda anlaşırlar (Menfaatlerin ortaklığı). Ortakların edimlerini aynı anda ifa etmeleri ortaklığın amacının gerçekleşmesi için esaslı olmayıp ikiden

---

[758] **Hüttemann**, s. 142-143; Bir diğer sorun, kendi katkı payını önce ifa ederek defi veya eşit muamele prensibine dayanan kaçınma hakkından feragat eden ortağın, katkıda bulunma borcunu ifa etmeyen ortaga kazanç verilmesinden kaçınılmasını isteyip isteyemeceği de sorulabilir. Bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Zira ifa etmeyen ortağın, katkıda bulunmadığı kazanca katılması ortaklık sözleşmesinin amacına uygun olmadığı gibi, katkıda bulunma borcunun ifasından kaçınmada kabul edildiği üzere, hiçbir ortak diğerinden daha önce ifa etme yükümlülüğü altında bırakılamaz. Bkz. **Hüttemann**, s. 143-145.

[759] **Hüttemann**, s. 142 -143; aynı yönde bkz. **Erman/ Westermann,** §705 N.44; **MünchenerK/ Ulmer**, §705 N. 168.

[760] **Müller**, s. 95 vd.**; ZürcherK/ Schraner,** Art. 82. N. 44 -48;. **ZürcherK/ Handschin/ Vonzun**, Art. 531, N. 100 vd; **Bürgi**, s. 335 vd; **Simmen**, s. 26-27, 114-115; **Guhl/ Druey**, s. 681; **Wuhlschleger**, Art. 82, N. 12; Levi Werner, **Entstehung, Erfüllung und Nichterfüllung des Gesellschaftsvertrages nach den allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts**, Freiburg, 1934, s. 78-79; Werner von Steiger, **Schweizerisches Privatrecht**, C. 8/ 1, Basel/ Stuttgart, 1976, s. 375; **BernerK/ Fellmann/ Mülller**, Art. 530, N. 428**; Guhl/ Merz/ Kummer,** s. 564; **Baumann/ Zysset**, s. 162 vd. ; **Serozan**, §6 N. 9; Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Vedat, İstanbul, 2010, s. 49; Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz, İstanbul, 1992, s. 578.
Ortaklardan birinin önce ifa yükümlülüğü kararlaştırılmış olsa dahi, önce ifa yükümlü ortak karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdeki durumdan farklı olarak diğerlerine kredi sağlamış olmaz. Zira ortaklar ortaklığın malvarlığını oluşturmak amacıyla katkı sağlamayı kararlaştırdıklarından, ortaklık malvarlığındaki yatırıma katılmış olurlar. Ortak ifayı gerçekleştirdiği durumda bu sebeple aslında malvarlıksal olarak kaybettiği herhangi bir şey yoktur. Bu sebeple ortak diğerlerinden daha uygunsuz bir durumda değildir: **Müller**, s. 96.

fazla ortakların bulunduğu ortaklıkta fiilen uygulanma imkanı da yoktur. Bu sebeple aynı anda ifa esası da geçerli değildir[761]. Ortaklık amacındaki menfaat, her bir ortağın diğer ortakların edimini doğru zamanda ifa etmesindeki menfaatten önce gelir. Bu sebeple definin ileri sürülmesiyle ortaklığın amacının tehlikeye düşmesine izin verilemez. Üç kişilik bir ortaklıkta, katkı borcunu yerine getirmeyen ortak diğer ortaktan katkı borcunun ifasını istediğinde, diğer ortak defi ileri süremez. Zira defi ileri sürdüğü durumda ortaklığın amacı tehlikeye düşer[762] [763].

Türk ve İsviçre Hukuku bakımından bu yöndeki baskın görüş, Alman Hukuku'ndaki baskın görüşle genel itibariyle örtüşmektedir. Baskın görüş bu yönde olmakla birlikte bu görüş kendi içerisinde iki ana kısma ayrılmaktadır.

Baskın görüşe katılan bir kısım doktrine göre[764], definin ileri sürülebilirliği bakımından istisna tanımaya yer yoktur. İki kişiden oluşan ortaklıklar dahil definin ileri sürülebilmesi mümkün değildir.

---

[761] **Müller**, s. 95-96; **Simmen**, s. 115; **von Steiger**, s. 375-376; Ortaklık sözleşmelerinde ifada sıra kararlaştırılmamış ise, çoğu zaman bu edimlerin türünden ve ortaklığın amacından çıkarılır. Ancak katkıda bulunma borcu aynı zamanda yerine getirilmesi gerekse de, bu durumda aynı anda ifadan yine bahsedilemez. Zira onun için gerekli olan mübadele ilişkisi mevcut değildir. Bu görüş için bkz. **Müller**, s.95.

[762] Ortaklığın amacının tehlikeye düşmesi definin ileri sürülememesinden daha ciddi sonuçlara yol açabilir. Bu yüzden her iki hukuki kurum aynı seviyede değerlendirilemez. Bu sebeple definin ileri sürülmesi ortaklığın sona ermesi ihtimalini önemsizleştirmez. Bkz. **Müller**, s.96.

[763] Ortaklığın sebepsel yapısı (causa) gözönüne alındığında definin ileri sürülebilmesi için gerekli temel yine kurulamaz. Zira ortaklığa ilişkin borcun causa'sı diğer ortakların yükümlülük altına girmesi değil, bilakis üyeliğin kazanılmasıdır. Bu sebeple borcun ifa sırasına uygun ifa edilip edilmediği bu kapsamda önemli değildir. Ortaklardan birinin ediminin geçersizliği ortaklığın causa'sının düşmesine neden olmaz. Bu husus fonksiyonel bağlılık bakımından da geçerlidir. Bkz. **Müller**, s. 98.
Kanaatimizce ortaklığa ilişkin borcun sebebi (causa) üyeliğin kazanılması, ortaklığın parçası olmak değildir. Bu hususta *Müller*'in görüşü isabetli değildir. Ortaklardan birinin edimin geçersizliğinin ortaklığın causa'sının düşmesine neden olmayacağı, bu anlamda genetik bağlılığın olmadığı her durumda kolaylıkla kabul görmez. Aynı yönde bkz. **Kaniti**, s. 64-65.

[764] **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, s. 49 ; **Becker**, Art. 82, N. 12; **BaslerK/ Leu**, Art. 82, N. 3; **Serozan**, §6 N. 9; genel olarak ileri sürülemeyeceğini kabul etmekle birlikte en azından amaca uygun olduğu ölçüde uygulanabileceği yönünde bkz. **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 578; menfaat durumu gözönüne alınarak mutlak şekilde reddedilmemesi gerektiği yönünde bkz. **von Büren**, II, s. 249-250.
İkiden fazla ortağın olduğu sözleşmelerde borcun ifa edilmediği definin ileri sürülemeyeceğini kabul etmekle birlikte, haklı sebepler nedeniyle ortaklığın sona ermesini isteme imkanının tanınması uygun yardımı sağlayabileceği yönünde isabetsiz görüş için bkz. **Becker**, Art. 82, N. 12; ortaklık sözleşmesini sona erdirme imkanı veren haklar yanında definin de fonksiyonu olduğunu, sona erdirebilme imkanının olmasının defiyi etkisizleştirmeyeceği yönünde isabetli görüş için bkz. **Kaniti**, s. 84; **Werner**, s. 78.

Baskın görüşe katılan bir diğer kısım doktrine[765] göre ise, definin ratio legisi dürüstlük kuralında görüldüğünde, defi ortaklık hukukunda da belirli ölçüde ileri sürülebilir. Ancak definin uygulanması bakımından şu hususların gözönüne alınması gerekir: İki kişiden oluşan ortaklıklarda, kendi katkı borcunu ifa etmeyen ortaklardan biri önce ifa ile yükümlü olmayan diğerinden katkı borcunun ifasını isterse bu durumda diğerinin dürüstlük kuralı gereği defi ileri sürme hakkı olduğu söylenebilir[766]. İki kişiden daha fazla ortağın olduğu ortaklıklarda eşit davranma kuralı, diğer ortaklardan hiçbiri katkı borcunu ifa etmezken ve geçerli sebep yokken ortaklardan sadece birinden katkı borcunun ifasının istenmesini yasaklar. Bu nedenle borcun ifası talep edilen ortak, talebin diğer ortaklara yöneltilmesine kadar borcunun ifasından kaçınabilir[767]. Ayrıca katkı borcu bakımından temerrütte olan ortağın katkının ifasını

---

[765] **Müller**, s. 98 vd. ; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 49-51; **Simmen**, s. 115; **ZürcherK/ Handschin/ Vonzun**, Art. 531, N. 103 vd. ; Walter Schluep, "**Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und –kooperation**", ZSR 1973/ 92, s. 439; **Bürgi**, s. 336; **Guhl/ Druey**, s. 681; **Werner**, s. 78-79; **von Steiger**, s. 376; **Tschudi**, s. 155 vd; **Baumann/ Zysset**, s. 162 vd; **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1093.
Aynı sonucu kabul etmekle birlikte, eşit davranma ilkesi veya actio pro socio açan ortağın kendi edimini ifa etmemiş olması gibi durumların dürüstlük kuralına dayandığı, sadece bu hallerde değil, talebin yöneltilmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği diğer durumlarda da definin ileri sürülebileceğinin söylenebileceği, bu durumun MK m. 2'nin doğal sonucu olduğu, borcun ifa edilmediği defi ve ortaklık hukuku tekniği bakımından özellik arz eden bir durum ortaya koymadığı yönünde görüş için bkz. **Barlas**, Ortaklık, s. 116; kanaatimizce ifa talebinin yöneltilmesinin dürüstlük kuralına aykırı olması ile, dürüstlük kuralına dayanılarak (eşit davranma ilkesi, güven yükümlülüğü gibi ortaklık hukukuna özgü görünümleri olan) bir defi imkanı tanınması hususlarını birbirinden farklıdır. İlkinde artık bir defi tanımaya gerek yoktur. İfa talebinin yöneltilmesi, durumun özelliği gereği dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, talep edilenin defi ileri sürmesine gerek yoktur. Bu halde hakim durumu re'sen gözönüne alacak ve ifa talebini reddedecektir. İkinci durumda ise, ifa talebi yöneltilse de bu dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmez. Sadece ileri sürülüp sürülmeyeceği hususunun talep edilene bırakıldığı dürüstlük kuralına dayanan, mübadele ilişkisi mevcut olmadığından doğrudan değil ancak kıyasen uygulanacak bir defi imkanı tanınır.

[766] İki kişiden oluşan ortaklıklarda sözleşmesel yapının çoğu zaman karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdekine yaklaştığı yönünde bkz. **Simmen**, s.115; **ZürcherK/ Handschin/ Vonzun**, Art. 531, N. 104; **BernerK/ Fellmann/ Müllller,** Art. 530, N. 428.

[767] Her ifa etmeme durumunda kendisine karşı dava açılan ortağın ifadan kaçınamayacağı, durumun özelliğine göre değerlendirme yapılması gerektiği, bu sebeple ortağın kaçındığı her durumda gerçek anlamda bir borcun ifa edilmediği definden (duruma göre uygulanması nedeniyle) bahsedilmeyeceği, ancak edimin ifasını bir dereceye kadar diğerlerininkine bağlı olduğundan defi ile yakınlığının gözardı edilemeyeceği yönünde bkz. **Müller**, s.99.

dava ettiği ihtimalde(actio pro socia)[768] de talep edilen ortak, borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilir[769].

Bu görüşe[770] göre, kazanç paylaşımı ile katkıda bulunma borcu arasında mübadele ilişkisi yoktur. Kural olarak bu nedenle borcun ifa edilmediği defi ileri sürülerek edimin ifasından kaçınılamaz. Ancak kazancın belirlenmesi, katkı borcunun kapsamına bağlı ise, kaçınma hakkı tanınabilir[771]. Katkıda bulunma borcunun konusu para ise, ortaklık şartlar oluşmuş ise takas imkanının kullanabilir. Bunun yanında ortaklığın yönetimine ilişkin denetim, oy hakkı gibi hakların kullanımı, katkıda bulunma borcunun ifasına bağlanamaz.

Türk Hukuku'nda savunulan azınlıkta kalan ikinci görüşe[772] göre, ortaklık sözleşmesinde, ortaklardan her biri, ortaklardan diğerinin ortak amacın gerçekleştirilmesi için borç altına girmesi amacıyla borç altına girer. Bu surette diğer ortakların ortaklık amacı uğruna borç altına girmeleri, amacın gerçekleşmesini sağlayacak, her ortak, amacın gerçekleştirilmesiyle ortaya çıkan sonuçta, katkıda bulunma borcunun karşılığını bulacaktır. Ortakların edimlerin karşılığı, diğer ortağın amacın gerçekleştirilmesine katılmak suretiyle elde edilen sonuçta bulunur. Ortaklardan birinin, borcunun karşılığını diğer ortağın ediminde doğrudan bulmaması diğer ortağın ediminin karşı edim sayılmasını engellemez. Edimler arasında genetik ve kondisyonel synallagmatik bağlılık mevcuttur. Bu sebeple, ortaklık sözleşmesinin özellikleri gözetilmek kaydıyla borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebilir.

---

[768] Ortaklık sözleşmelerinde her bir ortağa verilen ortaklığın amacını korumaya hizmet eden dava açma hakkıdır. Bu talebe dayanılarak açılan bu tür davalarda defi ileri sürülmesi bu yüzden mümkün değildir. Ortaklardan her biri diğerine değil, ortaklığın tamamına borçlu olduğundan ortaklardan birinin katkı sağlama edimi bu sebeple diğerine bağlı değildir. Bkz. **Müller**, s. 97.

[769] Bu değerlendirme için bkz. **ZürcherK/Schraner**, Art.82, N.51; **Müller**, s. 98-99, 101; **Tschudi**, s. 157; hakkın kötüye kullanılmasına dayanılarak definin ileri sürülebileceği yönünde bkz. **Simmen**, 115; **BernerkK/ Weber**, Art.82, N.75; **von Steiger**, s. 376.

[770] **Müller**, s. 102-103; aksi yöndeki görüşe göre, kural olarak, kazanca katılma payının kendisine verilmesini isteyen ortağa karşı, kaçınma hakkı tanınması gerektiği aksi durumda, hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği yönünde bkz. **Simmen,** s. 115; *Werner*, ortaklığın sermayesinin, açık nedeniyle azaltıldığında kar payı ödenemeyeceğine ilişkin OR 560 gereği, katkıda bulunma borcu ile kar payı alacağı arasında karşılıklılığın olduğu sonucuna varıyor. Bkz. **Werner**, s.11.

[771] Sonuca katılmakla birlikte aksi yönde bir görüşe göre, bu görüş menfaat durumunu gözönüne almamaktadır. Ekonomik anlamda kazanç elde edilmemiş olsa dahi, ortaklar katkıda bulunma borcu altındadır. Ancak menfaat durumunun değerlendirilmesi neticesinde, kazanca katılma ve katkıda bulunma borçları arasında mübadele ilişkisi olmasa dahi, kaçınma hakkının varlığı kabul edilebilir. Bkz. **Simmen**, s. 115-116, dn. 63.

[772] **Kaniti**, s. 64 -65, 84 -85; Halil Arslanlı, **Kollektif ve Komandit Şirketler**, 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 39 – 40.

Yine bu görüşe göre[773], borcun ifa edilmediği definin uygulanması ortaklık sözleşmesinde çeşitli özellikler gösterebilir. Ortakların borçları arasında, ifa sırası bakımından bağlılık vardır. Bu nedenle, diğer ortakların borçları gözönüne alınmadan, ortaktan borcun ifa edilmesi istenemez. Ortaklardan birinin borcu, mübadele ilişkisinde olduğu gibi diğer tüm ortakların borcuna bağlı olduğundan, bir ortağın diğerlerine karşı ifaya mahkum olmasını isteyen ancak kendi edimini yerine getirmeyen davacı ortaklardan biri veya birkaçına karşı, ortaklardan her biri borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebilir. Bu durum ortağın yönetiminde yetkili ortağa karşı da geçerlidir. Bu halde ortaklardan biri borcunun ifasını yerine getirmemiş ise, davalı ortak, yönetime yetkili ortağa karşı, borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilir. Bu nedenle ikiden fazla ortağın olduğu ortaklıklarda definin önüne geçmek için borcunu ifa etmeyen tüm ortaklara dava açılması gerekir. Ancak bu husus ortaklık sözleşmesinden doğan bütün borçlar bakımından geçerli değildir. Hangi borçların ifası talebine karşı, hangi borçların ifasından defi vasıtasıyla kaçınılacağı menfaat durumuna göre çözülür. Ortaklardan birinin borcun ifasından kaçınması, ortak amacın gerçekleşmesinin zedelenmemesi amacından daha üstün tutulmak gerekiyorsa, definin ileri sürülebileceğini kabul etmek gerekir.

İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında adi ortaklık sözleşmelerinde definin uygulanmayacağını belirtmektedir[774].

Yargıtay[775], görece yeni tarihli kararında, ortaklık sözleşmesinde, ortakların ortak amaca yönelmesi nedeniyle definin ileri sürülmeyeceğini kabul etmektedir. Katkıda bulunma borcunu ifa etmeyen ortağa karşı, TBK m. 639 I b.7'e göre,

---

[773] **Kaniti**, s. 84-85.

[774] **BGE 116 III 72**; İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, adi ortaklık sözleşmesinde en azından edimler arasında genetik bağlılık olduğu belirtilmiştir: **BGE 67 II 126**; bu kabulün sonucu, bağlılığın geçerlilik bakımından etkili olmasıdır. Aksi görüşe göre, genetik ve fonksiyonel bağlılık yoktur. Bkz. **Müller**, s. 98.

[775] Y. 3. HD. 8681/ 932 T. 19. 1. 2015 (**Kazancı**); Y. HGK. 11. 12. 1963 26/96 (**Kazancı**); açık olmamakla birlikte aksi yönde bkz. Y. 3. HD. 1621/ 8266 T. 27. 5. 2014 (**Kazancı**): *" Bu durumda, mahkemece; raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi ve protokol hükümlerinin TBK'nun adi ortaklık hükümlerine göre çözümlenmesi… (yönünde) karar verilmesi gerekir… Yukarıda açıklanan usul ve yönteme uygun, ihtilafı halledecek şekilde rapor alındıktan sonra, davacı-(k.davalı)nın, davalı-(k.davacı)nın, 500.000 TL talebi ile ilgili kabulü olup olmadığı da araştırılarak ve ayrıca ek maddedeki şartın yerine getirilmemesi halinde TBK'nun 97. (BK'nun 81.) maddesi de dikkate alınmak suretiyle, mahkemece; karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir…"*. Açıkça anlaşılamamakla birlikte definin ileri sürülebilirliğinin kabul edildiği sonucuna varılabilir.

ortaklığın haklı sebeple feshini isteme imkanı verdiği yönünde karar vererek, definin yerine diğer hukuki kurumlara başvurabileceğini belirtmektedir.

Alman, Türk ve İsviçre Hukuku'ndaki görüşler gözönüne alındığında, borcun ifa edilmediği definin ileri sürülemeyeceği kesin bir şekilde söylenemeyecektir[776]. Bu kapsamda gerek, menfaat durumunun mübadele ilişkisindekine benzer olması, gerek dürüstlük kuralına dayanması gerekçeleri gözönüne alındığında iki kişiden oluşan ortaklıklarda borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebileceğinin büyük çoğunlukla kabul edildiği görülmektedir.

Alman Hukuku'nda oybirliğiyle kabul edildiği üzere Türk ve İsviçre Hukuku'nda da, ortaklığa ait, sözleşmede kararlaştırılan alacak haklarının dışında yer alan ve kaynağını ortaklığın yönetiminde bulan denetim hakları veya oy hakkı gibi ortaklık sözleşmesine özgü, ortaklığın birlikte idaresine ilişkin hakların uygulanması bakımından borcun ifa edilmediği defi ileri sürülemeyecektir[777]. Örneğin, katkıda bulunma borcunu ifa etmediği gerekçesiyle, ortağın, ortaklara tanınmış olan ortaklığın defterlerini inceleyebilme hakkını kullanması engellenemez[778].

Kanaatimizce, öncelikle şu hususu açıklıkla ortaya koymak gerekir. Ortaklık sözleşmelerinde, genel itibariyle, ortakların katkıda bulunma borcu altına girmesinin "causa" sı, ortaklık ile elde edilecek sonuca katılma, bu sonuçtan yararlanmadır. Sonuç maddi veya maddi olmayan unsurlara yönelik olsa da, katkıda bulunma borcunun sebebinde değişiklik yapmaz. Bu kabul, özellikle adi ortaklık sözleşmesinde, ortağın katkıda bulunma borcu ile sonuca katılma arasında mübadele ilişkisinin varlığını kabul zorunluluğu ortaya çıkarır görünmektedir. Ancak aksi mevcut olmadığı sürece, sonuca katılma için katkıda bulunma borcunun ifa edilmesi gerekecektir. Özellikle iki ortaktan oluşan ortaklık sözleşmesinde bu husus daha açık bir şekilde görülür. Zira bir ortak tek başına elde edemeyeceği sonucu bir başka ortağın katılımıyla elde etmek için borç

[776] Ortaklığın tasfiyesi halinde ise, çıkarılan ortak ile ortaklar veya tasfiye sonucunda birbirlerine karşı iade ile yükümlü olan ortaklar arasında da şartları mevcut ve ortaklık hukukuna uygun olduğu sürece borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebileceğinden bahsedilebilir.

[777] **Müller**, s.103; **Hüttemann**, s. 149 vd; **von Tuhr/Escher,** s.64 dn.46; **Kaniti,** s.67; **Bürgi**, s. 334.; **Soergel/ Gsell**, vor §320, N.26; **Arslanlı,** Şirketler, s. 40 dn. 45.

[778] **von Tuhr/Escher,** s.64 dn.46; **Kaniti,** s.67; **Bürgi**, s. 334; hakim kararıyla ortaklıktan çıkarılma yüzünden ortaklık payında azaltılma/sermayede azalmaya gidilmesi gerektiğinden hakim kararıyla çıkarılma ile aynı anda, çıkarılan ortağın tasfiye payının verilmesi talep edilemez. Zira tasfiye payının içeriğinin öncelikle belirlenmesi gerekir. Bkz. **BGE 89 II 137.**

altına girer[779]. Bu nedenle sonuca katılabilmek için iki ortaklıkta diğer ortağın katılma borcunu ifası elzemdir. Borç ifa edilince, sonuç elde edilecektir. Bu nedenle genellikle katkıda bulunma borcu ile sonuca katılma arasında synallagmatik bir bağlılık değil, kondisyonel bir bağlılık vardır (Emlak komisyonculuğunda/ Tellallıkta olduğu gibi). Bu nedenle iki ortaklı ortaklık sözleşmelerinde, sonuca katılma borcunun ifa edilmediği ileri sürülerek, katkıda bulunma borcunun ifasından defi vasıtasıyla kaçınılamaz. Sonucun kurucu unsuru olan katkıda bulunma borcunun ifası yerine getirilmediği sürece, diğer ortağın kendi borcunu ifa etmesi de ortak amacın gerçekleşmesini sağlayamayacaktır. Bu açıdan edimlerin ifası hususunda tarafların menfaat durumu bakımından, mübadeleye benzer bir menfaatin varlığından bahsedilebilir.

Sonuca katılma, borç altına girmenin sebebidir. Bu amacın gerçekleşmesi için gerekli kurucu unsurların sebebin içerisinde yer aldığı söylenebilir. Ancak doğrudan değil dolaylı bir amaç-araç ilişkisinden bahsedilebileceğinden, edimler arasında karşılıklılık olsa da, her bir ortağın katkıda bulunma borcunu diğer ortağın karşı edimi olarak nitelendirmek isabetli değildir[780]. Bu dolaylı amaç-araç ilişkisi, definin doğrudan uygulanabilirliğini engeller. Ancak sözleşmeye bağlı olan ifaya hazır ortağın diğer ortağa katkıda bulunma borcu bakımından baskı yapabilmesi ve bu surette ifaya zorlaması, doğrudan değil ancak kıyasen uygulanacak defi vasıtasıyla sağlanacaktır.

Bunun yanında, genel olarak, ikiden fazla ortağın olduğu durumda, borcun ifa edilmediği definin ileri sürülemeyeceğini belirtmek isabetli olmaz. İkiden fazla ortaktan oluşan ortaklıklarda definin ileri sürülebileceği hususunda ileri sürülen gerekçeler arasında yer alan ortaklar arasındaki güven yükümlülüğü veya ortaklar arasında eşit muamele ilkesi, borcun ifa edilmediği definin özellikle katkıda bulunma borcu bakımından uygulanabileceğini göstermekte ve definin mübadele ilişkisi sözkonusu olmadığından ancak kıyasen uygulanabileceğini ortaya koymaktadır. Definin mübadele ilişkisi olmadığından dolayı doğrudan uygulanabilirliğinin

[779] *Kaniti*'nin, ortağın katkıda bulunma borcu altına girmesinin sebebini, ortakların ortak amacı elde etmek uğruna borç altına girmesini sağlamak için olduğunu belirtmesi (**Kaniti**, s. 65) bu açıdan isabetli görünmektedir.

[780] Karşı edim olarak değerlendiren görüş için bkz. **Kaniti,** s. 65.

engellenmesiyle oluşan boşluk, ortaklar arasında eşit muamele ve güven yükümlülüğüyle doldurulabilir ve bu halde defi ancak kıyasen uygulanabilir.

Ortaklığın amacının zedeleneceği hususu da bu hususta yeter gerekçe değildir. Ortak amacın zedelenmesinin önlenmesi, kaçınma hakkını ortağın elinden almakla sağlanmayacaktır. Aynı şekilde defi ileri sürülmesinin, sadece ileri süren ortağın menfaatinin ortak amacın zedelenmemesi amacından üstün olacağı durumlarla sınırlandırmak da isabetli değildir[781]. Ortaklık amacının zedelenmesinin önlenmesi, kural olarak, bütün ortaklara talep yöneltilmekle sağlanacaktır. Bütün ortaklara böyle bir talep yöneltilmekle, ortaklar arasında eşit muamele ilkesi de uygulandığından her bir ortak kaçınma imkanını kaybeder. Bu sonuç, ortaklık hukukunda, definin ifa teklifi yapılana kadar ileri sürülebileceği kabulünden de ayrılmayı gerektirir. Definin buradaki fonksiyonu ise; talep eden ortağa, ifayı gerçekleştirmeyen tüm ortaklara talebini yöneltmesine yönelik baskı yapılması ve bu surette eşit muamele ilkesinin gerçekleştirilmesidir. Bu surette eşit muamele ilkesi gözetilecek, her bir ortak diğerine talep yöneltilmediğine dayanarak edimin ifasından kaçınabilecektir. Sonuç olarak, eşit muamele ilkesine ve güven yükümlülüğüne dayanılarak definin uygulama alanının oluşturulduğu söylenebilir. Sözkonusu borçlar bakımından her iki prensip de definin kıyasen de olsa uygulanabilirliğinin ortaklık sözleşmesinin niteliğine aykırı olmadığını göstermektedir.

Kanaatimizce katkıda bulunma borcu ile kazancın paylaştırılması borcu bakımından Alman Hukuku'nda *Hüttemann*'ın ileri sürdüğü görüş, Türk ve İsviçre Hukuku bakımından da geçerlidir. Ancak bu husus sadece ikiden fazla ortaklığın olduğu, katkıda bulunma borcunun ifasının sonuca katılmanın kurucu unsuru olmadığı ve sonuca katılmanın kazancın paylaşılması şeklinde ortaya çıktığı durumlarda kabul edilebilir. Zira bu halde, karşı edimin doğumu edimin ifasına bağlı olmadığından edimler arasında kondisyonel bağlılık yoktur. Bu halde çoğunlukla katkıda bulunma borcunun ifası kazanç paylaşımına karşı önce ifa edilmesi gereken bir borç olsa da, kazanç paylaşımının, katkıda bulunma borcu ile aynı anda muaccel olabileceği veya

[781] Böyle bir sınırlandırma yapılması, definin uygulama alanını oldukça daraltacak ve olayların büyük çoğunluğunda sadece ortak amacın gerçekleşmeyeceği ihtimalinin açık olduğu veya ifa edilse de durumun değişmeyeceği hallerde, definin ileri sürülebileceğinin kabul edilmesi zorunluluğu çıkaracaktır. Bu sınırlandırmayı kabul eden isabetsiz görüş için bkz. **Guhl/ Merz/ Kummer,** s. 564; **Guhl/ Druey**, s. 681; **Kaniti**, s. 84-85.

kısım kısım ifa edileceği durumlara rastlanılabilir. Bu kapsamda, ortaklığın kazanç dağıtımı ile katkıda bulunma borcu bakımından definin ileri sürülebileceği kabul edilebilir. Katkıda bulunma borcunu ifa etmeyen veya ifasını teklif etmeyen ortağa düşen kazanç payının ödenmesinden defi vasıtasıyla kaçınılabilecektir. Herhalde takasın şartları oluşmuş ise taraflardan her birine takas edebilme imkanı verilmelidir.

2. Atipik Sözleşmelerde Definin İleri Sürülebilirliği

Atipik borç ilişkileri bakımından taraflar, borç ilişkisinde, edim ile karşı edim arasında mübadele ilişki kurdukları ihtimalde borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebileceği borç ilişkisinin varlığından bahsedilir[782]. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi[783], marka veya fikri hak konusunda lisans sözleşmesi[784], know-how sözleşmesi[785] nde bu husus görülebilir. Atipik sözleşmelerde bu yüzden borcun ifa edilmediği defi özellik göstermez.

C. Sözleşme Dışı Borç İlişkilerinde Definin Uygulanması

Borcun ifa edilmediği defi, kural olarak, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde doğrudan uygulama alanı bulurken, niteliğine göre, sözleşmeden doğan borç ilişkisiyle aynı veya benzer şekilde ele alınabilecek sözleşme dışı borç ilişkilerinde de uygulama alanına sahiptir[786]. Genel olarak, sözleşme dışı borç ilişkisi olarak nitelendirilebilecek sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirilmesine[787] veya geçersizlik sebeplerinden birinin varlığına rağmen ifa edilen edimlerin iadesinin sözkonusu olduğu tasfiye

---

[782] **BaslerK/ Leu,** Art. 82, N. 4; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 64; **von Tuhr/ Escher**, s. 58.

[783] Tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcı ile üretici arasında iki farklı edimden bahsedilir. Birincisi tek satıcının satış bölgesinde satış oranlarını artırma ve üreticinin satışı bu bölgede satıcıya bırakma borçları mübadele ilişkisi içerisinde yer alan borçlardır. Ayrıca üretici malın teslimi ve devri borcu ile tek satıcının malın kabul ve bedelinin ödenmesi borcu mübadele ilişkisi içerisinde yer alır. Borcun ifa edilmediği defi bu borçlar bakımından uygulanır. Bkz. **von Tuhr/Escher**, s.64 dn.46; **von Büren**, s. 466; aynı yönde bkz. **BGE 78 II 34**; tek satıcılık sözleşmesinde, müvekkilin satıcının tek satıcı olmasını sağlama borcu ile satıcının ürünün satılabilirliğini arttırma ve teşvik etme yükümlülüğü arasında mübadele ilişkisi bulunduğu yönünde bkz. **BGE 107 II 223**

[784] Ücretsiz veya serbest lisans şeklinde hükümlere yer vermedikleri sürece lisans sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi, enerji dağıtım sözleşmesi, finansal kiralama sözleşmesi, film lisans sözleşmesi, know-how sözleşmesi, uzaktan kurs veya eğitim sözleşmeleri, opsiyon sözleşmeleri, finansal analiz sözleşmeleri örnek olarak gösterilebilir. Bkz. **BernerK/ Weber**, Art.82, N.64.

[785] Bu sözleşmenin karşılıklı borç yükleyen sözleşme niteliğinde olduğu ve mübadele ilişkisi içerisinde asli edim yükümlülüklerinin mevcut olduğu, know-how devretme borcunun ifa edilmemesi nedeniyle karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin genel hükümlerin niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanabileceği yönünde bkz. Tufan Öğüz, **Know-How Sözleşmesi**, 2. Bası, Filiz, İstanbul, 2018, s. 45, 131 vd.

[786] **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1094; **Kostkiewicz**, Art 82, N. 10; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 15; Ayrıca bkz. §2, II, B, 3, d.

[787] Sözleşmeden dönme sonucunda verilenlerin iadesi bakımından ilişkinin sözleşmeye dayanıp dayanmadığı hususunda tartışma için bkz. **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1686 vd.

ilişkilerinde, taraflardan birinin iade borcunu diğerinden daha önce ifa etmesini gerektirecek bir sebep çoğunlukla mevcut olmayacaktır. Bu durumda iadeyi isteyen tarafa karşı acaba borçlu borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilecek midir?

Alman Hukuku'nda BGB §348, sözleşmeden dönme durumunda, alınanların iadesi bakımından iade borçlarının aynı anda ifasını ve bu borçların ifası bakımından BGB §320 (borcun ifa edilmediği defi) ve BGB §322 (aynı anda ifaya mahkumiyet) 'nin niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanacağını düzenler[788].

Türk ve İsviçre Hukuku'nda BGB §348'e benzer bir hüküm yoktur. Ancak Türk ve İsviçre Hukuku'nda baskın görüş[789], genel itibariyle, borcun ifa edilmediği definin,

---

[788] Hüküm tasfiye ilişkisinde karşılıklı iade borçlarının nasıl ifa edileceğini düzenlemiştir. Tasfiye ilişkisinin sözleşmeden dönme veya sözleşmenin geçersizliğinden doğup doğmadığı veya sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olup olmadığı bu hususta farklılık oluşturmaz. Kanunkoyucu, şayet sadece synallagmatik sözleşmelerin tasfiyesinde bu hükmün uygulanması amaçlasaydı, bu durumda BGB §348'e ihtiyaç duymazdı. Sözleşmenin geçersizliği durumunda dahi iade borçlusu borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilecektir. Bkz. **Oesterle,** s. 239; **Erman/ Röthel**, §348, N. 1-3; aynı yönde bkz. **Ernst**, AcP, s. 515, 523-524; **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N. 20; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 51; Jürgen Kohler, **Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge**, Berlin, 1989, s. 118; Patrick Mossler, **Bereicherung aus Leistung und Gegenleistung**, Tübingen, 2006, s. 67 vd.; karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler için uygulama alanı bulan her hükmün iade borçlarında uygulanamayacak olması nedeniyle, her iki iade borcunun sınırlı bir karşılıklık ilişkisi (mübadele ilişkisi) içerisinde yer aldığı söylenebilir. Bkz. **Kaiser,** s. 130; **Bündenbender**, s. 645.

Hükmün sadece sözleşmeden dönme durumunda uygulanacağını ileri süren aksi yönde görüşe göre, hüküm açık atıf nedeniyle sadece dönme durumunda ortaya çıkan iade borçlarının ifasına münhasırdır ve sözleşmenin geçersizliği nedeniyle ortaya çıkan tasfiye ilişkisinde sebepsiz zenginleşmeden doğan iade borçları bakımından borcun ifa edilmediği defi değil, BGB §273'de yer alan genel kaçınma hakkı (Zurückbehaltungsrecht) uygulanabilecektir. Bkz. **Medicus/ Lorenz,** N. 239; **Kaiser,** s. 130; hatta sözleşmenin iptali durumunda aynı yönde bkz. **MünchenerK/ Emmerich,** §320, N. 22.

BGB §348 gibi, sözleşmeden dönme durumunda borcun ifa edilmediği define ilişkin hükme atıf yapan bir hüküm sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler arasında yer almaz. Bu nedenle her bir sebepsiz zenginleşme alacağının birbirinden ayrı değerlendirilmesini savunan öğreti (Çift talep teorisi öğretisi) aynı cins olmayan edimler bakımından BGB §273'e dayanan genel kaçınma hakkının uygulanmasını kabul eder. Ancak hesap bakiyesi teorisi'ne göre, edimler aynı cins ise birbiriyle mahsup edilecek ve arta kalan miktarı iade ile yükümlü taraftan bu miktarın iadesi isteneceğinden bu durumda ne BGB §273'den doğan ne de BGB §320'deki definin ne de takasın uygulanması mümkündür. Ancak edimler aynı çeşit değilse bu durumda iade borçlarının birbirine mübadele ilişkisi içerisinde bağlı olduğu ve bu borçların aynı anda iade edilmesi gerekliliği ortaya çıkar. Bu ihtimalde borcun ifa edilmediği definin uygulanması gündeme gelebilir. bkz. **Büdenbender**, s. 640; sözleşmeden dönme nedeniyle ortaya çıkan tasfiye ilişkisinde definin uygulanabilirliğinin, sebepsiz zenginleşmenin mevcut olduğu diğer durumlarda da sözkonusu olduğunu ileri süren, BGB §273 e dayanan genel kaçınma hakkının uygulanabilirliğini reddeden aksi yönde görüş için bkz. **Kohler**, s. 118.

[789] **BaslerK/ Leu,** Art. 82 N. 1-2; **Glasl**, s.188 -189; **Kaniti**, s.87; **Simmen**, s. 41-42, 116; **von Tuhr/ Escher**, s. 58, dn. 8; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 4, 70; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 15; **von Tuhr/ Escher**, s.58 Anm.8; Hans Giger, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse 1. Teilband Kauf und Tausch- 3. Abschnitte Das Grundstückkauf Art.216- 221 OR**, Bern, 1997, Art. 216, N. 379;

sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermesi veya geçersizlik nedeniyle ifa edilen edimlerin iadesi borçlarına kıyasen uygulanacağını kabul etmektedir.

Baskın görüş, görüşünü çeşitli hususlara dayanarak gerekçelendirmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki taraflardan birinin irade beyanıyla sözleşmenin geriye etkili şekilde sona erdiği durumlarda, her iki tarafın daha önce yerine getirdikleri edimleri iade etmesi gerekecektir. Bu surette, kendisinden her iki tarafın iade borcunun ortaya çıktığı bir tasfiye ilişkisinden bahsedilebilir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden doğan, mübadele ilişkisi içerisinde bulunan (synallagmatik) edimlerin ifasında sırayı düzenleyen OR Art. 82 (TBK m.97) burada doğrudan uygulanabilir değildir. Çünkü tasfiye ilişkisi, kural olarak, sözleşmesel bir temele dayanmayıp, bilakis sonradan ortaya çıkan bir ilişkidir [790].

Karşılıklı edimler arasında mevcut bağlılık, edimler sözleşmenin devam ettiği düşüncesiyle karşılıklı borç yükleyen sözleşme nedeniyle ifa edildiğinden, sözleşmeden dönme sonucunda veya sözleşmenin hükümsüz olduğu (iadelerin istenmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediği) durumlarda ortaya çıkan iade

---

CHK/ Wullschleger, Art. 82, N. 3; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 829; **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1094; **Nomer**, N. 173.7; Suat Sarı, **Alıkoyma Hakkı**, Alfa, İstanbul, 1997, s. 64 -65; **Çetiner**, s. 98 vd; **Bucher**, AT, s. 309; Dieter Zobl, **Berner Kommentar Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB, mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907- 915) Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte**, 2. Aufl., Bern, 1996, ZGB Art. 985, N. 41; Flavio Lardelli, **Die Einreden des Schuldners bei Zession**, Zürich, 2008, s. 11; **Stöckli**, N. 278; kıyasen olduğunu açıkça belirtmeksizin aynı yönde bkz. **Tunçomağ**, s. 733; kıyasen olduğunu açıkça belirtmeyen, hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde edim ile karşı edim arasında denge olduğu sürece uygulanacağını ileri süren görüş için bkz. **Schenker**, N. 710-711;
Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. **BGE 111 II 197**; **BGE 109 II 29; BGE 83 II 25**; **BGE 114 II 158;** tek taraflı bağlamazlık, sözleşmeden dönme gibi nedenlerle sözleşmenin tasfiye ilişkisine girdiği durumlarda uygulanacağı yönünde bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 4; sebepsiz zenginleşmeden doğan iade borçları bakımından, karşılıklı iadenin aynı anda gerçekleşmesi gerektiği ve TBK m. 97 (yBK m. 81)'nin kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. **Oğuzman/ Öz**, II, N. 1152 ;

[790] **Simmen,** s.116; **Weintraud**, s. 23 vd., 61 vd; **Sarı,** s. 64-66; tasfiyenin eski hale iadeyi sağlamaya yönelik olduğu, bu amacın her iki tarafa da yüklenmiş borçların ifasıyla sağlanacağı bu nedenle borcun ifa edilmediği definin kıyasen uygulanabileceği, borçlar arasında işin niteliğinden kaynaklanan synallagmanın olduğu yönünde bkz. **Öz**, Eser, s. 255-256; **Öz**, Zenginleşme, s. 170; **Kaniti**, s. 86 -87; ayrıca tasfiye ilişkisinin içeriği sözleşme ile düzenlenebilir. Bu halde de defi uygulanabilir. Bkz. Y. 13 HD. 5186/ 6250 T. 22.10.1985 (**KAZANCI**) kararında; *"…davacı ile davalıların protokol ile ortaklığı tasfiye ettiği, tasfiye protokolunde, davacının, davalının (A…) ismini kullanmasına müsaade etmesi borcu ile davalının telefonun mülkiyetini davacılara devretmesi borçlarının kararlaştırıldığı, davacının müsadee edip etmediğinin incelenerek, sonucuna göre davalının borcun ifa edilmediğini ileri sürüp sürmediğinin belirlenmesi…"* gerektiğine hükmetmiştir. Karara konu olayda aslında tarafların sözleşme ile bu borçlar arasında mübadele ilişkini kurdukları ve borcun ifa edilmediği definin tasfiye ilişkisine değil, taraflar arasındaki sözleşme ile kurulan bağlılığa dayandığı görülmektedir.

borçları bakımından da kabul edilebilir[791]. Belirtilenler gözönüne alındığında, iade borçları -aksine bir düzenleme olmadıkça- aynı anda ifa edilecektir. İade borçları, her ne kadar bilinen anlamda synallagmatik bir ilişki görünümü arz etmese de, diğer deyişle, tarafların birbirine iade etmek amacıyla borç altına girdiği söylenemese de synallagmanın iade borçlarının doğumuna kaynaklık eden tasfiye ilişkisine de yayılacağını kabul etmek gerekir (***faktische synallagma/fiili synallagma***) [792].

Synallagmanın burada kabulünün dayanağını kanaatimizce tarafların varsayımsal iradesi üzerine kurmak gerekir[793]. Zira sözleşmeden, sözleşmenin

---

[791] Tasfiye ilişkisinin sözleşmeden dönme, cayma veya sözleşmenin geçersizliğinden doğup doğmadığının önemli olmadığı, edimlerin başlangıçtaki bağlılığının, iadelerin sağlanarak önceki durumun kurulması aşamasında da dönüşen synallagma vasıtasıyla gözönüne alınması gerektiği yönünde bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 82, N.15; sözleşmeden dönme durumunda ortaya çıkan iade borçlarındaki bağlılığın hükümsüzlük durumunda da mevcut olduğu yönünde bkz. **Kaniti,** s.87-88; İsviçre Federal Mahkemesine göre, edim ile karşı edimin sözleşmenin kurulması aşamasındaki bağlılığı sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermesi sonucunda *önceki durumun yeniden oluşturulması aşamasında da* gözönüne alınması gerekir. Bu hususun kabulü, iade borçlarının aynı anda ifa edilmesini sağlar: **BGE 83 II 25**

[792] **Glasl**, s. 188; **Giger**, s. 133-134, 148; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N.15; **Serozan**, Çözülme, s. 197 dn. 29; **Sarı**, s. 64-66.

[793] Ayrıca bkz. yukarıda §2 II B 2 d. Varsayımsal irade dışında diğer sebeplerle iade borçları arasında bağlılığı kabul eden görüşe göre, ancak iade borcu altındaki tarafların menfaat durumu, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin mübadele ilişkisi içerisinde bulunduğu durumdaki menfaat durumuna uygun şekilde ortaya çıkması; hatta bir taraf ifa ettiği edimin iadesini, kendi ediminin iadesini gerçekleştirmeden talep etmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecek olması; karşılıklı taleplerin, tasfiye ilişkisinden doğan bu borçların aynı anda ifa edilmesiyle tarafların menfaatlerini uygun surette gözönüne alınmayı ve korunmayı gerektirecek şekilde birbirine bağlı olması şeklinde unsurlarla temellendirilmeye çalışılmıştır. Bu unsurlar için bkz. **Simmen,** s.116; **Weintraud**, s. 23 vd., 61 vd;

Tarafların geçersiz sözleşme çerçevesindeki ifaya ilişkin davranışları veya ifa hareketleri "görünüşte sözleşme" özel bağlantısı çerçevesinde davranışlar olarak anlaşılma zorunluluğunu ortaya çıkarır. Bu husus özellikle tarafların ifaya yönelik fiilleri bakımından geçerlidir. "Görünüşte sözleşme" özel bağlantısı içerisinde tarafların ifa filleri, ona olan güvenin korunması gereken bir unsur olarak ortaya çıkar. Bu ifa fiilleri sadece görünüşte yükümlülüğün mevcudiyetini değil, aynı zamanda karşı tarafın ifa fiilini gerçekleştirmesinin temelini de güçlendirir. Görünüşte sözleşmeye dayanılarak, ifa edilen edimlerin iadesinin sözkonusu olacağı tasfiye ilişkisinde borcun ifa edilmediği definin kıyasen uygulanması, bu bakımdan, taraflar arasındaki güvenin korunmasının uygulama alanlarından birisi olarak anlaşılması gerekir. Bkz. Hans Caspar von der Crone, "**Zession: kausal oder abstrakt?"** SJZ 1997/ 93, s. 255- 256; şayet geçersizliğe neden olan sebep taraflardan birisi tarafından gerçekleştirilmiş ise, örneğin, taraflardan biri karşı tarafı aldatmışsa, aşırı yararlanma varsa, bu korumadan yararlanmaması gerekir. Bkz. **von der Crone**, s. 255 dn.53; bu durum aynı zamanda definin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması ağırlığına ulaşmasına da neden olur.

von der Crone 'nun belirttiği çerçevede "görünüşte sözleşme" bağlantısı da, aslında tarafların sözleşmenin geçerli olduğunu zannederek ve güvenerek ifa ettikleri edimlerin, hükümsüzlüğün tespitinden sonra, iadesi bakımından tarafların varsayımsal iradesinin gözönüne alınması gerektiğini kabulünden başka bir şey değildir.

Tarafların sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki iradesinin tasfiye ilişkisinde gözönüne alınmayacağını belirten aksi yöndeki görüşe göre ise, özellikle dönme durumunda ortaya çıkan tasfiye ilişkisi tam iki tarafa borç yükleyen bir ilişki niteliğinde değildir. Tasfiye ilişkisinin oluşumu, edimlerin mübadelesinin kararlaştırılmış olmasına değil, bilakis daha önce edimlerin ifa edilmesi

kuruluşunda, tarafların şayet sözleşme tasfiye ilişkisine girerse iade borçlarını aynı anda ifa etmeyi kararlaştıracaklarının, diğerinin iade borcu bakımından önce ifa zorunda bırakılmasının kabul edilemeyeceğinin tarafların varsayımsal iradesinden çıkarılabildiği ölçüde iade borçları fiili synallagma içerisinde yer alır. Bu nedenle sözleşme herhangi bir sebeple geçersiz olsa veya geriye etkili olarak sona erse dahi, verilenlerin iadesi bakımından aynı hususlar geçerlidir.

Bunun yanında sözleşmeden dönmeden veya hükümsüzlüğün anlaşılmasından önce ifa edilen edimlerin iadesi, şartları mevcut ise, genel itibariyle, sebepsiz zenginleşme veya mülkiyet hakkına dayanılarak[794] sağlanmaya çalışılacaktır. Her iki tarafın mülkiyet hakkına dayanan[795] veya sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talepleri mevcut ise, bu taleplerin birbiriyle karşılıklı olduğu ve fiili synallagmanın var olduğu söylenebilir[796]. Ancak taraflardan birinin talebinin sebepsiz zenginleşmeye diğerinin talebinin mülkiyet hakkına dayandığı ihtimalde fiili synallagmanın varlığı kabul edilerek iade borçlarının aynı anda ifa edilmesi gerektiği ve definin ileri sürülebileceği yine de söylenebilecek midir?

---

unsuruna bağlıdır. Bu sebeple edimlerin iadesi tarafların iradesine uygun bir mübadele ilişkisinin konusu olmaktan uzaktır. Edimlerin iadesi borcunun içeriğini, onun yerine daha önce yerine getirilen edimler vasıtasıyla belirlemek mümkündür. Her durumda iade borcunun ifasının yerine getirilme derecesi veya görünümü aynı değildir. Bu hususta iade borçlarının değerlerine uygun bir denge içerisinde durmak zorunda olmadığı sonucu çıkarılır. İade borçları arasındaki bağlılık ve borcun ifa edilmediği defi ancak iade borçları arasında bu dengenin var olduğu halde uygulama alanı bulacaktır. Diğer deyişle iade borçları birbirini dengeleyecek bir denklik ilişkisi(deckungsgleich) içerisinde bulunduğu, bu kapsamda olduğu sürece definin uygulanabilirliğini kabul etmek gerekecektir. Bkz. **Glasl**, s. 188 -189; kanaatimizce bu görüş, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerinin mevcudiyetinin belirlenmesinde gerek olmayan objektif denklik unsurunun etkisi altında kalmış görünmektedir. Definin kıyasen uygulanabileceğini kabul bakımından isabetli olsa da, iade borçları bakımından objektif denkliği aradığı bu hususta definin uygulanmasını da sınırladığı sürece isabetli değildir. Ayrıca varsayımsal taraf iradesinin, tasfiye ilişkisinde mevcut olmayacağı hususunu, tasfiyenin oluşumuyla gerekçelendirmek de yerinde değildir.

[794] Sözleşmenin geçersizliğinden doğan tasfiye ilişkisinde fiili synallagmanın (faktische synallagmanın) kabul edilmesi gerektiği, iade borçlarının aynı anda ifa edilmesi gerektiği ve definin kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. **Giger**, Art. 216, N. 379; ayrıca bkz. **Giger**, s. 133 -134.

[795] Dönülen veya hükümsüz olduğu anlaşılan sözleşmeye dayanılarak yapılan tasarruf işlemlerinin sebebe bağlı olduğu ve her iki edim bakımından edimin ifasını elde edenin malvarlığıyla edimin karışmadığı veya birleşmediği durumda her iki tarafın iade taleplerinin dayanağını mülkiyet hakkı oluşturacaktır. Tasarruf işlemi sebebe bağlı değilse, işlemin geçersizliği tasarruf işlemini etkilemeyecek ve bu halde talep sebepsiz zenginleşmeye dayanacaktır.

[796] **Giger,** Art. 216, N.379; mülkiyet hakkına dayanan taleplerde, zilyetliğin iadesi borcu bakımından kaçınılabileceği ve zilyetliğin iadesinin aynı anda ifasının talep edilebileceği yönünde bkz. **von der Crone**, s. 253; irade sakatlığı nedeniyle sözleşmenin iptal edildiği durumda da fiili synallagmayı kabul eden İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 83 II 25.**

Definin uygulanabilirliğini reddeden görüşe[797] göre, geçersiz satış sözleşmesinde, verilenlerin iadesi borcunun konusunun taşınmaz olduğu hallerde borcun ifa edilmediği definin kıyasen uygulanması isabetli değildir. Zira mülkiyet hakkı sahibinin açacağı tapu kaydının düzeltilmesi davasında, definin ileri sürülmesinde doğmatik bozukluk vardır. Definin buradaki amacı teminattan çok, karşı tarafı ifaya zorlamaktır. Ayrıca defi kişisel nitelikte bir defi olduğundan üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Bu nedenle de alacaklının teminat çıkarını sağlamaktan uzaktır. Bu nedenle borcun ifa edilmediği defi yerine taşınır alıcısına, iadeyi isteyen satıcıya karşı, MK m. 950'de düzenlenen hapis hakkı, taşınmaz alıcısına ise, MK m. 994'de düzenlenen alıkoyma hakkının kıyasen uygulanması suretiyle kaçınma hakkı tanımak uygundur.

Bu görüşe karşı çıkan görüşe[798] göre ise, davalı iade borçlusuna sağlanacak alıkoyma hakkı ayni güçte değildir. Alıkoyma hakkının üçüncü kişilere karşı da ileri sürülmesi, hakka dayanak teşkil eden alacağın doğduğu borç ilişkisinin niteliğine dayanır. Alacak, durum borç ilişkisinin bir çeşidi olan eşyaya bağlı borç ilişkisinden doğmaktadır. Alelade bir alacağa dayanan alıkoyma hakkı ise, sadece bu alacağın borçlusuna karşı ileri sürülebileceğinden bu halde alıkoyma hakkının borcun ifa edilmediği defiden farkı yoktur. Alıcının ödemiş olduğu bedel alacağını, MK m.994'deki masraf alacağına kıyasen durum borç ilişkisine dönüştürmek de mümkün değildir. MK m. 950'deki hapis hakkı bakımından ise, hapis hakkının paraya çevirme

---

[797] **Serozan**, Çözülme, s. 197-198; aynı yönde bkz. **Nomer**, N. 173.7; defiye kıyasen dayanılmasını kabul etmenin güç olduğu yönünde bkz. **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1094; aynı yönde görüşe göre, taşınırlar bakımından borcun ifa edilmediği definin burada uygulanması mümkün değildir. Taraflardan birine karşı yöneltilen ayni talebe karşı, alacak hakkına dayanan borcun ifa edilmediği definin burada kıyasen uygulanması, hukuk sistemimizin ayni hakların mutlak şekilde korunması hususuna ters düşecektir. İstihkak talebine muhatap olan, taşınır malı iade borçlusuna MK m. 950'deki hapis hakkı kıyasen uygulanarak aynı koruma verilebilir. Bu halde paraya çevirme yetkisini kullanmak, tasfiyede herkesin aldığını aynen iade prensibine uygun düşmediğinden ve hapis hakkı sahibine aşırı koruma sağlayacağından, hapis hakkı kıyasen uygulanacaktır. Ancak taşınır bakımından burada MK m. 994'e göre iyiniyetli haksız zilyede tanınan alıkoyma hakkının uygulanması mümkün değildir. Zira bu alıkoyma hakkı şeye yapılan zorunlu ve yararlı masraflar için tanınmıştır. Alıcının şeyi alırken ödediği para "mala yapılan masraf" değildir. Bkz. Turgut Öz, "**İsviçre Federal Mahkemesinin Sözleşmeden Dönmeye Ayni Etki Tanıyan İçtihadı Üzerine**", MHAD, 1996, s.54 vd; bir talebe karşı ileri sürülen savunmada kullanılan hakkın, talebin dayanağı olan hakla aynı nitelikte olmasının gerekmediği, paraya çevirme yetkisi vermeyen hapis hakkının sonuç itibariyle borcun ifa edilmediği definden başka bir şey olmadığı yönünde, *Öz*'e karşı yöneltilen isabetli eleştiriler için bkz. **Sarı**, s. 66 dn. 231.

[798] **Sarı,** s. 67-68; genel itibariyle kıyasen uygulamayı kabul eden görüş için bkz. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 829.

yetkisinin burada uygulanmayacağının kabul edildiği durumlarda, hapis hakkı, borcun ifa edilmediği definin kıyasen uygulanması ile aynı sonucu ortaya çıkarır.

Aynı yönde görüşe[799] göre ise, definin uygulanmasının ayni hakların mutlak korunması yönündeki sistemimize ters düşeceğine dayanarak hapis hakkının uygulanacağını ileri sürmek çelişki oluşturmaktadır. Zira hapis hakkı bir ayni hak değildir ve bir alacak hakkına dayanılarak ileri sürülmektedir. Ayni hakka dayanan taleplere karşı hukukumuz çeşitli koruma araçları sağlamıştır. Bunlardan birisi MK m.994'de öngörülen alıkoyma hakkıdır. Alıkoyma hakkı da bir alacak hakkına dayanılarak, ayni talebe karşı koyabilme imkanı veren bir hak niteliğindedir. Aynı şekilde hapis hakkı da bir ayni hak olmayıp aynı husus hapis hakkı bakımından da geçerlidir. Borcun ifa edilmediği definin kıyasen uygulanması suretiyle aynı hukuki sonucun burada uygulama imkanı bulunduğundan, taşınmazlar bakımından ne alıkoyma hakkı ne de hapis hakkının kıyasen uygulanmasının hukuki dayanağı bulunmamaktadır.

Kanaatimizce definin ileri sürülemeyeceğini belirtmek isabetli değildir. Sonuç itibariyle iade borçlarının aynı anda ifası bakımından talebin mülkiyet hakkına veya sebebsiz zenginleşmeye dayanması bu konuda herhangi bir farklılık oluşturmaz. Taraflardan her biri kendi iade borcunun ifasını veya ifa teklifini gerçekleştirdiği sürece, defi ile karşılaşmaksızın mülkiyet hakkına veya sebepsiz zenginleşmeye dayanan iadeyi sağlayabilecektir. Aksi takdirde TBK m. 97 (Art.82) 'nin kıyasen uygulanması suretiyle iade borçlusu defi ileri sürerek iade borcunun ifasından kaçınabilecektir[800].

---

[799] **Çetiner**, s. 101-102.

[800] **Giger**, s. 148; **Sarı**, s. 66 dn. 231, 66-68; **Çetiner**, s. 100 - 102; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 829; yabancıya taşınmaz satışına ilişkin kurallara göre geçersiz bir sözleşmeye dayanılarak verilenlerin iadesi borcu bakımından aynı anda ifanın gerçekleşeceği ve OR Art. 82'(TBK m. 97)' nin uygulanacağı yönünde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 111 II 197** vd; aynı yönde bkz. **BGE 109 II 29;** Bu son İsviçre Federal Mahkemesi kararının bu açıdan isabetli olmayan eleştirisi için bkz. **Öz**, Ayni Etki, s. 54 vd.
Alıcının sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkı ile satıcının istihkak talebinin farklı değerlendirmelere tabi tutularak birinin diğerinden hukuki nitelikleri nedeniyle üstün tutulmasının dürüstlük kuralına uygun olmadığı, istihkak talebine muhatap olan alıcının, talep hakkının alacak hakkı olması nedeniyle diğerinden daha kötü bir duruma yerleştirilmesini haklı gösterecek yeter gerekçe olmadığı yönünde bkz. **Çetiner**, s. 100-101.

Hatta örneğin, ivazlı alacak satışında, devrin sebepten soyut olduğu kabul edilirse[801], devralan sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak alacağın devri işlemiyle iadeyi sağlar. Alacağı devralan ile devredenin iade borçları, kural olarak, aynı anda ifa edilmesi gerekir. Alacağı devralan alacağın devrini sebebsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyen devredene karşı ivazın iadesi borcunun en azından ifasının teklif edilmediğine dayanarak kıyasen defi ileri sürebilecektir[802].

Taşınırların iadesi borcu bakımından ise, taşınır mülkiyetinin devri borcunun ifasının sebebe bağlı veya sebepten soyut olduğundan bağımsız olarak, geçersizliğin tasarruf işlemine de sirayet ettiği durumlarda, satıcının mülkiyet hakkına dayanan iade istemi bakımından alıcı, paraya çevrilebilir taşınır veya kıymetli evrak bakımından, borcun ifa edilmediği definin kıyasen uygulanmasına veya MK m. 950'de yer alan hapis hakkına dayanabilirken[803], paraya çevrilebilir olmayan taşınırlar bakımından borcun ifa edilmediği definin kıyasen uygulanmasına dayanarak zilyetliği devretmekten kaçınabilecektir.

---

[801] Alacağın devrinde sebebe bağlılığı kabul etmesine rağmen, tasarruf işleminin ayakta tutulması ihtiyacının doğduğunu kabul eden görüşe göre, alacağın devrinin sebebe bağlılığı görüşüne göre, tasarruf işlemi geçersiz olacağından alacak otomatik devrene dönecektir. Alacağı devredenin herhangi bir iade borcu ortaya çıkmayacaktır. Ancak alacağı devralanın bu zayıf durumdan korunması amacıyla, taraflar arasındaki güvenin korunması tasarruf işlemi geçerli imiş gibi değerlendirilme zorunluluğu ortaya çıkarır. Diger deyişle sebep geçersiz olsa dahi, tasarrruf işlemi güvenin korunması nedeniyle geçerli imiş gibi değerlendirilmelidir. Bu surette devreden, alacağı devralana karşı, sebebsiz zenginleşmeden doğan iade talebi yöneltebilecek ve alacağı devralan bu surette korunabilecek ve ivazı iade konusunda baskı vasıtası elde etmiş olacaktır. Bu sebeple alacağın devrinde sebebin geçersiz olmasına rağmen tasarruf işleminin geçerliliğinin etkisi dolaylı yoldan güvenin korunmasıyla sağlanacaktır. Bu korumadan ancak sebepteki geçersizliğin ortaya çıkmasında etkili olan ve bu durumu bilen kişinin yararlanmasının önüne geçmek gerekir. Bu görüş kabul edilirse, artık devreden ve devralanın korunması bakımından sebepten soyutluk veya sebebe bağlılık hususu önemsizleşecektir: **von der Crone**, s. 256 vd.
von der Crone 'nun endişelerini giderme konusunda ileri sürdüğü, sebebe bağlılık görüşüne rağmen güvenin korunması yoluyla tasarruf işleminin geçerli kılınması gerektiği hususuna soyutluk görüşü kabul edilerek gerek duyulmayabilir. Aynı yönde bkz. **Lardelli**, s. 12 -13; ancak soyutluk görüşüne de tarafların sözleşmedeki geçersizliği bilselerdi sözleşmeyi hiç yapmayacakları ve bu nedenle de bu kabulün tasarruf işlemine yansıması zorunluluğunu aşamadığı, sebebin tasarruf işlemini de etkileyeceği ve sebepteki arızanın tasarruf işlemini de etkileyecek şekilde birbiriyle bağlı olduğu eleştirileri ileri sürülmüştür: Bu eleştiriler için bkz. **von der Crone**, s. 249 -250; ayrıca bkz. **Serozan**, Çözülme, s. 190-194.

[802] **von der Crone**, s. 249, 253.

[803] **Kaniti**, s. 87 dn. 163; **Serozan**, Çözülme, s. 67; **Sarı**, s. 65 vd. **Çetiner**, s. 100; **BernerK/ Zobl**, ZGB 895, N. 217; aksi yöndeki görüşe göre, geçersiz sözleşmeden doğan iade talepleri bakımından, taşınır paraya çevrilebilir olsa dahi, mümkün oldukça herkesin aldığını aynen iade etmesi prensibi gereği ve paraya çevirme yetkisi ayni talebe muhatap olan iade borçlusuna aşırı koruma vereceğinden, iade borçlusuna paraya çevirebilme yetkisi verilmemesi gerekir. Bu hallerde de MK m. 950'nin doğrudan uygulanabilirliği mümkün değildir. Bu yönde bkz. **Öz**, Ayni Etki, s. 54.

Herhalde sözleşmeden dönmede yeni dönme teorisi gözönüne alınırsa, bu ihtimalde iade borçları sözleşmesel ilişkiye dayandığından burada defi, artık kıyasen değil, doğrudan uygulanacaktır[804].

Yargıtay[805], günümüze kadar devam eden istikrarlı uygulamasında, haricen taşınmaz satışı bakımından, taşınmazın kendisine devrini isteyen tarafın almış olduğu

---

[804] Ayrıca bkz. **Serozan**, §6 N. 22

[805] Y. İBK 2/ 77 T. 10. 07. 1940 (**Kazancı**): "*…haricen gayrimenkul satılıp da bedeli satana ve gayrimenkul de alana teslim ve bu suretle gayrimenkul alanın intifaına terkedildiği ve ahiren bunlardan birinin ferağdan veya teferruğdan imtina ettiği takdirde, muteber olmayan bir satış zımnında her iki tarafın verdiğini istirdada hakkı mevcut ve satan aldığı parayı ve müşteri de gayrimenkulü iade vecibeleriyle mükellef bulunmuşlar ise de, bir taraf vecibesini ifa etmedikçe diğer taraf ifayı vecibeye davet edilemeyeceğine binaen aldığı bedeli iade etmeyen tarafın diğer tarafı gayrimenkulü iadeye icbar ve intifadan men'edemeyeeğine...";* kararın definin doğrudan doğruya uygulanacağı kanısı uyandırdırdığı, bunun Yargıtay'ın daha önceki kararlarında olduğu gibi bu kararında da geri verme borçlarının doğrudan doğruya akdi borçlar olduğu kabulünden yola çıkmış olabileceği yönünde bkz. **Kaniti**, s. 100; ancak sonraki tarihli, İBK'na atıf yapan Yargıtay kararları bunun hapis hakkı niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, Yargıtay'ın *Kaniti*'nin belirttiği hususa katılmadığı görülmektedir.

aynı yönde bkz. Y. 1. HD. 11194/ 11812 T. 19. 10. 1981 (**Kazancı**): *"…Taşınmaz mal haricen satılıpta, bedeli satana, taşınmaz malda alana teslim ve bu suretle taşınmaz mal alanın yararlanmasına terk edildiği halde ferağdan kaçınıldığı takdirde geçerli olmayan satışla ilgili olarak her iki tarafın verdiğini geri istemeye hakkı bulunduğunu, ancak bir taraf borcunu yerine getirmedikçe diğer tarafı borcunu yerine getirmeye davet edemeyeceği, aldığı bedeli geri vermeyen tarafın diğer tarafı taşınmaz malı geri vermeye zorluyamıyacağı, taşınmaz maldan yararlanmasını önleyemiyeceği ve harici satış bedeli iade olununcaya değin yararlanmaya izni varsayılacağı, bu durumda alıcının ecrimisil vermekle yükümlü tutulamıyacağı 10.7.1940 tarih 2/77 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirtilmiştir…O halde, harici satış bedeli üzerinden davalı yararına hapis hakkı tanınmak suretiyle…".*

Görece yakın tarihli kararlarında da Yargıtay, taşınmazın zilyetliğinin iadesi borcundan kaçınma hakkının hapis hakkına dayandığını kabul etmiştir. Bkz. Y. 14. HD. 2197/ 4946 T. 12. 6. 2017 (**Kazancı**): *"…O halde mahkemece davacının davalıya olan borcunun icra dosyasına ödenmekle sona erdiği göz önüne alınarak davalı yararına hapis hakkı tanınması doğru görülmemiş ise de …"* Y. 3 HD. 1063/ 21041 23. 12. 2015 (**Kazancı**) : *" …Tapulu taşınmazların **haricen satışı** geçersizdir. Davada dayanılan sözleşme resmi biçimde yapılmadığından geçersizdir (MK md. 634, Tapu Kanunu md. 26). O nedenle geçerli sözleşmelerde olduğu gibi taraflarına hak ve borç doğurmaz. Bu durumda davalı, bu geçersiz sözleşme nedeniyle davacılara verdiğini, sebepsiz zenginleşme kuralları nedeniyle geri isteyebilir. TMK. 994. maddesi ve 10.7.1940 tarihli 77 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince davalı satış nedeniyle ödediği bedeli geri alana kadar, şeyi vermekten kaçınarak taşınmaz mal üzerinde hapis hakkını kullanabilecektir. Davalı hapis hakkını kullandığı sürece kötüniyetli olarak kabul edilmeyecektir. İzah edilen nedenlerle mahkemece, karşı dava yönünden davalı- karşı davacının kira bedeline ilişkin talepleri hakkında davanın reddine karar verilmesi gerekirken, davacı-karşı davalının ödemiş olduğu bedel iade edilene kadar hapis hakkı bulunduğu gözetilmeden, kira bedelinden sorumlu olduğu belirtilerek tahsile karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bu husus bozmayı gerektirmiştir…"*; aynı yönde bkz. Y. 19. HD 3281/ 4918 T. 26. 05. 2009 (**Kazancı**): "*…Karşı davada talep edilen tapulu taşınmazın satış vaadi resmi senede bağlanmamış ise de taşınmaza zilyet olan kişi haricen satış sebebi ile ödediği meblağı almadığı sürece taşınmaz üzerinde hapis hakkı vardır ve özellikle ecrimisil davalarında bu suretle taşınmaza zilyet olan kişinin suiniyetli olduğu kabul edilemeyeceğinden ecrimisil de söz konusu olamaz. Bu durumda karşı davanın reddi gerekirken kabulü doğru görülmemiştir…";* aynı yönde bkz. Y. 1. HD. 16962/ 4434 T. 28. 03. 2013 (**Kazancı**); Y. 1. HD. 11579/ 15378 T. 7. 11. 2013 (**Kazancı**); Y. 1 HD. 3174/ 9960 T. 15.05. 2014 (**YKD** 2014/11, s.2307).; Y. 1. HD. 692/ 2240 T. 06.03.2006 (**YKD**

bedeli iade etmedikçe veya iadesini teklif etmedikçe alıcının iade borcu bakımından hapis hakkı olduğu, hapis hakkı olduğu sürece ecrimisil istenemeyeceği yönünde kararlar vermiştir.

Yargıtay'ın sonuç itibariyle, alıcının bedel ödenene kadar zilyetliğin iadesi borcunun ifasından kaçınabileceğini kabul etmesi isabetlidir. Ancak bu kaçınma hakkını hapis hakkına dayandırması isabetli değildir. Zira ister tapuya kayıtlı olsun isterse tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz olsun, taşınmazın zilyetliğini devir borcunun ifasından kaçınma hakkı, taşınır ve kıymetli evraklar bakımından uygulama alanına sahip olan hapis hakkına dayanmaz[806]. Şayet burada Yargıtay'ın hapis hakkı ifadesiyle belirtmek istediği şahsi hapis hakkı ise (obligatorisches Retentionsrecht), kaçınmanın dayanağının (şahsi) hapis hakkı olduğu sonucuna nasıl varıldığı sorusunu cevapsız bıraktığı açıktır.

Kanaatimizce burada şahsi hapis hakkı tanımaya gerek yoktur. Zira tarafların varsayımsal iradesine yönelik fiili synallagma, iade borçları bakımından bağlılığı kurmakta yeterlidir. Bu nedenle, bu hallerde definin kıyasen uygulanması belirtilen açıklığı sağlayacaktır. Şayet iade borçları karşılıklı olmakla birlikte fiili synallagma niteliğinde bir bağlılıktan bahsedilemediği noktada şahsi hapis hakkının yerindeliği irdelenebilir. Örneğin, zilyedin yaptığı zorunlu ve yararlı giderler ödeninceye kadar sahip olduğu alıkoyma hakkına karşı (MK m.994), mülkiyet hakkı sahibi de, iade borcunun en azından ifası teklif edilene kadar, bu giderleri ödeme borcunun ifasından şahsi hapis hakkına dayanarak kaçınabilir. Bu halde definin kıyasen uygulanması, definin sınırlarını aşırı zorlamak olacaktır.

Bunun yanında Yargıtay yeni tarihli kararlarında[807] da, zilyetliği iade borçlusuna tanınan bu hapis hakkını, MK m. 994'de düzenlenen alıkoyma hakkı ile karıştırmaya

---

2006/8 s. 1209); Y. 1 HD. 2806/ 4006 T. 8. 4. 2010 (**YKD** 2011/6 s. 1049); Y. 1 HD. 17499/ 4572 T. 27. 2. 2014 (**YKD** 2014/ 7 s. 1393); Y. 1. HD. 3174/ 9960 T. 15. 05. 2014 (**YKD** 2014/ 11 s. 2309).

806 Aynı yönde bkz. **Sarı**, 66 vd.; **Nomer**, N. 173.8 dn. 1224; aksi yönde Yargıtay kararı için bkz. Y. 8 HD. 7967/ 692 T. 13.02. 2007 (**Kazancı**). Yargıtay'ın bu kararında belirtilen tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar bakımından da hapis hakkının uygulanacağı kabulünün isabetli olduğu yönünde aksi yönde isabetsiz görüş için bkz. **Çetiner**, s. 97-98.

807 Y. 3 HD. 1063/ 2104 T. 23. 12. 2015 (**Kazancı):** "…***TMK. 994. maddesi*** *ve 10.7.1940 tarihli 77 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince davalı satış nedeniyle ödediği bedeli geri alana kadar, şeyi vermekten kaçınarak taşınmaz mal üzerinde hapis hakkını kullanabilecektir…";* Y. 1. HD. 13144/ 286 T. 17.1.2011 (**Kazancı**)*: "...Hal böyle olunca, davalı tarafından davacıya ödenen harici satış bedeli belirlenerek bu bedel üzerinden davalı yararına* ***hapis (alıkoyma)hakkı*** *tanınmak*

devam etmektedir. Zira bu kararlarında Yargıtay hapis hakkının dayanağı olarak MK m. 994 hükmünü göstermektedir. Ayrıntılarına daha sonra değineceğimiz üzere, burada şahsi hapis hakkı (obligatorisches Retentionsrecht) kabul edilmiş olsa dahi [808] bunun hukuki dayanağını MK m. 994 oluşturmaz. Bu hüküm mülkiyet hakkına dayanan taleplere karşı, zilyede, yaptığı zorunlu ve yararlı giderlerin tazminine kadar tanınan bir kaçınma hakkının dayanağıdır. Bu nedenle de, giderlerin tazmini değil, alıcının ödediği bedelin iadesi sağlanana kadar alıcıya verilmesi gereken kaçınma hakkının dayanağı olmaktan da uzaktır. Yargıtay'ın bu nitelendirmesi isabetli değildir[809].

III. DEFİNİN İLERİ SÜRÜLMESİNDE ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

A. Üçüncü Kişinin İlişkiye Etki Ettiği Durumlarda

1. Alacağın Devrinde

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her biri alacağını bir üçüncü kişiye devredebilir. Alacağı devreden, devralana karşılıklı borç yükleyen sözleşmeden doğan borcunu devretmeksizin alacağı devrettiği durumda, synallagmanın üçlü ilişkiye bölünmesinden bahsedilir[810].

---

suretiyle…"; aynı yönde bkz.Y. 1. HD. 3769/ 6012 T. 23.05.2011 (**Kazancı**)*;*Y. 1. HD. 13797/ 15404 (**Kazancı**): *"…harici satış sebebi ile ödeme yaptığı belirlenir ise **TMK'nin 994. maddesi uyarınca davalı lehine hapis hakkı tanınması** gerekeceğinin düşünülmesi ve varılacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken…";* Y. HGK. 1-1117/ 745 T. 1. 10. 2014 (**Kazancı**): *"…Geçersiz sözleşme nedeniyle taşınmazı geri vermekle yükümlü olan iyiniyetli zilyedin, taşınmazı geri vermekten kaçınma ya da **hapis (alıkoyma) hakkı TMK 'nun 994/1. maddesi** ile tanınmış bir haktır. İyiniyetli zilyet, el atmanın önlenmesi (geri verme) davası sırasında def'i (savunma) yoluyla zorunlu ve yararlı giderler ile harici satış bedelinin ödenmesini ileri sürebileceği gibi…"*

[808] *Kaniti*, bu kararlarda belirtilen hapis hakkının, Yargıtay tarafından, bu hakkın ayni hak niteliğinde bir hapis hakkı olmadığını, sınırlı bir hapis hakkı niteliğinde olduğu kabulünden yola çıkarak, şahsi sonuçları olan bir hapis hakkı olduğunu kabul ettiğinin söylenebileceğini ileri sürmektedir. Bkz. **Kaniti**, s. 101; ancak Yargıtay'ın bu ve yeni tarihli kararlarında çoğunlukla şahsi hapis hakkına değinmediği, değinse dahi bunu alıkoyma hakkı ile karıştırmaya devam ettiği görülmektedir.

[809] Aynı yönde bkz. **Sarı**, s. 70; **Çetiner**, s. 101-102; böyle bir hak tanınmasının borcun ifa edilmediği definden farklı bir sonuç ortaya çıkarmayacağından gereksiz olduğu yönünde bkz. **Sarı**, s. 70; alıkoyma hakkının ve borcun ifa edilmediği definin yarışacağı yönünde isabetsiz görüş için bkz. Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, **Taşınmaz Eşya Hukuku**, Filiz, İstanbul, 1991, s. 557.

[810] Bu ifade için bkz. Ingeborg Schwanzer, "**Zession und sekundäre Gläubigerrechte**", AcP, 1982/ 182, s. 224; **Grüter**, s. 45 vd; krş. **Lardelli**, s. 21; ancak bu niteleme, her durumda üçlü ilişkinin her birinin synalagmatik bir borç ilişkisi olduğu anlamına gelecek şekilde anlaşılmamalıdır.

Borçlunun bu durumda alacağı devralana karşı defi ileri sürüp süremeyeceği meselesinin çözümü hususunda öncelikle TBK m. 188'i gözönüne almak gerekir. TBK m. 188'e göre borçlu devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları devralana karşı da ileri sürebilir. Hüküm kapsamında belirtilen devralana karşı ileri sürülebilecek savunmalar arasında borcun ifa edilmediği defi de yer alır[811]. Aksi durumun kabülü isabetli olmayan sonuçlara yol açar. Zira alacağın devrinde borçlunun rızasının alınmaması ve devrin borçlunun durumunu ağırlaştıramayacağı hususu,

[811] **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 160; **Simmen,** s. 93; **Kaniti**, s.78; **von Tuhr/ Escher**, s. 366; **Lardelli**, s. 30 -31; Bkz. Y. 14. HD. 5838/ 10489 T. 19.12.2016 (**UYAP**); *"…Davacının arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü yükleniciden temlik alması halinde arsa sahibini ifaya zorlayabilmesi için bazı koşulların varlığı gerekir. Borçlar Kanununun 167. maddesi gereğince; "Borçlu, temlike vakıf olduğu zaman; temlik edene karşı haiz olduğu defileri, temellük edene karşı dahi dermeyan edebilir." Buna göre temliki öğrenen arsa sahibi, temlik olmasaydı önceki alacaklıya (yükleniciye) karşı ne tür defiler ileri sürebilecekse, aynı defileri yeni alacaklıya (temlik alan davacıya) karşı da ileri sürebilir….Diğer taraftan, yüklenici arsa sahibine karşı edimini tamamen veya kısmen yerine getirmeden kazanacağı şahsi hakkı üçüncü kişiye (davacıya) temlik etmişse, üçüncü kişi (davacı) Borçlar Kanununun 81. maddesi hükmünden yararlanma hakkı bulunan arsa sahibini ifaya zorlayamaz…"*; aynı yönde bkz. Y. 23 HD. 5665/ 2 T. 14.1.2013 (**Kazancı**);
Ayrıca bkz. Y. 14 HD. 7721/ 8429 T. 14. 6. 2012 (**Kazancı**); *"… Dosya içeresindeki, bilirkişi raporuna göre işin tamamlanma oranının % 90, eksik işler bedelinin ise 16.875 TL. olduğu belirlenmiştir. Mahkemece belirlenen bu bedel depo ettirilmeden tescil hükmü kurulması doğru görülmemiştir. Yine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi anahtar teslimi olarak düzenlendiğinden iskan ruhsatının alımı görevi de yükleniciye ait olup, mahkemece bu konuda da bir araştırma yapılmamıştır. Açıklanan nedenlerle eser sözleşmesi yüklenici tarafından tam bir ifa ile sonuçlandırılmamıştır. İfadan bahsedebilmek için, arsa sahibi lehine hüküm altına alacakları yüklenicinin ödemesi veya yüklenicinin temlik işlemine dayanan davacı üçüncü kişinin depo etmesi gerekmektedir. Zira, yine belirtildiği gibi, BK m.167'den yararlanacak olan arsa sahipleri def'i olarak bu alacaklarını temlik alan davacı üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilir. BK m.81 hükmüne göre de kendi edimini yerine getirmeyen yüklenici ya da onun temlik işleminde bulunduğu üçüncü kişiye karşı ödemezlik def'inde bulunabilir. Yüklenicinin yapıda başka bağımsız bölümlere hak kazanmış olması, arsa sahiplerinin yasadan kaynaklanan bu haklarını çekişme konusu bağımsız bölüm sebebiyle de ileri sürmelerine engel değildir";* aynı yönde bkz. Y. 14 HD. 3897/ 6681 T. 8. 6. 2010 (**Kazancı**) ; Y. 14 HD. 6588/ 11713 T. 15. 10. 2008 (**Kazancı**); Y. 14. HD. 11235/ 12627 T. 25. 10. 2011 (**Kazancı**); Y. 14 HD. 1573/ 6455 T. 17. 5. 2011 (**Kazancı**); Y. 14. HD. 517/ 2188 25. 2. 2008 (**Kazancı**)
Y. 11. HD. 3263/ 2615 T. 12. 2. 2015 (**Kazancı**) : *"…alacağın temliki ile alacak hakkı bunu devir alan üçüncü kişiye geçer…. Borçlunun temellük edene karşı ileri sürebileceği def'iler arasında örnek olarak bilhassa ödemezlik def'i … gösterilebilir…"*; Y. 19. HD. 15898/ 18899 T. 27. 11. 2013 (**Kazancı**) : *"…Hal böyle olunca Faktoring ilişkilerinde borçlu BK 167/1 maddesi uyarınca temlik eden önceki alacaklıya karşı ileri sürebileceği def'ileri temlik alan durumundaki faktoring şirketine de ileri sürebilir. Somut olayda davacının davalı MTA Ltd.Şti.'ne vermiş olduğu avans çekleri karşılığında mal teslim edilmediği kanıtlandığına göre bu yöne dair ödemezlik def'inin BK 167/1 uyarınca davalı faktoring şirketine karşı da ileri sürülebileceği…";* aynı yönde bkz. Y. 19. HD. 1215/ 14855 T. 11. 10. 2012 (**Kazancı**); Y. 19 HD. 9743/ 4541 T. 6. 4. 2011 (**Kazancı**).

borçlunun alacağın devri nedeniyle, borcun ifa edilmediği defini kaybetmesine engel olur[812].

TBK m. 188, borçlunun devri öğrendiği sırada sahip olduğu savunmaları ileri sürebileceğini belirtmektedir. Bu durumda acaba borcun ifa edilmediği definin devrin öğrenildiği sırada şartlarının oluşmuş olması mı gerekir? Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Zira borçlunun defi ileri sürebilmesi için temliki öğrendiği sırada, borcun ifa edilmediği defiyi doğuran sebebin varlığı gerekli ve yeterlidir, şartlarının tamamının devir sırasında mevcut olması aranmamaktadır. Diğer deyişle karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin alacağın devrinden önce hüküm ifade eder şekilde varlığı yeterlidir, definin şartlarının daha sonra gerçekleşip gerçekleşmediği hususu önemli

[812] Aynı yönde bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 366; Alman Hukuku'nda TBK m. 188'e paralel olan BGB §404 bakımından aynı yönde bkz. **Schwenzer**, AcP, s. 225-226.
Borçlu edimin karşılığı olarak bir kambiyo senedi vermiş ve temel ilişki ayakta ise, temel ilişkinin karşı tarafına karşı defi ileri sürebileceği, kambiyo senedini kazanan üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceği yönünde genel değerlendirme yapan görüş için bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 128; kambiyo senedi vasfına sahip olmayan senedin üçüncü kişiye verilmesi alacağın temliki olarak değerlendirilip temel ilişkinden doğan defilerin ileri sürülebileceği söylenebilir. Herhalde alacağın temliki için gerekli olan geçerlilik şartlarına uyulmuş olması gerekir. Bu yönde Yargıtay kararı için bkz. Y. 19. HD. 357/ 5480 T. 3. 7. 2017 (**Kazancı**): *"…Mahkemece yapılan yargılama sonucunda;dava konusu çekin tahrif edilmiş olması nedeniyle kambiyo vasfını yitirdiği, tahrif edilmiş çeke yazılı delil başlangıcı olarak başvurabileceği, her ne kadar davalı banka iyiniyetli olduğunu savunmuş ise de, iyiniyetli hamil olması durumunda bile kambiyo vasfında olmayan çeki ciro yoluyla devir aldığından temel ilişkiden kaynaklanan ödemezlik def'inin davalı bankaya karşıda ileri sürülebileceği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş olup… Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda; çekin hatır çeki olduğu iddiasının ancak davalı …'a karşı ileri sürülebileceği , söz konusu çeki temlik cirosuyla alan bankaya karşı ileri sürülemeyeceği, bedelsizlik defi'inin ileri sürülebilmesi için davalı bankanın kötü niyetli olmasının gerektiği fakat kötü niyetinin ispatlanamadığı gerekçesiyle davalı banka yönünden davanın reddine diğer davalı … yönünden ise çekin hatır çeki olarak verildiği kanaatine varıldığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş hüküm davacı vekili tararfından temyiz edilmiştir.Dava çekten dolayı borçlu olunmadığının tespitine ilişkindir. Dava konusu çekin keşide tarihinde tahrifat yapıldığı ve gerçek keşide tarihinin 22/02/2012 olduğu bilirkişi raporuyla sabittir. Dosya içerisinde bulunan çek örneğinde çekin ibraz tarihine ilişkin bilgi bulunmamaktadır.Mahkemece çekin ibraz edildiği banka şubesinden çekin ibraz tarihi tespit ettirilerek şayet çek tahrifattan önceki keşide tarihi olan 22/02/2012 tarihine göre süresinde ibraz edilmemişse yetkili hamil olan davalı … Bankasına söz konusu çekin ciro yoluyla intikali mümkün olmayıp ancak alacağın temliki hükümlerine göre ceke konu alacağın devri mümkün olduğundan mahkemece alacağın temliki yönünden araştırma yapılarak usulune uygun bir alacağın temliki yapılmadığının anlaşılması durumunda davanın bu nedenle reddi gerekeceğinden mahkemece tüm bu hususlar araştırılmaksızın eksik inceleme ve yanılgılı gerekçe ile karar verilmesi doğru görülmemiştir…";* ayrıca bkz. Y. 19 HD. 6006/ 2005 T. 13. 02. 2012 (**Kazancı**): *"…tahrif edilmiş çekin kambiyo senedi olma vasfını yitirmiş olacağı, alacaklı davalı şirketin temel ilişkiyi ispatlamak zorunda olduğu, kendisine kesin süre verildiği halde bu hususla delillerini ibraz etmediği, her ne kadar davalı banka iyi niyetli hamil durumda olsa da, kambiyo senedi vasfında olmayan çeki ciro yoluyla devralan bankaya, temel ilişkiden kaynaklanan ödemezlik def'inin ileri sürebileceği gerekçesiyle davanın kabulüne…".*

değildir[813]. Bu düşüncenin altında edimler arasındaki mübadele ilişkisinin varlığının definin dayanağı olması yatmaktadır. Bu nedenle borçlunun karşı edim alacağı daha sonra muaccel olmuş olsa dahi, borçlu devralana karşı borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilir[814]. Örneğin, satış bedeli alacağını devreden satıcıya karşı, alıcı, satılan teslim edilmedikçe, devralana karşı bedel ödeme borcunu ifa etmekten kaçınabilecektir.

Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, edim alacağı devredilmesine rağmen alacaklı, karşı edim borcu bakımından borçlu olmaya devam edeceğinden alacağın devrinde definin ileri sürülebilirliğine ilişkin şu soru akla gelmektedir: Acaba edim alacağının devri durumunda dahi, karşı edim borcunun ifasını talep eden karşı edim alacaklısına karşı defi ileri sürebilecek midir? Defi ileri sürülebilecek ise kim tarafından ileri sürülecektir?

Kaniti'ye[815] göre bu halde defi ileri sürülebilecektir. Alacağı devreden, sözleşmede kendisine yüklenen borcu, üçüncü bir şahsın *alacağına dayanarak* defi vasıtasıyla ifa etmekten kaçınmak isteyecektir. Gerçi, yBK 168 (TBK m. 189) gereği, alacaklının şahsına bağlı olanlar dışında kalan rüçhanlı haklar ve yan haklar, devir ile devralana geçecektir. Ancak devralanın, edim borçlusuna karşı bir borcu olmadığından defiye dayanmaya ihtiyaç kalmayacaktır. Buna karşın, devredenin, bilhassa ifa uğruna yapılan devirde devralanın tatmin edilmesinde menfaati olacağı açıktır. Borçlunun alacağı devredene karşı, devir sebebiyle, karşılığını vermeksizin karşı edim alacağını elde etmesi için maddi sebep yoktur.

Yine *Kaniti*[816]'ye göre, borcun nakli (dış üstlenme) durumunda, eski borçlu, alacaklıdan karşı edimin ifasını talep ettiği durumda, alacaklı, borcu devralandan olan

---

[813] **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 160; Alfred Koller, "**Werkvertragliche Mängelrechte und Abtretung der Werklohnforderung**", BR 1984, s. 66; **Simmen**, s. 93; *Lardelli*, borcun ifa edilmediği defini, temelleri devirden önce mevcut, borcun ifa edilebilirliğine karşı ileri sürülen defiler arasında göstermiştir**: Lardelli**, s. 30-31; Alman Hukuku'nda definin tüm şartlarıyla birlikte alacağın devri zamanında hüküm ifade edecek şekilde mevcut olması değil, temellerinin var olmasının yeterli olduğu yönünde bkz. **Erman/ Westermann**, §404, N.5; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 105; **Gernhuber**, Synallagma, 73; **Grüter**, s.46 vd.

[814] **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 160; **Simmen**, s.93; **von Tuhr/ Escher**, s. 366; **Kaniti**, s.78-79; **Erman/ Westermann**, §404, N.5; **Koller**, BR, s. 66; **Lardelli,** s. 30-31; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 160; **Simmen**, s. 93; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 105; Gernhuber, **Synallagma**, 73.
Hükmün, devirden önce alacaklıdan karşı edimin ifası talep edilebildiği sürece defi ileri sürülebileceği anlamına gelmediği, borçlunun devri öğrendiği sırada savunmanın temellerinin mevcut olmasının hükümde yer alan şartı gerçekleştireceği, definin şartlarının devirden sonra ortaya çıkmasının bu duruma etkili olmayacağı yönünde bkz. **Simmen**, s. 93; **von Tuhr/ Escher**, s. 366.

[815] **Kaniti**, s. 79

[816] **Kaniti**, s. 80.

alacağına dayanarak defi ileri sürebilecektir. Çünkü yBK 176'(TBK m. 198) a göre, borçlunun değişmesine rağmen, borçlunun şahsından ayrılmaz olanlar dışında kalan yan haklar ortadan kalkmaz. Karşılıklı bir akitte *alacağa bağlı yan haklardan* birisi de borcun ifa edilmediği defidir. yBK m. 176'ya (TBK m. 198) göre, nakledilen *borca bağlı bu* definin alacaklı lehine varlığını muhafaza etmesi gerekir. Alacaklının borcun nakli hususundaki irade beyanından, defi hakkından feragat ettiği anlaşılmadıkça, borcun yeni borçluya nakli *alacağa dayanan defiyi* söndürmez.

Kanaatimizce *Kaniti*'nin borcun ifa edilmediği defini alacağa bağlı bir yan hak olarak kabul etmesi, borcun dış üstlenilmesinde ve alacağın devrinde definin ileri sürülebilirliği bakımından birbirinden farklı gerekçeler ortaya koymasına neden olmuştur. Borcun dış üstlenilmesinde definin ileri sürülebileceğini temellendirirken definin alacağa bağlı bir yan hak olduğunu açıkça zikretmiştir. Buna karşın, alacağın devrinde, definin alacağa bağlı bir yan hak olmasının sonuçlarından kaçınmak zorunda kalmıştır[817]. Kanaatimizce definin bu hallerde ileri sürülebilirliği için açıkça birbirinden farklı gerekçeler ortaya koymaya gerek yoktur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, alacağı devralan, devir ile birlikte borcu da devralmamış ise, defi ileri sürerek ifasından kaçınabileceği bir borcu olmadığından devralanın defi ileri süremeyeceği açıktır. Bunun yanında devredenin devir vasıtasıyla borcun ifa edilmediği defini kaybetmesi ve böylece borçlunun durumunun güçlenmesinin önlenmesi gerekir[818]. Bu husus devredene de defi ileri sürme imkanı tanınarak sağlanacaktır. Ancak bunun dayanağının ne olduğu hususunun incelenmesi gerekir.

TBK m. 189 gereği alacağın devri ile devredenin kişiliğine bağlı olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar devralana geçer. Şayet defi, alacağa bağlı veya alacağa dayanan bir yan hak ise, devir ile birlikte alacağı devredene geçmesi gerekirdi. Ancak bu kabulün çeşitli gerekçeklerle isabetli olmadığı söylenebilir:

---

[817] *Kaniti*'nin bu görüşü için bkz. **Kaniti**, s. 79-80.

[818] Aksi sonucun kabulünün alacağın devrinin temeline uygun olmadığı, BGB §404' ün bir başka açıdan ifadesine uygun olarak defi imkanı elinden alınmayan borçlunun, diğer taraftan alacağın devrinden artık ona karşı defi ileri sürülemeyecek duruma getirilerek yararlar elde etmesine izin verilmemesi gerektiği yönünde bkz. **Schwenzer**, AcP, s. 225.

Öncelikle belirtilmelidir ki, borcun ifa edilmediği defi ne alacağa bağlı bir yan hak[819] ne de devredenin şahsına bağlı bir haktır. Defi borçlu olma sıfatına sahip olan tarafından kullanılabilecek, edim ve karşı edim borcunun varlığıyla devam eden bir savunmadır. Şayet alacağa dayanan veya alacağa bağlı bir yan hak olsaydı, alacağın devrinde alacağı devredenin bu defiyi ileri sürmesi, kendisine mahsus olanlar dışındaki alacağa bağlı tüm hakların devredildiği bir durumda kendisine ait olmayan bir hakkı kullanması gibi bir durum ortaya çıkarırdı. Bu sebeple defi ileri sürebilme bakımından devreden, borçlu sıfatını koruduğu müddetçe alacağın kendisinde veya bir üçüncü kişide olmasının önemi yoktur. Aynı husus borcun dış üstlenilmesi bakımından da geçerlidir. Borcun dış üstlenilmesinde borcu devralan bu savunmayı ileri sürebilirken borçlu sıfatını kaybeden devredenin bu savunmayı ileri sürmesi mümkün olmadığı gibi kendisinden borcun ifası talep edilemeyeceğinden gerek de yoktur. Şayet sözleşme tarafının şahsına bağlı bir savunma olsaydı yeni borçlu tarafından ileri sürülemeyecek olması da gerekirdi. Borcun dış üstlenilmesi durumunda dahi alacaklının, karşı edim alacağını talep eden eski borçluya karşı defi ileri sürmesi, alacaklının karşı edim borcu bakımından borçlu sıfatını korumasındandır. Borcun ifa edilmediği defi bu sebeple alacağa bağlı veya alacaklının şahsına bağlı bir hak veya alacağa dayanan bir hak olmayıp, varlığını ve temelini sözleşmede bulan borca ilişkin bir savunmadır[820].

Alacağın devrinde devredenin defi ileri sürme hakkı, şayet alacağa bağlı bir hak ise, defi hakkı TBK m. 189 gereği devralana geçmesi gerekirdi. Bir taraftan borcun üstlenilmesinde borcu devralan bakımından borca ait tüm savunmaların borçluya geçeceğinin düzenlendiği ve borcu devralanın defi ileri sürebilmesinin sağlandığı bir sistemde, defiyi alacağa bağlı bir yan hak olarak kabul etmek isabetli olmayacaktır. Aksi görüşün kabulü halinde, bir taraftan alacağa bağlı hakların devralana alacakla birlikte geçeceğinin belirtilerek diğer taraftan devredende hala alacağa ait bir bağlı hakkın kabul etme zorunluluğu ortaya çıkarır. Bu sebeple borcun ifa edilmediği definin hukuken borçluya tanınan, diğer şartların varlığı halinde doğan, borçluya ait hak olduğu, borçla ilgili olup karşı edim alacağına bağlı bir hak olmadığı sonucunu kabul

[819] **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N.161; **Simmen,** s. 94; alacağın bir parçası unsuru olduğu yönünde isabetsiz görüş için bkz. **Eren**, s. 1008

[820] Devir ile geçen yan haklar arasında definin yer almadığı, definin aynı anda ifaya hizmet ettiği bu nedenle alacağa değil, sözleşmenin tamamına bağlı olduğu yönünde bkz. **Simmen**, s. 94; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 161; **Koller**, BR, s. 67.

etmek gereklidir[821]. Defi edim borcu ve karşı edim alacağının varlığını gerekli kılar. Alacağa bağlı haklar alacaklı sıfatı nedeniyle ileri sürülür, borçlu sıfatı nedeniyle değil. Her ne kadar savunma ile karşı edim borcunun en azından ifasının teklif edilmediği ileri sürülse de, zaten bu husus savunmanın içeriğine dahil olan bir hususdur. Aksi takdirde savunmanın içeriğini neyin oluşturacağı merak konusudur. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmede zamanaşımı defi de borca ait bir savunma olup, içeriği alacağın zamanaşımına uğradığıdır. Alacağa bağlı bir hak olsaydı, karşı talep yöneltilmeden kullanılabilmesi gerekirdi. Tüm bu sebeplerle borcun ifa edilmediği defi borçlu sıfatına bağlı, borca ait bir savunmadır, devralana karşı kullanılabileceği gibi, devreden karşı edim borçlusu tarafından da kullanılabilir.

Borcun ifa edilmediği defi devrin bünyesine şu husus bakımından da uygundur ki, devreden defi imkanını kullan(a)madan karşı edim borcunu ifa ederse, edim borcunun devralana yapılması hususunda etkili bir vasıtayı kaybetmek durumuna düşer ve alacağın tahsili imkanını zayıflatır. İvazli yapılan temliklerde (özellikle ifa uğruna temlik) alacağı devredenin devralanın alacağının karşılanmasında menfaati vardır. Hatta, ivazlı devirde, devralan alacağı hiç veya gereği gibi elde edemediği durumda, alacağı devreden ve devralan arasındaki ilişkiden doğan ivazın devredence talep edilmesi durumunda, borçludan alacağını elde edemeyen devralan, defi ileri sürerek karşı edim borcunun (ivaz) ifasından kaçınabilecektir[822]. Bu durumda devreden devralanla ilişkisinden doğan karşı edim alacağını elde etme imkanını geçici olarak kaybedecektir. Alacağı devredenin, devralanla olan ilişki çerçevesinde, devralanın alacağı elde edebilmesi bakımından defiyi ileri sürme yükümlülüğü altında olduğu söylenebilir[823]. Bu nedenlerle alacağı devreden, kendisinden karşı edimin ifasını isteyen borçluya karşı, edim borcunun, devralana, hiç veya gereği gibi ifa edilmediğini ileri sürerek karşı edim borcunun ifasından defi vasıtasıyla kaçınabilir[824].

---

[821] Karşı edim alacağına bağlı olduğu yönündeki isabetsiz görüş için bkz. **Kaniti**, s.78-80; **von Tuhr/ Siegwart**, s. 499 dn. 27.

[822] **Simmen**, s.94.

[823] **Soergel/ Gsell**, §320, N. 105; **Gernhuber**, Synallagma, 73; **Simmen**, s. 94; alacağı devredenin, devralana borcun ifası konusunda, borçluya karşı devralanı destekleme yükümlülüğü olduğu yönünde ifade eden değerlendirme için bkz. **Schwenzer**, AcP, s. 226.

[824] **Kaniti,** 79-80; **Simmen**, s.94; **Schwenzer,** AcP, s. 225-226.
Schwenzer, devralan tecil anlaşması yaparak edim borcunun muacceliyetini ertelemiş ise ve edim borcunun ifasını talep etmekten belirli bir süre için vazgeçmiş ise, bu durumda alacağı devredenin bu süre için borcun ifa edilmediği defi ileri sürmede menfaati olmadığını ileri sürmektedir. Bkz.

Alacağın devrinden sonra da, devredenin defiyi ileri süremeyeceği haller mevcut olabilir. Devreden borcunu nakletmiş veya borçlu sıfatını kaybedecek şekilde sözleşmede ilişkisinden çıkmış ise alacağı devreden artık defi ileri süremeyecektir. Zira tarafın yerine getirmek zorunda olmadığı edimin ifasından kaçınmasından bahsedilemez [825]. Devredenin karşı edim borcu bizzat ifa edilmesi gereken bir borç değilse, devralan devreden yerine bu borcu ifasını en azından teklif ederek borcun ifa edilmediği definin ileri sürülmesini engelleyebilir[826]. Ayrıca alacağın temliki halinde borçlunun devralana[827] veya devredenin borçluya karşı defi ileri sürmeyeceğini her türlü şüpheden uzak şekilde belirtmesi, defi hakkından açıkça feragat edilmesi halinde de definin ileri sürülmesi mümkün değildir.

Alacağı devralan, devredenin yanında borca katılmış ise ve borçlu ile devreden arasındaki ilişkiden doğan borçtan devredenin yanında sorumlu ise, bu durumda sadece devreden mi veya devralan mı yoksa devreden devralanın yanında defi ileri sürebilecek mi soruları gündeme gelir. Müteselsil borçluluk sözkonusu ise, bu durumda borçlulardan her biri defi ileri sürmekle yükümlüdür. Kaçınma hakkını her ikisine de tanınmak gerekir. Taraflardan birinin defi ileri sürme imkanının elinden alınması, alacaklının defi imkanı olmayan borçluya başvurmasının önünün açılmasına neden olur. Bu surette defi ileri sürme imkanı olan borçlunun elindeki edim borcunun ifasından kaçınma imkanı değersizleşecektir[828]. Bu anlamda definin müteselsil borçlular arasındaki ortak savunma aracı olduğundan bahsedilebilir.

2. Borcun Dış Üstlenilmesinde

Borçlu dışında üçüncü bir şahıs borcun dış üstlenilmesi sözleşmesiyle, borçluya ait borcu devralabilir. Bu durumda ilk borçlu borçtan kurtulur ve borçlu sıfatını dış üstlenme sözleşmesinin tarafı olan üçüncü şahıs alır[829]. TBK m. 199 gereği üstlenilen

---

Schwenzer, AcP, s. 228; Kanaatimizce tecil anlaşması muacceliyeti ertelediğinden, devredenin buna ihtiyacı olup olmadığı hususu bir kenara, tecil anlaşması definin şartlarından birisi olan karşı edim borcunun muaccel olması şartının gerçekleşmesini önler. Bu sebeple definin ileri sürülemeyeceğinden bahsedilir.

[825] **Schwenzer**, AcP, s. 226-227.

[826] **Kaniti,** s. 79.

[827] **Kaniti**, s.79.

[828] Aynı yönde bkz. **Schwenzer**, AcP, s. 227.

[829] Bundan farklı olarak, ivazlı borca katılma sözleşmesinde, defi sadece borçluya değil, bilakis aynı zamanda katılana da verilir. Bkz. **Soergel/ Gsell,** §320, N.102; TBK m. 201 II'e göre katılan ile borçlu alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olduklarından bu hususta birden fazla borçlunun alacaklıya karşı defi ileri sürüp süremeyeceğine göre durum belirlenmelidir. Bkz. yukarıda §3 III B.

borca ilişkin, borçlunun şahsına bağlı olanlar dışında kalan savunmalar borcu devralana geçer. Bu durumda borcun ifa edilmediği defi de borcu devralana geçecektir ve kendisinden ifa talep eden alacaklıya karşı, borcu devredene (karşı edim alacaklısı) karşı edim borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmediğini ileri sürerek borcun ifasından kaçınabilecektir[830]. Borcu devralan defi ileri sürerek edimin ifasından kaçınmakla birlikte ilişkinin bir diğer tarafında yer alan alacaklı acaba borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilecek midir? Sürebilecek ise kime karşı ileri sürecektir?

Borç ilişkisinin tarafı olan alacaklı, kendisinden karşı edimin ifasını isteyen devredene karşı, devralanın edim borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediğine dayanarak defi vasıtasıyla karşı edim borcunun ifasından kaçınabilir[831].

Daha önce belirttiğimiz [832] üzere borcun ifa edilmediği defi borçlu sıfatına bağlı, sözleşmesel ilişkide temellerini bulan borca ait bir savunmadır[833]. Bu nedenle borcu devredenin alacaklıdan karşı edim alacağını talep etmesi durumunda, alacaklının, devralanın borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediği veya ifasını teklif etmediğinden bahisle karşı edim borcunun ifasından defi ileri sürmek suretiyle kaçınması, karşı edim borçlusu sıfatını koruması ve borçlu olma nedeniyle bu savunmaya sahip olmasındandır. Yoksa alacaklı sıfatı nedeniyle alacağa sahip olmasının sonucunda alacağa bağlı yan haklara da sahip olmasının bir gereği değildir.

Borcu devralanın, tıpkı devreden gibi aynı içeriğe sahip borcu ifa etmekle yükümlü olması, maddi hukuk bakımından ve fiilen borçlu pozisyonuna girmesi, alacaklının, kendisinden karşı edimin ifasını isteyen devredene karşı defi ileri sürebilmesinde de etkilidir. Borcu devralanın borcu üstlenmesi bu anlamda aynı anda ifa veya edimlerin mübadelesi hususunda herhangi bir değişiklik yapmaz[834].

Borcu devreden ve devralan arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olabilir. Yani, devralan, borcun üstlenilmesinin karşılığı olan bir karşı edim alacağı elde edebilir. Bu durumda devralanın ediminin ifası alacaklı ile yapacağı bir borcun dış üstlenilmesi sözleşmesidir. Devreden, devralan ile alacaklı

---

[830] **Kaniti**, s.80; **Simmen**, s. 95; **Grüter**, s. 47-48; **von Tuhr/ Escher**, s. 390-391.
[831] **Simmen**, s. 95; **Kaniti,** s. 80.
[832] *Kaniti*'nın borcun devri durumunda definin ileri sürülmesinin dayanağına ilişkin görüşü ve bunun isabetsizliği hususundaki görüşümüz için bkz. yukarıda §3 III A 1.
[833] **Simmen** s. 95.
[834] **Simmen**, s. 95; **Grüter**, s. 47-48; **vonTuhr/ Escher**, s. 391 dn. 81.

arasında borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapılana kadar karşı edimin ifasından defi vasıtasıyla kaçınabilecektir[835].

Devralanın, devreden ile olan iç üstlenme sözleşmesinden doğan karşı edim alacağını elde edemediği sürece dış üstlenme sözleşmenin kurulmasından sonra alacaklıya karşı, edimin ifasından defi ileri sürerek kaçınabilecek midir? Bu soruya öncelikle definin şartları bakımından cevap vermek gerekir. İvazlı iç üstlenme sözleşmesinde, devralanın dış üstlenme sözleşmesini alacaklıyla yapma borcu ile karşı edim borcu arasında mübadele ilişkisi olduğundan dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasıyla devralan iç üstlenme sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmiş olur. Artık karşı edim borcunun ifa edilmediğine dayanarak kaçınabileceği iç üstlenme sözleşmesinden doğan bir borcu yoktur. Bu nedenle borçluya karşı defi ileri sürerek kaçınamaz. Bu nedenle de iç üstlenme sözleşmesinin tarafı olmayan alacaklıya böyle bir defi ileri sürmesinin anlamı olmaz. Dış üstlenme sözleşmesiyle borcu üstlenen devralanın, edim borcunun kaynağını alacaklı ile olan ilişki oluşturur ve o alacaklıya ifa etmesi gereken edim borcunun içeriğini devreden ile alacaklı arasındaki ilişki belirler. Bu nedenle alacaklıya karşı defi, ancak alacaklının devredene olan karşı edim borcunu ifa etmediği durumda ileri sürebilir. TBK m.199 III'e göre, devralanın iç üstlenme sözleşmesinden doğan savunmaları alacaklıya karşı kullanamamaması da bu sonucu destekler[836]. Bu sebeplerle borçlunun, karşı edim borcunun ifası bakımından devredene baskı uygulamak için alacaklıya karşı defi ileri sürebilmesi mümkün değildir. İç üstlenme sözleşmesi, dış üstlenme sözleşmesinin bir unsuru değildir. Alacaklının hakları ve borçları, ana sözleşme ve dış üstlenme sözleşmesiyle belirlenir. Ancak devralan ve alacaklı, iç üstlenme sözleşmesini, dış üstlenme sözleşmesine entegre ederek açık veya örtülü irade beyanıyla dış üstlenme sözleşmesinin bir unsuru yapmışlar ise durum farklıdır[837]. Alacaklı ile yapılan sözleşmede, devralanın edim borcunu ifa etmesinin karşılığı olarak, alacaklının hem karşı edim borcunu devredene ifa etmesi hem de devredenin iç üstlenme sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmesi arasında synallagmatik bağlılık kurulmuşsa, devreden iç üstlenme sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmedikçe veya alacaklı karşı edim borcunu ifa etmediği sürece,

[835] **Simmen,** s. 95.
[836] OR Art. 179 III (TBK m.199 III) bakımından aynı yönde bkz. **Simmen**, s. 95-96.
[837] **Simmen**, s.96 dn. 30; **von Tuhr/ Escher**, s. 391 vd.; ayrıca krş. **von Büren**, s. 344.

devralan, alacaklıya karşı defi ileri sürerek edim borcunun ifasından kaçınabilecektir. Örneğin, satıcı V ile alıcı K 60.000 TL karşılığı taşınır mal satışına ilişkin sözleşme yapar. V borcunu 55.000 TL karşılığında, 10.000 TL lik taşıma masraflarından kurtulmak için, K'nın iş yerine malı masrafsız teslim edebilecek olan A'ya devreder. K ile A dış üstlenme sözleşmesi yapar ve böylece A iç üstlenme sözleşmesinden doğan borcunu ifa eder. Bu dış üstlenme sözleşmesinde ise, K ile A, A'nın malın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devri borcu ile K'nın karşı edim borcu yanında V'nin A'ya karşı borcu arasında synallagmatik bağlılık kurar. V veya K borçlarının en azından ifasını teklif etmedikçe, A, K'ya karşı defi ileri sürerek malın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devri borcunun ifasından kaçınabilir.

3. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmede, taraflardan biri için doğan alacak hakkı üçüncü şahıs lehine kararlaştırılabilir ve üçüncü şahsa talep hakkı tanınabilir[838]. Tam üçüncü kişi yararına karşılıklı borç yükleyen sözleşmede borçlu, karşı taraf ile yaptığı sözleşme nedeniyle edimin üçüncü kişiye yapılacağını taahhüt eden kişidir. Karşı taraf edimin üçüncü kişiye yapılacağı kendisine taahhüt edilen ve bunun karşılığında karşı edim borcu altına giren kişidir. Lehine taahhüt edilen üçüncü kişi ise borçludan ifayı talep edebilecek kişidir. Üçüncü kişinin ifa talebinin dayanağı, taahhüt eden ile tahhüt edilen arasındaki sözleşmedir. Üçüncü şahsın hakkı bu borç ilişkisinden doğduğundan, üçüncü şahsın talebine karşı borçlu karşı tarafa ileri sürebileceği bütün itiraz ve defileri üçüncü şahsa da ileri sürebilir. Bu savunmalar arasında borçlunun üçüncü şahsın talebine karşı ileri sürebileceği borcun ifa edilmediği defi de vardır[839]. Bu sonuç taraf iradesine ve Borçlar Kanunu'nun sistemine uygun düşer. Borçlu karşı edimin elde edilmesi karşılığında ve onunla mübadele amacıyla alacaklıya veya üçüncü şahsa edimin ifasında bulunabilir. Çünkü borçlu karşı edimi elde etmek amacıyla bu vaadi gerçekleştirmiştir[840].

---

[838] BGB §334'den farklı olarak, Türk Borçlar Kanunu'nda, borçlunun, karşı tarafa ileri sürebileceği bütün itiraz ve defileri üçüncü şahsa karşı da ileri sürebileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Borcun ifa edilmediği defi bakımından Türk Hukuku'nda böyle bir hükme gerek de yoktur.

[839] **Simmen**, s.92; **Kaniti**, s.78; **Gernhuber**, s.338; **Soerge/ Gsell,** §320, N. 103; **Eren**, s. 1013; ancak takasta durumun farklı olduğu yönünde bkz. **Kaniti**, s.78 dn. 178; zira takas hakkında alacaklı ve borçlu arasında karşılıklılık aranmakta olup, takas ileri sürecek borçlunun üçüncü kişiden alacağı olması gerekir.

[840] **Kaniti,** s.78.

Borçlunun karşı taraftan karşı edim alacağını talep ettiği durumda ise, karşı taraf, üçüncü şahsa edim ifa edilene veya ifası teklif edilene kadar karşı edimin ifasından kaçınabilir[841]. Esas sözleşmeden doğan karşı edimin borçlusu üçüncü kişi değil, kendisine taahhüt edilen karşı taraftır[842]. Bu sebeple borçlunun karşı edimi ifa talebine karşı, borçlu olmayan üçüncü kişi değil, kendisine taahhüt edilen karşı taraf borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilir. Borçlunun edimin ifasını üçüncü kişiye yapmasında karşı tarafın (taahhüt edilenin) menfaati olduğu yadsınamaz. Üçüncü kişiye şayet ifa yapılmaz ise, karşı edimi elde edemeyen üçüncü kişi taahhüt edilenle olan ilişkiden doğan borcunu ifadan defi ileri sürmek suretiyle kaçınacak, taahhüt edilen bu surette üçüncü kişiden olan alacağını elde edemeyecektir[843]. Taahhüt edilene tanınan defi, hem bu üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmeden doğan karşı edim alacağını alabilmesi, hem de üçüncü kişiyle olan sözleşme karşılıklı borç yükleyen sözleşme olmasa dahi üçüncü kişiye karşı borcun gereği gibi ifa edilmemesinin sonuçlarına maruz kalmaması için borcun üçüncü kişiye ifası konusunda taahhüt edene baskı oluşturmasını sağlar[844].

Eksik üçüncü kişi yararına karşılıklı borç yükleyen sözleşmede talep hakkı alacaklıda olduğundan borcun ifa edilmediği definin uygulanması özel bir sorun ortaya çıkarmaz. Alacaklı bu ihtimalde ifanın üçüncü kişiye yapılmasını talep etme hakkına sahiptir. Alacaklı edimin ifası üçüncü kişiye yapılmadıkça karşı edimin ifasından defi ileri sürmek suretiyle kaçınabileceği gibi[845], borçlu karşı edim ifa edilmedikçe, edimin ifasını üçüncü kişiye yapmaktan defi ileri sürmek suretiyle kaçınabilir.

Üçüncü kişi yararına sözleşme çerçevesinde değinilmesi gereken bir diğer husus çok taraflı sözleşmeler, bu kapsamda ring sözleşmelerde definin uygulanıp uygulanmayacağı hususudur. Ring sözleşmeler, birden fazla borçlunun, kendinden önce gelen borçlunun edimini elde etmek amacıyla bir sonraki borçluya karşı, edim borcu altına girdiği sözleşmelerdir. Örneğin, borçlu A, B ve C'nin borç altına girdiği

---

[841] **Simmen,** s. 92; **Kaniti,** s.78; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 159; **Gernhuber**, s. 338; **Grüter,** s. 45.

[842] **Gernhuber**, s. 338

[843] Borcun ifasının üçüncü kişiye yapılması, dolaylı yoldan taahhüt edilenin üçüncü kişiye olan borcunun ifasını teşkil eder. Aynı yönde bkz. **Simmen**, s. 92; **ZürcherK/ Weber**, Art. 82, N. 159.

[844] Durum bu bakımdan alacağı devredenin defi ileri sürebilmesiyle paralellik arz eder. Bkz. yukarıda §3 III A 1.

[845] Aynı yönde bkz. **Kaniti,** s.78.

sözleşmede, C, B'nin edimini elde etmek için A'ya karşı; A, C'nin edimini elde etmek için B'ye karşı; B de A'nın edimini elde etmek için C'ye karşı borç altına girmektedir. Bu halde edimler arasında mübadele ilişkisi kabul edildiğinden her bir önceki borçlu edimini hiç veya gereği gibi ifa etmediği durumda, borçlu bir sonraki borçluya edimini ifa etmekten defi vasıtasıyla kaçınabilecektir[846].

4. Sözleşmenin Devrinde

Synallagmatik edim ile karşı edim arasındaki paralellik, sözleşmenin tarafı olan kişinin yerini bir başka kişinin alması durumunda zedelenmez. Bu sebeple sözleşmenin devri durumunda edim ile karşı edim arasındaki synallagmatik ilişki devam ettiğinden, borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebilirliğinden bahsedilebilir. Bu noktada borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebilirliği hususunda özel bir problem ortaya çıkmaz[847].

Sözleşmenin devri durumunda, iki taraflı ilişki devam eder ve sözleşmeye giren üçüncü kişi başlangıçtaki sözleşme tarafı gibi borcun ifa edilmediği defi ileri sürebileceği gibi, kendisine karşı defi ileri sürülebilir[848].Kiralanın ayıbına rağmen kira konusunun bir üçüncü kişiye devredildiği durum, bu husus örnek olarak verilebilir. Kiralananın ayıbı durumunda kiracının kaçınma hakkı[849], kiraya verenin kiralananın mülkiyetini veya benzer ayni hakkı bir başkasına devrettiği durumda devralan üçüncü kişiye karşı da kullanılabilir[850]. Zira kiralananın devri durumunda sözleşmenin tarafı

---

[846] Peter Hermann, "**Ringtausch, Tauschringe und multilaterales Bartering**", JZ 1999/ 4, s. 184-185; Bernhard Pfister, "**Der mehrseitige Austauschvertrag**", JZ 1971/ 26, s. 285; genel itibariyle borçlulardan birinin ifa etmemesinin diğer borçlular bakımından ilişkinin gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği gerekçesine dayanarak definin ileri sürülemeyeceğini savunan aksi yönde görüş için bkz. Michael Zwanzger, **Der mehrseitige Vertrag**, Tübingen, 2013, s. 346.

[847] **Simmen,** s. 91; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 157; **Grüter**, s. 49; sözleşmeye katılma durumunda ise TBK m. 206 II'e göre, kural olarak, katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsil alacaklı ve borçlu olacağından, definin ileri sürülebilirliği, müteselsil alacaklı ve borçluların defi ileri sürüp sürmeyeceği hususuyla ilgilidir. Bu hususa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §3 III B.

[848] **Simmen,** s. 91.

[849] Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda §3 II B 1 c ii.

[850] **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N. 74; **MüncehenerK/ Emmerich,** §320, N. 8; **StaudingerK/ Schwarze**, §536, N. 60, 74; **Schenkel**, s. 504.
Bu hususta önceki kiraya verene karşı ileri sürülen definin hükmü, sözleşmenin tarafı olan sonraki kiraya veren bakımından da etkili olacağından, genel olarak, ayrıca definin sonraki kiraya verene karşı yeniden ileri sürülmesine gerek yoktur.
Sonraki kiraya verene karşı yeniden ileri sürülmesi gerektiği yönünde Alman Hukuku'nda savunulan aksi yöndeki isabetsiz görüş için bkz. Herbert Franke, "**Zurückbehaltungsrecht(Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Mietrecht)**", ZMR/ 2010, s. 665.

artık devralan kiraya verendir. Borcun ifa edilmediği definin ileri sürülmesi bu hususta herhangi bir farklılık oluşturmaz.

B. Birden Çok Alacaklı ve/veya Borçlu Olması Durumunda

Borcun ifa edilmediği define ilişkin hususlar, genellikle, her bir tarafta bir kişinin bulunduğu ihtimali gözönüne alınarak belirtilmiştir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmede alacaklı ve borçlu sayısının birden fazla olduğu durumda borcun ifa edilmediği definin uygulanması ayrıca incelenmeyi hak eder. Bu halde bir taraftaki borçluların sayısının birden fazla olduğu ihtimal ile birden fazla alacaklının olduğu ihtimali ayrı ayrı değerlendirmek gerekebilir.

1. Birden Çok Borçlu Olması Durumunda

Türk ve İsviçre Hukuku'nda Alman Hukuku'nda birden fazla alacaklılık ve borçluluk durumunda definin ileri sürülebilirliğini düzenleyen BGB §320 I c.2'e[851] paralel bir hüküm yoktur. Türk ve İsviçre Hukuku'nda durumu borçlunun birden fazla olduğu ihtimal ile alacaklının birden fazla olduğu ihtimali ayrı ayrı inceleyerek değerlendirmek gerekir.

Defi ileri sürecek borçlular birden fazla ise, her biri edim borcu bakımından müstakil borçlu, karşı edim alacağı bakımından da müstakil alacaklı ise, bu durumda her bir borçludan edimin ifasını isteyen alacaklı, ifayı istediği borçlunun karşı edim bölümünün ifasını teklif etmiş veya ifayı gerçekleştirmiş olması gerekir. Aksi takdirde ilgili müstakil borçlu, edim borcunun kendi bölümünün ifasından kaçınabilir[852]. Diğer yönden alacaklı da borçlulardan her biri edimini ifa edene kadar ona denk düşen karşı edim bölümünün ifasından kaçınabilir. Ancak her bir müstakil borçlu, diğer borçluya

---

[851] Alman Hukuku'nda BGB §320 I c.2'e göre, edim birden fazla alacaklıya karşı ifa edilmesi gerekiyorsa, karşı edimin tamamı ifa edilene kadar, her bir alacaklıya ifa edilmesi gereken edim bölümünün ifasından kaçınılabileceğini düzenler. Borçlu, bu alacaklılara karşı, karşı edimin ifası tamamen gereği gibi ifa edilene kadar, defi ile edimin ifasından kaçınabilir. Bkz. **Gernhuber**, s. 339; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 33.

[852] **Simmen**, s. 97 -98; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 164; Alman Hukuku'nda da durum aynı şekilde değerlendirilmektedir. Buna göre müstakil borçlularından her biri, kısmı karşı edime karşılık borcun orantılı bir kısmıyla yükümlülük altında ise, o karşı edimin kendi edim kısmına karşılık gelen bölümünü talep edebilme ve kendi kısmi ediminin ifasından kaçınabilme hakkına sahiptir. Bkz. **Soergel/ Gsell**, §320, N. 101; **Johannsen,** s. 32 -33; davacı alacaklının karşı edimin bir bölümünü her bir borçluya sunabileceği birden fazla borçluluk durumunda(müstakil borçluluk) BGB §320 I c.2, kıyasen dahi uygulama alanı bulmaz. Bkz. **Gernhuber**, s. 339, dn. 33; **Johannsen,** s. 32 -33; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 101; alacaklı ile her bir edim borçlusu arasındaki ilişkilerin birbirine sıkı surette bağlı olmadığı veya oldukça esnek olduğu durumda, borçlulardan birinin defi ileri sürmek suretiyle bütün sözleşmenin aynı anda gelişimini zorlaması, özellikle diğer sözleşen borçluların iradesine uygun olmayan durumlarda haksızlığa yol açabilir. Bkz. **Johannsen,** s. 32 -33.

karşı edimin ifası yerine getirilmediğini ileri sürerek kendi edim bölümünün ifasından kaçınamaz[853]. Örneğin, A ve B, C'ye karşı aynı sözleşmeye dayanan ayrı alacak ve borçlara sahiptir. Buna göre A, kendi arabasını 15.000 TL karşılığında B ise kendi arabasını 20.000 TL karşılığında C'ye satma borcu altına girmiştir. Şayet C 15000 TL lik karşı edim borcunu A'ya ifa etmemiş ise bu durumda A, defi ileri sürerek kendi arabasının zilyetliğini ve mülkiyetini devri borcunun ifasından kaçınabilir. Ancak A, B'ye 20.000 TL 'nin en azından ifasının teklif edilmediğine dayanarak edim borcunun ifasından kaçınmaz.

Borçlular arasında müteselsil borçluluk varsa, bu durumda, alacaklı her birinden edimin tamamını veya tümünden edimin bir kısmını talep edebilir. Bu durumda borçlulardan her biri, hem kişisel savunmaları hem de ortak savunmaları ileri sürebilir. Defi, kural olarak, edim ile karşı edim arasındaki synallagmatik bağlantının bütün borçluları etkileyebilmesi nedeniyle ortak savunmalar arasında yer alır[854].

Müteselsil borçlulardan her biri müteselsil veya müşterek alacaklı oldukları karşı edim borcunun ifasının hiç veya gereği gibi ifa edilmediği durumda edimin ifasından defi ileri sürmek suretiyle kaçınabilir. Çünkü bu durumda karşı edim borcunun alacaklı tarafından ifa edilmemesi sadece bir borçluyu değil, bütün borçluları etkileyecektir. Buna uygun olarak her bir borçlu karşı edim bölümü tamamen ifa edilmediği veya ifası teklif edilmediği sürece edim borcunun ifasından kaçınabilir[855]. Örneğin, bir ev almak isteyen iki arkadaşın bedel ödeme borcu bakımından müteselsil sorumlu olduğu ihtimalde, bedelin ödenmesini isteyen, ancak karşı edim borcunun en azından ifasını teklif etmeyen alacaklıya karşı her bir borçlu defi ileri sürebilir. Bu durumda müteselsil borçlular karşı edim alacağı bakımından TBK m. 85'e göre müşterek alacaklıdır.

Müteselsil veya müşterek borçlular, karşı edim bölümü bakımından müstakil alacaklı iseler ve her birinin alacağı birbirinden bağımsız ise, bu durumda borçlulardan birinden edimin tamamını isteyen alacaklıya karşı, borçlunun karşı edim bölümünün

---

853 **Simmen**, s. 97-98; **von Tuhr/ Escher**, s. 290 dn. 6

854 **von Tuhr/ Escher**, s. 305; **Simmen**, s. 98-99; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 165.

855 **Simmen**, s. 98-99; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 165; bunun yanında her bir müteselsil alacaklılar, edim ifa edilene kadar, aynı zamanda müteselsil borçlusu olduğu karşı edimin ifasından, karşı tarafta yer alan müteselsil borçlular ise, müteselsil alacaklısı olduğu karşı edim ifa edilene veya ifası teklif edilene kadar edimin ifasından defi vasıtasıyla kaçınabilirler. Bkz. **Gernhuber**, s. 339.

tamamının ifa edilmediğini ileri sürerek edimin ifasından kaçınıp kaçınamayacağı sorusu akla gelebilir.

İlk bakışta bu sorulara olumsuz cevap verilmesi gerektiği, borçlunun, müstakil karşı edim alacağını elde etmediğine dayanarak defi ileri sürebileceği, diğer borçlunun müstakil karşı edim alacağına dayanarak defi ileri süremeyeceği söylenebilir gibi görünmektedir. Zira alacaklı karşı edim bölümünü ifa etmiştir. Karşı edim alacağı müşterek veya müteselsil alacaklılığa konu olmadığından, definin ortak savunma olması da sözkonusu değildir. Ancak bu sonuç çoğu halde isabetsiz sonuçların doğmasına yol açar. Zira, synallagmatik bağlılık, müteselsil borçluluğun konusu olan edim borcu ile müstakil alacaklılığa konu karşı edim borcunun tümü arasında bulunmaktadır. Alacaklının karşı edim bölümünün bir kısmını ifa ederek edim alacağının tamamını elde edebilme imkanına kavuşması, edim ile karşı edimin aynı anda ifası hususuna ve synallagmatik bağlılığa uygun düşmez. Bu nedenle karşı edimin tamamı ifa edilmediği sürece, defi vasıtasıyla edim borcunun ifasından kaçınma imkanı her bir borçluya tanınması gerekir[856]. Örneğin, A ve B, kendilerine ait bir resmin C'ye satışı hususunda anlaşmışlar, ancak bedelin ödenmesi borcu bakımından müteselsil alacaklılık kararlaştırmamışlardır. Bu ihtimalde A, B'ye ödeme yapılmadığına dayanarak defi ileri sürebilir[857].

Bunun yanında edimin tamamını ifa eden borçlu, iç ilişkide borcundan fazla ödeme yapması nedeniyle TBK m. 168'e göre alacaklının haklarına halef olarak ödediği fazla kısmı TBK m. 167'e göre rücu etmek istediğinde, diğer borçlu karşı edim alacağını elde etmediğini ileri sürerek iç ilişkide alacaklının haklarına halef olan borçluya karşı defi ileri sürebilecektir[858]. Ancak bu sonuç defi ileri sürmeden edimin

---

[856] **Simmen**, s. 99; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 165; Alman Hukuku bakımından da aynı sonuç kabul edilmektedir. Alacaklı, müteselsil borçlulardan birinden edimin tamamının ifasını isterse bu durumda o borçlu karşı edimin bir kısmının ifasını talep edebilme imkanı olsa dahi defi ileri sürebilir. Bu durumda edim borcunun ifasından, diğer borçlulara tanınan karşı edim bölümü ifa edilene kadar defi suretiyle kaçınabilir. Aksi sonucun kabülü, alacaklının karşı edimin bir kısmını ifa etmesine rağmen, sözleşmeye aykırı şekilde edimin tamamını elde etmesine ve bundan yarar sağlamasına neden olur. Bkz. **Johannsen**, s. 33; **Grüter**, s. 43; bu halde karşı edim borcu bakımından, edim alacaklıları müstakil borçlu olsa dahi, karşı edim borcunun tamamı ifa edilmedikçe edimin ifasından kaçınılabilecektir. Bkz. **Gernhuber**, s. 339.

[857] Örnek için bkz. **Simmen**, s. 99 dn. 11; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 165

[858] Aksi yönde isabetsiz görüşe göre, karşı edim alacağını elde etmiş borçlunun defi ileri sürememesi, diğer borçlunun, kendi karşı edim alacağını alacaklıdan elde edememesine rağmen tamamını ifa eden borçlunun kendisine rucü etmesine ve bu surette edimin ifasına zorlanmasına yol açar. Bkz. **Simmen**, s. 99; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 165; **von Tuhr/ Escher**, s. 305 dn. 60; Yazarlar,

tamamını ifa eden borçluyu iç ilişkide zor durumda bırakır. Bu husus, borcun, iç ilişkide kendisine düşen paydan daha fazlasını ifa eden borçlunun korunmasına hizmet eden TBK m. 167 ve TBK m. 168'in amacına aykırı bir durum ortaya çıkarır. Bu nedenlerle, müteselsil borçluların müstakil alacaklı olduğu ihtimalde definin kabulü, aynı zamanda definin ortak savunma içerisinde değerlendirilmesini sağlar.

Karşı edim borcu bölünebilir değilse, bu durumda müstakil borçlular, karşı edim borcu bakımından müşterek alacaklı pozisyonuna girerler (TBK m. 85). Bu ihtimalde müstakil borçlu, kendi edim bölümünün ifası talep edildiğinde defi ileri sürebilir.Aksi durumun kabulü halinde, alacaklı karşı edimin ifasını veya ifa teklifini gerçekleştirmeden her bir müstakil borçluyu edimin ifasına zorlama imkanını elde eder. Alacaklının her bir borçludan değil, borçluların tamamından borçlu oldukları edimin ifasını istemesine neden olacak bu sonuç, her bir borçlunun baskı vasıtasını kaybetmesi sonucundan daha elverişli bir durum ortaya çıkarır.

2. Birden Çok Alacaklı Olması Durumunda

Edimin ifasını talep eden birden fazla alacaklıya karşı borçlunun defi ileri sürüp süremeyeceği sorusunu ise alacaklıların müstakil veya müteselsil yahut müşterek olup olmadığına göre ayrıca değerlendirmek gerekir. Definin burada borçlu tarafından ileri sürülmesinin isabetliliği, borçlunun birden fazla olduğu durumdakine benzer kriterler gözönüne alarak değerlendirmek uygun olur[859].

Alacaklılar, borçluya karşı, müstakil alacaklı iseler, bu halde her bir talebin hukuki bağımsızlığı, borçlunun sadece karşı edim bölümünü ifa etmeyen veya ifasını teklif etmeyen alacaklıya karşı defi ileri sürebileceğinin kabulünü gerektirir görünmektedir. Bu halde alacaklılardan birisi karşı edim borcunu ifa etmiş ise, borçludan edimin ifasını isteyen bu alacaklıya karşı, borçlu, diğer alacaklının karşı edim bölümünü ifa etmediğine dayanarak defi ileri süremez. Bu kapsamda Alman

edimin ifasını tamamen ifa etmek zorunda kalan defi ileri süremeyen borçlunun, diğer borçluya rucünda, diğer borçlunun defi ileri sürebileceğini belirtmemeleri, ve bu borçlunun edimin ifasına zorlanacağını belirtmeleri isabetli değildir. Zira edimin tamamını ifa eden borçlu TBK m. 168 gereği alacaklının haklarına halef olacağından, bu borçlu kanun gereği alacağı devralan kişi konumundadır. Borçlu alacağı devralana karşı da borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilir (Bkz. yukarıda §3 III A 1). Yazarlar, salt defiyi ortak savunma bakış açısı içerisinde ele aldığından, borçluya defi imkanı verilmezse diğer borçlunun rucüda edimin ifasına zorlanacağı şeklinde isabetsiz sonuçlara varmalarına neden olmuştur. Sonuç itibariyle defi imkanının tanınmaması edimin tamamını ifa eden borçluyu mağdur duruma düşürecektir.

[859] Aynı yönde bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 166

Hukuku'nda mevcut olan BGB 320 I c. 2' nin Türk ve İsviçre Hukuku'nda uygulama imkanı yoktur[860]. Bu durumda, örneğin, A, karşı edim borcu olan 50 TL'yi ödeyen C'ye, diğer müstakil alacaklı B'nin 50 TL'yi ödemediğinden bahisle, 50 kg mal teslimi borcunun ifasından kaçınamaz. Ayrıca C'ye 50 kg mal teslim edilerek edimin ifası gerçekleştikten sonra, C, diğer yarısı B'ye ifa edilmediğini ileri sürerek 50 TL bedeli ödemekten kaçınamaz. Zira C'nin, B'ye edimin ifasında menfaati olmadığı gibi[861], C'nin, B'ye ifa edilmesi gereken kısmın karşılığı olan diğer 50 TL 'yi ödeme borcu olmadığından ona ifanın yapılmadığını ileri sürerek borç altına girdiği kısmın ifasından kaçınamaz[862].

Ancak alacaklılar müstakil alacaklılık sıfatına sahip olmasına rağmen, karşı edim bakımından müteselsil borçlu iseler (örneğin, bölünemeyen bir karşı edim borcunun varlığı halinde) bu durumda borçlu, karşı edimin tamamı ifa edilmediğinden edim bölümünün ifasından kaçınabilir[863].

Alacaklılar arasında müşterek veya müteselsil alacaklılık varsa, borçlu, karşı edim bölümünün tamamı ifa edilene kadar edim borcunun ifasından kaçınabilir. Synallagmatik bağlılık bu halde bütün karşı edim ve edim borçları arasında bulunur[864].

---

[860] **Simmen,** s. 100, s.100 dn. 20; **Kaniti**, s.82; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 167.
Alman Hukuku'ndaki durum için bkz. **Gernhuber**, s. 339; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 33; BGB §427, birlikte bölünebilir bir karşı edim borcunu yüklenenler arasında; BGB §431 ise, bölünemez bir karşı edim borcunu yüklenenler arasında müteselsil borçluluğu kabul ettiğinden, karşı edim borcunun tamamı ifa edilene veya ifası teklif edilene kadar definin ileri sürülebilirliğinin kabulü, hem BGB §427 hem de §431'den çıkar. Bu nedenle BGB §320 I c. 2, anlamını ancak teselsülün anlaşma ile kaldırıldığı durumlarda gösterir. Bkz. **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 68; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 33; **Johannsen**, s. 32; **Gernhuber**, s. 339; **Kaniti**, s. 81; böylece bir borçlu birden fazla alacaklıya bölünebilir bir edim borçlanmış ise, karşı edimin tamamı ister bölünebilir isterse bölünemez olsun ifa edilene kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Örneğin A, B ile C'ye karşı 100 TL karşılığında 100 kg malın; B' ye 50 kg'ını, C'ye ise diğer yarısını teslim etme borcu altına girer. C, 50 TL değerindeki karşı edim borcunu ödese dahi A, diğer 50 TL ödenmediğinden C'ye 50 kg malı teslim etmekten kaçınabilir.

[861] **Kaniti,** s.82.

[862] **Kaniti**, s.82.

[863] **Simmen,** s. 100, s.100 dn. 20; Alman Hukuku bakımından da aynı sonuç kabul edilmektedir. Bunun yanında kaçınma hakkı borçluya, BGB §320 I c.2'in açık ifadesine göre, karşı edim bölümünün bir kısmını isteyebileceği durumda da tanınır. Borçluya defi ileri sürme imkanı sadece davacının borçlandığı kısım gözönüne alınarak sağlanmak istenseydi, borçlu, sadece karşı edimin tamamının ifası karşılığında edimi ifa ile yükümlü iken, alacaklının birden fazla olduğu durumda haksız şekilde kısmı ifayı –kabule- zorlanmış olabilirdi. Bu nedenle davacı, gerektiğinde definin ileri sürülmesini engellemek için, diğer alacaklılar tarafından borçlanılan edimi de yerine getirmek zorundadır. **Johannsen**, s. 32; ayrıca bkz. **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 33; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 101

[864] **Simmen,** s. 100; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 168

Ancak karşı edim borçlusu alacaklılar, karşı edim borcu bakımından müteselsil veya müşterek borçlu iseler, BGB §320 I c.2 ve BGB §431 ile §421'e dayanan kabul, Türk ve İsviçre Hukuku'ndaki kabul ile bu kapsamda paralellik arz eder. Buna göre, örneğin, bölünemeyen bir karşı edim borcu altına giren ve bu nedenle kanun gereği karşı edim borcu bakımından müteselsil borçlu olan alacaklılar, karşı edim borcunun tamamının ifasını en azından teklif etmeksizin edim bölümünün bir kısmının veya tamamının ifasını talep ettikleri durumda defi ile karşılaşacaklardır. Edim borçlusu bu ihtimalde bölünemeyen karşı edim borcunun ifası en azından teklif edilene kadar edimin ifasından kaçınabilecektir. Alacaklıların müşterek veya müteselsil alacaklı olmalarına rağmen, müstakil alacaklı olduğu ihtimalde de, definin uygulanmasını kabul etmek gerekir[865].

Her iki tarafta müteselsil alacaklılık ve borçluluk sözkonusu ise bu durumda borcun ifa edilmediği definin ileri sürülmesi bakımından borçluların ve alacaklıların sayısının fazlalığı herhangi bir özellik göstermez. Zira borçlulardan her biri edimin tamamından sorumlu olduğu gibi, alacaklılardan her biri ise edimin tamamını kabul ederek borcun ifa ile sona erdirilmesini sağlayabilir[866].

Aynı durum müşterek alacaklılık ve borçluluğun karşılıklı olduğu ihtimalde de gündeme gelir. Ancak burada borçlular edimin ifasını herhangi bir alacaklıya yaptıkları ihtimalde ve o diğer alacaklılar adına ifayı kabul etme yetkisine sahip değilse, bu ihtimalde müşterek alacaklılar, edimin ifasının gereği gibi yerine getirilmediğinden karşı edimin ifasından kaçınabilir. Zira bu halde borçluların borcunu gereği gibi ifasını teklif veya ifa edebilmeleri, müşterek alacaklıların tamamına veya onları temsil eden alacaklıya ifayı teklif etmeleri veya ifayı gerçekleştirmeleriyle sağlanır.

Borçlulardan biri, sözleşmeden doğan karşı edim alacaklısı, diğer borçlular sadece edim borcu bakımından müteselsil borçlu ise, bu ihtimalde de karşı edim alacaklısına ait olan defiyi diğer borçlular kullanabilmelidir. Zira müteselsil borç ile

[865] Alman Hukuku'nda BGB §320 I c. 2'de, birden fazla (müstakil) alacaklılık durumunun da düşünüldüğü söylenebilir. Müstakil alacaklılık birden fazla alacaklılığın en azından güçlü bir şekli olduğundan, borçlunun durumu, diğer birden fazla alacaklılık durumlarına (müşterek ve müteselsil alacaklılık) karşı daha zayıf olamaz. Bkz. **Gernhuber**, s. 339

[866] Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. **Gernhuber**, s. 339.

karşı edim borcu mübadele ilişkisi içerisinde bulunduğundan, defi burada ortak savunma teşkil eder. Bu nedenle bu halde de defi ileri sürülebilmelidir.

C. Edimin Sürekli veya Dönemli Nitelikte Olması Durumunda

Bilindiği üzere, alacaklının ifaya olan menfaatinin süreye yayılıp yayılmadığına göre doktrinde[867] edimlerin ani veya sürekli edim olup olmadığı ayrımı yapılmakta, bunun yanında borcun düzenli olan veya olmayan aralıklarla ifa edilmesi gereken haller bakımından da dönemli edim ayrımı yapılmaktadır. Edimlerin ani, sürekli veya dönemli olmasının borcun ifa edilmediği definin uygulanmasını nasıl etkileyeceği sorusu üzerinde durmak gerekir.

Borcun ifa edilmediği defi synallagma ilişkisi içerisinde bulunan edimlerin aynı anda mübadelesini güvence altına alır. Borcun ifa edilmediği definin bu özelliği gözönüne alındığında belirtilen esas sorunun yanında sürekli borç ilişkileri bakımından gündeme gelecek iki ana sorunun da cevaplanması gerekmektedir: Birincisi; edimlerin aynı anda mübadelesi sürekli borç ilişkilerin yapısına ne kadar uygundur? İkincisi ise; alacaklının bir zaman bölümüne ait karşı edimi ifa etmediği durumda, borçlu bir diğer zaman bölümüne ait edim borcunun ifasından kaçınabilecek midir?

Daha önce belirttiğimiz üzere[868], edimlerden birinin sürekli, diğerinin ani edimli olduğu borç ilişkilerinde, kural olarak, aynı anda ifa mümkün değildir[869]. Edimlerin ifası arasındaki zamansal farklılık ne kadar küçük ise, karşılıklı edimler, ifa bakımından birbirine o kadar yakın durur[870]. Ancak her durumda bu ilişkiler bakımından tam anlamıyla bir zamansal uyuma ulaşılamaz. Çoğu durumda sürekli edimin borçlusu karşı edimin ifasını aynı zamanda elde etmeksizin edimin ifasını yerine getirmek zorunda kalabilir[871]. Kanunda, kural olarak, bir tarafın sürekli edim borcu altına girdiği ilişkilerde önce ifa yükümlülüğünün öngörüldüğü durumlar bu

---

[867] Bu hususa ilişkin tartışmalar ve bu ayrım için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 37-38; **Oğuzman/ Öz**, I, N. 39 vd; dönemli edimin sürekli edim olup olmadığı tartışmalıdır. Her bir borç ilişkisinde tarafların iradeleriyle yöneldiği amaç gözönüne alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiği hususunda değerlendirme ve tartışma için bkz. **Oğuzman/ Öz**, I, N. 43.

[868] Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda §2 IV ve §3 II B 1 c, e ve g.

[869] **Oetker**, s. 395; **Kast**, s. 59; **Gernhuber**, s. 355; **Rumpf,** s. 177; **Adler**, s. 5.

[870] **Rumpf,** s.176-177.

[871] Her iki tarafın ediminin dönemli olduğu durumlarda da bu husus kesin şekilde söylenemez. Zira taraflar aksini kararlaştırmadığı veya önce ifa yükümlülüğünün sözkonusu olmadığı ihtimalde dönemli dönemli edimlerin aynı anda mübadelesi sözkonusu olabilir: **Rumpf,** s.177 dn.825.

hususu destekler. Sürekli edimin borçlusunun önce ifa ile yükümlü olduğu, dönemli karşı edim bakımından belirli bir zamanın geçmesi gerektiği ilişkilerde de bu durum açıkça görülür. Edimlerin aynı anda ifası bu bağlantıda, kural olarak, mümkün değildir[872].

Ancak bu belirtilenlere rağmen bir tarafın ediminin ani/ dönemli olduğu, diğerinin sürekli olduğu borç ilişkilerinde borcun ifa edilmediği definin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

Sürekli borç ilişkilerinde definin uygulanmayacağını ileri süren görüşe göre[873], borcun ifa edilmediği defi bu nevi borç ilişkilerinde uygulanabilir değildir. Zira borcun ifa edilmediği defini düzenleyen hükmün gerekli kıldığı aynı anda ifa sürekli borç ilişkilerinde gerçekleşmez. Diğer deyişle, aynı anda ifa mümkün olmadığından sürekli borç ilişkilerinde defi uygulanabilir değildir.

Yine bu görüşe[874] göre, sürekli edimin borçlusu, defi ileri sürerek edimin ifasından kaçınmak suretiyle edimin ifasını imkansızlaştırır. Özellikle iş sözleşmelerinde işçinin, bedel ödenmemesi nedeniyle, iş görme edimini ifadan kaçınması iş görme ediminin imkansızlaşmasına neden olur. Bu durumda edim ile karşı edim arasındaki denge bozulacağı gibi, borcun ifa edilmediği defini ileri süren borçlunun kendi ediminin ifasına hazır olması ve edimin ifa edilebilir olmasından da bahsedilemez (Vertragsuntreue/ tu quoque-Einwand (Sen de!-İtirazı)). Buna göre, "Sen de" itirazı hakkın kötüye kullanılmasının bir görünüm tarzıdır. Bu itiraz her iki esas edim arasındaki fonksiyonel bağlılığın korunmasına ve kaçınma hakkının amacının sağlanmasına hizmet eder. Ona uygun olarak kaçınma hakkının uygulanmasıyla alacaklının edim talebini kaybettiği ihtimalde definin geçici karakteri ve baskı ve teminat fonksiyonları gerçekleştirilebilir değildir. Bu sebeple bu nevi sürekli edimin sözkonusu olduğu borç ilişkilerinde borcun ifa edilmediği defi uygulanamayacaktır.

---

[872] **Oetker**, s. 395; **Kast**, s. 59; **Gernhuber**, s. 355; **Rumpf,** s. 177.

[873] Max Steinberger, **Die Verträge auf dauernde Leistungenen (DauerVerträge)**, Schongau, 1910, s. 28 vd.; **Adler**, s. 3 vd; Wolfgang Grunsky, "**Streik und Zurückbehaltungsrecht"**, JUS 1967/2, s.60-61; **Kast**, s. 58-59; aynı yönde bkz. **Serozan**, §6 N. 12.

[874] **Grunsky**, s. 61; **Kast**, s. 162-163.

Aksi yöndeki isabetli olan görüşe[875] göre, borcun ifa edilmediği define dayanak teşkil eden norm ani edimli borç ilişkileri esas alınan bir düzenlemenin ürünü olsa da, bu husus sürekli borç ilişkilerinde nihai olarak borcun ifa edilmediği definin uygulanmasının engellendiği sonucunun kabulünü zorunlu kılmaz. Aynı anda ifa mübadele ilişkisinin varlığı bakımından zorunlu bir unsur değildir. Bu surette borcun ifa edilmediği defi bakımından, sürekli borç ilişkilerinde edimlerin mübadelesi için edimlerin aynı anda ifa edilmesi şart olmayıp, bilakis definin uygulanması ile kanunda veya sözleşmede öngörülen ifa sırası içerisinde edimlerin mübadelesi amaçlanır[876]. Önce ifa yükümlüsünün definin korumasından yararlanamaması fikri, sadece önce ifa yükümlülüğünün sözkonusu olduğu ölçüde kabul edilir[877], yoksa önce ifa yükümlülüğünün daimi kredi sağlama yükümlülüğü olduğu anlamına gelmez. Örneğin önce ifa ile yükümlü işçinin önce ifa yükümlülüğü sadece bir iş periyodu kadar devam eder, şayet işveren bu periyodun karşılığı olan bedel ödeme borcunda temerrüde düşmüş ise işçi borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilir[878]. Aynı şekilde ifa ile yükümlü olan işçiye karşı muaccel ücret ödenmediği ve işçinin sözleşmeyle bağlı kalmak istediği durumda, bu yükümlülük onun daimi kredi sağlama zorunda kalması anlamına gelmemelidir [879].

Yine bu görüşe[880] göre, şayet sürekli borç ilişkilerinde borcun ifa edilmediği definin uygulanması engellenmiş olsaydı, borçlunun daimi kredi sağlama zorunluluğu altında bırakılacağının kabul edilmesi gerekecekti. Bir sınırsız kredi sağlama yükümlülüğü, bu anlamda, kural olarak, sürekli borç ilişkilerinde de rastlanılabilen

---

[875] **Oetker,** s. 396; **Rumpf**, s. 177; **Bydlinski,** s. 149; **Oetker,** s. 396; Alfred Söllner, "**Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers**", ZfA, 1973, s. 8; **Gernhuber**, s. 355, **Jabornegg**, s. 87; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 112; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 90; **Dehmel**, s. 32-34; **Stöckli**, N. 275; genel itibariyle sürekli borç ilişkilerinde definin uygulanacağı hususunda aynı yönde bkz. **Kaniti**, s. 71 vd.; **Oğuzman/ Öz**, N. 1107; **Kılıçoğlu**, s. 757; **Feyzioğlu**, s. 130; **Eren**, s. 1012.

[876] **Söllner,** s. 8.

[877] **Oetker**, s. 393; **Bydlinski,** s. 149; **Söllner**, s. 7;

[878] **Oetker,** s. 401; Bu konuda Alman doktrininde daha önce işçinin ifadan kaçınmasının borcun ifa edilmediği define değil, BGB §273'de yer alan genel kaçınma hakkına dayandığı ileri sürülmüştür. Doktrindeki bu görüş Alman Federal Mahkemesi tarafından da bir dönem kabul edilmiştir. Bu görüşler, mahkeme kararı ve ilgili açıklama için bkz. **Oetker,** s. 393; **Söllner**, s. 7.

[879] Aynı şekilde ard arda teslimli satış sözleşmesinde satıcının önce ifa yükümlüsü olması, satıcının daimi surette alıcıya kredi sağlama zorunda kalmasını haklılaştırmaz. Bkz. **Bydlinski,** s. 149; aynı yönde bkz. **Oetker,** s. 401-402.

[880] **Rumpf**, s. 177-178; **Oetker,** s.396. **Bydlinski,** s.149; **Söllner**, s.8; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 112; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 90.

edimlerin mübadele amacına aykırılık teşkil eder. Bu nedenle, definin uygulama alanının sürekli borç ilişkisi aleyhine sınırlandırılmasını, ne defiye ilişkin kanuni düzenlemenin lafzı ne de amacı haklılaştırır. Bu surette borcun ifa edilmediği definin baskı ve teminat fonksiyonu sürekli borç ilişkilerinde de etkisini gösterebilir. Bu sebeple sürekli borç ilişkilerinde borcun ifa edilmediği defi, kural olarak, uygulanabilir. Bu uygulama aynı anda ifa kuralının sürekli borç ilişkilerinde devam eden edimlerin ifası kuralına uyarlanarak gerçekleştirilebilir. Bu hususta ise, tarafların birbiri ardına hareket etmek zorunda olduğu hususu gözönüne alınabilir.

Yine bu görüşe[881] göre, definin ileri sürülmesi ile edimin ifasının imkansızlaşacağı itirazı yerinde değildir. Zira bu itirazın dayandığı argümanlar, defiye imkan tanımayarak korumak istedikleri amacı karşılayacak nitelikte değildir. Bu görüş, edimin ifasından kaçınmanın hukuka uygun bir uygulamanın sonucunda edimin ifasını imkansızlaştıracağı ve bu imkansızlığın borçluya yüklenecek bir imkansızlık olmadığı, kaçınma hakkının doğumundan önce ortaya çıkan edimin gereği gibi ifa edilmemesine de dayanmadığı hususlarını gözardı etmiştir. Edimin ifasından kaçınan kişinin kendi ediminin ifasına hazır olması ve ifa edilebilir olması hususu dürüstlük kuralına dayandığından, borçlunun edimin ifasından neden kaçındığı hususu gözardı edilmemelidir.

Kanaatimizce son görüş genel itibariyle isabetlidir. Aksi yönde ilk görüşün belirttiği, definin ileri sürülmesinin imkansızlık oluşturacağı hususunu bütün borç ilişkilerini kapsayacak şekilde değerlendirmek isabetli değildir. Bu kapsamda defi ileri sürmekle borçlunun borcunun ifasından kaçınmasının borcu nihai olarak imkansız kılıp kılmadığına bakmak gerekir. Özellikle yapmama borcunu ifadan defi vasıtasıyla kaçınmada bu durumla karşılaşılabilir. Yapmama borcunun ifasından kaçınma bir yapma şeklinde ortaya çıkacağından, definin ileri sürülmesi, bu halde ifadan beklenen çıkarı anlamsızlaştıracak ise defiye imkan verilmemeli, aksi takdirde defi ileri

[881] **Rumpf,** s.178, dn.829; **Oetker**, s.403 vd; krş. **Jabornegg**, s. 190; ayrıca bkz. **Dehmel**, s. 83-84; borçlunun defi ileri sürmesinin sebebi alacaklının karşı edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi olduğundan, defi ile oluşan imkansızlığın alacaklıya yüklenebilmesi ihtimali gündeme gelir. Bu durumda karşı edimi ifa etmeyerek borçlunun defi ileri sürmesine neden olan alacaklı –karşı edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemeden sorumlu olmasa dahi, definin ileri sürülmesi kendi ifa etmeme durumundaki gibi ona yüklenebilir- bu imkansızlıktan sorumlu tutulabilir. Bkz. **Oetker**, s.403-405; borçlunun defi ileri sürmesinin sonucunda edimin imkansızlaşması borcun ifa edilmediği definin uygulanmasını engellemez: **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N.30;

sürülebilmelidir. Bu nedenle nihai şekilde, defi ile borcun imkansızlaşacağından yola çıkılarak definin ileri sürülmesini engellemeye imkan yoktur. TBK m. 408, genel hizmet sözleşmelerinde, işverenin, iş görme edimini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olduğu, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemeyeceğini düzenlemiştir. Bu düzenleme açıkça iş görme edimlerinde işin daha sonradan görülebilme ihtimalinin kanunkoyucu tarafından da kabul edildiğinin bir göstergesi, bu anlamda iş görme edimlerinin ifasından kaçınmanın imkansızlık oluşturacağının nihai olarak kabul edilmeyeceğinin ifadesidir. Hatta hükmün işverenin sorumlu olduğu imkansızlık durumunda dahi uygulanabileceği kabul edilmektedir[882]. Sonuç itibariyle hüküm, işçiyi ifayı daha sonra

[882] **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1193 dn. 438; Alman Hukuku'nda TBK m. 408'i karşılayan BGB §615'in iş görme edimlerin ifasından kaçınma hakkının, kaçınmanın edimin ifasını imkansızlaştırıp imkansızlaştırmadığına bakılmaksızın kabul edilebileceğinin bir göstergesi olduğu yönünde bkz. **Dehmel**, s. 69-71, s. 79 vd.
Kanaatimizce ayrıca hüküm, iş görme ediminin ifasından kaçınıldığı ihtimalde de uygulanacaktır. Zira definin hukuki niteliğini açıklarken değindiğimiz üzere(Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda §1 III A 5), definin ileri sürülmesiyle alacaklı edimlerin mübadelesine ilişkin imkanları hazırlama bakımından alacaklı temerrüdüne düşer. Bu anlamda işçi şayet borcun ifa edilmediği defi ileri sürerse, alacaklıyı dilerse alacaklı temerrüdüne de düşürebilir. Alacaklı temerrüdüne başvurduğu noktada TBK m. 408 uygulama alanı bulabilecektir. Hüküm her ne kadar "edimi kabulde temerrüt" ifadesine yer verse de, hükmün sadece edimi kabulde değil, alacaklının ifaya hazırlık hareketlerini yapmayıp temerrüde düştüğü halde de uygulanabileceğini kabul etmek gerekir. Bu kapsamda TBK m. 408, işçinin edimin ifasından kaçınmasının hukuki sonuçlarını da düzenleyen bir hüküm olarak değerlendirilebilir. İşçinin edimin ifasından kaçınmasıyla iş görme borcunun ifasının imkansızlaşması bu hususta değişiklik yapmaz. Sonuç itibariyle, TBK m. 408'in defi halinde de uygulanabilecek olmasının sadece teorik değil, aynı zamanda pratik sonuçları da vardır. Borcun ifa edilmediği definin ileri sürüldüğü durumda TBK m. 408 uygulanabilirliği kabul edilirse, definin hüküm ifade ettiği süre boyunca işçi ücret alacağına hak kazanacaktır.
İş Kanunu m. 34 bakımından işçilerin kaçındığı süre boyunca ücrete hak kazanıp kazanmayacağı tartışmalıdır. Bu tartışma ve İş Kanunu m. 34 bakımından görüşümüze yakın hususlardan yola çıkan benzer yönde görüş için bkz. Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 12. Baskı, Beta, İstanbul, 2016, s. 422 vd;
Ancak Yargıtay sonuç itibariyle aksi yönde isabetsiz kararlar vermektedir. Bkz. Y. 22 HD. 21161/ 6911 T. 21.03.2014 (**Lexpera**); Y. 22 HD. 21233/6912 T. 21. 03. 2014 (**UYAP**) "… *bu hükümde(İş Kanunu m. 34) düzenlenen işçinin işin ifasından kaçınma hakkı özel bir ödemezlik defi olup, işverenin temerrüt halinden farklıdır. Bu sebeple ücretinin ödenmemesi sebebiyle işin ifasından kaçınan işçi kaçındığı süre için ücrete hak kazanamaz. Somut olayda da davacının ücretinin ödenmemesi sebebiyle işin ifasından kaçındığı anlaşılmakla bu süre için ücret talebi yerinde değildir. Mahkemece karar verilirken bu hususun göz ardı edilmemesi gereklidir…."*; aynı yönde bkz. Y. 22 HD. 25969/6044 T. 14.03.2014 (**Lexpera**); Y. 22 HD. 23012/ 6913 T. 21.03.2014 (**Kazancı**); *"…Yukarıda düzenlenen işçinin işin ifasından kaçınma hakkı özel bir* ***ödemezlik defi*** *olup, işverenin temerrüt halinden farklıdır. Bu sebeple ücretinin ödenmemesi sebebiyle işin ifasından kaçınan işçi kaçındığı süre için ücrete hak kazanamaz. Somut olayda aynı durumda olan işçilerin benzer dosyalarından da anlaşılacağa üzere işçilerin ücretlerinin ödenmemesi sebebiyle toplu olarak işe çıkmadıkları anlaşıldığından (Yarg. 22. HD., 2013 /29700-2014/ 6914; Yarg. 22. HD., 2013/21161-2014/6911 sayılı kararlar) davacının ücretinin ödenmemesi sebebiyle işin ifasından kaçındığı kabul edilerek bu süre için ücret talebinin reddi gerekmektedir…"*

yerine getirmekten kurtarmakta, bu sonucu işin daha sonradan yerine getirilebilir olup olmadığına da bağlamamaktadır. Ayrıca Türk Hukuku bakımından İş Kanunu m. 34 I açıkça işçinin iş görme ediminin ifasından kaçınabileceğini düzenlemiştir[883]. Bu kapsamda işçinin ücret ödenmediği durumda iş görme edimin ifasından kaçınabileceği ve bunun imkansızlık oluşturmayabileceği rahatlıkla söylenebilir. Bu nedenlerle son görüş isabetlidir.

Yargıtay[884], iş sözleşmeleri bakımından borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebileceğini kabul etmektedir.

Edim borçlusunun önce ifa yükümlüsü olduğu sürekli borç ilişkileri bakımından, belirli bir zaman bölümüne ait karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle bir diğer zaman bölümüne ait edimin ifasından defi vasıtasıyla kaçınılıp kaçınılmayacağı ayrıca incelenmeyi gerektirir. Bu husus doktrinde tartışmalıdır.

Kararlarda görüleceği üzere İş Kanunu m. 34'e dayanılarak, bu hükümde düzenlenen borcun ifa edilmediği definin genel hükümlerdeki borcun ifa edilmediği defiden ayrı hükümlere tabi olduğu sonucuna nasıl olup da varıldığı ve işverenin temerrüdü durumundan nasıl farklılaştığı anlaşılamamaktadır. Sonuç ve gerekçe itibariyle isabetli değildir.

883 Ayrıca bkz. aşağıda §3 IV C.

884 Y. 22 HD. 21161/ 6911 T. 21. 03. 2014 (**Lexpera**); *"…4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde, "Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez. Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır. Bu işçilerin bu nedenle iş akitleri çalışmadıkları için feshedilemez ve yerine yeni işçi alınamaz, bu işler başkalarına yaptırılamaz." denilmiştir.*
Aynı Kanun'un 32. maddesinde ise ücretin en geç ayda bir ödeneceği, iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebileceği belirtilmiştir. Bu hüküm nisbi emredici karakterde bir hüküm olup, ücretin daha geniş bir zaman diliminde ödeneceği kararlaştırılamaz.
Somut olayda davalı tarafından davacının ücretinin 45 günde bir ödendiği ifade edilmektedir. Bu ödeme biçimi 4857 sayılı Kanun'un 32. maddesindeki emredici düzenlemeye aykırıdır. Ayrıca dosya içinde yer alan ödeme belgeleri ile banka kayıtları birlikte değerlendirildiğinde davalı tarafından ücret ödemesinin düzenli ve tam yapıldığı ispat edilemediği gibi bu duruma sebep olabilecek bir mücbir sebep de ileri sürülmüş değildir. Şu halde davacının işin ifasından kaçınma hakkı bulunduğunun kabulü gerekmektedir. Bu tespiti göre ise davalı işveren tarafından yapılan fesih haklı sebebe dayanan bir fesih değildir. Davacının ihbar tazminatı ile gidiş ve dönüş masraflarına ilişkin alacakları bulunmaktadır.
Diğer taraftan bu hükümde düzenlenen işçinin işin ifasından kaçınma hakkı özel bir ödemezlik defi olup, işverenin temerrüt halinden farklıdır. Bu sebeple ücretinin ödenmemesi sebebiyle işin ifasından kaçınan işçi kaçındığı süre için ücrete hak kazanamaz. Somut olayda da davacının ücretinin ödenmemesi sebebiyle işin ifasından kaçındığı anlaşılmakla bu süre için ücret talebi yerinde değildir. Mahkemece karar verilirken bu hususun göz ardı edilmemesi gereklidir…."; aynı yönde bkz. Y. 22 HD. 25969/ 6044 T. 14. 03. 2014 (**Lexpera**)

Definin uygulanmasını reddeden görüş[885], her bir zaman bölümüne ilişkin edimin ifası o zaman bölümü için gerçekleştirilecektir ve bu bölüm diğer zaman bölümünden bağımsızdır. Edimlerin belirli bir zaman bölümüne ait olması ve bağımsız olması nedeniyle sadece zamansal olarak birbiriyle uyumlu esas edimler arasında mübadele ilişkisi mevcuttur. Diğer herhangi bir zaman bölümüne ait edim ile onunla karşılıklı olmayan başka bir zaman bölümüne ait karşı edim arasında synallagmatik bağlılık bulunmadığından bu farklı zaman bölümleri bakımından defi ileri sürülemez.

Aksi yöndeki isabetli olan görüşe göre[886] ise, genel olarak, sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesi bakımından edim ile karşı edim bölümleri birbirinden bağımsız değildir. Edim ile karşı edimin bağlılığı bakımından sözleşmenin birliği gözönüne alınmalıdır. Bu sebeple synallagma, sadece doğrudan mübadelenin var olduğu edim bölümleri arasında değil, edimlerin bütünü arasında bulunur. Bu sebeple karşı edim bölümlerinden birinin ifa edilmemesi durumunda edimin ifasından kaçınmak mümkündür.

Bu görüş gerekçe olarak şu hususları ileri sürmüştür: Sürekli borç ilişkilerinde sözleşme birliğinin varlığına rağmen sürekli edime ilişkin yükümlülük hukuken

---

[885] **Grunsky**, s. 61; **Oertmann,** s. 265 -266; Wilhelm Haase, **Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitsnehmers an Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis**, Köln, 1967, s. 6; aynı yönde bkz. **Fichtner,** s. 48, 50; Wilhelm Herschel, **Die Einrede des §320 BGB bei Dauerschuld-verhältnissen**, MDR, 11/ 1983, s. 899 -900; art arda teslimli satış sözleşmeleri bakımından borcun ifa edilmediği definin uygulanabilir olmadığı, BGB §273 'de düzenlenen genel kaçınma hakkının uygulanacağı yönünde bkz. Frank Gollub**, Verzug und Zurückbehaltungsrecht beim Sukzessivlieferungsvertrag,** Hamm, 1989, s. 126 -127; **Kast**, s. 175.

[886] **Bydlinski,** s.140 vd.; **Kaniti,** s.74; Winfried Boecken, "**Berücksichtigung anderweitigen Erwerbs gem. §615 S.2 BGB**", NJW 1995/ 49, s. 3221; **Simmen**, s. 62; **Zoller**, s.90; ; **Stöckli,** N.239; **Söllner**, 7; Bettina Heiderhoff, "**Zurückbehaltungsrecht an der Arbeitskraft und fristlose Kündigung**", JUS 1998/12, s. 1088 -1089; **Gernhuber**, s. 340 – 341; **Jabornegg**, s. 190; Michael von Scheven, **Der Sukzessivlieferungsvertrag**, Frankfurt am Main, 1984, s. 149; aynı yönde bkz. Dietmar Kübis, **"§320-eine zweifelhafte Waffe in der Hand des mängelgeschädigten Mieters"**, MDR, 4/1983, s. 286; **Dehmel**, s. 110 vd; bu görüşü kabul etmekle birlikte bu kapsamda belirtilen yaklaşıma rağmen borcun ifa edilmediği defi sadece her bir zaman bölümü içerisinde yer alan mübadele ile sınırlandırılırsa, bir zaman bölümüne ait karşı edim borcu ifa edilmediğinden alacaklının başka bir zaman bölüme ilişkin edimi talep etmesi durumunda en azından BGB §273'de yer alan genel kaçınma hakkının uygulama alanı bulması gerektiğini ileri süren görüş için bkz. **Oetker,** s.407; **Fichtner**, s.48; Wolfgang Zöllner/ Karl-Georg Loritz/ Curt Wolfgang Hergenröder, **Arbeitsrecht**, 7. Aufl, 2015, s.291; **Gollub**, s. 126-127.
Alman Hukuku bakımından definin ileri sürülebilmesinin genel kaçınma hakkına mı yoksa borcun ifa edilmediği define mi dayandığı hususu teorik bir tartışmanın ötesinde pratik anlamı da vardır. Bu pratik anlam her iki kurumun uygulama şartlarının varlığında ve hükümlerinde mevcuttur. Örneğin, genel kaçınma hakkında (Zurückbehaltungsrecht) teminat gösterilmek suretiyle edimin ifasından kaçınmanın sona erdirilebilmesinde bu husus görülebilir. Bkz. **Zollner**, s.88; **Dehmel**, s. 87 vd, s. 112 vd.

bağımsız bir ifa fiiliyle gerçekleştirilen ifa vasıtasıyla zamansal olarak bölünür. Edimlerin sürekli veya periyodik olarak mübadelesi vasıtasıyla bu nevi ilişkilerdeki mübadele ile ani edimli ilişkilerdeki mübadele birbirinden ayrılır. Sürekli edimin zamansal yaygınlığı nedeniyle, ifanın etkisi, ilişki boyunca yayılan zamanı birbirine bağlar. Sürekli borç, geçen zaman bakımından sona ererken, gelecekte gerçekleşecek ifalar bakımından sözleşmenin sonuna kadar devam eder. Sürekli borç bu sebeple zamansal olarak bölünebilir. Bundan, sürekli edim için, sözleşmesel ilişki içerisinde her bir zaman aralığının görece bağımsızlığı ortaya çıkar[887]. Sözleşme bölümlerinin ifa fiili bakımından göreceli bağımsızlığı ve sözleşme birliği sürekli borç ilişkisinin bir özelliğidir. Ona uygun olarak sürekli borç ilişkilerinde hem her bir edim mübadelesi hem de edimin bütününün mübadelesi gözönüne alınabilir. Sürekli borç ilişkilerinde her bir edimin görece bağımsızlığı her bir edim -karşı edim arasındaki synallagmayı, sözleşmenin birliğinin gözönüne alınması ise edimlerin bütünü arasındaki synallagmayı ifade eder[888]. Önce ifa ile yükümlü borçlunun sonraki edim bölümüne ait edimin ifasından kaçınamayacağını ileri süren görüş, synallagmanın mantıksal şekli bir bağlılığı değil, bilakis fonksiyonel bir bağlılığı gerektirmesine yeter derecede önem vermemesi nedeniyle de isabetsizdir. Her iki edim yükümlülüğünün birbirine "do-ut-des" ilişkisi içerisinde bağlı olup olmadığı bu nevi şekli-soyut çıkarımlar yoluyla değil, bilakis taraf iradeleri vasıtasıyla oluşturulur. Bu sebeple sürekli borç ilişkilerinde borçlunun sürekli edimi ile herhangi bir borçlanılan karşı edimin mübadele ilişkisi içerisinde bulunup bulunmadığı ayrıca incelenmelidir[889]. Bu kapsamda, genel olarak, taraf iradelerinden kendi zamansal bölümü içerisinde yer alan her iki edim borçlarının(edim-karşı edim) birbirine fonksiyonel şekilde bağlı olduğu sonucuna varılabilir[890]. Sürekli edimin borçlusu, diğer tarafın karşı edim borcunu

---

[887] **Oetker**, s.326; **Rumpf,** s.180; art arda teslimli satış sözleşmesi bakımından aynı yönde bkz. **Scheven,** s.151-153; Georg Fuchs-Wissemann**, Die Abgrenzung des Rahmenvertrages vom Sukzessivlieferungsvertrag**, Marburg, 1980, s.222-223; hizmet sözleşmeleri bakımından bu bağımsızlığı, sözleşmenin içeriğine dahil bir bağımsızlık olarak değerlendirmemek gerekir. Bkz. **Dehmel**, s. 110-111; ancak her iki edimin sürekli veya dönemli olduğu kapsamı belirli olmayan veya belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerinde, kural olarak, taraf iradelerinin her bir edim bölümünün mübadelesine yöneldiği yönünde bkz. Bkz. **Rumpf**, s. 106-107.

[888] **Rumpf,** s.180; **Dehmel**, s. 110-112; amaç-araç ilişkisinin(synallagma) fiilen edimin bütünü arasında durduğu yönünde bkz. **Bydlinski**, s.148-149.

[889] **Oetker**, s.405-406; **Gollub**, s.118 vd.

[890] **Bydlinski,** s.147; **Oetker,** s.406; **Kübis,** s.286; **Dehmel**, s. 110-112.

yüklenmesi nedeniyle borç altına girer. Bu yüzden sürekli edime ilişkin borç, bütün veya belirli bir zaman bölümüne ait karşı edim borcunun yerine getirilmesi için yüklenilen borcu karşılar. Her iki edim yükümlülüğü de bu yüzden bütün bir mübadele ilişkisi içerisinde yer alır. Bu sebeple borca aykırılık sadece her bir zaman bölümü bakımından değil, onunla birlikte aynı zamanda birlik arz eden edim bölümünün tamamına yayıldığında, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler için öngörülen özel düzenlemelerin amacına uygun olur[891]. Bu yaklaşım tarzıyla ancak, birbirine ayrılmaz şekilde bağlı birden fazla zaman bölümü içerisinde, karşı edimin muaccel olmasıyla belirlenecek sürekli borç ilişkisinin bölünmesi amacı da gerçekleştirilmiş olur. Böylelikle geçmiş veya gelecekte duran zaman bölümü sürekli edim borçlusunun önce ifa yükümlülüğünün sınırlandırılmasına hizmet eder[892].

Sonuç itibariyle bu görüşe[893] [894] göre, sürekli borç ilişkilerinin oluşumu (tipik ilişki veya taraf iradesiyle oluşturulan ilişki) göstermektedir ki, hem edimlerin bütünü hem de her bir edim bölümleri arasında mübadele ilişkisi mevcut olabilir. Tarafların menfaati de edimlerin bütünü arasında ve her bir edim arasındaki synallagmaya uygun olabilir. Zira taraflar ayrı ayrı birden fazla sözleşme yapmak yerine birlik arzeden bir sözleşme yaparak synallagmanın bütün edim mübadelesine yayılmasını sağlayabilirler. Taraflar çoğu zaman fiilen mübadele edilecek edimlerin kapsamını belirlemedikleri, bu yüzden taraflar için sözleşmenin uygulanması sırasında edim ile

---

[891] Sürekli borç ilişkilerinde borcun ifa edilmediği definin uygulanması bakımından, aynı zamanda karşı edimin bölünebilir bir kısmının ifası gerçekleştirilmez ve edimlerin mübadelesi tehlikeye düşerse, edimin bölünebilir bir kısmının ifasından kaçınılabileceği fikrinden de yararlanılabilir. Bu tür durumlarda karşı edimin ifa edilmemesinde olduğu gibi, buna benzer bir hukuki düşünceden yararlanılabilir. Sürekli borç ilişkisi bakımından da karşı edimin bir bölümünün ifa edilmemesi devam eden edimlerin mübadelesini tehlikeye düşürebilir. Alacaklının önceki zaman bölümüne ilişkin karşı edimi gerçekleştirmediği durumda sürekli edim borçlusunun sınırsız bir kredi sağlama zorunda olması beklenemez. Aksi durumun kabulü, genellikle sürekli borç ilişkilerinde görünen, her bir zaman bölümüne ait karşılıklı edimlerin zamana yayılan mübadelesine yönelen tarafların iradesine aykırı düşer. Borcun ifa edilmediği definin uygulanmasının kabulüyle borçlunun devam eden edim bölümünü ifa etmesinden önce alacaklının karşı edimin ifasına zorlanması sağlanır. Bu surette edimlerin devam eden mübadelesi güvence altına alınır. Bkz. **Rumpf,** s.181-182; **Bydlinski**, s. 140, 149; **Söllner**, s. 6, 8; **Jabornegg**, s. 191 ; **Boecken**, s.3221,dn.39

[892] **Oetker,** s.406-407.

[893] **Rumpf**, s.107; Art arda teslimli satış sözleşmesi bakımından aynı yönde bkz. **Scheven,** s.151-153; **Fuchs-Wissemann,** s.222-223;

[894] Birlik arzeden bir sözleşme ile birbirini izleyen aynı çeşit kısmı edimin ifası taahhüt edilmiş ise ve bu her bir kısmi edim her bir karşı edimle karşılıklı ise, tarafların iradesine göre, her bir kısım ile ona karşılık gelen kısmın mübadelesi değil, her iki edimin belirli en azından öngörülebilir bütününün gözönüne alındığı söylenebilir. Bkz. **Bydlinski**, s.148.

karşı edimin mübadelesinin dikkate alınacağı gözönüne alındığında her bir edim bölümünün synallagmanın bağlılığı noktasını oluşturduğu görülebilir.

Kanaatimizce son görüş isabetlidir. TBK m. 97 ani edimli sözleşmeleri merkeze alarak kaleme alınmış bir hüküm olarak değerlendirilebilir. Ancak bu değerlendirme sürekli borç ilişkilerinde definin ileri sürülmesinin önüne geçilmek istendiği sonucuna yol açmamalıdır. TBK m. 97'de yer alan "sözleşmenin ifasını isteyen tarafın daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça" ifadesinden, borçlunun önce ifa yükümlülüğü durumunda defi ileri süremeyeceği sonucu çıkarılsa dahi, önce ifa yükümlülüğünün kapsamı ve sınırlarına göre bir değerlendirme yapılmasını engellemez. Bu kapsamda sürekli borç ilişkisi içerisinde sürekli edim borçlusunun, önce ifa yükümlülüğü, sınırsız bir önce ifa yükümlüğü değildir. Özellikle sürekli borç ilişkilerinde önce ifa yükümlülüğü durumunda da edim ile karşı edim arasında mübadele ilişkisi mevcuttur, taraflar edimlerin mübadelesi amacına yönelir. Bu nevi ilişkilerde alacaklının mübadele ilişkisini tehlikeye attığı ihtimalde, sürekli edim borçlusunun zamansal anlamda sonra gelen sürekli edim borcunun ifasından kaçınılabileceğinin kabulü gerekir. Bu nedenle sürekli borç ilişkilerinde definin uygulanabilirliğini nihai olarak reddetmek isabetli değildir.

Sürekli borç ilişkilerinde uygulanabilirliği kabul edilen çeşitli kurumlara bakıldığında (örneğin, sözleşmenin feshi gibi), bu kurumların sadece her bir edim bölümüne değil, aynı zamanda bütün edim ve karşı edim bölümlerini etkileyecek nitelikte sonuçları olduğu görülebilir. Bu kapsamda örneğin sözleşmenin feshi halinde sadece borca aykırılığın gerçekleştiği edim bölümüne ait borç sona ermemektedir. Bu kapsamda edim ile karşı edim arasındaki dengenin sözleşmenin tümüne yayıldığı söylenebilir. Mübadele amacını teminat altına alan ve edim ile karşı edim arasındaki dengeyi sağlamaya yönelen borcun ifa edilmediği defini bu hususta ayrı olarak düşünmek isabetli değildir. Belirttiğimiz gerekçelerle sürekli borç ilişkilerinde definin uygulanmasını savunan son görüşe üstünlük tanınması gerekir. Ancak definin bütün sürekli borç ilişkilerinde uygulanacağı veya uygulanmayacağını nihai şekilde belirtmek isabetli olmaz. Sürekli veya dönemli edim ile karşı edimin sürekli, dönemli veya ani olup olmadığına göre bir değerlendirme yapma zorunluluğu ortaya çıkar.

Karşılıklı edimlerin her ikisi de ani edimli ise, bu durumda borcun ifa edilmediği defi diğer şartların varlığı halinde uygulama alanı bulacaktır. Ancak edimlerden biri

sürekli veya dönemli, diğeri ani edim ise bu durumda borcun ifa edilmediği definin uygulanabilmesi kolaylıkla kabul edilemez. Bir tarafın ani edimli diğerinin sürekli/dönemli edim borcu altına girdiği ihtimalde, bir tarafın ani edimi ile diğer tarafın ediminin bütünü mübadele ilişkisi içerisinde yer alır. Ani edimde borç ilişkisinin bütünü bakımından ani edimin her bir bölümünde synallagmanın olduğu ve edimin bütününde synallagmanın olduğu şeklinde bir değerlendirme, dönemli/sürekli edimlerden farklı olarak, mümkün değildir[895]. Zira bir tarafın edimin ifasında alacaklının menfaati süreye yaygın iken karşı edim alacaklısının menfaati anlıktır. Bu halde sürekli edim ile ani edimin aynı anda ifasına fiilen imkan yoktur[896]. Önce ifa yükümlüsü olan, ani edim borcunu kısmen ifa eden borçlu, sürekli edim niteliğindeki karşı edim borcunun, ifa edilen ani edime karşılık gelen kısmı ifa edilene kadar, ani edim borcunun diğer bölümünün ifasından kaçınamaz[897]. Sürekli edim borçlusu önce ifa ile yükümlü ise, sürekli edim borcu tamamen ifa edilmedikçe, ani edim borçlusu ani edimin ifasından kaçınabilir. Tersi durumda da önce ifa ile yükümlü ani edim borçlusu ediminin ifasını tamamen gerçekleştirmeden sürekli edim borçlusu ediminin ifasından kaçınabilir[898]. Ancak bu kaçınma borcun ifa edilmediği define değil, taraflardan birinin önce ifa ile yükümlü olmasına dayanır.

Her iki edimin sürekli olduğu borç ilişkilerinde ise, mübadele ilişkisi her iki edimin bölümleri[899] ve edim bölümlerinin bütünü arasında yer alır. İfa sırası

---

[895] **Rumpf,** s.102-103; diğer deyişle sürekli borç ilişkisinde karşı edimin dönemli olduğu halde kabul edilen sözleşme birliği ve mübadelenin tüm sözleşmeye yayıldığı hususu burada geçerli değildir.

[896] Bu sebeple taraflardan birinin borcunu önce ifa etme yükümlülüğünün olduğundan bahsedilebilir. Bkz. **Kaniti,** s.72; **Medicus/ Lorenz**, N. 241; çeşitli kanuni düzenlemelerde bu durum öngörülerek bir tarafın önce ifa ile yükümlü olduğu hususu emredici olmayacak şekilde belirlenmiştir. Ancak bu nitelikteki hükümlerden sürekli borç ilişkilerinin geneline uygulanabilecek borçlunun bir önce ifa yükümlülüğü olduğunun kabul edilmemesi gerekir. Bkz. **Oetker,** s. 399 vd.; ayrıca bkz. yukarıda §2 IV.

[897] **Kaniti,** s.72; ani edim borçlusu önce ifa ile yükümlü ise, kendi edim borcunu ifa etmeden sürekli edim borcunun ifasına başlanmasını talep edemez. Bkz. **Kaniti**, s. 72.
Ancak ani edimli olmasına rağmen, ifanın kısım kısım yapılacağının kararlaştırıldığı veya buna fiilen zorunluluk olduğu durumlarda diğer tarafın sürekli/dönemlik edim borcu altında olduğu halde durumu farklı değerlendirmek gerekir. Örneğin, rekabet etmeme borcunu 1 yıl süre ile yerine getirmesinin karşılığı olarak, yarısının 6.ayın ilk gününde ifa edileceği 50.000 TL bedel kararlaştırılmıştır. İlk 6 ay içerisinde rekabet etmeme borcunu yerine getiren borçlu, ilk 6 ayın bedeli ödenmediğinden dolayı ikinci 6 ay için rekabet etmeme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu halde edim ile karşı edimin bütünün mübadele ilişkisinde olmasına rağmen, ani edimin zamansal ve içeriksel anlamda bölünebilirliği, definin uygulanabilirliğine imkan sağlar.

[898] **Kaniti,** s.72.

[899] Aksi yönde görüşe göre, her iki edim karşı edim bölümleri arasında mübadele ilişkisinin mevcut olmadığı, edim ve karşı edimin bütünü arasında olduğu yönünde isabetsiz görüş için bkz. **Kaniti**, s.

belirlenmediği durumda, taraflardan her biri edimin ifasına aynı anda başlamalıdır. Bu durumda bir taraf karşı edimin ifasına başlamamış ise borçludan edimin ifasına başlamayı talep ettiği ihtimalde borçlu borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilir[900].

Taraflardan her ikisi de ifaya başlamış olmakla birlikte birisi ifaya devam etmez ise, diğeri de ifaya devam etmekten kaçınabilir[901]. Örneğin, A ile B arasında, B, kendi bölgesinde A'nın malları dışında mal satmayacağını, A ise kendi bölgesinde B'nin malları dışında mal satmayacağını taahhüt etmiş ise, A ile B, mal satmama borcunun ifasını aynı anda durdurabilir. Şayet belirli bir süre sonra A, kendi bölgesinde B'nin malları dışında mal satmaya başlar veya satacağını bildirir ise, A, sözleşmedeki borcunu yerine getirene kadar, B artık sözleşmedeki borcunu ifa etmekten kaçınabilir[902].

Acaba her iki dönemli edimlerde her bir bölüm bakımından taraflardan biri edimin ifasından defi vasıtasıyla kaçınabilecek midir? Bu hususta dönemli edimli borç ilişkisine örnek olarak verilebilecek art arda teslimli satış sözleşmesini[903] incelemek uygun olacaktır.

73; sürekli borç ilişkileri bakımından aksi yönde isabetli görüş için bkz. **Rumpf,** s. 107-108; ancak her durumda edim ile karşı edimin bütünü arasında mübadele ilişkisinin olduğunu belirtmek isabetli olmaz. Bu açıdan *Kaniti*'nin görüşü (**Kaniti**, s. 73) isabetli değildir. Zira belirsiz süreli veya kapsamı belirli olmayan sürekli borç ilişkilerinde, sözleşmenin gelişimi bakımından tarafların her bir edim ile karşı edim bölümünün mübadelesini de gözönüne aldığı söylenebilir. Bu halde mübadele ilişkisinin bağlantı noktası her bir edim bölümüdür. Bkz. **Rumpf**, s. 106-107.
Zamansal bakımdan aynı ölçüde yerine getirilmesi gereken, edimin ve karşı edimin sürekli olduğu borç ilişkilerinde, aynı anda ifa mümkündür. Ancak sürekli edimlerden birinin diğerinden daha geniş bir zamansal alanda ifa edilmesi gerektiği veya zamansal büyüklüklerin örtüşmediği durumda sürekli edimin karşı edim ile aynı anda ifası mümkün değildir. Böyle bir durumda taraflardan birinin önce ifa yükümlülüğünden bahsedilir. Bkz. **Rumpf**, s.177 dn.820; **Kast**, s. 60; ancak bu halde dahi her durumda borcun ifa edilmediği definin ileri sürülemeyeceği sonucu ortaya çıkmamalıdır. Önce ifa yükümlüsü, daha kısa süreli sürekli edim borcunu ifa edecek borçlu, daha uzun süreli sürekli karşı edim borcunun ifasına devam edilmediği durumda, kendi edim borcunun ifasından da kaçınabilmelidir. Aksi sonuç önce ifa yükümlüsünün sınırsız kredi sağlama zorunluluğunda bırakmak olur. Örneğin, bir yıl süre ile konutun kullanıma bırakılması borcunun karşılığında sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren başlayacak bir aylık bir hizmet görülmesinin kararlaştırıldığı ihtimalde, her iki edimin zamansal kapsam bakımından tamamen aynı anda ifası mümkün değildir. Ancak konutun kullanımının gereği gibi ifa edilmediği durumda, iş görme borcuna devam etmekten kaçınabilir. Bu halde sadece edim ile karşı edimin bütünü arasında mübadele olmasına rağmen, definin ileri sürülebileceği görülebilir.

[900] **Kaniti,** s.73.

[901] **Kaniti,** s.73.

[902] Benzer örnek için bkz. **Kaniti**, s. 73.

[903] Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararında alıcının kendisinin belirleyeceği temmuz, agustos ve eylül aylarında teslim edilecek 200 ile 500 tonluk inşaat demirinin satışı hususunda alıcı ile satıcının bir satış sözleşmesi yaptığı, alıcının temmuz ve agustos aylarına ait teslim gerçekleşmesine rağmen bu aylara ait bedelleri ödemediği, satıcının bedel ödeme davasında, alıcının eylül ayına ilişkin

Kural olarak, art arda teslimli satış sözleşmesinde ifa sırasına ve edimin ifasının bölümlerine bakılmaksızın synallagmatik bağlılık satıcının bütün edimi ile alıcının bütün satış bedeli borcu arasında bulunur[904]. Diğer deyişle, edimler arasında mübadele ilişkisi sadece her bir edim bölümü ile ona ait karşı edim bölümü arasında değil, aynı sözleşmede yer alan herhangi bir edim bölümü ile diğer herhangi bir karşı edim bölümü arasında bulunur. Bu durum edimler arasındaki synallagmatik bağlantının aynı sözleşmenin geneline yayılmasından kaynaklanır[905]. Bunun sonucu olarak herhangi bir bölüme ait karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda herhangi bir bölümde (önce veya sonra olması fark etmeksizin) yer alan edimin ifasından borcun ifa edilmediği defiye dayanılarak kaçınılabilir[906]. Aynı husus çerçeve sözleşmeler

teslimi talep ettiği, satıcının bu teslim talebinden kaçınıp kaçınamayacağı ele alınmış, satıcının borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebileceğine karar verilmiştir. Bu karardan sonra doktrinde art arda teslimli satış sözleşmesinde definin ileri sürülüp sürülmeyeceği tartışma konusu olmuştur. Bu karar ve diğer hususlar için bkz. **Gollub**, s. 118 vd.

[904] **MünchenerK/ Emmerich,** §320, N.6; **Stöckli**, N.238; **StaudingerK/ Schwarzer,** §320, N.25; **Scheven**, s.149 vd.; **Kaniti**, s. 76; aksi yöndeki görüşe göre, bu halde edim ve karşı edim bölümleri arasında mübadele ilişkisinin bulunduğu, bütün edim ve karşı edim bölümleri arasında mübadele ilişkisi olmadığı, aksi durumun kabulü halinde tarafların satış veya eser sözleşmesi yaparak aynı amacı gerçekleştirebilecekleri bu nedenle karşı edim bölümlerinden herhangi birinin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle onunla mübadele ilişkisi içerisinde bulunan edim bölümünün ifasından kaçınılabileceği, başka bir bölüme ait edim borcunun ifasından defi vasıtasıyla değil, ekonomik ve tabi bağlılığı arayan BGB §273 (genel kaçınma hakı) vasıtasıyla kaçınılabileceği yönünde aksi görüş için bkz. **Gollub**, s. 126-127; bu görüşün art arda teslimli satış sözleşmesinde sözleşmenin geneline yayılan mübadele ilişkisini gözardı ettiği ve definin uygulanabilirliğinin art arda teslim satış sözleşmesinin özelliğinde aranması gerektiği, genellikle sözleşmede belirlenmiş bir zaman boyunca devam edecek art arta teslimli satış sözleşmesinin amacının, birden fazla bölümden oluşan, içeriği belirli olan veya belirlenebilir kapsamda edim veya karşı edim bölümlerinin ifasına, bu anlamda her bir edim ve karşı edim bölümlerinin ayrı ayrı ifasına yönelik olduğu, bölünmenin ilişkinin gelişimi bakımından önem arz etttiği, bu nedenle farklı bölümler arasında ve bütün edim ve karşı edim arasında mübadele ilişkisinin varlığının kabul edileceği bu surette definin uygulanabileceğini ileri süren isabetli görüş için bkz. **Scheven**, s. 153-155; aynı yönde bkz. **Rumpf**, s. 104.

[905] **MüncehenerK/Emmerich,** §320, N.6; taraflar, ihtiyaçlarına göre bütün edim ve karşı edim bölümlerine ait edim ve karşı edimlerin nihai olarak elde edilmesi amacıyla sözleşmeyi kurarlar. Ancak sözleşmenin gelişiminde edimlerin bütün olarak değil, aksine taraflar bakımından her bir bölüme ilişkin edimlerin bölüm bölüm ifası önem arz eder. Bkz. **Scheven,** s.153-154.

[906] **Scheven,** s.153; **Fuchs-Wissemann,** s.223; **Stöckli**, N.238; **MüncehenerK/Emmerich,** §320, N.6; **Müller**, s.95; **von Büren**, s.467. **Bydlinski,** s. 149; **Kaniti,** s.76; **Stöckli,** N.238; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 108; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 89; İsviçre Federal Mahkemesi'nin görece yeni tarihli bir kararında, satıcı ile alıcının haftalık 70 ile 80 genç domuzun satışı hususunda 20 yıldır devam eden art artda teslimli satış ilişkisi bulunduğu, satıcının Ekim ve Kasım dönemine ait teslimlerin karşılığı olan bedeli almak için açtığı davada, satıcının 2 aylık süre tanıyarak bedelin ödenmesi hususunda talebi ve bu süre boyunca edimin ifasından kaçınması nedeniyle zarara uğradığı ve tazminat talebi ile bedel alacağının takas edildiği savunmasını yerinde bulmamış, Ekim ve Kasım ayına ait bedeller ödenmediğinden devam eden teslimlerden borcun ifa edilmediği define dayanarak kaçınabileceğini kabul etmiştir. Bkz. **BGE 4A_589/2016 (2. 3. 2017**)

bakımından geçerli olduğu gibi[907], miktarın önceden belirlenmediği, alıcının talebi üzerine satıcının mal teslimine hazır olduğu zaman satış bedelin ödeneceğinin kararlaştırıldığı sürekli borç ilişkilerinde de geçerlidir[908].

IV. DEFİNİN İLERİ SÜRÜLEBİLİRLİĞİNİN SINIRI

Definin uygulama alanının sınırlanması çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Definin uygulama alanının sınırlandırılması çerçevesinde, definin şartları mevcut

---

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, art arda teslimli satışlar bakımından, şayet taraflardan birisinin edim bölümü bakımından temerrüde düşmesi halinde, satıcının sonraki mal teslimi borcunun ifasından, alıcının ise önceki teslime ilişkin bedel ödeme borcundan kaçınabileceğini, davalının *ilk bölümün* bedelini ödememesi nedeniyle davacının devam eden mal tesliminden kaçınabileceği, somut olayda davalının önce ifa yükümlülüğüne uymayarak ediminin ifasını karşı edimin aynı zamanda ödenmesi şartına bağladığı, Art.82'nin bu ihtimalde uygulanamayacağı, Art. 82'nin muaccel olmayan edim borçlarının önceden ifasına hizmet etmediği belirtilmiştir: **BGE 52 II 139, 141**; ayrıca bkz. **BGE 84 II 150; BGE 111 II 468.**

Art arda teslimli satış sözleşmesinde, karşı edim borçlusunun davranışı bakımından sözleşme amacı nihai şekilde tehlikeye girmediği sürece, her bir edim bölümünün karşılığı olan o zaman bölümüne ait karşı edimin ifa edilmemesi nedeniyle borcun ifa edilmediği defi ve borçlunun ödemeden aczi defi ileri sürülmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. **Guhl/ Merz/ Kummer**, s. 310; **SJZ** 1962/58, s.377; **BGE 84 II 150.**

Ancak definin uygulanabilmesi için ifa edilmeyen karşı edim borcunun muaccel olması ve definin diğer şartlarının mevcut olması gerektiği, aksi takdirde, satıcının önceki döneme ait bedel ödeme borcu ifa edilmediğine dayanarak defi ileri sürülmesi bakımından satıcının önce ifa yükümlülüğüne rağmen önceki bedel ödeme borcu henüz muaccel olmadan devam eden mal teslimi borcunun ifasından kaçınması mümkün değildir. TBK m.97 bu anlamda henüz muaccel olmamış karşı edim borcunun ifasını ve bu borç ödenene kadar önce ifa ile yükümlü kişinin ifadan kaçınmasını sağlayıcı etkisi yoktur. Bkz. **Kaniti,** s. s.77; OR Art. 82'nin muaccel olmayan edim borçlarının önceden ifasına hizmet etmediği yönünde bkz. **BGE 52 II 141**; kanaatimizce bu etki, şartları mevcut ise, borçlunun ödemeden aczi defi(TBK m.98) ile sağlanabilir.

[907] **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N.25; **MünchenerK/ Emmerich,** §320, N.6; **Fuchs-Wissemann,** s. 223 vd.; çerçeve sözleşmelerde, kuruluşları bakımından birbirinden ayrı ancak çerçeve sözleşme ile birbirine bağlanan, edim yükümlülüklerinin belirlendiği ayrı sözleşmelere ilişkin genel koşullar belirlendiği gibi, taraflardan birine veya her ikisine bu ayrı sözleşmelerin kurulması yükümlülüğü yüklenir. Bu bakımdan çerçeve sözleşmeler, sonradan ortaya çıkacak kısım kısım teslim şeklinde görünen edimlerin mübadelesine ilişkin kuralların belirlendiği art arda teslimli satış sözleşmelerinden ayrılır: **Scheven**, s.20-21; art arda teslimli satış ve çerçeve sözleşmeler arasındaki farklar için bkz. **Fuchs-Wissemann**, s.28 vd, 91 vd.

Çerçeve sözleşmeler, çerçeve sözleşmeler kapsamı dahilinde olan sözleşmelerin kurulması yükümlülüğünün yanında bu sözleşmelerden doğan edimlerin ifa edilmesi borcu da yükler. Bu nevi sözleşmelerde taraflardan her biri sözleşmelerden birinin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle bir sonraki sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade açıklamasının verilmesi yükümlülüğünden kaçınılabileceği gibi, aynı zamanda daha önce kurulmuş sözleşmeden doğan karşı edimin ifa edilmemesi nedeniyle ediminin ifasından da kaçınabilecektir. Bu ihtimalde durum art arda teslimli satış sözleşmesinde olduğu gibidir. Her bir sözleşmenin ifası çerçeve sözleşme kapsamında yerine getirilmesi gereken bütünün parçasını oluşturur. Bu her bir parça art arda teslimli satış sözleşmesindeki her bir edim-karşı edim bölümündeki gibi değerlendirilir, farklı ele alınamaz. Çerçeve sözleşmelerin birlik fonksiyonu gözardı edilemez. Çerçeve sözleşme kapsamında yer alan her bir sözleşmenin gelişim şekli(devamı, doğan edimlerin ifa edilmeleri vb.) diğer sözleşmenin gelişimi ve bununla ilgili olarak ondan doğan edimlerin ifa edilmeleri bakımından önem arz eder. Bkz. **Fuchs-Wissemann**, s. 223-225.

[908] **MüncehenerK/Emmerich,** §320, N.6.

olmasına rağmen, definin ileri sürülemeyecek veya ileri sürülse dahi bunun sonuçlarından kısmen veya tamamen yararlanılamayacak olması hususları değerlendirilecektir. Bu hususlar arasında, definin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi, definin ileri sürülmesinin sözleşme ile ortadan kaldırılması veya sınırlandırılması, başkaca hukuki kurumların uygulanmasından doğan sınırlamalar gösterilebilir.

Bunun yanında definin ileri sürülmesinin sınırlandırılması çatısı altında yer verilen defi ileri sürenin sözleşmeye aykırı davranışı ayrıca değerlendirilmelidir. Doktrinde[909] defi ileri süren tarafın sözleşmeden doğan borç ve yükümlülüklerine aykırı davranması nedeniyle defi imkanından yararlanamayacağı ileri sürülmüş, bu husus definin ileri sürülmesinin sınırlandırılması çatısı altında incelenmiştir. Buna göre, borçlu davranışıyla karşı edimin gereği gibi ifasının teklif edilememesine veya ifa edilmemesine neden olmuş[910] ise borçlunun defi ileri süremeyeceği belirtilmiştir.

Kanaatimizce bu hususlar definin ileri sürülmesinin sınırlandırılmasıyla ilgili olmayıp, definin şartlarının oluşmadığıyla ilgilidir. Zira defi ileri süren bu hallerde genellikle önce ifa yükümlüsüdür. Borçlu bu önce ifa yükümlülüğünü yerine getirmeyerek, karşı edim borcunun muaccel olmasını engellemiştir. Bu nedenle karşı edim borcu muaccel olmadığından definin şartı oluşmamıştır[911]. Ancak bu halde edim

---

[909] **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 196; **Simmen**, s. 89; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 174; **Hinz**, s. 258.

[910] Alman Federal Mahkemesi bir kararında, davacı yüklenicinin bedelin ödenmesini talep ettiği davada, yüklenicinin, işyerinde hesaplama sistemi kurulumu borcu bakımından, kendisine tanınan sürenin geçmesine rağmen, iş sahibi tarafından gerekli bilgilerin verilmemesi nedeniyle kurulumu tamamlayamadığı, bu sebeple davalı işsahibinin bedeli ödemekle yükümlü olduğu, zira iş sahibinin gerekli bilgileri vermeyerek alacaklı temerrüdüne düştüğü ve yüklenicinin bedeli talep etme hakkının olduğu, iş sahibinin ne muacceliyet eksikliği defi ne de borcun ifa edilmediği defi ileri sürebilme hakkı olduğu yönünde karar vermiştir: **BGHZ 50 175** vd.
Ayrıca bkz. Y. 15 HD. 2469/ 2976 T. 4. 6. 2003 (**Kazancı**):*"…Davada eksik işler bedeli ile gecikme tazminatının tahsili istenmiş, davalı cevabında inşaatın seviyesine göre hakkettiği iki adet bağımsız bölüm tapusunun devredilmemesi nedeniyle davacıyı temerrüde düşürdüğünü ileri sürerek ödemezlik def'inde bulunmuş, mahkemece dava, savunma doğrultusunda reddedilmiştir. Sözleşmeye göre kat irtifakını kurmak davalının yükümlülüğündedir… Kat irtifakının kurulması için gerekli vekaletname işin başında davalıya verilmiştir. Kat irtifakı kurulmadığı sürece davalıya kademeli olarak devri gereken dairelerin istenmesi mümkün değildir. Davalı herhangi bir engel olmadığı halde kat irtifakını kurmadığından tapu devri konusunda davacının temerrüde düştüğünden bahsedilemez. Aksine temerrüde düşen yüklenicidir. Eksik işler ve kira kaybına ilişkin deliller ve özellikle davalının diğer savunmaları incelenip değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Somut olaya uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı biçimde davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir…"*

[911] Aksi görüşte olan Yazarlar şu örneği vermektedir: Örneğin, bir tarafın ödünç vereceği, diğer tarafın ise bir malın mülkiyetini ve zilyetliğini devri borcu altına girdiği, ödünç alanın sözleşmede

borcunun nasıl olup da muaccel olduğu sorulabilir. Bu halde borçlunun, karşı edim borcu muaccel olmadığından bahisle aynı anda ifa edilecek edim borcunun da muaccel olmadığını ileri sürmesi engellenmelidir. Zira karşı edim borcunun muacceliyetine bu surette edim borcunun muacceliyetine engel olan kendisidir. Bu bakımdan borçlunun muacceliyet eksikliği savunmasına dayanması hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Muacceliyet eksikliği savunmasının borcun ifa edilmediği defi savunmasını da içereceği gözönüne alınırsa ancak bu halde, definin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğinden bahsedilebilir.

Bu hususta Türk Hukuku'nda İSGK md. 13 örnek olarak verilebilir. Hükme dayanılarak, işveren koruma ve gözetme borcunu ifa etmedikçe işçi, iş görme borcunun ifasından kaçınabilir, kaçındığı süre boyunca ücret alacağını işverene yöneltebilir. İşveren iş görme borcunun ifa edilmediğine dayanılarak ücret ödeme borcunun ifasından kaçınamaz. Zira koruma ve gözetme borcuna aykırı davrandığından, iş görme borcunun ifası talep edilebilir değildir.

A. Hakkın Kötüye Kullanılması Çerçevesinde

1. Kaçınma Hakkının Amaca Aykırı Kullanımı

Definin ileri sürülmesinin, definin ileri sürülmesiyle güdülen amaca aykırı olmaması gerekir. Definin amaçlarından biri edim ile karşı edimin birbiriyle mübadelesini güvence altına almak olduğundan, somut olayın değerlendirilmesi sonucunda, definin ileri sürülmesi bu amacın ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde alacaklı için anlamını kaybetmesine[912] neden olur ise, bu ihtimalde, definin ileri sürülmesi kendisine bağlanan hüküm ve hukuki sonuçları doğurmaz[913]. Kaçınma bu anlamda borca aykırılık teşkil eder. Örneğin, borçlunun yapmama borcundan

---

kararlaştırılan teminat verme borcunu ifa ettiği durumda ödünç alma borcunun ifasını talep edebileceği ihtimalde, teminat vermekten kaçınmak suretiyle ödünç konusunu almadığı durumda o mal teslimi borcunun ifasından defi ileri sürerek kaçınamaz. Bkz. **Simmen**, s. 89; **von Tuhr/ Escher**, s. 62 dn. 35; Belirtilen örnek, defi ileri sürenin sözleşmeye aykırı davrandığına değil, önce ifa yükümlüsü olmasına rağmen, bu önce ifa yükümlülüğünü yerine getirmeyerek, ödünç konusunun teslimi borcunun muaccel olmasını sağlamamasıyla ilgilidir. Bu nedenle karşı edim borcu muaccel olmadığından definin şartı oluşmamıştır. Definin ileri sürülememesi definin sınırlandırılmasından değil, şartlarının oluşmamasındandır.

912 Defi ileri sürmekle alacaklıya ek yükümlülükler yüklemek veya alacaklıyı yeni sözleşme şartlarını kabule veya sözleşmeyi sona erdirmeye zorlamak da bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu hususları gözönüne alan Alman Federal Mahkemesi kararı ve değerlendirme için bkz. **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 39-40; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 62 vd.

913 **Simmen**, s. 88; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 193; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 170; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 39; **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N. 62.

kaçınması, yapmama borcunun içeriğine bağlı olarak yapmama borcunun ifasını imkansızlaştırır ise bu ihtimalde definin ileri sürülmesi mümkün değildir[914]. Bu halde, borçlunun defi ileri sürdüğünü iddia ederek, yapmama borcuna aykırı davranması, alacaklının yapmama borcunun ifasına olan menfaatini sona erdirir. Defi ileri sürerek, edimin ifasının nihai olarak imkansızlaşması, mübadele amacının tehlikeye girmesini ve kaçınma hakkının amaca aykırı kullanılması sonucu doğurur.

Uygun olmayan zamanda definin ileri sürülmesi de, alacaklı bakımından kendisinden katlanması beklenemeyecek zararlara yol açabilir, mübadele amacını nihai olarak tehlikeye atabilir[915]. Bu hallerde de definin ileri sürülmesi uygun olmaz. Örneğin, hekimin, ölümcül bir hasta için gerekli tedavi masrafları karşılanmadığını ileri sürerek, tedaviden kaçınması[916], bakım evinin veya bakım görevlisinin aylık ücret ödenmediğini ileri sürerek, hasta olan yaşlının bakımını üstlenmemesi, yüklenicinin önceki döneme ait ücreti ödenmediğinden yola çıkarak, hazır olan betonun dökülmesi ve karıştırılması anında işe devam etmekten kaçınması ve betonun artık kullanılamaz hale gelmesi[917]. Herhalde hangi durumlarda definin amaca aykırı sonuçlar doğuracağı her bir somut olayın değerlendirilmesini gerektirir[918].

---

[914] **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 193; **Simmen**, s. 89; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 170; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 62; bu hususu defi ileri sürenin sözleşmeye bağlılığı çatısı altında inceleyen görüş için bkz. **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 28-29; bu hususta rekabet etme yasağı gösterilebilir. Ancak yapmama borcuna aykırılık edimin içeriğine göre her durumda borcun ifasını imkansızlaştırmayabilir. Bkz. yukarıda §2 II B 3 c.
Önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanmayacağına ilişkin yükümlülüğünün ihlali durumunda da, önalım hakkı sahibi hakkını kullanmadığı süre boyunca kendisine verilmesi gereken bedel ödenmediğine dayanarak defi ileri süremez. Bu halde de edimin ifası imkansızlaşacaktır. Ayrıca bkz. **Simmen**, s. 89, dn. 4

[915] **Dehmel**, s. 203; bu husus aslında orantısızlık başlığı altında da yer bulabilir. Zira kaçınma hakkının uygulanmasıyla borçlunun elde edeceği yarar, alacaklının uğrayacağı zarara oranla önemsiz veya orantısız olabilir. Ancak orantısızlığı sadece nicelik veya nitelik bakımından ifa edilmeyen edim kısmının kaçınılan edim gözönüne alındığında orantısız olması açısından ele aldık.
Bunun yanında genel hizmet sözleşmeleri bakımından uygun olmayan zamanda kaçınma hakkı hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğinden, kaçınmanın haklı sebebe dayanmaksızın kaçınılması sonucunu doğurabilir. Bu durumda TBK m. 439'a göre işçinin haklı sebep olmaksızın aniden işi bıraktığı durumda işverene tazminat ödeme yükümlülüğü doğar. Kaçınmanın hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi, gereği gibi ifa edilmeme sonucu doğurabileceği gibi TBK m. 439'da görüleceği üzere tazminat yükümlülüğünün doğumuna da neden olabilir.

[916] Bu örnek için bkz. **Grüter**, s. 94.

[917] Alman Hukuku'nda verilen bu örnek için bkz. **Dehmel**, s. 203; **Söllner**, s. 11.

[918] Örneğin Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında rekabetin korunabilmesi amacıyla, hakim teşebbüsün defi ileri sürerek edimin ifasından kaçınması durumunda definin ileri sürülmesinin sınırlanması gerekebilir. Bkz. Rekabet Kurulu Kararı 14-03/60-24 T. 17. 01. 2014 **(Lexpera);** *"…Kaldı ki, sözleşmeye aykırılık gerekçesi ve ödemezlik defi iddiası kabul edilse dahi, söz konusu uygulamaların "orantılılık ilkesi"ne uygun olmadığı açıktır. Yukarıda da belirtildiği gibi orantılılık ilkesi, meşru ticari menfaatini korumayı amaçladığını öne süren hâkim durumdaki*

2. Orantısızlık

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edimi talep eden alacaklı karşı edimin tamamını ifa etmedikçe, borçlu edimin tamamını ifa etmekten kaçınabilir. Ancak definin uygulama alanının sınırını hakkın kötüye kullanılması oluşturur. Davacı karşı edimin oldukça düşük bir kısmını yerine getirmediği veya önemsiz bir ayıpla ifa ettiği durumda davalının edimin tamamını ifadan kaçınması hakkın kötüye kullanılması teşkil eder[919].

Borcun ifa edilmediği definin hangi hallerde sınırlanması gerektiği tarafların karşılıklı menfaatlerinin hakkaniyete göre değerlendirilmesiyle belirlenir[920]. Dürüstlük kuralının borcun ifa edilmediği defindeki uygulama alanının sınırlanışı ise ancak özel durumlarda mevcuttur. Karşı edimin ifa edilen bölümü ifa tamamlanmadan karşı edim alacaklısı için önem arz etmiyorsa veya önemli ölçüde değerinde azalma olacaksa, borçluya borcun ifa edilmediği defi ileri sürme imkanı tanınmalıdır[921]. Bu

---

teşebbüsün; (i) kullandığı araç ya da yöntemlerin korunmaya çalışılan menfaati makul biçimde elde edebilmek için uygun olmasını ve (ii) davranışın zorunlu olmasını gerektirmektedir. T…'nin herhangi bir dağıtım şirketinin belirli bir ürüne dair çekişlerinin istikrarlı olarak tahsislerinin altında seyretmesi halinde, aynı ürüne ilişkin olarak izleyen aylarda yapılacak tahsisleri çekişlerdeki değişimleri dikkate alarak belirleyebileceğine ve bu hususun arzın kısılması bakımından haklı gerekçe teşkil edebileceğine kuşku bulunmamaktadır. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, belirli bir üründe talebini düşüren alıcının bu talebini tekrar yükseltmesini teminen, geriye kalan ürünlerin arzını alt piyasadaki alıcıyı faaliyetlerini durdurma tehlikesiyle karşı karşıya bırakacak ölçüde kısmanın orantılılık ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır…."; Y. 6. HD. 2024/ 6153 T. 13. 5. 2014 **(Kazancı)** *: "…Ayrıca, kiralananın taşınmazın eski maliki ve müteahhidi şimdiki kiracısı olan davalı şirketin kira sözleşmesi düzenlenirken kiralananın ne durumda olduğunu en iyi bilen ve yine taraflar arasında düzenlenen protokoller ile kiralanandaki eksiklikleri belirlenen tarihe kadar tamamlamayı taahhüt eden kişi olarak kira sözleşmesini imzalaması karşısında kiralananın tam ve eksiksiz teslim edildiğini savunması ve bu sebeple kiraları ödemezlik definde bulunması doğru değildir…".*

[919] **Von Tuhr/ Escher**, s.64.; **Becker**, Art. 82 N. 6; **BaslerK/ Leu,** Art.82, N. 9; **Brox/ Walker**, §13 N. 17; **Kaniti**, s. 124 -125; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 39; Helmut Koziol, "**Die Grenzen des Zurückbehaltungsrechts bei nicht gehöriger Erfüllung**", ÖJZ 1985/ 40, s. 746; **Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey**, N. 2213; **BernerK/ Weber,** Art.82, N.175;
İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu uyuşmazlıkta, Federal Mahkeme, tarafların, 25 m uzunluğunda yarışmalar için uygun yüzme havuzu yapılması hususunda anlaştıkları, işin bitiminden sonra havuzun 5 cm kısa olduğunun tespit edildiği, iş sahibinin masrafları yükleniciye ait olmak üzere ayıbın giderilmesini isteyebileceği bu hususun hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyeceği yönünde bkz. **BGE 93 II 317** vd; Federal Mahkeme bir diğer kararında, merdiven seviyesindeki ayıp nedeniyle iş sahibinin onarım hakkının olduğu, onarım borcu ifa edilmediği sürece iş sahibinin bedeli ödeme borcunun ifasından kaçınabileceği yönünde karar vermiştir. Bkz. **BGE 89 II 295**
Kiracının, kiraya verenin bir aylık döneme ait elektirik ve su giderlerini karşılamaması ve bu nedenle elektrik ve su veya doğalgaz imkanından yararlanamaması nedeniyle, yıllar boyunca kira bedelini ödeme borcunun ifasından defi vasıtasıyla kaçınması hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Bkz. **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 39.

[920] **Kaniti**, s. 125; **Serozan**, §6 N. 11; **Dehmel**, s. 215 vd.

[921] **Kaniti,** s. 125

hususta TBK m. 27 II[922] ve TBK m. 137'e göre geriye kalan veya nitelik bakımından eksik kısma verilen önem dikkate alınır. Örneğin 20 ciltlik ansiklopedinin 19 cildi tamamlansa bile karşı edim alacaklısı borcun ifa edilmediği defi ileri sürerek bedel ödeme borcunun ifasından kaçınabilir[923].

İfa edilen karşı edimin miktar veya nitelik yönünden nisbi önemsizliğinin belirlenebilmesi için her somut olayın özelliği gözönüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Zira edimin nicelik veya nitelik olarak nisbi önemsizliği mutlak olarak ne tek başına gerekli ne de tek başına yeterlidir. Nisbi önemsizlik ancak definin hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediğini değerlendirmek için ölçüt olabilir. Bu kapsamda bölünebilir karşı edimin ifa edilmeyen kısmı olmaksızın ifanın anlamının olmadığı durumda, edim borcunun ifasından defi suretiyle kaçınmak hakkın kötüye kullanılması teşkil etmez. Bu halde hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek nitelikte bir orantısızlık veya karşı edimin ifasının nispeten önemsizliği gözönüne alınmaz[924].

Hakkın kötüye kullanılmamasının gerekliliği ihmale veya kötüniyete değil, aksine bunu önlemeye hizmet eder[925]. Bu sebeple karşı edim borçlusu önemsiz kısmı ifa için gerekli olan imkanlara sahip olmasına rağmen ihmalden veya kötü niyetinden bu eksikliği gidermemiş ise, bu durumda edim borçlusunun defi ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil etmez[926].

Edim bölünebilir nitelikte ise karşı edimin ilgili kısmının ifa edilmediği ileri sürülerek edimin tamamının ifasından kaçınmak hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, karşı edimin ifa edilmeyen kısmına tekabül eden edim kısmının ifasından kaçınılabilir. Örneğin, tanesi 1 liradan alınan 1000 şişeden 995 tanesi teslim edilmişse, alıcı 1000 liralık bedelin tümünden değil, ancak 5 lirasının ifasından kaçınabilecektir.

---

[922] **Serozan**, §6 N. 11.

[923] **Kaniti**, s.125; edim bölünmez bir edim ise, herhalde karşı edim ifa edilinceye kadar edimin bütünün ifasından kaçınılabilecektir. Örneğin bir tablo 500 liraya satılmış ise ve bedelin 480 liralık bölümü ödenmiş olsa bile, satıcı geriye kalan miktar ödenmediği sürece tablonun teslimi ve mülkiyetinin devri borcunun ifasından kaçınabilecektir. Bkz. **Kaniti,** s.125; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 831.

[924] **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 51.

[925] **Kaniti**, s.124-125.

[926] **von Tuhr/ Escher**, s.64; **Kaniti**, s. 124-125; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 171; **Becker**, Art. 82, N. 6.

Bu husus Alman Hukuku'nda BGB §320 II'de kullanılan "insoweit" (ölçüde/ nispette) terimine dayandırılmaktadır. Türk ve İsviçre Hukuku'nda da aynı sonuca varılabilir[927].

Daha önce belirttiğimiz üzere[928], eser sözleşmesinde, iş sahibinin ayıplı eser durumunda onarım borcunun gereği gibi ifası bakımından, bedel ödeme borcundan kaçınabileceği, kaçınılacak miktarın kaçınmanın amacı gözönüne alınarak belirleneceği ve öngörülen onarım masraflarıyla sınırlandırılamayacağı, dürüstlük kuralı çerçevesinde bu masrafa denk gelen meblağı aşabileceği kabul edilmektedir. Bu halde de şayet kaçınılan miktar yükleniciye uygulanması amaçlanan baskı fonksiyonunu ölçüsüz şekilde ağırlaştırıyorsa bedel ödeme borcunun tamamının ifasından kaçınma sınırlandırılabilir. Bu sınırlandırmanın dayanağını hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Aynı husus kira bedelinin ödeme borcunun ifasından kaçınmada da kabul edilebilir[929].

3. Defi İleri Süren Tarafın Sözleşmeye Bağlı Olmaması (Vertragsuntreu)

Daha önce definin ileri sürülmesinin şartlarını açıklarken belirttiğimiz üzere Alman Hukuku'nda defi ileri sürenin sözleşmeye bağlılığı borcun ifa edilmediği definin yazılmamış bir şartı olarak aranmaktadır. Biz bu hususun isabetsizliğini ilgili bölümde[930] belirttik. Bu kapsamda defi ileri sürenin sözleşmeye bağlı kalması unsurunun gerçekleşmemesi, definin ileri sürülebilme imkanını ortadan kaldırıcı veya sınırlandırıcı bir unsurdur.

Defi ileri sürenin sözleşmeye bağlı olması, borçlunun kendi edimini ifaya hazır olmasını ve edimini ifa edebilecek durumda olmasını gerektirir[931]. Borçlu defi ileri sürmek yerine karşı edim bakımından edimin ifa edilmemesinin sonuçlarından yararlanma imkanına da sahiptir. Bu nedenle sözleşmeye olan bağlılığını sona erdirmek isteyen veya sınırlandırmak isteyen kişi kendisine sunulan imkanlardan

---

[927] **Kaniti**, s.125; **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1101; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 831; **Schwenzer**, N. 62. 08.

[928] Ayrıca bkz. yukarıda §3 II B 1 d ii.

[929] Ayrıca bkz. yukarıda §3 II B 1 c ii.

[930] Ayrıca bkz. yukarıda §2 I.

[931] **Soergel/ Gsell**, §320, N.76.; **MünchenerK/ Emmerich,** §320, N. 28; **Huber**, §14 II 3 s. 359 vd.; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 173; aynı yönde bkz. **Staudinger/ Schwarze**, §320, N.37; **Palandt/ Grüneberg**, §320, N.6; **Hirsch**, N. 141; **Grüter**, s. 93-94.

yararlanabilir[932]. Böyle bir amaç gütmesine rağmen borcun ifa edilmediği define dayanması ve definin hükümlerinden yararlanması çelişkili davranış yasağı teşkil eder[933]. Kendi ediminden nihai ve kesin bir kaçınma, defi ile sağlanan koruma kapsamında yer almaz. Bu kapsamda karşılıklı borç yükleyen sözleşmede temerrüt durumunda sözleşmeden dönme amacı olan borçlunun defi ileri sürme imkanı sınırlandırılmalıdır[934]. Örneğin, karşı edim borcunun ifası hususunda ihtar gönderen ve ihtarda süresi içerisinde borç ifa edilmez ise, her türlü şüpheden uzak şekilde sözleşmeden döneceğini veya edimi nihai ve kesin bir şekilde ifa etmeyeceğini bildiren borçluya karşı, edim borcunun ifası dava edildiğinde, daha sonradan açık ve kesin bir şekilde sözleşmeye bağlı olduğunu ortaya koymadığı sürece defi ileri sürebilme imkanı tanınmamalıdır. Bu sonuç karşı edim borcunun ifasını kabulden nihai olarak kaçınacağını bildiren borçlu bakımından da geçerlidir. Zira bu halde de karşı edimin ifasını kabul etmeyeceğini açıklayan tarafın, karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmediğini ileri sürerek edimin ifasından kaçınmasına imkan tanınmamalıdır.

Defi ileri süren borçlunun sözleşmeye bağlı olması defi ileri sürüldükten sonra da devam etmelidir. Zira defi ileri süren borçlu için, definin etkisi, o ileri sürdükten sonra kendi edimini reddetmediği durumda mümkündür ve devam eder[935]. Aksi durumda definin temerrüdü sona erdirici etkisi de hüküm ifade etmez[936].

---

[932] Alacaklı, karşı edimin ifasını teklif ederek, muhtemel bir sözleşmeden dönme imkanını kullanması veya zararın tazminini talep etmesi hususunda borçluyu harekete geçirebilir. Harekete geçmeyen ve kendi edimi karşılığında karşı edimin ifasını kabul etmeye hazır olmayan borçlu bu ihtimalde karşı edim alacağı bakımından alacaklı temerrüdüne(şartları mevcut ise ayrıca borçlu temerrüdüne) girecektir. Bkz. **Soergel/ Gsell**, §320, N. 76

[933] **MünchenerK/ Emmerich,** §320, N. 28; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 76; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 173.

[934] **Brox/ Walker**, §13 N.17; **MünchenerK/ Emmerich,** §320, N. 28; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 76; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 173.

[935] Borçlunun kendi borcunu reddettiği durumlar, genellikle, fiili durumda sözleşme hüküm ifade ederken, sözleşmeden dönme veya takasın şartları oluşmamasına rağmen, borçlunun sözleşmenin hüküm ifade ettiğini tartışma konusu yaptığı, onun tarafından ileri sürülmüş bir sözleşmeden dönmeye dayandığı veya takas ileri sürdüğü durumlarda görülebilir: **Huber**, §14 II 3 s.359.

[936] Ayrıca bkz. **Huber**, §14 II 3 s.359 vd; **Soergel/ Gsell**, §320, N.76; aynı şekilde sözleşmeye bağlı olmayan taraf, definin temerrüdü engelleyici etkisinden yararlanamaz. Bu husus nihai ve açık bir şekilde borcu ifa etmeyeceğini belirttiği durumda da geçerlidir. Bu hallerde artık temerrüt ihtarına veya karşı edimin ifasını teklif etmeye dahi gerek yoktur. Bkz. **Soergel/ Gsell**, §320, N.76

B. Sözleşme ile Definin Uygulanabilirliğinin Sınırlandırılması

Taraflar, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü sayesinde, defiyi sınırlandırabilir veya ortadan kaldırabilir[937]. Taraflar arasında yapılan sözleşme ile definin ileri sürülebilme imkanı ortadan kaldırılabileceği gibi, sınırlandırılabilir. Örneğin, definin ileri sürülmesinin, bir ayıbın giderilmesi bakımından masrafın belirli bir değeri aşmadığı veya önceden yazılı olarak bildirmeye veya karşı tarafca kabule bağlandığı durumlarda bu husus görülebilir[938].Taraflar definin ileri sürülebilme imkanını, kısmen veya tamamen ortadan kaldırabilirler. Örneğin, eser sözleşmesinde, eserin ayıbı belirlense dahi, iş sahibinin bedel ödeme borcundan borcun ifa edilmediği defi ileri sürerek kaçınamayacağı belirlenebilir. Bunun dışında sadece düşük nitelikteki ayıp durumunda definin ileri sürülemeyceği kararlaştırılabilir.

Definin ortadan kaldırılmasının kararlaştırılması, defiye muhatap olabilecekken kendisini bu ortadan kaldırma ile koruma altına alan tarafın borcunda herhangi bir değişikliğe yol açmaz. Borçlunun defi ileri sürmesini bu şekilde engelleyen alacaklının karşı edim borcu varlığını sürdürür. Borçlu, kendisine karşı açılan davada edimin ifasından kaçınabilecek imkanı olmamasına rağmen, karşı dava açarak karşı edim borcunun ifa edilmesini isteyebilir. Diğer deyişle definin ortadan kaldırılması, alacaklının karşı edim borcunu ifadan nihai bir surette kaçınmasına yol açmaz.

Ancak definin ortadan kaldırılmasına ilişkin sözleşme hükmü sözleşmeler için aranan geçerlilik şartlarını taşıması gerektiği gibi, bu hükme dayanma hakkın kötüye kullanılması da teşkil etmemesi gerekir. Örneğin, yüklenicinin, iş sahibine karşı ayıbı gidermeyeceğini nihai şekilde açıkladıktan sonra iş sahibine bedelin ödenmesi davası açmış ise, iş sahibinin defiye dayanma hakkının kaldırılması hükmüne dayanması hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir[939].

Borcun ifa edilmediği defi, taraflarca yapılan bir sözleşme ile ortadan kaldırılabilir. "Olumlu ortadan kaldırma" olarak nitelendirilebilecek definin ileri sürülebilirliğini önleme, taraflardan birinin önce ifa yükümlüsü olduğunu belirlemek

---

[937] Hizmet sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz. **Dehmel**, s. 186; bu nevi bir hükmün genellikle genel işlem şartı niteliğinde de görülebileceği bu nedenle genel işlem şartlarına tabi olabileceği yönünde bkz. **Brändli**, N. 977vd; hizmet sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz**. Dehmel**, s. 187.

[938] **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N.85 vd.

[939] **Brändli,** N. 979.

şeklinde ortaya çıkabilir[940]. Örneğin, ayıplı ifa durumunda yüklenicinin eseri onarma borcunun, bedelin ödenmesinden sonraki 20 gün içinde gerçekleştireceğinin kararlaştırılması halinde, iş sahibinin defi ileri sürme imkanı ortadan kalkar[941]. Definin şartlarından birinin varlığını tehdit edecek veya ortadan kaldıracak hususların sözleşmeye eklenmesi durumunda da definin ileri sürülebilirliğinin ortadan kaldırılmasının kararlaştırıldığı söylenebilir. "Olumsuz ortadan kaldırma" ise sözleşme ile artık definin ileri sürülmeyeceği kararlaştırıldığı durumda ortaya çıkar[942].

Ancak "Olumlu ortadan kaldırma" ile "Olumsuz ortadan kaldırma" her durumda, birbirine paralel sonuçlar doğurmayabilir. Bunun en tipik örneği sözleşme ile önce ifa yükümlülüğü kararlaştırılmasında görülebilir. Önce ifa yükümlülüğünün sözkonusu olduğu özellikle önce ifa yükümlülüğünün sözleşme ile kararlaştırıldığı her durumda, taraflarca definin ileri sürülmesinin engellendiği veya taraflarca definin ileri sürülemeyeceğinin kararlaştırıldığı nihai şekilde söylenemez. Önce ifa yükümlülüğünün kararlaştırılmış olması (Olumu ortadan kaldırma) ile definin ileri sürülmesini engelleyen veya ortadan kaldıran anlaşmalar (Olumsuz ortadan kaldırma) birbirinden farklı şekilde değerlendirilmelidir[943].

Önce ifa yükümlülülüğünün –özellikle daimi önce ifa yükümlülüğünün- kararlaştırıldığı durumda, önce ifa yükümlüsü borçlu, edimin ifası kendisinden talep edildiği zamanda henüz muaccel olmamış bir alacağın sahibidir. Borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebilmesi için karşı edim borcunun da muaccel olması gerektiğinden, önce ifa yükümlülüğü zorunlu şekilde, definin şartlarından birinin gerçekleşmemesine neden olur. Bu sebeple önce ifa yükümlülüğünün kararlaştırılması, defi hakkının sona ermesine değil, definin oluşumu için gerekli olan şartlardan birinin oluşumunun engellenmesine neden olur[944].

Definin uygulama imkanının kapatıldığı anlaşmalar ise taraflar arasındaki taleplerin muacceliyetine dokunmaz, definin ileri sürülebileceği sözleşmeden doğan, mübadele ilişkisi içerisinde bulunan tüm edim ile karşı edim borçlarının ifasından defi ileri sürülerek kaçınmaya engel olur. Bu nevi sözleşmeler ile definin ileri sürülmesi

[940] **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N.85 vd.
[941] **Brändli,** N. 981.
[942] **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N.85 vd.
[943] **Zoller**, s.50-52.
[944] **Zoller**, s.51-52.

önlenerek, borçluya verilmiş mübadele amacına yönelen baskı vasıtası borçlunun elinden alınır. Ayrıca bu sözleşmeler, taraf iradelerinden anlaşıldığı sürece, önce ifa yükümlülüğünün belirlendiği sözleşmelerden farklı olarak, sözleşmenin gelişiminde, sona ermesinde veya tasfiye sürecinde borçların ifa edilmesinin sözkonusu olduğu tüm düzeylerde definin ileri sürülmesini önleyerek etkisini gösterir[945].

Diğer taraftan definin uygulanmasını engelleyen anlaşmalar, içeriği itibariyle, taraflardan herhangi birine bir önce ifa yükümlülüğü yükleyen bir anlaşma değildir. Bu nevi anlaşmalar, genellikle, tarafların ifa aşamasında edimlerin mübadele ilişkisi içerisinde bulunduğunu ileri sürülebilme imkanını tamamen ortadan kaldırır. Önce ifa yükümlülüğü kararlaştırıldığında ise, edim ile karşı edim arasındaki mübadele ilişkisinin gözönüne alınma imkanı tamamen ortadan kalkmaz, nispeten belirli şartların gerçekleşmesine bağlanır[946]. Her bir somut olayın özelliği gözönüne alınmak suretiyle "Olumlu ortadan kaldırma"nın nihai şekilde definin ileri sürülmesini engellemeyebileceği sonucuna varılabilir[947].

C. Kanundan Doğan Sınırlamalar

Definin uygulanmasının kanunda yer alan hükümlerden yararlanılarak sınırlandırılması hususu diğer başlıklarda yer alan hususlardan farklı şekilde ele alınmayı gerektirir. Zira bu haller de definin uygulanmasının sınırlandırılması ne hakkın kötüye kullanılmasına ne de sözleşmeye dayanır. Bu hususta "grev" kurumu örnek olarak gösterilebilir.

Alman Hukuku'nda işçilerin her bir hizmet sözleşmesi bakımından ücret alacaklarının ödenmemesi nedeniyle işverene karşı defi imkanını kullanmaları ve topluca iş görme borcunun ifasını askıya almaları İş Hukuku kapsamında "grev" hukuki kurumuna özgü kuralların uygulanması zorunluluğu ortaya çıkarmıştır. Bunun sonucu olarak artık definin ileri sürülmesine ilişkin hükümler ve sonuçlar değil, grev kurumuna ait hüküm ve sonuçlar uygulama alanı bulacaktır[948]. Grevin definin yerini alması bu anlamda definin uygulanmasının sınırlandırılması hususu acaba Türk Hukuku bakımından geçerli midir?

---

[945] **Zoller**, s.51-52.
[946] **Zoller,** s.55.
[947] Önce ifa yükümlülüğünün sözkonusu olmasına rağmen definin ileri sürülebilirliği için bkz. yukarıda §3 III C.
[948] Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Dehmel**, s. 242; **Grunsky**, s. 61 vd.

Türk Hukuku'nda İş Kanunu m. 34 I' e göre;

"Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi iş günü içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez…"

Hüküm açıkça Türk Hukuku'nda işçilerin kendi kararlarına dayanarak borcun ifa edilmediği defi ileri sürmeleri Alman Hukuku'ndan farklı olarak grev niteliği kazanmayacaktır. Bu anlamda borcun ifa edilmediği definin ileri sürülmesi sınırlandırılmamıştır[949]. Hüküm kişisel kararlarına dayanılarak borcun ifasından kaçınmalarını engellememekle birlikte, işçilerin toplu bir karar alarak edimin ifasından kaçınmaları, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu md. 58 gereği kanundışı grev olarak nitelendirilebilir görülmektedir. Ancak böyle bir sonuç ücret ödeme borcu ödenmediğine dayanarak defi imkanından yararlanan işçilerin işveren karşısındaki durumunu kötüleştirecektir. Bu nedenle hükümde kaçınma hakkının, kanuni veya kanun dışı gev ayrımı yapmaksızın grev olarak nitelendirilemeyeceği şeklinde yorumlanması gerektiği savunulabilir. Böyle bir yorum, kaçınmanın sayıca toplu nitelik kazanması halinde kaçınma hakkının kullanımının işçilerin toplu bir karar almamasını gerektirip gerektirmeyeceği sorununu da önemsizleştirecektir. Bu nedenle hüküm gözönüne alındığında borcun ifa edilmediği define ilişkin hükümlerin uygulanacağı söylenebilir[950].

---

[949] Y. 22 HD. 21161/ 6911 T. 21.03.2014 (**Lexpera**); *"…Diğer taraftan bu hükümde düzenlenen işçinin işin ifasından kaçınma hakkı özel bir ödemezlik defi olup, işverenin temerrüt halinden farklıdır. u sebeple ücretinin ödenmemesi sebebiyle işin ifasından kaçınan işçi kaçındığı süre için ücrete hak kazanamaz. Somut olayda da davacının ücretinin ödenmemesi sebebiyle işin ifasından kaçındığı anlaşılmakla bu süre için ücret talebi yerinde değildir. Mahkemece karar verilirken bu hususun göz ardı edilmemesi gereklidir…";* aynı yönde bkz. Y. 22 HD. 25969/6044 T. 14.03.2014 (**Lexpera**).

[950] Definin kanun dışı grev tarzında topluca kullanılamayacağı yönünde aksi görüş için bkz. **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1107;
Ekmekçi, grev sayılmayan iş bırakma haleri arasında İş Kanunu m. 34'e göre, işçinin ücretinin ödenmemesi durumuna yer vermiş bu halde kaçınmanın toplu nitelik kazansa dahi grev sayılmayacağını belirtmiştir. Bkz. **Ekmekçi**, s. 355-356; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ışığı altında, yasal grevin şartlarının oluşmadığı durumda, barışçıl nitelikte olmak koşuluyla, geçici nitelikteki iş bırakmaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesiyle güvence altına alındığı, sendika üyelerinin çıkarlarını korumak için düzenlenen bu nitelikteki eylemlerin sendika hakkına dahil olduğu yönünde bkz. **Ekmekçi**, s. 481-482; *Ekmekçi*'nin değerlendirmeleri gözönüne alındığında, *toplu karar* alınarak ücret ödeme borcu ifa edilene kadar borcun ifasından kaçınmanın artık kanundışı grev kapsamında değerlendirilmesinin isabetli olmayabileceği sonucuna varılabilir.

Bundan bağımsız olarak kanunda yer alan bir takım hükümler, definin ileri sürülmesinin sınırlandırılmasına neden olabilir. Konut ve çatılı işyeri kiralarının konusu olduğu kira sözleşmelerinde kiraya verenin, kiralananı kullanıma elverişli şekilde bulundurma borcunun ifasından defiye dayanarak kaçınmasına imkan yoktur. Zira bu kapsamda yer alan kira ilişkilerinde kiracının kiralananı kullanmasını engellemeye ilişkin hukuki kurumlar sınırlıdır. Bu sınırlandırmadan, kanunda belirtilen imkanlar dışında, konut ve çatılı işyerlerinde geçici de olsa kiracının kiralananı kullanmasının engellenemeyeceği sonucu çıkarılabilir[951].

V. DEFİNİN İLERİ SÜRÜLEBİLİRLİĞİNİN GENİŞLE (TİL) MESİ

A. Genel Olarak

Daha önce kural olarak, borcun ifa edilmediği definin karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulacağını belirtmiştik. Ancak borcun ifa edilmediği definin, biri diğerinin karşılığı olacak şekilde birbirine bağlı olan, aynı anda yerine getirilmesi gereken edim borçlarının mevcut olduğu her halde uygulanıp uygulanmayacağının belirlenmesi gerekir. Kendisinden edimin ifası istenen borçlunun, diğerinden daha önce ifa etmemede ve edimin ifasını reddetmede menfaatinin olduğu ancak borcun ifa edilmediği definin şartlarından birinin mevcut olmadığı bazı durumlar ortaya çıkabilir. Bu durumlarda, definin uygulama alanının genişle(til)mesi kısmen doğrudan kanuna veya kısmen ise hakimin MK m. 1 II gereği kanun boşluğunu doldurma görevine dayanır [952].

B. Borçlunun İfadan Aczi Defi (TBK m. 98)

Bir tarafın borcunu önce ifa ile yükümlü olduğu hallerde önce ifa yükümlüsü için edimini ifa ettikten sonra karşı edimi elde edememe riski ortaya çıkabilir. Bu durum, karşı edim borçlusunun ekonomik sebeplerden karşı edimi ifa edemeyecek duruma girmesi halinde görülebilir. Karşı edim borcunun ifasının tehlikeye düşmesi halinde, önce ifa yükümlüsünün borcunu önce ifaya zorlamak dürüstlük kuralına aykırı görülebilir. TBK m. 98, işte borçlunun bu tehlikeden korunmasına hizmet eden bir

[951] Bu husus, kaçınma hakkı verilecek kiraya verenin elde edeceği yarar ile kiracının uğrayacağı zarar arasında orantısızlığın, bununla ilgili olarak kaçınma hakkının kullanılmasının alacaklıyı önemli ölçüde zor durumda bırakacağı veya onun zararına neden olacağı hususuyla da ilgilidir. Bkz. yukarıda §3 IV A 2; kiralananın ayıplı olması halinde gündeme gelecek kaçınma hakkı için bkz. yukarıda §3 II B 1 c.

[952] **Simmen**, s. 106.

hüküm olarak ortaya çıkar[953]. TBK m. 98'in TBK m. 97 ile olan ilişkisinin belirlenebilmesi için TBK m. 98'e kısaca değinmekte fayda vardır.

Borçlunun ifada aczi define ilişkin Alman Hukuku'ndaki BGB §321'i[954] ve İsviçre Hukuku'nda OR Art. 83'ü[955] Türk Hukuku'nda TBK m. 98 karşılar. "İfa güçsüzlüğü" başlığını taşıyan TBK m. 98'e göre, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle[956] iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye[957] düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. TBK m. 98 II'e göre ise, hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir.

---

[953] Borçlunun ifadan aczi definin temelleri borcun ifasının beklenemezliğinde görülür. Önce ifa edilmesi gereken edim borcunun ifasının beklenemezliği, karşı edimin ifasının belirsizliğinden ortaya çıkar. Bu isabetli değerlendirme için bkz. **Schwarze**, §14 N. 22.

[954] Modernizasyon sonrası yürürlükte olan BGB §321 I'e göre; *" karşılıklı borç yükleyen sözleşmede diğer tarafın karşı edim borcunu ifada aczi nedeniyle karşı edim alacağının tehlikeye girdiği sözleşmenin kurulmasından sonra anlaşılmış ise, önce ifa yükümlüsü, borçlandığı edimi ifadan kaçınabilir. Kaçınma hakkı, karşı edimin ifa edilmesi veya teminat altına alınması halinde düşer."* Modernizasyon ile eklenen BGB §321 II'e göre ise,*" önce ifa yükümlüsü, diğer tarafa, onun seçimine göre, karşı edimi aynı anda ifa edeceği veya teminat göstereceği uygun bir süre verebilir. Sürenin sonuçsuz geçmesi halinde, önce ifa yükümlüsü sözleşmeden dönebilir. Borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler(BGB §323) niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanır."* Borçluya bu halde sözleşmeden dönme hakkı tanınmasına, bir model olarak OR Art. 83 II'deki düzenlemenin hizmet ettiği yönünde bkz. **Soergel/ Gsell**, §321, N. 5; ayrıca bkz. **BT-Drucks 14/6040** s. 179 (14.05.2001).

[955] OR Art. 83' e göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmede bir taraf ödeme güçsüzlüğüne düşmüş ise, yani, iflasa girmiş ise veya ödemede acze düşmüş ise, malvarlığı durumunun kötüleşmesi nedeniyle karşı edim alacağının elde edilmesi tehlikeye girmiş ise, diğer taraf, karşı edim alacağı güvence altına alınana kadar edimin ifasından kaçınabilir. OR Art. 83 II ise, uygun süre içerisinde talebi karşılanmayan veya güvence altına alınmayan borçluya sözleşmeden dönme imkanı vermektedir.

[956] Örnek olarak saymanın, sadece benzer durumların ortak özelliğini belirlemek bakımından dikkate alındığı, bu nedenle de hükmün uygulama alanının, karşı edim alacağının tehlikeye girmesinin sebebinin sadece karşı edim borçlusunun ekonomik durumunda kötüleşmenin olduğu durumla sınırlı olduğu söylenebilir. Aynı yönde görüş için bkz. Sezer Çapri, "**Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Buna Bağlanan Sonuçlar**", Prof. Dr. Mustafa Dural a Armağan, Filiz, İstanbul, 2013, s. 420; aksi yönde görüş için bkz. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 835; diğer durumlarda karşı edim alacağının tehlikeye girmesi halinde TBK m. 98 kıyasen uygulanır. Önce ifa yükümlüsünün karşı edim alacağı tehlikeye girmesine rağmen, borcunu ifa etmesini beklemenin haklı olmayacağı hususu, ekonomik durumun kötüleşmesi nedeniyle değil diğer durumlarda da gündeme gelebilir.

[957] Türk ve İsviçre Hukuku'nda, para borcu dışındaki diğer edimlerde de ekonomik güçsüzlüğün karşı edim alacağının ifasını tehlikeye atabileceği yönünde isabetli görüş için bkz. **Stöckli**, N. 254 dn. 571; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 83, N. 24-25; şahsi edimlerde aciz halinin alacağı tehlikeye düşürüp düşürmediği hususunun her bir somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerektiği yönünde isabetli olan ve bu nevi edimlerde hükmün uygulanabilirliğini nihai olarak reddetmeyen aynı yönde görüş için bkz. **Kaniti**, s. 144; örneğin, yapma borcu altında bulunan karşı edim borçlusu yapma borcunu ifa bakımından gerekli malzemeleri kendisi sağlayacakken, ödemede güçsüzlüğe düşmesi nedeniyle bu malzemeleri temin edebilecek durumda değilse, edim borçlusu yapma borcunun karşılığı olan para borcunun ifasından, teminat gösterilene kadar kaçınabilir.

TBK m. 98 (OR Art.83), BGB §321'de olduğu gibi[958], karşı edim alacağı, karşı tarafın ödeme güçsüzlüğü nedeniyle tehlikeye girmiş ise, bir tarafa kaçınma hakkı vermektedir. Hüküm, borcun ifa edilmediği define ilişkin düzenlemede olduğu gibi karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere özgüdür ve hem önce ifa yükümlülüğü durumunda hem de edimlerin aynı anda ifa edileceği durumda uygulama alanı bulur. Bu hususta önemli olan karşı tarafın ifa güçsüzlüğünün karşı edim alacağını tehlikeye düşürüp düşürmediğidir[959].

TBK m. 97 ve TBK m. 98'in "karşılıklı borç yükleyen sözleşmede" şeklinde ifade edilen üst başlık altında yer alması , unsurlarının bir kısmının benzer olması[960],

---

[958] Alman Hukuku'nda borçlunun ifada aczi define ilişkin BGB §321'in modernizasyon sonrası getirdiği değişikliklerden birisi, hükmün, karşı edimin elde edilmesi tehlikesinin, sadece karşı tarafın malvarlığı durumundaki kötüleşme halinde değil, karşı edimin elde edilmesi tehlikesini ortaya çıkaran tüm durumlar bakımından uygulanabilmesidir. Bu durumlara örnek olarak, ithalat ihracat yasağı, savaş, borçlunun hasta olması gösterilebilir. Böyle durumlar malvarlığı kötüleşmesine göre daha ender ortaya çıkacak olsalar da, bu durumlar karşı edimin ifasının tehlikeye girmesine neden olabilir: **Soergel/ Gsell**, §321, N. 4; modernizasyon öncesi, hüküm kıyasen uygulanmak suretiyle, hükmün bu durumlar bakımından da uygulanması sağlanıyor ve bu hususstaki ihtiyaca cevap bulunmaya çalışılıyordu. Bkz. **Staudinger/ Schwarze**, §321, N. 4; **Soergel/ Gsell,** §321, N.4;
BGB §321, karşı edim alacağının tehlikeye girdiği tüm durumlarda uygulama alanı bulurken, TBK m. 98 (OR Art. 83), genel olarak, tehlikenin, karşı edim borçlusunun ekonomik durumunun kötüleşmesine dayanmasını arar. Modernizasyon öncesi BGB §321 düzenlemesi bu açıdan OR Art. 83 düzenlemesine paraleldir. Bu dönemde şartları mevcut ise, ortaya çıkan tehlike malvarlığının kötüleşmesinden kaynaklanmasa dahi, borçluya BGB §321'in kıyasen uygulanması suretiyle edimin ifasından kaçınma imkanı verildiği gözönüne alındığında aynı husus halihazır TBK m. 98 (OR Art. 83) için de sözkonusu olabilir. Karşı edim alacağının tehlikeye girdiği durumda, tehlike, karşı edim alacaklısının hakimiyet alanı içinde veya dışında herhangi bir hususstan ortaya çıksa dahi, Türk ve İsviçre Hukuku'nda, TBK m. 98 (OR Art. 83)'in kıyasen uygulanabileceği kabul edilebilir. Hatta TBK m. 98 'in ifa güçsüzlüğü başlığıyla lafız itibariyle BGB §321'e, OR Art. 83'den daha yakın olması bu hususun kabulünü güçlendirir.
Alman Hukuku'nda modernizasyon öncesi doktrin (bkz. **Gernhuber**, s. 364) , uygulama alanını lafızdan yola çıkarak malvarlığı durumunun sonradan ortaya çıkan kötüleşmesiyle sınırlandırıyordu. Zira karşı tarafın malvarlığı durumunu bilmeyen borçluya irade sakatlığına dayanarak (şartları varsa hile veya hataya dayanarak) iptal hakkı, gerektiğinde ise culpa in contrahendo sorumluluğa dayanarak zararın tazmini imkanı verilmesinin yeterli bir koruma sağladığı düşünülüyordu. Bu durumlarda da BGB §321'in kıyasen uygulanması öneriliyordu. Bu öneri için bkz. Karin Fleisch, "**Der Irrtum über die Kreditwürdigkeit des Vertragspartners und Verschlechterungseinrede**", BB 1994, s. 879; **Lindacher**, MDR 1977, 800; bu öneri Türk Hukuku bakımından kabul edilebilir görünmektedir.

[959] **BaslerK/ Leu**, Art.83, N.1; **von Tuhr/ Escher**, s. 66-67; **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1125; **Stöckli**, N. 257; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 83, N.22 vd; **Çapri**, s. 426; ayrıca bkz. **BGE 105 II 31**.

[960] Türk ve İsviçre Hukuku'nda borçlunun ifada aczi defi bakımından aranan şartlar genel itibariyle, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı ve bununla ilgili olarak mübadele ilişkisinin varlığı, ifa güçsüzlüğü, karşı edim alacağının tehlikeye girmesidir. Her ne kadar TBK m. 98/ OR Art. 83 lafız itibariyle önce ifa yükümlülüğü şartını aramasa da, hüküm pratik önemini önce ifa yükümlülüğü durumunda gösterir. Genel olarak önce ifa yükümlülüğü olmadığı, her iki edimin muaccel olduğu durumda borçlunun ifada aczi defi ile borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebilme hususundan birini seçme imkanı vardır. Bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 83, N. 20 vd.; **Simmen**, s. 107-108; **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1122 vd. ; **von Tuhr/ Escher**, s. 66-67; **Stöckli**, N. 255 vd; **ZürcherK/**

bir kaçınma hakkı tanınması, genel olarak karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ve bununla ilgili olarak birbiriyle mübadele ilişkisi içerisinde duran (synallagmatik) edimler bakımından uygulama alanı bulacağı hususları her iki kurumun ortak özelliği olarak ifade edilebilir. Bunun yanında TBK m. 98, borcun ifa edilmediği definde olduğu gibi edimlerin mübadelesinin korunmasına hizmet eder. Her ne kadar, borçlunun ifadan aczi definden farklı olarak borcun ifa edilmediği definde teminat gösterilmek suretiyle definin uygulanması önlenemese de, her iki defi de kaçınma imkanı verir. Edimler arasında synallagmatik bağlılığın aranması da her iki definin ortak noktalarından birini teşkil eder. Ayrıca defi ileri sürenin, aynı anda ifa imkanını hazırlamamak bakımından alacaklıyı alacaklı temerrüdüne düşürebilme imkanının olması, özellikle yapma ve yapmama borçlarında TBK m. 98'de tanınan sözleşmeden dönme hakkı bakımından bu hükümle paralellik arz eder.

Schraner, Art. 83, N. 6 vd, N. 20 vd.; **Çapri**, s. 418; çoğu durumda borcun ifa edilmediği define dayanma borçlunun daha yararına olacaktır. Zira TBK m. 97 gereği defi vasıtasıyla kaçınma çoğu durumda karşı edimin gereği gibi ifa edileceği ana kadarken, borçlunun ifadan aczi definde karşı edimin güvence altına alınması veya sözleşmeden dönme anına kadardır. Bunun yanında borcun ifa edilmediği defi ileri süren borçlu da, karşı edim için güvence gösterilene kadar edimin ifasından kaçınabilir, bu hususta karar menfaati olan borçluya bırakılmıştır. Bkz. **Simmen,** s. 107; **von Tuhr/ Escher**, s. 65-66; çoğu durumda aciz defi ileri sürecek borçlunun sözleşmenin gelişimini hesaba katmakta menfaati olabilir. Bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 83, N. 20 vd.; edimlerin aynı anda ifa edilmesinin sözkonusu olduğu sözleşmede TBK m. 98'e dayanılmasına ilişkin örnek İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararında mevcuttur. bkz. **BGE 105 II 32** aynı yönde bkz. **von Tuhr/ Escher**, s.67. Şayet tehlikeye giren karşı edim alacağı muaccel olmuş ise, borçlu aktif şekilde hareket etmek isterse, edim borçlusu karşı edim borcu ifa edilmediğine dayanarak borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir. (Bu halde TBK m. 98 II/ OR Art. 83 II'de menfaati olmayacağı yönünde bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 67) Ancak bu halde edim borçlusu, karşı edim borçlusunun borcun ifa edilmediği defi ileri sürerek karşı edimin ifasından kaçınabilme durumuyla karşılaşacak ise, borçlunun TBK m. 98'e dayanan hakkını kullanması uygun olur. Bkz. **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1129 dn. 358.

Bunun yanında karşı edim borçlusunun ifa güçsüzlüğüne düştüğü, edimlerin muaccel olduğu ihtimalde, karşı edim borçlusundan ifa talep edildiğinde onun her durumda borcun ifa edilmediği defi ileri sürebileceği hususuna şüphe ile yaklaşmak gerekir. Zira ifa güçsüzlüğü nedeniyle kendi edimini ifaya hazır ve ifa edebilecek durumda olmayan karşı edim borçlusunun defi ileri sürebilirliğinin sınırlandırılıp sınırılandırılmayacağının da ayrıca incelenmesi gerekir. Bu açıdan ifa güçsüzlüğü ifaya hazır ve ifa edebilecek durumda olmadığının bir göstergesi olabilir. Bu nedenle de değerlendirme (**Oğuzman/ Öz**, N.1129 dn. 358'de belirtilen ifade) isabetli değildir. Zira bu halde, defi imkanı sınırlanan karşı edim borçlusuna karşı borçlu temerrüdü hükümlerine başvurmak karşı edim alacaklısının menfaatine olacaktır. Borçlu temerrüdüne başvurulduktan sonra, defi hakkı sınırlandırılan karşı edim borçlusu karşı dava açarsa, bu halde edim borçlusu dilerse TBK m. 97'e dilerse TBK m. 98'e başvurabilir. Bu halde de TBK m. 98'in uygulanması borçlu temerrüdüne göre daha elverişli bir yol olarak ortaya çıkmaz. Aksine bunlar birlikte uygulanabilecek kurumlardır.

Biz çalışmamız kapsamını aşmamak için TBK m.98'in şartlarını tek tek incelemeyip, hükmün borcun ifa edilmediği definin uygulanmasına yaklaştıran ve definin genişlemesine yol açan özelliklerini esas itibariyle ele almayı tercih ettik.

TBK m. 98'in TBK m. 97'nin uygulama alanını genişleten bir hüküm olmasının dayanaklarından bir diğerini, MK m. 950'de öngörülen hapis hakkı ile MK m. 952'deki şartların gerçekleşmesine dayanan hapis hakkı arasındaki ilişkinin, sırasıyla TBK m. 97 ile TBK m. 98 arasındaki ilişkiye benzer olması oluşturmaktadır[961]. Sonuç itibariyle, belirtilenler gözönüne alındığında, TBK m. 98 'in, kural olarak önce ifa yükümlülüğü durumunda uygulama imkanı bulunmayan TBK m. 97 'nin, bu hallerde uygulanmasını sağlayan ve böylece borcun ifa edilmediği definin uygulama alanını genişleten bir hüküm olduğu söylenebilir[962].

Bir diğer husus önce ifa yükümlülüğün mevcut olduğu buna rağmen borcun ifa edilmediği definin uygulanabilirliğinin kabul edildiği hallerde borçlunun ödemeden aczi define ne ölçüde yer olacağı sorusunun cevaplanması da gerekebilir.

Daha önce belirttiğimiz üzere[963] bazı sürekli borç ilişkilerinde de, kural olarak, edimler arasında synallagmatik bağlılık mevcuttur. Bu halde önce ifa yükümlüsü borçlu, önce ifa ettiği edim bölümüne denk gelen karşı edim bölümü ifa edilmedikçe bir sonraki edim bölümünün ifasından defi ileri sürmek suretiyle kaçınabilecektir. Acaba bu halde karşı edim bölümünün ve sonraki edim bölümlerinin ifasını gerçekleştirmede ekonomik güçsüzlüğe düşecek tarafa karşı şartları oluşan TBK m.98'de yer alan imkanı kullanmak mümkün müdür?

Belirtilen hallerde, önceki edim bölümüne ait borç ifa edildikten sonra, o bölüme karşılık gelen karşı edim borcunun ifası muaccel olacaktır. O bölüme ait karşı edim borcu muaccel, ayrıca bir sonraki edim bölümüne ait borç da muacceldir. Bu nedenle önceki döneme ait karşı edim alacağı, borçlunun ifada güçsüzlüğe düşmesi nedeniyle tehlikeye girmiş ise, bu halde her iki muaccel borç bakımından TBK m. 97, ifada güçsüzlük nedeniyle ifa edilmediğinden TBK m. 98 imkanlarından birini seçme hakkı borçluya aittir. Örneğin, genel hizmet sözleşmesinde işçi, Ocak ayına ait işi yerine

---

[961] Bu kapsamda MK m. 952'de, tıpkı TBK m. 98 'in önemini edimin ifasından kaçınanın önce ifa yükümlüsü olmasında ortaya koyduğu gibi, borçlunun ödemeden aczi halinde, alacak muaccel olmasa da hapis hakkının kullanılabileceği düzenlenmiştir. Hatta MK m. 952'nin, MK m. 950'de yer alan hapis hakkının uygulama alanını genişleten bir düzenleme olduğu görülebilir. Ayrıca bkz. **Çetiner**, s. 81; Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, 20. Bası, Filiz, İstanbul, 2017, N. 3766; Haluk Nami Nomer/ Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku**, 5. Bası, On iki Levha, İstanbul, 2017, N. 866.

[962] Definin uygulama alanının genişlediği bir durum olarak gözönüne alan değerlendirme için bkz. **Simmen**, s. 108; krş. **von Tuhr/ Escher,** s. 65.

[963] Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda §3 III C.

getirmiş karşılığı olan bedeli almamış, Şubat ayının girişiyle o aya ait iş görme borcu muaccel olmuştur. Bu halde işverenin ekonomik güçsüzlük nedeniyle ifa edemediği Ocak ayına ait ücret ödeme borcu ile işçinin Şubat ayına ait borcu muacceldir. Bu halde işçi, synallagmatik bağlılığın olduğu her iki borç muaccel olduğundan TBK m. 97'e veya bedel ödeme borcunun ifa edilmeme sebebi işverenin ifada güçsüzlüğü olduğundan TBK m. 98'e başvurabilir. Ancak, önceki karşı edim borcu ifa edildikten sonra, sonraki edim borcu önce ifa yükümlülüğü nedeniyle muaccel iken, sonraki karşı edim borcu henüz muaccel olmadığından, edimin ifasını isteyen alacaklıya karşı, önce ifa yükümlüsü ancak TBK m. 98'de yer alan imkanı kullanabilecektir. Örneğin yukarıdaki örnekte Ocak ayının ücretini ödeyen işveren Şubat ayının ortasında ifada güçsüzlüğe düşmüş ise, işçi iş görme edimini ifadan TBK m. 98'e dayanarak kaçınabilir.

C. Sözleşme ile Definin Uygulama Alanının Genişletilmesi

Taraflar sözleşmenin geçerlilik şartları ve MK m. 2 sınırları çerçevesinde defi için aranan şartlardan birinin veya bir kaçının definin ileri sürülmesi bakımından aranmayacağını kararlaştırmış olabilirler. Böyle bir anlaşma, definin uygulama alanın sözleşmeye dayanılarak genişlemesi sonucuna yol açar. Hangi şartların aranmayacağı hususunda herhangi bir sınır olmayıp, bu hususların belirlenmesi taraflara bırakılmıştır. Bu surette taraflar, synallagmatik bağlılığın aranmayacağını kararlaştırmış olabilecekleri gibi, önce ifa yükümlüsünün, önce ifa alacaklısının sözleşme ile belirlenmiş, karşı edim borcunun ifasından kesin surette kaçınma teşkil etmeyen yükümlülüklerine aykırı davranması durumunda da defi ileri sürebileceğini öngörebilirler.

D. Uygulama Alanının Genişletilmesi Çabaları ve Özellikle Şahsi Hapis Hakkı (obligatorisches Retentionsrecht)

1. Uygulama Alanının Genişletilmesi Gerekliliği

Türk Hukuku'nda, kanuni düzenleme ile dayanağı bulunan genel nitelikteki kaçınma haklarından bazıları, MK m. 950'de düzenlenen hapis hakkı, MK m. 995'a dayanan alıkoyma hakkı, TBK m. 97 ve 98'de düzenlenen defi imkanıdır. Ancak pratikte, edimin ifasından kaçınma hakkı tanınmasını gerektirecek, belirtilen hukuki

kurumlarla karşılanamayan, kanuni düzenlemelerin doğrudan, açıkça düzenlemedikleri bazı durumlar ortaya çıkabilir.

Bu durumlara örnek olarak şu husus gösterilebilir: Vekalet veren, vekile karşı, vekalet sözleşmesi kapsamında görülen işin ifası çerçevesinde ortaya çıkan masrafları ödeme borcu altındadır (OR Art. 402 I). Vekalet verenin, iş görme çerçevesinde vekilin adına elde edilenin kendisine devrine kadar ve bunu güvence altına almak amacıyla, masrafların ödenmesi borcunun ifasından kaçınmada korunması gereken bir menfaati vardır[964]. Ancak kanun, bu durumlarda bir kaçınma hakkı düzenlememiştir. Zira bu borçlar arasında mübadele ilişkisi olmadığından, TBK m. 97 ve 98 (OR Art. 82 ve 83) doğrudan uygulama alanı bulamayacak, MK m. 950'e dayanan hapis hakkı ise, iade borcu yabancı bir edim olmadığından sözkonusu olmayacaktır[965].

Ayrıca doğrudan temsil yoluyla yürütülen vekaletin sözkonusu olduğu durumda, taşınır eşyanın veya kıymetli evrakın iadesi bakımından vekil hapis hakkını kullanabilecekken, vekalet veren borcun ifasından kaçınmak için, karşı edim borcunun konusu kendi mülkiyetinde olduğundan hapis hakkını kullanamayacak, edimler arasında mübadele ilişkisi olmadığından borcun ifa edilmediği defi de ileri süremeyecektir. Kısaca ifade etmek gerekirse, vekil kaçınma hakkını kullanarak alacağını güvence altına alabilirken, aynı durumda, vekalet veren herhangi bir korumadan yararlanamayacaktır. Bu durum kanun önünde eşitlik esası (positive Gleichheitsatz) gözönüne alındığında tatmin edici değildir[966]. Aynı sonuç, saklama ve kullanım ödüncü sözleşmeleri bakımından da geçerlidir[967]. Yine aynı şekilde, daha

---

[964] İsviçre Federal Mahkemesi, vekilin iade borcu ile vekalet verenin masrafların ödenmesi borcu arasında mübadele ilişkisi olmadığından OR Art. 82 (TBK m. 97)'nin doğrudan uygulanamayacağı, Art. 82 (TBK m. 97)'nin mübadele ilişkileri bakımından aynı anda ifa edilecek borçlar bakımından uygulama alanına sahip olduğu, ancak vekalet sözleşmesinden doğan bu borçların ifasından kaçınma hakkının, aynı sözleşmeden doğan bağlılık nedeniyle şahsi hapis hakkı (obligatorisches Retentionsrecht) tanınmak suretiyle mümkün olabileceğine, ancak burada Art. 82'nin kıyasen uygulanmasına hükmetmiştir Bkz. **BGE 94 II 267** ; ayrıca bkz. **BGE 113 III 32**

[965] **Wey**, N. 10, 31 vd. ; **von Tuhr/ Escher,** s. 67 -68; **BernerK/ Fehlmann**, Art. 400, N. 186; her ne kadar doğrudan vekalette mülkiyet vekile geçeceğinden vekilin zilyetliğin iadesi talebi bakımından, iade konusu hapis hakkının konusu kapsamında ise, hapis hakkı uygulanacaktır. Ancak iade konusu bu kapsamda değilse veya dolaylı temsil yoluyla yürütülen vekalet sözkonusu ise, artık hapis hakkı gündeme gelmeyecektir. Ayrıca edimler arasında (zilyetliğin devri (ve/veya mülkiyetin devri) borcu ile masrafların ödenmesi borcu) taraflarca synallagmatik bağlılık kararlaştırılmış ise, borcun ifa edilmediği defi uygulama alanı bulabilecek, ancak taraflar çoğu zaman bu edimler arasında synallagmatik bağlılık kurma ihtiyacını karşılamayı ihmal edecektir.

[966] **Wey**, N. 55-56; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 19 vd.

[967] Saklama ve kullanım ödüncü sözleşmelerinde, diğer taraf hapis hakkını kullanabilecek iken, saklatan ve ödünç verenin kendi edim borcunun ifasından kaçınamayacak olması hakkaniyete ve taraflar

önce belirttiğimiz üzere[968], zilyedin yaptığı zorunlu ve yararlı giderler ödeninceye kadar sahip olduğu alıkoyma hakkına karşı (MK m.994), mülkiyet hakkı sahibi de, geri verme borcunun ifası teklif edilene veya ifa edilene kadar, bu giderleri ödeme borcunun ifasından kaçınabilmelidir.

İkinci bir örnek olarak şu husus gösterilebilir: Alıcı ile satıcı, bisikletin haziran sonunda teslim edileceği, bedelinin ise temmuz sonunda ödeneceğini kararlaştırdıkları bir bisiklet satış sözleşmesi yapmışlardır. Temmuz sonunda ise yine aynı alıcı ve satıcı ağustos sonunda teslim, eylül sonunda bedeli ödenmek üzere bir bilgisayar satışı hususunda anlaşmışlardır. Satıcı haziran sonunda bisikleti teslim etmesine rağmen, bedeli elde edemediğinden bilgisayarın teslimi borcunun ifasından kaçınma hususunda kendisine herhangi bir imkan tanınmamıştır[969]. Zira edim yabancı bir edim olmadığından hapis hakkı (TBK m. 950 I ve II); edimler arasında synallagmatik ilişki bulunmadığından ve birlik arz eden işlemler içerisinde yer almayıp her biri bağımsız bir sözleşme olduğundan borcun ifa edilmediği defi ve borçlunun ifada aczi defi (TBK m. 97 ve 98) uygulama alanı bulamayacaktır. Bu ikinci örnekte, zaman, kişi, içerik bakımından ekonomik bağlılığın ortaya çıktığı, birden fazla borç ilişkisi çerçevesinde, borçluya bu nitelikte bir kaçıma hakkı vermemek, hukuka uygun olmayacağı gibi, genel hukuki koruma düşüncesine de aykırı düşer[970]. Bu nedenle bir kaçınma hakkının tanınması hakkaniyete uygun olacaktır.

Kanun bazı durumlarda, uyuşmazlığın çözümü bakımından bir hususu olumsuz şekilde de ele almış olabilir. Diğer deyişle bilinçli boşluk sözkonusu olabilir. Ancak belirttiğimiz örnekler çerçevesinde bu uyuşmazlıklar, hukuki alan içerisinde gözönüne alınması gereken(hukuk dışına itilemeyecek) uyuşmazlıklar olup, bunlara

---

arasında sağlanması gereken eşitliğe aykırı düşmektedir. Bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 67-68; **Kaniti**, s. 90; **Sarı**, s. 98.

[968] Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda §3 II C.

[969] Aynı yönde bkz. **Wey**, N.12; *Wey*'in verdiği bir diğer örnekte, *Wey* edimlerden birinin iş görme borcu, diğerinin ise bedel ödeme borcu olduğu sözleşmelerde, borcun ifa edilmediği definin uygulamasını kabul etmemektedir. Bkz. **Wey**, N. 11, N. 35 vd. Ancak bu görüşün her durumda isabetli olduğu söylenemez. Ancak herhalde işçinin iş görme borcu bakımından, MK m. 950'e dayanan hapis hakkı olmadığı hususu her türlü şüpheden uzaktır. Ayrıca bkz. yukarıda §3 III C.

[970] **Wey**, N. 42; hatta bu durumda satıcıya ikinci edim için kaçınma hakkı tanınmaz ise, her iki edimi de yerine getiren borçlu, bir kere dahi bu edimlerin karşılığını alamama tehlikesi içerisine girebilir. Bu nedenle İsviçre Hukuku'nda baskın görüş, burada borçluya ikinci edim bakımından bir kaçınma hakkı tanınması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşler için bkz. **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 185-187; **Simmen**, s. 111 vd; **Giger**, Art. 184, N.194; vd; **von Büren**, s.468; **vonTuhr/ Escher**, s. 63, ve 63 dn. 41; **Wey**, N. 42.

kanunkoyucu ne olumlu ne de olumsuz şekilde bir çözüm üretmektedir. Bu sebeple doktrin[971] ve uygulama[972] hemen hemen oybirliğiyle, bu hususta hakim tarafından, şahsi hapis hakkı ile doldurulması gereken bir kanun boşluğu olduğunu kabul etmektedir. Ancak bu boşluğun nasıl doldurulması gerektiği, şahsi hapis hakkının içeriğinin belirlenmesinde hangi araçlardan yararlanacağı hususunda çeşitli çözüm önerileri ileri sürülmüştür.

2. Şahsi Hapis Hakkının (obligatorisches Retentionsrecht) Ortaya Çıkışı

Bu nitelikte bir boşluğun varlığını ilk tespit edenlerden biri olan *von Tuhr'* un görüşüne[973] göre, bu boşluk hapis hakkının kıyasen uygulanmasıyla doldurulabilir. Borçlu onun muaccel ve hukuken bağlantılı karşı edim talebi için kendisine, yabancı eşyanın iadesinden kaçınabildiği gibi, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme sözkonusu olmasa da o diğer bir edimin ifasından kaçınabilmelidir. TBK m. 97 (OR Art. 82)'in kıyasen uygulanması burada sözkonusu olamaz. TBK m. 98 (OR Art.83)'de yer alan dönme hakkı bu duruma uygun değildir. Ancak vekalette, edimlerin mübadelesinin sözkonusu olduğu ve bu yüzden TBK m. 97/ 98 (Art.82/ 83) 'in kıyasen uygulanabileceği bir durum vardır. Dolaylı temsil yoluyla yürütülen vekalette, kendisine satış yetkisi verilen dolaylı temsilci vekilin elde ettiğini iade yükümlülüğü ile masraflarının tazmini yükümlüğü arasında, tıpkı, satış sözleşmesinde satıcının teslim yükümlülüğü ile satış bedelinin ödenmesi (dolaylı temsilci vekilin masraflarının iadesi hemen hemen satış bedeline yakın değerde olacağından) talebi arasındaki gibi bir ilişki mevcuttur. Her iki edim de aynı anda ifa edilmelidir. Hatta taraflardan her biri sözleşmeye göre önce ifa ile yükümlü olsa da TBK m.98 (Art.83)'e dayanılarak teminat gösterilene kadar edimin ifasından kaçınabilir. Süresi içerisinde teminat gösterilmez ise bu durumda dönme hakkı tanınabilir. Böylece dolaylı temsilci vekil,

---

[971] **von Tuhr/ Escher**, s. 68 -69; **Wey**, N. 13; N. 43; Ayrıca bu sonuç, OR ve ZGB'nin tarihi gelişimi gözönüne alınarak gerekçelendirilmektedir: **Wey**, N. 45 vd.; **Bucher**, AT, s. 311; **BernerK/ Felmann**, Art. 400, N. 186 vd.; **Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey**, N. 2217;; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 180; **Simmen**, s.114; **BernerK/ Weber**, N.23 vd.; **BernerK/ Zobl**, Art. 895, N. 45 vd. Karl Oftinger/ Rolf Bär, **Zürcher Kommentar Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB mit ergänzender Darstelung der im Gesetz nicht geordneten Arten der dinglicher Sicherung mittels Fahrnis Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte**, Zürich, 3. Aufl., 1981, Art. 895, N. 202.

[972] **BGE 128 V 226; 122 IV 327; 120 II 212; 109 II 29.**

[973] **von Tuhr/ Escher**, s. 67- 69; **BernerK/Weber**, Art.82, N.61; **ZürcherK/ Schraner**, Art.82, N.32.

sözleşmeden döndüğü durumda eşyayı kendinde tutar, vekil ise eşyanın iadesini talep etme imkanını kaybeder.

Doktrinde ileri sürülen bir ikinci görüşe[974] göre, borcun ifa edilmediği definin uygulama alanını, definin kıyasen uygulanması suretiyle genişletmek ilk planda gözönüne alınması gereken bir çözüm olarak durmaktadır. Ancak belirtilen durumlarda, TBK m. 97'e (yBK m. 81/ OR Art. 82), Alman Hukuku'nda yer alan BGB §320 ve BGB §§273 -274'ün görevini yüklemek maddeyi uygun olmayacak şekilde zorlamak olacaktır. Zira maddenin lafzı gözönüne alındığında definin kıyasen uygulanması mübadele ilişkisine benzer bir ilişkinin olduğu durumda isabetlidir. ZGB' nin gerekçesinde, ayni etkiye sahip olmayan, paraya çevirme yetkisi vermeyen sadece karşı edim borçlusuna baskı yapma amacı taşıyan bir hapis hakkı tanınması, bu hakkın kötüye kullanılacağı düşüncesiyle reddedilmiştir. Bu nedenle de şahsi hapis hakkının, ayni etkili hapis hakkının kıyasen uygulanması suretiyle temellendirilmesi isabetli değildir. Bu hususta temellendirme bakımından ileri sürülecek bir çözüm olarak, MK m. 2'den yararlanmak uygun olacaktır. Borçlar arasındaki bağlılıktan dolayı, karşı edim borcu ifa edilmeden, edim borçlusunun edimin ifasına zorlanması dürüstlük kuralına aykırı düşüyorsa bu halde edim borçlusuna bir exceptio doli tanımak uygundur. Alman Medeni Kanunu'nda BGB §273'ün temeli olan, hem hükmün gerekçesinde ve hem de hükmün aradığı bağlılığın sınırının belirlenmesinde gözönüne alınan dürüstlük kuralı, BGB §273'ün ana fikrinin Türk ve İsviçre Hukuku'nda geçerli olmasını sağlayan bir araçtır. Bu çerçevede BGB §273'ün uygulaması, Türk ve İsviçre Hukuku bakımından da yol gösterici olabilecektir. Örneğin, paraya çevrilebilir olmayan eşya üzerinde hapis hakkı kullanılması yasağı gözönüne alındığında, borçlar arasında gerekli irtibat olsa dahi, bu yasağa dayanarak belgelerin iadesini isteyen tarafın borcunu ifa etmeden belgelerin iadesini talep etmesi dürüstük kuralına aykırı olması aranacaktır.

[974] **Kaniti**, s. 101-104; yBK m. 81'in kıyasen uygulanması suretiyle temellendirilebileceği, ancak genel itibariyle temellendirmenin MK m.2'e dayanacağı hususunda bkz. **Sarı**, s. 101-102; borcun ifa edilmediği definin kıyasen uygulanarak temellendirileceği yönünde bkz. **Bucher**, AT, s. 311; **Guhl/ Koller**, §4 N.20; **Schwenzer**, N. 62.03.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda ileri sürülen son görüşe[975] göre ise, ne definin ne de hapis hakkının kapsamı içerisine giren durumlar kanunkoyucu tarafından hukuk dışı alana itilmemiştir. Bu uyuşmazlıkların hukuki alan çerçevesinde çözüm bulunması gerekir. Bu surette ayrıca bilinçli bir boşluğun varlığından da bahsedilemeyeceğinden burada kanuni bir boşluğun var olduğu ve bunun MK m. 1 çerçevesinde doldurulması gerektiği söylenebilir. Bu boşluk, açık boşluktur. Kanun, cevap vermesi gereken bir hukuki soruna cevap vermemektedir. Bir diğer ifade ile kanunun ilgili hükümlerinin kapsamı, ele alınması gereken hukuki sorunu ele alamayacak kadar dardır. Bu boşluğun, niteliği gözönüne alındığında, doldurulması bakımından MK m. 1 uygulanacak olup[976], hakim, tıpkı bir kanunkoyucu gibi soyut genel bir hüküm oluşturacaktır. Bu anlamda pratiklik, hakkaniyet ve hukuki güvenlik çerçevesinde menfaatler durumuna uygun soyut ve genel bir kural oluşturulmalıdır. Bu yapılırken, ilgili diğer hükümlerden(hapis hakkı (MK m. 950), borcun ifa edilmediği defi (TBK m. 97)) kıyasen yararlanma önem arz eder.

İsviçre Federal Mahkemesi[977], çoğunlukla, kaçınma hakkının tanınması gerektiğini kabul etmekle birlikte, Mahkeme'nin, kaçınma hakkının borcun ifa

---

[975] **Wey**, N. 74 -78; **Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey**, N. 2217; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 21-24; **BernerK/ Zobl**, Art. 895, N. 45; **ZürcherK/ Oftinger/ Bär**, Art. 895, N. 202; **Abegg**, s. 866; **Serozan**, §6 N. 21.
Bu nevi bir kaçınma hakkı için kanunda herhangi bir hüküm olmadığından burada içeriği bilimsel görüşlerden yararlanmak suretiyle doldurulabilecek bir kanun boşluğunun (gerçek boşluk) mevcut olduğunu söylemek gerekir. İsviçre Federal Mahkemesi, şahsi hapis hakkını, borcun ifa edilmediği definin kıyasen uygulanması suretiyle temellendirmiştir. Ancak bu nitelikte bir kıyasen uygulamanın mantıksal ön şartı olarak hukuki tekniği bakımından bir kanun boşluğu mevcut olması gerekir. Bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 21-24; kıyasın uygulanabildiği durumda bir kanun boşluğunun varlığından bahsedilemeyeceği yönünde bkz. Eugen Huber, **Recht und Rechtsverwirklichung**, 2. Aufl., Basel, 1925, s. 354; Selahattin Sulhi Tekinay, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, Filiz, İstanbul, 1992; s. 64; aksi yönde görüş, kıyasın boşluk doldurma aracı olduğunu ileri sürmektedir. Bunun için bkz. Ernst Kramer, **Juristische Methodenlehre**, Bern, 2005, s. 174-175; **Oğuzman/ Barlas**, s. 120 dn. 198; **Serozan**, §6 N. 21. herhalde bir boşluğun varlığı kabul edildiğinden kıyas, boşluk doldurmak amacıyla oluşturulacak genel soyut kuralın oluşturulmasında kullanılacak metodlardan birisi olacağı ve konumuz bakımından önemli bir anlam ifade edeceği yönünde baskın görüşe katılan isabetli görüş için bkz. **Wey**, N. 70 vd.

[976] Günümüz ticari ve hukuki ilişkileri gözönüne alındığında belirtilen durum için örf adet hukukunun yeterli cevap vermediği ve yetersiz olacağı bu nedenle ZGB Art. 1 II'de yer alan örf ve adet hukukunun oldukça nadir durumlarda gözönüne alınacağı yönünde bkz. **Wey**, N. 68.

[977] Federal Mahkeme, bir kararında, işçinin önceki döneme ait iş görme borcunu ifa etmesine rağmen, ücretini elde edememesi nedeniyle, bir sonraki döneme ait iş görme borcunun ifasından kaçınmasının borcun ifa edilmediği defi kıyasen uygulanmak suretiyle şahsi hapis hakkına dayandığını belirtmiştir. Bu karar için bkz. **BGE 120 II 212;** Federal Mahkeme'nin aynı yönde verdiği bir diğer kararında, alıcının, ödediği bedel iade edilene kadar eşyanın iadesi borcunun ifasından borcun ifa edilmediği defi kıyasen uygulanmak suretiyle temellendirilen şahsi hapis

edilmediği defi kıyasen uygulanmak suretiyle temellendirileceği yönünde kararları olmasına rağmen, hakkın ayni etkili hapis hakına yakın durduğu yönünde kararı[978] da mevcuttur.

Kanaatimizce şahsi hapis hakkının temellendirilmesinde, gözönüne alınacak araçlar bakımından en isabetli görüş son görüştür. İlk görüş, sadece ayni etkili hapis hakkının kıyasen uygulanması bakımından isabetli değildir. İkinci görüşün ise, borcun ifa edilmediği definin kıyasen uygulanmasının kurumu uygun olmayacak şekilde zorlayacağı görüşü isabetlidir. Bunun yanında borcun ifa edilmediği definin kıyasen uygulanabilmesi, mübadele ilişkisine benzer ilişkilerde bir anlam ifade eder. Mübadele ilişkisinden daha geniş bir irtibatın var olduğu durumlarda definin kıyasen dahi uygulanması daha önceki görüşümüzde de[979] belirttiğimiz üzere mümkün görünmemektedir.

Ancak ikinci görüş ZGB'nin gerekçesine dayanarak, subjektif tarihi yorum yapmıştır ve bu gerekçe kabul edilirse kanunkoyucunun ZGB bakımından bilinçli şekilde, bu durumlar için kaçınma imkanı veren bir hapis hakkı tanımak istemediği sonucuna varılabilir. Bu halde ise ZGB' de bir bilinçli boşluğun var olduğunu kabul zorunluluğu ortaya çıkar. Bilinçli boşluğun varlığı durumunda artık kaçınma hakkının nihai olarak reddedilmesi gerekirken, Türk ve İsviçre doktrini ve uygulaması burada bir açık boşluk olduğunu kabul ederek, sırf subjektif tarihi yorum yapmaktan kaçınmışlar ve günün gereğine uygun olarak amaca yönelik yorum metodunu kullanmışlardır. Hatta şahsi hapis hakkı ifadesi verilerek, böyle bir bilinçli boşluk olmadığını da açıkça reddetmişlerdir. Ayrıca ikinci görüş de, son tahlilde, şahsi hapis hakkının MK m. 2'e dayanılarak kabul edilmesi gerektiğini belirterek, burada bir açık kanun boşluğu olduğunu örtülü şekilde kabul etmek zorunda kalmıştır. Ayrıca MK m. 2, hem hapis hakkının, hem definin hem alıkoyma hakkının arka planını açıklamada kullanılan genel bir hüküm olmakla, şahsi hapis hakkını temellendirmede ve kanun

---

hakkına dayanarak kaçınabileceği yönünde karar vermiştir**.** Bkz. **BGE 109 II 30. ;** borcun ifa edilmediği definin kıyasen uygulanarak temellendirileceği yönünde bkz. **Bucher**, AT, s. 311; **Guhl/ Koller**, §4 N.20; **Schwenzer**, N. 62.03.

[978] Bir diğer kararında ise, Federal Mahkeme, vekilin, masrafları ödenene kadar belgeleri iade borcunun ifasından şahsi hapis hakkına dayanarak kaçınabileceğini, bu hakkın paraya çevrilebilir eşyaların iadesi borcunun ifasından kaçınmaya yöneldiği, paraya çevrilebilir olmayan eşyalar üzerinde bu hakkın kullanılamayacağı, bu nedenle hakkın, ayni etkili hapis hakkına yakın durduğu yönünde karar vermiştir.Bkz**. BGE 122 IV 329-330**.

[979] Bu değerlendirmemiz için bkz. yukarıda §3 II B 1 e.

boşluğunu doldurmada tek başına çözüm sunabilmekten yoksundur. Bu çerçevede ikinci görüş, şahsi hapis hakkının MK m. 2 aracılığıyla BGB §273 gözönüne alınarak temellendirilmesi ve içeriğinin belirlenmesinin uygun olacağını belirterek şahsi hapis hakkının reddedilmesinin uygun olmayacağını kabul etmektedir.

Son görüş ise, MK m. 1 II'e dayanılarak kanun boşluğunun doldurulmasının ve hakimin kanunkoyucu gibi hareket ederek soyut genel bir hüküm oluşturmasının gerekli olduğunu belirtmesi bakımından isabetlidir. Bu hususta, ne tek başına borcun ifa edilmediği defi ne de ayni etkili hapis hakkı etkili olacaktır. Zira mübadele ilişkisi içerisinde bulunmayan borçların arasındaki irtibatın tespiti bakımında hapis hakkından yararlanılabilecek iken, paraya çevirme yetkisi vermeyen ve kaçınma konusunun mülkiyet hakkı ile olan ilişkisine bağlı olmayan borcun ifa edilmediği definden yararlanılması zaruriyeti de ortaya çıkacaktır. Şahsi hapis hakkının teminat verilmek suretiyle sona erdirilip erdirilemeyeceği sorununun çözümünde de, hakkın amacı bakımından, hakkın borcun ifa edilmediği define mi yoksa hapis hakkına mı daha yakın durup durmadığının tespiti gerekebilir. Aynı şekilde soyut ve genel bir hükmün oluşturulması, oluşturulacak hükmün ortaya çıkaracağı sorunlar, bu sorunların çözümü hususunda, hakimin hukuk sistemlerindeki düzenlemeleri veya gerektiğinde düzenleme modellerini de gözönüne alabilmesi beklenebileceğinden, bu düzenlemeler veya taslaklar bir örnek olarak alınabilir[980] ve bu düzenlemelere ilişkin teoriden yararlanılabilir. Bu nitelikte oluşturulmuş kaçınma hakkı, Alman Hukuku'nda BGB § 273[981] ve Avusturya Hukuku'nda ABGB §471'de kabul edilmektedir. Ancak kanaatimizce, Türk hukuku bakımından, şahsi hapis hakkını temellendiren soyut ve genel bir hükmün oluşturulmasında OR 2020 Art. 101[982]'de şahsi hapis hakkını düzenleyen hükümden yararlanmak hem gerekli hem yeterlidir.

[980] Aynı yönde bkz. **Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey,** N. 2217.

[981] Alman Hukuku'nda bir görüşe göre, bu nitelikte bir hüküm(BGB §273) olmasaydı, bir tarafın kendi edim borcunun ifasından kaçınmasının dürüstlük kuralından çıkarılması hususu doktrinde çeşitli çabaların sarf edilmesini gerektirirdi. Bu hiç de önemsiz olmayan kendi edimin ifasından kaçınma hakkını gerekçelendirme çabalarından, Alman Hukuku'nda yer alan bu hüküm sayesinde tasarruf edildiği, bu çabalara gerek kalmadığı söylenebilir. Bu değerlendirme için bkz. **Ahrens**, N. 167; ayrıca bkz. **Wey**, N. 14 dn. 20.

[982] OR 2020 Art. 101 düzenlemesini ele aldığımız değerlendirmeler için bkz. yukarıda §1 F 3.

Belirtilen hukuki soruna çözüm olmak amacıyla hakim tarafından oluşturulacak, kaçınma hakkını düzenleyen hukuki kurum için, İsviçre Hukuku doktrini[983] ve uygulaması[984] "obligatorisches Retentionsrecht" (Şahsi Hapis Hakkı[985] olarak ifade edilebilir) terimini kullanmayı tercih etmiştir[986]. Bu tercihin sebebi olarak, hakkın,

---

983 **Wey**, N. 81 vd.; **Stöckli,** N. 245; **Bucher**, AT, s. 311; **Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey**, N. 2217-2218; **von Tuhr/ Escher**, s.68; **Simmen,** s.114; **ZürchenerK/ Schraner**, Art. 82, N. 179-181; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 23; **ZürcherK/ Oftinger/ Bär**, Art. 895, N. 202; **BernerK/ Zobl**, Art. 895, N. 45; **BernerK/ Fellman**, Art. 400, N. 186 vd; **Guhl/ Koller,** §4, N. 20; **Abegg**, s. 866; kanunkoyucunun "Zurückbehaltungsrecht" yerine "Retentionsrecht" kavramını kullanması ve kavram birliği sağlamak amacıyla "Retentionsrecht" kavramının burada da kullanılması yerindedir. Şahsi (obligatorisch) ifadesi ise, MK m. 950 (OR Art. 895) 'de yer alan ayni etkili hapis hakkından ayırtedilmesini sağlar. Bkz. **Wey**, N. 83-85.
Ancak sözkonusu kaçınma hakkı için, "allgemeines Zurückbehaltungsrecht" (genel alıkoyma/ kaçınma hakkı) (bu ifade için bkz. **BernerK/ Fellmann**, Art. 400, N. 186) ve "obligatorisches Zurückbehaltungsrecht" (şahsi alıkoyma/ kaçınma hakkı) (bu ifade için bkz. Jörg, Schmid, **Zürcher Kommentar, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR),** 3. Aufl, Zürich, 1981, Art. 422, N. 82) ifadeleri de kullanılmıştır. Bu şekilde özellikle genel alıkoyma/ kaçınma hakkı (Zurückbehaltungsrecht) ifadesiyle, kaçınma hakkına ilişkin bir temel form/prototipten bahsedilebileceği ve özel kaçınma hakkının varlığına da işaret edilebilmesi bakımından "genel" ifadesinin önemli surette yararları olabileceğini ancak İsviçre kanunkoyucusunun "Zurückbehaltungsrecht" kavramını değil, "Retentionsrecht" kavramını tercih etmesinin (**Wey**, N. 86 dn. 137), "şahsi hapis hakkı" kavramının tercihinde etkili olduğu, kavramın ondan beklenen ihtiyacı karşıladığı, pratik, açık ve diğer hukuki kurumlardan sınırının belirlenmesinde uygun olduğu gerekçelerine dayanarak "şahsi hapis hakkı" kavramının kullanılmasını tercih eden görüş için bkz. **Wey**, N. 87-88.

984 **BGE 94 II 267**; **122 IV 328**; **120 II 212**; **109 II 30; 78 II 378**; **ZBJV** 1945/ 270; 1939, s.44

985 İsviçre Hukuku ve Alman Hukuku'nda, Türk Hukuku'nda MK m. 994'de genel görünümüne yer verilen alıkoyma hakkını ifade etmek için "Zurückbehaltungsrecht", Alman Hukuku'nda bizdeki hapis hakkını karşılayan hükümler (örneğin HGB §369 ticari hapis hakkını düzenler ve bu hüküm için "Zurückbehaltungsrecht" ifadesi kullanılmıştır) bakımından yine bu kavram kullanılmıştır. İsviçre Hukuku'nda ise hapis hakkı ifadesi "Retentionsrecht" ile ifade edilmektedir. Kısacası Alman Hukuku'nda "Zurückbehaltungsrecht" hem alıkoyma hem de hapis hakkını karşılarken, İsviçre Hukuku'nda hapis hakkı için "Retentionsrecht", alıkoyma hakkı için "Zurückbehaltungsrecht" kullanılmıştır. "Zurückbehaltungsrecht" kavramını kullanan değerlendirme için bkz. Emil W Stark/ Barbara Lindemann, **Berner Kommentar Der Besitz, Art. 919-941 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 4. Aufl., 2016, Bern, Art. 939, N. 26 vd.
BGB'de, "Retentionsrecht" yerine "Zurückbehaltungsrecht" kavramının tercih edilmesinin sebebi ilkinin Fransızca, ikincisinin Almanca kökten gelmesi olduğu yönünde bkz. **Kaniti**, s. 93; ZGB yönünden ise, İsviçre kanunkoyucusunun görüşü, *Kaniti*'nin değerlendirmesini desteklemektedir. Uzman görüşü protokolunde, "Retentionsrecht" ifadesinin tercih edilmesinin, bu ifadenin hem konuşma diline hem de hukuk diline yerleşmiş olması gösterilmiştir. Bkz. **Wey**, N. 86 dn. 137.
Şahsi hapis hakkı, sözkonusu hukuki kurumu hapis hakkına daha yakın bir hukuki kurum olarak ele alınmış görünümü vermektedir. Ancak hakkın bu terimle ifade edilmesi ve böyle bir görünüm kazanmasında *von Tuhr* 'un etkisi yadsınamaz. *von Tuhr*, hakkın içeriğini ve temellendirilmesini, ayni etkili hapis hakkının kıyasen uygulanması suretiyle sağlamaya çalıştığından, kavramı da bu şekilde nitelendirmiştir. Biz bu görüşe karşı çıkmış olmamıza rağmen kavramın uzun süredir gelen kullanımını gözönüne alarak ve İsviçre doktrini ve uygulaması tarafından kullanılan "obligatorisches Retentionsrecht" ifadesinin karşılığı olması hasebiyle "şahsi hapis hakkı" ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz.

986 Ayrıca Türk doktrininde, bu hak için "karşı alacak def'i" (**Sarı**, s. 103), "kişisel hapis hakkı" (**Çetiner**, s. 53), "kişisel alıkoyma hakkı/ eksik hapis hakkı" **Serozan**, §6 N. 21; "kişisel nitelikte

yabancı bir edime konu olmaması ve bu yüzden ayni etkiye sahip olmaması gösterilmiş ve böylece ayni etkili hapis hakkından farkı ortaya konmak istenmiştir[987]. Ancak kanaatimizce *von Tuhr* 'un hapis hakkı kıyasen uygulanarak şahsi hapis hakkını temellendirme çabası ve bu surette "şahsi hapis hakkı" ifadesini kullanması, daha sonraki tarihli Türk ve İsviçre doktrinin bu kaçınma hakkı için "şahsi hapis hakkı" ifadesinin tercihinde etkili olmuştur. Ancak boşluk doldurma suretiyle oluşturulacak bu hukuki kurum paraya çevirme yetkisi vermemekte, ayni etkiye sahip bir hakkın doğumunu da sağlamamaktadır. Bu sebeplerle oluşturulacak bu hukuki kurum hapis hakkından ziyade borcun ifa edilmediği defi hakkına hapis hakkından daha yakın durmaktadır[988]. Ancak herhalde her iki hukuki kurumdan da yararlanılabileceği(defi ve hapis hakkı) gözönüne alındığında "şahsi hapis hakkı" ifadesi sorunlara yol açabilecek bir ifade olarak görülmemelidir ve tercihe şayandır.

3. Şahsi Hapis Hakkının Genel Özellikleri

Şahsi hapis hakkının daha iyi anlaşılabilmesi için, bu hakkın şartları, hüküm ve sonuçlarına genel itibariyle değinmek gerekir. Şahsi hapis hakkı, karşı edim gereği gibi ifa edilene kadar edimin ifasından kaçınabilme imkanı verir. Şahsi hapis hakkı dava dışında ve davada defi yoluyla kullanılır. Hak davada ileri sürülürse hakimin vereceği hüküm aynı anda ifaya yönelik olacaktır. Şahsi hapis hakkı, ne edim alacağı ne de karşı edim alacağının konu bakımından içeriğini sınırlandırmaz, sadece ileri sürülmekle, ileri sürenin borcunun ifasına zorlanabilirliği engellenir[989]. Bu hususta hak, defi ile aynı özellikleri gösterir.

Şahsi hapis hakkının, genel itibariyle, üç amacı vardır. Şahsi hapis hakkı ileri süren borçlu, karşı edimi elde etme imkanına kavuşmaksızın edimi elinden çıkarma zorunluluğundan korunur. İkinci olarak bu hakkın karşı edimin elde edilmesi hususunda teminat amacı, üçüncü olarak da karşı edim borçlusuna borcunu gereği gibi ifa konusunda baskı yapma amaçları olduğu söylenebilir[990].

---

alıkoyma hakkı" **Barlas**, s. 75; "şahsi hapis hakkı" (**Kaniti**, s. 101, **Tandoğan**, II, s. 502 -503) ifadelerine de yer verilmiştir.

[987] **von Tuhr/ Escher**, s.68; **Bucher**, AT, s. 311; **ZürchenerK/ Schraner**, Art. 82, N. 179-181; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 23; **Simmen**, s. 114; aksi görüş için bkz. **Wey**, N. 85.

[988] Aynı yönde bkz. **Çetiner**, s. 55.

[989] **Wey**, N. 98-102.

[990] Bu amaçlar için bkz. **Wey**, N.114 vd; **BernerK/ Fellmann**, Art. 400, N. 189.

Genel itibariyle defi için aranan şartlar şahsi hapis hakkı içinde aranmakla birlikte, defiden farklı olarak edimler arasında mübadele ilişkisinden daha geniş bir bağlantının varlığı aranır[991]. Sadece bu şart bakımından şahsi hapis hakkı, defiden ziyade ayni etkili hapis hakkına yakın durur. Ancak şartların geneli ve şahsi hapis hakkının ileri sürülebilmesi için, borçlunun, edim konusuna alacaklının rızasıyla zilyet olmasının aranmayacağı gözönüne alındığında, şahsi hapis hakkının defiye daha yakın durduğu söylenebilir.

Öncelikle şahsi hapis hakkının, ayni etkili hapis hakkı ve defiden ayrıldığı noktaları ortaya koymak, şahsi hapis hakkının hükümlerinin anlaşılmasına yardımcı olacaktır[992]. Şahsi hapis hakkı, kaçınma hakkı konusu edimin içeriği, tartışmalı olmakla birlikte hakkın konusunun paraya çevrilebilirliği[993] ve borçlunun, iadeyi talep eden alacaklının rızası ile iade konusuna zilyet olup olmadığı hususlarında ayni etkili hapis hakkından ayrılır[994]. Şahsi hapis hakkı, borcun konusunun bir verme olduğu durumlarda değil, yapma veya yapmama olduğu durumlarda da kullanılabilecektir[995].

---

991 Aynı yönde bkz. **Abegg**, s. 866; *Wey*, bir olumlu bir olumsuz şarttan söz etmektedir. Olumlu şart olarak, edimler arasındaki bağlılığı, olumsuz şart olarak ise, ne kanun ne de taraf iradelerine dayanılarak şahsi hapis hakkının kullanılmasının önlenmemiş olmasını aramaktadır. Bkz. **Wey**, N. 105-106; kanaatimizce son şart bütün kaçınma hakları bakımından sözkonusu olabilecek, şahsi hapis hakkı için özellik arz etmeyen bir şart olmakla birlikte, defi de olduğu gibi bu husus ancak uygulama alanının sınırlandırılması başlığı altında yer verilebilecek niteliktedir.

992 Alıkoyma hakkı ile şahsi hapis hakkı arasındaki farklar için bkz. **Sarı**, s. 103-104.

993 Şahsi hapis hakkında da edim konusunun paraya çevirilebilir niteliğe sahip olması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir görüşe, paraya çevrilebilir niteliğe sahip olma şahsi hapis hakkının da bir şartıdır. Özellikle ayni etkili hapis hakkının kıyasen uygulanacağı gözönüne alındığında bu şart aranmalıdır. Bkz. **BernerK/ Gautschi**, Art. 400, N. 18a-18b; aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 122 IV 328**; sözleşmeyle kararlaştırılmış ise, paraya çevrilebilir olmayan edim üzerinde de hapis hakkı kullanılabilir. Ancak bu hak şahsi hapis hakkı niteliğinde değildir. Bkz. **ZürcherK/ Oftinger/ Bär**, Art. 896, N. 201.
Aksi yöndeki baskın görüşe göre ise, şahsi hapis hakkı paraya çevirme yetkisi vermediğinden edim konusunun paraya çevrilebilir olup olmaması önemli değildir. Bkz. **Wey**, N. 477 vd.; **BernerK/ Fellmann**, Art. 400, N. 189; **BernerK/ Zobl**, Art. 895, N. 47; **von Büren**, s. 469; **Guhl/ Koller**, §4, N. 20; kanaatimizce son görüş isabetlidir. Şahsi hapis hakkının paraya çevrilebilir değerler üzerinde kullanılabileceğini belirtmek hakkın içeriğine uygun olmayacak nitelikte sınırlandırmak olur. Ayrıca paraya çevrilebilir taşınır eşyalarda uygulama alanı bulan ayni etkili hapis hakkından bu açıdan farklı bir durum ortaya çıkmaz ve boşluğu doldurması amaçlanarak oluşturulan şahsi hapis hakkı, boşluğu doldurma amacına da hizmet etmez.

994 Ayni etkili hapis hakkından farklı olarak şahsi hapis hakkı bakımından, hak konusu üzerinde kaçınanın mülkiyet hakkı sahibi olup olmadığı önemli değildir. Ayni etkili hapis hakkından farklı olarak, şahsi hapis hakkı paraya çevirme yetkisi vermez. Ayrıca borçlunun hak konusuna, iadeyi talep eden alacaklının rızası ile zilyet olup olmadığı önemsizdir. Bu değerlendirme için bkz. **BernerK/ Fehlmann**, Art. 400, N. 186; herhalde sınırı hakkın kötüye kullanması çizer. Bkz. **Wey**, N. 161-162.

995 Şahsi hapis hakkı, aynı hususta alıkoyma hakkından da ayrılır. Bkz. **Sarı**, 103.

Bu surette şahsi hapis hakkı, paraya çevrilebilir olmayan edimlerde de uygulama alanı bulacaktır. Genel olarak, ifadan kaçınan borçlunun, kaçınma konusuna, alacaklının rızasıyla zilyet olup olmaması da önemli değildir.

Şahsi hapis hakkı, genel olarak[996], mübadele ilişkisinin aranmaması, teminat gösterme ile önlenebilme ve ispat yükü dağılımı bakımından borcun ifa edilmediği defiden ayrılır[997].

Borcun ifa edilmediği defi ile şahsi hapis hakkı arasındaki farklardan en önemlilerinden birisini mübadele ilişkisi oluşturur. Şahsi hapis hakkı, edimlerin birbiriyle mübadele ilişkisi içerisinde olmadığı hallerde de uygulama alanı bulur[998]. Diğer deyişle şahsi hapis hakkının uygulama alanı, borcun ifa edilmediği definin uygulama alanından daha geniştir. Şahsi hapis hakkının şartlarından en önemlisi, edim ile karşı edim arasında hukuki ve ekonomik bağlılığın olmasıdır. Bu bağlılığın tespiti ve sınırlarının belirlenmesinde ayni etkili hapis hakkında aranan edimler arasındaki hukuki ve ekonomik bağlılık, kıyasen şahsi hapis hakkı bakımından da gözönüne alınacaktır. Her iki talep, taleplerden birinin diğeri gözönüne alınmadan ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek ölçüde doğal ve ekonomik bağlılık içerisinde ise, böyle bir bağlılığın varlığı kabul edilmelidir[999]. Bu nitelikte

---

[996] Şahsi hapis hakkı ile borcun ifa edilmediği defi arasındaki bir diğer fark, karşı edimin zamanaşımına uğramasında ortaya çıkar. Bu halde karşı edim zamanaşımına uğramış olsa dahi, borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebilirken, şahsi hapis hakkına dayanılarak edimin ifasından kaçınmak mümkün değildir. **Stöckli,** N. 249; karşı edimin zamanaşımına uğramış olmasının defiye etkisi için bkz. aşağıda §4 II C.

[997] **Wey**, N. 167 vd.; Şahsi hapis hakkının belirtilen özellikleri gözönüne alındığında borcun ifa edilmediği defi, şahsi hapis hakkının bir alt türü olarak karşımıza çıkar. Bkz. **Stöckli,** N. 245.

[998] **Wey**, N. 168-169; **Stöckli**, N. 245.

[999] **Stöckli**, N. 245; **Wey**, N. 388 vd.; **von Büren**, s. 463; **BernerK/ Zobl**, Art. 895, N. 46; Sonuç itibariyle aynı yönde olmakla birlikte BGB §273'den yararlanan yazarlar için bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 27-28; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 186; **Simmen**, s. 110; ancak bu son yazarların tacirler arasındaki bağlantı ile diğer bağlantı arasındaki farklılığın şahsi hapis hakkında da uygulanabileceği hususununa ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmamaktadırlar. Aynı yönde bkz. **Wey**, N. 385;
Bu nitelikte bir bağlantının aranmasının kabulü çeşitli gerekçelerle açıklanabilir. Öncelikle bağlantının şartlarının belirlenmesi, şahsi hapis hakkının uygulama alanının sınırlandırılmasına hizmet eder ve şahsi hapis hakkının amaca aykırı olacak şekilde uygulanmasını önler. Şahsi hapis hakkının uygulama alanının amaca uygun şekilde sınırlandırılabilme gereğini en iyi şekilde ayni etkili hapis hakkındaki bağlantı sağlar. Takas, edimler arasında bağlantı aramazken, genişletilmiş bir borcun ifa edilmediği defi ise bu sınırın nerde başlayıp nerde biteceğini belirlemeye ilişkin herhangi bir kriter koymaz. Ayni etkili hapis hakkı ile MK m. 2'den doğan aynı hukuki temele dayandığı gözönüne alındığında, ayni etkili hapis hakkındaki bağlantının kıyasen şahsi hapis hakkındaki bağlantının varlığına olan ihtiyacı karşıladığı söylenebilir. Bunun sonucu olarak ayni etkili hapis hakkında, tacirler arasındaki ilişkide bağlantının farklılığı, şahsi hapis hakkında da etkili olacaktır. Bkz. **Wey**, N. 389-393.

birbirine bağlı edimlere ilişkin şahsi hapis hakkı, işlemlerde dürüstlük kuralının etkisi olarak da anlaşılabilir[1000]. Ayni etkili hapis hakkında olduğu gibi bu hak bakımından da bu bağlılığın mevcut olup olmadığı her bir somut olayın özelliği tespit edilerek belirlenecektir.

Borcun ifa edilmediği definin ileri sürülmesi teminat gösterilmekle önlenemezken, şahsi hapis hakkının kullanılması teminat göstermekle önlenebilir[1001]. Şahsi hapis hakkında, kaçınan borçlu, genel olarak, karşı edim alacağının miktarını ve kapsamını ve varlığını ispat etmek zorunda iken, borcun ifa edilmediği definde, genel olarak, karşı edimin varlığı ve kapsamı, davacı alacaklının dava dilekçesinden anlaşılır. Davacı karşılıklı borç yükleyen sözleşmeden doğan alacağını ileri sürdüğünde o, aynı zamanda karşı edim borcu altında olduğunu da bir nevi itiraf eder. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeden doğan bir edim diğeri olmaksızın düşünülemez. Bu nedenle, davacı alacaklı, alacağın var olmadığı veya karşı edimin gereği gibi ifa edildiği veyahut ifasının teklif edildiğini ispat külfeti altındadır[1002]. Belirtilen hususlar bakımından şahsi hapis hakkı, defiden ayrılır.

[1000] **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 28; dürüstlük kuralıyla temellendirildiği yönünde bkz. **Stöckli**, N. 245.

[1001] Ancak şahsi hapis hakkının teminat verilmek suretiyle sona erip ermeyeceği tartışmalıdır: Bir görüşe göre, şahsi hapis hakkının amacının edimlerin mübadelesini güvence altına almak olmayıp, kaçınma hakkı sahibinin eline baskı vasıtası vermek ve karşı edimin ifa edilmemesinin sonuçlarını güvence altına almak olup, teminat gösterilmek suretiyle kaçınma hakkının hüküm ifade etmesi önlenebilecektir. Bkz **Stöckli**, N. 245, 248; **von Tuhr/ Escher** , s. 68 dn. 78; **Wey**, N. 99; 171 ve özellikle N. 269 vd., N.702 vd; **von Büren**, s. 469.
Aksi yönde görüşe göre ise hakim hüküm ifade etme bakımından sistematik ve teleolojik bağlantıya ve tarafların menfaatler durumuna uygun, benzer durumlar için uygulanacak bir kural oluşturacaktır. Bu değerlendirme, kaçınma hakkının teminat gösterilene kadar hüküm ifade etmesini değil, defi de olduğu gibi karşı edimin gereği gibi ifası gerçekleşene kadar hüküm ifade etmesini gerektirir **BernerK/ Weber**, Art. 82 N. 25- 26; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 184; bu sonucun hem kanunun sistematiğine hem de tarafların menfaat durumuna uygun olacağı yönünde bkz. **Simmen**, s.113; kıyasen uygulamadan yola çıkarak aynı menfaat durumunun burada da sözkonusu olacağı yönünde isabetsiz görüş için bkz. **Sarı**, s. 104.
Kanaatimizce şahsi hapis hakkının ileri sürülebilmesi için edimler arasında mübadele ilişkisi aranmadığından, kaçınma hakkının sona erdirebilme imkanını sadece karşı edimin gereği gibi ifa edilmesi veya ifasının teklif edilmesiyle sınırlandırmak uygun olmaz. Aksi sonucun kabulü halinde edimler arasında mübadele ilişkisinde mevcut olan dengenin burada da aranması sonucu ortaya çıkar ki bu husus şahsi hapis hakkının bünyesine uygun değildir. Şahsi hapis hakkında, defide olduğundan farklı olarak, teminat amacı ifa amacından daha ön plandadır. Bu nedenle teminat göstermekle hakkın kullanımı engellenebilir. Bu açıdan durum ayni etkili hapis hakkında olduğu gibidir. İlk görüş bu açıdan isabetlidir.

[1002] **Wey**, N. 170; **Stöckli**, N. 246; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 183; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 25; **von Tuhr/ Escher**, s.68 dn. 77.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
DEFİNİN İLERİ SÜRÜLMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. DEFİNİN İLERİ SÜRÜLMESİNİN HÜKÜMLERİ

A. Genel Olarak

Borcun ifa edilmediği defi, şartlarının birlikte bulunmasıyla var olur. Defi ileri sürüldükten sonra şartlardan birinin sona ermesi, artık definin hüküm ifade etmesini önler. Bu anlamda defi ileri sürülmüş olsa dahi, hüküm ifade etmenin devamı için bu şartların hüküm ifade edeceği dönem boyunca var olması gerekir. Diğer bir deyişle, definin ileri sürüldüğü anda tüm şartların gerçekleşmiş olmasının yanında ileri sürmenin hüküm ve sonuçlarından yararlanmak için şartların varlığını devam ettirmesi gerekir. Karşı edim borcu, defi ileri sürüldükten sonra gereği gibi teklif edilmiş veya ifa edilmiş ise, artık karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa veya ifa teklifinin yapılmamış olması şartı sona ermiş olacaktır. Bu andan itibaren defi hüküm ifade etmez.

Defi ileri sürme imkanının sırf varlığı, genel olarak, definin ortaya çıkaracağı hukuki sonuçların doğmasını sağlamaz. Definin hüküm ifade etmesi, definin bir irade beyanıyla ileri sürülmesine bağlıdır. Bu irade beyanı açık veya örtülü olabileceği gibi, irade beyanı, sözleşme geçerlilik şekline bağlı olsa bile, herhangi bir şekle bağlı değildir[1003]. İrade beyanında herhangi bir sebep gösterilmesi zorunlu da değildir[1004]. Bu irade beyanı bir muhatabın varlığını gerektirir. Bu nedenle yöneltilmesi gereken bir irade beyanıdır.

Bu hususta akla şu soru gelmektedir: Usul hukuku bakımından, karşı dava açılması, asıl dava bakımından defi ileri sürüldüğü anlamına gelecek midir? Borçlu defi ileri sürmek yerine, hiç veya gereği gibi ifa edilmeyen karşı edim alacağını elde etmek için karşı dava açabilir[1005]. Karşı dava açılması asıl davada alacaklıya karşı defi

---

[1003] **Kaniti**, s. 155-156; **Grüter**, s. 104-106; dava öncesi definin ileri sürülüp sürülmediği hususunda uyuşmazlık çıkabileceğinden, irade beyanının yazılı yapılmasında fayda olacağı yönünde bkz. Ahu Ayanoğlu Moralı, "**Taraflardan Birinin Dava Esnasında Borcun İfa Edilmediği Def'ini İleri Sürmesine Bağlanabilecek Sonuçlar**", MİHDER , 2008/4, s. 453.

[1004] **Kaniti**, s. 155-156; **Grüter**, s. 104-106.

[1005] Definin şartları oluştuğu halde, borçlu defi ileri sürmek yerine karşı dava açabilir. HMK m. 132 I b. (b)'de karşı dava için aranan irtibat şartı, edimler arasındaki mübadele ilişkisinin var olduğu hallerde mevcuttur. Bu halde karşı dava için aranan diğer şartlar gerçekleşmiş ise, karşı dava açabilir.

ileri sürüldüğü anlamına gelmeyeceği gibi, defi ileri sürülmesi de karşı dava açıldığı anlamına gelmez. Genel olarak karşı dava açılması, asıl davadan bağımsız bir dava olup[1006], karşı davada verilen karar asıl davayı durdurmayacak olup, asıl davada borçlunun borcunu ifaya zorlanabilmesini engellemeyecektir. Bu sebeple, defi ileri sürülebilir olduğu sürece, olayların büyük çoğunluğunda karşı dava açmak yerine borcun ifa edilmediği defi ileri sürmek borçlunun daha yararına olacaktır.

Karşı dava açılması, asıl davada, alacaklının, talebini ileri sürmesini ve bunun sonuçlarından yararlanmasını engellemez. Karşı dava açılsa dahi, asıl davada alacaklı, talep hakkını ileri sürerek lehine karar alabilir. Defi ileri sürülmekle, talep hakkının ileri sürülmesinin sonuçlarından yararlanılması engellenir. Bu surette borçlu ifaya zorlanamayacağından defi, asıl davada verilecek kararı etkiler. Bu husus, definin bir savunma aracı olmasının da bir sonucudur[1007]. Davalı defi ileri sürmeyip, karşı edim borçlusunu karşı edim borcunun ifasına zorlamak için karşı dava açarsa, davacının karşı edim borcunun ifasından defi ileri sürerek kaçınma ihtimali de vardır. Bu halde de karşı dava açmak yerine borçlunun defi ileri sürmesi onun daha lehine olacaktır.

1. Dava İçinde ve Dışında İleri Sürülebilmesi

Borcun ifa edilmediği defi dava içerisinde ileri sürülebileceği gibi dava dışında da ileri sürülebilir. Alacaklı edimin ifasını dava dışında talep etmiş ise, edimin ifasından, karşı edim ifa edilene veya ifası teklif edilene kadar kaçınılacağının anlaşılabileceği bir irade beyanıyla, edim borçlusu defiyi ileri sürebilir.

Definin dava dışında kullanılmış ve kullanıldığı ispat edilmiş ise, bu durumda davada ayrıca ileri sürülmesine gerek yoktur. Bu durumda definin ileri sürüldüğüne işaret etmek ve ispat araçlarıyla durumu ortaya koymak yeterlidir. Diğer deyişle ileri sürüldüğü hususunu hakimin önüne getirmek yeterlidir. Hakim, önüne gelen bu maddi

Karşı dava açabilmeye ilişkin şartlar için bkz. Cenk Akil, "**Medeni Muhakeme Hukukunda Karşı Dava**", TAAD, 2016/ 24, s. 91 vd.

[1006] **Akil**, s. 105; Hakan Pekcanıtez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, 12. Bası, Yetkin, Ankara, 2011, s. 359-360.

[1007] Karşı dava açabilmek için, genel itibariyle, harç ödeme zorunluluğu vardır. Bkz. **Akil**, s. 101; **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s. 359; defi ileri süren böyle bir harç ödemek zorunda değildir. Her ne kadar dava lehe sonuçlanırsa ödenen harç miktarı yargılama masrafları kapsamında karşı taraftan alınabilecekse de, davalıyı başlangıçta böyle bir ödeme yükümlülüğü zorunda bırakmak davalının defiyi tercih etmesi ihtimalini güçlendirecektir.

olayı, hangi tarafın dilekçesinde bulunduğu önem taşımaksızın gözönüne almak zorundadır[1008].

Dava dışında ileri sürüldüğünü ispat etmek bakımından ispat için gerekli olan araçlardan faydalanılabilir. Dava dışında ileri sürüldüğü ispat edilemese bile, dava içerisinde ileri sürülebilme imkanın olması bu hususta herhangi bir farklılık yaratmaz. Sadece davalının ayrıca ileri sür(e)mediği davalar bakımından, ileri sürüldüğü davacının dilekçesinden anlaşılabildiği sürece etkili olur. Dava dışında ileri sürüldüğü ihtimalde, artık davada hakim, bu husus davacının dilekçesinden anlaşıldığı sürece, defiyi gözönüne alarak hükme varması gerekir.

Dava dışında ileri sürülme çekişmeli ise, davada definin ileri sürüldüğü iddiası dahi, usul hukuku ve maddi hukuk bakımından defilerin ileri sürülebileceği şartlar (zaman, süre vb.) sona ermediği sürece, edimin ifasından kaçınmayı sağlayan bir defi niteliğindedir[1009].

[1008] Definin ancak davada ileri sürülmesinin gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, usul hukuku bakımından definin dava dışında ileri sürüldüğü hususu davacının dilekçesinden anlaşılsa dahi hakimin, definin dayanağını görevinden ötürü gözönüne alamayacağı hususu nedeniyle, dikkate almayacağı yönünde bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 203**; BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 219; **Schaller**, N. 175; temerrüdün sonuçlarını engellemek bakımından ancak dava aşamasında definin ileri sürülmesi gerektiği şeklinde anlaşılabilecek görüş için bkz. **von Büren**, s. 366 dn. 2; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 832; definin dava dışında ileri sürüldüğü hususunun pratik bakımından önemi oldukça azdır. Zira borçludan edimin ifasını talep eden alacaklının, dilekçesinde borçlunun dava dışında defi ileri sürdüğü hususuna yer vermesi ve hakime sunması için hiçbir sebep yoktur. Bu nedenle borçlunun davada defiyi ileri sürdüğü hususunu yinelemesi gerekir, aksi durumda hakim tahminen bu durumu öğrenemeyecektir. Bkz. **Huber**, §12 I, s. 301; aksi yöndeki görüşe göre ise, aksi görüş kabul edilirse, davacının davalının defi ileri sürdüğünü dilekçesinde belirtse dahi, defi dikkate alınmayacaktır. Bu görüş, hem maddi hukuk hem de usul hukuku bakımından taraflarca getirilme ilkesine aykırı düşer. Defi ileri sürülmüş ise, definin ileri sürüldüğünün davacının veya davalının dilekçesinden anlaşılması önem arz etmez. Usul hukukuna ve maddi hukuka ilişkin şartları gerçekleştiği sürece definin dava dışı veya dava içi ileri sürülüp sürülmediği önemli değildir. Bkz. **Wiget**, s. 61-62; davalının defiyi dava dışında ileri sürdüğüne işaret etmesinin yeterli olduğu, definin ileri sürüldüğünün davacının dilekçesinden anlaşıldığı ihtimalde hakimin durumu re'sen gözönüne alması gerektiği hususunda aynı yönde bkz. **Kaniti**, s. 156; **Oğuzman/ Öz**, N. 1114 vd.; **Barlas**, s. 73; aynı yönde bkz. **Schwarze**, §14, N. 15; **Soergel/ Gsell,** §322, N.8; **Barlas**, 73; bu görüşe katılmakla birlikte definin ileri sürülmesiyle işaret edilmesini birbirine karıştıran değerlendirme için bkz. Mustafa Göktürk Yıldız, **Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları**, (yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2017, s. 67; kanaatimizce son görüş isabetlidir. Defi ileri sürülmüş ve maddi hukuk bakımından hüküm ifade etmeye başlamış ise, bu hususun usul hukuku bakımından da hüküm ifade etmesi için, definin davada bir daha ileri sürülmesini aramak isabetli değildir. Son görüşü savunanlardan *Huber*'in ayrıca yinelenmesi gerektiği yönündeki görüşü, davalı borçlunun definin ileri sürüldüğüne işaret etmesinin yeterli olması şeklinde anlaşılırsa isabetli olur.

[1009] Aynı yönde bkz. **Kaniti**, s. 156.

Dava dışında ileri sürülebilme imkanının hem teorik hem de pratik önemini, definin ileri sürüldüğü durumda maddi hukuk bakımından ortaya çıkacak sonuçlarda aramak gerekir[1010]. Diğer deyişle borçlunun maddi hukuk bakımından ortaya çıkacak sonuçlardan yararlanması definin ileri sürülmesine bağlı olduğu durumda, definin dava dışında ileri sürülmesi, henüz borçluya dava yoluyla talep yöneltilmeden definin hükümlerinin etkili olmasını sağlayacaktır. Defi ileri sürüldüğü sürece, dava dışında veya dava içinde ileri sürülsün, usul hukuku ve maddi hukuk bakımından çeşitli sonuçlar ortaya çıkarır. Bu hususa definin ileri sürülmesinin sonuçları bölümünde yer verdik[1011].

Bu hususta, şu soru akla gelmektedir. Acaba borçlu, dava dışında edimin ifasından kaçınmanın sebeplerini alacaklıya bildirmek zorunda mıdır? Diğer deyişle borçlunun, karşı edimin en azından ifasının teklif edilmediğini ileri sürerek edimin ifasından kaçınması ve bu surette defi hakkını kullandığını alacaklıya bildirmesi gerekir mi?

Bir görüşe[1012] göre, kural olarak, borçlunun edimin ifasından bu sebeple kaçınması yeterli olmakla birlikte, alacaklıya kaçınma sebebini bildirmesi zorunlu değildir. Aksi durumun kabulü için herhangi bir yasal dayanak bulmak zordur. Ayrıca definin varlığını çürütmek imkanı olan alacaklıya karşı borçluya bir bildirim külfeti yüklemek haklı olmaz. Definin şartları kendi hakimiyet alanında gerçekleşen alacaklının, ayrıca borçlunun neden edimin ifasından kaçındığını bilmek zorunda olduğu hususu da yeterli değildir. Zira kural olarak, bu husus alacaklının hakimiyet alanında olduğundan defiyi kuran unsurları bilmesi gerektiği kendisinden beklenir. Borçlunun bildirme külfetinin dürüstlük kuralından çıkarılacağı hususu da doyurucu değildir. Zira borçlunun pasif kalarak –özellikle yapma veya verme borcunu ifa etmemede- edimin ifasından kaçınma hakkını kullanması dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olarak nitelendirilemez. Borçlunun alacaklıya bu durumu bildirmesi borçluya zarar vermese de, borçlu bu bildirimi yapıp yapmamakta serbest olmalıdır. Ancak herhalde böyle bir bildirim külfeti yüklemek uygun olmaz. İlk olarak definin aktif

[1010] **Huber**, §12 I, s. 301 -302.
[1011] Ayrıca bkz. aşağıda §4 II
[1012] **Schaller**, N. 147 vd; ancak bu sonuç herhalde, yapmama veya katlanma borçlarının ifasından kaçınma hususuna taşınamaz. Zira bu halde borçlunun yapmama veya katlanma borcunun ifasından kaçınmasının neye dayandığı hususunu hakimin bilmesi gerekir. Bkz. **Schaller**, N. 166.

olarak ileri sürülmesi borçlu dava edildiğinde zorunluluk arz eder. Bu halde definin davada ileri sürülmesi zorunluluğu, definin maddi hukuk niteliğiyle de çelişki oluşturmaz. Zira definin davada ileri sürülmesi, hakimin ifadan kaçınma hakkının kullanıldığını gözönüne alabilmesinin şartıdır.

Kanaatimizce, genel olarak, borçlunun borcun ifa edilmesinden kaçınmasının sebepleri -görüşün de belirttiği üzere- alacaklının hakimiyet alanında olduğundan borçlunun ayrıca alacaklıya bu hususu bildirmesine gerek yoktur. Edimin ifasından kaçınma hakkı karşı ediminin ifasının en azından teklif edilmediği hususuna dayandığı sürece, dava dışında borçluya böyle bir bildirim külfeti yüklenemeyeceği gibi, alacaklının edimin ifasını talep etmesinden önce de kaçınma hakkı kullanılabilir. Kural olarak, alacaklı, edimin ifasını talep ederse, borçlu karşı edimin ifası en azından teklif edilmediğinden edimin ifasından kaçındığını en geç dava aşamasında ortaya koymalıdır. Özellikle kaçınmanın karşı edimin en azından teklif edilmediğine dayanıp dayanmadığının çıkarılamadığı durumda, borçlunun bu durumu ortaya koyması beklenir. Bir an için, alacaklının definin varlığına ilişkin unsurların kendisinin hakimiyet alanında olduğundan yola çıkılarak, davada dahi borçlunun ortaya koymasına gerek olmadığını ileri sürmek, bizi defi görüşünden uzaklaştıracaktır. Bu hususta ise daha önce belirttiğimiz üzere, alacaklı edimin ifasını talep edebilir ve borçlu defi ileri sürmüş ise, karşı edimin ifasını en azından teklif ederek *edimin ifasından kaçınan borçluyu* edimin ifasına zorlayabilir. Ancak bu husus dava dışında defi ileri süren borçlunun davada buna işaret etmesinin yeterli olmasıyla karıştırılmamaldır. Davalı borçlu dava dışı kendisine talep yöneltildiğinde karşı edimin ifasının en azından teklif edilmediğine dayanarak kaçındığını belirttiğini ve bu hususu ispat etttiği durumda davada buna işaret etmesi yeterli olacaktır. *Schaller* definin herhalde davada ileri sürmesinin gerekliliğini aradığından bu husus dışında *Schaller*'in belirttiği hususlar isabetlidir.

Borcun ifa edilmediği definin dava sırasında ileri sürülüp sürülmediği hususu bakımından, özellikle *definin ileri sürüldüğünün* zikredilmesine gerek yoktur. Durum ve şartlardan ve özellikle davalının dilekçedeki iradesinden, borçlunun edimin ifasından, karşı edimin en azından ifası teklif edilmedikçe kaçınacağı sonucuna varılıyorsa, özellikle davalı, dilekçesinde bu durumu, davacının karşı edimi ifa etmediğini ortaya koyarak ileri sürüyorsa bu durumda definin ileri sürüldüğünü kabul

etmek gerekir. Davalının, davacının iddia ettiği karşı edimi yerine getirdiği iddiasını tartıştığı ve yerine getirmediğini ileri sürdüğü ve bununla birlikte kendi edimini ifadan kaçındığı halde de defi ileri sürülmüştür[1013]. Ancak herhalde basit şekilde edimin ifasından tek başına kaçınma definin ileri sürüldüğü anlamına gelmeyecektir[1014].

2. Defiyi İleri Sürebilecek veya Defiye Muhatap Olacak Kişi(ler)

Defi ileri sürebilecek kişi, kural olarak, kendisinden edimin ifası talep edilen borçludur. Ancak kanun gereği, edim ile karşı edim arasındaki bağlılığa dayanarak defi ileri sürme imkanı her zaman edim ile karşı edim borcu altında olan kişilerle sınırlandırılamaz. Kanuna dayanılarak edim ile karşı edim borçlusu kişiler dışındaki bir takım kişiler de defiyi ileri sürebilir. Örneğin, borçluya ait savunmaları kullanabilecek olan kefil, borçluya ait borcun ifa edilmediği defi imkanını da

---

[1013] Manfred Herbert, **"§320 I BGB, §138 IV ZPO: Anforderungen an das Erheben der Einrede des nichterfüllten Vertrags**", JA 1999/ 5, s. 355; **Schwarze**, §14, N. 15.; aynı yönde bkz. Y. 4 HD. 9239/ 6118 T. 7. 6. 2005 (**Kazancı**): *"...Davalı taraf, sözleşme ile iki yana da borç yüklendiğini; ifayı isteyen davacının edimini yerine getirmediğini ve bu yönde olmak üzere, ifayı da önermediğini ileri sürmüştür. Bu savunma, BK. m.81 anlamında ödemezlik def'i niteliğindedir. Mahkemece, sözleşme ve buna dayalı olarak ileri sürülen def'i hakkında bir inceleme ve değerlendirme yapılmamıştır. Şu durumda, sözleşme ve ekleri getirtilerek, yanlara yüklediği yükümlülükler belirlenmeli ve uyuşmazlık, bu çerçeve içinde çözümlenmelidir...";* Y. 15 HD. 1391/ 5609 T. 3. 11. 2004 (**Kazancı**): *"...Davalı vekili, sözleşme gereği yüklenicinin hak ettiği tapularının verildiğini; inşaatın %99 değil, %90,50 oranında tamamlandığını, dava konusu bağımsız bölümlerin tapularını alabilmesi için noksan ve kusurlu işleri tamamlaması gerektiğini ve ayrıca yerinde mahkemece keşif yapılarak noksan ve kusurlu işlerin tesbiti yapılmadan hüküm verilmesinin doğru olmadığını savunarak davanın reddini istemiştir...eksik ve kusur bedelinin yüklenici tarafından arsa sahibine ödenmesi koşuluyla birlikte ifaya...karar verilmelidir...";* Y. 13. HD. 8426/ 10696 T. 15. 10. 2002 (**Kazancı**)*: "…. Davacı ovarlak makinasının emanet olarak verildiğini iddia ettiğine göre, bu hukuki işlemin varlığını yasal delillerle ispatlaması gerekir. Diğer yönden davalı tarafından gönderilen ve davacı tarafça ibraz edilip, davalı tarafından inkar edilmeyen faks yazısına göre de; bilgisayarın tamir edildiği, parası ödendikten sonra da teslim alınabileceğinin ifade edildiği gözlenmiştir. Şu hale göre, belge mahkemenin kabulünün aksine emanet ilişkisinin varlığını kanıtlayan bir belge olmayıp, tamir edilen bilgisayar kasası yönünden ise B.K. 81. maddesi gereği ödemezlik def'i niteliğinde ifadeler içermektedir…"*.

[1014] HMK m. 31'e göre hakim uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir. Bu hükümle hakimin maddi gerçeğin bulunabilmesi ve isabetli hüküm verilebilmesi amacıyla davayı aydınlatma görevi düzenlenmiştir. Bu hüküm sayesinde hakim iddia ve savunmanın doğru bir şekilde anlaşılmasını sağlayacak olup isabetli olmayan kararların önüne geçilecektir. Bkz. **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s. 258; bu çerçevede hakimin defi ileri sürülüp sürülmediği hususunda açık olmayan bir durumun varlığı halinde, davayı aydınlatma görevi çerçevesinde, taraflara sorarak bu hususu aydınlatabilecektir. Bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 203; **Schaller**, N. 181 vd. ; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 220; ancak borçlunun defiyi kullanmamış olmasına rağmen hakimin defiye işaret etmesi HMK m. 36/ 1-a'a göre onun reddi sebebi olacağından, (Bkz. **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s. 258 -259) hakimin aydınlatma görevi, defi dava dışında ileri sürülmemiş olsa dahi, itirazda olduğu gibi karşı edimin ifasının en azından teklif edilmediğini re'sen gözönüne alma veya borçluya defiyi hatırlatma niteliğinde anlaşılmamalıdır.

kullanabilir[1015]. Kefil, synallagmatik bağlılığın tarafı olan asıl edim veya karşı edim borçlusu olmasa da borçluya ait borcun ifa edilmediği defini edimin ifasını isteyen alacaklıya karşı kullanabilir.

Borcun ifa edilmediği define muhatap olacak kişi, definin ileri sürülebilirliği bakımından özellik arz etmez, edim borçlusundan edimin ifasını talep eden alacaklıya veya alacaklı dışında ifayı talep etme yetkisine sahip üçüncü kişiye karşı defi ileri sürülebilir. Defi bu anlamda bir özellik göstermez.

3. Definin İleri Sürülebileceği Zaman

Defi, dava içerisinde ileri sürülebilir olmakla birlikte, dava içerisinde definin ileri sürülebilme şeklini ve süresini usul hukuku hükümleri belirleyecektir. Kural olarak, defi ve itirazların en geç ikinci cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerektiğinden borcun ifa edilmediği definin bu ana kadar ileri sürülmüş olması gerekir. Defi, ikinci cevap dilekçesinde ileri sürülmemiş ise, definin ileri sürülebilirliği veya ileri sürülen definin hüküm ifade etmesi; davacının savunmanın genişletilmesi yasağını ileri sürmediği[1016], veya davacının açıkça rıza gösterdiği veyahut rıza göstermemiş olmasına rağmen HMK m. 176 gereği ıslah yoluna başvurulduğu halde mümkün olacaktır[1017]. Ayrıca HMK m. 141 gereği, ön inceleme duruşmasına, davacı taraf mazaretsiz olarak gelmezse, davalı bu aşamada da defi ileri sürebilir.

[1015] Sonuç itibariyle aynı yönde bkz. **Kaniti,** s. 153.

[1016] Zamanaşımı defi bakımından aynı sonuca varan değerlendirmeler için bkz. Mehmet Erdem**, Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 361 vd.; ayrıca Yargıtay kararları için bkz. *"…. Daha sonra ileri sürülen zamanaşımı defi savunmayı genişletme niteliğindedir. Ve ancak davacı tarafın karşı koymaması halinde dinlenebilir. Karşı tarafın itiraz etmesi halinde zamanaşımı defi dinlenmez…"* Y. 14 HD. 7184/7986 T. 16.11.2001 (**Kazancı**)**:** *"….Zamanaşımı def'i davalı tarafından esasa cevap süresi içinde ileri sürülürse ya da esasa cevap süresi geçirildikten sonra ileri sürülmekle birlikte savunmanın genişletilmesi itirazı ile karşılaşmamış olması durumunda yine aynı yöntemle incelenir…"* Y. 4. HD. 12669/ 3722 T. 12. 4. 2001 (**Kazancı**)

[1017] **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s. 371; zamanaşımı defi bakımından bkz. **Erdem**, s. 362 vd.; definin ileri sürülebilirliği bakımından bu hususları gözardı eden değerlendirme için bkz. **Barlas,** s. 73.
Basit yargılama usulünün sözkonusu olduğu durumlarda HMK m. 319'a göre, savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ilk cevap dilekçesinin verilmesiyle başlayacağından, ilk cevap dilekçesinde defi ileri sürülmemiş ise artık definin ileri sürülmesi, metinde belirttiğimiz durumlar dışında, kural olarak, mümkün değildir. Basit yargılama usulunde HMK m. 319 gereği, iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı da dava açılmasıyla başlayacağından, davacının defiyi çürütmek için karşı edimi ifa ettiği veya ifasını teklif ettiği yönündeki iddiasının bu yasağa konu olup olmadığı gündeme gelecektir. Herhalde bu husus, karşı edimin ifa edildiği veya ifasının teklif edildiği ve bu hususun ispatı sürecinin, dava sebebi olan vakıaların genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına konu olmadığı sonucuna varılarak aşılabilir. Bu sonuca ise, davacının mevcut vakıaların içeriğine dahil olan bir husus ileri sürmesi, açıklaması veya ispat etmesi yeni vakıa ileri sürüldüğü anlamına gelmeyeceğine dayanılarak varılabilir. Aynı husus, basit yargılama usulüne tabi olmayan durumda, ikinci cevap dilekçesinde ileri sürülen defi bakımından da gündeme

4. İspat Külfeti

Borcun ifa edilmediği defi ileri sürüldüğü durumda kim neyi ispat etmelidir? İspat külfetinin kimde olduğu konusunda ortak hukuk döneminden beri çeşitli tartışmalar yapılmıştır. Bu tartışmalar genellikle, kaçınma hakkının bir defi mi yoksa dava temelinin yetersizliği savunması mı olduğu hususuna dayanarak şekillenmiştir. Biz bu hususta kaçınma hakkının bir defi niteliğinde olduğunu kabul ettiğimizden ispat yükünün kimde olduğu sorusuna bu çerçevede cevap vermeye çalışacağız.

Bilindiği üzere MK m. 6 gereği, hakkını dayandırdığı olguları iddia eden bu iddiasını ispat ile yükümlüdür. Bu kapsamda genel itibariyle defi ileri sürerek edimini ifa etmekten kaçınma hakkını kullanan borçlu, definin şartlarını da ispat etmesi gerekir[1018]. Bu kapsamda, borçlunun edim ile mübadele ilişkisi içerisinde bulunan karşı edim alacağının varlığını ve muacceliyetini ispat etmesi gerekecektir. Karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmediği bakımından ise bir ayrım yapmak gerekir. Karşı edimin hiç ifa edilmediğini, defi ileri süren davalının iddia etmesi yeterli olup, ayrıca bu hususu ispat etmesi aranmaz[1019]. Bu hususta karşı edimin ifa edildiğini veya ifasının teklif edildiğini iddia ve ispat külfeti davacıdadır[1020]. Karşı edim yapmama

---

gelir. Bu halde de davacı ikinci cevap dilekçesi verilmiş olmasına rağmen, dava sebebi olan vakıaların genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına muhatap olmaksızın definin şartlarının oluşmadığını iddia edebilir ve bunu ispat edebilir. Herhalde hakim, definin şartlarının oluşmadığını tespit ederse durumu re'sen gözönüne alacaktır.
Dava sebebinin genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı için bkz. **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s. 366-367.

[1018] Genel kuralın bu olduğu yönünde bkz. **Kaniti**, s. 127 vd.; **Becker**, Art. 82, N. 27; **Simmen**, s. 50-51; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 215; **Schwarze**, §16, N. 16; Tilman Repgen, **Handbuch der Beweislast, Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht Algemeiner Teil**, 3. Aufl. Köln-München, 2008, §320, N. 2; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 45; Max Guldener, **Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht**, Zürich, 1955, s. 69.
Aksi görüşe göre, genel itibariyle ispat yükü davacıdadır. Bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 64; **Oesterle**, s.237; **Grüter**, s. 107; **Ennecerus/ Lehmann**, s. 143; aksi görüşün isabetli olmadığını ileri süren *Kaniti*'ye göre, borcun ifa edilmediği definin dayanağı karşı edim alacağı olduğundan, defi bu alacağın kullanılmasından başka bir şey değildir. Bu nedenle de karşı edim alacağının varlığını defiyi ileri süren borçlu ispat etmelidir. Defi ileri süren böyle bir alacağını talep etseydi, alacağın varlığını ispat edecekti, defi yolunun kullanılması ispat yükünün değişmesi sonucu doğurmaz. Bu nedenle kural olarak, defi ileri sürenin bir ispat külfeti altında olmadığı görüşü isabetli değildir. Bkz. **Kaniti**, s. 126.
Kanaatimizce *Kaniti*'nin görüşü genel kuralı belirlemek bakımından isabetlidir. Ancak biz definin dayanağını karşı edim alacağının varlığında değil, mübadele ilişkisinin varlığında aradığımızdan, definin diğer şartlarının mevcudiyeti halinde defi ileri sürenin bir kaçınma hakkı kullandığı, bu kaçınma hakkının şartlarını ve hakkını dayandırdığı olguları ispat yükümlülüğü olduğu gerekçesine dayanarak aynı sonucu kabul etmekteyiz.

[1019] **Guldene**r, İspat**,** s. 69; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 831.

[1020] **von Tuhr/ Escher,** s.64; **Schwarze**, §16, N. 16; **Repgen**, §320, N. 3-4; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 45; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 198; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 216; **Simmen**,

niteliğinde bir davranıştan oluşuyorsa bu halde ispat külfeti davacıda değil, yapmama borcuna aykırı davranıldığı iddiasına yönelik olarak davalıdadır[1021].

Karşı edim, davacı tarafından ifa edilmiş ve ifa edildiği ispat edilmiş ise, bu durumda defi ileri süren davalı, karşı edimin ifa veya ifa teklifinin gereği gibi olmadığını ispat külfeti altındadır[1022]. Bu halde de davacı, gereği gibi ifa edilmemenin özelliğine bağlı olarak, gereği gibi ifa edilmeme nedeniyle davalının sahip olduğu

---

s. 101; **Becker**, Art. 82, N. 27; **BaslerK/ Leu,** Art.82, N. 11; **Oğuzman/ Öz**, N. 1113; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 831; **von Büren**, s. 464; İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, borçlu defi ileri sürerse, karşı edimi ifa ettiğini ve ifasını teklif etttiğini ispat külfeti alacaklıdadır. Bu halde karşı edim tartışma konusu haline gelir. Hakim bu hususta karşı edimi, onun ifası ve ifa teklifinin davacının davasının kabul edilmesinin bir şartı olduğu sürece içeriksel olarak değerlendirir. Bu nedenle, hüküm, ifanın veya ifa teklifinin sözleşmeye uygun olduğu kabul edildiği sürece, ayrıca yeni bir dava açılmasını önler. Mevcut durumda, davacı daha önce, davalı tarafından sunulan belgelerin okunabilir olmadığı ve ayıplı olduğu gerekçesiyle borcun ifa edilmediği defi ileri sürmüştür. Sözleşmenin kurulduğu sırada hastalığın seyrini gösteren belgelerin yardım olmaksızın okunabilir olmadığı davacı tarafından bilinmektedir ve bu hususta kendisine yardım sunulmayacağı da belirtilmiştir. Bu gerekçelerle definin kabul edilmemesi gerekir. Böylelikle okunabilir olmayan belgelerin verilmesiyle davalının teklifinin sözleşmeye uygun olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu karar için bkz. **BGE 123 III 20;** aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 4C. 36/2001/C, N. 10/e, T. 2.7.2001.**

[1021] **von Tuhr/ Escher,** s.64 dn. 50; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 45; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 200; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 216.

[1022] **von Tuhr/ Escher**, s.64; **Meyer**, s. 44; **Simmen**, s. 50-51; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 218; **Repgen**, §320, N. 7-8; İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 59 I 257.**
Bu yönde Yargıtay kararı için bkz. Y. 15 HD. 2004/ 3955 T. 15. 11. 2017 (**Kazancı**): *"…"…Taraflar arasında imzalanan taşeron sözleşmesinin ödemeler başlıklı 11. maddesinde ödemelerin yapılması dava dışı iş akdinin kesin kabulüne bağlı tutulmadığı ve davacının dayanak faturalarda belirtilen işleri yapmadığı ileri sürülmediği gibi yapıp bedeline hak kazandığı anlaşılmakla davalının ödemezlik def'i yerinde değildir….Sözleşmenin 16. maddesinde taşeronun imalâtı tamamlanmış mahalden çıkarken temizlik yapacağı, temizliği yapılmadan bırakılan mahallin temizlik bedelleri yevmiyesi 80,00 TL gün olarak taşeronun hakedişinden kesileceği kararlaştırılmış ise de; davalı yüklenici taşeronun temizlik yapmadan iş sahasını terk ettiği ve temizliği kendisinin yaptırdığını yasal delillerle kanıtlayamadığı gibi taşeron elemanlarına yemek vermesi nedeniyle yemek bedeli kesintisi yapmak ve istemekte haklı olduğunu da ispatlayamamıştır…";* Y. 11 HD. 2066/ 4438 T. 18.09.2017 (**Kazancı**): *"…Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, taraflar arasında hayvan alım satımının yapıldığı, davacının fiziken hayvanları teslim etmekle birlikte pasaportlarını vermediği, davalının kısmen ödeme yaptığı, davacının sadece tanık deliline başvurduğu, davalının sözleşmenin ayıplı ifa edildiğini ve pasaportların verilmediğini savunduğu, davacının malın teslimi borcunu tam olarak ifa etmediği, davalının da ödemezlik defini kullandığı, alacak miktarı itibariyle de senetle ispat kuralının geçerli olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı temyiz etmiştir…Dava, davalıya satılan büyükbaş hayvanların bakiye satış bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Taraflar arasında 2 adet büyükbaş hayvanın alım satımının yapıldığı dosya kapsamıyla sabit olup davacı, bu iki adet inek bedelinden 4.000 TL tutarındaki kısmının ödenmediğini ileri sürmüş, davalı da bedele ve ödemeye karşı çıkmayıp davacının, iki adet ineği satarken gebe olduğunu söylediğini, kendisinin de bu inekleri gebe olduğu için aldığını, ancak hayvanların kısır çıktığını savunarak gebe ve kısır inekler arasındaki farkın mahkemece tespiti halinde kalan parayı ödeyeceğini belirtmiş, satışa konu hayvanların pasaportlarının da kendisine teslim edilmediğini ifade etmiştir. Taraflar arasında iki adet hayvanın alım satımının yapıldığı ve hayvanların pasaportlarının halen davacıda bulunduğu ihtilafsız olduğuna göre davalının ayıba ilişkin savunmasının üzerinde durulup, uyuşmazlığın 6098 sayılı TBK'nın 222, 223 ve 224. maddeleri kapsamında değerlendirilerek çözümü gerekir…".*

hakkın doğmadığı veya sona erdiğini ispat etmesi gerekir. Örneğin davacının, davalının ayıptan doğan haklarına dayanarak borcun gereği gibi ifa edilmediği defi ileri sürdüğü durumda ayıp ihbarının yapılmadığı veya geç yapıldığı veya edimi kayıtsız şartsız kabul ettiğini[1023] iddia edebilir ve gerektiğinde ispat edebilir. Bu iddia davalı borçlu tarafından çürütülemediği durumda defi hüküm ifade etmeyecektir.

Defi ileri sürülmüş ise, defiyi çürütmek bakımından ispat yükü davacıdadır. Bu hususta davacı karşı edim alacağının ifa veya diğer nedenlerle sona erdiğini veya definin diğer şartlarının gerçekleşmediğini ispat etmelidir[1024]. Bu hususta davacının savunması, karşı edim alacağının doğmadığı veya sona erdiğine veyahut mübadele ilişkisi içerisinde bulunmadığına bu surette defi hakkının doğmadığına ilişkin olması nedeniyle bir itiraz, davalının önce ifa yükümlüsü olduğu yönünde ise bir dava temelinin yetersizliği savunması niteliğindedir. Davacı defiyi çürütemez ise, definin ileri sürülmesini engellemek bakımından definin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğini iddia edebilir ve bu hususu ispat edebilir. Bu nedenle definin şartları oluşmamış veya defi hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa ve bu husus dosyadan anlaşılıyorsa, bu hususlar hakim tarafından re'sen gözönüne alınması gerekir. Davacı ve davalının ispat dağılımına ilişkin genel kural bu yönde olmakla birlikte ispat külfetine ilişkin özellik arz eden durumları da belirtmek de yarar vardır.

Davalı tarafından ileri sürülen defi, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeden doğan mübadele ilişkisine dayandığından, alacaklının alacağını elde etmeyi talep ettiği çoğu durumda karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin kendisi, alacak hakkının varlığı ve ispatı bakımından alacaklı tarafından ispat vasıtası olarak kullanılacaktır. Alacaklı, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeden doğan edimin ifasını talep etmekle, mübadele ilişkisi içerisinde bulunan karşı edimin varlığını da ikrar eder. Bu halde defi ileri süren

---

[1023] Geçici kabul durumunda en azından karşı edimin sözleşmeye uygun ifa edildiğinin kabulü geçici de olsa mevcuttur. Sonradan borcun gereği gibi ifa edilmediğini iddia eden borçlu ya gereği gibi ifa edilmediğini ya da sürelere uygun olarak yapılan ayıp ihbarı sonucunda ayıplı ifanın gerçekleştiğini ispatlamalıdır. Bkz. **Meyer**, s.44-45; **von Tuhr/ Escher**, s.64; **Oser/ Schönenberger**, Art. 82, N. 9; aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararına göre, borçlunun çekincesiz mülkiyetin devri ve zilyetliğin devrini kabul etmesi, ilk planda edimin sözleşmeye uygunluğunun geçici kabul edilmesinden başka bir şey değildir. Bu halde borçlu sonradan edimin sözleşmeye uygun olmadığı, ayıplı olduğunu ileri sürerse ispat yükünü borçlu taşır. Bu karar için bkz. **BGE 59 I 257**.

[1024] **von Tuhr/ Escher,** s.64; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 217; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 201; **Repgen**, §320, N. 3; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 45; **Becker**, Art. 82, N. 27; **Simmen,** s. 50 -51; **Schwarze**, §16, N. 16.

borçlunun karşı edim alacağının varlığını ayrıca ispat etmesine gerek kalmayacak[1025], borçlu sadece buna işaret etmekle yetinebilecektir. Ancak karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin varlığına işaret etmek tek başına yeterli de olmayabilir. Zira karşılıklı borç yükleyen sözleşmeden mübadele ilişkisi dışında bulunan borçlar da doğabileceğinden, karşı edimin edim ile mübadele ilişkisi içerisinde yer aldığına da işaret edilmeli[1026], gerektiğinde ispat edilmelidir. Özellikle birden fazla borç ilişkisi olduğu ve bu borç ilişkilerinden doğan borcun, dava konusu borç ilişkisinden doğan edim ile mübadele ilişkisi içerisinde bulunduğu durumlarda davalının, dava konusu olmayan borç ilişkilerinden doğan karşı edim borcu ile dava konusu edim borcunun mübadele ilişkisinde bulunduğuna işaret etmesi yeterli olmayıp, bu hususu ispat etmesi gerekir. Taraflar arasındaki hukuki ilişki karşılıklı borç yükleyen sözleşme niteliğinde tipik borç ilişkisi değilse veya atipik borç ilişkisiyse de aynı husus geçerlidir. Davacı da, edim ile karşı edim arasında mübadele ilişkisi olmadığını iddia edip ispat ederek defiyi çürütebilir.

Kural olarak, mübadele ilişkisi içerisinde yer alan karşı edim alacağının varlığını davalının, sona erdiğini ise davacının ispat etmesi gerekmesinin sonucu olarak, karşı edim alacağının hüküm ifade eder şekilde devam edip etmediği kesin şekilde belirlenemiyorsa ve bu durumu yani karşı edim borcunun sona erdiğini davacı ispat edebilecek durumda değilse, bu durumda da borçlu defi ileri sürebilir ve ileri sürülmüş defi hükümlerini devam ettirir. Karşı edim borcunun hüküm ifade eder şekilde devam ettiği hususunda tartışma varsa ve alacaklı karşı edim borcunun sona erdiğini ispat edememiş ise, defi ileri sürebilme imkanı borçlunun elinden alınmamalıdır. Zira borçlu defi ileri sürerek aynı zamanda alacaklıyı karşı edim borcunu yerine getirebilecek durumda olduğunu ispat etmeye zorlar[1027].

[1025] Aynı yönde bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 216; **Simmen**, s. 50-51.

[1026] Defi ileri sürenin sözleşmenin synallagmatik karakterine işaret ettiği yönünde bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 64; **Meyer,** s. 44; **Becker**, Art. 82, N. 27.
Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Davalı bu hususta, mübadele ilişkisine özellikle işaret etmeyip, karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin synallagmatik niteliğine işaret etmesi yeterli değildir. Zira definin şartlarını ispat etmesi gerektiğinden defi için tek başına sözleşmenin varlığı yeterli değildir. Aksi durum, defi ileri sürülmesinin yeterli olması, definin şartlarının oluşmadığını davacının iddia ve ispat etmesi gerektiği sonucuna götürür ki bu hususta ispat külfetini değiştirecek yeter dayanak yoktur. Davalı definin şartlarından mübadele ilişkisinin varlığını ortaya koymuş ise, alacaklı, mübadele ilişkisinin sona erdiğini iddia edip ispat ederek definin şartlarının oluşmadığını ortaya koyabilir.

[1027] **Soergel/ Gsell,** §320, N. 48; **Repgen**, §320, N. 4

Alacaklı edimin ifasını talep ettiğinde borçlunun defiyi ileri sürebilmesi için karşı edim alacağının muaccel olması gerekir. Karşı edimin muaccel olduğu, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeden anlaşılıyorsa, davalının ayrıca ispat etmesine gerek kalmaz, bu hususa işaret etmesi yeterlidir. Aynı şekilde karşı edim borcunun muaccel olup olmadığı karşılıklı borç yükleyen sözleşmeden anlaşılamıyorsa, TBK m. 90'daki genel kural gereği, karşı edimin muaccel olduğu hususu tamamlayıcı bir hüküm olarak uygulama alanı bulur[1028]. Davacı karşı edim borcunun muaccel olmadığını iddia ederse bu aynı zamanda davalının önce ifa yükümlüsü olduğunun iddia edildiği anlamına gelir. Bu halde kural aynı anda ifa olduğundan, davalının önce ifa yükümlüsü olduğunu iddia eden davacı bu hususu ispat külfeti altındadır[1029]. Ancak muacceliyetin, üçüncü kişi tarafın veya karşı edim alacaklısının karşı edim borcunu ifaya hazırlık hareketini gerçekleştirmesiyle belirleneceği[1030] veyahut muacceliyetin şarta bağlandığı

[1028] Muacceliyetin ispatı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, talebin şartı olan muacceliyeti, alacaklı ispat etmelidir. (**Ennecerus/ Lehmann**, s. 106 dn. 1'de belirtilen yazarlar) Baskın olan diğer görüşe göre ise, TBK m. 90 (OR Art. 75), hem tamamlayıcı nitelikte ifa zamanını hem de borcun muaccel olmadığını borçlunun ispatlaması gerektiğine ilişkin ispat yükünün dağılımını belirleyen bir hükümdür. Bkz. **von Tuhr/ Escher**, s.51; **Ennecerus/ Lehmann**, s. 106; aynı yönde olmakla birlikte hükmün bir karine ortaya koyduğu aksini iddia edenin ispat külfeti altında olduğu yönünde bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 75, N. 87; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 112 vd; açıkça belirtmemekle birlikte aynı karineye dayanan görüşe göre, kuralın borcun doğumu anında borcun muaccel olmasına yönelik olması nedeniyle borcun muaccel olmadığını borçlunun ispat etmesi gerektiği yönünde Bkz**. Oğuzman/ Öz**, I, N.1003 dn. 220; ne bir karine ne de ispat yükünü belirleyen bir kural olmadığı, tamamlayıcı nitelikteki hükümden ayrılan bir uygulamanın varlığını iddia edenin iddiasını ispatla yükümlü olduğu yönünde sonuç itibariyle baskın görüşe katılan görüş için bkz. **Feo**, N. 111-112 ; kanaatimizce baskın görüş sonuç itibariyle isabetlidir. Zira edim talebinde bulunan alacaklı, edimin muaccel olduğunu iddia edip ispat etmese dahi, edimin muaccel olup olmadığı hakim tarafından re'sen incelenecektir. Genel olarak, alacaklı, talebinin reddedilmesini önlemek için edimin muaccel olduğunu iddia edecek, en azından TBK m.90'a işaret ederek ondan yararlanacaktır. Genel itibariyle ayrıca bir ispat külfeti altında değildir. Ancak dava dosyasından edimin muaccel olduğu anlaşılıyorsa, borçlu muaccel olmadığını, örneğin, bir başka ilişkiden doğan borç bakımından alacaklının önce ifa yükümlüsü olduğunu iddia ve ispat edebilir. Tersi durumda dava dosyasından muaccel olmadığı anlaşılıyorsa, talebin reddini önlemek için alacaklı muacceliyeti iddia ve ispat edecektir. Özetle burada da genel ispat kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir husus yoktur.

[1029] Davacı, davalının önce ifa ile yükümlü olduğunu ileri sürmüş ise o aynı anda ifa kuralından ayrıldığından iddiasını ispat etmek zorundadır. Zira genel kural aynı anda ifa olduğuna göre, bu kuralın uygulanmayacağını iddia eden, iddiasını ispat külfeti altındadır. Bkz. **von Tuhr/ Escher,** s.64; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 217, 132; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 201; **Simmen**, s. 54; **Repgen**, §320, N. 9; ancak davalının önce ifa yükümlüsü olmasına rağmen definin ileri sürülebileceğinin kabul edildiği hallerde de, davalı karşı edimin muaccel olduğunu ispat ederse, önce ifa yükümlülüğünün mevcudiyeti bir anlam ifade etmeyecek bu nedenle defiyi çürütmek için yeterli olmayacaktır. Bu hallere verilen örnek için bkz. yukarıda §3 III C.

[1030] Davacı davalının önce ifa yükümlüsü olduğunu mübadele ilişkisi dışında duran borçlar bakımından da ileri sürebilir. Bu hususta ispat külfeti davacıdadır. Karşı edimin muaccel olabilmesinin davalının mübadele ilişkisi dışında kalan bir başka borcunu ifa etmesine bağlı olduğu durumlarda böyle bir ihtimal ile karşılaşılır. Örneğin, satıcı/davacı, bedelin ödenmesini talep ettiğinde, davalı/alıcı malların sözleşmede belirtilen tarihte veya TBK m. 90'daki muacceliyete ilişkin tamamlayıcı hükme

ihtimalde, muacceliyetin belirlendiğini veya şartın gerçekleştiğini davalı borçlu ispat etmesi gerekecektir.

II. DEFİNİN İLERİ SÜRÜLMESİNİN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Maddi hukuk bakımından definin ileri sürülmesi, defi ileri sürenin ifaya zorlanmasını, karşı edim ifa edilene veya ifası teklif edilene kadar engeller. Bu anlamda defi geciktirici niteliktedir. Defi, borcun ifa edilebilirliğini değil, borçlunun ifaya zorlanabilirliğini etkiler. Zira borçlu defi ileri sürdükten sonra, definin hüküm ifade etmesinden vazgeçmek suretiyle borcunu ifa edebilir. Bu anlamda definin borçlunun borcunun ifa edilebilirliğine etkisi yoktur. Bu sebeple defi ileri sürüldükten sonra borçlu ifaya zorlanamaz ve alacaklının talep hakkı kısmen felce uğrar.

Borcun ifa edilmediği definin ileri sürülmesiyle ne davadan önce ne de dava sırasında borç ilişkisi sona erer. Defi, defi ileri süren tarafın hükmedilmesini de önlemez. Alacaklının ifa talebi, karşı edimin ifası karşılığında, edim ile karşı edimin aynı anda ifa edilecek şekilde sınırlandırılır[1031].

B. Definin Borçlu Temerrüdü Üzerindeki Etkisi

Definin borçlu temerrüdüne etkisi, genel itibariyle definin hukuki niteliğinin tartışıldığı dönemden günümüze kadar definin hukuki niteliğine verilecek cevapla şekillenmiştir. Definin borçlu temerrüdüne etkisine ilişkin tartışmaları[1032] ve görüşümüzü belirtmeden önce, tartışmalardan ortaya çıkan sonuç bakımından definin borçlu temerrüdüne etkisi hususunda üç farklı ihtimal ortaya çıkmaktadır:

- Definin varlığının temerrüdü engelleyeceği,

göre belirlenecek tarihten itibaren teslim edilmediğine dayanarak defi ileri sürdüğü durumda, satıcı, kendisine miktar bildirilmediğinden ve bu nedenle karşı edim borcu ifa edilebilir olmadığından definin ileri sürülemeyeceğini iddia ve ispat ederek defiyi çürütebilir. Bu husus, aynı zamanda defi ileri süren borçlunun borcunun ifasına hazır ve/veya karşı edimin ifasını kabule hazır olması ile karşı edimin ifasını engellememe hususuyla da ilgilidir. Aksini iddia eden davalı bu durumu iddia ve ispat külfeti altındadır.

[1031] **Soergel/ Gsell**, §320, N.79.

[1032] Bütün defiler ve borcun ifa edilmediği defi bakımından ayrıca bkz. **Huber**, §12 II; ayrıca bkz. Peter Schlosser, "**Selbständige peremptorische Einrede und Gestaltungsrecht im deutschen Zivilrecht**" JUS 1966/7, s. 257 vd; **Barlas**, s. 66 vd; *Barlas*'ın Alman Hukuku'nda borcun ifa edilmediği defi bakımından ciddi bir tartışmaya rastlanmadığı yönünde değerlendirmesi, konumuz kapsamında Alman Hukuku'nda ileri sürülen görüşler gözönüne alındığında isabetli değildir. Bkz. **Barlas**, s. 72.

- Definin ileri sürülmesi gerektiği ve definin, şartlarının doğduğu andan itibaren geriye etkili olarak temerrüdü ortadan kaldıracağı (ex tunc)
- Definin ileri sürülmesi gerektiği ve definin ileri sürüldüğü andan itibaren ileriye etkili olarak temerrüdü ortadan kaldıracağı (ex nunc)

Doktrinde borcun ifa edilmediği defi bakımından genel itibariyle definin ileri sürülmesine gerek olup olmadığı hususunda çeşitli görüşler ortaya çıkmış, definin ileri sürülmesi gerektiğini ileri süren görüşlerin bır kısmı ise, definin ileriye etkili olduğunu ileri sürmüştür. Her bir ihtimal bakımından savunulan görüşleri ve bunlara yöneltilen eleştirileri ele almaya çalışacağız.

1. Definin Varlığının Borçlu Temerrüdünü Engelleyeceği Görüşü

Alman Hukuku'nda baskın görüş[1033], Türk ve İsviçre Hukuku'nda ise azınlıkta kalan görüşe[1034] göre, definin varlığı, hem borçlu temerrrüdünü hem de borcun ihlali ve bunun sonuçlarının ortaya çıkmasını (hiç veya gereği gibi ifa etmediği durumda tazminat ve sözleşmeden dönme gibi) önler. Sonuç bakımdan birlik arz eden genel

[1033] **Huber,** §12 III 1 a vd.; **Soergel/ Gsell**, §320, N.80; **Ennecerus/ Lehmann**, §33 III I; **Larenz**, s. 168; **Ernst**, AcP, s. 504 vd; **Esser/ Schmidt**, s. 265; **Gröschler**, s. 78 -79; **Herbert,** s. 355.; **Gernhuber**, s. 349; **Oesterle**, s. 236 -237; **Kirn**, JZ s. 327 -328; **van den Daele**, s. 49 -50; **Canaris**, s. 61-62; **Erman/ Westermann**, §320, N. 6-8, 17; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 44-45; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 37-38; Reiner Schulze, **Bürgerliches Gesetzbuch**, 9. Aufl, Nomos, 2017, §320, N. 10; **Lieb/ Tettinger**, §320, N. 20; **Jauernig/ Stadler**, §320, N. 18; **BeckOK/ Schmidt**, §320, N. 21; **Medicus/ Lorenz**, N. 246; **Brox/ Walker**, §13 N. 20; **Oetker**, s. 391; **Fichtner,** s. 45.
BGB'nin hazırlanış sürecinde, definin varlığının temerrüdü engelleyeceği, doğal bir sonuç olarak düşünülmüş, bu nedenle BGB §285'e bir ek yapılarak açıkça belirtilmesi yönündeki talep, Redaksiyon Komisyonu tarafından böyle bir açıklamanın gereksiz olacağı düşünülerek reddedilmiştir. Bkz. **Huber,** §12 III 1 a; aynı husus defilerin borçlu temerrüdünü engellemesi bakımından modernizasyon sırasında da meydana gelmiş, kanunkoyucu bu denemeden bilinçli bir şekilde vazgeçmiş ancak içeriğinin doldurulması hususunu doktrine ve uygulamaya bırakmıştır. Bkz. **Canaris**, s. 55.

[1034] **Serozan**, §6 N. 16, 20; **Schwenzer**, N. 65.07; **CHK / Wey**, Art. 102, N. 46; **Wiget**, s. 48; bu görüşe katılmakla birlikte definin davada ileri sürülmemesi halinde temerrüdün gerçekleşeceğini ileri süren bu açıdan belirtilen görüşten ayrılan görüş için bkz. **von Büren**, s. 366 dn. 2; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 832; varlığının temerrüdü engelleyeceği görüşüne katıldığı ileri sürülen (ileri süren görüşler için bkz. **Barlas**, s. 73-74; **Yıldız**, s. 66 dn. 396) bir görüşe göre, talep edemeyecek kişi ihtar da edemez, ihtar edecek alacaklı kendi ediminin ifasını teklif etmelidir. Bkz. **Becker**, Art. 102, N. 5; ancak *Barlas*, bu görüşü değerlendirirken, *Becker*'in alacaklının ihtarında edimi teklif etmek zorunda olduğu ifadesinden yola çıkmaktadır. Bkz. **Barlas**, s. 74; aynı şekilde bkz. **Yıldız**, s. 66 dn. 396) ancak *Becker* ifadesinde teklifin ihtar içerisinde yapılması gerektiğini açıkça aramamaktadır. Bkz. **Becker**, Art. 102, N.5; ayrıca bkz. yukarıda §2 V B.

görüşü ileri sürenler, bu görüşlerini farklı gerekçelerle temellendirmeye çalışmışlardır[1035].

Birinci görüşe göre[1036] göre, öncelikle belirtilmelidir ki, borçlunun gecikmeksizin defiye dayanarak, ihtarın, süre vermenin veya sözleşmeden dönme/ feshin sonuçlarının geriye etkili olarak ortadan kaldırılmasının sağlanacağının ileri sürülmesi borçluya yeterli şekilde yardım sağlamaz. Çünkü, mahkeme kararlarında görüleceği üzere, borçlu defi ileri sürmeyi sık sık ihmal etmektedir. İkincisi, alacaklının, borçlunun sonuçlarını bertaraf edebileceği bir yenilik doğuran hakkın kullanımından hukuki yararlar elde ettiği söylenemez. Üçüncü olarak, alacaklının karşı edim borcunu aynı anda ifa etmesi gerektiğini bilmesi veya bilmek zorunda olması, temerrüdü engellemek için definin gecikmeksizin ileri sürülmesinin gerekliliğini haklılaştırmaz. Dördüncü olarak, alacaklının borçluya beyanının hüküm ifade ettiği düşünüldüğünde, borçlunun, temerrüdün hüküm ve sonuçlarının geriye etkili şekilde ortadan kaldırılmasını nasıl olup da sağlayabildiği hususu kolaylıkla açıklanamaz. Bu nedenle pratik olarak doyurucu sonuçlara, definin varlığının temerrüdü engelleyeceğinin kabulüyle varılabilir. Bu hususta alacaklının sadece aynı anda ifayı isteyebileceği bu nedenle karşı edim borcunu ifa veya ifasını teklif etmesi gerektiği

---

[1035] Bu görüşlerden bir kısmı kaçınma hakkının bir defi niteliğinde olduğunu ileri sürerken(**Huber**, §12 III 1 vd.; **Gröschler**, s. 77-78; **van den Daele**, s. 49-50); diğer bir kısmı ise (**Larenz**, s. 168; **Roth**, s. 173-174; **Oesterle**, s. 234, 236-237; **Teubner**, s. 73 vd), borcun ifasından kaçınılmasının talebin içeriğinin sınırlandırılması yönünde bir savunma olduğunu ileri sürer. Bir diğer kısım ise (**Canaris**, s. 61-62) karşı edimin ifası ve ifa teklifinin edim talebinin bir şartı olduğunu ileri sürer.

[1036] **Huber**, §12 III 1 b.; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 80-81; **Canaris**, s. 61-62; *Huber*, kaçınma hakkının Alman kanunkoyucusu tarafından itiraz olarak tanınsaydı alacaklının karşı edimi ifa etmediği veya ifasını teklif etmediği durumda açtığı davanın reddedileceği, defi olarak tanınmasıyla bu hususun önleneceğinin kabul edilmesi ve defi olarak tanınması karşısında, bu hususun çelişki oluşturmayacağını, defi olarak tanımanın salt usul hukuku bakımından etkili olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca *Huber*'e göre, usul hukukuna ilişkin endişeler borçlunun temerrüdü durumuna taşınamayacaktır. Temerrüdün şartları mevcut ise, bu hususu alacaklının ispat etmesi gerekir (karşı edimin en azından ifasını teklif ettiği hususunu da içerecek şekilde). Böylece temerrüd bakımından borçlu bu anlamsız rituelden(definin ileri sürülmesinden) kurtarılır. Kaçınma hakkının defi olarak nitelendirilmesi bu hususta değişiklik yapmaz. Defi ileri sürme gerekliliği özellikle aynen ifa davası açıldığında kendisini gösterecek, temerrüdün sonuçları bakımından geçerli olmayacaktır. Bu surette davası aynen ifaya yönelik olan alacaklının, temerrüdün sonuçlarından yararlanması mümkün olmayacaktır. Dava temerrüt faizi ve temerrüdün sonuçları bakımından reddedilecek aynen ifa bakımından kabul edilecektir. Bu husus borcun ifa edilmediği bakımından geçerlidir. Diğer defiler bakımından, definin varlığının temerrüdü engelleyip engellemeyeceği hususu ayrıca incelenmelidir. Bu isabetsiz değerlendirme için bkz. **Huber**, §12 III 1 c.; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 80; bu değerlendirmenin isabetsiz olduğunu ileri süren aksi yöndeki görüşe göre, karşı edimi ifa ettiğinde veya ifasını teklif ettiğinde, kendisine karşı, defi ileri sürülmeyen alacaklıya sadece edimin ifasını elde etme imkanının verilmesi, onun yerine veya yanına herhangi bir talep verilmeyecek olmasının ne tür bir anlamı olacağı sorusu cevapsız kalmıştır. Bu isabetli değerlendirme için bkz. **Jahr**, s. 301.

hususu da, çözümün temelini oluşturmaz. Defi ileri sürme şartları gerçekleştiği sürece borçlunun ifa etmemesi, borca aykırı davranış olarak nitelendirilemez, kendisine karşı, defi ileri sürülebilecek alacak tıpkı muaccel olmamış alacak gibi değerlendirilir. Bu halde borçlunun borcunu ifa etmeme durumundan sorumlu tutulmamanın yanında temerrüdün şartlarından biri eksiktir[1037].

İkinci görüşe[1038] göre, borçlu sözleşmenin kurulduğu sırada karşı edim ile aynı anda ifa edilecek şekilde borç altına girdiğinden ve bu nedenle karşı edimin ifası veya ifa teklifi edim talebinin içeriğine dahil olduğundan, borçlu, edimi sadece karşı edimle aynı anda ifa etme borcu altındadır. Kendisinden herhangi bir sınıra tabi olmaksızın edimin ifası talep edildiğinde borçlu borcunu ifa etmek zorunda değildir ve bu nedenle temerrüde de düşmez. Maddi hukuk bakımından, alacaklı, karşı edimi alacaklı temerrüdüne düşürecek şekilde teklif ederek aynı anda ifayı talep etmediği sürece borçluyu temerrüde düşüremez.

Üçüncü görüşe[1039] göre, her iki edim de ifaları bakımından(fonksiyonel synallagma) mübadele ilişkisi içerisinde yer alır. Edimler arasındaki bu bağlılık karşı tarafın da malumudur. Edimin ifasını talep eden alacaklının karşı edimin ifasını veya ifa teklifini gerçekleştirmeksizin, edimin ifasını talep edebilmesi, alacaklının borçluyu temerrüde düşürebileceği anlamına gelmez. Temerrüdün temel düşüncesi, edimin ifasını gerçekleştirmeyen borçlunun bunun sonuçlarından sorumlu olmasıdır. Ancak

---

[1037] Karşı edimin ifa edilmesi veya ifasının teklif edilmesinin (BGB §320'de açıkça belirtilmese de işaret edilen) talebin sözleşmenin içeriğine dahil bir şartı olduğu, en geç alacaklının edimin ifası talebinde bu şart gerçekleşmediği sürece, borçlunun borca aykırı davranışının sözkonusu olmayacağı veya en azından talebin muaccel olmadığı söylenebileceği hususunda aynı yönde görüş için bkz. **Canaris,** s. 61-62; **BeckOK/ Schmidt**, §320 , N. 21.
Ayrıca definin varlığının temerrüdü engelleyeceği sonucunun sözleşmenin karşılıklı olması niteliğinden çıkarmak isabetli değildir.(karşılıklılık özelliğinden çıkaran görüş için bkz. **Larenz**, s. 168; talebin içeriğinin sınırlandığını kabul etmemesine rağmen, genel kaçınma hakkından(BGB §273) farklı olarak definin varlığının temerrüdü engellemesini edimler arasındaki bağlılıktan ortaya çıkaran aynı yönde değerlendirme için bkz. **Soergel/ Gsell**, §320, N. 80; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 44 -45) Zira burada sözleşmenin niteliğinin ortaya çıkardığı bir özellik sözkonusu değildir, edimin ifasından kaçınabilme hakkına sahip borçlunun temerrüde düşmeyeceği yönünde genel bir kural sözkonusudur. Bu kuralın istisnaları sözkonusu olabilir. Bkz. **Huber**, §12 III b.

[1038] **Larenz**, s. 168; **Roth**, s. 173-174; **Oesterle**, s. 234, 236-237; **Teubner**, s. 73 vd.

[1039] **Gröschler,** s. 78-79; benzer yönde gerekçeye göre, karşı edimin ifasını teklif etmeyen alacaklı borçlu temerrüdüne, edimin ifasını teklif etmeyen borçlu ise alacaklı temerrüdüne(BGB §298 kapsamında) dayanamaz. Her iki tarafın da sözleşmeye uygun davranmaması nedeniyle ne borçlu temerrüdü ne de alacaklı temerrüdünün sonuçlarından yararlanması mümkündür. Alacaklı temerrüdüne dayanmak isteyen borçlu edimin ifası teklifini gerçekleştirdiğini iddia ve ispat etmelidir. Bkz. **Ernst**, AcP, s. 504 vd., özellikle s. 511.

bu sonuç, alacaklı sözleşmeye uygun davrandığı zaman amaca uygun olur. Alacaklı karşı edimi ifa veya ifasını teklif etmezse sözleşmeye aykırı davranır. Borçluyu temerrüde düşürmek isteyen alacaklıya karşı, sen de! (tu-quo-que) itirazıyla karşı durulur. Alacaklı, hakim tarafından gözönüne alınması gereken hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlal edilmesi nedeniyle temerrüdün sonuçlarından yararlanamayacaktır.

İlk görüşe ait gerekçeler bakımından borçlunun borcun ifa edilmediği define dayanmaya olan ihtiyacına rağmen bu hususu ihmal edeceği iddiası, bu görüşün kabulü için yeterli dayanak teşkil etmez[1040]. Kaldı ki, edimlerin ifaları arasındaki bağlılığın ortaya konması borçlunun iradesine bırakıldığı ihtimalde, bu bağlılığın ileri sürülmesinin ihmal edilmesine rağmen borçluyu yine de korumaya çalışmak uygun olmayan sonuçlara yol açar. Hatta borçlunun defi ileri süremediği davalarda dahi, temerrüdün engellemesi sonucuna yol açar ki, bu görüşü savunanların ayrıca definin sadece usul hukuku bakımından önemli olduğunu ileri sürmeleri çelişki oluşturur. Defi usul hukuku bakımından önemli ise ve davacının davasının, davalının defi ileri süremediği durumlarda dahi reddedilmesinin önüne geçmek için kabul edildiyse, temerrüdden doğan taleplerini ileri sürebilecek olan alacaklının davasını davalının defi ileri süremediği durumda dahi reddetmek gerekecektir. Ayrıca *Huber*'in ortaya koyduğu definin varlığının sadece temerrüdün sonuçlarını önlediği ancak alacaklının aynen ifayı talep edebileceği hususu da borçlunun, defi ileri sürmemesine, fonksiyonel

[1040] Aynı yönde görüşe göre, borçlunun defi ileri sürmeyi ihmal etmesi nadiren karşılaşılacak bir durumdur. Özellikle profesyonel yardım alacak ve avukat tarafından temsil edilecek borçlunun defiyi ileri sürmeyi ihmal etmesi beklenemez. Hatta çoğu durumda borçlu, borcunu ifadan kaçınma hususunda defiyi bir bahane olarak kulanma ihtiyacında olabilir ve kendi sözleşmeye aykırı davranışını gizlemek için kullanabilir. Bkz. **Buz,** s. 92.

synallagmayı ortaya koymamasına rağmen, borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kurtulmasına yol açacağından, kabul edilebilir nitelikte değildir[1041] [1042].

İlk görüşe ait diğer gerekçeler arasında yer alan, borçlunun hükümden düşürebileceği bir yenilik doğuran hakkı alacaklının kullanmasıyla alacaklının; yenilik doğuran hakkın sonuçlarını ortadan kaldırmakla da borçlunun hukuki yarar elde edemeyeceği gerekçesi isabetli değildir.

Bu isabetsizliğe değinen *Buz*[1043]'a göre, hukuk sistemimizde hakkın kullanılması sonucunda ortaya çıkan hukuki durumun, karşı yenilik doğuran haklar kullanılmak suretiyle bertraf edilmesi sistemimize yabancı bir husus değildir. TBK m. 34 II'de hak sahibinin hataya düşenin iddia ettiği sözleşmeyi yapmaya hazır, TBK m. 227 III'de ise yenisiyle değiştirmeye ve zararın tazminine hazır olduğunu ortaya koyarak, yenilik doğuran hakkın kullanılmasını önleyebileceği hususu bu sonucu destekler. Taraflardan birinin geçerli olarak kullandığı hakkın sonuçlarının, karşı tarafça kulanılan hak ile hükümden düşürülebilmesi bu nedenle mümkündür. Belirtilen hükümlerde, aslında bir tarafın kullandığı hakkın hüküm ifade etmesi(iptal edenin/ alıcının), diğer tarafın sahip olduğu hakkı kullanmamış olmasını gerektirir.

Kanaatimizce *Buz*'un belirttiği yenilik doğuran hakkın kullanımının ortaya çıkardığı sonuçların bertrafına örnek olarak verdiği TBK m. 227 III'de, istenen sonucun doğabilmesi için alacaklı tarafından hakkın *kullanılmasından önce* borçlunun kendi karşı hakkını kullanması gerekir. Şayet alacaklı seçim yapmış ve yenilik doğuran hakkı kullanmış ise, borçlunun karşı hakkını kullanma imkanı yoktur. Bu nedenle kullanılan hakkın ortaya çıkardığı hukuki sonucun bertarafı bakımından *Buz*'un görüşü

[1041] *Huber*'in görüşü kabul edilirse, borçlunun borcunu ifa etmemesi yaptırımsız kalacak, alacaklının elindeki tek imkan aynen ifayı icra yoluyla gerçekleştirmekten ibaret olacaktır. Alacaklının aynen ifaya olan menfaati ortadan kalkmış ise, karşı edimin ifasını en azından teklif etmedikçe borçluyu temerrüde düşüremeyeceğinden artık diğer seçimlik haklarını kullanması da mümkün olmayacaktır. Bu nedenle aynen ifayı talep edebileceğine hükmedilmesinin pratik bir anlamı ve faydası da olmayacaktır. Bkz. **Buz**, s. 96; *Huber*'e göre, bu görüş hukuki estetik duygularını (die juristische Schönheitsgefühl) rahatsız edebilir ancak mantıksız değildir. Davanın esası itibariyle kabul edilmesine rağmen (aynen ifa talebinin kabul edilmesi) ancak yan taleplerin reddedilmesi çelişki oluşturmayacaktır. Bkz. **Huber**, §12 III 1 c.; kanaatimizce definin varlığının temerrüde engel olacağı görüşünü desteklemek adına bu nitelikte yapay bir ayrıma gerek olmadığı gibi, temerrüdün sonuçlarından yararlanma bakımından amaca uygun olmayan bir sınırladırmaya da gerek yoktur.

[1042] Bu görüş bir an için gözönüne alınacak olsa borçlunun temerrüdün sonuçları yanında aynı zamanda aynen ifa talebine karşı da borçlunun korunması gerekir. Aksi görüşün, defi çözümünü kabul etmesine rağmen, ana talep bakımından borçlunun korunmayıp, yan talepler bakımından borçlunun özel olarak korunması hususunda çelişkiye düştüğü yönünde bkz. **Buz**, s. 98.

[1043] **Buz**, s. 98-99.

isabetli olmakla birlikte, TBK m. 227 III'den yola çıkması isabetli değildir. Ancak görüşü destelemek adına TBK m. 34 II'den yararlanılabilir. TBK m. 34 II'nin yanında, TBK m. 227 IV'de yer alan, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde, durum haklı göstermiyorsa, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine hükmedebileceği yönündeki düzenleme de bu görüşü destekler. TBK m. 227 IV'de yenilik doğuran hakkın kullanılmasından sonra ortaya çıkan hukuki durumun değiştiği bir duruma rastlanmaktadır. Bu hükümde de, alacaklının, temerrüdün hukuki sonuçlarından yararlanarak kullandığı yenilik doğuran hakkın ortaya çıkardığı sonucu, borçlu hakimin yardımıyla bertrafa edebilme imkanına sahiptir. TBK m. 227 IV'de yenilik doğuran hakkın kullanımının ortaya çıkardığı etkinin bertarafının hakimin müdahalesiyle sonuç doğuracağı bu nedenle bu hususa örnek teşkil etmeyeceği yönünde ileri sürülebilecek eleştiri de karşılanabilir niteliktedir. Zira alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının durumun özelliği gereği haklı olmayacağı hususu, karşı edimin en azından ifasını teklif etmesi gerektiği hususu kadar öngörülebilir değildir. Bu sebeple definin etkisinin borçlunun iradesine bırakılması ve definin ileri sürülmesinin yenilik doğuran hakkın ortaya çıkardığı sonuçları bertaraf edebileceğinin kabulü gerekir[1044]. Karşı edimi en azından teklif etmeyip temerrüdün sonuçlarından yararlanmak isteyen alacaklının, defi ile karşılaşabileceği de malumdur. Bunu borçlunun iradesine bağlı kılmayıp, re'sen gözönüne alınacak şekilde uygulanacağının kabul edilmesi ne karşı hakkın defi niteliğine ne de fonksiyonel synallagmaya uygun düşer.

Ancak Türk ve İsviçre Hukuku'nda *Buz*[1045], Alman Hukuku'nda yer alan değerlendirmelerden yola çıkarak definin yenilik doğuran hakkın kullanımının ortaya çıkardığı sonuçların bertarafını sınırlandırmaktadır. Bu görüşe göre, özellikle alacaklının borçludan ifayı talep ettiği durumda, borçlunun pasif kalarak ve herhangi bir gerekçe ileri sürmeden edimin ifasından kaçınması alacaklının da gerekli formaliteleri yerine getirerek temerrütten doğan seçimlik haklarından birini kullanmasından sonra borçlunun defi ileri sürmesi durumunda teorik ve pratik

[1044] Dava yoluyla kullanılan yenilik doğuran haklar bakımından böyle bir sorun gündeme gelmeyecektir. Bu halde örneğin sözleşmenin sona erdirilmesi hakkının dava yoluyla kullanıldığı halde, defi davada ileri sürülebileceğinden yenilik doğuran hakkın kullanımı defi vasıtasıyla engellenebilecektir.
[1045] **Buz**, s. 106-107.

zorluklarla karşılaşılacaktır. Borçlunun herhangi bir süreye bağlı olmaksızın, yenilik doğuran hakkın kullanımının ortaya çıkardığı sonuçları bertraf edebilmesi, yenilik doğuran hakkın özellikleriyle bağdaşmaz. Özellikle dönme hakkının kullanıldığı durumda, alacaklının bu hakkın kullanımının ortaya çıkardığı hukuki duruma güvenmeye ve buna dayanarak tasarruflarda bulunmaya hakkı vardır. Bu nedenle borçlunun defi ileri sürebilme imkanından yararlanamayacak olması ise borçluyu mağdur edecektir. Alacaklı ve borçlunun menfaati arasındaki dengenin korunabilmesi bakımından Alman Hukuku'nda ileri sürülen uzlaştırıcı çözümün Türk ve İsviçre Hukuku'nda da kabul edilmesi gerekir. Buna göre, borçlu, defi hakkını *gecikmeksizin* kullanması gerekir, aksi takdirde defi ileri sürebilme imkanını kaybedecektir[1046]. Borçlu gecikmeksizin defi ileri sürerek, karşı edimin ifasının en azından teklif edilmediğine dayanırsa, alacaklının yenilik doğuran haklarını kullanmakla ortaya çıkan güvenin korunması için yeter sebep olmayacaktır. Alacaklı karşı edimin ifasını en azından teklif ederek defiyi etkisizleştirdikten sonra seçimlik haklarını yeniden kullanabilme imkanına sahip olacaktır. Borçlu bakımından ise, yenilik doğuran hakkın kullanılmasından sonra, buna hemen tepki vermeyip, defi ileri sürmememesine rağmen, günler, haftalar, aylar sonra uyuşmazlık mahkemeye taşıdığında borçlunun defi ileri sürmesi ve bunun sonucunda yenilik doğuran hakkın sonuçlarını bertaraf etmesi kolaylıkla kabul edilemez.

Kanaatimizce Alman Hukuku'nda bir kısım doktrin tarafından ileri sürülen Türk Hukuku'nda *Buz* tarafından kabul edilen bu görüş, genel itibariyle isabetli olmakla birlikte, her durumda kabul edilebilir değildir. Zira borçlunun *gecikerek* defi ileri sürdüğü durumda, definin ileri sürülmesinin sonuçlarından yararlanamayacağı hususu her durumda söylenemez. Bu hususta her bir somut olayın özelliği gözönüne alınarak, borçlunun defiyi ileri sürmesinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı ayrıca incelenmelidir. Gecikmeksizin ileri sürmesinin gerekliliği her durumda somut olayın özelliği gözönüne alınarak değerlendirilmelidir. Bu halde gecikmeksizin ileri sürülme anının başlangıcı ve sona erdiği an hangi andır sorusu gündeme gelecektir? Diğer deyişle hangi andan itibaren borçlu defiyi gecikmeksizin ileri sürmelidir veya hangi

[1046] Alman Hukuku'nda bu çözümü ileri süren görüşler için bkz. Chris Thomale, **"Die Einrede als materielles Gestaltungrecht"**, AcP 2012/ 212, s. 945-946; **Gröschler**, s. 87.

andan itibaren artık defi ileri sürülmesine imkan tanınmamalıdır? Sorunun ilk kısmı bakımından, görüşlerden yola çıkıldığında, alacaklının seçim hakkını yaptığı ve bunu borçlunun öğrendiği andan itibaren defiyi uygun süre içerisinde ileri sürmesi makul görülmelidir. Ancak bu halde dahi defi ileri sürmeyen borçlu, alacaklının içinde bulunduğu durum gereği yenilik doğuran hakkın etkilerinin bertaraf edilmesinden belirtilen anlamda etkilenmediği halde, daha sonra da ileri sürebilmelidir. Örneğin sadece sözleşmesel bağlılığı sona erdirmek ve bu surette karşı edimi ifa etmekten kurtulmak için sözleşmeden dönme hakkını seçen alacaklının henüz karşı edimi değerlendirmediği veya sözleşmeden dönmenin sonuçları bakımından harekete geçmediği ihtimalde, defi gecikmeksizin ileri sürülmediğinden artık definin ileri sürülmeyeceğini kabul etmek isabetli olmaz. Defi hakkının temerrüdün sonuçları bakımından sınırlandırılması bir yandan da defi ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği halleri akla getirmektedir[1047]. Bu kapsamda şayet sözleşmeden dönme hakkı kullanıldıktan sonra defi ileri sürmekle borçlunun elde edeceği yarar ile alacaklının uğrayacağı zarar arasında orantısızlık ortaya çıkmış ise definin ileri sürülebilirliğinin sınırlandırılabileceğinden bahsedilebilir. Sonuç itibariyle her bir somut olayın özelliği değerlendirilerek bir sonuca varılması isabetli olacaktır. Herhalde seçim hakkının kullanılmasından önceki zaman diliminde, borçlunun defi ileri sürmesi temerrüdün sonuçlarını ortadan kaldıracaktır.

Definin varlığının temerrüdü engellediği görüşünü ileri sürenlerin dayandığı bir diğer gerekçe olan, alacaklının karşı edimi en azından teklif etmesinin, edim borcunun muacceliyetinin bir şartı olduğu hususuna, Türk ve İsviçre Hukuk sistemlerinde muacceliyetin, kural olarak, herhangi bir şarta bağlanmadığı hususuyla karşı koyulabilir. TBK m. 90'da aksi anlaşılmadıkça her borcun doğumu anında muaccel olacağını belirten hüküm bu sonucu destekler. Konu tartışmalı[1048] olmakla birlikte,

[1047] Aynı yönde görüşe göre, borçlunun defi ileri sürmeyerek sözleşmeden dönmeye rıza gösterdiği veya uzunca bir süre defi ileri sürmeyerek alacaklıda hakkın kullanılmayacağına dair haklı güven oluşturduğu ihtimalde definin ileri sürülebilirliğinin sınırlandırılabileceğinden bahsedilebilir. Bu halde definin ileri sürülebilirliğinin sınırlandırılması dürüstlük kuralına dayanır. Bkz. **Yıldız**, s. 67-68; ayrıca bkz. yukarıda §3 IV.

[1048] Definin ileri sürülmesinin muacceliyeti etkileyip etkilemediği hususu tartışmalıdır. Türk ve İsviçre Hukuku'nda savunulan baskın görüşe göre, borçlu defi ileri sürse dahi, muacceliyet devam eder. Alacaklı, karşı edimi ifa ederek veya ifasını teklif ederek definin gerekçesini basitçe ortadan kaldırabilir ve alacağını talep edebilir. Bu nedenle, kural olarak, muacceliyet ile başlayan zamanaşımı, alacaklı tarafından definin gerekçesi ortadan kaldırılabilir olduğu sürece definin ileri

baskın görüşün kabul ettiği üzere, defi ileri sürülse dahi, definin ne varlığı ne de ileri sürülmesi edim borcunun muacceliyetini etkilemeyeceğinden, bu sonuç evleviyetle kabul edilmelidir. Görüşün ileri sürdüğü gerekçelerden en isabetli olanı, alacaklının en azından karşı edimin ifasını teklif etmemesi durumunda, borçlunun sözleşmeye aykırı davranmadığıdır. Ancak biz defi ileri süren borçlunun, fonksiyonel synallagmayı ve ifadan kaçınmakla sözleşmeye aykırı davranmadığı hususunu ortaya koyması gerektiğini savunduğumuzdan, defi ileri sürülmediği sürece, borçlunun salt edimin ifasından kaçınması onu borca aykırılığın sonuçlarından kurtarmayacaktır[1049].

İkinci görüşün ileri sürdüğü gerekçe, görüşün, borçlunun savunmasının hukuki niteliği bakımından talebin içeriğinin sınırlandığı yönünde olduğu görüşünü savunması ve buna dayanması nedeniyle ileri sürmek zorunda olduğu bir gerekçedir. Biz bu hususta, savunmanın defi niteliğinde olduğunu kabul ettiğimizden bu gerekçenin de isabetli olmadığı kanaatini taşımaktayız.

Üçüncü görüşün ileri sürdüğü alacaklının, karşı edimi ifa veya ifasını teklif etmedikçe sözleşmeye uygun davranmamış olacağı ve talepte bulunmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği yönündeki gerekçe de kabul edilebilir değildir. Zira edim ile karşı edimin, edimin ifasına zorlanabilirlik bakımından bağlılığı ancak definin

---

sürülmesiyle durmaz. Aksi takdirde muacceliyet engelleneceğinden zamanaşımının da işlememesi gerekirdi. Bu görüş için bkz. **Gauch**, N. 2381; **BaslerK/ Zindel/ Pulver**, Art. 372 N. 13; **Koller**, Onarım, N. 372; **Schenker,** N. 242; **de Feo**, N. 72-74; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 191; **Barlas**, s. 26; aksi sonucun kabulü, borçluya edimin ifasından kaçınma hakkı tanındığı durumlardan alacaklının faydalanmasına yol açar. Bkz. **Schenker**, N. 243; Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Jahr**, s. 302; aksi yöndeki isabetsiz görüşe göre ise, defi alacağın muacceliyetini ortadan kaldırır. Zira defi ileri sürülene kadar muaccel olan alacak hakkının, defi ileri sürüldükten sonra artık talep edilememesi nedeniyle defi muacceliyeti ileriye etkili olacak şekilde sona erdirir. Bu görüş için bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 136; **BernerK/ Weber**, Art. 75, N. 97; Art. 82, N. 212 Art. 102, N. 59; **Becker**, Art. 102, N. 5; **CHK / Wey**, Art. 102, N. 46; **Tunçomağ**, s. 905; **Feyzioğlu**, s. 231; Haluk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, Vedat, İstanbul, 2010, s. 470; **Önen**, s. 40; definin unsurlarının gerçekleşmemiş olmasını muacceliyetin gereklilikleri arasında yer veren görüş için bkz. **Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey**, N. 2206.

Kanaatimizce defi ileri sürüldükten sonra alacaklının karşı edimi en azından teklif edebilme imkanı vardır ve borcun ifasının talep edilebilirliği nihai şekilde olumsuz etkilenmemektedir. Alacaklı karşı edimi elde edebilme imkanı sunduğu sürece, borçludan edimin ifasını talep edebilecektir. Bu nedenle definin ileri sürülmesinin muacceliyeti ortadan kaldıracağı görüşü isabetli değildir. Bunun yanında bir an için definin ileri sürülmesinin muacceliyeti ortadan kaldıracağı ileri sürülürse karşı edimin ifasını teklif etmeyen alacaklı ayrıca zamanaşımının işlemeye devam etmesini de engelleyecektir. Ancak herhalde işleyen zamanaşımın durması sözkonusu olmaz. Bu durum ise ilk görüşün isabetli şekilde belirttiği üzere kabul edilebilir değildir. Bu nedenle ilk görüş isabetlidir.

[1049] Borçlu başka bir sebeple edimin ifasından kaçınabileceğinden, definin varlığının bu gerekçeyle temerrüdü engellediği kabul edilirse, definin varlığı bu başka sebeble kaçınmaya kılıf olacaktır. Borçlunun karşı edimin ifa edilmediği veya ifasının teklif edilmediği nedenine dayanarak kaçınıp kaçınmadığı definin ileri sürülmesiyle anlaşılabilir. Bkz. **Buz**, s. 100.

ileri sürülmesi ve fonksiyonel synallagmanın ortaya konulmasıyla mümkündür. Defi ileri sürülmedikçe, karşı edimin ifasını en azından teklif etmemiş olan alacaklı sözleşmeye aykırı davranmış olmaz. Bu nedenle bu gerekçe de isabetli değildir[1050].

2. Definin İleri Sürülmesinin Borçlu Temerrüdünü Engelleyeceği Görüşü

Türk ve İsviçre Hukuku'nda baskın[1051], Alman Hukuku'nda azınlıkta olan görüşe[1052] göre, definin varlığı değil, ancak definin ileri sürülmesi temerrüdü engelleyecektir. Defi, ileri sürülmekle hükümlerini geriye etkili olarak doğuracak ve temerrüdün ortaya çıkan sonuçlarını giderecektir.

Bu görüşü savunanlardan *Buz*'a göre, tarafların edimlerini hangi sıra ile ifa edeceği ifa talebinin –konu bakımından- esasına yönelik bir unsur değildir. Kanunkoyucu tarafların hangi sıra ile ifayı gerçekleştireceğini onların iradesine bırakmıştır. Taraflar bu hususu düzenlememişlerse, kanunkoyucu karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde aynı anda ifa prensibinin uygulanacağını kabul etmiştir. Bunun yanında kanunkoyucu, aynı anda ifa prensibine uyulup uyulmadığının denetimini bir hukuk politikası tercihi olarak taraflara bırakmıştır. Borçlu defi ileri sürmedikçe hakimin re'sen harekete geçmesini gerektiren herhangi bir sebep yoktur. İfa sırası bakımından taraf iradesine öncelik veren kanunkoyucunun aynı anda ifa prensibine uyulup uyulmadığının denetimini taraf iradelerinden alarak, doğrudan müdahale etmesi kolaylıkla açıklanamaz. Bu nedenle tek başına definin varlığı temerrüdü sona erdirmeyip, ileri sürülmesi gerekir.

Kanaatimizce, daha önce biz de edimin ifasından kaçınma hakkının bir defi niteliğinde olduğunu ve ileri sürülüp sürülmeyeceği hususunun borçluya bırakıldığını kabul ettiğimizden temerrüdün sonuçlarının bertrafı için definin ileri sürülmesi

---

[1050] Alacaklının sözleşmeye aykırı davrandığı hususuna dayanılabilmesi için borçlunun defiyi ileri sürmesi gerektiği hususunda aynı yönde isabetli görüş için bkz. **Buz**, s. 100.

[1051] **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 192 vd; **Schaller**, N. 457; **Kaniti**, s. 155; **von Tuhr/ Escher**, s. 136; **Buz**, s. 99 vd; **Guhl/ Koller**, s. 252; **Bucher**, AT, s. 356; **Stöckli**, N. 241; **Kostkiewicz**, Art. 82, N. 3.; **Kılıçoğlu**, s. 759-760; **Oğuzman/ Öz**, N. 1115; **Barlas**, s. 26, 66 vd., 74; **Yıldız**, s. 66.

[1052] **Jahr**, s. 301-302; **Adler**, s. 11; **Hüffer**, s. 231; **Thomale**, s. 939-940 *Hüffer*'e göre, definin varlığının temerrüdü engelleyeceği görüşünün borçluyu koruma yönündeki eğilimini abarttığı görülebilir. Pratige daha uygun olan görüş davalının defiye dayanabilme imkanı olduğu ancak dayanmak zorunda olmadığı ve bu hususta karar verme yetkisinin kendisine bırakılmış olduğunu kabul eden görüştür. Bkz. **Hüffer**, s. 231; Türk Hukuku bakımından aynı gerekçe ile aksi görüşü reddeden görüş için bkz. **Barlas**, s. 74.

gerektiğini savunmaktayız. Bu hususi gerekçelerimiz kaçınma hakkının hukuki niteliği hususunda belirttiğimiz gerekçelerden oluşmaktadır[1053].

Özellikle Türk ve İsviçre Hukuku'nda definin ileri sürülmesi gerektiği savunanlar arasında definin ileri sürüldüğü durumda definin etkisinin hangi andan itibaren başlayacağı hususunda iki farklı görüş ortaya çıkmıştır.

Bir görüşe[1054] göre, defi, ileri sürüldüğü andan itibaren hüküm ifade edeceğinden, temerrüdün sonuçları da bu andan itibaren ortadan kalkacaktır.

Bu görüşe karşı çıkan baskın görüşe[1055] göre, borçlu definin şartlarının doğumundan önce temerrüde düşmüş ise, temerrüdün doğduğu an ile definin şartlarının doğduğu an arasındaki zaman dilimi içerisinde mevcut temerrüdün sonuçlarından sorumlu olacaktır. Borçlunun sözkonusu zaman için defi hakkı doğmadığından, definin geriye etkisi burada söz konusu olmayacaktır. Aksi sonucun kabulü, borçlunun -definin şartlarının mevcudiyetinden önceki dönemde gerçekleşen- sözleşmeye aykırı davranışını ödüllendirmek olur. Bu nedenlerle definin tamamen (vollumfängliche Rückwirkung) değil, kısmen (teilweise Rückwirkung) geriye etkili olduğundan bahsedileblir.

Yine bu görüşü savunanlardan *Buz* 'a[1056] göre, şayet definin ileri sürüldüğü andan itibaren hüküm ifade edeceği kabul edilirse, bir miktar parayı ödemekle

---

[1053] Bkz. yukarıda §1 III 5.

[1054] **CHK / Wey**, Art. 102, N. 46; **Koller**, AT, s. 877-878; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 214; *Weber*, ancak borçlu temerrüdünü kaleme aldığı bölümde, definin şartlarının doğumundan itibaren temerrüdün sonuçlarının ortadan kalkacağını, ondan önceki zaman dilimi bakımından temerrüdün sonuçlarına dokunulmayacağını kabul ederek metindeki görüşle çelişkiye düşmüştür. Bkz. **BernerK/ Weber**, Art. 102, N. 61; hatta aksi görüşü savunan *Schaller* de kendi görüşünü desteklemek adına *Weber*'in bu görüşü kabul ettiğini belirtmektedir. Bkz. **Schaller**, N. 139 dn.; tartışmaya değinmeksizin *Weber*'in metindeki görüşüne dayanan görüş için bkz. **Eren**, s. 1017; TBK m. 98'e dayanan defi bakımından definin ileriye etkili olduğu yönünde isabetsiz görüş için bkz. **Çapri**, s. 430.

[1055] **Schenker**, N. 244-246; **BernerK/ Weber**, Art. 102, N. 61; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 194; **Buz**, s. 102- 103; **Schaller**, N. 139; **Oğuzman/ Öz,** N. 1115; *Schaller*, bu görüşe katılmakla birlikte, kanaatimizce sehven, temerrüdün doğduğu an ile definin *ileri sürüldüğü* an arasında temerrüdün sonuçlarının devam edeceği ifadesini isabetsiz şekilde kullanmış görünmektedir. Zira gerekçesi sadece şartlarının doğduğu andan itibaren hüküm ifade edecek şekilde geriye etkili olacağı görüşünü destekler niteliktedir. Bkz. **Schaller**, N. 139; bu ihtimalin, karşı edimin muacceliyetinin edimin ifasına bağlanmadığı ancak edimin karşı edimden daha önce muaccel olduğu durumda gündeme geleceği yönünde bkz. **Buz**, s. 103 dn. 42.
Alman Hukuku'nda bu görüş için bkz. **Jahr**, s. 302; usuli etkileri olduğundan dolayı definin ileri sürülmesi gerektiği, defi ileri sürülürse borçlu temerrüdünün şartların oluştuğu andan itibaren geriye etkili olarak sona ereceği hususunda bkz. **Staudinger/ Schwarze**, BGB §320, N. 44.

[1056] **Buz**, s. 102-103;

yükümlü olan borçlunun defi ileri sürmesi durumunda hakim alacaklının aynen ifa talebini reddedecek ancak o ana kadar işlemiş gecikme faizinin ödenmesine hükmedecektir. Diğer bir deyişle, aynen ifayı gerçekleştirmekten kaçınabilecek borçlu, aynen ifayı gerçekleştirmediği için gecikme faizi ödemek zorunda kalacaktır. Bu görüş, definin varlığının temerrüdü engelleyeceğini ileri süren ve temerrüdün sonuçları bakımından davanın reddedileceği ancak aynen ifa bakımından kabul edileceği yönündeki görüşün düştüğü çelişkiye düşmektedir. Bu nedenle definin, geçmişe etkili olarak temerrüdün sonuçlarını ortadan kaldıracağı kabul edilmelidir.

Kanaatimizce bu son belirtilen husus bakımından definin hüküm ifade etmesinin onun şartlarının oluştuğu andan önceye de hasretmek mümkün olmadığından, bunun için ne hukuksal ne fiili herhangi bir dayanak olduğundan, definin geçmişe etkili olarak hüküm ifade ettiği ve hüküm ifade etmeye başlama anının şartlarının oluştuğu an olduğunun kabul edilmesi zorunludur. Bu açıdan baskın görüş isabetlidir. Edim karşı edimden daha önce muaccel olsa dahi definin şartları gerçekleşmediği zaman için ortaya çıkacak temerrüdün sonuçlarını defi vasıtasıyla ortadan kaldırmak mümkün değildir. *Buz*'un ileri sürdüğü eleştirilerden birisi olan, defi ileri süren borçlunun, ileri sürdüğü ana kadar işleyecek gecikme faizinden sorumlu olmak zorunda bırakılacağı ve bu hususun kabul edilmesinin definin varlığının temerrüdü engelleyeceği görüşünü savunanların düştüğü çelişkiye düştükleri yönündeki eleştirisi gözönüne alındığında aynı eleştiri *Buz*'a karşı da yöneltilebilir. Zira defi ileri sürüldüğü durumda definin şartlarının oluşumundan önce ortaya çıkan temerrüdün sonuçları definin şartlarının doğduğu ana kadar hüküm ifade edecektir. Bu halde dahi - *Buz*'un eleştirdiği-, aynen ifa ile yükümlü olmaktan kurtulan borçlunun o ana kadar işleyecek gecikme faizi ödeme zorunluluğunda kalacağı ortadadır. Bu nedenle *Buz*'un, definin ileriye etkili olduğu görüşünü çürütmek için kullandığı bu gerekçe isabetli değildir. Örneğin, alıcının 01.01.2017 tarihinde muaccel olan bedel ödeme borcu henüz ifa edilmediği sırada satıcının satılanın mülkiyetini ve zilyetliğini devir borcu 10.01.2017'de muaccel olmuş ise, definin şartları 10.01.2017 de doğmuş olacak, alıcıya karşı açılan davada, alıcı defiyi ileri sürerse defi ancak 10.01.2017'den itibaren hüküm ifade edecek,

01.01.2017-10.01.2017 tarihleri arasında işleyen gecikme faizine hükmedilecektir[1057]. *Buz*, definin şartlarının doğduğu andan itibaren hüküm ifade eder görüşü kabul edilse dahi aynen ifa talebi reddedilen alacaklıya karşı borçlunun gecikme faizi ödemekle yükümlü olabileceği hususunu ihmal etmekte, bu yüzden diğer görüşü eleştirirken kullandığı gerekçe nedeniyle çelişkiye düşmektedir.

Bundan bağımsız olarak, genel itibariyle belirtmek gerekir ki, definin ileriye etkili olduğu görüşü ise yerinde değildir. Zira bu görüş bir an için kabul edilse, definin şartları oluştuğu andan itibaren, kendisine karşı bir talep ileri sürüldüğü ihtimalde defiyi kullanabilecek olan borçlu, definin şartları oluştuğu andan itibaren henüz

[1057] Alman Hukuku'nda definin varlığının temerrüdü önleyeceği görüşünü savunan Yazarlar örnekte belirtilen ihtimalde, definin varlığının temerrüdü sona erdireceği sonucunu belirli ölçüde sınırlandırmışlardır. Buna göre, kural olarak, alacaklı, borçluyu alacaklı temerrüdüne düşürecek şekilde karşı edimin ifasını teklif ederse bu durumda definin varlığıyla ortaya çıkan bu koruma artık sona erer. Definin şartlarının, edimin ifa edil(e)memesi ve ihlalin sonuçlarının doğmasından sonra bir zamanda ortaya çıktığı ihtimalde, definin açık varlığının temerrüdün sonuçlarını engelleyici etkisi yoktur. Örneğin art arda teslimli satış sözleşmesinde, borçlunun kendi edimi bakımından borçlu temerrüdüne girmesinden sonra definin şartlarından karşı edim borcunun muaccel olması şartı gerçekleşmiş ise, borçlu defiye dayanarak temerrüdü sona erdiremez. Alacaklı karşı edimi gereği gibi ifa etmeyerek kendisinin ileri sürebileceği definin varlığı nedeniyle karşı edim borcu bakımından temerrüde girmezken, borçlu, alacaklıyı alacaklı temerrüdüne düşürecek şekilde edimin ifasını teklif ederek, edim borcu bakımından temerrüdü sona erdirmediği sürece, borçlu definin temerrüdü veya ihlali sona erdirici etkisinden faydalanamaz. Her iki tarafın borcu muaccel ise ve borçların ifasının gerçekleştirilmesi taraflara kalmış ise(taraflarda tıkanmış ise), hangi tarafın, definin varlığının temerrüdün sona erdirici etkisinden yararlanacağı sorusunun cevabı, hangi tarafın daha önce kendi borcunun ifasını gerçekleştirmediğinde yatar. Bir taraf karşı edim borcunun muaccel olduğu zamanda kendi edimi bakımından temerrütte idiyse veya her iki tarafın edimi aynı anda muaccel olsa da bir taraf, karşı tarafın karşı edimin gereği yerine getirmesi karşılığında edimin aynı anda ifası talebini karşılamamış ise, bu durumda sadece karşı taraf (karşı edim borçlusu) definin varlığının temerrüdü sona erdirici etkisinden yararlanır. Alman Hukuku'nda ileri sürülen bu görüş için bkz. **Soergel/ Gsell,** §320, N. 81; **Erman/ Westermann**, §320, N.7; **StaudingerK/ Schwarze**, §320, N. 38; **MünchenerK/ Emmerich**, §320, N. 37-38.
Öncelikle definin varlığının borçlu temerrüdünü engelleyeceğini savunan görüşlerin, karşı edimin daha sonra muaccel olması halinde borçlunun definin varlığının ortaya çıkardığı sonuçlardan doğrudan yararlanamayacağı yönünde değerlendirmesi bu görüşün ortaya çıkardığı sorunun yine bu görüş tarafından da kabul edilmesi anlamını taşır. Çözüm olarak bu görüşü ileri sürenlerin artık definin ileri sürülmesinin yararı olmayacağı ve borçlunun salt edim teklifi değil, edimin ifasını, alacaklıya karşı edimle aynı anda teklif etmek zorunda kalması, definin uygulama alanını definin niteliğine aykırı şekilde daraltacaktır. Bu görüş, definin karşı edim sonradan muaccel olduğu ihtimalde, şartları gerçekleştiği andan itibaren temerrüdü engelleyeceği değerlendirmesi yapsaydı, definin uygulama alanını gereksiz şekilde daraltmak zorunda kalmazdı ve görüşleriyle tutarlı olurdu. Bunun yanında, borca aykırılığın gerçekleştiği zamandan sonra, definin şartlarının oluştuğu durumda bir tarafın definin varlığının ortaya çıkardığı sonuçlardan yararlanarak temerrüde düşmeyeceği diğer tarafın ise bu sonuçlardan yararlanmaması nedeniyle temerrüde düşeceği hususu Türk ve İsviçre Hukuku 'na yabancı bir değerlendirmedir, isabetli değildir. Karşı edim borçlusunun karşı edimin ifası karşılığında edimin aynı anda ifası yönünde talepte bulunması, karşı edim borcu bakımından ifa teklifini yaptığı yönünde değerlendirilirse, ayrıca definin şartlarının oluşması engellendiğinden ne varlığı ne de ileri sürülmesi temerrüdün ortaya çıkışını önleyecektir.

kendisinden edimin ifası istenmese dahi, kaçınmanın borca aykırılık teşkil etmemesi için bir an önce defiyi ileri sürmek zorunda kalacaktır. Bu görüş kabul edilirse borçlu böyle bir zorunluluk altına girecek, definin ileri sürülmesinin külfet olması ve bu külfetin kapsamı, definin amacına aykırı şekilde genişletilmiş olacaktır. Herhade -daha önce belirttiğimiz üzere- sınırını alacaklı ve borçlunun menfaat dengesini sağlama amacı ve genel olarak hakkın kötüye kullanılması çizecek olmakla birlikte her durumda borçluyu temerrüdün sonuçlarını bir an önce engellemek için defiyi ileri sürmek zorunda bırakmak isabetli değildir. Bu nedenle definin ileriye etkili olduğunu ileri süren görüş kabul edilebilir değildir.

Yargıtay [1058] ve İsviçre Federal Mahkemesi definin ileri sürülmesi gerektiğini aramıştır.

[1058] Y. 19 HD. 15423/ 2611 T. 30. 03. 2017 (**Kazancı**) : *"…taraflar arasında bakliyat paketlemek için volumetrik düzenli tam otomatik paketleme makinesinin satışı ve montajı ile ilgili 03.02.2009 tarihli sözleşme yapıldığının ihtilafsız olup, sözleşmede öngörülen montaj ve devreye alma işleminin davalı tarafça yapılmadığının tespit sonucu belirlendiği, sözleşme ile bedelin kısım kısım ödenmesi karşılığında makinenin tesliminin kararlaştırılmadığı ancak ödemelerin zamanında yapılmadığı bu sebeple davalının halen makine parçasını teslim etmekten **i**mtina ettiği, **bu kaçınmanın akdin ifa edilmediği define dayalı bir kaçınma olduğu**, davalının ödeme yapılmamasına dayalı olarak makine parçasını teslim etmediği, olayda makinelerin parçalarının tamamının montajıyla kullanılabilir halde teslim edilmemesinden ötürü davalının sözleşmeye aykırı bir davranışı bulunmadığından davacının **sözleşmeden dönme**sinin haklı olmadığı,.."*; aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Y. HGK. 19 -498/ 572 T. 28. 9. 2011 (**Kazancı**): *"…Borçlu temerrüdünün gerçekleşebilmesi için, ifanın mümkün olması, borcun muaccel hale gelmesi ve uygun bir ihtar ile birlikte, alacaklının temerütte bulunmaması; borçlunun, kendisine ifadan kaçınma yetkisi veren bir def'i ileri sürmemiş olması gerekir…"*; aynı yönde bkz. Y. HGK. 19 -255/ 347 T. 23. 6. 2010 (**Kazancı**).

Y. 15. HD. 987/ 1660 T. 13. 12. 1982 (**YKD**. 10/1982 s. 1448 vd.) *"…Karşılıklı edimleri içeren sözleşmenin yerine getirilmesinde hangi tarafın temerrüde düştüğünü saptamak gerekir… üç adet plak dışında aynı türden eserleri okumağa yanaşmamak suretiyle davacının temerrüde düştüğünün kabulü gerekir….Öte yandan, davacının okuduğu plâk adedinin sözleşmede kararlaştırılan değerini aşacak miktarda kendisine ödeme yapılmış ve **davalı firmaca davacıya 6.12.1974 tarihinde tebliğ edilen ihtarnamenin 2. maddesinde ihtarname tarihine kadar okunması gereken plâkların tamamlanması halinde bedellerinin ödeneceği teklif edilmiştir.** Anılan bu delliiler ve dosyadaki belgeler karşısında fesih hakkının davacıya ait olduğu kabul edilemez. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde akdin ifasını talep eden kimse, akdin koşullarına ve niteliğine göre bir önelden yararlanma hakkına sahip olmadıkça öncelikle kendi borcunu yerine getirmek yada ifasını teklif etmek zorundadır (BK.nun m. 81). Olayda davacının böyle bir tutum içine girmediği, aksine yukarıda açıklandığı üzere sözleşme ile yüklendiği edimi yerine getirmekten kaçındığı açıktır…"* Bu kararda davacının karşı edime karşılık gelen edim kısmını almasına rağmen, ileride yapılacak edim borcunun ifasının yerine getirilmediğine dayanarak davalıyı temerrüde düşürmek istediği ve buna dayanarak sözleşmenin fehsi hakkını kullandığı görülmektedir. Yargıtay'ın gerekçe itibariyle yeterli olmayan kararı sonuç itibariyle isabetlidir. Bu kararda Yargıtay, kararın gerekçesinin, davalının temerrüde düşmediği zira definin şartlarnın doğduğu andan itibaren etkili olan definin ileri sürüldüğü bu nedenle davalının temerrüde düşmediği hususu olduğunu ortaya koymalıydı.

İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 123 III 21-22 (16).**

C. Defi ve Zamanaşımının Birbirine Etkisi

Edim borcunun zamanaşımına uğramamış olmasına rağmen (ki aksi durumda zamanaşımı defi ileri sürebilme imkanı saklıdır) karşı edim borcunun zamanaşıma uğradığı durumlarla karşılaşılabilir. Böyle bir durum ile örneğin, edim alacağına ilişkin zamanaşımı durmuş veya kesilmiş olmasına rağmen karşı edim alacağına ilişkin zamanaşımının devam etmesinde karşılaşılabilir. Acaba bu hallerde borçlu karşı edim alacağı zamanaşımına uğradıktan sonra borcun ifa edilmediği defini ileri sürebilecek midir?

Bir görüşe göre[1059], karşı edim alacağının zamanaşımına uğraması, herhalde definin ileri sürülmesini engellemez. Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu çeşitli

[1059] **von Tuhr,** s. 234; **Kaniti,** s.109; **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1099; **Eren**, s. 1014-1015; **Erdem,** s.358-359; **Öz**, Eksik Borç, s. 112 dn. 26.
Alman Hukuku'nda BGB §215'e göre, takasın veya genel kaçınma hakkının(BGB §273) ileri sürülebileceği anda talep zamanaşımına uğramamış ise, zamanaşımı takasın veya genel kaçınma hakkının ileri sürülmesini sona erdirmez. Alman Hukuku'nda modernizasyon öncesi BGB §390 a.F. sadece takasa ilişkin iken, o dönemde doktrinde ve uygulamada hükmün borcun ifa edilmediği define de kıyas yoluyla uygulanması savunulmaktaydı. BGB §215 ifadesinde artık hem takası ve hem de genel kaçınma hakkını (Zurückbehaltungsrecht) içermesine rağmen, hükmün borcun ifa edilmediği defi bakımından da uygulanacağı kabul edilmektedir. Ancak borcun ifa edilmediği defi için karşı edim bakımından zamanaşımı sona ermeden önce, her iki edimin muaccel olması zorunlu olmayıp, karşı edimin edim ile mübadele ilişkisi içerisinde bulunması yeterlidir. Bkz. **MünchenerK/ Grothe**, §215, N. 4; **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N. 32; **Larenz,** s.169 dn.3; **Roth,** s.56,58-59; **Brox/ Walker**, §13 N.15; **Lorenz/ Riehm**, N. 83; **§**§14 N.6; farklı gerekçelerle aynı yönde bkz. **Ernst**, Acp, s. 496-497 BGB §215'in borcun ifa edilmediği defi bakımından kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. **Weiler**, §12, N. 12; alıcının veya iş sahibinin ayıbın giderilmesine ilişkin alacak hakkı olduğu sürece, aynı sonuç burada da geçerlidir. Bu husus satış sözleşmesi için BGB §438, eser sözleşmesi için BGB §634a'dan çıkar. Bkz. **StaudingerK/ Schwarze,** §320, N. 32; aynı yönde Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGH V ZR 40/ 05 19.05.2006** (NJW, 2006, s. 2775); Modernizasyon öncesi, Alman Hukuku'nda ileri sürülen görüşler için bkz: Defilerin zamanaşımına uğramayacağı yönündeki prensip gereği (*Quae ad agentum sunt temporolia, ad excipiendum sunt perpetua*), definin hukuki ilişkiden doğduğu, bağımsız nitelikte olduğu bu nedenle borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebileceği yönünde bkz. **Ennecerus/ Lehmann**, §33, II, 4; zamanaşımı defi ileri sürülmemişse mümkün olduğu yönünde bkz. **Oertmann**, §320, N. 8 (e); bu prensibin bağımsız defiler bakımından sözkonusu olduğu alacağa bağlı defiler bakımından, alacak zamanaşımına uğramış ise definin ileri sürülemeyeceği yönünde aksi görüş için bkz. Siegmund Wassermann, **Zurückbehaltungsrecht auf Grund von Naturalobligationen, insbesondere auf Grund verjährter Forderungen**, Berlin, 1929, s. 55 vd.
İsviçre Hukuku'nda aynı yönde görüşe göre, eser sözleşmesinde ayıptan doğan haklar zamanaşımı süresi içerisinde ayıbın ihbar edilmesi şartıyla, zamanaşımın dolmasından sonra da defi suretiyle ileri sürülebilir ve bu defiler arasında borcun ifa edilmediği defi de yer alır. (OR Art. 371 III'ün yaptığı atıf gereği OR Art. 210 V). Bu nedenle, iş sahibi onarım hakkı zamanaşımına uğramış olsa dahi bedel ödeme borcunun ifasından kaçınma hakkına sahiptir. Bu sonuç, zamanaşımının onarım hakkını sona erdirmediği sadece yüklenicinin iradesine karşı dava yoluyla ifa edilebilirliğini engellemesi sonucundan da çıkar. Bu nedenlerle onarım hakkının zamanaşımına uğraması, iş sahibinin defi ileri sürerek bedelin ödenmesi borcunun ifasından kaçınmasını engellemez. Bkz. **Brändli**, N.974-975, 1074; **Tschütscher**, N. 228; **Koller**, Onarım, N. 392, 326; **Gauch**, N. 2293, 2384; bu halde onarım hakkının ayıp ihbarı uygun zamanda yapılmadığından mevcut olmaması ile, onarım hakkının zamanaşımına uğramasını birbirine karıştırmamak gerekir. İlkinde ayıp ihbar

hükümlerinde talep zamanaşımına uğrasa dahi definin ileri sürülebileceğini açıkça düzenlemiştir. Borçlar Kanunu'nda haksız fiilde zarar gören aleyhine(TBK m.72), sebepsiz zenginleşmede fakirleşen aleyhine bir borç doğduğunda(TBK m.82), satılanın ayıbı nedeniyle iki yıllık süre içerisinde ayıbın bildirilmesi şartı ile bu süre geçse dahi ileri sürülebilecek ayıp definde(TBK m.231 II), talebin zamanaşımına uğramasına rağmen, defi ileri sürülebilme imkanı kabul edilmiştir. Bu hükümleri, defilerin zamanaşımına uğramayacağı yönündeki kanunkoyucunun anlayışını yansıtan hükümler olarak nitelendirip, zamanaşımının, ileri sürüldüğünde sadece talebin icrasını engelleyici niteliğine uygun düştüğünü belirtmek gerekir.

Ancak aksi yönde görüşe[1060] göre, OR Art. 120 III (TBK m. 139 III) 'de, zamanaşımına uğramış bir alacağın takasının, ancak takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olması koşuluyla mümkün olabileceği belirtilmiştir. Benzer menfaat durumu gözönüne alındığında bu hüküm kıyasen borcun ifa edilmediği defi

---

edilmediğinden ayıptan doğan haklar mevcut olmayacağından hiç veya gereği gibi ifa edilmediği veya ifasının teklif edilmediği ileri sürülebilecek bir alacak hakkı doğmayacaktır. Bu ihtimalde kaçınma hakkı da yoktur. Bkz. **Brändli,** N.975.

Gauch, OR Art. 210 Abs II (V)'in borcun ifa edilmediği defi için ancak kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürer. Zira ona göre defi, OR Art. 210 Abs II(V)'de belirtilen zamanaşımı sona erse dahi ileri sürülebilecek ayıp defi arasında yer almaz. Bu görüş için bkz. **Gauch**, N. 2293; *Gauch*'un bu noktada, OR Art. 82'den doğan definin onarım hakkının ifa edilmesine hizmet ettiği ve bu bakımından doğrudan OR Art. 210 Abs. II(V)'de yer alan defi niteliğinde olduğu hususunu gözardı ettiği yönünde görüş için bkz. **Koller**, Onarım, N. 326-327; **Tschütscher**, N.228 dn. 379; zamanaşımı dolmasına rağmen, defi yoluyla alacağın ileri sürülmesinin, zamanaşımına uğramış alacakların eksik borç niteliğini zayıflattığı yönünde bkz. **Tschütscher**, N. 222; bu zayıflama kanaatimizce mübadele ilişkisinden kaynaklanır.

İsviçre Hukuku'nda aksi yöndeki görüşe göre ise, kanunda zamanaşımına uğramış alacakların defi yoluyla ileri sürülebileceği durumların özel şekilde düzenlenmesi, bu haller dışında kalan zamanaşımına uğramış alacakların defi yoluyla ileri sürülmesi ve bu hususun genel kural katına çıkarılamayacağı hususunda bilinçli bir boşluğun kabulüne yakın durur. Bu nedenle özel bir düzenleme olmadıkça zamanaşımına uğramış alacakların defi yoluyla ileri sürülmesine imkan tanınmamalıdır. Bkz. Peter Nabholz, **Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs**, Aaarau, 1961, s. 170-173; Alman Hukuku'nda da özellikle modernizasyon öncesi BGB §390 a.f. (TBK m. 139 III/ OR Art. 120 III) düzenlemesinin kaçınma hakkında uygulanmayacağı ve genel kural katına çıkarılamayacağı yönünde İsviçre Hukuku'nda ileri sürülen Nablonz'in eleştirisine benzer eleştiriler ileri sürülmüş ancak hükmün kaçınma hakkı bakımından uygulanmasının yerinde olduğu kabul edilmiştir. Modernizasyon sonrası BGB §215'de de genel kaçınma hakkına yer verilmiştir. Modernizasyon öncesi tartışmalar ve değerlendirme için bkz. **Kast**, s. 126 vd.

[1060] **Simmen**, s. 56-57; **ZürcherK/ Schraner,** Art. 82, N. 101; **Stöckli**, N. 243; Karl Spiro, **Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-,Verwirkungs- und Fatalfristen**, Bd. I, Bern, 1975, s. 507 vd; **BernerK/ Weber,** Art. 82, N. 134; **BaslerK/ Leu,** Art.82 N. 7; Alman Hukuku'nda BGB §390 ve BGB §215'e dayanarak aynı sonuca varan, her iki edimin de zamanaşımına uğramadan önce muaccel olmuş olması ve mübadele ilişkisi içerisinde bulunması gerektiğini ileri süren aynı yönde görüş için bkz.; **Soergel/ Gsell**, §320, N.52, N. 83; **MünchenerK/ Emmerich**, § 320, N. 26; **Fichtner**, s. 49.

bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Takasda olduğu gibi, borcun ifa edilmediği defi de karşı edim alacağının elde edilmesi amacına yöneliktir. Zamanaşımı hükümlerinin teleolojik haklılaştırılması hususunda gözönüne alınan gerekçeler(alacaklının uzun süre hareketsiz kalmasının yaptırımı olması ve hukuki tatminin sağlanması), karşı edim alacağı zamanaşımına uğramış olmasına rağmen defi ileri sürüldüğü ihtimalde geçerli değildir. Çünkü defi ileri süren borçlunun, karşı edim alacağını zamanaşımının sona ermesinden önce elde etmeye ilişkin araçlara başvurmaması hususunda yeterli gerekçesi vardır: Kendisi bu araçlara başvurmadığı süre içerisinde edimin ifası alacaklı tarafından da talep edilmemiştir. Ancak bu süreci defi ileri süren değil, edimin ifasını talep eden alacaklı zedelemiştir. Bu nedenle, zamanaşımına uğramış bir karşı edim alacağına dayanılarak definin ileri sürülmesi, mübadele ilişkisi içerisinde bulunan her iki alacak zamanaşımının sona ermesinden önce muaccel olmuş ise mümkündür. Takasa konu olabilecek alacağın zamanaşımına uğraması durumunda takasın uygulanıp uygulanmayacağı hususunu düzenleyen OR Art. 120 III'(TBK m.139 III) e kıyasen, edim alacağının ortaya çıkıp hüküm ifade ettiğinde karşı edim alacağı zamanaşımına uğramış ise bu ihtimalde borçlunun defi ileri sürme imkanı yoktur. Her iki edimin de en azından bir kez karşılıklı muaccel olması gerekir. Bu görüş ayrıca zamanaşımına uğramış alacağın her durumda definin uygulanmasını engelleyeceğini ileri sürmemesine rağmen en azından alacağın zamanaşımına uğramasından önce definin ileri sürülebilme şartlarının gerçekleşmiş olmasını arar.

Kanaatimizce öncelikle belirtmek gerekir ki henüz zamanaşımı defi ileri sürülmemiş zamanaşımına uğramış bir karşı edim alacağının varlığını devam ettirdiği ve muaccel olduğu bu nedenle talep edilebileceği konusunda şüphe yoktur. Bilindiği üzere zamanaşımı, alacağın talep edilebilmesini değil, zamanaşımı defi ileri sürülmek suretiyle ifa edilme zorunluluğunu ortadan kaldırır, borcun icrasını engeller. Bu nedenle zamanaşımına uğramasına rağmen kendisine karşı zamanaşımı defi ileri sürülmemiş alacak bakımından borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebilirliğinde tereddüt yoktur. Hatta bu halde TBK m. 154'e göre borcun ifa edilmediği defi ileri

sürülmekle karşı edim alacağına ilişkin zamanaşımı kesilir[1061]. Asıl sorun, zamanaşımına uğramış ve bu nedenle zamanaşımı defi ileri sürülmüş olan ve eksik borç mahiyetini alan karşı edim alacağının ifa edilmediği veya ifasının teklif edilmediği ileri sürülerek edimin ifasından kaçınmanın mümkün olup olmadığı hususunda ortaya çıkar. Öncelikle biz definin alacak hakkına değil, mübadele ilişkisine dayandığını savunduğumuzdan, definin alacak hakkına dayandığı görüşüne

[1061] Doktrinde definin zamanaşımını kesip kesmeyeceğinin tartışmalı olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüş için bkz. **BernerK/ Weber**, N. 209; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 192; **Schaller**, N. 462; **CHK/ Wullschleger**, Art. 82, N. 32; Ancak doktrinde ileri sürülen görüşlerin bir kısmının (**ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 192; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 209) karşı edim alacağına mı yoksa edim alacağına mı ait zamanaşımının kesilip kesilmediği hususunu birbirinden ayırt edecek nitelikte olmadığı, ayrıca zamanaşımının durması ile kesilmesi hususunu birlikte ele aldıkları ve bu hususlara ilişkin net ifadeler kullanmadıkları görülmektedir. Bu isabetli değerlendirme için bkz. **ZürcherK/ Berti,** Art. 135, N. 133 vd.
Doktrinde bir görüşe göre, kendisine karşı borcun ifa edilmediği defi ileri sürülmekle edim alacağına ilişkin zamanaşımı kesilmez. Bu görüş için bkz. **Nabholz**, s. 107; **Schaller**, N. 461-462; **Koller**, Onarım, N. 328; **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1117; **von Büren**, s. 422; kanaatimizce defi vasıtasıyla edim alacağı bakımından zamanaşımı kesilir. Zira defi ile borçlu edim alacağının varlığını kabul etmekte alacağı ikrar etmektedir, ancak karşı edimi elde etme imkanı sunulana kadar ifayı reddetmektedir. TBK m. 154 I b.1'e göre, borçlu borcu ikrar ederse zamanaşımının kesileceğini belirten hüküm gözönüne alındığında, borcun ifa edilmediği definin kendisine karşı yöneltilen alacağa ilişkin zamanaşımını keseceğinin kabulü gerekir. Bu nedenle edim alacağının defi vasıtasıyla zamanaşımını kesmeyeceği yönündeki görüşler isabetli değildir.
TBK m. 154 I b.2'e (OR Art. 135 II) göre, alacaklı, dava veya defi yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurulmuşsa, zamanaşımı kesilir. Burada kesilen zamanaşımı karşı edim alacağına ilişkindir. Bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 226-228; **Schaller**, N. 462; **Brändli**, N. 1039 -1040; **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1946; **Erdem**, s. 319; **ZürcherK/ Berti**, Art. 135, N. 133 vd; **CHK/ Killias/ Wiget,** Art. 135, N. 26-27; TBK m. 154 I b.2 (OR Art. 135 II) gözönüne alınarak, karşı edim alacağına ilişkin zamanaşımının kesilebilmesi için definin mahkeme önünde ileri sürülmesi gerekir. Zira hükmün ifadesi bu yöndedir. Bkz. **Schaller**, N. 462; **Erdem**, s. 319; **ZürcherK/ Berti**, Art. 135, N. 133; kanaatimizce hükmün ifadesi daha çok usul hukukuna ait işlemlere ilişkindir. Hükmün ifadesi gözönüne alındığında, karşı edim alacaklısının (edim borçlusu) defi yoluyla mahkemeye başvurmasına imkan yoktur. Zira ona karşı bir talep sözkonusu olursa defi ileri sürebilecektir. Bu talep gerek mahkeme dışı gerekse dava veya icra takibi yoluyla olabilir. Her iki halde de borçlu defi ileri sürebilir. Borçlu defi ileri sürmekle karşı edim alacağına ilişkin menfaatini ve ilgisini ortaya koyabilir (Defi ileri sürmekle karşı edim alacağına ilişkin menfaatini ortaya koyduğu yönünde bkz. **ZürcherK/ Berti**, Art. 135, N. 122, 131). Bu hususta, hüküm geniş yorumlanarak, zamanaşımının kesilmesi için definin mahkeme dışı veya mahkemede ileri sürülmesi bakımından herhangi bir farklılık olmadığının kabulü gerekir. Aksi durumda zamanaşımının kesilebilmesi için, mahkeme dışı ileri sürülmüş definin, kendisine karşı defi ileri sürülen talebin dava yoluyla ileri sürüldüğünde yeniden ileri sürülmesi zorunluluğu ortaya çıkar. Halbuki defi, hükümlerini doğurabilmesi bakımından mahkeme dışı ileri sürülebileceği gibi mahkemede de ileri sürülebilir. Mahkeme dışı ileri sürülmüş definin tekrar ileri sürülmesine gerek olmayıp buna işaret edilmesi yeterlidir. En azından işaret edilmesi şartıyla definin ileri sürüldüğü andan itibaren zamanaşımının kesildiğinin kabul edilmesi gerekir. Her iki halde de karşı edim alacaklısı karşı edim alacağına ilişkin menfaatini ortaya koymaktadır.
Definin şartlarının oluşmadığı sonradan tespit edilse dahi, karşı edim alacaklısı defi ileri sürmekle karşı edim alacağına ilişkin menfaatini ortaya koyduğundan karşı edim alacağına ilişkin zamanaşımı kesilir. Bkz. **ZürcherK/ Berti**, Art. 135, N. 131; **CHK/ Killias/Wiget**, Art. 135, N. 28.
Definin ileri sürülmesiyle ne karşı edim ne de edim alacağına ilişkin zamanaşımı durur. Zira zamanaşımının durduran sebepler arasında defi sayılmamaktadır.

katılmamaktayız. Defi bağımsız bir defi(zamanaşımı definde olduğu gibi) değildir, bağlı defidir, ancak bağlılık mübadele ilişkisine dayanır. Bu nedenle sorun kanaatimizce karşı edim borçlusunun ifaya zorlanabilirliğinin kaybından sonra dahi definin ileri sürülüp sürülmeyeceği noktasında toplanmaktadır. Kanunkoyucu zamanaşımına ilişkin hükümleri, mübadele ilişkisini gözönüne alarak değil, her bir alacağı gözönüne alarak düzenlemiştir. Zamanaşımı defi borçluya sunulmuş bir imkan olmakla birlikte zamanaşımı definin ileri sürülmesi, edimler arasındaki mübadele ilişkisini olumsuz yönde etkilemez[1062]. Bunun yanında karşı edim borcu, ifaya zorlanabilir bir borç niteliğinde olmasa dahi, mübadele ilişkisi içerisinde duran edim borcunun ifasını talep eden alacaklının borçluya karşı edim borcunu elde etme imkanı sunma hususundaki külfet varlığını devam ettirir[1063]. Karşı edim alacağına karşı zamanaşımı defi ileri sürülmüş olsa dahi, bu husus, ifa sırası bakımından edim borcunun sınırlandırılmış olması hususunda bir değişiklik yapmaz. Borçlu borcun ifa edilmediği defi ileri sürerek, bu hususu ortaya koyabilir.

Borcun ifa edilmediği defi takasda olduğu gibi hakkı sona erdirici nitelikte değildir. TBK m. 139 III, definin uygulanabilmesi bakımından kıyas yapılabilecek bir hüküm olduğu bir an için kabul edilse dahi[1064], hüküm borcun ifa edilmediği definin

[1062] Her iki görüş arasındaki farklılık şu örnekte kendisini gösterir. Bir satış sözleşmesinde alıcının bedel ödeme borcu 01.01.1995'te muaccel olacak iken, satıcının borcu 02.01.2005'te muaccel olacaktır. Satıcı bedel ödeme borcunun ifasını 02.01.2005'te talep ettiğinde kendisine karşı zamanaşımı defi ileri sürülebilecektir. Bu halde satıcı karşı edim borcunun ifasına zorlama imkanını kaybedecektir. 02.01.2005'te alıcı satılanın teslimi ve mülkiyetini devri borcunun ifasını talep ederse, ikinci görüşe göre her iki edimin bir an için muaccel olmadığından bahisle defi ileri sürebilme imkanı olmayacak, görüşümüz ve sadece sonuç itibariyle ilk görüş kabul edilirse, defi ileri sürebilecektir.

[1063] Bu değerlendirme definin hukuki niteliğine ilişkin görüşümüze dayanır. Bunun için bkz. yukarıda §1 III A 5; *Ernst*'e göre, karşı edim alacağı zamanaşımına uğramış olsa da bu durum definin ileri sürülmesi bakımından bir şeyi değiştirmez. Alacaklı, edimin ifasını, karşı edimin ifasını hazır tutarak ve teklif ederek talep edebilir. Bu gerçekleşmediği durumda borçlunun defi ileri sürmesine herhangi bir engel yoktur. Zira borçlu edimi yalnızca karşı edimin ifasının kendisine teklif edilmesi durumunda ifa etmekle yükümlüdür. Bu görüş için bkz. **Ernst**, AcP, 496-497; böyle bir külfete ve definin mübadele ilişkisine dayandığı hususuna değinmeyip aynı sonuca varan görüşe göre, karşı edim borçlusu, zamanaşımına uğramış olsa dahi ifayı gerçekleştirebilir, edimin ifasını talep edebilmesi için karşı edimi ifa etmesi gerekir. Bu görüş için bkz. **Erdem,** s. 359.

[1064] Alman Hukuku'nda modernizasyon öncesi BGB §390 a.F. (TBK m. 139 III/ OR Art. 120 III) düzenlemesine temel olan hukuki düşüncenin şu yönde olduğu kabul edilmektedir: Karşı edim alacağının zamanaşımına uğramasından önce karşı edim ile edim mübadele ilişkisi içerisinde olmasına rağmen, borçlunun zamanaşımına uğramış alacağına dayanma imkanının elinden alınması dürüstlük kuralına aykırı olur. Alacaklıya karşı takas edilebilir bir alacağı olan borçlu, henüz alacaklının takas bakımından edim alacağını ileri sürmediği ve bu yüzden de bir takas beyanına gerek olmadığı hususuna güvenebilir. Bu güveni nedeniyle borçlu zamanaşımına uğramadan önce karşı edim alacağını ileri sürmemiş veya takas beyanında bulunmamış olabilir. Borçlunun karşı edim alacağı zamanaşımına uğradıktan sonra da borçluya takas ileri sürebilme imkanı verilirse borçlunun

niteliği gözönüne alınarak uygulanmalıdır. Kıyasın şartlarından birisi olan, hukuki kurumun niteliğine uygun düşmesi şartını ikinci görüş gözönüne almamış görünmektedir. Her iki kurumun nihai amacının alacağın elde edilmesi olduğu hususunda tereddüt yoktur. Ancak takasın edimlerin icrasını sağlama hususunda baskı amacından ziyade, borçların azı oranında sona ermesini sağlayarak ifa işlemlerini basitleştirme amacı önplandadır. Bu surette takas ileri sürüldüğünde karşı edim borcunun ifası hususunda alacaklının harekete geçmesine ayrıca gerek kalmayacaktır. Defi de ise böyle bir durum sözkonusu değildir. Ayrıca defi ileri sürüldükten sonra harekete geçme hususunda alacaklı serbesttir. Bu sebeple karşı edim alacağı zamanaşımına uğramadan önce her iki edimin de *mübadele ilişkisinde yer alması* yeterlidir. Ayrıca her iki edimin de zamanaşımına uğramadan önce icra edilebilme kabiliyetine sahip olmasına gerek yoktur. Bu sonucun kabulü, zamanaşımı definin ortaya çıkardığı sonucun dolanılması anlamına da gelmez. Zira defi ileri süren borçlu, ifaya zorlama yetkisi olmayan alacağını salt defi yoluyla elde etmiş de değildir. Defi bu hususta alacaklıya baskı yapar. Ancak harekete geçip geçmeme konusunda alacaklı serbesttir. Karşı edim borcunun ifası istendiğinde zamanaşımı defi ileri sürüldükten sonra dahi karşı edim borcunun ifasını alacaklının gerçekleştirebilme imkanına sahip olması, defi ileri sürüldükten sonra değişmez. Defi ileri sürüldükten sonra da alacaklı karşı edim borcunun ifasını gerçekleştirmek zorunda değildir. Ancak borçluyu edim borcunun ifasına zorlamak istiyorsa böyle bir külfet altındadır. Bu değerlendirmelerin dayanağını, definin dayanağında olduğu gibi, edim ile karşı edim arasındaki mübadele ilişkisinin varlığı oluşturur.

---

bu güveni korunacak, aksi halde her iki edimin takas edilebileceği durumda takas beyanında bulunmayan veya karşı edim alacağını ileri sürmeyen borçlu dürüstlük kuralına aykırı şekilde edim borcunu ifa etmek zorunda kalacaktır. Bu düşünce genel kaçınma hakkı (BGB §273) bakımından da geçerlidir. Bu halde genel kaçınma hakkına sahip borçlu, karşı edim alacağının, alacaklının edimin ifası talebini ileri sürmesine karşı yeterli bir koruma sağladığına güvenebilir. Bu halde de, böyle bir güveni olan borçluyu zamanaşımı dolduktan sonra edim borcunun ifasına zorlamak dürüstlük kuralına aykırı olur. Bkz. **Kast**, s. 129-130; kanaatimizce aynı düşünce borcun ifa edilmediği defi bakımından da gündeme gelir. Borçlu, karşı edim alacağını talep etmeye yönelik araçlara başvurmamakta, edimlerin mübadele ilişkisi içerisinde yer aldığını gözönüne alarak yeterli koruma sağlanacağına güvenmektedir. Bu güven, karşı edim alacaklısının, edimler mübadele ilişkisinde durduğu sürece karşı edim alacağının henüz sona ermediği ve onu elde edebileceği hususunda korunması gereken menfaati olduğunu da göstermektedir. (Bu menfaat durumunun tespiti bakımından aynı yönde bkz. **Erdem**, s. 359) Kendisine karşı herhangi bir talep yöneltilmediği süre içerisinde defi ileri sürebilme ihtiyacı da yoktur. Borçludan edim borcunun ifası istendiğinde, borçlunun defi ileri sürebilme imkanının elinden alınması bu hususta dürüstlük kuralına aykırı düşecektir.

D. Defi ve Takasın Birbirine Etkisi

Borcun ifa edilmediği definin TBK m. 139 vd. da düzenlenen takasa etkisini incelemek gerekir. Bilindiği üzere, TBK m. 143'e göre, takasın ileri sürülmesiyle[1065]. her iki borç, ileri sürülebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer. Borcun ifa edilmediği definin ise, daha önce belirttiğimiz üzere, borcu sona erdirici etkisi yoktur.

Takas için, edimler arasında mübadele ilişkisi niteliğinde bir bağlılık aranmamakta, edimlerin aynı nevide olması yeterli olmaktadır. Edimler arasında mübadele ilişkisi olmakla birlikte edimler aynı neviden ise, diğer şartların da gerçekleşmesi ile birlikte, borçlu takas veya defi imkanından birini kullanabilir. Definin varlığı tek başına takasın ileri sürülmesini veya ileri sürülmüş takasın hüküm ifade etmesini engellemez. Kural olarak, defi ileri sürüldükten sonra, definin hükmü sona erene kadar, takas hüküm ifade etmez[1066]. Ancak durumun özelliğine göre defi ileri sürülmekle elde edilecek amaç, takasın ileri sürülmesiyle de karşılanabilecek ise, bu halde artık defi ileri sürülmüş alacağın takasa konu olabileceğinden bahsedilebilir. Özellikle mübadele ilişkisi içerisinde yer alan ve henüz ifa edilmemiş aynı neviden borçlardan birisinin ifasına karşı defi ileri sürüldükten sonra, bu alacak ile karşı edim alacağı takasa konu olabilir[1067]. Takas ileri sürüldükten sonra borçlar, azı oranında sona ereceğinden artık definin ileri sürülebilme imkanı da yoktur.

[1065] Takas hakkının hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Savaş, Ankara, 1994, s. 125 vd; İlhan E. Postacıoğlu, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975, s. 281; Haluk Burcuoğlu, **Takas Savunmasının Hukuki Niteliği**, Balıkesir Barosu Degisi, 1984/ 19, s. 20; **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s. 351.

[1066] **Oğuzman/ Öz**, I, N. 1867; **Bucher**, AT, s. 436; **Schaller**, N. 458; **Koller**, Onarım, N. 324; Alman Hukuku'nda BGB §390'a dayanılarak definin varlığının dahi takas imkanını engelleyeceği yönünde bkz. **Soergel/ Gsell**, §320, N. 84; **Soergel/ Forster**, §273, N. 50; **Gernhuber**, s. 349; **Staudinger/ Schwarze**, BGB §320, N.42; **MünchenerK/ Emmerich**, BGB §320, N. 36a;
Örneğin, iş sahibi bedel ödeme borcunun ifası talebine karşı borcun ifa edilmediği defi ileri sürerse, yüklenici, iş sahibine olan para borcu ile bedel alacağını takas edemez. Zira bu halde, yüklenici onarımı gerçekleştirmek zorunda kalmaksızın bedel alacağını elde etmiş olur. Bkz. **Koller**, Onarım, N. 324; *Koller*'in verdiği örnekte mübadele ilişkisinin dışında duran bir başka alacak ile mübadele ilişkisinde yer alan bedel alacağı bakımından takasın mümkün olmadığı ortaya konmuş ve kural belirtilmiştir. Kuralın istisnası daha çok mübadele ilişkisi içerisinde duran her iki alacak bakımından sözkonusu olacaktır.

[1067] **Schaller**, N. 458; böyle bir durumla, taraf rollerinin değiştiği, bir tarafın alıcı iken daha sonra satıcı olduğu ticari işlemlerde karşılaşılabilir. Bkz. **Schaller**, N. 458 dn. 738.
Alman Hukuku'nda kuralın istisnası bakımından durum Türk ve İsviçre Hukuku'nda olduğu gibidir. BGB §390'a göre, defi ileri sürülen alacak takasa konu olamaz. Ancak defi ile elde edilecek amaç takas ile gerçekleşecek ise, kuralın istisnasından bahsedilebilir. Bu halde birbiriyle mübadele ilişkisi içerisinde bulunan edimlerin ifalarını sağlamak bakımından takas uygulanabilecektir. Ayrıca karşı

Takas ve definin ileri sürülme şartlarının mevcut olduğu durumda, irade beyanının defi mi yoksa takas mı olduğu anlaşılamazsa, takasın daha kesin ve basit çözüme götüreceği ve sonuçları itibariyle diğer tarafın durumunu defiye kıyasla daha fazla ağırlaştırmayacağı hususu gözönüne alındığında irade beyanının takasa yönelik olduğu kabul edilebilir[1068].

TBK m. 144, alacaklının rızası ile takas edilebilir alacakları düzenlemiştir. TBK m. 144 I b.1 ve b.2 'de sayılan alacaklar birbiriyle mübadele ilişkisinde yer alan alacaklardan değildir. Ancak TBK m. 144 b.3 kapsamında yer alan işçinin ücret alacağı bakımından durumu incelemek gerekir. Bu kapsamda TBK m. 407 II, işverenin işçiden olan alacağı nedeniyle ücret alacağını takas edemeyeceğini belirtmiştir. TBK m. 144 ve TBK m. 407 II ışığı altında acaba takas edilebilirliği alacaklının rızasına bağlı alacaklar için borcun ifa edilmediği ileri sürülebilecek midir?[1069].

Bu soruya olumlu cevap vermek, takas yasağına rağmen, borcun ifa edilmediği definin ileri sürülebileceğini kabul etmek gerekir[1070]. Kanaatimizce işçiden olan alacak ücret alacağı ile aynı neviden değilse, bu halde takas uygulanamayacağından, takas yasağı da gündeme gelmeyecek ve bu halde definin ileri sürülmesi tartışma dışı kalacaktır. Ancak işçiden olan alacak, ücret alacağı ile aynı neviden ise, takas yasağı olsa dahi, borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebilir. Bu kapsamda sorun, işverenin defi ileri sürerek ücret ödeme borcunun ifasından kaçınıp kaçınamayacağıyla ilgilidir. Borcun ifa edilmediği defi borcu sona erdirici nitelikte olmadığından takas yasağına rağmen, işverenin defi ileri sürebileceğini kabul etmek gerekir. İşçi, bu halde, borcunun ifasını en azından teklif ederek, işvereni ücret ödeme borcu bakımından ifaya zorlayabilecektir. Defi ileri süren işçi ise, definin ücret ödeme borcunun ifası veya ifasının teklif edilmesi hususunda baskı yapabilme amacı, takas yasağındaki amacın

edim borcu bakımından karşı edim alacaklısını alacaklı temerrüdüne düşüren karşı edim borçlusu da edim alacağı bakımından takas imkanından yararlanabilir. Bkz. **Gernhuber**, s. 349; **Soergel/ Gsell**, §320, N. 84; **Soergel/ Forster**, §273, N. 50; **Staudinger/ Schwarze**, BGB §320, N. 42; **MünchenerK/ Emmerich**, BGB §320, N. 36a.

[1068] **Kaniti**, s. 151; **von Tuhr/ Escher**, s. 210; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 93; **Aral**, s. 4-5.

[1069] Alman Hukuku'nda takas yasağını düzenleyen hükmün amacından yola çıkılarak, bu alacaklarda BGB §273'de düzenlenen genel kaçınma hakkı kullanılmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Soergel/ Forster**, §273, N. 50; Türk ve İsviçre Hukuku'nda hapis hakkı bakımından bu sonucun kabul edileceği yönünde bkz. **Kaniti**, s. 152; **von Tuhr/ Escher**, s. 210-211.

[1070] **Kaniti**, s. 152.

gerçekleştirilmesiyle de örtüşür. Bu halde işçi tarafından definin ileri sürülebileceğinde tereddüt yoktur.

E. Definin Davada İleri Sürülmesiyle Verilecek Mahkeme Kararı ve Sonrası

Şartları gerçekleşen defi ileri sürüldüğü durumda defi için öngörülen hukuki sonuçlar doğmaya başlar. Bu sonuçlardan birisi hakimin vereceği hüküm ve hükmün icrası aşamasında kendisini gösterecektir. Bu aşamada definin ileri sürülmesinden sonra davanın gelişiminde acaba hakim ne yönde karar verecektir? Hakim davayı red mi edecek yoksa aynı anda ifaya mı hükmedecektir?

Alman Hukuku'nda BGB § 322, şartları oluşan definin ileri sürülmesi durumunda hakimin hangi yönde karar vereceğini düzenlemiştir. Hükme göre, hakim aynı anda ifaya hükmedecektir. Hükmün anlamı bir taraftan, kanunkoyucunun, kaçınma hakkının bir defi niteliğinde olduğu yönünde tercih etmesinde bulur. Diğer taraftan ise hüküm, definin ileri sürülmesiyle aynı anda ifaya hükmedilmesine ona karşı davanın şimdilik kaydıyla reddine yol açılmayacağını da açıklığa kavuşturur. İlamı alan davacı ilamı icraya koyarsa, dZPO §756'a göre, karşı edimin ifa edildiği veya borçlunun alacaklı temerrüdünde bulunduğu ispat edilmediği sürece, icraya yetkili organ borçluyu karşı edim alacağı bakımından alacaklı temerrüdüne düşürecek şekilde kendisine karşı edimi teklif etmeden önce borçluya karşı icraya başlayamayacaktır[1071].

Alman Hukuku'nda durum bu yönde iken konu Türk ve İsviçre Hukuku bakımından ayrıca incelenmeyi gerektirir. Hakimin, definin ileri sürülmesi üzerine ne

[1071] Davacı, karşı edimin ifa edildiğini veya ifasının teklif edildiğini resmi belgelerle ispat etmediği durumda, icraya yetkili organ alacaklının temsilcisi sıfatıyla, karşı edimi borçluya alacaklı temerrüdüne düşürecek şekilde teklif eder. Borçlu teklife rağmen edimi kabul ederse, borçlunun karşı edimi elde etmesi, alacaklıyı karşılıklı ve aynı anda tatmin etmesine bağlıdır. Borçlunun edimi kabul etmemesi üzerine tek taraflı icraya girişilebilir. Alacaklı, en geç icraya başlanacağı anda resmi belgelere dayanarak, karşı edimi ifa ettiğini veya ifasını teklif ettiğini ispat ederse, doğrudan borçluya karşı icraya girişilebilir. Ayrıca bkz. Thomas Rauscher/ Wolfgang Krüger/ Hans Joachim Heßler, **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen**, Bd. II, 5. Aufl, München, 2013, ZPO §756, N. 1-5; Ingo Saenger/ Johann Kindl, **Nomos Kommentar Zivilprozessordnung**, 7. Aufl., Münster, 2017, ZPO §756, N. 3-10; **Soergel/ Gsell**, §322, N. 40 vd.; ayrıca bkz. **Kaniti**, s. 165-168.

yönde karar vereceği, kararının içeriğinin ne olacağı konusunda açık bir düzenleme olmadığından bu konuda çeşitli tartışmalar yapılmıştır.

1. Davanın Şimdilik Kaydıyla Reddi/ Davanın Reddi Görüşü

Bir görüşe[1072] göre, davalı başarılı bir şekilde defi ileri sürdüğü durumda, davacının davası şimdilik kaydıyla reddedilmelidir. Bu görüşü savunanlar bu hususu çeşitli gerekçelere dayandırmışlardır.

Bu görüşü savunanlardan *Kaniti*'ye[1073] göre, alacaklının borçluyu ifaya zorlayabilmesi, karşı edimi ifa veya ifa teklifini gerçekleştirmiş olmasına bağlıdır. Salt edimin ifasına yönelik davada, aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü, bazı kayıt ve şartlar altında da olsa davalıyı ifaya zorlayan bir hükümdür. Ancak definin dayanağı

[1072] **Kaniti**, s. 171; **Becker**, Art. 82 N. 4; **Von Tuhr/ Escher**, s. 61; **von Tuhr/ Siegwart,** s. 499; **Postacıoğlu**, Medeni Usul, s. 712-713; İlhan E Postacıoğlu/ Sümer Altay, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, Vedat, İstanbul, 2015, N. 1397; **Nomer/ Engin**, N. 63.
Davacının karşı edimi ifa veya ifa teklifinin davanın şartı olduğunu kabul eden bu nedenle de defi ileri sürüldüğü ihtimalde davanın reddedilmesi gerektiğini ileri süren görüş için bkz. bkz. **Oser/ Schönenberger**; Art. 82, N. 5;
İsviçre Hukuku doktrininde davanın şimdililk kaydıyla reddi ile davanın reddinin birbirinden farklı olmadığını savunan görüşlere göre, davanın şimdilik kaydıyla reddi, davanın reddinden farklı değildir. Bu menfi terminoloji, açıkça bir kelime oyunundan başka bir şey değildir. Çünkü, bu halde, davanın şimdilik kaydıyla reddi ile red arasında hukuki etki bakımından herhangi bir farklılık yoktur. Davacı, davanın reddi veya şimdilik reddi durumunda, kararın verilmesinden sonra ortaya çıkan, özel hukuk standartlarına göre reddedilen talebi yeniden kurabilecek ve gözönüne alınabilecek vakıalara dayandığı sürece talebini ikinci kez dava yoluyla ileri sürebilir . Bu durum, ilk karardan sonra davacının kendi edimini ifa ettiği iddiası bakımından da geçerlidir. Bu değerlendirme için bkz. Max Kummer, "**Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1968**", ZBJV 1970/ 106 s. 126; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 223; **Giger**, Art. 184, N. 189; davanın reddedilmesi gerektiği yönünde bkz. Max Guldener, **Schweizesiches Zivilprozeßrecht**, 2. Aufl., Zürich, 1958, s.253 Anm.7.
von Tuhr, kural olarak, davacının ne ifa teklifini ne de ifayı gerçekleştirdiği durumda, defi ileri sürülmesi üzerine davanın zamanından önce açıldığı gerekçesiyle reddi gerekeceğini, davacının karşı edimi ifa etttiği durumda davanın kabul edileceği, ancak karşı edimin ifasının teklif edildiği durumda ise davalının karşı edimle aynı anda edimin ifasına mahkum edileceğini kabul etmiştir. Bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 61; **von Tuhr/ Siegwart,** s. 499; red yerine şimdilik reddi kabul etmek dışında *von Tuhr'un* görüşü ile aynı yönde görüş için bkz. **Postacıoğlu**, Medeni Usul, s. 712-713; **Postacıoğlu/ Altay**, N. 1398; ancak *von Tuhr*, görüşünü belirttiği bölümde yer alan dipnotta, aynı anda ifaya mahkumiyet hükmünün, kararın icrasını zorlaştıran bir kurum olduğu ve İsviçre Hukuk sistemine yabancı olduğunu belirtmiştir. Bkz. **von Tuhr/ Escher**, s.61 dn. 26; **von Tuhr/ Siegwart**, s. 499 dn. 26; bu son değerlendirme nedeniyle *von Tuhr* 'un aynı anda ifaya mahkumiyet hükmünü kabul etmediği söylenebilir. Farklı yönde bir değerlendirme için bkz. **Moralı**, s. 455-456; *Postacıoğlu* ise, aynı anda ifaya mahkumiyet hükmünün verilebilmesini dışlamamakta, Türk ve İsviçre Hukuk sistemlerinde sadece davacının ifa teklifi durumunda sözkonusu olacağını belirtmektedir. Bkz. **Postacıoğlu**, Medeni Usul, s. 712 dn. 4; ancak herhalde davacı karşı edimin ifasını teklif etmiş ise, bu halde borcun ifa edilmediği definin hüküm ifade etmesini engelleyebileceğinden nasıl olup da hala aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verileceği hususu anlaşılamamaktadır. Bu nedenle *von Tuhr*'un ve *Postacıoğlu*'nun görüşü isabetli değildir. Aynı yönde ayrıca bkz. **Moralı**, s. 462.

[1073] **Kaniti**, s. 171.

olan düzenleme (TBK m. 97) davacının karşı edimi ifa veya ifa teklifini gerçekleştirmeden önce davalıyı edimin ifasına mahkum eden bir karar almasını engellemek imkanı verecek şekilde düzenlenmiştir.

Kaniti[1074]'ye göre, OR Art. 82/ yBK m. 81(TBK m. 97)'in lafzı ve tarihi gelişimi davanın şimdilik kaydıyla reddi görüşünü destekler. Ortak hukuk döneminde definin ileri sürümesi üzerine davanın reddedilmesi gerektiği yönündeki görüşler, ortak hukukun son dönem uygulamalarında, yerini, definin davanın açıldığı şekliyle reddine yol açmasının uygun olmayacağı ve edimlerin aynı anda ifası şartıyla mahkumiyet hükmü verilmesinin daha uygun olacağı, zira davacı nasıl olsa karşı edimi ifa veya teklif ederek yeniden dava açabileceği yönünde görüşe bırakmıştır. Bu görüş ilk olarak BGB tarafından kanunlaştırılmış ancak, davanın şimdilik reddi yönünde görüş, 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'ndan önce hazırlanmış olan Prusya Umumi Kanunnamesi I, 5 §271, Saksonya Krallığı Medeni Kanun §859, defi üzerine davanın reddedileceğini kabul etmiştir. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu belirtilen düzenlemelerden özellikle geniş ölçüde yararlandığı Dresden Projesi'ne uygun şekilde kaleme alınmıştır.

Kaniti[1075]'ye göre, şimdilik kaydıyla red, aynı anda ifaya mahkumiyet hükmünün icrasına yönelik zorluklara yer vermemesi bakımından da uygundur. Türk

---

[1074] **Kaniti**, s. 171-172.

[1075] *Kaniti*'ye göre, İsviçre Hukuku'nda para ve teminat alacakları dışında, ilamların icrasına ilişkin hususların, kanton usul kanunlarında düzenlenebileceği kabul edilmiştir. *Kaniti*'ye göre, belirtilen kantonlardan(Basel, Aargau, Vaud, Zürich, Bern) sadece Bern ZPO Art. 397'de, hüküm bir tarafın edimini bir şarta veya karşı edimin ifasına bağlamışsa, hükmün icra edilebilmesi hükmü veren mahkemenin şartın gerçekleştiği veya karşı edimin ifa edildiğini tespit etmesine bağlıdır. Tespit kararı, hak sahibinin başvurusu üzerine borçlunun dinlenmesinden sonra taraf teşkiline ihtiyaç kalmaksızın, re'sen araştırma yapılmasından sonra verilir. Alman Hukuku'ndan farklı olarak aynı anda ifaya mahkumiyet hükmünün icrası hususunda herhangi bir düzenleme mevcut olmadığından, böyle bir karar verilmesi çözülmesi çok zor bir takım sorunlar ortaya çıkaracaktır. Bkz. **Kaniti**, s. 172-173;
Kaniti'ye göre, Bern kantonun bu düzenlemesi, yalnız karşı edimin ifasını öngördüğünden, bu düzenlemede de karşılıklı ve aynı anda ifa hükmünün icrasının nasıl olacağı sorusu cevapsız kalmıştır. Çünkü davacının bu hükümden faydalanabilmesi için karşı edimi önce ifa etmesi gerekecektir. Davacı ise uyuşmazlığın niteliğine aykırı bir ifa usulünü seçmek zorunda değildir. Davacı ifa yerine ifa teklifiyle yetinmek istiyorsa genel mahkemelere başvurmak zorunda kalacaktır. Bkz. **Kaniti**, s. 175 dn. 118; Freiburg Usul Kanunu Art. 342'nin de aynı içerikte olduğu yönünde bkz. **Schmidt**, s. 46.
Ancak 01. 01. 2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Usul Kanunu (ZPO) Art. 342'e göre, bir şarta veya karşı edime bağlı bir edime ilişkin verilen ilamlar, şartın gerçekleştiği veya karşı edimin ifasının teklif edildiği, ifa edildiği veya teminat altına alındığının icraya yetkili mahkeme tarafından tespit edilmesiyle icra edilebilir. Bu son düzenleme ile *Kaniti*'nin belirttiği eleştirilerin en azından İsviçre Hukuk sistemi bakımından geçerli olmadığı söylenebilir.

ve İsviçre Hukuku'nda ilamların icrasına yönelik düzenlemelerde karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkumiyet hükmünün nasıl icra edileceğine dair bir düzenleme yoktur.

Kaniti[1076], Yargıtay'ın 20. 6. 1951 tarihli 13/ 5 sayılı İBK.[1077] 'nda, önalım hakkı sahibi ile alıcı arasındaki uyuşmazlık konusu olayda, hakimin hükümden önce re'sen harekete geçerek, tayin edeceği süre içerisinde önalım hakkı sahibinin satış bedeli ve masrafları ödemesi veya tevdi etmesi yönünde karar verebileceği, ödeme veya tevdiden sonra tapu kaydının düzeltilmesi yönünde karar vermesi gerektiği yönündeki kararını detaylı şekilde ele almış ve sonuç itibariyle uygun görmemiştir.

Kaniti[1078] 'ye göre, kararın (a) bendinde sayılan ihtimal bakımından(taleplerin ayrı ayrı infazı)[1079], ilamın biri davacı diğeri davalı lehine hüküm içermesi, davacı ve

---

[1076] **Kaniti**, s. 173 vd.

[1077] Y. İBK. T. 20 .06. 1951 13/ 5 (**RG. T. 7. 11. 1951 S. 7950**) *"...İlk iki ilam, hükmün şufa bedeline taalluk eden muhtevası bakımından birbirini teyit ettiği halde üçüncü ihtimalde belirtilen içtihat bunlara aykırı düşmüştür.Satış bedeli ile müşteri tarafından yapılan masrafların şuf'a hakkı sahibinden tahisili hususunda başlıca üç şekil bahis konusu edilebilir:*
...İçtihadı Birleştirme Genel Kuruluna tevdi edilen ilamlarda yukarıda belirtilen a ve b bendine yazılı şekilden birinin tercihi hususunda içtihat uyuşmazlığı göze çarpmaktadır. C bendinde yazılı şekil hakkında Genel Kurula bir ilam sunulmamıştır.... Genel Kurul, bu hususta teklif edilen şekillerin hepsi üzerinde müzakere ve münakaşa etmiş, kendisine sunulan ilamlarla bağlı kalmamıştır...Bu sebepledir ki, İcra ve İflâs Kanunu bu kabil ilâmların infazım İcra dairelerinin vazifesi meyanına ithal etmemiştir. Takıp hukukunun bu durumu da şuf'aya ait hükümlerin kayıtsız ve şartsız tapu kaydının düzeltilmesine inhisar etmesi ve ayrıca şuf'a bedeliyle ilgilenmemesi ve binaenaleyh hükümden önce bedele ait meselelerin halledilmiş olması zaruretini doğurmaktadır. Bu içtihat müzakere konusu olan ilâmlardan dâvâlıyı şuf'a bedelini tahsil için şefii takibetmek külfet ve zahmetlere mâruz bırakan ilk iki ilâmda varılan neticeyi bertaraf ettiği gibi ilâmın infazını şefiin arzu ve takdirine bırakan üçüncü ilâmın mahzurlarını da bertaraf edecek durumdadır. Bu sebeplere binaen: Şuf'a dâvasında hâkimin hükümden önce re'sen nazara alarak tâyin edeceği münasip bir mehil içinde satış bedeli ile şefie ait olması lâzımgelen satış masraflarını tediyeye veya tevdie karar verebileceğine ve tediyeye veya tevdiden sonra kaydın tashihine hükmedebileceğine ... mutlak çoğunlukla karar verildi...".

[1078] **Kaniti**, s. 173; **Wiget**, s. 54; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 218; Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Soergel/ Gsell**, §322, N. 42; sözleşmenin geçersizliği nedeniyle tapu kaydının düzeltilmesi davasında, davanın reddi yönünde kararın ağır bir karar olacağı, davalının bedelin ödenmesi talebini defi veya karşı dava yoluyla ileri sürebileceğini bu halde hakimin her iki iddiayı da hüküm altına alan bir karar vermesi gerektiği bu şekilde alınan karara dayanarak tarafların birbirinden bağımsız olarak icra ettirilebileceği yönünde aksi yönde isabetsiz görüş için bkz. Saim Üstündağ, **Tapu Kütüğünün Tashihi Davası**, Baha Matbaası, İstanbul, 1959, s. 137-138; ayrıca bkz. karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde definin ileri sürülmesi üzerine verilecek hüküm her iki tarafın lehine olacak ve icra edilebilecektir. Bu isabetsiz görüş için bkz. Saim Üstündağ, **İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul, 2004, s. 360; taraflar karşılıklı borçların ifasına mahkum edilmişlerse lehine hükmedilen taraflardan her biri ilamı kendi bakımından icraya koyabileceği hususunda aynı yönde bkz. İlhan E. Postacıoğlu, **İcra Hukuku Esasları**, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, N. 547.

[1079] Y. İBK. T. 20. 06. 1951 13/ 5 (**RG. T. 7. 11. 1951 S. 7950**) : "*...a- Satış bedeli ile masrafların şuf'a hakkı sahibi davacıdan alınıp davalıya verilmesi şuf'alı hisse hakkındaki tapu kaydının davalı uhdesinden silinerek davacı adına tescili şekilndeki hüküm tesisi. İlk iki ilam bu şekilde derpiş edilmiş bulunmaktadır.Bu suretle ilam ayrı ayrı iki hüküm ihtiva edecektir. Biri davacı lehine olarak*

davalının birbirinden bağımsız olarak hükmü icra ettirebilmeleri yönünde bir usul kabul edilemez. Böyle bir usulün kabulü karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkumiyet kararının içeriğine aykırı olacaktır. Bu halde talepler, maddi hukukun izin vermediği bir şekilde birbirinden ayrılacak, ayrıca bir tarafın diğerinden daha çabuk davranarak edimi daha önce elde edebilmesine yol açılacaktır. Edimini daha önce elde eden taraf, kendi edimini dürüstlük kuralına aykırı şekilde geciktirebilecektir. Bunun dışında karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü bu şekilde anlaşılmamalıdır. Çünkü aynı anda ifaya mahkumiyet davacının da aynı zamanda karşı edime mahkumiyeti değildir. Bu hüküm davalının ediminin ifa tarzını belirlerken, davacının ise belirli kayıt ve şartlarda bir hak elde etmesini sağlar. Bu nitelikte bir hükmün icrası davacının harekete geçmesine bağlıdır.Bu nedenlerle İBK'da belirtilen (a) bendinin kabul edilmesine imkan yoktur.

Özellikle *Kaniti*'nin eleştirdiği, İBK (a) bendinde yer verilen ihtimalin, teorik tartışmalardan bağımsız olarak uygulamada yer aldığını tespit eden, aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verilmesi görüşünü savunan *Moralı*'nın[1080] bu tespitleri; aynı anda ifaya mahkumiyet içeren hükümlere oldukça sık rastlanıldığı, davacı ve davalının kendi lehlerine olan kısımlarını birbirinden bağımsız olarak icraya koyma imkanı tanındığını, davacının hüküm sonunda karşı edim borcunu ifa veya depo etmeden de takipte bulunabildiği, borçlunun bu takibe itiraz etmesine rastlanılmadığını, ancak tahsilat aşamasında davacının karşı edimin ifasını hazır tuttuğunu ve bunun yeterli görüldüğü yönündedir.

---

tapu kaydının düzeltilmesidir. Diğeri davalı lehine şuf'a bedelinin tahsilinden ibaretttir. Her iki taraf ilamın kendilerine ait olan kısmını ayrı ayrı infaz ettireceklerdir. Tapu kaydının düzeltilmesi hakkında davacı lehine olan hüküm, ilamın tapuya tevdi ile müşkülat arz etmeden infaz edilecektir. Davacının şuf'a bedelini ödemekten temerrüdü halinde şuf'a bedelinin tahsili hakkındaki hükmün infazında davalı takip hukukunun gösterdiği yollardan borçluyu takibedecek kendisinin evvelice bayiine peşinen ödediği satış bedeli ile masraflarını az, çok bir müddet sonra davacıdan tahsil edebilecektir…".

[1080] **Moralı**, s. 465; *Moralı*, hatta, görüştüğü icra daireleri yetkililerden bazılarının, aynı anda ifaya mahkumiyet kararı verildiğinde uyuşmazlığın icra safhasında çözümleneceği, bunun daha isabetli bir hal tarzı olduğunu, zira Yargıtay'ın belirttiği, davada davacıya bir süre verilerek uyuşmazlığın dava aşamasında çözülmeye çalışılmasının davacıyı önce ifaya zorlamak olacağı, oysa bu safhada edim borcunun henüz ifa edilip edilmeyeceğinin belirli olmadığı, davacının daha sonra icra aşamasında belki aylarca karşı edimi elde etmeye uğraşacağını bunun da definin niteliğine aykırı olduğunu söylediklerini tespit etmiştir. Uygulamanın tartışmalarla birebir örtüşmediği ve baskın görüşün tam tersi bir yönde geliştiğini ileri sürmüştür. Bkz. **Moralı**, s. 465.

Kanaatimizce öncelikle bu son tespitlerin, sorunu hukuki dayanağı olmaksızın fiilen çözmeye yönelik çabaların hukuki belirlik içerisinde gerçekleşmediği sürece farklılaşabileceğini ortaya koyduğu ve bu açıdan isabetli olmadığını belirtmek gerekir. Bu son tespit, davacının icra aşamasında karşı edimi ifaya hazır tutması ihtimali dışında, Alman Hukuku'nda kabul edilen aynı anda ifaya mahkumiyet hükmünden sonra icraya görevli memurların karşı edimin ifasının veya ifa teklifinin gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol edebilme yetkisi tanındığı duruma yaklaştığı söylenebilir. Herhalde *Kaniti*'nin de değindiği üzere, (a) da yer alan ihtimale ve uygulamadaki görünümüne yöneltilebilecek en önemli eleştiri, davalının defi ileri sürmekle sanki karşı edim borcunun ifasını doğrudan talep etmiş gibi kendisi lehine hüküm almasıdır. Zira defi ileri sürmekle karşı edim doğrudan talep edilmemektedir[1081]. Bu hususta defi ileri sürenin dava sonunda elde edilecek hükmü icraya koyabilme yetkisi tanınması, defi ile güdülen amacı isabetli olmayacak şekilde aşacaktır. Ancak ilamı icraya yetkili görevlinin, ilam davalı tarafından kendisine sunulsa dahi, ilamı icra edeceğini belirtmek gerekir. Maddi hukuk bakımından isabetli olmayacak olan bu uygulama, ilam edim ile karşı edimin aynı anda ifasına yönelik olduğundan, davalı ilamın kendisi lehine verildiğini ileri sürerek icraya koyabilecektir. Bu sonuç icraya yetkili görevli ilamın gerekçesine özellikle davalının defi ileri sürülmesi nedeniyle aynı anda ifaya hükmedildiğini araştıramayacağından, en azından usul hukuku bakımından davacı aleyhine icraya başlanabilmesinin önünü açacaktır[1082].

Kaniti[1083]'ye göre, İBK'nda (b) bendinde ele alınan ve aynı zamanda kurulun da kabul etmediği, ikinci ihtimal bakımından[1084] (şarta bağlı hüküm tesisi hususunda),

---

[1081] Aynı yönde bkz. **Wiget**, s. 54; ayrıca hükmün karşı edim bakımından icra kabiliyetini haiz olmadığı yönünde bkz. **Soergel/ Gsell**, §322, N. 42.

[1082] Önalım hakkının kullanıldığı davada önalım hakkı sahibinin bedeli ödemediği durumda, aynı anda ifaya mahkum eden şarta bağlı hükmün alıcının (üçüncü kişi) icraya başvurmasını engellemeyeceği yönünde bkz. İlhan E. Postacıoğlu, "**Şarta Muallak Hükümler**", Adliye Ceridesi 1941/2, s. 121.

[1083] **Kaniti,** s. 174; İBK'nda, ikinci ihtimal olarak ileri sürülen şarta bağlı hüküm verilmesi Alman Hukuku'ndaki yaklaşıma yakındır. Buna göre karşı edimin aynı anda ifası kayıt ve şartıyla ifaya mahkumiyet kararı verilecektir. Cebri icra sürecinde davacı ilamı icraya yetkili görevliye yani İİK 'ya göre, icra dairesine, karşı edimi tevdi edecek ondan sonra cebri icraya girişecektir. Bu değerlendirme için bkz. **Kaniti**, s. 173-174.

[1084] **Y. İBK. T. 20. 06. 1951 13/ 5** (RG. T. 7. 11. 1951 S. 7950) : "… *b- Davacının satış bedelini ve masrafları verdiği takdirde veya surette tapu kaydının düzeltilmesi şeklinde hüküm tesisi. Üçüncü ilâm bu şekli kabul etmiştir. Bu halde ilâmı infaz ettirmek isteyen davacı önce şuf'a bedelini infaza memur makama tevdi edecek ve bundan sonra tapu kaydının düzeltilmesi hakkındaki hüküm infaz edilecektir. Bu şekildeki ilâm dâvâlının şuf'a bedelini elde etmesindeki kolaylık bakımımdan davalıyı tatmin ederse de; hükmün şarta muallâk olması bakımından bu kabil ilâmlarda, bulunması zaruri*

tevdinin gerekli olduğunun belirtilmesi çeşitli sakıncalara yol açacaktır. Çünkü borcunu ödemekte direnen borçluya karşı yürütülen cebri icra prosedürü uzun bir süreye ihtiyaç duyabilir. Edimin ne zaman elde edileceğinin belli olmadığı, takibin devam ettiği süre içerisinde, davacının karşı edimi tevdi etmiş durumda bulunması gerekecektir. Bu süre boyunca davacı tevdi ettiği karşı edimden mahrum olacak, karşı edimi daha önce ifa etmiş durumda kalacaktır. Özellikle borçlunun ödemeden acze düştüğü tespit edilirse karşı edimi tevdi etmesinin masraflarına ve hasarına katlanacaktır. Ayrıca karşı edimin tevdiye uygun olmadığı durumda bu icra şekli fiili bir değer taşımayacaktır.

Kanaatimizce *Kaniti*'nin (b) için ileri sürdüğü eleştiriler, şarta bağlı ilam verilip verilmeyeceğinden ziyade, *hükümden sonra* tevdi hususuna yöneliktir. Bu hususta öncelikle belirtmek gerekir ki icra makamına tevdi hususunu, karşı edim borcunun önce ifa edilmesi niteliğinde görmek isabetli değildir. Her ne kadar karşı edim, alacaklının hakimiyet alanından çıkıyorsa da tevdi, karşı edimin gereği gibi teklif edildiği veya ifa edildiği anlamına gelmez. Ancak talep eden alacaklının, borçluya karşı edimi elde edebilme imkanı vermesi yönündeki külfet, tevdi şeklinde bir usulun isabetsiz olması sonucuna yol açmaz. Aksine burada alacaklıya, resmi memur aracılığıyla, borçluya karşı edimi elde etme imkanı vermesi yönünde bir kolaylık sağlandığı söylenebilirse de, icraya yetkili memura tevdinin nasıl bir yasal dayanağı olduğu sorulabilir. Maddi hukuka ait hükümler bu hususta yeterli değildir. Ancak herhalde şimdilik kaydıyla redde yeniden bir yargılamaya başlanacağı ve herhalde karşı edimin önce ifa edilmesi veya teklif edilmiş olması - ki bu hususta önce ifayı teklif hususu icra memuru aracılığıyla tevdi hususundan daha fazla zaman, emek ve masrafa yol açacaktır- ve bu hususun ikinci yargılamada ispat edilmesi gerekliliği gözönüne alındığında, şimdilik kaydıyla red kararının edimin ifasına yönelik davanın

olan katiyeti bertaraf edecek bir durum tahassül eylemektedir. Davacı ilâmı infaz ettirmek istemezse dâvâlının meşfû hisse üzerindeki haklan ne olacaktır? İlâm en geç kesinleşdiği tarihinde mülkiyeti davacıya nakletdiğine göre şuf'a bedelini elde etmek isteyen dâvâlı için yine icraya başvurmak ve davacının arkasından koşmak lâzım gelmiyecek mi?.."

kabul edilmesine nazaran[1085], uyuşmazlığı uzatacağı açıktır. Bu süreçlerin iki yargılamaya yol açması nedeniyle usul ekonomisine uygun olmadığı da ortadadır[1086].

İBK'ya konu kararda kabul edilen (c) bendi bakımından[1087] ise; *Kaniti*[1088]'ye göre, davacının *hükümden önce* ödeme veya tevdi zorunda bırakılması kabul edilemez. Zira davacı sadece karşı edimi, edim karşılığında ifa etmek zorundadır. Tevdi bakımından ise, davacı cebri icra süreci boyunca ve mahkemenin hüküm vermesine kadar karşı edimi tevdi edilmiş şekilde tutmak zorunda kalacak ve hükümden sonra tevdiye ilişkin sorunlar burada da sözkonusu olacaktır.

Kaniti[1089], aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verilen İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında[1090], hükümden sonra cebri icra safhasında davacının karşı edimi en azından teklif etmek zorunda olması ve bunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin yeni bir hükümle tesis edileceğini kabul etmesini de uygun

---

[1085] Şimdilik kaydıyla red kararı verilirse, davacının en azından karşı edimi teklif ettikten sonra açılacak ikinci davada yargılama en baştan bir kez daha başlayacak ve bu halde de davacı karşı edimi en azından teklif ettiğini ve hak sahibi olduğunu ispat etmesi gerekecektir. Bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 207; **Moralı**, s. 464;

[1086] **Simmen**, s. 103.

[1087] Y. İBK. T. 20. 06. 1951 13/5 (**RG. T. 7. 11. 1951 S. 7950**): "… *c- Şefii hükümden önce satış bedelini ve müşteri tarafından satış sırasında yapılan masrafları ödemeye veya tevdie mecbur tutmak ve bu mecburiyete riayet etmiyen şefiin dâvasını reddetmek…."*.

[1088] **Kaniti**, s. 176-177; hükümden önce tevdi usulünün, gerekçe belirtmeksizin usul ekonomisine uygun olmadığını ileri süren görüş için bkz. bkz. **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s. 540.
Yazarların eleştirilerine rağmen, önalım hakkı sahibinin adına payın tesciline karar verilebilmesinden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hakim tarafından belirlenen süre içinde hakimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlü olduğu yönünde MK m. 734 II'de yer alan düzenleme İBK'nın vardığı sonucu desteklemiş görünmektedir. Aynı yönde bkz. **Nomer**, N. 173.6.

[1089] **Kaniti**, s. 175-176; davalının aynı anda ifaya mahkum edilmesine yönelecek şekilde davanın kabul edilmesi için yeterli sebep yoktur. Böyle bir karar, karşı edimin ifasının veya ifa teklifinin gerçekleşip gerçekleşmediği yeni bir mahkeme kararıyla belirlenmedikçe infaz edilebilir nitelikte değildir. Bkz. **Guldener**, II, s. 253 Anm.7; **Kummer**, s.126; icra sürecini ağırlaştıracağı hususunda aynı yönde bkz. **von Tuhr/ Escher** s.61 dn.26; *Guldener*, eserin sonraki basılarında bu ifadeyi kaldırmıştır. Bkz. Max Guldener, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 3. Aufl., Zürich, 1979, s. 206 dn. 7.
Ancak bir başka eserinde, *Guldener'e göre*, aynı anda ifaya mahkumiyet hükmünün belirli şartlarla amaca uygun olacağını belirtmiştir. Buna göre edimin ifasını karşı edimin ifasına bağlayan bir karar, seri yargılama usulüyle karşı edimin ifa edilip edilmediği tespit edilebilirse amaca uygun olur.(krş. Freiburg ZPO Art. 342; Bern ZPO Art. 397) Ancak kantonlar bu hususta yükümlü kılınamaz, böyle bir sürecin yerine getirilip getirilemeyeceği konusunda kanton serbesttir. Bir kanton böyle bir süreç tanımaz ise, şartın gerçekleşip gerçekleşmediği veya karşı edimin ifa edilip edilmediği hususunda ikinci bir yargılama gerekir. Bkz. Max Guldener, "**Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht**", ZSR, 1961/ 80 II, s. 33, dn. 79.

[1090] Bu kararında İsviçre Federal Mahkemesi, *"...Alman Hukuku'nda olduğu gibi, edimin tek taraflı icra edilebilme imkanı, borçlunun karşı edimi elde ettiği veya alacaklı temerrüdünde bulunduğu ispat edildiğinde başlar. Bu ispat kural olarak sadece ikinci bir mahkeme kararı vasıtasıyla gerçekleştirilebilir…"* yönünde tespit yapmıştır. Bkz. **BGE 58 II 417.**

görmemiştir. *Kaniti*'ye göre, zira aynı anda ifaya mahkumiyet hükmünün icra edilebilmesi için tekrar mahkemeye başvurmak ve karşı edimin ifa veya ifasının teklif edildiğinin ispat edilmesi gerekiyorsa, hükmün edimin icra yoluyla elde edilmesi hususunda fiilen bir değeri olmayacaktır. Aynı anda ifaya mahkumiyet yönündeki hüküm bir tespit hükmü niteliğinde olacaktır. Bu tespit ise edim ile karşı edim arasındaki bağlılığın varlığına yönelik olacak ve edimin icra yoluyla elde edilebilmesi için yeni bir hükme ihtiyaç duyulacaktır. Bu nedenle davanın şimdilik kaydıyla reddi görüşüne karşı ileri sürülen, red görüşü kabul edilirse yeniden dava açmanın ortaya çıkaracağı sakıncalar, aynı anda ifaya mahkumiyet görüşü kabul edildiği takdirde de gündeme gelecektir.

Ancak bu yöndeki gerekçeye karşı ileri sürülen görüşe[1091] göre, infazın gerçekleştirilmesi şartlarının belirlenmesi için genel olarak düzenli bir yargılama gerekli değildir. Çoğu zaman, basit, sadece senetle ispata dayanan bir usuli süreç yeterlidir. Zürich kantonu ZPO Art. 304 II, karşı edimin ifası veya ifa teklifinin infazın şartı olup olmadığı sorusuna hızlı yargılama sürecine işaret ederek cevap vermiştir. Sadece likit olmayan fiili durumlarda düzenli bir yargılama açılması gereklidir. Ancak her durumda düzenli bir yargılamayı gerektiren davanın şimdililik reddi kararına kıyasla önemli ölçüde zaman ve masraf anlamında tasarruf edileceği bir gerçektir. Karşı edimin ifası veya ifa teklifi gerçekleştikten sonra her durumda aynı içerikte yeni bir dava açmak zorunda bırakan aksi çözüm usul ekonomisine uygun değildir.

Kanaatimizce *Kaniti*, aynı anda ifaya mahkumiyet hükmünün ikinci bir dava açılmasına neden olacağını ve sakıncalar doğuracağını belirtirken bu sakıncaların

---

[1091] **Simmen**, s. 103-104; Bu sebeple tarafların menfaati, davalının başarılı şekilde defi ileri sürmesinden sonra aynı anda ifaya mahkum edilmesiyle daha iyi karşılanır. BGB §322 I'de açıkça belirtilen bu çözüm, OR Art. 184 II ile bağlantısı içerisinde OR Art. 82'den dolaylı olarak çıkarılabilir. Bkz. **Simmen**, s. 103.
Zürich Kantonu ZPO 304 II'e göre, ilam bir tarafın yükümlülüğünü, karşı edime veya bir şarta bağlı kılıyorsa, icrada bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verilir. Hüküm şartın veya karşı edimin ifa edilip edilmediği yeni bir dava açılarak belirlenmesi gerektiğiyle değerlendiriliyordu. Ancak bunun için yeni bir dava açmaya gerek olmayıp, kararın icrası sürecinde de bu hususun yerine getirilip getirilmediğini değerlendirmek mümkündür. Bu hususta, karşı edimin ifa edildiğinin ispatı yerine, karşı edimin tevdi edilmesinin yeterli olabileceği bir formulizasyon da bu hususta gözönüne alınır. ZPO 304 II bu ölçüde, edimin icrasının infazı sürecinin belirtilen şartlar altında gerçekleşebilirliğini, örneğin, şatış bedelinin güvenilir bir üçüncü kişiye, resmi görevliye veya tapu sicil görevlisine aynı anda ödenmesi karşılığında satış konusunun cebri icra yoluyla alınması veya tapu kütüğünde tescilin gerçekleştirilmesinin sağlanmasını engellemez. Bkz. ; Hans Sträuli/ Georg Messmer, **Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung,** 2. Aufl, Zürich, 1982, §304, N. 11 -13; **Schmidt**, s. 45/51; **Wiget**, s. 124 vd.

şimdilik kaydıyla red kararı verildiği ihtimalde de sözkonusu olacağını örtülü olarak kabul etmek zorunda kalmıştır[1092]. Bu hususun farkında olan *Kaniti*, şimdilik kaydıyla red kararının aynı anda ifaya mahkumiyet hükmüne göre aynı anda ifayı sağlamaya teşvik ettiğini ileri sürerek gelebilecek eleştiriyi karşılamaya çalışmıştır.

Kaniti[1093]'ye göre, aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü alacaklıya edimin elde edilmesi imkanını belirtilen kolaylıkta vermemektedir. Bu bakımından karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin gecikmeksizin bir an önce tasfiyesi amacına yönelen aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü, yöneldiği amacı gerçekleştirmekten uzak kalmaktadır. Aksine aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verilmesi uyuşmazlığın uzamasına yol açacaktır. Şimdilik kaydıyla red yönünde hükmün, ilişkinin mümkün olduğu kadar dava dışında tasfiyesini teşvik etmek ve böylece mahkemelerin iş yükünü hafifletmeye yönelik işlevi vardır. Alacaklının açtığı dava reddedileceğinden, alacaklı dava dışında karşı edimin ifasını en azından teklif ederek ilişkinin dava dışında tasfiyesi imkanını arayacaktır. Borçlu ise yapılan ifa teklifini kabul etmezse alacaklı temerrüdüne düşeceğinden ve alacaklıya edimi tek taraflı elde etme imkanı verebileceğinden, o da ilişkinin dava dışı sonuçlanmasına kayıtsız kalmayacaktır.

Kaniti'nin bu yöndeki eleştirisi, kanaatimizce aynı anda ifaya mahkumiyet kararının isabetsizliğini ortaya koyabilecek ağırlıkta değildir. Zira şimdilik kaydıyla

---

[1092] Aynı anda ifaya mahkumiyet hükmüne karşı ileri sürülen eleştiriler bakımından, *Kaniti*'nin değindiği eleştirileri kabul eden *Kummer*'e göre, OR Art. 82(TBK m. 97)'de öngörülen kural icra aşamasına kadar uzatılamayacağından, hakimin, davayı, şimdilik kaydıyla red mi, basitçe red mi yoksa davalının edimin ifasına mahkum edilmesini engelleyerek ve karşı edim karşılığında onu edime mahkum ederek kısmi red mi etmesi gerekip gerekmediği herhangi bir farklılık arz etmez. Herhalde davalıya karşı icra edilebilir bir karar almak isteyen davacı, definin hüküm ifade etmesini sona erdirmelidir. Davacı bunu, karşı edimi ifa ederek veya herhalde kendisi tarafından geri alınmayacak, davalıya da, edimi yerine getirdiği sürece elde edebilme imkanı verilecek şekilde güvence altına almak suretiyle gerçekleştirebilecektir. Ancak herhalde ikinci bir davaya ihtiyaç duyulacaktır. Aksi durumda icra edilebilme imkanı veren bir karar elde edilemeyecektir. Karşı edimin ifa edilip edilmediği de bu ikinci davada belirlenecektir. Bu nedenlerle davalı defi ileri sürdüğünde hakimin, karşı edimin içeriğine girmeksizin davayı şimdilik kaydıyla reddetmelidir. Davacının hukuki durumu bu kararla kötüleşmeyecektir. Davacı, bir kez daha dava etmeli ve belirtilen şekilde definin hükümlerini ortadan kaldırdığını iddia ve ispat etmelidir. Ancak hakim, şimdilik kaydıyla red değil, aynı anda ifaya mahkumiyet yönünde hükmü verirse, bu karşı edimin kapsamının ve türünün bu davada belirlenmiş olmasını gerektirir. Çünkü davacı davanın kabulü değil de bu talebini sınırlandıran aynı anda ifaya mahkumiyet yönünde bir karar aldığından, karar kendisine bu sınırın kapsamını belirtmelidir. Bu halde de iddia ve ispat yükü davacı da olacaktır. Sonuç itibariyle her ihtimalde davacıya ispat külfeti yüklenecek ve ikinci davada olduğu gibi burada da davacı ispata ilişkin aynı çabayı gösterecektir. Bkz. **Kummer**, s. 126-128; aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verilebileceği kabul edilse dahi ikinci bir dava ihtiyacı doğacağı hususunda aynı yönde bkz. **Becker**, Art. 82, N. 4; **Wiget**, s. 52.

[1093] **Kaniti**, s. 177-178.

red kararının sözde ortaya çıkaracağı faydalar aynı anda ifaya mahkumiyet kararı verildiği durumda da gündeme gelebilir. Alacaklının borçluyu edimin ifasına zorlayabilmesi için dava dışı ilişkinin tasfiyesi yolunu karşı edimin ifası veya ifa teklifini gerçekleştirmek suretiyle arayacağı ortadadır. Aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verildiği ihtimalde dahi, borcun ifasından kaçınan ve alacaklı temerrüdüne düşen borçluya karşı alacaklı doğrudan kararın icrasına girişebilecektir. Bu sonucu öngören borçlu aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verildiği ihtimalde de ilişkinin dava dışı sonuçlanmasına kayıtsız kalmayacaktır.

2. Aynı Anda İfaya Mahkumiyet Görüşü

Aksi yöndeki görüşe göre[1094] ise, defi ileri sürüldüğü durumda hakim aynı anda ifaya mahkumiyet yönünde karar vermelidir. Aynı anda ifaya mahkumiyet hükmünün maddi hukuk bakımından hukuki temelini Art. 82 (TBK m. 97) oluşturur. Bu görüşler sorunu defi ileri sürüldüğü durumda hakimin kararının ne yönde olacağı, karar verdikten sonra ise, kararın nasıl icra edileceği şeklinde iki aşamalı ele almıştır.

Bu görüşü savunanlardan *Schmidt*'e [1095] göre, aynı anda ifaya mahkumiyet ne tam ne de kısmi bir red kararı niteliğindedir. Zira davacının ileri sürdüğü edimin ifasına yönelik talep içerik itibariyle kendisi hakkında aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verildiği taleple aynıdır. Sadece talep, defi ileri sürülmesine dayanılarak icra edilebilirlik bakımından sınırlandırılmıştır. Definin ileri sürülmesi sadece davalının sınırlandırılmış şekilde mahkum edilmesi (die beschränkte Verurteilung) sonucuna

---

[1094] Daniel Schmidt, **Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug und deren Vollstreckung**, Zürich, 1963, s. 23; **Sträuli/ Messmer**, §304, N. 11; **Simmen**, s. 103-104; **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N. 207;**Guhl/ Koller**, §4, N. 14; **Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey**, N. 2211; **BaslerK/ Leu**, N. 11; **Koller**, § 44 N. 58 vd.; **Schaller**, N. 465; **CHK/ Wullschleger,** Art. 82, N. 35; **Schwenzer**, N. 62. 08; **Moralı**, s. 464; **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s. 540-541; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 832-833; şarta bağlı bir hüküm olarak nitelendirerek aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verilebileceğini belirten görüş için bkz. **Postacıoğlu**, Şart, s. 120; şahsi hapis hakkı bakımından aynı yönde bkz. **Wey**, N. 610 vd.; Zürich ZPO Art. 304 Bern ZPO Art. 397, Freiburg ZPO Art. 342'de, davalının bir şartın gerçekleşmesi veya karşı edimin ifası karşılığında borç altına girdiği anlamında davacının açtığı dava kabul edilebilecektir. Karşı edimin ifa edildiği veya şartın yerine getirilip getirilmediğine hakim davacının dilekçesinden özel bir usuli süreç içerisinde karar verecektir. Bkz. **Guldener**, s. 206 -207; *Guldener* ancak bu özel sürecin ne olduğunu belirtmemiştir.
01. 01. 2011'de yürürlüğe giren İsviçre Medeni Usul Kanunu (ZPO) nedeniyle, kural olarak, kanton usul kanunlarının bu kanunun düzenlediği alanlara ilişkin olarak uygulanabilirliği sınırlandırılmıştır.

[1095] **Schmidt**, s. 25-26; aynı yönde bkz. **Schaller**, N. 465; şahsi hapis hakkı bakımından aynı yönde bkz. **Wey**, N. 606 vd. ; defi ana etkisini icra edilebilirlik aşamasında gösterecektir. Alacak hakkının kapsamı içerisinde icraya zorlayabilme yetkisi tanındığı sürece definin etkisi maddi hukukla bağlantısını ortaya koyar. Böylece sadece icraya zorlayabilirlik sınırlandırılmıştır. Bkz. **Wey**, N. 606.

yol açar. Bu sonuç, doğrudan maddi hukukta defiye tanınan etkinin bir sonucudur. Böyle bir kararın ayrıca kanton usul hukukunda düzenlenmesine gerek yoktur. Ancak hükmün nasıl icra edileceğinin özel olarak düzenlenmesi gerekir. Çünkü böyle bir hüküm olmaksızın icra gerçekleştirilemez. Davalı karşı edim karşılığında ifaya mahkum edildiğinden, sadece hükmün icrası bakımından, karşı edimin ifasının gerçekleşmiş olması veya ifa teklifinin sonuçsuz kalması hükmün icra edilebilirliğinin şartı niteliğindedir. Sınırlandırılmış bir ilam (Aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü) usul hukuku bakımından ifaya mahkum eden nitelikte bir ilamdır. Bu nedenle aynı anda ifaya mahkumiyet salt bir tespit davası olmayıp, davalının ona borçlanılan karşı edimin ifası karşılığında ifaya mahkum edilmesine yöneliktir. Şayet bir tespit davası niteliğinde olsaydı aksi görüşün ileri sürdüğü karşı edimin ifa edildiği veya ifasının teklif edildiğini belirlemeye yönelik bir tespit kararı olan ikinci karar ilk kararı icra edilebilir bir karara dönüştüremezdi.

Yine *Schmidt*[1096]'e göre, ilamın icrası bakımından ikinci bir sürece gerek olduğu hususu açıktır. Usul hukuku kapsamında belirlenecek bu süreç, karşı edimin ifa veya ifasının teklif edildiğine yönelik icra edilebilirlik şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinden oluşacaktır. Bu süreç bir yargılamayı gerektirmediği gibi, hızlı, belgelerle ispata dayanan sınırlandırılmış bir süreçtir. Bu nedenle aksi yöndeki görüşün ileri sürdüğü aynı anda ifaya mahkumiyetin icra sürecini ağırlaştıracağı yönündeki itiraz da isabetli değildir. İcra edilebilirlik şartının belirlendiği basit ve hızlı bir süreç ile birlikte aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü, ikinci düzenli bir yargılamayı gerektiren davanın reddine yönelik hükümden, maddi hukuk bakımından daha isabetli, usul hukuku bakımından ise daha basit bir yoldur. Sonuç olarak, definin ileri sürülmesi, davalının aynı anda ifaya mahkum edilmesi yönünde bir kararın verilmesini gerektirir. Bu karar maddi hukuka dayandığından ayrıca kanton usul kanunlarında ayrıca düzenlenmesine gerek yoktur. Borcun ifasının icra edilebilirliği bakımından sınırlandırıcı nitelikte olan bu karar, şarta bağlı olmayan[1097], ifaya yönelik bir ilam niteliğindedir. Ancak hükmün icrası, şartın

[1096] **Schmidt**, s. 26-27; ayrıntılı olarak s. 45 vd.; aynı yönde bkz. **Koller**, §44, N. 65 vd; **Schaller,** N. 468 vd. **Guhl/ Koller**, §4 N. 15; **Wey**, N. 617-618; **Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey**, N. 2212; krş. **Wiget**, s. 54 vd.

[1097] Şarta bağlı hüküm ifadesi yanlış anlaşılmalara neden olmaktadır. Burada şarta bağlı olmadığı ifadesi, hükmün şarta bağlı olmadığı yönündedir. Yoksa icra edilebilirlik bakımından şarta bağlılık

gerçekleşip gerçekleşmediğinin nasıl tespit edileceği hususunda kanton usul kanunu bir hüküm içerdiği durumda hukuken etkili şekilde gerçekleştirilecektir.

Schimdt[1098], bu ikinci süreci hangi kurum veya kişinin gerçekleştireceği sorununa ilişkin olarak da, karşı edimin ifa edildiği veya ifa teklifinin başarısız olduğunu hakimin belirlemesi gerektiğini ileri sürer. Çünkü Alman Hukuku'nda her ne kadar icraya yetkili görevliye ifa veya ifa teklifinin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleme yetkisi verilmiş olsa da, yine Alman Hukuku'nda icraya yetkili görevlinin bu hususu gerçekleştirme konusunda yeterliliğinden şüphe edilmektedir. İsviçre Hukuku'nda bu yetkinin hakime bırakılması hususunda bir diğer gerekçe, İsviçre Hukuku'nda ödemeye veya teminatlara yönelik taleplerin icrasının İsviçre Hukuku'na özgü düzelenmesinde aranmalıdır. Alman Hukuku'ndan farklı olarak, icra yoluyla takibe başlamak için herhangi bir ilam gerekli değildir. İcra yoluyla takip bir mahkeme kararına dayanıyorsa, icraya yetkili görevli, icra edilebilirlik şartlarını re'sen incelemelidir. Ancak bu süreçte ödemeye karşı malın teslimine yönelik böyle bir inceleme yetkisinin ancak kanuni bir temelinin olması gerekir. Alman Hukuku'ndaki düzenleme İsviçre Hukuku'nun yapısına uygun olmadığından, bu hukuki temelin oluşturulması kanunkoyucuya bırakılmalıdır.

Schmidt ve bu görüşü takip eden yazarların görüşüne paralel şekilde, 01.01. 2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Usul Kanunu (ZPO) Art. 342'e göre, bir şarta veya karşı edime bağlı bir edime ilişkin verilen ilamlar, şartın gerçekleştiği veya karşı edimin ifasının teklif edildiği, ifa edildiği veya teminat altına alındığının icraya yetkili mahkeme(Vollstreckungsrichter) tarafından tespit edilmesiyle icra edilebilir. Bu hükümle doktrinde ileri sürülen görüşe paralel olarak kanunkoyucu ZPO

---

sözkonusudur. Ancak icra edilebilirlik bakımından şarta bağlılık, belirtilen kapsamda hükmün şarta bağlı hüküm niteliğinde olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle şarta bağlı hüküm (bedingtes Leistungurteil) yerine aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü ifadesinin kullanılması hukuki durumu daha açık şekilde ortaya koyar. Aynı yönde bkz. **Schaller**, N. 466; aynı anda ifaya mahkumiyet ve şarta bağlı hüküm ifadesini kullanan her iki kavramı aynı şeyi ifade etmek için kullanan İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **BGE 127 III 199 (200)**; doktrin için bkz. **ZürcherK/ Schraner**, Art. 82, N.206-207; **BernerK/ Weber**, Art. 82, N. 222; **Wey**, N. 616; Bu nedenle aynı anda ifaya mahkumiyet hükmünü, şarta bağlı hüküm olarak değerlendirip, şarta bağlı hüküm verilemeyeceği gerekçesiyle reddetmek isabetli olmaz. Bu kapsamda *Postacıoğlu* da, bu hususu destekleyecek nitelikte, iddia edilen hakkın ileri sürülebilirliği, iddianın hak sahibinin karşı edim borcunu yerine getirmesi şartıyla tanınarak hükme bağlanmasına kesin hüküm ilkelerinin engel teşkil etmeyeceğini ileri sürmüştür. bkz. **Postacıoğlu**, Medeni Usul, s. 712; **Postacıoğlu/ Altay**, N. 1396.

[1098] **Schmidt**, s. 46- 47; **Schaller**, N. 469.

Art. 342'de karşı edimin ifa edildiği veya ifasının teklif edildiği hususunun tespitini icraya yetkili mahkemeye bırakmıştır. Ancak ileri sürülen görüşlerden farklı olarak[1099] kararı veren mahkeme tarafından değil, icraya yetkili mahkeme tarafından bu tespitin yapılacağı düzenlenmiştir. ZPO Art. 342'nin özellikle defiye dayanan aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verildiği halde uygulanacağı kabul edilmektedir[1100].

İsviçre Federal Mahkemesi'nin görece yakın tarihli kararlarında[1101] borcun ifa edilmediği defi ileri sürüldüğü durumda, hakimin aynı anda ifaya mahkumiyet yönünde karar vermesi gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay'ın defi ileri sürüldüğü durumda, hükmün hangi yönde olacağı, mahkemenin hangi yönde hareket etmesi gerektiği hususunda birbirinden farklı kararlar verdiği görülmektedir.

[1099] **Schmidt**, s. 46; Zürich ZPO Art. 304 icraya yetkili mahkeme, Bern ZPO Art. 397 II ise, hükmü veren mahkeme (der Richter des Ersturteils) ifadesine yer vermişti. Ancak ZPO Art. 342 ile artık icraya yetkili mahkemenin görevli olduğu belirtilerek sorunun çözümü netleştirilmiştir.

[1100] Melanie Huber, **Die Vollstreckung von Urteilen nach der Schweizerischen ZPO**, 2016, N. 95; Heinz Hausheer/ Hans Peter Walter, **Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO**, Bern, 2012, Art. 342, N. 5-6; Thomas Sutter-Somm/ Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)** , 3. Aufl., Zürich, 2016, Art. 342, N. 10; Alexander Brunner/ Dominik Gasser/ Ivo Schwander, **Schweizerischen Zivilprozessordnung ZPO Kommentar,** 2. Aufl, Zürich, 2016, Art. 342, N. 3.

[1101] İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen uyuşmazlığın içeriğinden anlaşıldığı üzere, davacı işletmeyi davalıya 155.000 İsviçre Frangı bedelle satmıştır. Davacı ticaret sicilinde adını sildirtme yükümlülüğü altına girmiştir. Taksitle ödenecek bedelin 30.000 Frank'lık kısmını davalı kararlaştırıldığı şekilde ödemiştir. Ancak davalı, davacının adını sildirme yükümlülüğünü yerine getirmediğinden daha sonra sözleşmeden döndüğünü bildirmiştir. Davacı satıcı, daha sonra 125.000 Frank ve faizlerin ödenmesi için dava açmıştır. Yerel mahkeme, davalının sözleşmeden dönme hakkı olmadığına karar vermiştir. Zürich kantonu yüksek mahkemesi ise, zımnen, tarafların geçici önce ifa yükümlülüğü konusunda anlaştıkları, aksi durumda definin ileri sürülüp sürülmeyeceği sorununu ayrıntılı tartışmanın gereksiz olacağını, tarafların daimi önce ifa yükümlülüğü konusunda fiilen anlaşmamış olduklarının kabulü altında dahi, bu sonucun değişmeyeceği, zira tarafların güven prensibine göre iradelerinin yorumundan geçici önce ifa yükümlülüğü sonucunun doğduğu, davacının önce ifa ile yükümlü olduğu ve davalının borcun ifa edilmediği defi ileri sürebileceği gerekçesiyle davayı şimdilik kaydıyla reddetmiştir. Federal Mahkeme, davacının temyizini kısmen onaylamış ve davalının muaccel olan diğer taksitleri davacının borcunu ifası ile aynı anda ödemekle yükümlü olduğuna hükmetmiştir: **BGE 127 III 199 (200,203)**; **ZBJV,** 139/2003, 826-827; aynı yönde Federal Mahkemesi kararına göre, definin geçerli bir şekilde hüküm ifade etmesi durumunda, hakim borçluyu aynı anda ifaya mahkum ederek davayı kabul eder. Bkz. **BGE 111 III 463 (466)**; aynı yönde bkz. **BGE 79 II 280 (282)**

Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, davacının talebinin gerçekleştirilmesi ve icra ettirilebilmesi için iki ayrı hakim kararına ihtiyaç duyulacaktır. İlkinde hem davacının hukuki talebinin içeriğine ve unsurlarına hem de davacının ifa etmesi gereken karşı edim borcuna ilişkin karar verilecektir(şartlı ifaya mahkumiyet kararı). İkinci karar ise, davacının karşı edimi ifa edip etmediği veya davalıya karşı edimi elde etme imkanı verecek şekilde karşı edimi güvence altına alıp almadığı hususuna yönelik olacaktır. Bkz. **BGE 111 II 197-198**; Zürich Kantonu Yüksek Mahkemesi'nin şimdilik kaydıyla red yönünde kararı için bkz. (**ObGer ZH T. 24.08.2015, HG130109, E.4**); İsviçre Federal Mahkemesi'nin daha eski tarihli kararları ve bu kararların incelenmesi için bkz. **Kaniti**, s. 169.

Yargıtay bazı kararlarında[1102], hükmün şimdilik kaydıyla red (veya davanın reddi) yönünde olması gerektiğini belirtirken, bazı kararlarında[1103], karşı edimin bir

[1102] Y. 13. HD. 7696/ 469 T. 31. 1. 1986 **(YKD** 1986/ 11 s. 1664) *"…O halde, davalı, burada BK. nun 81. maddesinden kaynaklanan haklarını, aynı yasanın 167. maddesi gereğince davacıya karşı da ileri sürebilir ve taşınmaz kendisine geri verilinceye kadar satış bedelinin bir bölümünü iadeden kaçınabilir. Bu nedenle açılmış olan davanın reddine karar verilmek gerekir…";*
Y. 14. HD. 667/ 2072 T. 14. 3. 1988 **(Kazancı)**: *"…Davacı, çekişmeli dükkanın adına tescilini istiyebilmesi için Borçlar Kanununun 81. maddesi gereğince ilk önce kendi edimini yerine getirmelidir. Davalı banka bu dükkanın bedelini bildirdiği ve şartnamenin 2.10. maddesinde öngörülen koşulların yerine getirilmesini istediği halde davacı edimini yerine getirmediğinden davalı banka adı geçen şartnamenin 2.11. maddesi uyarınca tahsis hakkını kaldırma olanağına sahiptir ve müddeabihin mülkiyetini davacıya nakletmesi hususunda zorlanamaz. Bu itibarla, davacı edimini yerine getirmediğinden karşı taraftan ifayı istiyemiyeceği ve davalının da şartname dışında bir bedeli kabulle mülkiyeti davacıya nakil için zorlanamıyacağından davanın reddi doğrudur…";*
Y. 14. HD. 9109/ 12081 T. 14. 10. 2011 **(Kazancı)** :*"…Yapılması gereken iş, teslimin sözleşmeye uygun yapıldığını ispat külfeti davacıda olduğundan, davacı vekilinin 25.11.2009 tarihli dilekçesindeki beyanı da dikkate alınarak delillerini sorup saptamak, sistemin devreye alınıp çalıştırıldığı ispat olunursa şimdiki gibi davayı kabul etmek, aksi halde davalı iş sahibi B.K.nun 81. maddesinden yararlanarak ödemezlik definde bulunabileceğinden davayı reddetmek olmalıdır…" ;*
Y. 11 HD. 15653/ 680 T. 25. 1. 2016 ***(Kazancı)**: "…Dava, taşıma sözleşmesinden kaynaklanan alacağa yönelik yapılan icra takibine itirazın iptali istemine dair olup, mahkemece, yapılan takibin 818 Sayılı BK'nın 81. maddesine açıkça aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle davanın reddine ve davacı aleyhine kötüniyet tazminatına karar verilmiştir….";* Y. 19 HD. 1735/ 13471 T. 22. 10. 2015 (**Kazancı**): "*…davalının ödemezlik definde bulunmakta haklı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir… usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA…"*
Yargıtay'ın aynı yönde daha eski tarihli kararları için bkz. **Kaniti**, s. 169-170.

[1103] Y. 14. HD. 5838/ 10489 T. 19. 12. 2016 (**UYAP**): *"... bilirkişiye hesaplatılacak miktarın yüklenicinin halefi olan davacıya TBK'nın 97. maddesi uyarınca depo ettirilmek ve inşaatın genel iskan raporunun alınmasını sağlamak üzere yetki ve süre verilerek oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi, ruhsat alınmadığı takdirde ikinci kademedeki tazminat talebi değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken davacıya usulüne uygun süre verilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir…".*
Hatta, Yargıtay bir kararında, yBK m. 81 (TBK m. 97)'e değinmekle birlikte taraflardan birisinin borcun ifa edilmediği defi ileri sürmemiş olmasına rağmen, bedelin depo ettirilmesine karar vermiştir. Bkz. Y. 14. HD. 5252/ 7424 T. 27. 10. 2004 (**YKD** 10/ 2005 s. 1580 vd.) : *"..Ne var ki eldeki davada Şaban tarafından açılan tapu iptal ve tescil davasının kabul edilmesi ve bu davacı ile davalı yüklenici arasındaki çekişmenin giderilebilmesi için Şaban tarafından sözleşmede kararlaştırılan satış bedelinin yüklenici A. Mühendislik A.Ş.'ne ödenmek üzere depo ettirilmesi gerekir…".*
Bir diğer kararında davacının karşı edim borcunu ifaya hazır olması hasebiyle, depo yönünde karar vermiştir. Bkz. Y. 1. HD. 964/ 4244 T. 13. 4. 2004 (**YKD** 8/ 2005 s. 1191 vd.) : *"…Davacı, kayden paydaşı olduğu 36 parsel sayılı taşınmazdaki payını eşinin ihtiyacı nedeniyle aldıkları borca karşılık tem inat olarak davalıya devrettiğini, borcu ödemeye hazır olduğunu, davalının ödemeyi kabul etmediğini ileri sürerek, iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur… Hal böyle olunca; açıklanan ilkeler gözetilerek ve Borçlar Kanununun 81. maddesi hükmü dikkate alınarak taraflar arasındaki alacak borç ilişkisinin açıklığa kavuşturulması dava tarihi itibariyle davacının davalıya olan borcunun miktannın belirlenmesi, bu meblağın mahkeme veznesine depo ettirilmesi ve ondan sonra bir karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile davanın reddedilmesi doğru değildir…"*
Y. 14. HD. 16693/ 4758 T. 6. 6. 2017 (**Kazancı**): *"…Yapılan bu genel açıklamalardan sonra, somut olaya gelince; davalı yüklenici ile davacı arasındaki temlik sözleşmesi uyarınca davacının ödemesi gerekli olan 90.000 TL satış bedelinin 20.000 TL' sini ödediği geri kalan 70.000 TL sinin ödenmediği tarafların kabulündedir. Anılan sözleşmenin ödemeler başlıklı 4. maddesinde yapılacak bina kredi kullanmaya uygun hale geldiğinde kredi kullanılacağı öngörülmüştür. Davalı tarafça davaya konu*

bedel ödemeyi içerdiği ihtimalde, davacıya bu bedelin depo ettirilmesi şartıyla lehine hüküm tesis edebilme imkanı vermiştir.

Yargıtay, bazı kararlarında ise[1104], tevdi sürecine değinmeden, aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

---

*taşınmazın 2011 yılı Ağustos ayında bitirilip , davacıya teslim edildiği ve davacı tarafça o tarihten bu yana konutta ikamet edildiği, kural olarak edimlerin **aynı anda ifa**sının gerekeceği ancak davalının dava dışı arsa sahibinin mirasçıları ile yaşadığı ihtilaf sebebiyle taşınmazda kat mülkiyeti tesis edilemediği, davalının davacıya gönderdiği 06.02.2012 tarihli ihtarname ile bu durumu davacıya izah ederek kalan 70.000 TL'nin ödenmesini talep ettiği, davacı tarafça 17.12.2014 tarihli ihtarname ile kredi çekilemediğinden satış bedelinin ödenmediği bildirilmiştir. Davacı tarafından kredi çekilemeyip, bakiye satış bedelinin taşınmazın teslim tarihinde ödenemediği anlaşılmıştır. ...Mahkemece yapılması gereken taşınmazın teslim edildiği tarih olan Ağustos 2011 tarihinden dava tarihine kadar 70.000 TL'nin yasal faizi bilirkişiler aracılığı ile belirlenmeli, davacı tarafından 70.000 TL'nin depo edildiği anlaşıldığından **bilirkişi tarafından belirlenen yasal faizi depo etmesi için davacıya mehil verilmeli, bu bedeller depo edildiğinde sözleşme ifa ile sonuçlanmış olacağından** istemi hüküm altına almak, aksi taktirde davayı reddetmek olmalıdır…".*

Y. 14. HD. 11235/ 12627 T. 25. 10. 2011 **(Kazancı)** *"...İfadan bahsedebilmek için, arsa sahipleri lehine hüküm altına alacakları yüklenicinin ödemesi veya yüklenicinin temlik işlemine dayanan davacı üçüncü kişinin depo etmesi gerekmektedir. Zira, yeni belirtildiği gibi, B.K. m. 167'den yararlanacak olan arsa sahipleri defi olarak bu alacaklarını temlik alan davacı üçüncü kişiye de ileri sürebilir. B.K. m. 81 hükmüne göre de kendi edimini yerine getirmeyen yüklenici ya da onun temlik işleminde bulunduğu üçüncü kişiye karşı ödemezlik defi hakkına sahiptir. ...Mahkemece yapılması gereken iş, gerek duyulursa bilirkişi incelemesi yaptırılarak arsa sahipleri lehine hüküm altına alınan dosyalardaki alacak miktarlarını tespit etmek, tespit edilecek bu alacak miktarı davacı tarafından depo edilirse şimdiki gibi davayı kabul etmek, aksi halde davayı reddetmek olmalıdır…".*

Y. HGK. 14-169/ 388 T. 8. 6. 1994 **(Kazancı)** *"...Bakiye bedelin ödendiği kanıtlanamaz ise o zaman B.K.nun 81. maddesi uyarınca davacıya kalan bedelin ödenmesi için önel verilmeli, bakiye bedel yatırıldıktan sonra karar verilmelidir…";* aynı yönde bkz. Y. 1. HD. 13277/ 14124 T. 26. 12. 2001**, (Kazancı)**; Y. 14 HD. 7795/ 3203 T. 31. 3. 1994 (**Kazancı**); Y. 1. HD. 6302/ 6004 T. 11. 5. 2015 (**Lexpera**); Y. 1. HD. 7578/ 1157 T. 4. 2. 2016 (**Lexpera**).

[1104] Y. 3. HD. 7472/ 15540 T. 8. 11. 2017 **(Kazancı)** *"...O halde mahkemece; davacının elinde bulundurduğu aracı davalı tarafa iade edilmesi (birlikte **aynı anda ifa** edilmesi) şartıyla, ödenen 1.000,00 TL satış/peşinat bedelinin davacıya iadesine (davacının satın almış olduğu aracı iade etmeden ödediği satış bedeli için faiz talep edemeyeceği de dikkate alınarak) karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir…".*

Y. 15 HD. 5363/ 3650 T. 27. 9. 1993 **(Kazancı)** *"...Bu durumda halen ferağı verilmediği anlaşılan 9 nolu bağımsız bölümün davacı adına tescilinin Yargıtay aşamasında olan dava sonucu beklenilerek, verilen hüküm gereğinin davalı tarafından yerine getirilmesi koşuluna bağlanması suretiyle, edimlerin karşılıklı olarak ve birlikte ifasını sağlayacak biçimde karar verilmesi gerekirken davanın cümle bağımsız bölümler hakkında kabulüne karar verilmesi isabetli olmadığından hüküm bu nedenle bozulmalıdır…".*

Y. 15. HD. 117/ 137 T. 27. 1. 1981 **(YKD** 1981/ 5 s. 624): *" ...Tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde toplanan kanıtlarla değerlendirmede BK m. 81'de karşılıklı taahhütleri ihtiva eden akitlerde ifa tarzını tesbit eden esasın, gözönünde tutulması gerektir…. Basımı yüklenilen 200 adet "Düşünceye Saygı" adlı eserin, davacının 25 Ocak 1980 tarihli ihtarnamesinde kabul eylediği bakiye alacak 3720 lirayı davalı Sami'ye ödemesi kaydıyla davalı Sami tarafından teslimine karar vermek gerekir..";*

Y. 15 HD. 1091/ 441 T. 31. 1. 1994 (**Kazancı**): *"...Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde hir tarafın diğer taraftan edimini yerine getirmesini isteyebilmesi için , BK.nun 81. maddesi uyarınca öncelikle kendi edimini, ifa etmiş olması gerekir. Oysa, davalı sözleşmenin eksik ifa edildiğini savunduğundan…bulunacak miktarın davalıya ödenmesi **şartıyla, yani** birlikte ifa suretiyle davanın kabulüne karar verilmelidir…";*

3. Kanaatimiz

Kanaatimizce davanın şimdilik reddi/ davanın reddi gözönüne alındığında aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verilmesi gerektiğini kabul eden görüş isabetlidir. Öncelikle aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü, maddi hukuk bakımından hukuki dayanağını TBK m. 97'de bulur. Kanunkoyucunun iradesinin aynı anda ifaya yönelik olması, bu hususu açıkça ortaya koymaktadır. Sorun bu hükmün usul hukuku esaslarına ne derece uygun olduğu noktasında toplanmaktadır. Zira dava ya kısmen/ tamamen kabul edilecek ya da kısmen/ tamamen reddedilecektir. Maddi hukuk bakımından gözönüne alınan aynı anda ifanın davanın kabulü kapsamında yer alacağında tereddüt etmemek gerekir. Zira davacı edimi karşı edimin ifasını veya ifa teklifini gerçekleştirmeksizin talep ettiği ihtimalde, defi ileri sürülse dahi, konu bakımından ne kendisine verilecek olandan daha fazlasını ne de azını talep etmektedir. Bu anlamda hüküm ile davacının konu bakımından talebi örtüşmektedir. Davacının talebi ile hükmün içerik itibariyle uygunsuzluğu davacının ifa sırasına yönelik talebinde görülebilir. Zira davacının karşı edimin ifasını elde etme imkanı sunmayıp doğrudan davalının edime mahkum edilmesine ilişkin talebi davalının fiilen önce ifa yükümlüsü kılınmasına yöneliktir. Aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü ifa sırası bakımından davacının bu talebiyle uygunsuz görünmektedir[1105]. Ancak, kural olarak,

---

Y. 19. HD. 2457/ 9040 T. 17. 6. 2015 (**Lexpera**): *"...Her ne kadar Mahkemece Dairemiz Bozma kararına uyularak yapılan yargılamada aracın iadesine karar verilmiş ise de davanın açıldığı tarih itibariyle yürürlükte bulunan 818 sy. BK'nın 81. maddesinde düzenlenen birlikte ifa kuralı hükmü uyarınca edimlerin aynı anda ifası gerekmektedir.... kurulan hükmün B) başlığı altında 1. bendin devamına, "BK 'nın 81. maddesi hükmü gereği edimlerin aynı anda ifasına" sözcük dizisinin eklenerek hükmün düzeltilmiş bu şekliyle ONANMASINA…. karar verildi…";*
Y. 13 HD. 2852/ 4445 T. 24. 4. 2002 **(Kazancı):** *"...5.11.1998 tarihinde taraflar arasında düzenlenmiş bulunan harici sözleşme gereğince aracın davacıya teslim edildiği ve onun zilyetliğinde bulunduğu davacının davalıya gönderdiği 6.9.1999 tarihli ihtarname kapsamından açıkça anlaşılmaktadır. Davacı, geçersiz sözleşme nedeniyle ödediği satış bedelini geri isteyebilmesi için aldığı aracın zilliyetliğini de davalıya teslim etmek zorundadır. (BK.md.81) O halde mahkemece, satış bedelinin tahsiline karar verilirken aynı zamanda ve karşılıklı olarak aracın da davalıya teslimine karar verilmesi gerekir. Bu hususun göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir…";* kanaatimizce bu son karar her iki taraf lehine hüküm tesis edilmesi gerektiği yönündedir. Bu nedenle daha önce belirttiğimiz üzere isabetli değildir. Bu hususu gözardı etmek suretiyle, bu kararı aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü niteliğinde değerlendiren isabetsiz görüş için bkz. **Moralı**, s. 461-462 **.**

[1105] Kanaatimizce bu halde bir kısmi hüküm verilebileceğinden de bahsedilemez. Zira kısmi hüküm, ancak konusu bölünebilen nitelikte ise sözkonusu olabilecektir. Ancak talep konusunun hüküm ile aynı olmasına rağmen ifa sırasına ilişkin talebin hükümden farklı olması bu hususta kısmi hüküm verilebilecek şekilde konunun bölünebilirliği anlamına gelmez. Kısmi hüküm için bkz. **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s. 539.

aynı anda ifanın gerçekleştirilmesinin gerektiği durumlarda, aynı anda ifa, genellikle hükmün icrası aşamasında, karşı edimin ifa veya ifa teklifinin gerçekleştiğinin tespitiyle gerçekleştirilecektir. Daha önce ileri sürülen görüşlerden ve belirtilenlerden de anlaşılacağı üzere Alman Hukuku ve İsviçre Hukuku'nda kurumun teorik ve pratik görünümü bu yöndedir. Aynı anda ifanın gerçekleşmesi icra aşamasında sözkonusu olabilecek bir hususken, davayı reddederek ikinci düzenli bir yargılamaya yol açmak uygun olmasa gerekir. Bu nedenle hükmün talebe uygun olmadığını ileri sürerek sorunun çözümünü davanın reddinde aramak isabetli değildir. Ayrıca konu itibariyle talebin hükme uygun olması karşısında bu isabetsizlik daha iyi anlaşılır. İcra aşamasında çözülecek bir soruna ilişkin kararı verecek hakimin davayı reddetmesi veya şimdilik kaydıyla reddetmesi isabetli bir çözüm değildir.

Aynı anda ifaya hükmedileceği ve bu hükmün icra edileceği süreç içerisinde tarafları fiilen önce yükümlüsü kılmaya engel olmak hem kararda hem de icrada gözönüne alınması gereken, maddi hukuka dayanan önemli bir unsur olarak göze çarpmaktadır. En azından taraflardan birinin gönüllü olarak harekete geçmediği hallerde her iki tarafın da fiilen önce ifa yükümlüsü olmasının önüne geçme amacı gözönüne alındığında, aynı anda ifanın sağlanmasında bir üçüncü kişinin yardımına ihtiyaç duyulacaktır. Bu üçüncü kişinin, icra daireleri veyahut icra mahkemelerinden hangisi olacağı sorusuna Türk Hukuku bakımından cevap vermek gerekir. İsviçre ve Alman Hukuku'ndan farklı olarak Türk Hukuku'nda açık hüküm olmamakla birlikte icra dairelerinin sorunun çözümüne ilişkin çeşitli yöntemlerle çaba harcadığı söylenebilir[1106]. Her ne kadar icra idaresinin uygulaması daha önce belirttiğimiz üzere hukuki belirliliği ihlal edici, zaman zaman maddi hukuka aykırı olacak nitelikte olsa dahi, Türk Hukuku'nda kural olarak ilamı icraya koymaya yetkili kurumun icra daireleri olduğu, bu nedenle aynı anda ifaya hükmedildiği ihtimalde bu ilamı da icraya koyacak olan yetkilinin icra dairesi olduğunu belirtmek gerekir.

Yargıtay'ın hükmün verilmesinden önce aynı anda ifayı sağlama bakımından ortaya koyduğu çözümleri de ayrıca değerlendirmek gerekir. Bu kapsamda Yargıtay'ın

[1106] Davacının karşı edimi teklif etmeden veya depo etmeden doğrudan davalıya takipte bulunulduğu, davalının buna itiraz etmediği, ancak tahsilat safhasında davacının kendi edimini hazır bulundurmasının aranması, kullanılan yöntemlerden biri olarak belirtilebilir. Bu husus için bkz. **Moralı**, s. 465.

hüküm verilmeden önce tevdi çözümünü incelemek ve tevdinin hukuki temelinin ne olduğunun belirlemek gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hakimin tevdi ile gerçekleştirmek istediği amaç, tevdiyi karşı edimin sözleşmeye uygun ifa teklifi olarak görmek veya tevdiye henüz karşı edim alacaklısını alacaklı temerrüdüne düşürmeden başvurmak veyahut para borçlarında ifa yerini değiştirmek olmamalıdır. Aksi takdirde, tevdinin hukuki dayanağının olmadığı söylenebilir. Hakimin tevdi ile güttüğü amaç, üçüncü kişinin yardımına başvurmak suretiyle aynı anda ifayı sağlamaktır. Zira para borcu olan karşı edim mahkeme veznesine tevdi edilecek, mahkeme veznesi aynı anda ifanın sağlanmasına hizmet edecektir. Aynı anda ifanın gerçekleştirilmesindeki zorluklara ilişkin ortaya koyduğumuz çözüm önerilerinin teorik temeli gözönüne alındığında[1107], hüküm verilmeden önce tevdi kurumuna başvurulması, hakimin, taraflarca kararlaştırılmamış olan *aynı anda ifanın gerçekleştirilmesi usulünü* belirleme ve bu surette sözleşmeyi tamamlama görevinin[1108] gerçekleştirilmesi niteliğinde görülebilir. Bunun yanında tevdi ile mahkeme veznesinin ifa temsilcisi niteliğini haiz olduğu da söylenebilir. Bu halde dava kabul edilip, icra yoluyla davalının borcun ifasına zorlanması ve bu surette elde edilen sonucun davacıya verilmesiyle, davalı adına tevdi edilenin davalıya ödenmesi sağlanacaktır. Bu surette aynı anda ifa gerçekleşmiş olacaktır. Bu nedenle özelikle para borçlarının ifasında, karşı edimin tevdi edilmesi, pratik bakımdan oldukça fayda sağlamanın yanında teorik temelleri de olan bir usul olur[1109]. Ancak hakimin bu hususta takdir yetkisi olduğu isterse tevdi ettirebileceği, isterse aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü vererek tevdi hususunu icra aşamasına bırakabileceğini de kabul etmek gerekir[1110].

[1107] Ayırca bkz. yukarıda §1, IV, C, 4.

[1108] Sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sanem Aksoy Dursun, **Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, On İki Levha, İstanbul, 2008, s. 128 vd.

[1109] **Oesterle**, s. 46 vd; **Sträuli/ Messmer**, §304, N. 11 -13; **Schmidt**, s. 4551; **Wiget**, s. 124 vd. Ancak hakimin süre vermek suretiyle alacaklının karşı edimini tevdi etme imkanı verebileceği tevdinin dayanağı olarak borçlunun alacaklıyı karşı edim borcu bakımından borçlu temerrüdüne düşürmek suretiyle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının borçluya vereceği sürenin hakim tarafından belirleneceği olduğu yönünde bkz. **Postacıoğlu**, Şart, s. 121-122. Borcun ifa edilmediği defi bakımından tevdinin dayanağını borçlu temerrüdünde aramak, borçlunun defi ileri sürmekle karşı edimin ifasına ilişkin aktif bir talep yöneltmediği hususu gözönüne alındığında isabetli değildir.

[1110] Tevdi ettirme veya şarta bağlı aynı anda mahkumiyet hükmü verme konusunda hakimin takdir yetkisi olduğu yönünde, sonuç itibariyle aynı yönde görüş için bkz. **Postacıoğlu**, Şart, s. 122.

Asıl soru ise, karşı edimin para borcu dışında verme borcu olduğu veya her iki edimin de yapma borcu olduğu ihtimalde çözümün ne yönde olacağıdır. Yargıtay'ın karşı edimin bu içerikte olduğu ihtimalde, bazı kararlarının aynı anda ifaya yönelik olduğu görülmektedir. Aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verilmesi bir zorunluluk arz etmenin yanında bu halde artık aynı anda ifa, icra aşamasında sağlanacaktır.

Bu kapsamda, aynı anda ifaya mahkumiyet yönünde karar verecek olan mahkeme, hükümde, davacının karşı edim borcunun içeriğini açık, net bir şekilde ortaya koyacak, bu hususta davacının kararı icra ettirebilmesi bakımından yapması gerekenleri belirleyecektir. İcra aşamasında ilamı icraya koyacak davacı, karşı edimi sözleşmeye uygun ifa veya ifa teklifini gerçekleştirdiğini icra dairesi önünde ispat ederek ilamı doğrudan icra ettirebilecektir[1111]. Zira icra dairesi ilamı icraya koyacağı sırada icranın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek zorundadır. Şayet karşı edim ifa veya ifa teklifinin yapıldığı ispat edilememiş ise bu halde icraya başlamaması, ispat edilirse icraya başlaması gerekecektir. Özellikle, işin niteliği uygun düştüğü ölçüde, ifa teklifi bakımından icra dairesinin ifa temsilcisi sıfatıyla ifa teklifini davalıya yapabilmesi yöntemine de başvurulabilir. Şayet icra memuru, ifanın veya ifa teklifinin yapılıp yapılmadığı hususunda tereddüt olmasına veya ifa veya ifa teklifinin ilama uygun olmamasına rağmen, icraya başlamış ise, borçlu, icra mahkemesine şikayet yoluna başvurabilir, İİK m. 17'e göre, icra mahkemesi, incelemeden sonra

[1111] *Postacıoğlu*, bu hususta ifa teklifine değinmeksizin, borçlunun ifa etttiğini İİK m. 33 (icranın geri bırakılmasında ispat) uyarınca ispat etmedikçe, böyle bir ilama dayanarak karşı taraf aleyhine cebri icraya girişemeyeceğini, edimini ifa ettiğini tespit için dava açarak, edimini yerine getirmiş olduğunu hüküm altına aldırabileceği ve bu surette birinci ilamı infaz ettirmeye hak kazanacağını belirtmiştir. Bkz. **Postacıoğlu**, Medeni Usul, s. 713 dn. 5; **Postacıoğlu/ Altay**, N. 1399; bu ispat süreci icra mahkemesi önünde sağlanacağından, *Postacıoğlu*'nun görüşü gözönüne alındığında dolaylı olarak ifa veya ifa teklifinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetiminin icra mahkemelerine bırakılması gerektiği belirtilebilir. Ancak İİK m. 17'de öngörülen şikayet kurumuna başvurma imkanı yanında, en azından şu aşamada, ilamı icraya koymaya yetkili kurumun icra daireleri olduğu, icra dairelerinin ifa teklifinin ilamda belirtilen özellikleri taşıyıp taşımadığı ve ilama uygun olup olmadığını denetleyebileceğini kabul etmek, icra mahkemelerinin kendilerine ancak kanun gereği verilen görevleri yapacağı gözönüne alındığında henüz kanuni dayanağı olmadan doğrudan icra mahkemesine başvurmaktan hem pratik anlamda hem de teorik anlamda daha isabetli görünmektedir. Kaldı ki, ifa teklifinin ilama uygun olmadığını düşünen borçlunun şikayet kurumuna başvurabilme ihtimalinin olması icra mahkmesinin tamamen gözardı edilmediği ve oyun dışı bırakılmadığını da göstermektedir. Bunun yanında icra dairesi önünde ispatın, yetkili mercilerce re'sen düzenlenmiş veya onaylanmış ya da icra dairesi, icra mahkemesi veyahut mahkeme önünde karşı edim alacaklısı tarafından ikrar edilmiş olan belgelerle sağlanması hususu, icra dairesine başvurabilirliği kolaylaştıracak, kanuni dayanağı olmayan icra mahkemesine başvurulabilirliğe olan ihtiyacı da ortadan kaldıracaktır.

gerekli işlemin yapılmasını emreder[1112]. İcra mahkemesi borçlunun şikayetini uygun görmezse şikayeti reddeder. Ancak herhalde icra sürecinde ifa veya ifa teklifinin sözleşmeye uygun olup olmadığı, ilamda belirtilen karşı edim borcunun içeriğinin açık, net bir şekilde ortaya konmasıyla belirlenebilecektir. Bu husus, aynı zamanda icra dairesinin, ilamı yorumlama, değiştirme, tavzih etme gibi bir yetkisi olmamasının sonucudur[1113].

Belitilenler ışığı altında davacının karşı edimi bir malın teslimi olduğu ihtimalde, davacı malın teslimine ilişkin fiili ifa teklifini yaptığını ispat eder veya gerekirse malı icra dairesine veya göstereceği üçüncü kişiye bırakırsa borçluya gönderilen icra emrinde bu husus belirtilmek şartıyla borçluya karşı takip yapılabilir. Borçlunun ifaya zorlanması sonucu elde edilenler, davacıya, davalının malı teslim almasıyla devredilebilir. Borçlu karşı edimi teslim almaktan kaçınırsa, karşı edim bakımından alacaklı temerrüdü doğacağından, davacı karşı edimi doğrudan alacaklı temerrüdü hükümlerine göre, tevdi edebilecek veya sattırabilecektir. Bu halde alacaklı doğrudan icraya girişebilecektir.

Davacının karşı edim ve edim borcunun bir yapma borcu ihtimalde, karşı edim olan yapma borcunun ifasının teklif edildiği ispat edilmiş olmak şartıyla, İİK m.30'a göre borçluya icra emri gönderilerek kendisine karşı takip yapılabilir. Borçlu yapma borcunun ifasından kaçınırsa, İİK m. 30 II'e göre, borçlunun işin yapılması hususunda gerekli masrafları karşılayacak miktarda malı haczedilerek paraya çevrilir, karşı edim borcunun ifası sağlanınca, iş yaptırılır. Edim borcunun borçluya gönderilen icra emri sonucunda elde edilmesi ve bu surette işin yapılması ile karşı edim borcunun ifa edilmesi arasında geçecek zaman aynı anda ifa kuralının ihlaline yol açmaz[1114]. Zira

---

[1112] İcra müdürünün, ilamlı icrada belgenin ilam niteliğinde olup olmadığını re'sen inceleyeceği, icra emrinin ilama uygun olmasının gerektiği, aksi halde süresiz şikayet yoluna başvurulabileceği yönünde bkz. Hakan Pekcanıtez/ Oğuz Atalay/ Meral Sungurtekin Özkan/ Muhammet Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, 4. Bası, Vedat, İstanbul, 2017, N. 1198; bunun yanında ilam icraya elverişli değilse, (örneğin tavzih edilmesi gerekiyorsa) icra memurunun ilamı icraya koymayarak, gerekli işlemlerin yapılmasını alacaklıdan isteyebileceği (bu değerlendirme için bkz. **Pekcanıtez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes,** N. 1198) gözönüne alındığında, ilamın icraya elverişli olup olmadığı hususunda gerekli şartların incelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.
Aynı şekilde alacaklı da karşı edimin ifasını veya ifa teklifini yerine getirdiğini ispat etmesine rağmen, icra dairesi icra emri göndermezse bu halde de alacaklı şikayet kurumuna başvurabilir.

[1113] **Pekcanıtez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, N. 1198.

[1114] Karşı edim borcunun yapma borcu olduğu ihtimalde, karşı edimin ifası için süre verileceğini belirten ve dolaylı yoldan bu hususu destekleyen Yargıtay kararı için bkz. Y. 15 HD. 1676/ 259 T. 24. 1. 1994 (**Lexpera**): *"…Taraflar arasındaki uyuşmazlık kat karşılığı inşaat sözleşmesinden*

aynı anda ifa kuralının taraflardan birini önce ifa yükümlüsü kılmayı önleme amacı gözönüne alındığında bu amacın gerçekleştirilmesi sırasında geçecek makul sürenin bu kuralı ihlal etmeyeceği söylenebilir.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus edim borcunun ifasına ilişkin sonucun bir yenilik doğurucu karar ile elde edilmesinde aynı anda ifanın icrasının nasıl sağlanacağıdır. Bu hususta sorun, özellikle taşınmaz üzerindeki ayni hakkın davacıya devri, davacı adına tapu kaydının düzeltilmesine yönelik yenilik doğurucu nitelikteki kararların, karşı edim henüz ifa edilmeden veya ifası teklif edilmeden hükümlerini doğuracak olmasında karşılaşılabilir. Taşınmazın aynına ilişkin hükümler, kesinleşmeden icrası gerçekleştirilemeyecek nitelikte olduğundan (HMK m. 350 II, HMK m. 367 II) , ilamın kendisine tebliğ edildiği tapu daireleri tarafından taşınmaz üzerinde şerh verileceği kabul edilmektedir. Aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü sonucunda, kesinleşme halinde dahi ancak karşı edimin ifa veya ifa teklifinin gerçekleştiğinin icra dairesi tarafından tespit edilmesi gerekir. İcra dairesi tarafından tapu sicil dairesine gönderilecek yazıda bu husus tespit edilir ve yazı tapu dairesine gönderilirse bu surette şerhin terkini sağlanarak, ayni hak davacı adına tescil edilir[1115]. Tapu sicil dairesi, kesinleşme şerhi olsa dahi, icra dairesi tarafından ifa veya ifa teklifinin ispat edildiğine ilişkin yazıyı almadıkça şerhi terkin ve bu surette ayni hakkı davacı adına tescil etmemelidir.

Bunun dışında alacaklının ilama dayanmadan karşılıklı borç yükleyen sözleşmeye dayanarak ilamsız icra yaptığı ihtimalde de, borçlu defi ileri sürerek veya

---

kaynaklanmış olup dava konusu dükkanın sözleşme gereğince davacıya verileceğinde uyuşmazlık yoktur. Ne var ki davalılar davacının edimlerini yerine getirmediğini ve bu nedenle de tescil haklarının doğmadığını savunmuşlardır… kendi edimini yerine getirmeyen tarafın karşı taraftan borcunu ifa etmesini istemeye BK.nun 81. maddesi uyarınca hakkı bulunmamaktadır…Bu durumda davacının tescil talebinin kabul edilebilmesi, davacının yükümlülüğünü tamamlamasına bağlı olduğundan…yapılacak iş davacıya inşaattaki eksiklikleri tamamlaması için mehil vermek, mahallinde keşif yapılarak dükkana ilave yapılıp yapılmadığını tespit etmek, ilave yapmak, ruhsat ya da binanın yapısı nedeniyle imkansız ise bunun parasal değerini bulmak ve diğer eksiklerin bedellerinin de toplamıyla birlikte davalılara ödenmesi kaydıyla -birlikte ifa suretiyle tescil talebini kabul etmek, dükkana ilave ve tuvalet yapımı mümkün olmasına rağmen davacı bunu ifadan kaçınırsa tescil talebini reddetmeden ibarettir…".

[1115] Yargıtay'ın, karşı edim bir para borcu ise mahkeme veznesine depo ettirilmesi koşuluyla tapu kaydının düzeltilmesi yönünde karar verilmesi gerektiğini belirten kararı için bkz. Y. 23. HD. 9516/ 7529 T. 24. 11. 2014 (**Lexpera**): "… *tutarın faizsiz olarak davacı yükleniciye mahkeme veznesine 818 sayılı BK'nın 81. (6098 sayılı TBK'nın 97.) maddesi uyarınca depo ettirilmesi, depo edilen paranın karar kesinleştiğinde arsa sahibine ödenmesi koşulu ile davacı adına tapu iptali ve tescile karar verilmesi…".*

sadece itiraz ediyorum diyerek itiraz edebilir. Bu halde açılacak itirazın iptali davasında, daha önce itirazda defi ileri sürüldüğünden veya sürülmemiş ise en geç itirazın iptali davasında ileri sürüldüğünün tespit edildiği ihtimalde hakim takibi durduracak ve aynı anda ifaya hükmedecektir. Bu halde aynı anda ifaya mahkum eden hüküm, itirazın iptali niteliğinde olacaktır[1116]. Borçlunun icra -inkar tazminatına hükmedilebilmesi şartlarından birisi olan borçlunun itirazında haksız olması şartı[1117]

[1116] Bu hususu gözardı ederek, defi ileri sürüldüğü ihtimalde davanın reddedileceğini savunan görüşü kabul eden, defi ileri sürülen alacaklının itirazın iptali talebini reddeden, davacının muaccel alacağını karşı edimi ifa etmeden veya ifasını teklif etmeden talep edemeyeceğini belirten Yargıtay kararı için bkz. Y. 11 HD. 15653/ 680 T. 25. 1. 2016 (**Kazancı**): *"...Dava, taşıma sözleşmesinden kaynaklanan alacağa yönelik yapılan icra takibine itirazın iptali istemine dair olup, mahkemece, yapılan takibin 818 Sayılı BK'nın 81. maddesine açıkça aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle davanın reddine ve davacı aleyhine kötüniyet tazminatına karar verilmiştir. Ancak, 818 Sayılı BK'nın 81. maddesi "Mütekabil taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse, akdin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylemiş olmak lazımdır" hükmünü haiz olup, davacının muaccel olan alacağını kendi edimini yerine getirmeden talep edemeyeceği anlamına gelmektedir. Bu durumda, davacı her ne kadar muaccel olan alacağı için icra takibinde haksız ise de bu takibi yapmakta kötüniyetli olduğu kabul edilemez..."*.

[1117] **Pekcanıtez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, N. 472; bu halde artık borçlunun kötüniyetli olup olmamasının aranmasına da gerek yoktur.
İtirazın kaldırılması davası bakımından ise karşılıklı borç yükleyen sözleşmeden veya mübadele ilişkisinden doğan alacağı olan ve İİK 68- 68/ b niteliğinde belgeye sahip olan alacaklı, itirazın kaldırılmasını icra mahkemesinde isteyebilir. İcra mahkemesi, maddi hukuka ilişkin itirazları inceleyebileceğinden borçlunun defi ileri sürmesi maddi hukuka ilişkin bir savunma teşkil eder ve icra mahkemesi tarafından inceleme konusu yapılır. Borçlu, icra mahkemesindeki yargılamada daha önce itirazında ileri sürdüğü sebeplerle bağlı olduğundan, borçlu ödeme emrine itirazında defiyi ileri sürmelidir. Borçlu daha sonra defi ileri sürmemiş ise, Borçlunun belirttiği itirazlar dışında senet metninden anlaşılan itirazları da ayrıca ileri sürebilecek olması defi bakımından da geçerlidir. Zira kural olarak, mübadele ilişkisi ve karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmediği veya ifasının teklif edilmediği, karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin içeriğinden anlaşılabilir, defi bu anlamda senet metninden anlaşılan savunma olarak nitelendirilebilir. Ancak herhalde icra mahkemesinin gözönüne alabilmesi için ileri sürülmesi gerekir. (Zamanaşımı defi bakımından aynı yönde bkz. **Pekcanıtez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes,** N. 564, 559, 513); İcra mahkemesinin kararı, maddi anlamda uyuşmazlığı çözümleyen kararlar olmadığından ve genel mahkemelerde dava açılabileceğinden, sadece ilamsız icra bakımından kesin hüküm teşkil eder. Bunun anlamı borçlunun itirazında, defi ileri sürdüğü tespit edilmiş ise, icra mahkemesi itirazın kaldırılması talebinin reddi yönünde karar verecektir. Bu halde alacaklı genel mahkemelere başvurarak aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü alabilir ve takibi ilamlı icra üzerinden yapabilir. İtirazın kaldırılması usulü hakkında genel bilgiler için bkz. **Pekcanıtez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes,** N. 508 vd**.**
İcra ve iflas hukuku bakımından değinilmesi gereken bir diğer sorun şudur: Acaba borçluya karşı ilamsız takip yapıldığı ihtimalde, borçlu defiye dayanarak menfi tespit davası açabilir mi? Bu surette takibi durdurabilir mi?
Menfi tespit davası her ne kadar usul hukuku bakımından borçlu olmadığının tespiti niteliğinde görülse de, asıl amacı, takibin durdurulmasını ve hüküm kesinleştikten sonra da iptal edilmesini sağlamaktır. Definin amaçlarından birisinin önce ifa yükümlülüğünü önlemek ve borçlunun ifaya zorlanmasına geçici de olsa engel olmak olduğu gözönüne alındığında borçlu olmadığının tespiti ifadesi lafzen anlaşılmamalı, maddi hukuk bakımından definin ileri sürülebileceği durumları da kapsamalıdır. Definin şartları oluştuğu sürece kendisine karşı takip yapılan borçlunun, gerek takibe itirazında, gerek itirazın iptalinde, gerekse de itirazın kaldırılmasında defi ileri sürebileceği bu nedenle menfi tespit davası açmakta menfaati olmadığı ilk planda düşünülebilir. Bu husus takipten

geçerli, hüküm ifade eder bir definin ileri sürülmesi durumunda gerçekleşmeyecek, itirazın iptaline karar verilse dahi borçlu icra inkar tazminatına mahkum edilmeyecektir[1118]. Bu halde icra aşaması daha önce belirtildiği şekilde gerçekleşecek, davacı karşı edimi ifa ettiğini veya ifasını teklif ettiğini ispat ederse takibe devam edebilecektir.

Davada aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verilirse acaba yargılama masraflarına kim katlanacaktır? Davalının defi başarıya ulaştığında ve edim ile karşı edimin aynı anda ifasına hükmedildiğinde, kural olarak, yargılama masraflarına tıpkı

önce menfi tespit davası açamayacağı sonucuna yol açar. (Takipten önce menfi tespit davası açılmasının şartları için bkz. **Pekcanıtez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes,** N. 563 vd). Ancak kendisine karşı *takibe başlandıktan sonra definin şartları oluştuğu ihtimalde*, özelikle itiraz sürelerinin geçtiği aşamada belirtilen yollar içerisinde defiyi ileri süremeyecek olan borçlunun takibi durdurmakta ve önce ifa yükümlüsü olmaktan kurtulmakta menfaati olacağı yadsınamaz. Zamanaşımı defi bakımından menfi tespit davası açılamayacağı hususu borcun ifa edilmediği defi bakımından her durumda geçerli olmamalıdır. (Zamanaşımı defi bakımından menfi tespit davasında borçlunun menfaati olmayacağı takipten sonra menfi tespit davası açamayacağı yönünde bkz. **Pekcanıtez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes,** N. 559, 567)

Bu nedenle kendisine karşı takibe girişilmesinden sonra şartları oluştuğu sürece borçlunun defi ileri sürerek menfi tespit davası açabileceği belirtilmelidir. Bu halde borçlunun takibi durdurması, kural olarak, mümkün değildir. Ancak, borçlu, İİK m. 72 III'e göre, takibin durdurulması için teminat karşılığı ihtiyati tedbir kararı verilmesini isteyebilir. Dava genel mahkemede görüleceğinden, dava sonucunda definin ileri sürüldüğünün tespiti üzerine verilecek hüküm aynı anda ifaya mahkumiyet niteliğinde görülmelidir, alacaklı karşı edimi hiç veya gereği gibi ifa etmediği sürece takibe devam edemez.

Borçlunun defi ileri sürme imkanı olmasına rağmen bunu kullanmayıp borcunu ödemişse, borçlu istirdat davası açamaz. Borçlu borçlu olmadığı bir borcu ifa etmiş durumda değildir ki, iadesini istesin. (Aksi görüş istirdat davası açılabileceğini kabul eder nitelikte görülebillir. Bkz. yukarıda §1 III A) Bu nedenle borçlu menfi tespit davası açtıktan sonra borcu ifa etmiş ise dava istirdat davası olarak görülemez, artık dava reddedilmelidir. Bu halde İİK m. 72 VI uygulanmaz.

[1118] Davanın şimdilik kaydıyla reddi /reddi görüşünü kabul eden ve bu yüzden hükmün davacı aleyhine olduğuna karar vererek, kötüniyet tazminatını ödeme yükümlülüğünün davacı bakımından incelenmesi gerektiğini ortaya koyan Yargıtay kararı için bkz. Y. 11 HD. 15653/ 680 T. 25. 1. 2016 (**Kazancı**): *"...Davalı vekili; davacının öncelikle BK'nın 81. maddesine göre karşılıklı edinimleri içeren sözleşmenin tarafı olarak kendi borcunu ifa etmesi gerektiğini savunarak davanın reddi ile %40'dan az olmamak üzere kötüniyet tazminata karar verilmesini istemiştir...Dava, taşıma sözleşmesinden kaynaklanan alacağa yönelik yapılan icra takibine itirazın iptali istemine dair olup, mahkemece, yapılan takibin 818 Sayılı BK'nın 81. maddesine açıkça aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle davanın reddine ve davacı aleyhine kötüniyet tazminatına karar verilmiştir. Ancak, 818 Sayılı BK'nın 81. maddesi "Mütekabil taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse, akdin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylemiş olmak lazımdır" hükmünü haiz olup, davacının muaccel olan alacağını kendi edimini yerine getirmeden talep edemeyeceği anlamına gelmektedir. Bu durumda, davacı her ne kadar muaccel olan alacağı için icra takibinde haksız ise de bu takibi yapmakta kötüniyetli olduğu kabul edilemez. Ayrıca davacı aleyhine kötüniyet tazminatına hükmedilebilmesi için, davacının yaptığı icra takibinin haksız olması yeterli olmayıp aynı zamanda bu icra takibinin kötüniyetli olarak yapıldığının ispat edilmesi gerekir. O halde, mahkemece, şartları oluşmayan davalının kötüniyet tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davacı aleyhine kötüniyet tazminatına hükmedilmesi doğru görülmemiş, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir..."*.

şimdilik kaydıyla redde olduğu gibi davacı katlanacaktır[1119]. Davalı karşı edimin ifası veya ifa teklifi yerine getirilene kadar hukuki durumunu korur. Bu husus maddi hukuka da uygundur. Zira alacaklı, aynı anda ifanın gerçekleşebileceği durumda, aynı anda ifaya ilişkin karşı edimin elde edilmesi imkanını borçluya vermeyerek dava açan taraftır. Her ne kadar aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü, davanın kabul edilmesi niteliğinde olsa dahi, bu husus talebin konu itibariyle içeriği bakımındandır yoksa talebin icra edilebilirliği bakımından değildir[1120]. İcra şarta bağlandığından bu şart gerçekleşirse ilamın icrası sağlanacağından, bu şartın gerçekleştirilmesi hususu davacının gerçekleştirmesi gereken bir külfet teşkil eder. Bu külfeti gerçekleştirmeden dava açan ve defiye muhatap olup aynı anda mahkumiyet hükmü alan davacı dava masraflarına katlanmalıdır[1121].

SONUÇ

Çalışmamız kapsamında borcun ifa edilmediği defi incelenmiş olup, bu kapsamda ortaya çıkan sonuçlar aşağıdaki gibi belirlenmiştir:

Borcun ifa edilmediği definin tarihi gelişimi gözönüne alındığında savunmanın isabetli şekilde yorumlanabilmesi, edim ile karşı edim arasındaki mübadele ilişkisi dolayısıyla oluşan synallagmatik bağlılığın gelişimini gözönüne almayı gerektirmiştir. Bu kapsamda günümüze kadar olan süreç gözönüne alındığında borcun ifa edilmediği definin edim ile karşı edim arasındaki fonksiyonel synallagmanın borçlu tarafından

---

[1119] **Simmen**, s.104; **Schaller**, N. 465-466.
Tarafların dilekçeleri ve dava açılmadan önceki durumları ve hakimin hükmünü gözönüne alarak yargılama masraflarına hükmedileceği yönünde görüş için bkz. **Wiget**, s. 91-93; **Schmidt**, s. 17-18; **Wey**, N. 624 vd.

[1120] Definin geçerli bir şekilde hüküm ifade etmesi durumunda, hakimin vereceği kararın edim konusundan farklı bir hususa mı yönelik olduğu yoksa aynı şeyin azına mı yönelik olduğu hususu tartışmalıdır. (Bu tartışma için bkz. **Schmidt**, s. 25 vd) İlk durumda dava reddedilecek ikinci durumda ise davanın onaylanması gerekecektir. Defi ile karşılaşılmaksızın salt edimin ifasının talep edilmesi sonucunda verilecek karar ile aynı anda ifaya mahkumiyet durumunda talep konusu aynıdır. Sadece ikinci durum bakımından alacağın icra edilebilirliğinde bir değişiklik sözkonusudur. Bu nedenle hakimin kararı talep edilenden farklı bir konuya yönelik değildir. Davacı talep ettiğini elde eder. Ancak ifa şekli bakımından davalıya hak verilir. Bu nedenle davacı aynı şeyin daha azını elde eder. Bu "az (minus)" ifadesi maddi hukuk bakımından bir sınırlandırmayı değil, icra edilebilirlik bakımından bir sınırlandırmayı ifade eder. Bkz. **Wey**, N. 613-614; **Schaller**, N. 465; ayrıca bkz. **Schmidt**, 26-27; alacaklının bu nedenle yargılama masraflarını karşılaması gerektiği yönünde bkz. **Schaller**, N. 466; Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Schur**, s. 674.

[1121] Bu durum, alacağını ilk talep edenden edimlerin mübadelesine ilişkin insiyatifin beklenmesinin sonucudur. Bkz. **van den Daele**, s. 49 dn. 40.

ileri sürülmesi niteliğinde bir savunma olduğu sonucuna varılmıştır. Bu surette borcun ifa edilmediği definin hukuki niteliği belirlenmiş ve özellikle ortak hukuk döneminden beri yapılan tartışmalar çerçevesinde, savunmanın "defi" niteliğinde olduğu görüşlerinin isabetli olduğu sonucuna varılmıştır.

Definin ileri sürülmesinin çeşitli yararları olduğu yadsınamaz. Bu surette definin yöneldiği çeşitli amaçlar vardır. Bu kapsamda defi ile, aynı anda ifayı sağlanmasına ve tarafların ahde vefa ilkesine bağlı kalma amaçları gerçekleştirilir. Bunun yanında defi karşı edim borcunun en azından ifasının teklif edilmesi hususunda alacaklıya baskı yapar, bu kapsamda taraflar arasındaki güveni sağlama riski alacaklıya yüklenir. Borçlu edimin ifasından defi vasıtasıyla kaçınarak, edimin karşı edimden önce elinden çıkmasını önler, karşı edimin elde edilmesi hususunda da teminat amacını gerçekleştirir, bu surette sınırlı bir teminat fonksiyonu olduğundan bahsedilebilir. Bunun sonucunda, borçlu karşı edimin elde edilememesinden doğan riskleri de bertrafa eder.

Borcun ifa edilmediği definin hukuki dayanağını, kural olarak, aynı anda ifada aramak gerekir. Zira definin amaçları gözönüne alındığında, kural olarak, aynı anda ifa edilecek edimler bakımından definin uygulanabileceği söylenebilir. Bu kapsamda TBK m. 97 aynı anda ifayı düzenleyen genel nitelikte bir hüküm olarak anlaşılabilir. Aynı anda ifa prensibinin dayanağı ise, tarafların iradesi ve dürüstlük kuralında bulunabilir. Edimlerin aynı anda ifası her durumda kolaylıkla gerçekleşmez, özellikle ifa yerinin farklı olması, edimlerinin niteliğinden doğan farklılıklar aynı anda ifanın gerçekleşmesini zorlaştırır. Ortaya çıkan zorlukların aşılmasında çeşitli araçlara başvurulabilir. Bu hususta güvenilir üçüncü kişinin yardımından yararlanılabileceği gibi, taraflardan birinin bu güvensizliği gidermek adına insiyatif kullanabileceği, hatta hakimin veya resmi görevlilerin yardımından yararlanılabileceği söylenebilir.

Borcun ifa edilmediği definin şartlarını, karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin varlığı, edim ve karşı edimin muaccel olması, taraflardan birinin özellikle defi ileri sürenin, kural olarak, önce ifa yükümlülüğünün olmaması, karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş ya da ifasının teklif edilmemiş olması şeklinde dört unsur oluşturur. Bu unsurlardan karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin varlığı unsuru bakımından, denklik unsurunun sözleşmenin niteliğini belirlemede zorunlu bir unsur olması yönteminin terk edildiği ancak mübadele ilişkisinin varlığının aranmasının

yeterli ve gerekli olduğu sonucuna varılmıştır. Böylelikle asli edim ile karşı edim arasında mübadele ilişkisi olduğu sürece karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin varlığından bahsedilebilir. İkinci bir unsur olarak, edim ve karşı edimin var olması ve muaccel olması gerekir. Edim ile karşı edimin var olmasından, genel itibariyle anlaşılması gereken, edimlerin ifasının mümkün olmasıdır. Edim ile karşı edimin muaccel olması şartı ifa zamanı çerçevesinde ele alındığından, kural olarak, her iki edimin hem ifa edilebilir hem de talep edilebilir olması gerektiği sonucuna varılmıştır. Definin ileri sürülebilmesi için gerekli olan üçüncü unsur, kural olarak, taraflardan birinin özellikle defi ileri sürecek borçlunun önce ifa yükümlüsü olmamasıdır. Kural bu yönde olmakla birlikte bu hususun istisnaları da mevcuttur. Diğer deyişle salt bir önce ifa yükümlülüğü her durumda definin ileri sürülmesini engelleyen bir unsur değildir. Bu husus özellikle edimlerden birinin en azından sürekli veya dönemli olduğu borç ilişkilerinde görülebilir.

Definin ileri sürülebilmesi için gerekli olan son unsur ise, karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş ya da ifasının teklif edilmemiş olmasıdır. Bu şart kapsamında karşı edimin hiç ifa edilmediği ,defi bakımından özel bir incelemeyi gerektirmezken, gereği gibi ifa edilmediği hallerin incelenmesi gerekir. Borcun ifa edilmediği defi, karşı edim alacaklısının, kendisine sunulan gereği gibi olmayan ifa teklifini reddedip reddetmemesine, "görünüşte ifa" nın mı yoksa "ifa olarak kabul" ün mü mevcut olup olmadığına göre özellikler gösterebilir. Bu kapsamda karşı edimin gereği gibi ifa edilmediği durumlarda edimin ifasını kabul zorunda olduğu haller bir kenara, kural olarak, karşı edimin ifasının reddi, definin ileri sürülmesini engellemeyecektir. Gereği gibi olmayan ifanın kabul edildiği ve bu kabule gereği gibi ifanın sonuçları bağlandığı durumlar dışında, genel olarak, borca aykırı karşı edim ifa olarak alınsa dahi, borcun ifa edilmediği defi ileri sürülmek suretiyle karşı edim alacaklısı edim borcunun ifasından kaçınabilecektir. Gereği gibi ifa edilmemenin özel bir türü olan ayıptan doğan sorumlulukta genel itibariyle yenisiyle değiştirme ve onarım hakkı bakımından definin ileri sürülebileceği söylenebilir. Zapttan doğan sorumluluk bakımında ise genel itibariyle definin uygulanmayacağı söylenebilir. Ancak genel hükümlere göre gereği gibi ifa edilmemenin sonuçlarının sözkonusu olduğu ihtimalde defi uygulama alanı bulacaktır.

Borcun ifa edilmediği definin şartlarla çizilen asgari uygulama alanı, uygulama alanının belirlenmesiyle çeşitli görünmelere bürünür. Bu kapsamda, genel itibariyle sözleşmeye dayanan ve sözleşme dışı borç ilişkilerinde de definin uygulama alanı bulacağından bahsedilebilir. Borcun ifa edilmediği definin ileri sürülmesinde özellik arz eden durumların da uygulama alanının belirlenmesi kapsamında ayrıca incelenmeyi hak eder. Bu kapsamda alacağın devrinde, borcun dış üstlenilmesinde, üçüncü kişi yararına sözleşmede ve sözleşmenin devrinde borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebilecektir. Definin ileri sürülmesi çeşitli hususların ortaya çıkması nedeniyle sınırlandırılabilir. Definin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde kaçınma hakkının amaca aykırı kullanımıyla, kaçınmanın orantısız sonuçlar doğurmasıyla, defi ileri sürenin sözleşmeden tamamen sıyrılma amacını gerçekleştirmesiyle sınırlandırılabilir. Bunun yanında definin ileri sürülmesi sözleşme ile de sınırlandırılabilir. Bu husus, definin şartlarından birinin ortadan kaldırılmasıyla veya definin şartları doğsa dahi uygulanmayacağının kararlaştırılmasıyla somut görünüme kavuşur. Bunun dışında definin ileri sürülmesinin ve ortaya çıkan sonuçların kanuna aykırı olduğu ihtimalde de definin kanundan doğan sınırlamaların varlığından bahsedilebilir.

Definin uygulama alanı kapsamında definin ileri sürülebilirliğinin genişlediği durumlar mevcut olabilir. Bu husus borçlunun ifada aczi definde olduğu gibi, sözleşme ile definin uygulama alanının genişletilmesinden de görülebilir. Ancak özellikle edim ile karşı edimin mübadele ilişkisi dışında duran bağlılıkları, taraflardan birine bir kaçınma hakkı verilmesini haklılaştırabilir. Bu kapsamda defi ile ortak özelliklere sahip bir kaçınma hakkının tanınması gerektiği durumlar ortaya çıkacaktır. Bu kaçınma hakkı "şahsi hapis hakkı (obligatorisches Retentionsrecht)" olarak nitelendirilebilir. Şahsi hapis hakkı özellikleri itibariyle ayni etkili hapis hakkından ziyade borcun ifa edilmediği define daha yakın durur. Bu hususta mübadele ilişkisi aranmaması, ispat ve teminat gösterilerek önleme dışında defi için aranan unsurlar ve özellikler, genel itibariyle şahsi hapis hakkı için de aranacaktır. Hapis hakkından farklı olarak, şahsi hapis hakkı paraya çevirme yetkisi vermemekte, edimin konusu bir yabancı edim olmayı zorunlu kılmamaktadır.

Borçlu şartları oluşan defiyi dava içerisinde veya dava dışında ileri sürebilir. Bu hususta defiye muhatap olacak taraf borcun ifasını talep eden kişidir. Defi usul hukuku

çerçevesinde savunmanın en son ileri sürülebileceği zamana kadar kullanılabilir. Bu zamanın ötesinde çeşitli istisnalarla ileri sürülebilmesinin de önü kapatılmamaktadır. Kural olarak, defi ileri süren borçlu, definin varlığı ve doğumu için gerekli olan şartları ispatla yükümlüdür. Kural bu yönde olmakla birlikte şartların bir kısmının varlığı dava dosyasından anlaşıldığı sürece, ayrıca ispat etmeye gerek yoktur.

Borcun ifa edilmediği defi ileri sürülürse bunun maddi hukuk ve usul hukuku bakımından çeşitli sonuçları olacaktır. Maddi hukuk bakımından sonuçları arasında definin temerrüde, zamanaşımına ve takasa etkisi gösterilebilir. Definin borçlu temerrüdüne etkisi hususunda, definin varlığının tek başına temerrüdü engelleyeceği görüşüne karşı definin ileri sürülmesinin gerektiği görüşü baskın görüş olarak kabule şayandır. Definin dayanağı mübadele ilişkisi olduğundan, karşı edim alacağı zamanaşımına uğramış olsa ve zamanaşımı defi ileri sürülmüş olsa dahi, borcun ifa edilmediği defi ileri sürülebileceğinin kabulü gerekir. Defi ile takas hakkı, kural olarak,farklı şartlara tabi olup farklı amaçlara hizmet etseler dahi, aynı amaca yöneldikleri durumda, defi ile takas hakkı yarışan haklar şeklinde ortaya çıkar.

Borcun ifa edilmediği defi davada ileri sürülürse, hakimin hükmü aynı anda ifaya yönelik olmaldır. Bu hususta aksi yönde görüşler isabetli değildir. Hüküm şarta bağlı bir hüküm değil, sadece icrası şarta bağlı bir hüküm niteliğindedir. Verilen hükmün icrası bakımından karşı edimin ifası veya en azından ifasının teklif edilmesi gerekecektir. Bu hususta yetkli merci icra daireleridir. Hakimin özellikle karşı edim borcunun para olduğu ihtimalde aynı anda ifaya hükmetmeyip tevdi kurumundan da yararlanması sözkonusu olabilir. Aynı anda ifaya mahkumiyet hükmü verilirse yargılama masraflarına alacaklı katlanacaktır.

KAYNAKÇA

Abegg, Andreas :"**Zurückbehaltungsrechte, Retentionsrechte und Leistungsverweigerungsrechte des Rechtsanwaltes**" AJP 2001, s. 862-870

Addorisio de Feo, Raniero :**Die Fälligkeit von Vertragsforderungen**, Zürich, 2001.

Addorisio de Feo Raniero, :"**Fälligkeit und Verjährung im Mietrecht**", MP 2001, s. 163- 193. (**MP**)

Adler, Karl "**Die Leistungverweigerung nach §320 BGB**", Festschrift für Ernst Zitelmann, München /Leipzig, 1913, s. 3-12.

Ahrens, Claus :**Zivilrechtliche Zurückbehaltungsrechte**, Berlin, 2003.

Akil, Cenk :"**Medeni Muhakeme Hukukunda Karşı Dava**", TAAD, 2016/ 24, s. 89-119.

Aksoy Dursun, Sanem : **Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, On İki Levha, İstanbul, 2008.

Aral, Fahrettin : **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Savaş, Ankara, 1994.

Arsebük, Esat : **Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları**, Ankara, 1937.

Arslanlı, Halil : **Kollektif ve Komandit Şirketler**, 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976. (Şirketler)

Arslanlı, Halil : "**Ticari Bey'de Ademi İfa Defi**", İÜHFM, 1950/ 2-3, s. 732-745.

Ayan, Serkan :**İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Seçkin, Ankara, 2008.

Aydoğdu Murat/ Kahveci, Nihat :**Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 3. Baskı, Adalet, Ankara, 2017.

Aylı, Ali :**Zarar Sigortalarında Prim Ödeme Borcu**, Vedat, İstanbul, 2003.

Arkan Serim, Azra	:**Yayım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri**, Legal, İstanbul, 2017.
v.Bar Christian / Reinhard Zimmermann	:**Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts I/II**, München, 2002.
Bamberger, Heinz George / Roth Herbert / Hau Wolfgang / Poseck, Roman	:**Beck Online Kommentar BGB**, München, 2018 (BeckO/ilgili yazar)
Barbara Dauber Lieb/, Peter W. Tettinger	:**Nomos Kommentar BGB Schuldrecht Band 2/1: §§ 241- 610**, 3. Aufl. Baden-Baden, 2016. (**NK-BGB/Tettinger, §320**,)
Barlas, Nami	:**Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 3. Bası, Vedat, İstanbul, 2012 (Ortaklık).
Barlas, Nami	:**Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, Kazancı, İstanbul, 1992.
Bartholomeyczik Horst	:**Äquivalenzprinzip, Waffengleicheit und Gegengewichtsprinzip**, AcP, 1966/ 166, s. 30-75.
Baumann Daniel / Zysset Pascal,	"**Die Einrede des nicht erfüllten Aktionär-bindungsvertrags**", AJP, 2015, s. 151-166.
Baygın, Cem	:**Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, Beta, İstanbul, 1999.
Bähler, Katja	: **Das Verhältnis von Sachgewährleistungs-und allgemeinem Leistungsstörungsrecht**, Basel/ Genf/ München, 2005.
Benöhr, Hans-Peter	:**Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts**, Hamburg, 1965.
Bilir, Zafer	:**Die Nacherfüllungsansprüche des Käufers im neuen Recht**, Waiblingen, 2005.

Blomeyer Arwed :**Studien zur Bedingungslehre, 1. Teil, über bedingte Verpflichtungsgeschäfte,** Berlin/ Leipzig**,** 1939.

Brändli, Roger :**Die Nachbesserung im Werkvertrag**, Zürich, 2007.

Brox Hans / Walker, Wolf Dietrich :**Allgemeines Schuldrecht**, 39. Aufl, C.H. Beck, 2015.

Brunner Alexander /, Gasser Dominik / Schwander Ivo : **Schweizerischen Zivilprozessordnung ZPO Kommentar,** 2. Aufl, Zürich, 2016.

Brügmann, Walter "**Die Einrede des nichterfüllten Vertrags bei Baumängeln**", BauR, 1981/2, s. 128-138.

Boecken, Winfried :"**Berücksichtigung anderweitigen Erwerbs gem. §615 S.2 BGB**", NJW 1995/49, s.3218-3222.

Büdenbender, Ulrich "**Die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge**", AcP, 2000/200, s. 627- 683.

Bürgi, Otto M. : "**Die Anwendung der excepio non adimpleti contractus im Gesellschaftsrecht**", SJZ 1961/ 57, s. 334 – 336.

Bydlinski Franz :**"Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in Dauerschuldverhaltnissen",** Festschrift Artur Steinwenter zum 70. Geburstag, Köln, 1958.

Bucher, Eugen :**Obligationenrecht, Besonderer Teil,** Zürich, 1998.(BT)

Bucher, Eugen **: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliksrecht**, 2.Aufl, Zürich, 1998. (AT)

Burcuoğlu, Haluk :**Takas Savunmasının Hukuki Niteliği**, Balıkesir Barosu Degisi, 1984/ 19, s. 17-21

Buz Vedat :"**Ödemezlik Def'inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi**", BATİDER, 29/4, 2013, s.83-110.

Buz, Vedat :**Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, 2005. (**Yenilik**)

Bühler, Theodor **:Zürcher Kommentar, Der Werkvertrag, Art. 363- 379 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR),** Zürich, 1998. (ZürcherK/ Bühler)

von Büren, Bruno **:Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Zürich, 1964.

von Büren, Bruno **:Schweizersiches Obligationenrecht Besonderer Teil (Art. 184-551),** Zürich, 1972. (II)

von Caemmerer, Ernst :"**Bereicherung und urerleaubte Handlung**", Festschrift für Ernst Rabel, Bd. I, Tübingen, s. 333 -401.

Cahn, Hans : **Ist Die Einrede des Bürgelichen Gesetzbuches ein Gestaltungsrecht**?, Bonn, 1930.

Canaris, Claus-Wilhelm :" **Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf"**, JZ, 2003, s. 831-838. (JZ)

Canaris, Claus-Wilhelm **:"Grundprobleme des Schuldnerverzugs nach dem BGB"** Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag, Wien, 2010, s. 45-76.

Cavin, Pierre :"**Kauf, Tausch und Schenkung**", SPR VII/1, Basel und Stuttgart, 1977.

von der Crone, Hans Caspar :"**Zession: kausal oder abstrakt?"** SJZ 1997/ 93, s. 249- 260.

Conrad, Christian :" **Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei nach Überlassung auftretenden, behebbaren Mietmängeln**", MDR/2013, s. 1381- 1384.

Çapri, Sezer :"**Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Buna Bağlanan Sonuçlar**", Prof. Dr. Mustafa Dural a Armağan, Filiz, İstanbul, 2013, s. 414 -439.

Çetiner, Bilgehan :**Hapis Hakkı**, Filiz, İstanbul, 2010.

van den Daele, Wolfgang :**Probleme des gegenseitigen Vertrages**, Hamburg, 1968.

Decurtnis, Carl :**Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit im System der Vetragsverletzungen des schweizerischen Obligationenrechts**, Zürich, 1956.

Dehmel, Florian :**Die Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers an seiner Arbeitsleistung**, Berlin, 2009.

Demirsatan, Barış :"**Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcunda Temerrüd**", İÜHFM 2017/1, s. 360 -391.

Derendinger, Peter :**Die nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages**, 2. Aufl, Freiburg, 1990.

Dural Mustafa / Sarı Suat :**Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 10. Bası, Filiz, İstanbul, 2015

Doğan, Murat : **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi**, Adalet, Ankara, 2011.

Dorschel, Peter :**Rücktritt und fortwirkendes Synallagma**, Bamberg, 1976.

Dörge, Carl :**Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages unter besonderer Berücksichtigung ihrer Anwendbarkeit beim Kaufvertrage**, Hildesheim, 1928.

Eberl-Borges, Christina :"**Die Leistungverzögerung bei mehrseitigen Vertragsverhältnissen**" AcP, 2003/203, s. 633-663.

Ekmekçi, Ömer : **Toplu İş Hukuku Dersleri**, On iki Levha, İstanbul, 2018.

Emmerich, Volker :**Das Recht der Leistungsstörungen,** 6. Aufl., München, 2005.

Emmerich Volker :**Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil §§241-432**, 7. Aufl, München, 2016. (ayrıca MünchenerK/ Fetzer, BGB §363 vd. ; MünchenerK/ Finkenauer, BGB §313)

Emmerich, Volker :**J.von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse §§535-555**, 5. Ab. Berlin, 2014.

Enneccerrus Ludwig/ Lehmann Heinrich **Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse II. Bd**. Tübingen, 1958.

Erdem**,** Mehmet **: Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha, İstanbul, 2010.

Erdoğmuş, Belgin :**Roma Hukuku Dersleri**, Der, İstanbul, 2014.

Eren Fikret :**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Yetkin, Ankara, 2017.

Eren, Fikret :**Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin, Ankara, 2014. (Özel)

Erman, Hasan : **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Der, İstanbul, 2007.

Erman/ Westermann, Harm Peter :**Bürgerliches Gesetzbuch**, 14. Aufl. , 2014. (**Erman/ Westermann**); (Erman/ P.Buck/ Heeb, § 362 vd.) (Erman/ Grunewald, vor §437); (Erman/ Grunewald, vor §459, 10 Aufl. 2000,)
(Erman/ Westermann, vor §705-740)
(Erman/ Röthel, vor §346-§354)

Ernst Wolfgang : " **Die Gegenseitigkeit im Vertragsvollzug**", AcP, 1999/199, s.485-524.

Ernst, Wolfgang :"**Die Vorgeschichte der exceptio non adimpleti contractus**", Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag, Heidelberg, 1998, s. 1 -57 (**Vorgeschichte**)

Ernst, Wolfgang : **Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertagsvollzugs im Zivilprozeß**, Berlin, 2000. (**Einrede**)

Esser Josef / Schmidt Eike :**Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband I; Entstehung, Inhalt und Beendigung**

von Schuldverhältnisseen, 8. Aufl. Heilderberg, 1995.

Fichtner, Frank :**Die Durchsetzung von Ansprüchen auf Leistung Zug um Zug zwischen materiellem Recht, Verfahrenrecht und Verfassungsrecht**, Köln, 2002.

Feldmann, Cornelia : **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: §§ 255 – 304**, Berlin, 2014. (StaudingerK/ Feldmann)

Ferrari Franco / Mankowski Peter : **Internationales Vertragsrecht Kommentar,** München, 2012.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin :**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. bası, C. 2, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977.

Fleisch, Karin :"**Der Irrtum über die Kreditwürdigkeit des Vertragspartners und Verschlechterungs-einrede**", BB 1994, s. 873-879.

Flume, Werner "**Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertiger Bereicherung**", AcP, 1994/ 194, s. 427-450.

Franke, Herbert : "**Zurückbehaltungsrecht(Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Mietrecht)**", ZMR/ 2010, S. 663-667.

Fuchs-Wissemann**,** Georg **:Die Abgrenzung des Rahmenvertrages vom Sukzessivlieferungsvertrag**, Marburg, 1980.

Furrer Andreas / Müller-Chen Markus **Obligationenrecht-Allgemeiner Teil**, Zürich, 2008.

Furrer Andreas,. Schnyder Anton K :**CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen OR Art. 1-183**, Aufl. 3, Zürich, 2016. (CHK/ ilgili yazarlar)

Furrer, Rolf :**Beitrag zur Lehre der Gewährlesitung im Vertragsrecht**, Zürich, 1973.

Gabius, Rolf :"**Die Vollstreckung von Urteilen auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung**", NJW, 1971/20, s. 866-869.

Gauch, Peter : **Der Werkvertrag,** 3. Aufl., Zürich, 1985.

Gauch Peter / Schluep Walter R. Schmid Jörg / Rey Heinz . : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Bd.II, 7. Aufl., Zürich, 1998.

Gautschi, Georg :"**Das Akkreditiv im Lichte der neuen internationalen Rischtlinien"**, SJZ, 1964/60, s.33-38.

Gautschi, Georg : **Berner Kommentar, Der Werkvertrag, Art. 363 -379 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse**, Bern, 1967. (BaslerK/ Gautschi)

Giger, Hans :**Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse 1. Teilband Kauf und Tausch- Die Schenkung 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen- Der Fahrniskauf Artikel 184-215 OR**, Bern, 1979. (Art.185-215)

Giger, Hans :**Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse 1. Teilband Kauf und Tausch- 3. Abschnitte Das Grundstückkauf Art. 216 -221 OR**, Bern, 1997. (Art. 216- 221)

Giger, Hans : **Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge,** Zürich, 1989.

Gillig, Franz- Peter : **Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung**, Tübingen, 1984.

Ginter, Petra : **Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 97 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR**, Zürich, 2005.

R. Gehrer, Leo "**Vom Rechts der Bauherrn, den Werklohn bei Mängeln des (Bau-) Werkes zurückzuhalten**", SJZ, 1981/77, s. 304-307.

Gernhuber, Joachim :“**Synallagma und Zession**” Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1974, s.57-98. **(Synallagma)**

Gernhuber, Joachim :**Das Schuldverhältnis**, Tübingen, 1989.

Gernhuber Joachim, :“**Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund zur Lehre von den Vertragsverbindungen**”, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München, 1973, s. 455-494, (Austausch)

G. Glasl, Daniel :**Die Rückabwicklung im Obligationenrecht,** Zürich, 1992.

Gmür, Philipp :**Die Vergütung des Beauftragten**, Freiburg, 1994

Grotius, Hugo :**De iure belli ac pacis libri III**, Amsterdam 1646, lib.2, cap. 11, §14 (**HistorischK/ Pennitz**, §§320-322, N.13’den naklen)

Gröschler Peter, : “**zur Wirkungweise und zur Frage der Geltendmachung von Einrede und Einwendung im materiellen Zivilrecht**”, AcP, 2001/ 201, s. 48-90.

Grunsky, Wolfgang :“**Streik und Zurückbehaltungsrecht”**, JUS 1967/ 2, s. 60-64.

Grüter Karl :**Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im deutschen und französischem Recht**, Düsseldorf, 1963.

Gollub Frank :**Verzug und Zurückbehaltungsrecht beim Sukzessivlieferungsvertrag**, Hamm, 1989.

Gönen, Doruk : **İnşaat Sözleşmesinde Bedel**, On İki Levha, İstanbul, 2016.

Götz, Heinrich :“**Obliegenheiten und positive Forderungsverletzung**”, JUS 1961/ 2, s.56-59

Guldener Max :**Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 3. Aufl., Zürich, 1979.

Guldener Max :**Schweizesiches Zivilprozeßrecht**, 2. Aufl., Zürich, 1958.(II)

Guldener, Max : "**Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht**", ZSR, 1961/ 80 II s. 1 -66. (ZSR)

Guldener, Max :**Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht**, Zürich, 1955. (İspat)

Guhl Theo / Merz Hans / Kummer Max :**Das Schweizerische Obligationenrecht**, 7. Aufl. , Zürich, 1980.

Guhl Theo / Koller, Alfred Schnyder, Anton K. / Druey, Jean Nicolas: **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- Wertpapierrechts**, Zürich, 2000. (Guhl/ilgili yazarlar)

Gümüş, Mustafa Alper : **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi**, 2. Bası, Vedat, İstanbul, 2012

Gümüş, Mustafa Alper : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, 2.bası, Filiz, İstanbul, 2017 (Kısa)

Haas Lothar / Medicus Dieter / Rolland Walter / Schäfer Carsten / Wendtland Holger :**Das neue Schuldrecht**, München, 2002.

Haase, Wilhelm :**Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitsnehmers an Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis**, Köln, 1967.

Hager Günter :"**Der Gedanke der Solidarität in der Lehre von Synallagma**" zum Deutschen und İnternational Schuldrecht Kolloqium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Ernst von Caemmerer, Tübingen, 1983, s.26-50.

Hartmann, Felix :"**Ungeschriebene Zurückbehaltungsrechte im UN-Kaufrecht**", IHR, 2006/5, s.181-224. (IHR)

Hartmann, Stephan : **Die Rückabwicklung von Schuldverträgen**, Zürich, 2005.

Hartmann, Christian :**Die unterlassene Mitwirkung des Gläubiger**, Berlin, 1997. (Temerrüt)

Hatemi Hüseyin / Serozan, Rona/ Arpacı Abdülkadir : **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz, İstanbul, 1992.

Hatemi Hüseyin / Serozan Rona / Arpacı, Abdülkadir :**Taşınmaz Eşya Hukuku**, Filiz, İstanbul, 1991. (**Eşya**)

Hausheer Heinz /, Walter Hans Peter :**Berner Kommentar Schweizerische Zivil-prozessordnung ZPO**, Bern, 2012.

Haymann, Franz :**Die Schenkung unter einer Auflage**, Berlin, 1905.

Heerwart, :**Über die exceptio non adimpleti contractus und non rite adimpleti contractus**, AcP, Bd.VII, 1824, s.335-363.

Heiderhoff, Bettina :"**Zurückbehaltungsrecht an der Arbeitskraft und fristlose Kündigung**", JUS 1998/12, s. 1087-1091.

Heinrichs Helmut :**Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432,** 3. Aufl., München, 1994. **(MünchenerK/Helmut)**

Herbert, Manfred **:"§320 I BGB, §138 IV ZPO: Anforderungen an das Erheben der Einrede des nichterfüllten Vertrags",** JA, 1999/5, s. 354- 355

Hermann, Peter :"**Ringtausch, Tauschringe und multilaterales Bartering**", JZ 1999/ 4, s. 183-187.

Herschel Wilhelm :"**Die Einrede des §320 BGB bei Dauerschuldverhältnissen"** MDR, 11/1983, s. 899-900.

Higi, Peter :**Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253-273c OR, Bern, 2015. (**Art. 253-273c)

Hirsch, Ernst :**Ticaret Hukuku Dersleri**, 2. Bası, İstanbul, 1946.

Hirsch, Christoph :**Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl. , Baden-Baden, 2015.

Hinz, Werner :"**Das Zurückbehaltungrecht bei mangelhafter Mietsache**", ZMR 4/2016, s. 253-269.

Huber, Eugen :**Recht und Rechtsverwirklichung**, 2. Aufl., Basel, 1925.

Huber Peter / Faust Florian :**Schuldrechtsmodernisierung Einführung in das neue Recht**, München, 2002.

Huber Ulrich **: "Leistungsstörungen",** Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, Köln, 1982, s. 647 -911. (**Leistungs-störungen**)

Huber, Ulrich "**Verpflichtungzweck, Vertragsinhalt und Geschaftsgrundlage**", JUS, 1972/2, s.57-65. (**JUS**)

Huber, Ulrich :**Leistungsstörungen; Handbuch des Schuldrecht,** I Bd., Tübingen, 1999.

Hueck Götz / Hueck Alfred, : **Gesellschaftsrecht**, 18. Aufl., München, 1983.

Hüffer Uwe :**Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln**, Berlin, 1976.

Hüffer Uwe/ Koch Jens **:Gesellschaftsrecht,** 8. Aufl., 2011.

Hüttemann, Raimer : **Leistungsstörungen bei Personengesellschaf-ten**, Köln, 1998.

Huguenin Claire / Hilty, Reto M. Stöckli Hubert / Stoffel Bertrand **:Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/ Code des obligations suisse 2020,** 2013, Zürich.

Huguenin, Claire :**Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil**, 2. Aufl, Zürich, 2014.

Hoşlan, Özkan Cavit :**Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na(CISG) Göre Alıcının Satış Bedelini Ödeme Borcu**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2015.

Honsell Heinrich/ :**Kommentar zum UN-Kaufrecht**, 2. Aufl,

Schynder A. K./ Straub R. M.	Berlin-Heildelberg, 2010.
Honsell Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Wiegand Wolfgang	:**Basler Kommentar Obligationenrecht I Art.1-529 OR,** 5.Aufl. , Basel, 2011; (Yararlanılan diger basılar ve bölümler); Urs Leu, Art. 68 -90, 2015; **(BaslerK/ Leu)** Gaudenz G. Zindel/ Urs Pulver/ Bertrand G. Schott, Art. 363 -379, 2015. **(BaslerK/ Zindel/ Pulver/ Schott)** Roger Weber, Art. 253 -273c, 2015**(BaslerK/ Weber)**
Isler Rolf,	"**Über die Voraussetzungen des Retentionsrechtes, insbeseondere jenes des Spediteurs und des Frachtführers**" ZBJV, 115, 1979 s. 401-424.
İnceoğlu, Murat	:**Kira Hukuku**, C.1, On iki Levha, İstanbul, 2014
Jabornegg Peter	:**Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages-zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Synallagma**, Wien,1982.
Jahr, Günther	: "**Die Einrede des bürgerlichen Rechts"**, JUS, 1964, s. 293- 305.
Jauernig/ Stadler Astrid	:**Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar**, 15. Aufl., München, 2014.(Jauernig/Stadler)
Johannsen, Jens	**Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei Teilleistungen**, Berlin, 1936.
Joost, Detlev	:" **Die Mängeleinrede im Kaufrecht**", Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburstrag, I. Bd, München, 2007, s. 513-529.
Jud, Brigitta	:"**Das Recht zur Zurückweisung im Kaufrecht**", JUS, 10/2004, s.841-846.
Jungmann, Carsten	:"**Die Verknüpfung der kauf- und werkvertraglichen Rückgewähransprüche (§§ 439 Abs. 4, 635 Abs. 4 BGB) mit Ersatzlieferungs- bzw. Neuherstellungs-ansprüchen**", ZGS, 2004/ 7, s. 263 -268

Kaiser, Dagmar : **Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB**, Tübingen, 2000.

Kaiser, Gisbert "**Rechtsfragen bei der Anwendungen der §§320, 322 BGB im gesetzlichen Werkvertragsrecht und in der VOB/ B**", BauR 1982/3, s. 205-219. (BauR)

Kaiser, Gisbert :"**Der Rechtsbehelf der Einrede des nichterfüllten Vertrages (§320 BGB) unter besonderer Berücksichtigung des Werkvertrages**", UBWV: Zeitschrift für Ausbildung, Fortbildung und Verwaltungspraxis, 1982, s. 130-134. (UBWV)

Kaniti, Salamon :**Akdin İfa Edilmediği Def'i**, İstanbul, Ahmed Said Matbaası, 1962.

Kast Dietrich :**Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages unter besonderer Berücksichtigung des Miet- und Dienstvertrages**, Heilderberg, 1973.

Kaya, Cansu : **CISG(Millletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu**, On İki Levha, İstanbul, 2012.

Kayıhan, Şaban :**Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu**, Seçkin, Ankara, 2004.

von Keller, Friedrich Ludwig :"**Noch Etwas Über Die Exceptio Non Adimpleti Contractus**" Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts, Bd. IV, 1860, s.337-371.

Keller Max / Schöbi Christian **:Allgemeine des Vertragsrecht,** Bd.1, Basel-Frankfurt am Main, 1988.

Keller Max/ Siehr Kurt :**Kaufrecht**, 3. Aufl., Zürich, 1995.

Keller, Max **: "Robert Simmen; Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags(0R 82)",** Besprechungen und Anzeigen, ZSR, 1983/I, s. 369 -373.

Kern, Christoph : "**Ein einheitliches Zurückbehaltungsrecht im UN-Kaufrecht?",** ZEuP, 2000, s. 837-859.

Kılıçoğlu Ahmet : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21 .bası, Ankara, Turhan, 2017.

Klinke Ulriche :**Causa und genetisches Synallagma zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte**, Berlin, 1983.

Kramer, Ernst :**Juristische Methodenlehre**, Bern, 2005.

Krebs, Markus : **Die Rückabwicklung im UN-Kaufrecht**, München, 2000.

Kocaağa, Köksal :**İnşaat Sözleşmesi**, Yetkin, Ankara, 2014.

Kocayusufpaşaoğlu Necip / Hatemi Hüseyin / Serozan Rona Arpacı Abdülkadir : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C.1, Filiz, İstanbul, 2008.

Koç, Nevzat :**İsviçre ve Türk Hukuku'nda Alacaklı Temerrüdü**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992.

Koç, Nevzat :"**Vedia Alanın Ödemezlik Def'i ve Hapis Hakkı**", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000, s. 425-437. (Vedia)

Kohler, Jürgen :**Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge**, Berlin, 1989.

Koller, Alfred :**Schweizersiches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Die einzelnen Verhältnisse Art. 184-318 OR**, Bern, 2012. (BT)

Koller, Alfred : **Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag**, 2. Aufl, Zürich, 1995. (Onarım).

Koller, Alfred :"**Werkvertragliche Mängelrechte und Abtretung der Werklohnforderung**", BR 1984, **(BR)**

Korkmaz Fahretttin/ Gezder Ümit :**"Sözleşmenin İfa Edilmediği Def'i",** Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta, İstanbul, 2011, s. 2607-2619.

Kostkiewicz**,** Jolanta Kien **: OFK - OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht,** 3. Aufl., Zürich, 2016.

Koziol, Helmut : "**Die Grenzen des Zurückbehaltungsrechts bei nicht gehöriger Erfüllung**", ÖJZ 1985/ 40, s. 737 -746.

Köttgen, Werner : **Die Einrede der mangelnden Vorleistung**, Münster, 1930.

Kubis, Dietmar :**"§320 -eine zweifelhafte Waffe in der Hand des mängelgeschädigten Mieters**", MDR, 4/1983, s.285-286.

Kummer, Max : "**Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1968**", ZBJV 1970/ 106, s. 121-133.

Kurşat, Zekeriya : **İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, Filiz, 2017.

Lammel, Siegbert :"**zur Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei glecihzeitiger Minderungsrecht im Wohnraummietrech**t", Gedächnissschrift für Jürgen Sonnenschein, Berlin, 2003, s. 275-291.

Lamprecht, Philipp :"**Nochmals: Gewährlesitung trotz Annahmeverzugs und Untergangs der Kaufsache?**" ZIP, 2002, s.1790-1791, 1791 dn. 13.

Lardelli, Flavio : **Die Einreden des Schuldners bei Zession**, Zürich, 2008.

Larenz Karl/ Wolf Manfred, :**Allgemeiner Teil des bürgerliches Rechts**, 9. Aufl. München, 2004.

Larenz Karl :**Lehrbuch des Schuldrechts Erste Band: Allgemeiner Teil**, Münich, 1976.

Larenz Karl : **Lehrbuch des Schuldrechts Zweite Band Besonderer Teil 1. Halbband,** 13 Aufl. München, 1986. **(Schuldrecht II)**

Larenz Karl :**Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung**, 3. Aufl., Beck, München und Berlin, 1963. **(Vertragserfüllung)**

Lehmann-Richter, Arnold :"**Die Anwendbarkeit von § 320 Abs. 1 S. 1 BGB im Kaufrecht bei vereinbartem Ausschluss der**

Mängelrechte des Käufers”, Jura, 2002/9 , s.585-589.

Lehmann-Richter, Arnold, :“**Der Mängelbeseitigungsanspruch des Mieters und Gegenrechte des Vermieters**”, NJW, 17/2008, s. 1196-1201. (NJW)

Lent Friedrich/ Weber Friedrich :**Konkursordnung mit Einführungsgesetzen §§ 1-70,** 1. Bd., 8. Aufl., Berlin, 1958.

Leonhard, Franz :**Allgemeines Schuldrecht des BGB**, Bd. 1, München-Leipzig, 1929.

Leser, Hans G. :**von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma**, Freiburg, 1958.

Loher, Peter : “**Das dingliche Schicksal des Kommissionsguts ”**, AJP, 2016, s.921-931.

Lorenz, Stephan :“**Rechts des Käufers zu Zurückweisung einer mangelhaften Sache-Voraussetzungen und Grenzen”**, NJW, 2013/19, s.1341-1344. (**Zurückweisung**)

Lorenz Stephan/ Riehm Thomas :**Lehrbuch zum neuen Schuldrecht**, München, 2002.

Ludwıg, Raiser : “**Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit**”, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. 1, Karlsruhe, 1960, s. 101 -134.

Magnus Ulrich / Martinek,Michael : **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht(CISG)**, 2013, Berlin.

Medicus Dieter / Lorenz, Stephan :**Schuldrecht I Allgemeiner Teil**, 21. Aufl., 2015.

Meier, Stefan :**Die kaufrechtlichen Mängeleinreden – insbesondere die sogenannte “allgemeine Mängeleinrede”**, München, 2000.

Mentzel Franz / Kuhl Georg :**Kommentar zur Konkursordnung**, Berlin/ Frankfurt, 1962.

Meyer Bernhard :**Die Rechtsöffnung auf Grund synallagmatischer Schuldverträge**, Zürich, 1979.

Moralı, Ahu Ayanoğlu :"**Taraflardan Birinin Dava Esnasında Borcun İfa Edilmediği Def'ini İleri Sürmesine Bağlanabilecek Sonuçlar**", MİHDER, 2008/4, s. 451-467.

Mossler, Patrick :**Bereicherung aus Leistung und Gegenleistung**, Tübingen, 2006.

Müller Robert :**Gesellschaftsvertrag und Synallagma**, Zürih, 1971.

Nabholz, Peter :**Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs**, Aaarau, 1961.

Neuenschwander, Markus :**Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht**, Bern, 1971.

Nomer, Haluk Nami :**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2017.

Nomer, Haluk Nami / Ergüne, Serkan :**Eşya Hukuku**, 5. Bası, On iki Levha, İstanbul, 2017.

Nomer, Haluk Nami / Engin, Baki İlkay **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt I: Satış Sözleşmesi**, 3. bası, Seçkin, Ankara, 2017.

Oertmann Paul :**Bürgerliches Gesetzbuch,** Berlin, 1928.

Oertmann, Paul : **Entgeltliche Geschäfte**, München, 1912.(Entgeltlich)

Oetker Hartmut :**Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung**, Tübingen, 1994.

Oesterle, Fritz :**Die Leistung Zug um Zug**, Berlin, 1980.

Oftinger Karl / Bär Rolf, :**Zürcher Kommentar Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB mit ergänzender Darstelung der im Gesetz nicht geordneten Arten der dinglicher Sicherung mittels Fahrnis Kommentar zum Schweizerisches**

Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Zürich, 3. Aufl., 1981

Oğuzman Kemal / Barlas Nami :**Medeni Hukuk**, 22. Bası, Vedat, İstanbul, 2016.

Oğuzman Kemal / Öz Turgut, B**orçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 15.bası, İstanbul, Vedat, 2017.

Oğuzman Kemal / Seliçi Özer / Oktay-Özdemir Saibe, :**Eşya Hukuku**, 20. Bası, Filiz, İstanbul, 2017.

Öğüz, Tufan : **Know-How Sözleşmesi**, 2. Bası, Filiz, İstanbul, 2018.

Önen, Turgut : **Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler**, Kalite Matbaası, Ankara, 1975.

Öz, Turgut :**İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, Vedat, 2013.

Öz,Turgut :**İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, Kazancı, İstanbul, 1989. (Eser)

Öz, Turgut :**Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, Kazancı, İstanbul, 1990. (Zenginleşme)

Öz, Turgut "**İsviçre Federal Mahkemesinin Sözleşmeden Dönmeye Ayni Etki Tanıyan İçtihadı Üzerine**", MHAD, 1996, s. 49-57. (Ayni Etki)

Öz, Turgut :**"BK m. 65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m. 65 Kuralı ile İlişkisi Rüşvet-Başlık Parası"**, İBD 1985/ 1-2-3, s. 105-130. (Eksik Borç)

Palandt/ Christian Grüneberg, :**Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen**, 75. Aufl, 2016. (**Palandt/Grüneberg**)

Palandt/ Bernhard Danckelmann **Bürgerliches Gezetsbuch**, 25. Aufl., München-Berlin, 1966. (**Palandt/Danckelmann**)

Palandt/ Helmut Heinrichs, : **Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts**, **Ergänzungsband zu Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch**, 61. Aufl., München, 2002. (**Palandt/ Heinrichs**)

Pekcanıtez Hakan / Atalay Oğuz Özekes Muhammet	:**Medeni Usul Hukuku**, 12. Bası, Yetkin, Ankara 2011.
Pekcanıtez Hakan / Atalay Oğuz Sungurtekin Özkan Meral / Özekes Muhammet	**İcra ve İflas Hukuku,** 4. Bası, Vedat, İstanbul, 2017. (İcra)
Preussner, Mathias / Kandel Roland / Jansen Günther	:**Becks'her Online Kommentar VOB/B**, 23. Aufl. München, 2016.
Pedrazzini, Mario M.	:"**Werkvertrag**", SPR VII/1, Basel und Stuttgart, 1977.
Peters, Frank	"**Die Fälligkeit der Werklohnforderung**" Festshcrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, Düsseldorf, 1986, s.337-348. (**Werklohn**)
Peters, Frank	:"**Die Fälligkeit des Werklohns bei einem gekündigten Bauvertrag**", NZBau, 2006, s.559-562.
Pfister, Bernhard	"**Der mehrseitige Austauschvertrag**", JZ 1971/ 26, s. 284-286.
Poroy Reha / Tekinalp Ünal / Çamoğlu, Ersin	: **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Vedat, İstanbul, 2010
Postacıoğlu, İlhan E.	: **İcra Hukuku Esasları**, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982. (İcra)
Postacıoğlu, İlhan E.	: **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975. (Medeni Usul)
Postacıoğlu, İlhan E.	:"**Şarta Muallak Hükümler**", Adliye Ceridesi 1941/2, s. 112-122. (Şart)
Postacıoğlu İlhan E / Altay Sümer	: **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, Vedat, İstanbul, 2015.
Pufendorf, Samuel	: **De jure naturae el gentium libri VIII**, Amsterdam 1688, lib 5, cap. 2, §8 s. 477 (**HistorischK/ Pennitz**, §§320-322, N.14'den naklen)

Rauscher Thomas / Krüger Wolfgang / Heßler Hans Joachim,	**Münchener Kommentar zur Zivilprozess-ordnung Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen**, Bd. II, 5. Aufl, München, 2013. (MünchenerK/ Heßler, ilgili madde)
Repgen, Tilman	: **Handbuch der Beweislast, Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht Algemeiner Teil**, 3. Aufl. Köln-München, 2008.
Reuter, Dieter/ Martinek, Michael	**Ungerechtfertigte Bereicherung,** 2. Aufl., Bd.4 /Teilband 2, Tübingen, 2016.
Rieble Volker / Schwarze Roland	**:J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Recht der Schuldverhältnisse §§ 315-326,** Berlin, 2015. **(StaudingerK/ Schwarze)**
Rittner Fritz	:"**Über die Entbehrlichkeit des sog. genetischen Synallagmas**" Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag 25 März 1970, München, 1970, s.213-238.
Rohmann Erich	:**Die Doppelnatur der Einrede des nicht erfüllten Vertrages**, Düsseldorf, 1935.
Roos, Christoph	:**Die Grundlagen und die dogmatische Entwicklung der Vorschriften zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Bürgerlichen Gesetzbuch und in der Zivilprozessordnung im 19. Jahrhundert**, Bonn, 2004.
Roth Herbert	:**Die Einrede des Bürgerlichen Rechts**, München, 1988.
Rumpf Stefanie	:**Das Synallagma im Dauerschuldverhältnis**, Kostanz, 2003.
Saenger Ingo / Kindl Johann,	:**Nomos Kommentar Zivilprozessordnung**,. 7. Aufl. , Münster, 2017.
Sarı, Suat	:**Alıkoyma Hakkı**, Alfa, İstanbul, 1997.
de Saxoferrato Bartolus,	:Commenteria in Digestum vetus, Lyon, 1561. (naklen **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N.10.)

Savigny, Friederich Carl von, : **System des heutigen römischen Rechts**, 5. Bd., Berlin, 1841.

Schaller, Jean-Marc :**Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht**, Zürich, 2010.

Schaller, Jean- Marc :"**Darf ein Schuldner die Leistung verweigern**?", Jusletter, 21. März 2011, s. 1 -10 (**Leistung**).

von Scheven, Michael :**Der Sukzessivlieferungsvertrag**, Frankfurt am Main, 1984.

Schenkel, Harald "**Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei Mängel der Mietsache in der Praxis**", NZM, 1998, s. 502-504.

Schenker, Franz :**Die Voraussetzungen und Die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht**, Freiburg, 1988.

Schlechtriem Peter :**Internationales UN-Kaufrecht**, 4. Aufl., 2007.

Schlechtriem Peter/ Schwenzer Ingeborg **Kommentar zum Einheitlichen UN –Kaufrecht** 6. Aufl, 2013, Basel.

Schlosser, Peter :"**Selbständige peremptorische Einrede und Gestaltungsrecht im deutschen Zivilrecht**" JUS 1966/7, s. 257-268.

Schluep, Thomas Alexander :**Der Nachbesserungsanspruch und seine Bedeutung innerhalb der Mangelhaftung des schweizer Kaufrechts**, Tolochenaz, 1990.

Schluep, Walter : "**Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und –kooperation**", ZSR 1973/92, s. 154 -557.

Schmid Emil :**Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht Teilband V 2b 1. Lieferung Art.253-260**, Zürich, 1974.

Schmid, Jörg, :**Zürcher Kommentar, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR),** 3. Aufl, Zürich, 1981.

Schmidt, Daniel :**Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug und deren Vollstreckung**, Zürich,1963.(Zug um Zug)

Schmidt, Hubert "**Fortbestand des Erfüllungsanspruch bei Mangelkenntnis**", NZM/ 2013, s. 705-718. (NZM)

Schmidt, Karsten : **Darlehn, Darlehnsversprechen und Darlehnskrediteröffnung im Konkurs**; JZ, 1976, s. 756 -763. (JZ)

Schmidt Reimer :**Die Obliegenheit**, Karlsruhe, 1953. (Obliegenheit).

Schmidt-Rimpler Walter :**Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, insbesondere beim Versicherungsvertrag**, Stuttgart, 1968.

Schmoeckel Mathias/ Joachim Rückert/ Reinhard Zimmermann, :**Historisch- kritischer Kommenntar zum BGB Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241-432 2.Teilband §§305-432**, Siebeck, 2007.

Schneider Albert / Fick H., :**Das Schweizerische Obligationenrecht: Sammt den Bestimmmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit**, Zürich, 1882.

Schneider Egon :"**Die Rechtswirkungen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Werksvertrag**" DB, 1969/3, s. 115-117.

Schraner, Marius :**Kommentar zum Schweizerishen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. V/1e, Die Erfüllung der Obligationen, Erste Lieferung Art.68-83 OR**, Schulthess, Zürich, 2000. **(ZürcherK/Schraner)**

Schroeter, Ulrich **"Das Wahlrecht des Käufers im Rahmen der Nacherfüllung",** NJW, 2006, s.1761-1765.

Schubiger**,** Alfred :**Verhältnis der Sachgewährlesitung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, OR 197 ff – OR 97 ff,** Bern, 1957.

Schulze, Reiner :**Bürgerliches Gesetzbuch**, 9. Aufl, Nomos, 2017. (HK-BGB/Schulze)

Schur, Wolfgang :“**Die Verknüpfung wechselseitiger Leistungen**”, JUS, 2006/8, s. 673-679.

Schwarze, Roland **:Das Recht der Leistungsstörungen,** Berlin, 2008.

Schwenzer Ingeborg **:Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil,** 7. Aufl. , Bern, 2016.

Schwenzer Ingeborg :“**Zession und sekundäre Gläubigerrechte**”, AcP, 1982/ 182, s.214-253. (AcP)

Serozan Rona :**Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme**, C. 3, 7. bası, İstanbul, Filiz, 2016.

Serozan Rona : **“Geçersiz Satım Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Yoluyla Çözülmesi”,** MHAD, 1969/4, s. 187-213. (Çözülme)

Simmen Robert :**Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags(OR 82) unter besonderer Berücksichtigung ihrer Problematik bei den Verausserungsverträgen**, Stämpfli, Bern, 1981.

Soergel Hs. Th./ Gsell, Beate **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Kohlhammer Kommentar Schuldrecht 3/2 Band 5/2 §§320-327**, 13. Aufl., Stuttgart, 2005 (**Soergel/ Gsell**); Soergel Hs. Th./ Herbert Wiedemann, §§320-327 12. Aufl, 1990 **(Soergel/ Wiedemann),** vor §459 **(Soergel/Huber);** Soergel Hs. Th./ Reimer Schmidt, Bd.1, 9. Aufl., 1959. (**Soergel/ Schmidt**).

Söllner, Alfred : “**Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers**”, ZfA, 1973, s. 1-28.

Spiro, Karl :**Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-,Verwirkungs- und Fatalfristen**, Bd. I, Bern, 1975.

Stark Emil W/ Lindemann, Barbara **Berner Kommentar Der Besitz, Art. 919-941 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 4. Aufl., 2016, Bern.

von Steiger, Werner,	: **Schweizerisches Privatrecht**, C. 8/ 1, Basel/ Stuttgart, 1976.
Steinberger, Max	: **Die Verträge auf dauernde Leistungenen (DauerVerträge)**, Schongau, 1910.
Sträuli Hans / Messmer Georg,	**Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozess-ordnung,** 2. Aufl, Zürich, 1982.
Streyl, Elmar	"**Das Einstellen der Versorgungsleistungen durch den Vermieter**", WM, 2006/ 5, s. 234-237.
Stöckli Hubert,	:**Das Synallagma im Vertragsrecht Begründung- Abwicklung-Störung, AISUF Band/Nr. 271**, Schulthess, Freiburg, 2008.
Stücheli Peter	:**Die Rechtsöffnung**, Zürich, 2000.
Sutter-Somm Thomas /, Hasenböhler Franz, Leuenberger Christoph /	**: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozess ordnung (ZPO)** , 3. Aufl., Zürich, 2016.
Süzek, Sarper	:**İş Hukuku**, 12. Baskı, Beta, İstanbul, 2016.
Şeker, Zehra	:"**Sigorta Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Üzerine**", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 1043-1060.
Şenocak, Zarife	:**Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, Turhan, 2012.
Tahiroğlu, Bülent	: **Roma Borçlar Hukuku**, Der, İstanbul, 2016.
Tandoğan, Haluk	: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/1, 6. Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat, 2008. (CI/1)
Tandoğan Haluk,	:**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/2, 4. Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat, 2008. (C I/2)
Tandoğan, Haluk	:**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.II, 4. Bası, İstanbul, Evrim, 1989. (II)
Tandoğan, Haluk	: **Türk Mes'uliyet Hukuku**, Vedat, İstanbul, 2010.
Tekinay, Selahattin Sulhi	:**Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, Filiz, İstanbul, 1992.

Tekinay Selahattin Sulhi / Akman Sermet / Burcuoğlu Haluk/ Altop Atilla :**Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 7 bası, Filiz, İstanbul, 1993.

Temming, Felipe : **"Die Abnahme im Werkvertrag"**, AcP/ 215, 2015, s. 18-69.

Teubner Gunther :**Gegenseitige Vertragsuntreue**, Tübingen, 1975.

Tiedtke, Klaus :"**Leistungstörung und Gewährleistung**", NJW 1995.

Thomale, Chris : **"Die Einrede als materielles Gestaltungrecht"**, AcP 2012/ 212, s. 922 -970.

Trachsel, Heribert : **Die verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln**, Bern, 2000.

Tschudi, Felix : **Die Beitragspflicht des Gesellschafters und die Folgen ihrer Nichterfüllung in den Personengesellschaften des Schweizerischen Obligationenrechtes**, Zürich, 1956.

Tschütscher, Klaus : **Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken**, Bern, 1996.

de Ubaldis, Baldus **: in VII—XI Codicis lib. Commenteria**, Venedig, 1599. (naklen **HistorischK/ Pennitz,** §§320-322, N. 10.)

Ulusan, İlhan :**İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, Kazancı, İstanbul, 1984.

UNİDROİT, :**Grundregeln der international Handels-verträge (UNİDROİT Principles)**, Roma, 1995.

Üstündağ, Saim :**İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul, 2004.

Üstündağ, Saim : **Tapu Kütüğünün Tashihi Davası**, Baha Matbaası, İstanbul, 1959.

von Tuhr Andreas / Siegwart Alfred, : **Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts**, 2. Bd. , 2. Aufl. , Zürich, 1944.

von Tuhr Andreas/ :**Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obliga-**

Arnold Escher	**tionenrechts Band II (mit Supplement),** 3. Aufl. , Zürich, 1984.
von Tuhr Andreas / Peter Hans	:**Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Bd. I, 3. Aufl. Zürich, 1984.
Wassermann, Siegmund	:**Zurückbehaltungsrecht auf Grund von Naturalobligationen, insbesondere auf Grund verjährter Forderungen**, Berlin, 1929.
Wiget, Gregor	:**Die Durchsetzung von Ansprüchen aus synallagmatischen Verträgen nach zürcherischer Zivilprozessordnung**, Zürich, 1980.
Windbichler, Christine	: **Gesellschaftsrecht**, 23. Aufl., München, 2013.
Windscheid, Bernhard	:**Die actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkt des heutigen Rechts**, Düsseldorf, 1856.
Witz, Wolfgang	: "**Zurückbehaltungsrechte im international Kauf**" , Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen, 2003, s. 291 -307.
Webel Wolfgang	:**Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages des §320 Abs.1 Satz 1 BGB und das Zurückbehaltungsrecht des §273 Abs.1 BGB** , Breslau, 1934.
Weber Rolf H.	:**Berner Kommentar, Bd. VI/1/4, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligationen Art. 68-96 OR**, 2. Aufl. , Stämpfli, 2005. (**BernerK/Weber**)
Weiler Frank	: **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl, 2016.
Weintraud, Gerhard	:**Die Saldotheorie**, Breslau, 1931.
Werner Levi	:**Entstehung, Erfüllung und Nichterfüllung des Gesellschaftsvertrages nach den allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts**, Freiburg, 1934.
Wolf Ernst	**:Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil**, Berlin, 1978.

Wolff, Christian	:**Ius Naturae, Bd. III**, Halle 1743, §827, s. 579 (**HistorischK/ Pennitz**, §§320-322, N.14'den naklen)
Wolfgang Wiegand,	:"**Vorleistungpflicht, Art.82 OR, BGE 127 III 199 ff**", ZBJV, 139/2003, s. 825-827.
Yalçınduran, Türker	:**Vekalet Sözleşmesinde Ücret**, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2007.
Yıldız, Mustafa Göktürk	:**Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları**, (yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2017.
Yüce Melek Bilgin,	:**Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı**, Vedat, İstanbul, 2015.
Yücedağ, Nafiye	:**Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı-TBK ve CISG uyarınca-**, On iki levha, İstanbul, 2018, s. 267.
Zimmermann, Herbert	:**Leistung Zug um Zug bei gegenseitigen Verträgen**, Marburg, 1933.
Zobl, Dieter	: **Berner Kommentar Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB, mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907- 915) Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte**, 2. Aufl., 1996, Bern, 1996. (BernerK/ Zobl, ilgili madde)
Zoller, Edgar	:**Vorleistungspflicht und AGB-Gesetz**, Heildelberg, 1986.
Zöllner Wolfgang / Loritz, Karl-Georg / Hergenröder, Curt Wolfgang	: **Arbeitsrecht**, 7. Aufl., 2015.
Zwanzger, Michael	:**Der mehrseitige Vertrag**, Tübingen, 2013.

ÖZGEÇMİŞ

1. Genel

Düzenleme Tarihi:	11.10.2018

Unvanı Adı Soyadı :	Araştırma Görevlisi Cüneyt PEKMEZ		
Yazışma Adresi:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Enst. Beyazıt/İSTANBUL		
Doğum Tarihi ve Yeri:	01.01.1988 / KİLİS		
Tel:	0212 440 00 00/ 10851	**GSM:**	05062445566
E-Posta:	cuneytpekmez@hotmail.com	**Faks:**	0212 440 01 22

2. Eğitim

Öğrenim Dönemi	Derece (*)	Üniversite	Öğrenim Alanı
2009-2012	Yüksek Lisans	İstanbul Üniversitesi	**Özel Hukuk**
2005-2009	Lisans	İstanbul Üniversitesi	**Hukuk**

3. Yüksek Lisans tezi

Yüksek Lisans Tezinin Başlığı	Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu
Yüksek Lisans Danışmanının Adı Soyadı	Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN

4. Yayınlar

Yazarlar	Makale Başlığı	Dergi	Cilt / Sayfa / Sayı	Tarih
Cüneyt PEKMEZ	Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi	1/ 523-565/20	Ocak/2015
Cüneyt PEKMEZ	Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Borca Aykırılıktan Doğan Kusursuz Sorumluluğa Genel Bakış	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi	1/ 489-522/ 21	Nisan/2015
Cüneyt PEKMEZ	Alman Karayolları Trafik Kanunu (StVG)'nda 20. 06. 2017 'de yapılan değişiklikler çerçevesinde Türk/ İsviçre Hukuku 'nda araçların otonomlaştırıl-masının işletenin sorumluluğuna etkisi	İÜHFM	Hakem Atama Aşamasında	Aralık/2018
Cüneyt PEKMEZ	"Kısa Süreli Kira Sözleşmelerinin Uyarlanmasının 30.10.2002 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığı Altında Değerlendirilmesi",	Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan,	ss. 250-260	2015
Yazarlar	**Kitap Adı**	**Yayım evi**	**Yayım Yeri**	**Tarih**
Cüneyt PEKMEZ	Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu	On İki Levha	İstanbul	2013