

**İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ  
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ  
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**ÖDEMEZLİK DEF'İ**

**Ezgi AKSU  
117613022**

**Prof. Dr. Mehmet Murat İNCEOĞLU**

**İSTANBUL**

**2021**

## **Ödemezlilik Def'i**

### **The Defence of Non – Performance**

**Ezgi AKSU**

**117613022**

**Tez Danışmanı : Prof. Dr. Mehmet Murat İNCEOĞLU** (İmza) .....  
İstanbul Bilgi Üniversitesi

**Jüri Üyeleri : Dr. Öğr. Üyesi Nilgün BAŞALP YILDIRIM** (İmza) .....  
İstanbul Bilgi Üniversitesi

**Doç. Dr. Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU** (İmza) .....  
Maltepe Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih : 30.06.2021

Toplam Sayfa Sayısı : 109

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

1) karşılıklı edim

1) mutual performance

2) iki tarafa borç yükleyen sözleşme

2) synallagmatic contract

3) kaçınma hakkı

3) avoidance provision

4) aynı anda ifa

4) concurrent performance

5) def'i

5) exception

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER .....	İİİ
KISALTMALAR .....	VI
ABSTRACT .....	VIII
ÖZET .....	IX
GİRİŞ .....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### GENEL OLARAK ÖDEMEZLİK DEF'İ

1.1. Def'i Kavramı .....	3
1.2. Ödemezlilik Def'i Kavramının Tarihsel Gelişimi .....	7
1.2.1. Roma Döneminde .....	7
1.2.2. Ortaçağda .....	8
1.2.3. Müşterek Hukukta .....	9
1.3. Ödemezlilik Def'inin TBK'da Düzenleniş Tarzı .....	10
1.4. Ödemezlilik Def'inin Mukayeseli Hukuktaki Yeri .....	11
1.5. Ödemezlilik Def'inin Özel Hukukta Uyumlaştırma Metinlerindeki Görünümü .....	14
1.6. Ödemezlilik Def'inin Hukuki Niteliği ve İşlevi .....	17
1.6.1. Ödemezlilik Def'inin Hukuki Niteliği .....	17
1.6.2. Ödemezlilik Def'inin İşlevi .....	23
1.7. Ödemezlilik Def'inin Benzer Kavramlar İle Farkları .....	23
1.7.1. Ödemezlilik Def'inin Takas ile Farkları .....	23
1.7.2. Ödemezlilik Def'i ile Alıkoyma Hakkının Farkları .....	24
1.7.3. TBK m. 98'deki Düzenlemenin Def'iden Farkları .....	25

### İKİNCİ BÖLÜM

#### ÖDEMEZLİK DEF'İNİN ŞARTLARI

2.1. Karşılıklı Bir Sözleşmenin Olması .....	27
2.2. Edimler Arasında Karşılık (Synallagma) İlişkisinin Olması .....	31

2.3.	Edimlerin Mevcut ve Muaccel Olması .....	36
2.4.	Taraflardan Birinin Önce İfa Yükümlülüğünün Bulunmaması .....	39
2.5.	Karşı Edimin Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemiş ya da İfasının Teklif Edilmemiş Olması .....	42

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ÖDEMEZLİK DEF'İNİN UYGULAMA ALANI

3.1.	Genel Olarak .....	44
3.2.	Satış Sözleşmesinde .....	44
3.3.	Bağışlama Sözleşmesinde .....	47
3.4.	Kira Sözleşmesinde .....	49
3.4.1.	Genel Olarak .....	49
3.4.2.	Kira Sözleşmesi'nde Ayıp Hükümleri .....	50
3.4.3.	Covid-19'un Ödemezlilik Def'i Açısından Kira Sözleşmelerine Etkisi .....	54
3.5.	Eser Sözleşmesinde .....	56
3.5.1.	Genel Olarak .....	56
3.5.2.	Eser Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk .....	58
3.6.	Vekalet Sözleşmesinde .....	60
3.7.	Saklama (Vedia) ve Ödünç Sözleşmelerinde .....	62
3.7.1.	Saklama (Vedia) Sözleşmeleri .....	62
3.7.2.	Tüketim Ödünç Sözleşmesi .....	63
3.8.	Hizmet veya İş Sözleşmelerinde .....	64
3.9.	Adi Ortaklık Sözleşmesinde .....	66

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### ÖDEMEZLİK DEF'İNDE ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

4.1.	Alacağın Devrinde .....	69
4.2.	Borcun Dış Üstlenilmesinde .....	69
4.3.	Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede .....	70
4.4.	Sözleşmenin Devrinde .....	71

4.5.	Birden Çok Borçlu Olması Durumunda .....	72
4.6.	Birden Çok Alacaklı Olması Halinde .....	72
4.7.	Edimin Sürekli veya Dönemlik Olmasının Etkileri .....	73

## BEŞİNCİ BÖLÜM

### ÖDEMEZLİK DEF'İNİN İLERİ SÜRÜLMESİ VE SONUÇLARI

5.1.	Ödemezlik Def'inin İleri Sürülmesi .....	77
5.1.1.	Genel Olarak .....	77
5.1.2.	Ödemezlik Def'inin İleri Sürülmesinde İspat Külfeti .....	79
5.2.	Ödemezlik Def'inin İleri Sürülmesinin Sonuçları .....	81
5.2.1.	Ödemezlik Def'inin İleri Sürülmesinin Zamanaşımı Üzerindeki Sonuçları .....	81
5.2.2.	Ödemezlik Def'inin İleri Sürülmesinin Borçlu Temerrüdü Üzerindeki Etkisi .....	83
5.2.3.	Ödemezlik Def'inin Davada İleri Sürülmesi ve Mahkeme Kararları .....	86
SONUÇ .....		91
KAYNAKÇA .....		95

## KISALTMALAR

BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	: Bakınız
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
C.	: Cilt
CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması)
DCFR	: Draft Common Frame of Reference (Avrupa Hukuku İlkeler, Tanımları ve Model Kuralları Ortak Çerçeve Referans Taslağı)
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
eBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
H.D.	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	: 1241 sayılı İcra İflas Kanunu
İK	: 4857 sayılı İş Kanunu
K.	: Karar Sayısı
m.	: Madde
MUIİHD	: Medeni Usul İcra İflas Hukuk Dergisi
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
Par.	: Paragraf
PECL	: Principles of European Contract Law (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri)
PICC	: Principles of International Commercial Contracts (Milletlerarası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak İlkeler)
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBB Dergisi	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi

T.C. : Türkiye Cumhuriyeti  
TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu  
TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu  
vb. : Ve benzeri  
vd. : Ve devamı

## ABSTRACT

The defence of non – performance that is included in the second section, first distinction of the Turkish Code of Obligations (TCO) under the title of synallagmatic contract in article 97 titled order in performance. Although the statement of the defence of non performance is not mentioned in the article, it is referred to as the defence of non – performance of obligation / the defence of non – performance/ *exceptio non adimpleti contractus* in the doctrine.

The defence of non – performance cannot be asserted in every contractual relation. Certain conditions are sought in order to be able to assert the defence of non – performance. Accordingly, in mutual contracts, if one of the parties is not obliged to perform first, performances are mutual and due and failure to tender performance or perform by the other party, the defence of non – performance will provide the right to refrain from the performance of the contract.

In the first part of this study, the notion of exception, the history development of the defence of non – performance, the way of regulated in TCO, its place in comparative law and its appearance in international law, legal characteristic and function and lastly comparison with similar concepts such as objection, barter and so on are included. In the second part, the conditions of the defence of non performance are arranged. In the third part, in order to convey how the defence of non – payment implement in practical life, the implementation area in typical contracts especially sales and lease agreements and the effects of Covid-19 on contracts are examined. In the forth part, specifical statuses such as the transfer of the receivable, assumption of debt, contract for benefit of third person are discussed. Finally, in the fifth chapter assertion of the defence of non – performance and the results of the assertion of the defence of non – performance are examined.

**Key Words:** mutual performance, synallagmatic contract, avoidance provision, concurrent performance



## ÖZET

Ödemezlik def'i, TBK'da ikinci bölüm, birinci ayırım altında, "Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde" kenar başlığı altında "İfada Sıra" başlıklı 97. maddede düzenlenmektedir. Her ne kadar madde lafzında ödemezlik def'i ifadesi geçmese de doktrinde akdin ifa edilmediği def'i / ödemezlik def'i/ exceptio non adimpleti contractus olarak anılmaktadır.

Ödemezlik def'i, her sözleşme ilişkisinde ileri sürülemeyecek olup ileri sürülebilmesi için belirli şartlar aranmaktadır. Buna göre, ödemezlik def'i iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan birinin önce ifa yükümlüsü olmaması, edimlerin karşılıklı ve muaccel olması, karşı tarafça edimin ifa teklifinin veya ifasının gerçekleştirilmesinin sağlanması halinde bir tarafa edimin ifasından kaçınma hakkını sağlamaktadır.

Çalışmanın birinci bölümünde def'i kavramı, ödemezlik def'inin tarihi gelişimi, TBK'da düzenleniş tarzı, mukayeseli hukuktaki yeri ve uluslararası hukuktaki görünümü, hukuki niteliği ile işlevi ve son olarak def'i kavramının benzer kavramlarla karşılaştırılmasına yer verilmiştir. İkinci bölümde ise ödemezlik def'inin şartları, üçüncü bölümde ödemezlik def'inin pratik yaşamda nasıl uygulandığını aktarabilmek adına satış, kira başta olmak üzere tipik sözleşmelerdeki uygulama alanı ve Covid-19'un sözleşmelere etkileri incelenmiştir. Dördüncü bölümde ise ödemezlik def'inin alacağın devri, borcun dış üstlenilmesi, üçüncü kişi yararına sözleşme gibi özellik arz ettiği durumlar ele alınmıştır. Son olarak beşinci bölümde ise ödemezlik def'inin ileri sürülmesi ve ileri sürülmesi halinde ortaya çıkan sonuçlar incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** karşılıklı edim, iki tarafa borç yükleyen sözleşme, kaçınma hakkı, aynı anda ifa, def'i

## GİRİŞ

TBK m. 97'ye göre, edim ve karşı edimin karşılıklı olduğu iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan birinin önce ifa yükümlülüğü bulunmaması halinde, alacaklı kendi ediminin ifa teklifini veya ifasını gerçekleştirmiş olmadıkça borçluyu da edimin ifasına zorlayamayacaktır. Zira borçlu bu durumda ödemezlik def'i ileri sürerek edimin ifasından kaçınabilecektir. Ancak ödemezlik def'i ileri sürerek ifadan kaçınan tarafın amacının sözleşmeye olan bağlılığını sona erdirmek olduğu söylenemez. Zira def'iyi ileri süren taraf sadece ediminin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ifa edilmesini güvence altına almayı değil aynı zamanda taahhüt edilen ediminin de bir an önce yerine getirilmesi konusunda karşı tarafa baskı yapmayı düşünmektedir. Bu durum tezimizde ödemezlik def'inin tarihi gelişimi kısmında görebileceğiniz üzere onu eski zamanlardan beri hem günlük yaşamın hem de ticari hayatın vazgeçilmez bir unsuru yapmaktadır.

Çalışmamın birinci bölümünde def'i kavramının Türk, İsviçre ve Alman hukuklarındaki görünümüne, ödemezlik def'inin Roma döneminde, ortaçağda, müşterek hukuktaki tarihsel gelişimine, eBK ve TBK'da, BGB ve OR'da düzenleniş tarzına, uluslararası hukuktaki görünümünün PECL, DCFR, PICC, CISG kapsamında incelemesine, hukuki niteliği ile işlevine ve son olarak def'i kavramının itiraz, takas, alıkoyma hakkı ve TBK m. 98 ile farklarına yer verilmiştir. İkinci bölümde ise ödemezlik def'inin şartları incelenmiş olup bu bölüm altında özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, edimler arasındaki sinallagma ilişkisi, edimlerin muacceliyeti, sözleşmelerde önce ifa yükümlülüğü kavramları üzerinde durulmuştur.

Bu şartlardan özellikle edim ile karşı edim arasındaki sinallagma ilişkisinin önemine dikkat çekmek isteriz. Zira çalışmamızda da detaylı olarak aktardığımız üzere ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi için karşılıklı bir sözleşmenin varlığı yeterli olmamakta aynı zamanda edim ile karşı edim arasında da değişim ilişkisinin varlığı aranmaktadır. Bu sinallagma ilişkisi ise edimlerin doğumunda

genetik bağıllık, edimlerin devamlılığında kondisyonel bağıllık, karşı edimin temini aşamasında ise fonksiyonel bağıllık olarak ortaya çıkmaktadır.

Üçüncü bölümde ödemezlik def'inin uygulama alanına yer verilmiş olup bu durum tipik sözleşmeler açısından incelenmiştir. Bu kapsamda, ödemezlik def'inin satış, bağışlama, kira, eser, vekalet, saklama, tüketim ödücü sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, adi ortaklık sözleşmelerinde ileri sürülmesi durumunda ne gibi durumların ortaya çıkabileceği anlatılmıştır. Bununla birlikte satış, kira ve eser sözleşmelerinde ayıplı ifa durumunda ödemezlik def'inin ileri sürülmesi açısından özellik arz eden durumlara yer verilmiştir. Aynı zamanda etkileri dünyada halihazırda devam eden Covid -19 pandemisinin sözleşmelere etkisi ve bu etkinin ödemezlik def'i açısından değerlendirmesi yapılmaya çalışılmıştır.

Dördüncü bölümde ise ödemezlik def'inin alacağın devri, borcun dış üstlenilmesi, üçüncü kişi yararına sözleşme, sözleşmenin devri, birden çok borçlu ve alacaklı olması, edimin sürekli ya da dönemlik olması gibi durumlarda ileri sürülmesi halinde özellik arz eden durumlar ele alınmıştır.

Son olarak beşinci bölümde ise ödemezlik def'inin ileri sürülmesinde ispat külfeti, ileri sürülmesinin zamanaşımı üzerindeki etkileri, borçlu temerrüdü üzerindeki etkileri ve ileri sürülmesi halinde mahkemenin verebileceği kararlar, Yargıtay kararlarından örneklerle incelenmiştir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### GENEL OLARAK ÖDEMEZLİK DEF'İ

#### 1.1. Def'i Kavramı

Def'i kavramının Türk hukukunda tanımı bulunmamaktadır. Benzer şekilde Alman ve İsviçre hukuklarında da def'i tanımı yer almamaktadır. Ancak kavrama ilişkin olarak büyük oranda yeknesaklık sağlanmıştır<sup>1</sup>. Genel itibariyle def'iyi, borçlunun, borçlandığı edimi kendisine kanun ya da sözleşmeyle tanınmış özel bir nedene dayanarak ifa etmekten kaçınma hakkına sahip olması<sup>2</sup> şeklinde tanımlayabiliriz.

Def'i hakkının mevcut olabilmesi için def'i hakkı sahibine karşı kullanılacak başka bir hakkın daha bulunması gerekmektedir. Böylece bu hakka sahip olan borçlu, alacaklı tarafından edimin yerine getirilmesi talep edildiğinde bunu reddetme, geçici veya sürekli olarak kaçınma hakkına sahip olur. Bu tür def'ilere “dar anlamda” veya “teknik anlamda def'i” denir. Özetle, dar anlamıyla def'i hakkı, borçlunun özel bir nedene dayanarak borçlanılan edimi ifa etmekten kaçınma hakkıdır. Geniş anlamda def'i hakkı ise itiraz hakkını da içine alacak şekilde tanımlanmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda def'i kavramı def'i ve itiraz sınıflandırmasına tabi olmaksızın çoğunlukla geniş anlamıyla kullanılmıştır<sup>3</sup>. Def'i ve itiraz kavramlarının benzer ve farklı yönlerine bakmak gerekirse geniş anlamda def'i kavramı sadece bir hakkın ileri sürülmesi değil aynı zamanda bir olayın da (vakıa) ileri sürülmesidir<sup>4</sup>. Def'i borçlu lehine tanınmış bir

---

<sup>1</sup> Çukadar, Neslihan, Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014 s.19 (“Çukadar, Neslihan”).

<sup>2</sup> Çukadar, Neslihan, s. 20.

<sup>3</sup> Eren, Borçlar Genel, s.72.; Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, 24. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018 s. 329 vd. Aynı yönde bkz. Çukadar, Neslihan, s. 32;

<sup>4</sup> İnan, s. 43; Tekinay, Selahattin, Sulhi, Borçlar Hukuku, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1971 (“Tekinay, Borçlar”) s. 15; Abdülkerim, Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Monopol Yayınları, 3 Baskı, İstanbul (“Yıldırım”), s. 20.

yükümlülük değil bir haktır, bir savunma aracıdır. Def'i ileri sürecek olan kişi bu hakkından tek taraflı irade beyanı ile vazgeçebilir ya da def'i hakkını kullanmış olmasına rağmen edimini ifa edebilir. Ancak itiraz bir vakıa olduğu için bundan beyan ile vazgeçmek mümkün değildir. Çünkü olaylar tek taraflı irade beyanı ile ortadan kalkmazlar<sup>5</sup>. Def'i bir hak olduğu için sadece hak sahibi tarafından ileri sürülebilecekken, itiraz menfaati olan herkesçe ileri sürülebilecektir<sup>6</sup>. Def'i, hakkı sona erdirmemekte, onu sadece geçici veya sürekli olarak engellemektedir<sup>7</sup>. Esasen def'i hakkını kullanan kişi sözleşme ilişkisini sona erdirmek istememektedir. Ancak itiraz bir hakkın doğmadığını ya da sona ermiş olduğunu göstermektedir<sup>8</sup>. Def'i ile itiraz arasında en büyük farkın itirazın hakim tarafından re'sen dikkate alınması def'inin ise ilgilisi tarafından ileri sürülmesi olduğunu söyleyebiliriz. Hakim borçluya tanınan bir hakka, borçlunun iradesine etki etme hakkına sahip değildir<sup>9</sup>.

Def'i hakları düzenleme haklarından olup maddi hukuka aittir<sup>10</sup>. Doktrinde düzenleme hakları ayrıca *karşı haklar* olarak da anılmaktadır. Karşı haklar hak sahibine bir 3. kişi tarafından ileri sürülen bir hakkı belli oranda etkisiz kılma, sonuçlarını belli oranda veya tamamen sınırlama, engelleme veya ortadan kaldırma hakkı veren haklardır<sup>11</sup>.

Karşı hakların doktrinde en bilinen türü bir borcun ifasından kaçınma hakkı olarak da bilinen def'i hakkıdır<sup>12</sup>.

---

<sup>5</sup> Eren, Borçlar Genel, s.76; Çukadar, Neslihan, s. 41.

<sup>6</sup> Eren, Borçlar Genel, s.76.

<sup>7</sup> Eren, Borçlar Genel, s.76.

<sup>8</sup> Eren, Borçlar Genel, s.76; İnan, s. 43 – 44.

<sup>9</sup> Çukadar, Neslihan, s. 48; İnan s. 43; Yıldırım s. 20.

<sup>10</sup> Düzenleme hakları tali (ikincil) haklardır. Sahiplerine üçüncü kişilerle hukuki ilişkilerini düzenleme, onlara belirli bir şekil verme yetkisi tanımaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel hükümler, 20. Baskı, Ankara, Yetkin yayınları, 2016, ("Eren, Borçlar Genel") s.61, 72.

<sup>11</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 71.

<sup>12</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 72.

Yenilik doğuran haklar da düzenleme hakkının bir türüdür<sup>13</sup>. Doktrinde, def'i hakkının yenilik doğuran bir hak olup olmadığı tartışmalıdır<sup>14</sup>. Bir görüşe göre<sup>15</sup> def'i hakkı, tek taraflı hukuki sonuç doğurması ve bir hak olması sebebiyle yenilik doğuran hakların bir çeşidi olarak kabul edilmektedir. Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüş ise yenilik doğuran hakların kullanılmakla sona ermesi, kullanıldığı zaman da ne feragat, ne de karşılıklı bir anlaşma ile geri alınmasının mümkün olmaması sebebiyle yenilik doğuran haklar nitelemesinin yerinde olmayacağı yönündedir<sup>16</sup>.

Türk ve İsviçre hukukunda def'i ve itiraz kavramlarının tanımları yer almadığı gibi savunmalar da def'i ve itiraz şeklinde açık bir sınıflandırmaya tabi tutulmamıştır<sup>17</sup>. Hem Türk hem İsviçre hukukunda taraf savunmalarına verilen yetkinin itiraz değil def'i olduğuna yönelik hakim görüş mevcuttur<sup>18</sup>.

TBK'da açık bir sınıflandırmaya tabi tutulmayan ama teknik anlamda def'i olan hükümlere örnek olarak, haksız fiil def'inin düzenlendiği 72/2. madde, sebepsiz zenginleşme def'inin düzenlendiği 82/2. madde, tezimizin de konusu olan ödemelik def'inin düzenlendiği 97. madde, ödeme güçsüzlüğünden doğan

---

<sup>13</sup> Eren, Borçlar Genel, s.72; Tekinay, Borçlar, s. 15

<sup>14</sup> Canbolat, Ferhat, Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları, EÜHFD, C. III, Kayseri, 2008, s. 256 ("Canbolat, Ferhat") s. 257; Detaylı bilgi için bkz. Demirbaş, Harun, Yenilik Doğuran Haklar, Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2006, s. 21, 22.

<sup>15</sup> Canbolat, Ferhat, s. 257.

<sup>16</sup> Eren, Borçlar Genel, s.72; Çukadar Neslihan s. 19 vd.; Canbolat, Ferhat s.257; Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, C.I, 5. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972, ("Tunçomağ") s. 35; İnan, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1979, ("İnan") s. 43; Serozan, Rona Sözleşmeden Dönme, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., 1975 ("Rona, Sözleşmeden Dönme") s.53.

<sup>17</sup> Schaller, Jean - Marc, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Zürich, Dike Verlag AG, 2010 ("Schaller"), Schaller s. 4 (Çukadar, Neslihan s. 32'den naklen).

<sup>18</sup> Oğuzman, M. Kemal /Öz, M. Turgut Borçlar Hukuku C. II., 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020 ("Oğuzman/Öz, cilt-II") s. 356 vd; Serozan İfa Engelleri s. 64 vd.; Kaniti s. 33vd.; Eren Borçlar Genel, s. 1008; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop s. 827 vd.

def'inin düzenlendiği 98. madde, zamanaşımın düzenlendiği 161. madde, bağışlamanın düzenlendiği 296. madde verilebilir<sup>19</sup>.

TBK'da def'i ve itiraz ayırımı gözetilmeden ikisinin de birlikte kullanıldığı hükümlere örnek olarak borçluların savunmalarının düzenlendiği TBK m.164, def'i ve itiraz kavramı ayırımına yer verilmeyen borcun üstlenilmesindeki savunmaların düzenlendiği TBK m.199, def'i ifadesinin itirazları da kapsayacak şekilde kullanımına örnek olarak kefilin def'i ve rücu hakkının düzenlendiği 591. madde, satış sözleşmesinde ayıptan sorumluluğun düzenlendiği TBK m. 231, kıymetli evrak hukukunda borçlunun def'ilerinin düzenlendiği TTK m. 659. maddeleri verilebilir.

İsviçre Borçlar Kanunu madde 18/2'de muvazaa, def'i olarak değerlendirilmiştir. Borçlunun alacağı yazılı bir borç ikrarına güvenerek elde etmiş olan kişiye karşı muvazaa def'i ileri süremeyeceği düzenlenmiştir<sup>20</sup>. Sözleşmelerin yorumu ve muvazaalı işlemler başlıklı TBK m. 19/2'de ise kanun koyucu muvazaayı ne itiraz olarak da ne de def'i olarak nitelendirmemiştir.

Alman hukuk düzeninde de İsviçre ve Türk hukuk düzeninde olduğu gibi def'i ve itiraz kavramlarının tanımı mevcut değildir<sup>21</sup>. Alman Medeni Kanunu'nda madde lafzından def'i nitelendirilmesinin açıkça anlaşıldığı defilere örnek olarak, BGB 320'de ödemezlik def'i, BGB 321'de teminat verilmemesine ilişkin def'i, BGB 519'da bağışlayanın sahip olduğu zorunluluk hali def'i, BGB 853'de haksız fiil def'i düzenlenmiştir<sup>22</sup>. Ancak sağlararası işlem eliyle ölüme bağlı kazandırmaların düzenlendiği BGB 334'te, alacağın temlikinde borçlunun itirazları temlik alana karşı ileri sürebileceğinin düzenlendiği 404'te, 417. paragrafta ve 774. paragrafta itiraz ibareleri def'iyi de kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmıştır. Bu

---

<sup>19</sup> Çukadar, Neslihan, s. 32; Eren, Borçlar Genel, s. 72.

<sup>20</sup> Çukadar, Neslihan, s. 33.

<sup>21</sup> Çukadar, Neslihan, s. 19.

<sup>22</sup> Çukadar, Neslihan, s. 34.

sebeple def'i ve itiraz arasındaki terminoloji farkının gözetilmeden düzenlendiği hükümlerin de mevcut olduğunu söylemek mümkündür<sup>23</sup>.

Kaanatimizce, Türk, Alman ve İsviçre hukuk sistemlerini karşılaştırdığımızda, her ne kadar BGB'de def'i ve itiraz farkının daha çok gözetildiği anlaşılıyor olsa da her üç hukuk sisteminde de terminolojik olarak def'i ve itiraz kavramlarının birbirleri yerine kullanıldığı ve kesin bir ayrıma varılmadığını belirtmek yerinde olacaktır.

## 1.2. Ödemezlik Def'i Kavramının Tarihsel Gelişimi

### 1.2.1. Roma Döneminde

Ödemezlik def'i kavramı Roma hukukunda ayrı bir kurum olarak düzenlenmemiştir. Roma hukukunda “*exceptio non adimpleti contractus*” terimine rastlanmamaktadır. Başlangıçta Roma hukukunda rızai alım satım akdinden doğan borçlar birbirinden bağımsız sayılmışlardır. Roma'da, Cumhuriyet devrinin son zamanlarında taraflardan birinin ifaya zorlanması karşı edimin yerine getirilmesine veya teklifine bağlı olarak düzenlenmemiştir. Bu durum eski hukuk anlayışına uygun olarak taleplerin kısa sürede karşılanması sağlamak ve muhtemel suistimalleri de önlemektedir. Ancak daha sonra klasik hukuk döneminde konuyla ilgili düzenlemeye gidilerek, karşı edimi henüz almamış olan tarafa borcunu yerine getirmekten kaçınma (def'i) hakkı tanınmıştır<sup>24</sup>.

Def'i kavramı, Roma hukukunda *exceptio* olarak ifade edilmekteydi. Roma'da usul hukukukendi içinde iki usula ayrılır; bunlardan biri *legis actio*'lar usulu diğeri ise *formula* usulüdür<sup>25</sup>. *Exceptio*, davalının başvurabileceği ve formula usulünde

---

<sup>23</sup> Seelig, Horst, Die Prozessuale Behandlung materiellrechtlicher Einreden, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1980 s. 44 (“Seelig”) Seelig, s. 6 (Çukadar, Neslihan s. 34'ten naklen).

<sup>24</sup> Salamon, Kaniti, Akdin İfa Edilemediği Def'i, Ahmet Said Matbaası, İstanbul, 1962 s. 5, 6 (“Kaniti”).

<sup>25</sup> Tahiroğlu, Bülent/Erdoğan, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, 8. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 234, (“Tahiroğlu, Erdoğan”).



uygulanan bir savunma vasıtasıdır<sup>26</sup>. Formula usulünde davacının iddialarını dinleyen davalı; (i) davacının iddialarını kabul edebilirdi, (ii) davalı davacının iddialarını inkar edebilirdi, (iii) davacının iddialarına karşı *exceptio (def'i)* ileri sürebilirdi. Bu son durumda davalının ileri sürdüğü *def'i*yi ispatlamak zorunluluğu bulunmaktaydı veya (iv) davalı pasif bir tutum içerisine girebilir *indefensus* (kendini savunmayan) sayılabılırdi<sup>27</sup>. Roma hukukunda *exceptionum* amacı davacının iddiasını inkar etmek değil, iddianın sonuçlarını ortadan kaldıran ayrı bir olayı ileri sürmektir. *Def'i* yargı sürecinde adeta hakime bir istisna yapma emri ve yetkisi tanıyan bir bölümdü<sup>28</sup>.

### 1.2.2. Ortaçağda

Ortaçağ'da kilise hukukçuları Roma hukukundaki şekilcilikten ayrılarak iradeye daha çok önem vermişlerdir. İradelerin birleşmesinin tarafları bağlayacağını kabul etmişlerdir. Kilise hukukçuları, akitlerde bir taraf vaadini bozarsa diğer taraf da vaadi ile bağlı değildir ("*frangenti fidem, fides frangentur eidem*") zımni şartı ile hareket etmişlerdir. Ancak kilise hukukçuları karşılıklı sözleşmelerle diğer iki taraflı sözleşmeleri ayırt edememişler *exceptio non adimpleti contractus* bütün iki taraflı sözleşmelere uygulamışlardır<sup>29</sup>.

Glossatorlar karşılıklı borçlar ve sonuçları arasındaki ilişkiye ilişkin bir kural belirleyememiş ve ödemezlik *def'ine* ilişkin bir araştırmaları bulunmuyor olsa da Postglossatorlar bir takım sistematik sonuçlar ortaya çıkarmışlardır<sup>30</sup>. En önemlilerinde biri olan Bartolus'un ünlü formülüne bakmak isabetli olacaktır. Formüle göre, *ultra citroque obligatorio* sözleşmelerde ancak sözleşmenin

---

<sup>26</sup> Çukadar, Neslihan s. 23; Tahiroğlu, Bülent/ Erdoğmuş, Bilgin, Rma Usul Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s. 25.

<sup>27</sup> Tahiroğlu, Erdoğmuş, s. 245, 256.

<sup>28</sup> Tahiroğlu, Erdoğmuş, s. 251.

<sup>29</sup> Kaniti, s. 7.

<sup>30</sup> Kaniti, s. 7.

kendisine yüklediği yükümlülüğü ifa etmiş kimsenin ifayı talep edebileceği düzenlenmiştir<sup>31</sup>. Böylece ödemezlik def'inin ileri sürülebilirliği sadece *ultra citroque obligatorio* sözleşmelerle yani Bartolus'un belirtmiş olduğu rızai akitlerle sınırlandırılmıştır. Daha sonra Postglossatorlar def'iyi eksik iki taraflı akitlere de uygulamışlardır<sup>32</sup>.

### 1.2.3. Müşterek Hukukta

Ödemezlik Def'i kavramı pandekt hukukçuları<sup>33</sup> tarafından geliştirilmiştir. Müşterek hukukta 16. yüzyılın başında ödemezlik def'i için "exceptio implementi" veya "exceptio non implementi" terimleri kullanılmıştır. Ancak müşterek hukukta, karşılıklı sözleşmeler ve "exceptio non adimpleti contractus" konusunda fikir birliği bulunmamaktadır<sup>34</sup>.

Ödemezlik def'inde ispat yükünün kimin üzerinde olduğuna ilişkin tartışmalar da bulunmaktadır. Bir görüş def'iyi ileri süren tarafın ispat yükü olmadığını, aksine diğer tarafın karşı edimi ifa veya ifa teklifini ispat yükü olduğunu ileri sürmekteydi. Diğer görüş ise ödemezlik def'inin edimin ifasının ya da ifa teklifinin yapılmamasına yani menfi bir duruma dayanması sebebiyle ifayı ileri sürenin ispat yükü altında olduğunu ileri sürmekteydi. Ancak daha sonra def'iyeye dayanan kimsenin menfi bir durum olsa bile ispat yükü altında olmadığı bütün def'ilerde olduğu gibi ispat yükünün karşı tarafa yani davalıya düştüğü hususunda fikir birliği sağlanmıştır<sup>35</sup>. Bu kapsamda 18. yüzyılda karşı edimin ifasının veya en azından ifa teklifinin var olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Ancak bu

---

<sup>31</sup> Kaniti, s. 8. *Ultra citroque* akitler: *emptio venditio*, *locatio conductio* ve *societas* olup söz konusu akitler Labeo'nun bir metninde belirtildiği ifade edilmiştir.

<sup>32</sup> Kaniti, s. 8.

<sup>33</sup> Pandekt hukuku, 12. yüzyıldan 19. yüzyıla kadar diğer bir deyişle Batı Avrupa ülkelerince kanunlaştırma hareketlerine kadar, tamamlayıcı hukuk olarak yürürlükte bulunan hukuktur.

<sup>34</sup> Kaniti, s.8.

<sup>35</sup> Kaniti, s.9.

durumda da ödemezlik def'i, gerçek anlamda bir def'i sayılamazdı çünkü dava temelini yetersizliği görüşü kabul edilmiştir<sup>36</sup>.

### 1.3. Ödemezlik Def'inin TBK'da Düzenleniş Tarzı

818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nda ("eBK") def'i ve itiraz kavramlarının terminolojik farkları gözetilmeden düzenlenmişti<sup>37</sup>. eBK'da ödemezlik def'i "ifanın tarzı" başlıklı 81. madde de düzenlenmiş olup ilgili madde, "*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 amir bulunmaktadır.

TBK'da ise ödemezlik def'i, Kanun'un Borç İlişkisinin Hükümleri başlıklı ikinci bölümünde, Borçların İfası başlıklı birinci ayrımında, Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerin altında "İfada Sıra" başlıklı 97. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu madde "*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*" hükmünü amirdir. Gerek eBK'nın düzenlemesinde gerekse TBK'nın düzenlemesinde OR madde 82'nin esas alındığını belirtmek isabetli olacaktır<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Detaylı bilgi için bkz. 1.7.1. numaralı başlık.

<sup>37</sup> Çukadar, Neslihan, s. 33.

<sup>38</sup> Pekmez, Cüneyt, Borcun İfa Edilmediği Def'i (Ödemezlik Def'i), Yayınlanmış Doktora Tezi, T.C. İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2018, s. 24 ("Pekmez, Doktora Tezi").

İlgili hüküm TBK 97’de yeniden kaleme alınmış olsa da eBK’ya paralel olacak şekilde düzenlenmiştir. Madde de lafzi anlamda değişiklikler olsa da içeriğine ilişkin önemli bir değişiklik bulunmamaktadır<sup>39</sup>.

Kaanatimizce, TBK’da m. 97 anlamındaki yeniliğin, maddenin ele alınış biçiminin mehz kanuna yaklaşması olduğunu belirtmek mümkündür. Ayrıca TBK genelinde def’i ve itiraz kavramlarının madde lafızlarında terminolojik ayrımına dikkat edilerek kullanıldığını belirtmek gerekir. Örneğin, TBK’da borçluların savunmalarının düzenlendiği 164. madde, zamanaşımının düzenlendiği 231. madde, kefilin takibinin düzenlendiği 590. maddelerinde özellikle bu ayrıma dikkat edilmiştir. Ancak, bir diğer yandan, TBK’da 97. maddede ödemezlik def’i, 98. madde de ödeme güçsüzlüğünden doğan def’iler, TBK m. 161’de zamanaşımı def’i düzenlenmiş olsa da maalesef madde lafızlarında def’i ifadesi kullanılmamıştır.

#### 1.4. Ödemezlik Def’inin Mukayeseli Hukuktaki Yeri

Def’i kavramının Heerwart’tan<sup>40</sup> sonraki gelişimine Savigny ve Windscheid önemli katkı sağlamış olup, hem gelişimine olan katkıları hem de kavramın Alman Medeni Hukuku’nda da benimsenmesi sebebiyle 19. yüzyılın iki önemli hukukçusunun def’i ile ilgili olan görüşlerine değinmek yerinde olacaktır.

---

<sup>39</sup> TBK’nın gerekçesinde de bu husus “818 sayılı Borçlar Kanununun 81. maddesini karşılamaktadır. Tasarının tek fıkradan oluşan 96’ncı maddesinde, ifade sıra düzenlenmektedir. Öğreti ve uygulamada maddenin, “ödemezlik def’i”ne ilişkin olduğu bilinmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 81. maddesinin kenar başlığında kullanılan “VI. Mütakabil taahhüdatı ihtiva eden akitte / 1. İfanın tarzı” şeklindeki ibare, maddede ifa sırasının düzenlendiği göz önünde tutularak “VI. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde / 1. İfade sıra” şeklinde değiştirilmiştir. Maddede kullanılan “karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme” şeklindeki terim ile, tarafların edimlerinin karşılıklılık (sinallagma) ilişkisi içinde bulunduğu borçlar hukuku sözleşmeleri kastedilmektedir. Aynı terim, öğretilerde “tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme” olarak da ifade edilmektedir. Meselâ, satış, kira, hizmet, eser ve ölünceye kadar bakma, Tasarının 96 ncı maddesi anlamında, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdendir. Metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur.” ifadeleriyle belirtilmiştir.

<sup>40</sup> Heerwart’ın görüşleri için bkz. par.1.2.3.

*Friedrich Carl von Savigny*, 19. yüzyılın ikinci yarısında yazdığı *Modern Roma Hukuku Sistemi* adlı kitabında, davalının def'i ileri sürmesinin, etkileri ve sonuçları bakımından incelenmesi gerektiğine dikkat çekmiş, def'inin hakkı ortadan kaldıran etkisi ile hakkın kullanılmasına engel olan etkisini karşılaştırmıştır. Bu iki hususu birbirinden ayırarak ve def'i ile itiraz olarak belirlediği iki ayrı savunma imkanı üzerinde durmuştur. Ayrıca def'i'yi usul hukuku ve maddi hukuk arasında bir kurum olarak görmüştür<sup>41</sup>.

*Bernhard Windscheid* ise def'i ve itirazların talep üzerindeki farklı etkileri üzerinde değil def'ilerin ileri sürülmelerinin gerekliliği üzerinde durmuştur. Sürekli def'ilerin etki sorununu ele almış özellikle zamanaşımına uğramış talepler üzerindeki etkisini tartışmıştır. Bu minvalde, zamanaşımı def'i'nin sadece talebi engellemediği aynı zamanda asıl borcu da ortadan kaldırdığını ileri sürmüştür. Ayrıca Windscheid def'iyi maddi hukuka ait bir kurum olarak görmüştür<sup>42</sup>. Windscheid tarafından def'inin maddi hukuka ait bir kurum olarak tanınması Alman BGB'sini önemli ölçüde etkilemiştir<sup>43</sup>.

BGB'de ödemezlik def'ine 320. ve 322. paragraflarda yer verilmiştir. BGB m. 320/1'e göre karşılıklı bir sözleşme uyarınca borçlu olan kimse, karşı edim ifa edilinceye kadar, borçlandığı edimin ifasından kaçınabilir, meğer ki önce ifa zorunda olsun. BGB 320/2'de ise ödemezlik def'inin ileri sürülmesi dürüstlük kuralı ile sınırlandırılmış, nisbi önemsizliğinden dolayı karşı edimin ifasından kaçınmanın dürüstlük kuralına aykırı düştüğü ölçüde def'inin kullanılamayacağını hüküm altına almıştır<sup>44</sup>.

BGB 322/1'e göre ödemezlik def'inin ileri sürülmesi davanın reddini gerektirmeyecek olsa da edimlerin karşılıklı ve aynı anda ifa edilmesi yönünde hüküm kurulacaktır. BGB 322/2'de ise taraflardan birinin önce ifa borcu varsa,

---

<sup>41</sup> Roth, Herbert, *Die Einrede des Bürgerlichen Rechts*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1988 ("Roth") s. 25 (Çukadar, Neslihan s. 17'den naklen).

<sup>42</sup> Roth, s. 26 (Çukadar, Neslihan s. 17'den naklen).

<sup>43</sup> Pekmez, *Doktora Tezi*, s.18, dn. 63.

<sup>44</sup> Kaneti, s. 17.

onun edimi ifa edebilmesi, diğ er tarafın karşı edimi bakımından alacaklı temerrüdüne düşmüş olmasına bağlanmıştır<sup>45</sup>.

İsviçre Hukukunda ödemezlik def'i öncelikle 1866 tarihli Dresden Tasarısı'nda 153. madde de düzenlenmiştir, daha sonra bu tasarı 1869 tarihli Münzinger Tasarısı<sup>46</sup> ile revize edilmiştir. Bu iki revize İsviçre Borçlar Kanunu'nun bugünkü oluşumuna büyük katkı sağlamıştır. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda ödemezlik def'i düzenlenirken 1871 tarihli Münzinger tasarısı dikkate alınmıştır. 1871 tarihli Münzinger Tasarısı 132. maddesi "*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*" hükmünü amir bulunmaktadır<sup>47</sup>.

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu tekrar revize edilmiş olup son aşamada yürürlükte 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu bulunmaktadır. Söz konusu kanunun 82. maddesi "*İki taraflı sözleşmede diğerinden ifayı talep eden kişi, ya edimini daha önce ifa etmiş ya da ifasını teklif etmiş olmalıdır. Meğer ki sözleşmenin niteliğine veya içeriğine göre daha sonra ifa etmek zorunda olsun*" hükmünü amirdir<sup>48</sup>.

Kanaatimizce ödemezlik def'i kurumunun Alman BGB'sinde ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda birbirlerine paralel olarak düzenlendiğini söylemek mümkündür. Hem Alman BGB'sinde hem de OR'da def'inin, kaçınma hakkı olmasından çok karşı edimin ifa edilmiş olması hususu üzerinde durulmuştur. Ancak her iki kanunu da sadece madde lafızlarına göre değerlendirmemek hem kurumun tarihi gelişimini hem de ödemezlik def'inin hukuki niteliğini dikkate alarak def'i olarak nitelemek yerinde olacaktır.

---

<sup>45</sup> Kaniti, s. 17.

<sup>46</sup> Söz konusu kanun tasarısı 1869'da Prof. Walther Münzinger tarafından düzenlendikten sonra komisyona sunulmuştur. Tasarı komisyonun görüşleri ışığında 1871 tarihinde yayımlanmıştır. Bkz. Pekmez, Doktora Tezi s.21.

<sup>47</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s.22.

<sup>48</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 23.

## 1.5. Ödemezlik Def'inin Özel Hukukta Uyumlaştırma Metinlerindeki Görünümü

Ödemezlik def'inin uluslararası hukuk düzenindeki yerine de değinmek yerinde olacaktır. Bu kapsamda PECL, DCFR, PICC, (UNIDROIT ilkeleri) ve son olarak CISG<sup>49</sup> incelenecektir.

PECL'nin 7.104. maddesinde kural olarak aynı anda ifa düzenlenmiş olup ilgili madde, "*Aksi durumdan anlaşılmadıkça ve eş zamanlı ifa mümkün olduğu sürece taraflar, edimleri aynı anda ifa etmekle yükümlüdür*" şeklindedir. PECL'nin 9.201. maddesinde fıkra 1'de ise ifadan kaçınma hüküm altına alınmış olup maddenin ilgili kısmı, "*Borcu diğer tarafla aynı zamanda veya daha sonra ifa edecek olan kişi, karşı taraf ifa edene veya ifayı teklif edene kadar ifadan kaçınabilir. İfa etmekten kaçınan taraf, durumun koşullarına göre ifanın bir kısmını veya tamamını ifa etmekten kaçınabilir*" hükmünü içermektedir.

Söz konusu PECL düzenlemesini TBK 97 ile karşılaştırdığımızda TBK 97'de taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça edimlerin aynı anda ifa edileceği prensibinin kanun lafzında yer almadığı dikkat çekmektedir. Bu kapsamda, PECL'de kural olarak aynı anda ifa kararlaştırılmış olmasının herhangi bir karışıklığı önlemek adına isabetli olduğu değerlendirilmektedir. Bununla birlikte PECL'deki ilgili hükümlerle her ne kadar taraflara bir kaçınma hakkı sağlanmış olsa da "exception" yani "def'i" ifadesi madde metninde yer almamıştır. Bu doğrultuda, söz konusu maddenin ruhundan kaçınma hakkının bir def'i imkanı olarak düzenlenlendiği anlaşılrsa da bu durum esasen doktrinde tartışmalıdır<sup>50</sup>.

DCFR'de ise bu husus 3.401. maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili madde, "*alacaklı karşılıklı bir borç ilişkisinde, borçlunun edimini ifa etmesiyle veya ifa etmesinden sonra borcunu ifa etmekle yükümlü ise borçlu borcunu ifa edene veya ifasını teklif edene kadar, karşı ediminin ifasından kaçınma hakkına*

---

<sup>49</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 29.

<sup>50</sup> Detaylı bilgi için bkz. Pekmez, Doktora Tezi, s. 30.

*sahiptir.*” hükmünü amirdir. DCFR’de, PECL’den farklı olarak karşılıklı bir yükümlülük (*reciproca obligation*) ifadesi kullanılmış olup bunun yerinde olduğunu değerlendirmekteyiz. İkinci fıkraya göre ise borcunu önce ifa etmekle yükümlü olan taraf, diğer tarafın borcu ifa etmeyeceği konusunda haklı bir sebebi olması halinde ve bu durum devam ettiği sürece ifadan kaçınabilecektir. Üçüncü fıkrada ise borcunu ifa etmekten kaçınan tarafa bildirim yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu kapsamda, borcunu ifa etmekten kaçınan taraf mümkün olan en kısa sürede karşı tarafa bildirmelidir, bildirmediği takdirde diğer tarafın zararını gidermekle yükümlüdür. DCFR’de de PECL’de olduğu gibi madde lafzında “exception” yani “def’i” ifadesi yer almamış ancak borçluya bir kaçınma hakkı tanıdığı aşikar olup buna ilave olarak da ifadan kaçınan tarafa bildirim yükümlülüğü yüklenmiştir.

UNIDROIT ilkeleri’nin 2016 revizyonuna baktığımızda ise konunun ifadan kaçınma (*Withholding performance*) başlıklı 7.1.3. madde de düzenlendiği görülmektedir. İlgili madde, “(1) *Taraflar edimleri aynı anda ifa edeceklerse, taraflardan biri edimin ifasını teklif edene kadar, diğer taraf karşı edimini ifa etmekten kaçınabilir. (2) Taraflar edimlerini peşpeşe ifa edecekler ise edimi daha sonra ifa edecek taraf, edimi önce ifa edecek olan taraf edimini ifa edene kadar edimin ifasından kaçınabilir.*” hükmünü amirdir. 7.1.3. maddeyi ifada sırası düzenleyen 6.1.4. madde ile birlikte değerlendirmek yerinde olacaktır. Çünkü 6.1.4. maddenin esasları bilindiği takdirde ödemedi kaçınmanın düzenlendiği 7.1.3. madde anlaşılabilir. 6.1.4. maddede de esas itibarıyla sözleşmelerde ifa düzenlenmekte olup ilk fıkrada tarafların eş zamanlı ifayı kararlaştırabileceği ve durumdan aksi anlaşılmadığı sürece aynı anda ifa etmeleri gerektiği; ikinci fıkrada ise borcun ifasının gerçekleşmesi için taraflardan birinin süreye ihtiyaç duyması halinde öncelikle o tarafın borcu ifa etmesi gerektiği düzenlenmiştir.



CISG doktrininde alıcı satıcı arasındaki ilişkide kural, edimlerin aynı anda ve karşılıklı olarak ifa edilmesidir<sup>51</sup>. CISG 71’de ise ifanın askıya alınması düzenlenmiştir. CISG 71 hükmü borçlu ile alacaklı arasında, sözleşmeden, teamülden kaynaklanan her türlü yükümlülük kapsamında uygulanabilmektedir<sup>52</sup>. CISG m. 71, taraflardan birinin yükümlülüğünü ifa etmesinde veya ödeme gücünde ciddi bir yetersizlik olması veya ifaya hazırlık veya ifa süresindeki hareketlerinden yükümlülüğün önemli bir kısmının yerine getirilemeyeceğinin anlaşılması halinde ifanın askıya alınabileceğini düzenlemiştir<sup>53</sup>. CISG doktrininde yukarıda incelediğimiz diğer uluslararası metinlerden (PECL, DCFR, UNIDROIT) farklı olarak edimin ifasını askıya almak için iki objektif kriter öngörülmektedir. CISG madde 71’de (*suspend the performance*) ifadesi kullanıldığı için ifadan kaçınma değil ifanın askıya alınması terimi kullanmanın yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

CISG m. 71/2’de ifanın askıya alınması durumunun gönderilecek borçlara ilişkin düzenlemesi yapılmıştır. İlgili fıkraya göre malların taşıyıcıya teslim edilmesinden sonra, alıcının yükümlülüğünün esaslı kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılmasıyla birlikte, satıcı, malların alıcıya teslim edilmesini engelleyebilmektedir. Öyle ki, alıcının elinde bu malları edinme hakkı veren bir belgenin bulunması halinde dahi bu imkan kullanılabilir. Ancak söz konusu yaptırım sadece satıcı ile alıcı arasındaki mallara ilişkin sonuç doğurmaktadır<sup>54</sup>.

CISG 71. maddenin 3. fıkrası “*sözleşmenin ifasını askıya alan taraf malların gönderilmesinden önce veya sonra olması farketmeksizin, sözleşmeyi askıya*

---

<sup>51</sup> Schlechtriem, Peter, Schwenger, Ingeborg, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (“Schlechtriem, Schwenger”) (CISG) Second Edition Oxford, 2005, par. 6; Atamer, Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmeleri’ne ilişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. Bası, İstanbul, 2005, s. 120 (“CISG, Atamer”); Kanişlı, Erhan, CISG’da ve Diğer Uluslararası Hukuk Uyumlaştırılması Metinlerinde Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık hk. Makalesi, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/337081>) (“Kanişlı, Makale”).

<sup>52</sup> Schlechtriem, Schwenger, par.4; Kanişlı, Makale s.1411.

<sup>53</sup> <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>.

<sup>54</sup> Kanişlı, Makale, s. 1426, 1427.

*aldığını derhal karşı tarafa bildirmek zorundadır. Eğer karşı taraf sözleşmeyi ifa edeceğine dair yeterli teminat gösterirse bu durumda sözleşmeyi askıya alan taraf ifaya devam etmek zorundadır”* hükmünü amir bulunmaktadır. Madde lafzında geçen bildirim yükümlülüğünün ifayı askıya alabilmek için bir şart olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş<sup>55</sup>, bildirim yükümlülüğü gerçekleşme bile ifanın askıya alınabileceğini ancak bu durumda karşı tarafın bildirim yapılmamasından doğan zararların tazmin edileceğini savunurken, diğer görüş<sup>56</sup> ise, bildirim göndermenin ifanın askıya alınabilmesi için şart olduğunu aksi halde hem tazminat ödeneceğini hem de CISG m. 71’e göre sözleşmeyi ihlal etmiş olacağını belirtmektedir. İkinci görüş aynı zamanda hakim görüş olarak kabul edilmektedir.

CISG madde 71 düzenlemesinden taraflardan birinin ediminin tehlikeye düşmesi halinde diğer tarafın kendi ediminin ifasını askıya almasının sözleşmeye aykırılık sayılmadığı ve 71/3 düzenlemesiyle de makul süre içerisinde yeterli teminat gösterilmesi durumunda askıya alınan sözleşmeyi eski haline getirme imkanı verildiği anlaşılmaktadır<sup>57</sup>.

## **1.6. Ödemezlik Def’inin Hukuki Niteliği ve İşlevi**

### **1.6.1. Ödemezlik Def’inin Hukuki Niteliği**

Borcun ifa edilmediği savunmasının, dava temelinin yetersizliği savunması mı yoksa gerçek anlamda bir def’i mi olduğu hususu doktrinde müşterek hukuk

---

<sup>55</sup> Schlechtriem, Schwenger, par. 21, Bianca, C.M., Bonell, M.J., Commentary on the International Sales Law 1980 Vienna Sales Convention, Milan, 1987, par.2.5, Bernstein, Herbett, Lookofsky, Joseph, Understanding the CISG in Europe, 2nd Edition, Copenhagen, 2003 s.162.

<sup>56</sup> Schlechtriem, Peter, Uniform Sales Law, The UN-Convention on Contracts for the International Sale Of Goods, Published by Manz, Vienna 1986 s. 94; Mercedeh, Azeredo da Silveira, Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Nordic Journal of Commercial Law, S. 2, 2005, s. 1-51. s.13; Kanişlı, Makale, s. 1419 vd.

<sup>57</sup> Kanişlı, Makale, s. 1450.

döneminden itibaren tartışmalıdır<sup>58</sup>. Bu doktrinsel tartışma sadece teorik değil pratik anlamda da büyük öneme sahiptir.

Alman doktrinindeki hakim görüş, BGB’de ödemelik def’inin gerçek bir def’i olarak düzenlendiğini kabul etmektedir<sup>59</sup>. Ancak dava temelini yetersizliği olduğunu savunanlar da mevcuttur<sup>60</sup>. Ödemelik def’inin gerçek anlamda bir def’i olduğunu savunanlar, karşı edimin ifa edilmiş olduğu iddiasının davanın temelinde dahil olmadığını ve def’inin ileri sürülmesinin karşı edim talebi üzerindeki haktan kaynaklandığını ve bu hakkın da def’i ileri sürülerek kullanıldığını belirtmişlerdir<sup>61</sup>. Bununla birlikte BGB’nin terminolojisi ve hazırlanış tarihi de def’i görüşünü desteklemektedir<sup>62</sup>.

Alman doktrininde, ödemelik def’inin mahiyeti belirlenirken daha çok edim ile karşı edim arasındaki ilişkinin açıklanması temel alınmıştır. Buna göre farklı teoriler geliştirilmiştir. Karşı edimin ifasına hazırlığın külfet olduğu görüşünde<sup>63</sup>, alacaklının edim alacağı, karşı edimden ayrı bir edim olarak değerlendirilmekte alacaklı karşı edimin borçlusu şapkasını giymemektedir. Bir diğer deyişle taraflar arasındaki edim ilişkisi ayrı ayrı dikkate alınmakta ve bu durum alacaklıya karşı edim borcuna katılma (karşı edimin ifasına hazırlanma) külfeti yüklemektedir. Ancak alacaklının borçludan edim talebi, edim ile karşı edimin mübadelesine yönelik değil, yine birbirinden bağımsız, ancak alacaklının kendi katılmasını da gerektiren ayrı bir edim borcudur. Bu görüşe göre, her ne kadar alacaklının borçludan edimin ifasını istemesi için kendisinin de karşı edimin ifasına hazırlık külfetini yerine getirme şartı aransa da bu teknik anlamda bir şart değildir. Bir diğer deyişle, edimin ifa talebinin doğumu için alacaklının hazırlık külfetini yerine

---

<sup>58</sup> Kaniti s. 20 ve Heerwart’ın ve Keller’in detaylı görüşleri için bkz. 22 vd.; Pekmez, Doktora Tezi s.43 ve dn.136; Tunçomağ, s. 448.

<sup>59</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 60; Tunçomağ, s. 449; Kaniti, s. 28.

<sup>60</sup> Endemann ve Leonhard’ın detaylı görüşleri için bkz. Kaniti s. 28 vd.

<sup>61</sup> Kaniti, s. 31, 32.

<sup>62</sup> Detaylı bilgi için bkz. Kaniti, s.32, 33.

<sup>63</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s.58 vd.

getirmesine gerek yoktur zaten sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasıyla taraflardan her biri borç altına girmektedir. Ancak Alman doktrinin de külfet ve şart teorilerinden<sup>64</sup> ziyade savunmanın, talebin içeriğini sınırlamadığı görüşü baskın görüştür<sup>65</sup>. Bu görüş<sup>66</sup>, ödemezlik def'inin gerçek anlamda bir def'i olmasını da açıklar buna göre borçlu, alacaklının talebinin içeriğindeki sınırlandırmaya dayanmamakta, def'i ileri sürmesiyle kendisine ait olan bir hakkı kullanmaktadır. Görüş, özellikle ispat yükü açısından da belirleyicidir. Zira alacaklının, edim talebiyle açtığı davada borçlunun def'i ileri sürmesiyle ispat yükü yer değiştirecek ve davacının kendi edimini ifa ettiği veya en azından ifa teklifini gerçekleştirdiğini ispat etmesi gerekecektir.

İsviçre (OR Art. 82) ve Türk hukuklarında (TBK m.97) her ne kadar madde lafızlarından açıkça anlaşılmasa da hakim olan görüş, taraflara tanınan yetkinin gerçek anlamda def'i olduğu yönündedir<sup>67</sup>. İsviçre doktrinindeki baskın görüşe göre<sup>68</sup> edim ile karşı edim arasındaki bağılılığın, def'inin ileri sürülmesiyle ortaya çıktığı savunulmaktadır. Edim talebinde bulunan alacaklının en azından ifa veya ifa teklifini yerine getirmesi anına kadar borçlunun ifadan kaçınma hakkının mevcut olduğu, edim ile karşı edim arasındaki bağa dayanarak edim ve karşı edimin aynı zamanda ifa edilmesi beklenmektedir. OR Art. 82'nin kanundaki düzenlenme yeri ve şeklinin de bu durumu desteklediği zira bu hükmün ifade zamansal sırayı düzenlediği belirtilmektedir. Ayrıca OR Art. 82 borçluya edimi talep eden alacaklı karşısında bir karşı hak tanımaktadır. Bu hak da ödemezlik def'inin gerçek anlamda bir def'i olduğu görüşünü güçlendirmektedir. Genel

---

<sup>64</sup> Detaylı bilgi için bkz. Pekmez, Doktora Tezi, s. 47 vd.

<sup>65</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 50 vd.

<sup>66</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 51 dn. 156.

<sup>67</sup> Kaniti s. 33, 34; Serozan, Rona , İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, C. III, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006 ("Serozan, İfa Engelleri") s. 71; Tunçomağ, s. 449, 450.

<sup>68</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s.54 ve bu görüşü savunanlar için dn.162; Kaniti, s. 33 vd.

olarak İsviçre Federal Mahkeme içtihatlarının da gerçek anlamda def'i görüşünü kabul ettiği görülmektedir<sup>69</sup>.

Ödemezlik def'inin söz konusu teminat fonksiyonuna göre<sup>70</sup>, davalı pasif durumdayken davacı teminatın sağlandığını (yani edimi ifasını veya ifasını teklif ettiğini) ileri sürüyorsa bu durum hakim tarafından re'sen nazara alınacak bir durum değildir<sup>71</sup>. Bunun davalı tarafından def'i olarak ileri sürülmesi gerekir. Aynı şekilde baskı fonksiyonunda da hakim taleple bağlı olduğu için davalı, eğer def'i ileri sürmezse, hakim pasif durumdaki davalı için kendiliğinden harekete geçemeyecektir<sup>72</sup>. Bu kapsamda, hem teminat hem baskı fonksiyonları açısından ödemezlik def'inin gerçek anlamda bir def'i olduğunun değerlendirilmesi gerekir<sup>73</sup>.

Tunçomağ<sup>74</sup> da her ne kadar, ödemezlik def'inin gerçek anlamda bir def'i olduğu görüşünü benimsese de satım ve eser sözleşmeleri özelinde istisnai bir durum olduğunu savunmaktadır<sup>75</sup>. Zira eBK m. 210/1 (TBK m. 234) ve eBK m. 364/1 (TBK m. 479) uyarınca, satış bedeli veya eserin ücretinin, satılan şeyin veya meydana getirilen eserin alıcının veya ısmarlayanın zilyetliğine geçtiği anda muaccel olacağı düzenlenmiştir<sup>76</sup>. Bu sebeple eBK m. 210 (TBK m. 234) ve eBK m. 364 (TBK m. 479) eBK m. 81'den (TBK m.97) ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiğini bu maddelerin kanunun lafzına göre yorumlanarak satıcının veya

---

<sup>69</sup> İsviçre mahkemesinin yargıtay kararları için bkz. Kaniti, s.37 vd.; Pekmez, Doktora Tezi, s.55 özellikle dn. 165.

<sup>70</sup> Oğuzman/Öz, cilt -I s. 371, 372; Kaniti s. 39, 40; Eren, Borçlar Genel s. 1008; Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2013 ("Nomer, Borçlar Genel") s. 246 – 247; Reisoğlu Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, İstanbul, 2011 ("Reisoğlu") s. 327; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1969 ("Feyzioğlu") s. 111, 112.

<sup>71</sup> Kaniti s.41.

<sup>72</sup> Oğuzman/Öz, cilt-I, s. 371; Kaniti, s. 2; Çukadar Neslihan s. 67; Eren, Borçlar Genel, s. 1008.

<sup>73</sup> Kaniti, s. 41.

<sup>74</sup> Tunçomağ, s. 450.

<sup>75</sup> Aynı yönde İsviçre doktrininde savunanlar için bkz. Pekmez, Doktora Tezi, dn.149.

<sup>76</sup> Nomer, Borçlar Genel, s. 246, 247.

müteahhitin edimini önce ifa etmesinin, satış bedeli veya eser bedelinin ödenmesi için adeta bir şart olduğunu belirtmiştir.

Arsebük<sup>77</sup> ise çoğunluğun aksine ödemezlik def'ini, dava temelini yetersizliği savunmasına dayandırmakta ve karşı edimin ifa veya ifasının teklif edilmiş olmasını edim talebinin bir şartı olduğunu savunmaktadır. Bu görüşünü eBK m. 81'in (TBK m. 97) lafzına dayandırmaktadır. Buna göre karşı edimin ifa teklifini veya ifasını gerçekleştirmemiş olan tarafın edim davası haksızdır. Zira dava hakkının doğumu karşı edimin ifasının veya ifa teklifinin gerçekleşmesine bağlıdır. eBK m. 210/1 (TBK m. 234) ile eBK m. 364/1 (TBK m. 479) bakımından ise evleviyetle satılan şeyin veya eserin tesliminin dava hakkının doğumunun şartı sayılması gerektiği görüşündedir.

Pekmez<sup>78</sup> ise edim ile karşı edim alacağının birbirinden bağımsız olmadığını ve edimin ifasını talep eden alacaklının karşı edimi ifaya hazır hale getirme yükümlülüklerini yerine getirmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, alacaklının borçluyu ifaya zorlayabilme ve def'i ile karşılaşmama imkanının karşı edimin ifasını veya ifa teklifini hazır bulundurması bir diğer deyişle üzerine düşen hazırlık külfetlerini yerine getirmesi olduğunu belirtmektedir. Eğer alacaklı üzerine düşen bu hazırlık külfetlerini yerine getirmezse o takdirde temerrüde düşmüş olan borçlu ödemezlik def'i ileri sürerek temerrüdün sonuçlarından da kurtulabilecektir. Aksi halde, alacaklı borçluya ödemezlik def'i ileri sürerek ifadan kaçınma hakkına sahiptir. Bu kapsamda, Pekmez, def'i ileri sürerek kaçınma hakkının borçluya ait bir hak olduğunu ve bunun hakim tarafından re'sen nazara alınmasına gerek olmadığı görüşündedir. Aksinin kabulü halinde, yani def'inin dava temelini yetersizliği savunması olduğu görüşünde hakim yargılama esnasında edimin ifasını talep eden alacaklının, ifayı kabule hazır olmadığını tespit ettiği takdirde borçluya kaçınma hakkı doğacağını ve bunun da söz konusu

---

<sup>77</sup> Arsebük, Esat, Borçlar Hukuku, 1. ve 2. Cilt, 3. Basım, Ankara, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 1950 ("Arsebük") s. 722 vd.

<sup>78</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 60 vd.

düzenlemenin ne kadar isabetsiz bir düzenleme olduğunu gösterdiğini belirtmiştir<sup>79</sup>.

Yukarıda detaylı olarak müşterek hukuk dönemi dahil olmak üzere Alman, İsviçre, Türk doktrinindeki teorik tartışmalara yer vermeye çalıştık. Ancak def'inin mahiyeti tartışması sadece teorideki bir tartışma değildir. Yukarıdaki paragraflarda da zaman zaman bahsettiğimiz üzere bu ayrımın pratikte de büyük önemi bulunmaktadır. Buna göre, eğer dava temelini yetersizliği savunması yapılırsa bu takdirde hakimin davacının önceden ifade bulunup bulunmadığını veya teklif edilen edimin gerçek olup olmadığını re'sen araştırması gerekecek ve somut olaya göre davayı reddetmesi veya kabul etmesi gerekecektir bu da hakimler üzerinde yoğun bir iş yükü yaratacaktır<sup>80</sup>. Ödemezlik def'inin gerçek anlamda bir def'i olduğu görüşü kabul edildiği takdirde ise hakimin ifanın veya ifa teklifinin yapılıp yapılmadığını re'sen araştırmasına gerek kalmayacak, hakim, edimin yalnızca davalı tarafından borçlanılıp borçlanılmadığını incelemekle yetinecek ve ilgili tarafın ileri sürmesini beklemesi gerekecektir<sup>81</sup>.

İlaveten, ilgili görüş ayrılığı sadece usul hukuku anlamında sorun yaratmaz ayrıca karşı edim ifa edilmeden bir tarafın edimini ifa etmesinin borç olmayan şeyin ifası sayılıp sayılmayacağı yani TBK m. 78'e göre *condictio indebiti* sayılarak geri alınıp alınmayacağı bakımından da önem taşımaktadır<sup>82</sup>. Dava temeli yetersizliği savunmasına göre, borcun yerine getirilmesini talep edebilmek için karşı edimin ifa edilmiş olması şart olduğu için, karşı edimin ifa edildiğini sanarak, hataen kendi edimini ifa eden taraf ifa ettiği şeyi TBK m. 78'e dayanarak geri alabilecektir<sup>83</sup>. Buna karşın ödemezlik def'inin gerçek anlamda def'i olduğu görüşünün kabulü halinde bir kimsenin def'i hakkını hataen kullanmamış olsa dahi ifa etmiş olduğu

---

<sup>79</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 67.

<sup>80</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 55; Serozan, İfa Engelleri, s. 71.

<sup>81</sup> Kaniti, s. 20, 21; Tunçomağ, s.449; Reisoğlu, s. 327.

<sup>82</sup> Oğuzman/Öz cilt-I s.371; Oğuzman, M. Kemal /Öz, M. Turgut Borçlar Hukuku C.I., 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020 ("Oğuzman/Öz, cilt-I") s. 347; Tunçomağ, s. 449.

<sup>83</sup> Konuya ilişkin örnekler için bkz. Oğuzman/Öz, cilt-II s. 357.

edimi geri isteme imkanı yoktur çünkü artık borcun ifası gerçekleşmiştir sadece karşı taraftan edimini ifa etmesini isteyebilir<sup>84</sup>.

### 1.6.2. Ödemezlik Def'inin İşlevi

Yukarıda belirttiğimiz üzere Türk doktrininde de ağırlıklı görüş<sup>85</sup> ödemezlik def'inin gerçek anlamda bir def'i olduğunu kabul etmektedir. Kaniti<sup>86</sup> eBK m. 81 (TBK m.97) madde lafzından ödemezlik def'inin mahiyeti anlaşılıyorsa da ödemezlik def'inin işlevine bakılması gerektiğini savunmuştur. Ödemezlik def'inin teminat ve baskı olmak üzere iki önemli işlevi bulunmaktadır. Teminat fonksiyonunda, taraflardan biri karşı edim ifa edilene ya da en azından ifası teklif edilene kadar, diğer tarafa edimini ifadan kaçınma hakkı sağlayarak, alacağı teminat altına almış olmaktadır. Ödemezlik def'ini ileri süren taraf, sözleşmeye olan bağlılığından kopmadan, karşı edim ifa edilene kadar kendi edimini teminat altına almaktadır. Baskı fonksiyonunda ise taraflardan biri, ödemezlik def'ini ileri sürerek edimin karşılıksız olarak elinden çıkmasını önlemiş ve diğer tarafa karşı edimini yerine getirmesi için baskı yapmış olmaktadır<sup>87</sup>.

## 1.7. Ödemezlik Def'inin Benzer Kavramlar İle Farkları

### 1.7.1. Ödemezlik Def'inin Takas ile Farkları

Ödemezlik def'i, geçici def'i olduğu için karşı edim ifa edilene en azından ifası teklif edilene kadar ileri sürülebilecektir. Şu kadar ki edim davasında ödemezlik

---

<sup>84</sup> Kaniti, s. 21; Tunçomağ, s. 449.

<sup>85</sup> Oğuzman/Öz, cilt -I s. 371, 372; Kaniti s. 39, 40; Eren, Borçlar Genel s. 1008; Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2013 ("Nomer, Borçlar Genel") s. 246 – 247; Reisoğlu Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, İstanbul, 2011 ("Reisoğlu") s. 327; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1969 ("Feyzioğlu") s. 111, 112.

<sup>86</sup> Kaniti s.41.

<sup>87</sup> Oğuzman/Öz, cilt-I, s. 371; Kaniti, s. 2; Çukadar Neslihan s. 67; Eren, Borçlar Genel, s. 1008.



def'i ileri sürülmüş ise davanın reddi gerekmektedir<sup>88</sup>. Ancak her ne kadar davadaki talep def'i ile engellenmiş olsa da bu durum sadece davanın şimdilik kaydıyla reddedilmesi anlamına gelmektedir. Söz konusu davada verilmiş olan davanın reddi hükmü ödemezlik def'inin geçici mahiyette bir def'i olmasından kaynaklandığı için ikinci dava için kesin hüküm teşkil etmeyecektir<sup>89</sup>.

Takas şartları gerçekleşmişse yenilik doğuran bir hak olarak kullanılır ve takas edilecek alacaklar kesin olarak takas edilir. Takas edilen alacak tekrar talep edilemez. Bu husus itibariyle ödemezlik def'i ve takas birbirinden tamamen ayrılmaktadır. Ödemezlik def'inin mahiyeti takas gibi kesin değil yukarıda da belirttiğimiz üzere geçici niteliktedir<sup>90</sup>.

### **1.7.2. Ödemezlik Def'i ile Alıkoyma Hakkının Farkları**

Alıkoyma hakkı, Türk Medeni Kanunu'nun 950. maddesinde düzenlenmekte olup eşya üzerindeki hak sahibine<sup>91</sup> iadesi istenen eşyayı iadede kaçınarak zilyetliğinde bulundurmaya devam etme imkanı tanıyan bir haktır. Alıkoyma hakkı, ödemezlik def'inde olduğu gibi sahibine talep edilen eşya ile bağlantılı kendi alacağı ifa edilinceye kadar eşyayı iadede kaçınma hakkı vererek hem bir teminat hem de karşı tarafın borcunu yerine getirmesi için bir baskı aracı sağlamaktadır<sup>92</sup>.

Ancak ödemezlik def'i ile alıkoyma hakkının konuları birbirinden farklıdır. Alıkoyma hakkında iadesi talep edilen eşya ile bağlantılı bir alacak ödeninceye kadar, geri verilmesi istenen eşya alıkonulmaktadır. Yani iadede kaçınılan her

---

<sup>88</sup> Örnek kararlar: Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri Kararı – İstanbul Anadolu 7. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2016/526, K. 2018/669, T. 19.06.2018; Yargıtay 3. H.D., E. 2017/11148 K. 2017/10611, T. 21.06.2017 (Lexpera).

<sup>89</sup> Kaniti, s. 151.

<sup>90</sup> Kaniti, s. 150, 151.

<sup>91</sup> Hak sahibi eşya üzerinde mülkiyet veya sınırlı ayni hak sahibi olabilir. Sarı, Suat, Alıkoyma Hakkı, 1. Basım, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997 ("Sarı, Alıkoyma Hakkı") s. 3.

<sup>92</sup> Sarı, Alıkoyma Hakkı, s. 3, 94.

zaman taşınır veya taşınmaz bir eşyadır<sup>93</sup>. Ancak ödemezlik def'inde ifadan kaçınılan edimin konusu daha geniştir bu bir verme, yapma ya da yapmama borcu olabilir<sup>94</sup>.

Ödemezlik def'i ile alıkoyma hakkında yerine getirilmesinden kaçınılan talep hakkının niteliği birbirinden farklıdır. Alıkoyma hakkının söz konusu olduğu durumlarda ise iade talebi istihkak davasına dayanmaktadır. Ödemezlik def'inde nispi nitelikte bir hak, alıkoyma hakkında ise aynı nitelikte bir talep hakkı yerine getirilmekten kaçınılmaktadır<sup>95</sup>.

Son bir fark olarak ödemezlik def'inde her iki alacağın da muaccel olması gerekmektedir. İfası talep edilen alacak henüz muaccel değilse esasen ödemezlik def'ine gerek kalmaksızın bunu belirtmek yeterli olacaktır. Ancak alıkoyma hakkının söz konusu olduğu durumlarda alıkoyma hakkını teşkil eden alacak için muaccel olma şartı aranmamaktadır<sup>96</sup>.

### 1.7.3. TBK m. 98'deki Düzenlemenin Def'iden Farkları

İki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede bir tarafın borcu ödemede güçsüzlüğe düşmesi ve bu tarafın borcu ödemede önce ifa ile yükümlü olması halinde ödemezlik def'i değil TBK madde 98 gündeme gelecektir<sup>97</sup>. Söz konusu madde *“karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse*

---

<sup>93</sup> Sarı, Alıkoyma Hakkı, s. 94.

<sup>94</sup> Sarı, Alıkoyma Hakkı, s. 94; Kaniti s. 89.

<sup>95</sup> Sarı, Alıkoyma Hakkı, s. 95.

<sup>96</sup> Sarı, Alıkoyma Hakkı, s. 95, 96.

<sup>97</sup> Oğuzman/Öz, cilt – I s. 372-373; Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1. Bası, 2011 (“Hatemi, Gökyayla”) s. 233

*sözleşmeden dönebilir.*” hükmündedir. İlgili madde kapsamında borçlunun ifadaki güçsüzlüğü sebebiyle alacağı tehlikeye giren tarafa, alacağı için yeter teminat verilinceye kadar kendi borcunu ifadan kaçınma ve talebi üzerine bu teminat uygun bir süre içinde verilmediği takdirde sözleşmeden dönme hakkı tanımaktadır<sup>98</sup>.

Hükümdeki teminat verilinceye kadar borcun ifasından kaçınma yetkisi tıpkı ödemezlik def’indeki gibi bir def’idir. Ancak şartları ve sonuçları ödemezlik def’inden farklıdır. TBK m. 98’in uygulanabilmesi için borçlunun aciz halinde<sup>99</sup> olması karşı edimin de bu sebeple tehlikeye düşmüş olması ve karşı edim henüz muaccel olmadan kullanılması gerekmektedir<sup>100</sup>. Sonuçları açısından meydana gelen farklılık ise söz konusu def’inin ancak teminat sağlanana kadar ileri sürülme imkanı bulunmaktadır<sup>101</sup>. Benzer özellikleri ise, her ikisinin de karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin varlığını araması, bu sözleşmenin edimleri arasında mübadele ilişkisinin varlığının gerekmesi, karşı edim alacağının tehlikeye girmesi ve kaçınma hakkı vermesi olarak belirtebiliriz<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> Oğuzman/Öz, cilt – I s. 372; Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi Yayınları, İstanbul, 19. Bası (“Kılıçoğlu, Borçlar Genel”) s. 619 ; Rona, Sözleşmeden Dönme, s. 358 vd.Tunçomağ, s. 460.

<sup>99</sup> İflas masasında bile eğer borcun ifasına yetecek kadar malvarlığı varsa TBK m. 98’in ileri sürülemeyeceği yönünde bkz. Oğuzman /Öz –I dn. 1218; “Borçlunun aczi olgusu, sadece borçlu hakkında bir iflas kararı verilmiş olması ya da alacaklının icra memuru tarafından düzenlenmiş bir aciz vesikası elde etmiş bulunması durumlarını içermez. Borçlunun ödemelerini durdurmuş, işleri bozulduğu için iş yerini kapatmış, senetleri art arda protestoya uğramış ya da alacaklılarının konkordato için başvurmuş bulunması gibi olaylar da acze düşmüş sayılması için yeterli olacaktır” Rona, Sözleşmeden Dönme s. 358; Kaniti, s. 143 vd.;Tunçomağ, s. 460.

<sup>100</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1019; Reisoğlu, s. 329, 330; Hatemi, Gökyayla, s. 233.

<sup>101</sup> Kaniti s. 144, 145; Eren, Borçlar Genel, s. 1019.

<sup>102</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 313.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ÖDEMEZLİK DEF'İNİN ŞARTLARI

#### 2.1. Karşılıklı Bir Sözleşmenin Olması

Sözleşmeleri genel itibari ile borç doğuran sözleşmeler ve diğer sözleşmeler olarak ikiye ayırabiliriz. Borç doğuran sözleşmelerin türlerini de; (i) borç altına giren bakımından, (ii) sözleşme ilişkisinin kanunda özel olarak düzenlenmiş olup olmamasına göre ve son olarak (iii) sözleşmenin süresi açısından olmak üzere üç kategoriye ayırabiliriz. Konumuz itibariyle, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler borç altına giren tarafından yapılan ayırım kapsamında incelenecektir<sup>103</sup>. Sözleşmeleri borç altına girenler açısından değerlendirdiğimizde ise iki şekilde gruplanabilir. Bunlar “tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler<sup>104</sup>” veya “ tek taraflı sözleşmeler ve “iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler” veya “iki taraflı sözleşmeler” dir.

İki taraflı sözleşmeler tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve eksik iki taraflı sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır. İki taraflı sözleşmelerin bazılarında edim, karşı edimin borcunun karşılığını teşkil eder. Bu tip sözleşmelerde adeta bir edim değişimi söz konusu olup bunlara “tam iki taraflı sözleşmeler” veya karşılıklı (sinallagmatik) sözleşmeler denir<sup>105</sup>. Sinallagma (synallagma) en basit haliyle edimler arasındaki karşılıklı değişim olarak tanımlanabilir. Sinallagma ifadesi yerine doktrinde mübadele ilişkisi terimi de kullanılmaktadır<sup>106</sup>. Ancak mübadele ilişkisi için karşılıklılık terimi kullanılmamalıdır. Çünkü karşılıklılık, esasen bir tarafın alacaklı ve borçlu sıfatına sahip olması iken, mübadele ilişkisi ise edim ile

---

<sup>103</sup> Oğuzman/Öz, cilt-I, s. 46.

<sup>104</sup> “Tek tarafa borç yükleyen bir borç ilişkisinde diğer tarafın borcu yoktur ki, aynı anda ifadan ve ifa sırasından söz edilebilsin” Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 614.

<sup>105</sup> Oğuzman/Öz, cilt -I, s. 46; Reisoğlu, s.327.

<sup>106</sup> Havutçu, Ayşe Tam İki tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Olumlu Zararın Tazmini, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:60, İzmir, 1995, (“Havutçu”) s. 4.

karşı edimin arasındaki bağılılığı belirtmek amacıyla kullanılmaktadır. Karşılıklılığının bulunduğu her durumda mübadele ilişkisi bulunmayabilir ancak her mübadele ilişkisinin bulunduğu durum karşılıklılığı kapsamaktadır<sup>107</sup>. TBK m. 97'nin de uygulanabilmesi için karşılıklı sözleşmenin varlığı gerekli ancak yeterli değildir. Edimler arasında mübadele ilişkinin bulunduğu karşılıklı bir borç ilişkisi aranmakta, bir diğer deyişle ödemelik def'i biri diğerinin karşılığı olan edimlere uygulanmaktadır<sup>108</sup>. Örnek olarak satış<sup>109</sup>, kira<sup>110</sup>, hizmet, mal değişim, eser, yayın, taşıma sözleşmeleri verilebilir<sup>111</sup>. Bazı iki taraflı sözleşmelerde; taraflardan biri her zaman borç altına girer, diğer taraf ise ancak bazı şartların varlığı halinde borç altına girer. Yani her ne kadar edim, karşı edimin karşılığı olmasa da bazı şartların varlığı halinde her iki taraf da borç altına girebilir.

---

<sup>107</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s.92 vd.

<sup>108</sup> Tunçomağ, s. 451; Eren, Borçlar Genel, s.1011.

Davalı şirket "...Mahkeme kararınca davacı şirket ile aynı şirketler olmadığı gerekçesiyle ödemelik def'ini davacı şirkete karşı ileri sürülemeyeceğine hükmettiğini, mahkeme gerekçesinin hatalı olduğunu, davacı şirketin organizasyon şeması ve hissedarlarının farklı olmadığını, illiyet bağının bulunduğunu belirterek kararın kaldırılmasını istemiştir." Savunmasında ifadelerine yer vermiş olsa Bölge Adliye Mahkemesi karşılıklı bir borç ilişkisi bulunmaması sebebiyle "... Açıklanan nedenlerle, davalının savunmasının davacı şirketin kira sözleşmesinin taraf olmaması nedeniyle dinlenemeyeceğine karar verilmiştir.. ifadeleriyle ödemelik def'ine dayanılmayacağını belirtmiştir. İstanbul BAM, 17. HD., E. 2019/1173 K. 2020/309 T. 6.2.2020.

Aynı yönde İstanbul 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2016/277 K. 2019/472, T. 13.6.2019 kararı bkz. "...6102 sayılı TTK 818 maddesinde yer alan yollama ile çeklerde de uygulanması gereken 687. madde hükmünden de anlaşılacağı üzere çek borçlusunun lehtar ile kendi arasında doğrudan doğruya mevcut olan ilişkilere dayanan def'ileri hâmile karşı ileri süremeyeceği, davalı şirketin sözleşme hükümlerini yerine getiremeyecek olması nedeni ile ileri sürülen ödemelik def'inin davalı bankaya karşı ileri sürülemeyeceğine karar verilmiştir..." (lexpera).

<sup>109</sup> "Alıcı, satıcının satılan şeyi kendisine teslim ve mülkiyeti nakil borcunun karşılığı olarak bedeli borçlanmaktadır; satıcı da, alıcının bedeli borçlanmasının karşılığı olmak üzere şeyi ona teslim ve mülkiyetini geçirme borcu altına girmektedir. Karşılıklı akit denilişinin sebebi budur." Feyzioğlu s.112.

<sup>110</sup> Kira sözleşmelerinde kiralanan şeyin kiralınmasını sağlama borcunun karşılığı, kira bedelini ödeme borcu olup, kiralanan şeyin geri verilmesi borcu değildir. Tunçomağ, s. 451.

<sup>111</sup> Oğuzman/Öz, cilt -I, s. 356; Eren, Borçlar Genel, s. 1010; Kılıçoğlu, s. 618.

Bazen ise bir tarafın borcu diğer tarafın ediminin bir tamamlayıcı unsuru olabilmektedir. Bu tarz sözleşmelere “eksik iki taraflı sözleşmeler” denilmektedir<sup>112</sup>.

Ücretsiz vekalet sözleşmesi ve ücretsiz saklama (vedia) sözleşmesi eksik iki taraflı sözleşmelere örnek olarak verilebilir. Vekalet verenin borçları, TBK’nın 510. maddesinde düzenlenmiş olup ilgili maddeye göre vekil, vekalet verenin işini görürken herhangi bir masraf yaparsa vekalet veren bunları gidermekle yükümlü kılınmaktadır. Ancak masrafın yapılmış olup olmadığı önemli olmaksızın vekil yüklendiği işi tamamlamakla mükelleftir. Ücretsiz saklama sözleşmeleri de TBK’nın 561. maddesi ve devamında düzenlenmiş olup TBK m. 562/1’de saklatan, saklayanın borcunun ifası için herhangi bir masraf yapması halinde bunu ödemekle mükellef kılınmıştır. Ancak yine saklayanın borcu masraf yapılmış olup olunmamasına bağlı olmaksızın saklanana muhafaza etmektir<sup>113</sup>.

Yukarıdaki örneklerde belirtmiş olduğumuz üzere eksik iki taraflı bir sözleşme olsa dahi bazı şartlarda karşılıklı edim değişimine benzer durumlar ortaya çıkabilir. Bu gibi durumların varlığı halinde TBK’nın 97. maddesi uyarınca ödemezlik def’i hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği çoğunlukla kabul edilmektedir<sup>114</sup>. Buna karşın, sözleşme çerçevesinde vekilin, vekalet verene olan borcunu yerine getirmek için yapmış olduğu masrafların; vekalet veren tarafından ödenmesi ile vekilin ifa etmiş olduğu borç arasında TBK m. 97 ödemezlik def’i hükümlerinin kıyasen uygulanmasını mümkün kılacak bir mübadele (karşılıklılık) ilişkisi olmadığını, burada TMK m. 950 hükmünün kıyasen uygulanarak şahsi bir

---

<sup>112</sup> Oğuzman/Öz, cilt -I, s. 356.

<sup>113</sup> Oğuzman/Öz cilt-I, s. 356; Eren Borçlar Genel, s. 1010, 1011.

<sup>114</sup> Kaniti, s. 85, Eren, Borçlar Genel, s. 1009; Feyzioğlu, s.115; Serozan bu durumu dürüstlük kuralının ve exceptio doli generalis (geniş anlamda hile def’i) düşüncesinin haklı kıldığını belirtmekte ve bu durumun bir yasa boşluğu olduğunu ifade etmektedir. Bu kapsamda “sinallagmatik sözleşmede hukuki karşılıklılık” gereği boşlanmakta, karşı karşıya gelen edimler arasında maddi – ekonomik bağlantı ögesiyle yetinildiği şeklinde ifade etmektedir. Serozan, İfa Engelleri, s.72.

hapis hakkı tanınması gerektiği görüşünü benimseyenler de mevcuttur<sup>115</sup>. Ancak TMK m. 950'nin uygulanabilmesi için borçlunun mülkiyetindeki taşınır mallara ve kıymetli evraka zilyet bulunması ve bu şeylerle bağlantılı olan muaccel bir alacağa sahip olması gerektiği ve uygulamada mal ile alacak arasındaki bağlantının ispatının önem arzettiğini belirtmek yerinde olacaktır<sup>116</sup>. Doğrudan temsilin söz konusu olduğu vekalet işlemlerine ilişkin olarak önemle belirtmek gerekir ki vekil, vekalet veren nam ve hesabına hareket ettiği için vekilin bu işlemleri yaparken üçüncü kişiden alacağı şey müvekkile ait olacağından vekil burada doğrudan TMK m. 950 kapsamında hapis hakkına başvurabilir<sup>117</sup>.

Ücretsiz vekalet sözleşmesi ile ücretsiz saklama sözleşmesi gibi eksik iki taraflı sözleşmelerin karşılıklı edim benzeri durumlar yaratabildiği ve bu kapsamda kıyasen TBK m.97 ödemelik def'i hükümleri uygulanabileceği genel görüş olarak kabul edilmiş olsa da kanaatimizce, vekilin iktisap ettiği şeyin mülkiyetini vekalet verene geçirirken yapmış olduğu masrafların ya da saklayanın saklama borcunu yerine getirmek için yapmış olduğu masrafların esas edimin karşılığı olan karşı edim olmadığı değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, söz konusu her iki borç ilişkisi örneğinde de mübadele ilişkisinin bulunmadığı, yapılmış olan masrafların sadece işin ifası için gerçekleşmiş olan yan yükümlülükler olduğu ve şartların sağlanması halinde TMK m. 950 kapsamında hapis hakkına başvurulmasının daha yerinde olduğu görüşünderiz.

Evleviyetle belirtmek gerekir ki ücretli vekalet sözleşmeleri, ücretli saklama sözleşmeleri söz konusu olduğunda bu sözleşmeler eksik iki taraflı sözleşme

---

<sup>115</sup> Tandoğan,H.,Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, Ankara, 1987, s. 503 ("Tandoğan -3"). Alman hukukunda BGB 273. maddede öngörülen nispi güçteki genel alıkoyma hakkından esinlenilerek, benimsenen karşı bir görüşe göre, eksik iki taraflı sözleşmelerde olduğu gibi karşılıklı edim değiş tokuşu eksikliklerinde, kişisel alıkoyma hakkı (salt nispi güçte bir hapis hakkı) işletilmelidir. Söz konusu 273. madde de mal iade yükümlüsü olan kişiye, malı saklamak için yaptığı masraflar veya veya malın kendisine vermiş olduğu bir zarar sebebiyle ödeme yapılması gerekirken ödeme yapılmaması halinde açıkça hapis hakkı tanınmıştır. Serozan İfa Engelleri, s. 72, dn. 11.

<sup>116</sup> Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer /Oktay - Özdemir, Sahibe, Eşya Hukuku, 17. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 1032 vd.

<sup>117</sup> Oğuzman/Öz, cilt -I, s. 231 vd.

görünümünden her iki tarafa da borç yüklediği için tipik tam iki taraflı sözleşme niteliğine bürünecektir. Bu durumda artık vekilin işi ifa etme borcunun karşılığı vekalet verenin ücret ödemesi, aynı şekilde ücretli saklama sözleşmelerinde de saklayanın saklama borcu karşılığı, saklatanın ücret ödeme borcu doğmuş olacaktır. Böylelikle açık bir şekilde karşılıklılık şartı sağlanmış olacaktır<sup>118</sup>.

## 2.2. Edimler Arasında Karşılık (Synallagma) İlişkisinin Olması

Ödemezlik def'inin uygulanması için yukarıda belirtildiği üzere sözleşmelerin sadece karşılıklı sözleşmeler olması yeterli değildir, sözleşmelerde aynı zamanda edimlerin birbirinin karşılığı olması aranır<sup>119</sup>. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edim ve karşı edim genetik, kondisyonel ve fonksiyonel karşılık ilişkisi içerisinde bulunabilir. Genetik bağlılıkta her iki edim, yani edim ile karşı edim meydana gelişleri yönünden birbirine bağlıdır. Kondisyonel bağlılıkta ise edimler, devamlılıkları, yani varlıklarını sürdürmeleri yönünden birbirlerine bağlılık gösterirler. Fonksiyonel bağlılıkta da edimler ifaları yönünden birbirine bağlıdır<sup>120</sup>.

Genetik bağlılıkta edimler doğuştan birbirine bağlı olduğundan adeta biri diğerinin amacı olduğundan borçlardan biri geçerlilik şartlarından birine sahip değilse diğeri de geçerli olmayacaktır. Bir diğer deyişle birinin geçerliliği diğerinin geçerliliğine, birinin ifası ötekinin ifasına bağlıdır<sup>121</sup>. Ya iki tarafın borcu bir arada doğar ya da her iki tarafın da borcu doğmaz. Bu doğrultuda, eğer borçlardan biri kesin hükümsüz ise edimler arasındaki genetik bağlılıktan dolayı diğer borcun tamamı da hükümsüzeleşir, kısmi hükümsüzlük TBK m. 27/2

---

<sup>118</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s.91; Kaniti, s. 50.

<sup>119</sup> Reisoğlu, s. 328; Antalya, cilt –III s.65.

<sup>120</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1009.

<sup>121</sup> Serozan, İfa Engelleri s. 64; Buz, Vedat, Ödemezlik Def'inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi, BATİDER, 29, 2013 s. 86 dn. 7 (“Buz”).



uygulanmaz<sup>122</sup>. Buna karşılık bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerle, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kısmi hükümsüzlük uygulanabilir zira bu sözleşmelerin bölümlere ayrılması mümkündür<sup>123</sup>. Ancak eğer karşılıklı borçlardan biri yokluk, imkansızlık, hukuka, ahlaka aykırılık, şekle aykırılık, emredici kaidelere aykırılık, irade sakatlığı gibi sebeplerle batıl ise diğer borç ve dolayısıyla tüm sözleşme hükümsüz olacaktır<sup>124</sup>.

Sözleşmedeki bir noksanlık<sup>125</sup> sebebiyle de sözleşme kurulamamış olabilir. Bu takdirde sözleşmenin tamamlanabilmesi için ilgili unsurların tamamlanması gerekmektedir. O zamana kadar sözleşme askıdadır. Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının yaptığı bir borç sözleşmesi kanuni temsilcisi tarafından onaylanıncaya kadar eksik bir sözleşmedir (TMK m. 16/1). Kanuni temsilcinin onaylamasıyla birlikte sözleşme her iki taraf için de başlangıçtan itibaren sonuçlarını doğurur (TMK m. 451/1). Bu durum yani borçların geçerli olarak doğması hususu genetik bağlılığın bir görünümüdür<sup>126</sup>.

Kondisyonel bağlılık, sözleşme kurulduktan sonra edimlerin devamlılığını sürdürmesi diğerinin varlığına bağlı olması ile açıklanır. Taraflardan kaynaklanmayan imkansızlıkta borçlardan biri imkansızlaşırsa kondisyonel bağlılık gereği karşı edim de sona erecektir<sup>127</sup>. Buna göre, TBK 136/2 gereği, taraflardan birinin borcu ifası imkansızlaştığı için sona ererse, karşı edimi ifa borcu da kural olarak sona erecek ve borçlu alacağını daha önce tahsil etmiş ise

---

<sup>122</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 101, Kaniti, s. 50, Eren, Borçlar Genel s. 355.

<sup>123</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 355.

<sup>124</sup> Kaniti, s.51.

<sup>125</sup> Söz konusu noksanlık durumu; temsil yetkisi olmayan bir temsilci tarafından yapılan sözleşmede, geciktirici şarta bağlı yapılan bir sözleşme de veyahut resmi bir makamın fiili ile tamamlanan sözleşmelerde de kendini gösterir. Söz konusu sözleşmeler temsil yetkisine haiz biri imzalayana kadar, geciktirici şart gerçekleşene kadar veya resmi kurum onaylayana kadar askıda hükümsüzdür. İlgili noksanlıkların giderilmesiyle birlikte sözleşme başlangıçtan itibaren hüküm ifade etmesi ise genetik synallagmanın bir sonucudur. Eren, Borçlar Genel s. 349 – 350; Oğuzman/Öz cilt- I, s. 189, 190, Kaniti, s. 51- 52.

<sup>126</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 349, 350; Oğuzman/Öz, cilt- I, s. 189, 190; Kaniti, s. 51, 52.

<sup>127</sup> Havutçu, s. 21.

sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edecektir<sup>128</sup>. Zira bu halde edimler arasındaki kondisyonel bağıllık sona ermiş yani karşı edimin hukuki sebebi ortadan kalkmıştır. Ancak TBK m. 136/2'nin son cümlesinde belirtilen istisnai durumlarda karşı edim sona ermeyebilir<sup>129</sup>. Sözü geçen maddeye göre taraflar aralarında yapmış oldukları bir sözleşme ile karşı edim hasarının alacaklıya ait olacağını kararlaştırabilirler ya da bu durum kanundan kaynaklanabilir<sup>130</sup>.

İfası imkansızlaşan edimin yerine bazı durumlarda ikame edim söz konusu olabilir ve bu halde alıcının bu ikame değerleri borçludan talep edip edemeyeceği durumu gündeme gelir. Zira edimin yerine ikame değer<sup>131</sup> (surrogate) geçtiği takdirde, alacaklının bunu istemesi halinde borç ilişkisi sona ermemiş olur sadece borcun içeriği değişir yani ikame edim ile karşı edim arasında bağıllık (synallagma) devam eder<sup>132</sup>. Alacaklı ikame ifayı kabul ederek sözleşmeye devam etmek zorunda değildir, sözleşmeye devam etme hakkı alacaklı tarafa seçimlik hak gibi tanınmalıdır<sup>133</sup>. Ancak alacaklı ikame değeri borçludan talep ederse o takdirde kondisyonel synallagma gereği karşı edimini de borçluya karşı ifa etmelidir<sup>134</sup>.

Fonksiyonel bağıllık, ifa sırasındaki bağıllık ve edimin ifa edilmemesinin karşı edimin ifasındaki etkisinde görülür<sup>135</sup>. Zira her bir edim karşı edim uğruna borçlanılmıştır. Bir diğer deyişe bir elle bir şey verilirken diğer elle bir şey

---

<sup>128</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1329 – 1330; Oğuzman/Öz, cilt- I s. 599; Pekmez, Doktora Tezi, s. 104, 105; Tunçomağ, s. 485, 486.

<sup>129</sup> “TBK m. 208 hükmünde yarar ve hasar satım sözleşmesinin kurulmasıyla değil satılanın zilyetliğinin devri ile gerçekleştiğinden, artık hasarın geçişindeki istisnaları saklı tutan 136/2'nin son cümlesinin önemi azalmıştır.” Oğuzman/Öz – cilt I, s. 599.

<sup>130</sup> Oğuzman /Öz – cilt I, s. 599; Eren, Borçlar Genel, s. 1330.

<sup>131</sup> Her ne kadar Alman ve Fransız medeni kanunlarında ikame değer hususu düzenlenmiş olsa da Türk borçlar kanununda açıkça düzenlenmemiştir. Buna rağmen TBK m.136/2'nin düzenleniş biçimi ve amacından Türk hukuku yönünden de aynı sonuca varmak mümkündür. Oğuzman/Öz – cilt I s. 59; Eren, Borçlar Genel s. 1331; Tunçomağ, s. 484.

<sup>132</sup> Pekmez, Doktora Tezi s. 104 vd.; Oğuzman/Öz, cilt – I, s. 599; Eren, Borçlar Genel, s. 1331.

<sup>133</sup> Pekmez, Doktora Tezi s. 104 vd.; Eren; Borçlar Genel, s. 1331, 1332.

<sup>134</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1332.

<sup>135</sup> Pekmez, Doktora Tezi s. 105, 106; Fonksiyonel bağıllığın sadece ifa sırasındaki bağıllık olduğu yönünde bkz. Kaniti, s. 55; Serozan, İfa Engelleri, s. 64.

alınmaktadır<sup>136</sup>. Serozan'a göre<sup>137</sup> de fonksiyonel synallagma anlayışı, boçlunun muacceliyet eksikliği savunmasını genişleten ve onu tamamlayan bir göreve sahiptir. Şu kadar ki, "Borcum henüz muaccel olmadı; bugün git, yarın gel" diyebilen borçlu, bunu söyleyemediği durumda bile, "önce sen öde, sonra ben ödeyeyim" diyebilmektedir.

Fonksiyonel synallagmayı örneklerle açıklamak gerekirse örneğin, borçlu temerrüdünde alacaklının karşı edimi hazır tutması hususu süresiz olarak bekletilemez. Bu hususta alacaklıya tanınan borçtan dönme yani karşı edim borcundan kurtulma imkanı fonksiyonel bağlılık ile ilgilidir<sup>138</sup>.

Aynı karşılıklı akit içerisinde olmasına rağmen aralarında değişim ilişkisi olmayan edimlere veya yan borçlara ödemezlik def'i uygulanmaz. Örneğin kira sözleşmesinde kiralanan şeyin kullanılmasını temin etme borcunun karşılığı o şeyi geri verme değil, kira bedelini ödeme borcudur. Bu kapsamda kiralanan kullanıma uygun teslim edilmemişse, kiracı kira bedeli borcunu ifadan kaçınabilse de TBK m. 97'ye dayanarak kira süresi sonunda kiralanan şeyi geri vermekten kaçınamaz<sup>139</sup>. Belirli, somut bir davranış olarak taraflarca kararlaştırılmamış, üzerinde durulmamış yan yükümlülükler, tarafların edimlerini taahhüt etmelerinin sebebini oluşturmazlar. Buna göre satış sözleşmesinde alıcının ücreti ödeme borcunu taahhüt etmesi asli bir edim iken ve bu durumda semenin ödenmemesi durumunda satıcı ödemezlik def'i ileri sürülebilecekken; satıcının malı ambalajlarken özen göstermemesi ise synallagmatik değildir, bu bir yan

---

<sup>136</sup> Rona, Sözleşmeden Dönme, s. 161.

<sup>137</sup> Serozan, İfa Engelleri, s. 64.

<sup>138</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 106. Sözleşmeden dönmenin tarihi gelişimi ve detaylı bilgi için bkz. Rona, Sözleşmeden Dönme s. 161 ve 23 vd. "... taraflardan birinin temerrüde düşmesi halinde, diğerinin süre tayini yoluyla kullanacağı seçimlik haklar, özellikle aynen ifayı talep reddedip müspet zararın tazminini talep etme veya sözleşmeden dönme, fonksiyonel synallagmanın sonuçlarıdır: Karşılıklı olarak birbirinin sebebini teşkil eden edim yükümleri yerine getirilmelidir... Alacaklı sadece bir talep hakkı yaratılmasını değil, talebin yöneldiği edimi istemektedir..." Havutçu, s. 22

<sup>139</sup> Kaniti, s. 66.

yükümlülüktür ve burada satıcı malı düzgün paketlemedi diye asıl mal zarar görmedikçe diye alıcı malın bedelini ödemedi kaçınamayacaktır<sup>140</sup>.

Hizmet sözleşmelerinde ise ücret, iş ediminin karşılığı olduğundan ücretin ödenmemesinden dolayı, iş sahibi, işin gördürülmesi için işçiye verdiği aletlerin geri verilmesi borcunun ifasından ödemezlik def'i ileri sürülerek kurtulamaz. Ücretli vekalet sözleşmesinde de ücret yapılan işin karşılığı olduğu için ücret verilmedi diye vekil TBK 97'ye dayanarak hesap vermektan kaçınamaz. Ücretli saklama sözleşmesinde de ücret saklama borcunun karşılığı olduğundan ödemezlik def'i ileri sürülerek saklanan şey geri vermektan kaçınma imkanı yoktur. Taşıma sözleşmelerinde de ücret, taşıma borcunun karşılığı olduğundan, taşıma ücretinin ödenmemesinden dolayı; ödemezlik def'i eşya taşımada taşınan eşyanın, yolcu taşımada bagajların verilmesinden kaçınma hakkı vermez<sup>141</sup>. Ücret alacaklarını elde edemeyen işçi, müteahhit, vekil, vedia alan bu borçlarını hapis hakkı gibi başka hukuki müesseselere dayanarak ifadan kaçınabilirler<sup>142</sup>.

Ödemezlik def'i, karşılıklı sözleşmeden bağımsız akdedilen yan anlaşmalardan dolayı ileri sürülemez. Yan anlaşmadan doğan borcun ifa edilmemesinden dolayı esas karşılıklı sözleşmeden doğan borcun ifasından ödemezlik def'i ileri sürülerek kaçınılamaz. Örneğin bir kafe sahibi, kahve çekirdeği ihtiyaçlarını gidermek için kahve üreticisi bir firmadan kahve çekirdeği temin etme borcu ve yine ücret karşılığında kahve çekirdeği satan firmanın reklam afişini kafenin duvarına asma borcu altına girmişse burada artık iki ayrı sözleşmeden söz edilecektir. Bir tanesi kahve çekirdeği alım satım sözleşmesi diğeri ise reklam sözleşmesidir. Taraflarca her iki sözleşme arasından bir bağ kurulmamışsa, reklam ücretinin verilmemesinden dolayı kafe sahibi kahve çekirdeği almayı durduramaz. Bunun gibi kafe sahibinin kahve çekirdeği alımında temerrüde düşmesi dolayısıyla da kahve çekirdeği üre-

---

<sup>140</sup> Havutçu, s. 25, 26. Paketleme nediyle zarara uğramamış olmalı

<sup>141</sup> Kaniti s. 66; Oğuzman / Öz, cilt-I s. 363, 364.

<sup>142</sup> Kaniti s. 67.

ten firma reklam sözleşmesinden kaynaklanan borcunun ücretinin ifasından kaçınmaz. Ancak eğer esas sözleşme ve yan sözleşmenin borçları taraflarca karşılıklı olarak düşünülmüşse, yan sözleşmenin borcunun ifa edilmemesinden dolayı esas sözleşmenin ve esas sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı yan sözleşmenin ifasından kaçınmak mümkündür<sup>143</sup>.

### 2.3. Edimlerin Mevcut ve Muaccel Olması

Ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi için taraflar arasında geçerli bir borç ilişkisinin olması ve varlığını devam ettirmesi gerekmektedir. Zaten sözleşmenin içeriğinin hukuka, ahlaka aykırı olması durumunda veya irade sakatlığı nedeniyle iptal edilmesi halinde, ödemezlik def'i vuku bulmaz. Bu sebeple ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi için öncelikli olarak karşı alacağın geçerli olarak doğması, sonra da varlığını devam ettirmesi ve henüz sona ermemiş olması gerekmektedir. Eğer taraflardan birinin borcu doğmamışsa veya ifa, takas, borçtan kurtarma vb. sebeplerle sona ermişse karşı taraf yine ödemezlik def'ini ileri süremez<sup>144</sup>.

Bazen karşı edim gereği gibi ifa edilmemiş olabilir; bu halde de ödemezlik def'inin ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre karşı edimin kötü veya eksik ifa edilmesi durumunda ödemezlik def'i eksik veya kötü ifayı düzeltmek, tamamlamak için ileri sürülebilir. Bu durumda ödemezlik def'inin adeta sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği def'ine (*exceptio non rite adimpleti contractus*) büründüğü ifade edilmektedir<sup>145</sup>.

Kısmi ifa durumunda, örneğin borcun bir kısmı ifa edilmiş diğer kısmı henüz ifa edilmemişse geri kalan ifa edilmemiş kısım için dahi ödemezlik def'i ileri sürülebilir. Böylelikle alacaklı karşı edimin tamamını elde edinceye kadar kendi edimi-

---

<sup>143</sup> Kaniti s. 67.

<sup>144</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1013; Oğuzman/Öz, cilt – I s. 363vd; Feyzioğlu s. 113; Tunçomağ, s. 452

<sup>145</sup> Kaniti, s. 110; Feyzioğlu, s. 114; Tunçomağ, s. 453.

nin tamamını ifadan kaçınabilir<sup>146</sup>. Ancak kısmi ifa bilerek kabul edilmişse o takdirde ödemezlik def'inin ileri sürülüp sürülmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre kısmi ifayı bilerek kabul eden taraf ancak kalan kısım oranında ödemezlik def'i ileri sürebilir<sup>147</sup>.

Diğer bir görüş ise borçlanılan edim tamamen ifa edilmedikçe kısmi ifayı bilerek de olsa kabul eden taraf tamamı için ödemezlik def'ini ileri sürülebileceğini savunmaktadır<sup>148</sup>. Üçüncü bir görüş ise kısmi ifayı kabul edenin kendi edimi bölünebiliyorsa ödemezlik def'ini bu oran için kullanması; şayet kendi edimi bölünemiyorsa ödemezlik def'ini kullanarak tümüyle ifadan kaçınması gerektiği yönündedir<sup>149</sup>. Eğer geri kalan kısmın önemsiz olmasından dolayı ödemezlik def'i kullanılması dürüstlük kuralına aykırı ise o takdirde kullanılan def'i geçersiz olur<sup>150</sup> veya sadece karşı edimin eksik kısmına denk gelen bir oranda kaçınma imkanı sağlar<sup>151</sup>.

Kanaatimizce kısmi ifa durumunda, ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi için kısmi ifanın kabul edilip edilmemesi ve kısmi ifanın kabul edildiği durumda ise ilgili tarafın borcunun bölünebilirliği incelemesi yapılması isabetli olacaktır. Bu kapsamda, eğer kısmi ifa kabul edilmemiş, TBK m. 84/1 uyarınca reddedilmiş ise borcun tamamı için ödemezlik def'i ileri sürülebilir. Ancak kısmi ifa kabul edildiği takdirde, ilgili tarafın borcu bölünebiliyorsa ödemezlik def'inin ilgili kısım için ileri sürülebileceğini değerlendirmekteyiz. Aksi halde borcun bölünemediği du-

---

<sup>146</sup> Oğuzman/Öz –cilt I s. 363 vd.

<sup>147</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1014; Oğuzman/Öz, cilt- I, s. 363 vd.; Kaniti, s. 111; Tunçomağ, s. 453.

<sup>148</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1014; Oğuzman/Öz, cilt- I, s. 363 vd..

<sup>149</sup> Tekinay, Sulhi/Akman, Sermet /Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7 Bası, İstanbul, 1993 (“Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop”) s. 831.

<sup>150</sup> Aynı yönde bkz. s. 17; Ödemezlik def'inin somut sözleşme ilişkisi içerisinde her bir edime verilen değere ve menfaatler dengesine bakılarak dürüstlük ilkesi ışığında ileri sürülebileceği belirtilmiştir. Ayrıca “pire için yorgan yakmama” prensibi de göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, satılan malın kullanma talimatı, ayakkabı bağı, saatin kılıfı gibi ayrıntıların/aksesuarların eksikliği malın niteliğine ve yerine göre ödemezlik def'ini ileri sürmeyi haklı da kılabilir yersiz de bırakabilir. bkz. Serozan, İfa Engelleri s. 67.

<sup>151</sup> Kaniti, s. 111 vd.

rumda ise hakkaniyet gereği ödemezlik def'inin tüm borç için ileri sürülebileceği düşünülmektedir.

İfa, niteliği açısından da borçlanılan edim ile uyumlu olmalı, ayıplı mal olmamalıdır. Ancak borçlu ayıplı ifayı kabul etmiş ise o takdirde ayıba karşı tekeffül hükümleri ile birlikte ödemezlik def'i ileri sürülemez. Yani alıcı, ayıplı bir malı teslim alıp ücretini ödemezlik def'i ileri sürerek ödemekten imtina etmemelidir. Bu durum hakkaniyet ilkesine de aykırı olacaktır eğer alıcı malı teslim almışsa bu durumda ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanmalıdır. Çünkü bu halde evleviyetle genel hüküm özel hüküm farkının dikakte alınması gerekmektedir. Ödemezlik def'ine göre özel hüküm olan ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>152</sup>.

Eğer karşı edim sona ermiş olmayıp sadece zamanaşımına uğramış ise bu takdirde borçlunun zamanaşımına uğramış alacağına dayanarak doktrinde ödemezlik def'i ileri sürülebileceği görüşü hakimdir<sup>153</sup>. Çünkü zamanaşımı alacağı sona erdirmekte sadece talep edilmesine etki etmektedir. Bu kapsamda zamanaşımı kurallara uygun olarak ileri sürüldüğü takdirde dava ve talep haklarını sona erdirmektedir<sup>154</sup>.

Ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi için her iki tarafın da borçlarının muaccel olması gerekmektedir. Zira eğer ifa talebinde bulunan tarafın alacağı muaccel olmamışsa ödemezlik def'i kurumuna başvurmasına gerek bulunmamaktadır. Bu takdirde dava açılırsa davası da reddedilecektir. Edim muaccel olduğu halde karşı edim muaccel değil ise bu takdirde de ödemezlik def'inin kullanılmasının imkanı yoktur.

Muacceliyetin önce ifadan farkını ortaya koymak gerekmektedir. Örneğin karşılıklı bir sözleşmede (A)'nın borcu 1 Eylül, (B)'nin borcu ise 15 Eylül tarihinde muaccel olacak ise bu kapsamda (A), (B)'den 15 Eylül tarihine kadar ifa talep edemez.

---

<sup>152</sup> Kaniti, s. 120; Serozan, İfa Engelleri, s. 67; Eren, Borçlar Genel, s.1014.

<sup>153</sup> Aynı yönde bkz. Serozan, İfa Engelleri, s. 69; Kaniti, s. 108- 109; Oğuzman/Öz, cilt-I, s. 363 vd.; Detaylı bilgi için bkz. 5.2.1.

<sup>154</sup> Def'ilerin benzer durumlarda ileri sürülebileceğine ilişkin bkz. TBK m. 72/2, 82/2, 231/1, TMK 559/2, 571/2.

Buna karşılık (B), (A)'dan ifa talep eder ve (A) ödemezlik def'ini ileri süremez. Ancak 15 Eylül'den sonra henüz her iki borç da ödenmemişse her iki taraf da ifa talebinde bulunabilir ve ödemezlik def'ini ileri sürebilir. Ayrı vadelerin olması önce ifa borcu olduğu anlamına gelmemektedir. Önce ifanın söz konusu olabilmesi için (B)'nin borcunun muacceliyetinin (A)'nın borcunun ifasına bağlanmış olması gerekmektedir<sup>155</sup>.

#### **2.4. Taraflardan Birinin Önce İfa Yükümlülüğünün Bulunmaması**

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlanılan edimler aynı anda ifa karinesinden yararlanırlar. Ancak taraflardan birinin sözleşme, kanun veya teamüle göre önce ifa yükümlülüğünün bulunması halinde öncelikle ifa yükümlülüğü söz konusu olur<sup>156</sup>. Öncelikle ifa yükümlüsü olan taraf ödemezlik def'ine sahip olamaz çünkü karşı taraftan ifayı talep edebilmek için ilk önce kendi edimini ifa etmelidir.

Taraflar içlerinden birinin borçlandığı edimi önce ifa edeceğini kararlaştırmışlarsa önce ifa yükümlülüğünün sözleşmeden doğması durumu gündeme gelecektir<sup>157</sup>. Önce ifa yükümlülüğü sözleşmeden kaynaklanmasına satım sözleşmesi örnek olarak verilebilir. Taraflar malın satım bedelinin ödenmesinden 1 ay sonra teslim edileceğini kararlaştırmışlarsa satış bedeli ödenmedikçe malın teslim edilmesi talep edilemez<sup>158</sup>. Arsa payı karşılığı satış sözleşmesinde, arsa sahipleri, yüklenici-

---

<sup>155</sup> Oğuzman/Öz, cilt – I, s. 363 vd..

<sup>156</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1015.

<sup>157</sup> Tunçomağ, s. 455.

<sup>158</sup> Oğuzman/Öz, cilt – I, s. 363vd.



nin inşaatı belirli bir seviyeye getirmesi halinde bağımsız bölümler için yükleniciye satış yetkisi verilmesi örnek olarak verilebilir<sup>159</sup>.

Öncelikle ifa yükümlülüğü kanundan da doğabilir. Bu kapsamda örneğin eser sözleşmesinde TBK m. 479 uyarınca önce ifa yükümlülüğü yükleniciye aittir. Hizmet sözleşmesinde ise öncelikle ifa yükümlülüğü işçinin üzerindedir<sup>160</sup> (TBK m. 406). Ancak ücret ödeme süresince mesela aylık olarak kararlaştırılmışsa 1 ay boyunca çalışmış olan işçiye o sürenin sonunda ücreti ödenmemişse işçi TBK m. 97 uyarınca çalışmaktan kaçınabilir<sup>161</sup>. Fakat def'i hakkı, kanun dışı grev şeklinde birçok işçi tarafından toplu olarak kullanılamaz<sup>162</sup>.

Teamülden doğan önce ifa yükümlülüğüne ise lokantalarda öncelikle lokantacının edimini ifa etmesi sonra müşterinin ödemesi örnek olarak verilebilir<sup>163</sup>. Sinema, tiyatro ve konserlerde giriş ücretinin önce ödenmesi ve otobüs, tramvay, tren vb. taşıma ücretlerinin önce ödenmesi de teamülden doğan önce ifa yükümlülüğüne örnektir<sup>164</sup>.

Kira sözleşmelerinde, TBK m. 314 uyarınca ifa zamanı düzenlenmiş olup aksine sözleşme ve yerel adet olmadıkça kiracının ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde kira bedelini ve yan giderleri ödeme yükümlülüğü vardır. Bu kap-

---

<sup>159</sup> Kılıçoğlu, s. 615. "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 sebeple davalının savunmasının ödemezlik def'i olarak kabul edildiği, davacıların davalı aleyhine zenginleştikleri miktarın verilen süreye rağmen yatırılmadığı ve yatırılmayacağı açıkça bildirildiği, bu sebeple davacının tapu kaydını devretmemesinin haklı sebebe dayandığı, tazminat isteminin de bu talebin haklılığına bağlı olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir..."Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2016/6250, K. 2017/1948, T. 3.7.2017.

<sup>160</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1016.

<sup>161</sup> Ayrıca bkz. 2. bölüm başlık 2.7.

<sup>162</sup> Oğuzman/Öz, cilt- I, s. 363vd.

<sup>163</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1016; Serozan, İfa Engelleri, s. 68.

<sup>164</sup> Tunçomağ, s. 455.

samda, kiraya vereni önce ifa yükümlüsü olarak değerlendirebiliriz<sup>165</sup>. Serozan<sup>166</sup>, elektrik, su ve telefon abonmanlarında bir hesaplaşma otomatığı kurulamayacağı düşüncesiyle öncelikle tüketimin ya da hesaplaşmanın yapılması, daha sonra ücretin ödenmesi gerektiğini ve önce edimin tutarı hesaplanarak sonra karşılığının ödeneceğini ve bu halde de ödemezlik def'ine yer olmayacağını belirtmiştir. Ancak abone tarafından abonelik ücreti ödenmediği takdirde ilgili kurum ve kuruluşlarca abonelik hakkı geçici veya sürekli olarak engellenebilmekte ve hatta uygulamada mühürleme işlemi yapılabilmektedir<sup>167</sup>. Bu sebeple abonelik sözleşmelerinde de abone tarafından abonelik ücreti ödenene kadar elektrik, su veya telefon sağlayıcı karşı edimini ifa etmekten kaçınabilir<sup>168</sup>.

Yine Serozan'a göre<sup>169</sup>, ifa sırasında tereddüte sebep olacak durumlara örnek olarak turistik gezi sözleşmeleri örnek olarak verilebilir. Seyahat acentasına gezi için başvuran bir yolcunun yolculuk, rehberlik, yeme içme, yatma gibi işlemler için peyderpey ödeme yapmasının beklenemeyeceğini belirterek yolcunun, teamül gereği parasının tamamını seyahatine ilişkin rezervasyon belgelerini/gezi biletlerini teslim aldığı anda ödeyeceğini ve burada da ödemezlik def'i ileri sürülmesi durumunun mümkün olamayacağını belirtmiştir. Ancak uygulamada çoğunlukla gezi sözleşmelerinin ücret ödemeleri taksitli olarak ve kredi kartı ile yapılmaktadır<sup>170</sup>. Bu doğrultuda, gezinin gerçekleşmesi için katılımcı sayısı sağlanamaması ve dolayısıyla gezinin gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması halinde gezi paketini satın alan tüketicinin ödemezlik def'i ileri sürebileceğini ve gerektiğinde mahkemedan ihti-

---

<sup>165</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 153; Aksi yönde sürekli sözleşmelerde sürekli edim borçlusuna önce ifa borcu yüklendiği yönünde bkz. Kaniti, s. 138; Tuñçomağ, s. 454.

<sup>166</sup> Serozan, İfa Engelleri, s. 68; Aynı yönde ilgili işletmelerin önce ifa yükümlüsü olduğu yönünde bkz. Kaniti, s. 140; Tuñçomağ, s. 455.

<sup>167</sup> Türker, Sümeyye, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri, T.C. Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Gaziantep, 2020 ("Türker, Y.L. Tezi") s. 28.

<sup>168</sup> Serozan, İfa Engelleri, s.68.

<sup>169</sup> Serozan, İfa Engelleri, s.68.

<sup>170</sup> Savaş, Süleyman, Paket Tur Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Atatürk Üniversitesi, Erzurum, 2019, s. 59.

yati tedbir kararı olarak taksit ödemelerinin durdurulmasını talep edebileceğini değerlendirmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz durumlardan herhangi birinin varlığı halinde yani önce ifa yükümlülüğünün kararlaştırıldığı durumlarda ödemezlik def'i ileri sürülemezdir. Ancak davacı, edimini ifa etmeyeceğini veya ifa edecek durumda olmadığını açık ve kesin olarak ifade etmişse önce ifa zorunda olan tarafın önce ifa yükümlülüğünün kalkacağı, çünkü kendi edimini ifa etmeyeceğini açıklayan tarafın karşı edimi talep etmesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı kabul edilmektedir<sup>171</sup>.

## **2.5. Karşı Edimin Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemiş ya da İfasının Teklif Edilmemiş Olması**

Alacaklı kendi edimini ifa ya da teklif etmeden, borçludan edimini ifa etmesini talep edemeyecektir, aksi halde borçlu alacaklıya karşı ödemezlik def'ini ileri sürer<sup>172</sup>. Alacaklı, borcunu ifa etmiş bulunuyorsa esasen borç sona erdiği için ödemezlik def'inin ileri sürülmesi söz konusu olamaz<sup>173</sup>. Ancak kanunen düzenlenen bazı kurumlar karşı edimin ifası ile aynı sonucu doğururlar. Bunlara edimin tevdi edilmesi, takas, yenileme (tecdit) , ibra örnek olarak verilebilir. Bu durumlardan herhangi birinin gerçekleşmesi def'inin ileri sürülmesini engeller. Çünkü

---

<sup>171</sup> Oğuzman/Öz, cilt-I, s. 363 vd.

<sup>172</sup> Kılıçoğlu, s.616.

<sup>173</sup> Oğuzman/Öz, cilt – I, s. 371.

ödemezlik def'i bağımlı bir def'idir<sup>174</sup>; ancak karşı tarafın borçlandığı edim varlığını devam ettirdiği sürece varlığını korur.

Alacaklı borcunun ifasını teklif etmiş ise bu takdirde yine borçlunun ödemezlik def'ini ileri sürmesini engeller. Zira bu halde borçlu, alacaklıya karşı edimi ifa etmeye hazır olduğunu ifade etmektedir<sup>175</sup>. Bu hususta önemli olan şey ifanın teklifinin gereği gibi samimi, usulüne uygun olarak gerçekleşmiş olmasıdır<sup>176</sup>. Bu durum alacaklı için adeta bir külfet teşkil etmektedir. Ancak bunun olması için ifa önerisinin reddi alacaklı temerrüdünü doğuracak şekilde (TBK m. 106) olmalıdır<sup>177</sup>.

İfadan kaçınma durumu sadece alacaklının edimi hiç ifa etmediği durumda değil karşı edimini sözleşme şartlarına uygun yani gereği gibi ifa etmediği durumlarda da söz konusu olur. Gereği gibi ifa etmeme durumunda görünürde bir ifa mevcuttur ancak bu borca uygun tarzda yapılmamıştır. Mesela alacaklının kabule mecbur olmadığı bir kısmi ifa teklifi veya ayıplı edim teklif edilmişse böyle bir durumun varlığından söz edilebilir. Böyle bir durumda, ifa sözleşme şartlarına uyumlu hale gelene kadar karşı edim alacaklısı def'i ileri sürerek kendi ediminin ifasından kaçınabilir yani ifayı reddedebilir<sup>178</sup>.

---

<sup>174</sup> Bağımlı def'iler aynı veya nispi hakka sahip olan def'ilerdir. Bir diğer deyişle def'i hakkının sahip olduğu bir temel hak mevcuttur. Def'inin kaderi bağlı olduğu aynı veya nispi hakka bağlıdır. Temel hak ortadan kalkarsa def'i hakkı da ortadan kalkmış olur. Ödemezlik def'i de aynı zamanda bir bağımlı def'idir. Çünkü eğer temel borç ilişkisi sona ererse borçlunun ileri süreceği ödemezlik def'i ortadan kalkar. Temelde bir aynı hakka veya nispi hakka dayanıldığı için söz konusu def'ileri yalnızca ilgilisi (aynı veya nispi hak sahibi) tarafından ileri sürülebilir. Ancak bu durumda iki istisnası mevcuttur. Kefilin esas borçluya karşı def'i ileri sürmesi ve borcun üstlenilmesinde asıl borçluya ait def'ilerin devralan borçlunun ileri sürmesidir: Eren, Borçlar Genel, s.74; Çukadar, Neslihan, s. 75-76; Kaniti, s. 153.

<sup>175</sup> Kılıçoğlu, s. 616.

<sup>176</sup> Feyzioğlu, s. 114; Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt III, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017 ("Antalya-III") s.67.

<sup>177</sup> Oğuzman /Öz, cilt -I s. 371; Feyzioğlu, s. 114.

<sup>178</sup> Kaniti, s. 110; Pekmez, Doktora Tezi, s. 185.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ÖDEMEZLİK DEF'İNİN UYGULAMA ALANI

#### 3.1. Genel Olarak

Bu bölümde öncelikle tipik sözleşmelerden satış sözleşmesi, kira sözleşmesi, bağışlama sözleşmesi, eser sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, saklama ve ödünç sözleşmeleri, iş (hizmet) sözleşmeleri ve son olarak da ortaklık sözleşmelerini mercek altına alacağız.

Ancak bu noktada öncelikle ödemezlik def'inin sadece özel hukuk alanında mı geçerli olduğu sorusu akla gelecektir. Ödemezlik def'i sözleşmeden doğan borç ilişkisinin kaynağından yani özel hukuk alanına mı kamu hukuku alanına mı ait olduğundan bağımsız olarak şartları olduğu takdirde ileri sürülebilecek olup, sadece özel hukuk ile sınırlandırmak doğru olmayacaktır<sup>179</sup>. Bu kapsamda idari sözleşmelerde de ödemezlik def'inin ileri sürülebileceğini değerlendirmekteyiz.

#### 3.2. Satış Sözleşmesinde

Satış sözleşmesi TBK m. 207/1'de de belirtildiği üzere her iki tarafın da borç altına girdiği sözleşmedir. Satıcı satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcı ise bedel ödeme borcu altındadır.

Satış sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin genel hükümlerle yarışıp yarışmadığı, yarıştığı takdirde ise ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi için ayıp hükümlerinin şartlarının sağlanmasının aranıp aranmayacağı gibi hususlar tartışmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nda ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinde ödemezlik def'inin ileri sürülüp sürülemeyeceği açıkça düzenlenmemiş olsa

---

<sup>179</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 198.

da genel hükümlerle özel hükümler çatışmadıkları takdirde, genel hükümlerin özel hükümler için de uygulanacağı aşıkardır<sup>180</sup>.

Birinci görüşe göre, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin şartlarının sağlanması ile ödemezlik def'inin şartlarının sağlanması birbirinden farklıdır. Ayıp hükümlerinin ileri sürülmesi, ödemezlik def'ini ileri sürmekten daha ağır şartlara sahiptir; bu sebeple, alıcı ayıptan doğan hükümlerden bağımsız olarak ödemezlik def'i ileri sürerek satış bedelini ödemekten kaçınabilecektir<sup>181</sup>.

İkinci görüşe göre, satıcı alıcıya taraflarca kararlaştırılan satılanı teslim etmişse alıcı, adeta o malı almakla mükelleftir. Bir diğer deyişle alıcının ayıplı malı teslim almasıyla birlikte satıcının ifa yükümlülüğü sona ermekte ve alıcıdan satış bedeli talep edildiğinde artık alıcı ödemezlik def'i ileri sürememekte, ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanmaktadır<sup>182</sup>.

Üçüncü görüşe göre, ayıba karşı tekeffül hükümleri (özel hükümler) ile genel hükümler örneğin ödemezlik def'inin ileri sürülmesi hükümleri yarışır. Ancak bu durumda alıcının ayıba karşı tekeffülün şartlarını yerine getirmesi adeta bir ön şarttır. Alıcı ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanacaksa, alıcının muayene ve ihbar külfetini yerine getirmiş olması aranacaktır<sup>183</sup>.

Kanaatimizce, özel hükümleri ve genel hükümleri ayrı ayrı değerlendirmek yerinde olacak olup bu kapsamda, alıcının muayene ve bildirim külfetini yerine getirmediği varsayımında ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanmayacak olsa da genel hükümlere göre ödemezlik def'ine dayanılabilecektir. Bir diğer deyişle alıcı ayıp giderilene kadar borcunu ödemekten geçici olarak kaçınabilecektir. Bu kapsamda birinci görüşün isabetli olduğu değerlendirilmekteyiz<sup>184</sup>. Bunu destekleyecek

---

<sup>180</sup> Kaniti, s. 120, Pekmez, Doktora Tezi, s. 210.

<sup>181</sup> Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 1998/8099 K. 1999/2779 T. 13.04.1999; Gümüş Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 3. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018 ("Gümüş, Borçlar Özel") s. 59.

<sup>182</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 830; Gümüş, Borçlar Özel, s. 60 dn. 245.

<sup>183</sup> Kaniti, s. 119 – 120.

<sup>184</sup> Aynı yönde bkz. Pekmez, Doktora Tezi, s. 212.

şekilde adli yargı ilk derece mahkemesi de bir kararında “... *Ayıp ihbarının esasen ödemezlik definin koşullarının oluşması ve davalının bu nedenle borcun geri kalanını ödemekten kaçınabilmesi konusunda bir değer taşımadığı...*” ifadelerine yer verilerek bu yönde hüküm kurmuştur<sup>185</sup>.

Satış sözleşmesinde ayıp durumunda alıcının seçimlik hakları TBK m. 227’de düzenlenmekte olup bunlar (i) satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme, (ii) satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme, (iii) bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme, (iv) satılanın ayıpsız benzeri ile değiştirme olup genel hükümlere göre tazminat hakkı ise saklıdır.

Alıcı seçimlik haklarından satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa o takdirde satılanı satılandan elde ettiği yararlar ile birlikte geri vermekle yükümlüdür<sup>186</sup> (TBK m 229/1). Buna karşın alıcı da satılanı ve satılandan elde ettiği yararları satıcıya iade etmek zorundadır<sup>187</sup>. Taraflar iade borcu kapsamında da ödemezlik def’i ileri sürebilecektir. Çünkü alıcının, satılanı ve faydalarını geri verme borcu ile satıcının satış bedelini iadesi borcu arasında karşılık ilişkisi mevcuttur. Bu doğrultuda, kendi geri verme borcunu ifa

---

<sup>185</sup> Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri Kararı - İstanbul 12. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2018/690 K. 2019/843, T. 26.9.2019 (lexpera)

<sup>186</sup> Birden çok mal veya birden çok parçadan oluşan bir mal birlikte satılmış ancak bir kısmı ayıplı çıkmışsa o takdirde dönme hakkı sadece ayıplı olan için kullanılabilir. Bununla birlikte ayıplı mal taraflara önemli bir zarar vermeksizin ayrılamıyorsa o zaman dönme hakkı satılanın tamamını kapsamak zorundadır. TBK m.230/1 Örneğin bir porselen kahve takımının sadece bir parçası ayıplı çıkmışsa, kısmi dönme, alıcı ve satıcıya zarar vereceği için sözleşmeden tamamen dönme yoluna gitmek zorunluluğu vardır. Bu halde de tüm takım için ödemezlik def’i ileri sürülebileceğini değerlendirmekteyiz. Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, Özel Borç İlişkileri, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018 (“Zevkliler, Gökyayla”) s. 128, dn. 305.

<sup>187</sup> Gümüş, Borçlar Özel s. 86 -87; “Dönme üzerine kurulan çözülme ilişkisine, yeni dönme kuramı ışığında bir sözleşme ilişkisi sayılınca hiç kuşkusuz bu akdi çözülme ilişkisine sözleşmeye ilişkin kural ve ilkeler de doğrudan doğruya uygulanabilecek ve eBK m. 81, m.96, m.117, m. 125 kurallarının def’i ispat yükü sorumluluk, hasar ve zaanaşımı düzeni dönme öncesinde olduğu gibi dönme sonrasında da etkinliğini sürdürecektir.” Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 88 ve 571 vd.

etmeyen veya ifasını teklif etmeyen bir taraf varsa, diğ er taraf ödemezlik def'i savunmasında bulunarak ifadan kaçınabilir<sup>188</sup>.

Satılanın ayıpsız benzeri ile değ iştirilmesi hakkının kullanılması halinde alıcı, TBK m. 97'ye dayanarak ayıplı mal ayıpsız benzeri ile değ iştirilene kadar satış bedelini ödeme borcundan kaçınabilir<sup>189</sup>. Ancak ayıp hükümleri iş letilmiş ve ayıplı mal ayıpsız benzeri ile değ iştirilmiş ise artık ödemezlik def'i ileri sürülemeyecektir. Aynı şekilde, ödemezlik def'i satılanın ücretsiz onarılmasını isteme durumunda da ileri sürülebilecektir.

### 3.3. Bağ ışlama Sö zleşmesinde

Bağ ışlama tek tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir<sup>190</sup>. Ancak bağ ışlama sözleşmesinin ödemezlik def'i ile bağ lantısını yüklemeli bağ ışlama kapsamında incelemek gerekir. Yüklemeli bağ ışlama sözleşmeleri TBK m. 291'de düzenlenmiştir<sup>191</sup>. İlgili maddeye göre bağ ışlayan bağ ışlamasına yükleme (mükellefiyet) koyabilmektedir. Böylelikle bağ ışlanan, belirli bir edimde bulunma yükümü altına girmektedir. Ancak söz konusu yükümlülüğ ün teknik anlamda bir yükümlülük olmadığı, karşı edim olarak değerlendirildiğ i takdirde bağ ışlamanın karşılıksız

---

<sup>188</sup> Yavuz, s.97; İsviçre Federal Mahkemesi, ödemezlik def'ine dayalı korumayı yeterli bulmayarak, alıcıya satış bedeli faiziyle birlikte iade edilinceye kadar iade edilecek satılan üzerinde bir kişisel hapis hakkı (genel alıkoyma hakkı) tanımaktadır: Gümüş, Borçlar Özel, s.87 özellikle dn. 377.

<sup>189</sup> Kaniti, s. 120, Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, ("Yavuz") s.107.

<sup>190</sup> Yavuz, s.165; "Bağ ışlama esasen bağ ışlayanın bir karşı edim veya denk bir karşı edim olmaksızın kendi malvarlığ ından bir malvarlığ ı değer i ile bağ ışlananın malvarlığ ına yönelik sağ lığ ında yaptığ ı bağ ışlama sebebine dayalı, borç doğurucu veya tasarrufi kazandırmasıdır." Gümüş, Borçlar Özel, s.169 dn. 647

<sup>191</sup> Yüklemeli bağ ışlamaya örnek olarak taşınmaz bağ ışlamanın karşılığ ında her yıl başarılı iki öğrenciye burs verilmesi, bir heykeltıraş ın yapmış olduğu heykelin okula bağ ışlanması bunun karşılığ ında okulun girişine heykelin konulmasını istemesi verilebilir.



kazandırma niteliğinin ortadan kaybolduğu yönünde doktrinde ağırlıklı görüş mevcuttur<sup>192</sup>.

Koşula bağlı bağışlamayla, yüklemeli bağışlama birbirinden farklıdır. Yüklemeli bağışlamada sözleşmedeki yükümlülükler ileriye ertelenmez ancak bir yük ortaya konmaktadır; koşula bağlı bağışlamada ise sözleşmenin yükümlülüklerini ileriye doğru erteleme söz konudur<sup>193</sup>. Bu kapsamda, yükleme bir koşul değildir. Zira koşullubağışlamada bağışlamanın hükümlerinin gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsizdir. Ancak yükleme, kural olarak bağışlamanın ifasından sonra doğar, eğer bağışlamada önceden ifa zorunluluğu varsa o takdirde koşulun varlığından söz edilebilir<sup>194</sup>.

Bağışlama ise *causa donandi (bağışlama sebebi)*'nin varlığını gerektirir<sup>195</sup>. Ancak buna rağmen TBK 291. maddenin dördüncü fıkrasında bağışlanana belli durumlarda kaçınma hakkı tanınmıştır. İlgili fıkra, “*Bağışlama konusunun değeri, yüklemenin yerine getirilmesi masraflarını karşılamaz ve aşan kısım kendisine ödenmezse bağışlanan, yüklemeyi yerine getirmekten kaçınabilir.*” hükmünü amirdir. Burada bir kaçınma hakkı düzenlenmiş olsa da sadece masrafın aşılabacağı öngörülmediği veya öngörülenin haricinde masrafların ortaya çıkması durumunda uygulanabileceği için, bu kaçınma hakkı ödemezlik def'i olarak nitelendirilemeyecektir<sup>196</sup>, <sup>197</sup>.

---

<sup>192</sup> Yavuz, s. 171; Aral, Borçlar Özel, s. 217, 218; Yüklemeli bağışlamanın bağışlanan mükellefiyet yüklese bile karşılıklı bir akit olamaz. Çünkü bağışlayanın borcu ile bağışlananın yüklendiği mükellefiyet arasında denklik münasebeti yoktur. Mükellefiyetli bağışlama, bağışlama vasfını muhafaza ettikçe karşılıklı bir akit olamaz bkz. Kaniti, s. 62; Zevkliler, Gökyayla, s. 174.

<sup>193</sup> Zevkliler, Gökyayla, s. 174, 175.

<sup>194</sup> Aral, Borçlar Özel, s. 218.

<sup>195</sup> Kaniti, s. 62. Ayrıca mükellefiyet olarak öngörülen edimin, bağışlayanın edimi ile sinallagma ilişkisi içinde olmadığı, mükellefiyetin bağışlanılan şeye oranla tali bir niteliği olduğu ancak bazı hallerde mükellefiyetin bağışlamanın asli amacını teşkil edebileceği ve münhasıran üçüncü kişi yararına konulan mükellefiyetlerde böyle olduğu yönünde bkz. Aral, Borçlar Özel s. 218 vd.

<sup>196</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 214.

### 3.4. Kira Sözleşmesinde

#### 3.4.1. Genel Olarak

Kira sözleşmeleri iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Kiracı, kendisine bırakılan kiralananın kullanımı karşılığında, kiraya verene kira bedelini ödeme borcu altındadır. Kiraya verenin, teslim borcu TBK'nın 301. maddesinde düzenlenmiştir. Kiracının asli kira bedelini ödeme borcu ise TBK m. 313'te belirtilmiştir<sup>198</sup>.

Kira bedelini ödeme borcunun ifa zamanı ise TBK 314'te düzenlenmekte olup ilgili madde "*Kiracı aksine sözleşme ve yerel adet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri her ayın sonunda en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür.*" hükmünü amirdir. İlgili maddeden kira bedelini ödeme borcu gerek tek seferde ödenecek ani edimli bir borç olsun gerek dönem dönem ödenecek bir borç olsun kiraya verenin kiralananı teslim borcunu önce ifa etmesi gerektiği anlaşılmaktadır<sup>199</sup>. Doktrinde hakim görüşe<sup>200</sup> göre de, kiracının kira bedeli ödeme borcu kiralananın teslim edilmesinden sonra muaccel olacaktır. Buna göre kira bedelinin peşin ödemesinin kararlaştırılması halinde dahi önce kiraya verenin teslim borcunu yerine getirmesi gerekmektedir. Eğer yerine getirmez ise ödemezlik def'ini kiracıya karşı ileri süremeyecektir. İkinci bir görüş ise, TBK 314. madde her ne kadar önce ifa yükümlülüğünü düzenlemekte olsa da bunun aksinin kararlaştırılmasının mümkün olduğu yönündedir. Bu takdirde kira bedelinin peşin ödenmesi kararlaştırılmış ve kiracı tarafından kira bedeli ödeme borcu yerine getirilmemiş ise kiraya verenin ödemezlik def'i ileri sürmesi kabul edilmelidir<sup>201</sup>.

---

<sup>197</sup> TBK m. 291/4 kapsamında ödemezlik def'inin uygulanması ve 291/4'ün ödemezlik def'i olarak nitelendirilebileceğine ilişkin olarak detaylı görüşler için bkz. Pekmez, Doktora Tezi, s. 213 vd.

<sup>198</sup> Yavuz s. 181 vd.

<sup>199</sup> İnceoğlu, M. Murat, Kira Hukuku – Cilt -1, 1. Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2014 ("İnceoğlu") s. 256.

<sup>200</sup> İnceoğlu, s. 257, dn. 1043; Aral, Borçlar Özel, s. 245.

<sup>201</sup> İnceoğlu, s. 258

Kanaatimizce 314. maddenin aksi taraflarca kararlaştırılabilecektir. Buna göre, ilk görüşün aksine, kiraya verenin kiralananın kullanıma uygun şekilde teslimi ile kiracının kira bedelini ödeme borcunun aynı anda ifası, hatta kiracının kira bedelini peşin ödemesinin kararlaştırılmış olduğu hallerde önce ifa yükümlülüğünün kiracının üzerinde olduğu kararlaştırılabilir. Her iki durumda da ödemezlik def'ini ileri sürmek mümkün olacaktır<sup>202</sup>. Şöyle ki tarafların aynı anda ifasının kararlaştırıldığı durumda taraflardan biri ifa veya ifa teklifini gerçekleştirmediği durumda diğer taraf karşı edimi ifa etmekten kaçınacak ödemezlik def'ini ileri sürebilecektir.

Kiracının kira bedelini önce ifa ile yükümlü olduğu durumda da kiraya verenin ödemezlik def'ini ileri sürebileceği kabul edilmelidir. Ancak bu durumda ödemezlik def'inin ileri sürülebileceği kabul edilse dahi bu genelde ilk ayın kira bedeline ilişkin bir koruma sağlayacaktır. Zira bir kez teslim borcu yerine getirilmesinin ardından kiraya verenin ödemezlik def'ini ileri sürmesi, kiralananı geri istemesi ya da kullanımına engel olması mümkün olmayacaktır. Ancak kiraya verenin borcunu kiralananı teslim ve kira süresi boyunca kullanıma elverişli bulundurma borcunu kapsadığı şeklinde değerlendirdiğimizde bu görüş de hala savunulabilecektir<sup>203</sup>.

### **3.4.2. Kira Sözleşmesi'nde Ayıp Hükümleri**

TBK'da kiralananın teslim anındaki ayıplardan sorumluluğu (TBK m. 304) ve kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesinden sorumluluğu (TBK m. 305) olmak üzere ikili bir düzenleme yapılmıştır. Kiraya verenin teslim yükümlülüğü, kiralananın kullanımını sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun olarak ayıpsız

---

<sup>202</sup> Hükümün aksinin düzenlenmesi imkanı sağlansa bile kiraya verenin her halde aksi öngörülemeyen daimi önce ifa yükümlülüğünün mevcut olduğunu belirtmesinin isabetli olmadığı yönünde bkz. Pekmez, Doktora Tezi, s. 216.

<sup>203</sup> İnceoğlu, s. 257, dn. 1042.

teslim etmeyi kapsamaktadır. Buna göre TBK m. 304<sup>204</sup> kapsamında kiralananın teslim anında ayıplı olması halinde kiracının ödemezlik def'i ileri sürerek ayıplı kiralanayı teslim almaktan kaçınmasının mümkün olup olmadığı hususuna ve TBK m. 305 uyarınca kiralanın sonradan ayıplı hale gelmesi durumunda, kiracının kira süresi boyunca kiralanayı kullanıma elverişli olarak bulundurma yükümlülüğüne dayanarak kiracının ödemezlik def'i ileri sürme hakkının gündeme gelip gelmeyeceği hususuna değinilecektir.

Kiralananın teslim anındaki ayıplardan sorumluluğunun düzenlendiği 304. madde konut ve çatılı iş yeri kiraları için nisbi emredici niteliktedir. Yani kiracı aleyhine olacak şekilde ağırlaştırılması mümkün bulunmamaktadır. Bu sebeple ilgili madde kapsamında evleviyetle belirtmek gerekir ki kiracı lehine değişiklik yapılabilir. Örneğin önemli olmayan ayıplar için dahi kiracıya edimi kabul etmeme ve borçlu temerrüdüne dayanma imkanı sözleşme ile tanınabilir<sup>205</sup>. Bu halde şartlar sağlandığı sürece ödemezlik def'inin ileri sürülmesi de gündeme gelebilecektir. Örneğin, borçlu temerrüdünde aynen ifa ve gecikme tazminatı uygulandığı takdirde kiralanın, ayıp giderilene ve gecikme tazminatı ödenene kadar ödemezlik def'inin ileri sürülebileceği söylenebilir<sup>206</sup>. Söz konusu örneği, her ne kadar önemsiz ayıp ha-

---

<sup>204</sup> TBK m. 304'te önemli ve önemli olmayan ayıp ayırımına gidilmiştir. Önemli ayıp, kiralanadaki mevcut eksiklik veya bozukluk sözleşmede belirlenen kullanımı tamamen etkiliyorsa veya kullanılmakla birlikte kiracının edim yararını ciddi surette azaltıyorsa ve bu haliyle kiracıdan kiralanayı kullanması objektif olarak beklenemiyorsa o takdirde önemli ayıbın varlığından söz edilir. Önemli olmayan ayıp ise kiralananın kullanımını engellemeyen, buna rağmen kullanıma bağlı kullanıcının edim yararına kayda değer büyüklükte zarar vermeyen ayıplardır. Detaylı bilgi için bkz. Yavuz, s. 195.

<sup>205</sup> İnceoğlu, s. 153 -154.

<sup>206</sup> Kira sözleşmesinde ifa teklifinin gerçekleşmemesi sebebi ve buna bağlı olarak ödemezlik def'inin şartlarının sağlanmaması dolayısıyla Yargıtayca verilen bozma kararlarından örnekler:

linde borçlu temerrüdüne başvurulması imkanı için belirtmiş olsak da önemli ayıp halinde de aynı şekilde uygulama alanı bulacaktır<sup>207</sup>.

İsviçre doktrinine göre, OR 258 uyarınca borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilmek için kiralananın kiracıya teslim edilmemiş olması gerekmektedir<sup>208</sup>. Türk Hukuku'nda da 304. maddede bu husus açıkça düzenlenmemiş olsa da amaca göre daraltıcı yorum yapılarak kira sözleşmesinde ayıp halinde borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulabilmesi için kiralananın teslim edilmemiş olması gerektiği yönünde doktrinde bir görüş mevcuttur<sup>209</sup>. Ancak kanaatimizce ayıplı kiralananın teslimi gerçekleşmiş olsa dahi bu durum kiracı tarafından ödemezlik def'inin ileri sürülmesini engellemeyecektir. Zira kiraya veren kiralananı kira süresi boyunca kullanıma uygun vaziyette bulundurmakla yükümlüdür.

TBK 304'ün tanıdığı imkanlardan biri borçlu temerrüdü hükümlerine başvurmak olsa da imkanlar bunlarla sınırlı değildir. TBK m. 305'te de kiracı lehine yararlanma imkanı verilen haklar sayma yoluyla belirtilmiştir. TBK 306. ve 308. mad-

---

“...Davacı tarafça gönderilen ihtarname ile davalıdan kira bedelinin talep edildiği, ancak kiralananın teslimi hususunda karşı tarafa bir ihtar çekilmediği ve teslim borcu alacaklısı kiracının bu konuda temerrüde düşürülmediği; davalı tarafından gönderilen ihtarnamede de yine kiralananın teslimi için süre verilmediği, teslim borcu bulunan kiraya verenin teslim borcu bakımından temerrüde düşürülmediği ve doğrudan sözleşmenin feshedildiğinin bildirildiği görülmektedir. Davacı tarafça kira bedeli ve tazminat talep edilmekle teslim borcunu yerine getirmeyen ve karşı tarafı kiralananı teslim alma hususunda temerrüde düşürmeyen davacının kira bedelini talep etmesi mümkün değildir.... temyiz itirazlarının reddine kararın davalı yararına bozulmasına karar verilmiştir...” Yargıtay 3. HD., E. 2017/6568 K. 2019/4445 T. 13.5.2019

“...Davacı tarafça gönderilen ihtarname ile davalıdan kira bedelinin talep edildiği, ancak kiralananın teslimi hususunda karşı tarafa daha önce herhangi bir ihtar çekilmediği ve teslim borcu alacaklısı kiracının bu konuda temerrüde düşürülmediği; davalı tarafından gönderilen e-mailde de yine kiralananın teslimi için süre verilmediği, teslim borcu bulunan kiraya verenin teslim borcu bakımından temerrüde düşürülmediği ve doğrudan sözleşmenin feshedildiğinin bildirildiği görülmektedir. Teslim borcunu yerine getirmeyen ve karşı tarafı kiralananı teslim alma hususunda temerrüde düşürmeyen davacının kira bedelini talep etmesi mümkün değildir.. hükmün davalı yararına bozulmasına karar verilmiştir...” Yargıtay 3. H.D., E. 2017/8815 K. 2019/5223 T. 10.6.2019 (lexpera).

<sup>207</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 220.

<sup>208</sup> Yalnızca teslim sırasında bulunan ayıplar için ödemezlik def'i ileri sürülebileceği, teslimden sonra ödemezlik def'inin ileri sürülemeyeceği yönünde bkz. Pekmez, Doktora Tezi, dn. 681.

<sup>209</sup> İnceoğlu, s. 155; Aral, Borçlar Özel, s. 251 vd.

delerde de bu hakların şart ve sonuçlarına yer verilmiştir<sup>210</sup>. Buna göre TBK m. 306'da öncelikli olarak ayıbın giderilmesi düzenlenmiştir. 306. madde de seçimlik haklar olarak kiracının ayıbı kendisinin gidermesi ve bedeli kira bedelinden indirmesi, ayıpsız benzeri ile değiştirme ve fesih düzenlenmiş olup, 307. maddede kira bedelinden indirim<sup>211</sup> ile 308. maddede tazminat gibi bağımsız talepler düzenlenmiştir. Bu kapsamda, kiracının ayıptan doğan sorumluluğa dayanması halinde ödemezlik def'i ileri sürülüp sürülmeyeceği hususunu incelemek gerekmektedir<sup>212</sup>.

TBK 306/2'deki sözleşmenin feshedilmesi sebebiyle kira borcunun ödenmemesi ve TBK 307'de düzenlenen kira bedelinden indirim hakkındaki indirilen miktarın sebepleri ödemezlik def'ine dayanmamaktadır<sup>213</sup>. Bu durumda, ödemezlik def'i vasıtasıyla kira bedelinin ifasından kaçınma hakkı verecek imkanlar ayıbın giderilmesi ve kiralananın benzeri ile değiştirilmesi talebidir. Genel itibari ile kiracı, kiraya verenden ayıbın giderilmesini talep ettiyse bu süre zarfında bedel ödeme borcundan makul bir süre boyunca kaçınabilecektir<sup>214</sup>.

---

<sup>210</sup> İnceoğlu, s. 164 vd.

<sup>211</sup> Ayıbın giderilmesini talep etmenin bedelin indirilmesi için ön koşul olmadığı yönünde bkz. İnceoğlu, s. 165; Gümüş, s.130.

<sup>212</sup> Davalı taraf "...Uzun zaman karada park halinde kalan yatların zarar göreceği hususu davacı şirketin öngörüsü dahilinde olduğu, yedeminlik ücreti konusunda kendilerine bir ödeme yapılmadığı için ödemezlik def'i talebinde bulduklarını, dava konusu yatların teslimden önce malikler arasında yaşanan hukuki ihtilaf nedeniyle verilen tedbir kararı gereğince 3 yıl süresince X2 Marina'da karada park halinde kaldığı, bu nedenle yatların bu süreç içerisinde zarar gördüğü, zaten yatların kendine teslim edildiği tarih itibariyle hasarlı ve bakım ve onarıma ihtiyaç duydukları beyanla davanın reddini istemiştir..." hüküm davalı lehine olacak şekilde kurulmuş olup davanın reddine karar verilmiştir. İzmir BAM, 4. HD., E. 2017/1070 K. 2018/30 T. 09.1.2018 (lexpera).

<sup>213</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 219 vd.

<sup>214</sup> Gümüş, Mustafa Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 ("Gümüş") s. 122; Aksi yönde görüş için bkz. Oğuzman/Öz, cilt-I, s. 363 vd "...kiralanan şey kullanmaya elverişli şekilde teslim edilmemişse kiracı ancak kira bedelini ödemekten kaçınabilir..." Kaniti, s. 123.

### 3.4.3. Covid -19'un Ödemezlik Def'i Açısından Kira Sözleşmelerine Etkisi

Covid – 19 salgını, insanlarda şiddetli solunum yolu hastalığına sebep olmuş ve dünya üzerinde çok fazla ülkede görünmesi sebebiyle Dünya Sağlık Örgütü'nce 11.03.2020 tarihinde pandemi kategorisine alınmıştır<sup>215</sup>. Söz konusu salgın ülkemizi de etkilemiş olup salgının önlenmesi tedbirleri kapsamında T.C. İçişleri Bakanlığı'nca 15.03.2020 tarihinde ek genelge<sup>216</sup> çıkarılmıştır. Covid-19 pandemisinin halihazırda devam ediyor olması ve etki boyutunun büyüklüğü dolayısıyla çalışmamız kapsamında ele alınması gerekliliği hasıl olmuştur.

Söz konusu durum öncelikli olarak taraflar arasındaki sözleşme hükümleri çerçevesinde değerlendirilmeli ve öncelikle mücbir sebep (varsa) ve uyarılma hükümlerine bakılmalıdır. Bu hükümlerin sözleşme içerisinde düzenlenmemesi halinde ise TBK'nın ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Sözleşme hükümlerinde salgın hastalığın mücbir sebep olarak düzenlendiği varsayımında genel olarak bu durum bizi ifa imkansızlığına<sup>217</sup> götürecektir ya da TBK m. 138 uyarınca sözleşmenin ifasının güçleşmesi gündeme gelecektir<sup>218</sup>. Eğer sözleşme aşırı ifa güçlüğü kapsamında değerlendirilirse uyarılma davası veya sözleşmenin feshi gündeme gelecektir<sup>219</sup>.

---

<sup>215</sup> <https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66300/covid-19-nedir-.html>.

<sup>216</sup> <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200322M1-1.pdf>.

<sup>217</sup> Ünal, Makale 4. Başlık; Genelge ile yayımlanan durumun TBK m. 136 kapsamında borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkansızlığı olarak değerlendirilebileceği de gündeme gelebilecekse de kira sözleşmelerindeki kira bedeli yani para borcunun cins borcu olması dolayısıyla cins borcunda yok olamayacağı kabulüyle kira sözleşmesi sona ermeyeceği değerlendirilmektedir. Ancak bununla birlikte söz konusu genelge ile restaurant, kafe sahipleri vb. işyerleri faaliyetleri geçici olarak de olsa durdurulmuştur. Tüm bu önlem ve kısıtlamalar kiracı işyeri sahiplerini maddi açıdan olumsuz olarak etkilemiştir. Bu kapsamda geçici de olsa ifa imkansızlığının taraflarca katlanılamayacak hale gelmesi durumunda sözleşmenin sona erebileceği belirtilebilir.

<sup>218</sup> Baysal, Başak/ Uyanık, Murat/ Yavuz, Selim, Koronavirüs 2019 (Covid-19) ve Sözleşmeler, 26.03.2020 (lexpera) (“Baysal, Makale”).

<sup>219</sup> Cumalıoğlu, Emre, Covid- 19 (Yeni Korona Virüs Pandemisinin Özel Hukuk Sözleşmelerine Etkisinin İmkansızlık, Amacın Bozulması, Uyarılma ve Ödemezlik Def'i Bakımından Değerlendirilmesi, 13.05.2020 (“Cumalıoğlu, Makale”) (lexpera); Nomer, Borçlar Genel, s. 267 vd.; Baysal, Makale.

Kira sözleşmeleri açısından değerlendirdiğimizde ise kira sözleşmelerindeki uyarlama, kira bedelinden indirim, sözleşme süresinin değiştirilmesi şeklinde olabileceği gibi sözleşmenin geçici süreyle askıya alınması şeklinde de olabilir<sup>220</sup>.

Birtakım sektörlerdeki işyeri kira sözleşmeleri idarenin almış olduğu karar neticesinde doğrudan etkilenmiştir. Söz konusu genelge kapsamındaki sözleşmeleri (i) genelge kapsamında olup faaliyeti geçici olarak durdurulan işletmeler ve (ii) yürüttüğü faaliyet genelge kapsamında olsun ya da olmasın AVM bünyesi içerisinde kaldığı için kapanan işletmeler açısından ayrı ayrı değerlendireceğiz.

Yürütmekte olduğu faaliyeti sebebiyle (örneğin lunapark, kuaför, spor salonu, güzellik salonu vb.) geçici süreyle kapatılan işyerleri için kiraya verenin TBK m. 324 hükmünde yararlanması gündeme gelebilir. Hükme göre, kiralanan kullanıma elverişli bulundurulduğu sürece, kiracının kendisinden kaynaklanan bir sebeple kullanılmasa veya sınırlı olarak kullanılrsa bile kiracı, kira bedelini ödemekle yükümlüdür. Kanaatimizce, bu düzenlemenin Covid-19 pandemisinde uygulanması kiracıyı adeta yaptığı faaliyeti dolayısıyla cezalandırmakta kiracı, kiralanan hiç kullanılmasa veya sınırlı kullanılsa dahi kira bedelini ödemek zorunda bırakılmaktadır. Bu hakkaniyete aykırı durumda, kiraya verenin kira bedelini talep etmesi durumunda kiracının ödemezlik def'i ileri sürerek kira bedelinin ödemezlik def'i ileri sürerek edimin ifasından kaçınabileceğini değerlendirmekteyiz<sup>221</sup>.

Söz konusu genelgeyi faaliyet alanına bakılmaksızın tamamen geçici olarak kapatılan alışveriş merkezleri ve alışveriş merkezi bünyesinde yer aldığı için kapanan işletmeler açısından da değerlendirmek gerekmektedir. Bu durumda, kiraya verenin kiralananı kullanıma elverişli olarak bulundurması idare tarafından engellen-

---

<sup>220</sup> Cumalıoğlu, Makale bölüm A; MÇY Makale bölüm B; işletmesi faaliyet göstermediği ya da kısmi faaliyet gösterdiği mecur (kiralanan) için kira ödemek durumunda bırakılması da hakkaniyete uygun düşmediği ve bu durumda kiracı TBK m. 138'ye dayanarak kira bedelini ifa etmeden veya ihtirazı kayıtlı ifa ederek uyarlama davası ikame edebileceği yönünde bkz. Ünal, Makale.

<sup>221</sup> Ünal, Mücahit, Koronavirüs (Covid-19) Salgını Sebebiyle Alınan Tedbirlerin İşyeri Kira Sözleşmelerine Etkisi, 11.05.2020 ("Ünal Makale") 4. Başlık. AVM kiralamalarına uyarlama yapılabileceği yönünde bkz. Arat, Ayşe, Küresel Salgının İşyeri Kiralarına Etkisi ve Çözüm Önerileri, 30.04.2020 IV. Bölüm ("Arat, Makale") (lexpera).



diği için kullanımı geçici olarak mümkün değildir. Bu durum, Yargıtay kararları ile kabul edilen geçici ifa imkansızlığı olarak değerlendirilmeli ve sürenin bitimine kadar sözleşme hükümleri askıda olmalıdır<sup>222</sup>. Kira sözleşmesinin geçici süreyle askıya alınması ihtimalinde kira bedeli borcu işlememelidir. Bu süre içerisinde kiracısından kira bedeli talep eden kiraya verene karşı kiracının ödemezlik def'i ileri sürme imkanı bulunduğunu değerlendirmekteyiz. Zira kiraya veren kendi edimini ifa edememektedir.

### **3.5. Eser Sözleşmesinde**

#### **3.5.1. Genel Olarak**

Eser sözleşmeleri TBK m. 470 ve devamında düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eseri meydana getirmeyi, iş sahibinin de karşılığında bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda yüklenicinin meydana getirdiği eseri teslim borcu ile iş sahibinin bedel ödeme borcu sinallagma ilişkisi içerisinde<sup>223</sup>. İlgili maddenin lafzından yüklenicinin önce ifa yükümlüsü olup olmadığı net olmasa da Türk hukukunda hakim görüş yüklenicinin önce ifa yükümlüsü olmadığı yönündedir<sup>224</sup>. İsviçre hukukunda ise eserin yapılması açısından yüklenicinin önce ifa yükümlüsü olduğu yönündeki görüş baskındır. Ancak eserin teslimi ile ödemenin aynı anda ifa edilmeleri gerektiği belirtilmiştir<sup>225</sup>.

TBK 479/1 çerçevesinde işverenin bedel ödeme borcu, eserin teslim edilmesi anında muaccel olacağı için bedelin ödenmesiyle eserin tesliminin aynı anda ger-

---

<sup>222</sup> Ünal, Makale, 4. Başlık.

<sup>223</sup> Gümüş, Borçlar Özel s. 316; “Eser sözleşmelerinde ücret borcu iş sahibinin asli edimi olup kural olarak da iş sözleşmede kararlaştırılan bedelle yapılacaktır. Sözleşmede kararlaştırılan ödemenin yapılmamış ve ödenmeyen miktarın yüklenicinin tahammül gücünü aşmış olması halinde yüklenicinin işe devam etmesi istenemez eBK m.81 TBK m.97 ...” Yargıtay 15. HD. E. 2004/2914 K. 2005/159 T. 25.01.2005 (lexpera).

<sup>224</sup> Tunçomağ, s. 1048, Serozan, İfa Engelleri, § 6, N. 12.

<sup>225</sup> İsviçre hukukundaki görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. Pekmez, Doktora Tezi, dn. 697.

çekleşmesi gerektiği değerlendirilmektedir<sup>226</sup>. TBK 479/2’de ise bu kurala istisna getirilerek kısmi teslimler için kısmi ödemeler yapılabileceği belirtilmiştir. Ancak kısmi teslimler için yapılan kısmi ödemeler ile avans ödemeleri birbirine karıştırılmamalıdır. Kısmi ödemeler TBK 479/2’ye dayanırken avans ödemeleri 479/1’in aksine yapılan anlaşmalara dayanır<sup>227</sup>. Bu sebeple, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, kural olarak yüklenicinin işin tamamlanması öncesinde avans (ön ödeme) talep hakkı bulunmadığı söylenebilir.

TBK 479/2 kapsamında kısmi teslimlerde kısmi ödemelerden birinin yapılmaması durumunda yüklenici sonraki teslimlerden veya işe devam etmekten ödemezlik def’ini ileri sürerek kaçınabilir. Keza aynı durum taraflarca kararlaştırılmış avans ödemeleri için de geçerlidir. Ancak işin bırakılması, ödenmemiş ücretin tutarına

---

<sup>226</sup> Eserin teslimi birçok şekilde gerçekleşebilir. Örneğin, mimarın projeyi çizdiği kağıdı iş sahibine aynen teslim etmesiyle, yüklenicinin kendi mülkiyetindeki bir arazi üzerinde yapacağı yapının mevcut eser sözleşmesi kapsamındaki teslimi tescil ve fiili zilyetliğin devri ile gerçekleşecektir. Teslim borcunun muacceliyeti ise genellikle taraflar arasındaki eser sözleşmesinde belirli bir vade olarak (örneğin 01.01.2021) veya süre olarak (örneğin sözleşmenin kuruluşundan itibaren 12 ay içerisinde) kararlaştırılabilir. Eser sözleşmesinde kararlaştırılmış olmaması halinde ise “somut işin gerekli kıldığı” ortalama bir yükleniciden beklenecek ortalama bir çalışma temposu ile eserin meydana gelebilmesi için gerekli olan sürenin sonunda teslim borcu muaccel olur. Daha detaylı bilgi için bkz. Gümüş, Borçlar Özel, s. 344-345.

Yargıtay kararlarında da eserin teslimi gerçekleşmediği sürece yüklenicinin bedel alacağını muaccel olmayacağı bir diğer deyişle işverenin ödemezlik def’i ileri sürerek ödemedi kaçınabileceği anlaşılmaktadır. Buna göre, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 23.01.2012 tarihli ve 2010/7677 E., 2012/236 K. sayılı kararında “

Davacı yüklenici işe başlamış, edimini kısmen ifa etmiştir. Yapı kullanma izin belgesinin alınmadığı keza fiili teslimin de gerçekleşmediği belirlenmiştir...Borçlar Yasası’nın 128. maddesi uyarınca zamanaşımı alacağın muaccel olduğu günden başlar. Buna rağmen mahkemece kat irtifakının kurulduğu 15.04.1997 tarihinden itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi isabetli olmamıştır. Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın temyiz eden davacı yararına bozulmasına karar verilmiştir.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 28.02.2005 tarihli ve 2004/4417 E., 2005/1075 K. sayılı kararında “..Eser sözleşmelerinde kural olarak yüklenici eseri teknik ve sanatsal kurallara uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de teslim aldığı eserin bedelini ödemekle mükelleftirler. Bu haliyle eser sözleşmesi karşılıklı edimleri içeren bir iş görme sözleşmesidir. Yüklenici eseri teslim ettiğini kanıtlayamadığı gibi zaten iskân ruhsatı alınmadığından teslim edilmiş sayılamaz. Bu bakımdan davada zamanaşımından da söz edilemez. Açıklanan olgular ışığında değerlendirme yapıp işin esasının incelenip hüküm kurulması gerekirken zamanaşımı süresi dolduğundan bahisle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” (lexpera)

<sup>227</sup> Yavuz, s. 471.

göre orantısız bir önlem olarak kalıyorsa o halde bu durum hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır ve yüklenici işe devam etmemesinden kaynaklanan işveren zararlarından sorumlu olur<sup>228</sup>.

### 3.5.2. Eser Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk

Ayıplı ifa sebebiyle TBK m. 475'teki seçimlik haklara sahip olan işverenin aynı zamanda ödemezlik def'i ileri sürerek ücreti ödemekten kaçınıp kaçınamayacağına ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Gehrer'e göre<sup>229</sup>, işveren eğer eseri ayıplı olarak teslim aldıysa TBK 475'teki seçimlik haklarından birini kullanana kadar ödemezlik def'ini ileri sürerek ücretin tamamını ödemekten kaçınabilir. Bu görüş yüklenici açısından hukuki bir güvensizlik yaratacağı gerekçesiyle eleştirilere maruz kalmıştır<sup>230</sup>. Çünkü bu görüşe göre ücretin, eserin teslimi ile değil, *ayıpsız eserin* teslimiyle muaccel olacağı anlaşılmaktadır. Bu durum, işverenin eseri muayene ve ayıbı ihbar külfeti için yanında kesin bir zaman belirtilmediğinden işverenin keyfiyetine ve yüklenici için ücretin talep edilmesi zamanında da belirsizliğe sebep olacaktır<sup>231</sup>.

Gauch'a göre<sup>232</sup> ise, işveren sadece ayıplı bir eser teslim aldı diye yükleniciye karşı ödemezlik def'i ileri sürerek bedel ödemedi kaçınmaz. İşverenin ödemezlik def'ini ileri sürebilmesi için seçimlik haklardan ayıbın giderilmesini seçmiş olması gerekmektedir. İlk olarak eğer işveren sözleşmeden dönme seçimlik hak-

---

<sup>228</sup> Yavuz, s. 473.

<sup>229</sup> Gehrer, L.R., Vom Recht des Bauherrn, den Werklohn bei Mangeln des Werkes zurückzubehalten, SJZ, 1981 s. 305 vd. (Şenocak, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, ("Şenocak") s. 244'ten naklen).

<sup>230</sup> Şenocak, s. 245.

<sup>231</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 228 vd.; Gehrer, s. 305 vd. (Şenocak, s. 244'ten naklen).

<sup>232</sup> Gauch, Peter, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich, 1985, Nr. 2369 (Şenocak, s. 245'ten naklen).

kını seçerse yüklenicinin ücret alacağı sona erer<sup>233</sup> ve bu durumda ödemezlik def'i ileri sürülemez. Yüklenici seçim hakkını ücretten indirim yapılması yönünde kullanırsa işveren indirilmiş ücreti ödemekten ödemezlik def'ine dayanarak kaçınmaz. Yüklenicinin ayıp sebebiyle neden olduğu zararların tazmini açısından ise zararların tazmini ilişkisiyle işverenin bedel ödeme borcu arasında mübadele ilişkisi bulunmamaktadır<sup>234</sup>. Bu sebeple yine ödemezlik def'ine dayanılamayacaktır.

Yüklenici ayıplı da olsa ifayı gerçekleştirdiği için işverenin ayıp giderilene kadar ücretin ne kadar tutarından kaçınabileceği hususu ise tartışmalıdır. Alman Hukuku'nda Gauch'a göre işverenin ödemekten kaçınacağı bedel, ayıbı gidermesi için yüklenici üzerinde adeta bir baskı fonksiyonu oluşturacaktır. Buna göre, işveren ayıbın giderilmesi masraflarının iki ya da üç katını ödemekten kaçınabilecektir<sup>235</sup>. Bu görüşe göre, işveren, yükleniciden daha fazla korunmaktadır.

Koller tarafından ileri sürülen bir başka görüşe göre<sup>236</sup>, işveren, yüklenici ayıbı giderene kadar ancak ayıbın giderilmesi için gerekli olan tutarı ödemekten kaçınabilecektir. Bu bedel de, yüklenici ayıbı gidermek için üçüncü bir kişiyle anlaşılırsa ödemesi gereken tutara göre belirlenir. Bu görüşe göre işveren bu tutarı aşan kısmı yükleniciye ödemekten kaçınamaz.

Kanatımızca ödemezlik def'inin eser sözleşmesinde ileri sürülmesi açısından Gauch'un görüşü daha isabetlidir. Zira işverenin ayıbın giderilmesi hususundaki elindeki tek baskı aracı ve teminatı karşı edimi ifa etmemesidir. Bununla birlikte, ikinci tartışmalı husus da ise Koller'in görüşüne katılmaktayız. Her ne kadar eser

---

<sup>233</sup> Tasfiye işlemleri bakımından birbirlerine karşı ödemezlik def'i ileri sürmeleri açısından yukarıda bkz, s. 39 ve bu yöndeki İstanbul 15. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2014/281, K. 2018/515, T. 15.5.2018 kararındaki bilirkişi raporundan alıntı "...Sözleşmeden dönme sonucunda sözleşme baştan itibaren sona erdiği için, işsahibinin malı iade etmesi gerektiği, yüklenicinin ise almış olduğu bedeli iade etmesi gerektiği, bu borçlar karşılıklı olup, malın iadesinin sağlanmadığı halde yüklenicinin bedel iadesinde ödemezlik definin kullanılabilmesi, bunun yanı sıra iş sahibi uğramış olduğu zararın tazminini talep edebileceği..." (lexpera).

<sup>234</sup> Şenocak, s. 248; Pekmez, Doktora Tezi, s. 234.

<sup>235</sup> Şenocak, s. 248 dn. 38.

<sup>236</sup> Koller, A., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Bern 1996 Nr. 317 (Şenocak, s. 248'den naklen).

ayıplı olarak teslim edilmiş olsa da işverenin hakkaniyete aykırı olmayacak ve yükleniciyi mağdur etmeyecek şekilde eserdeki ayıbın giderilmesi için gereken kısmı ödemekten kaçınması gerektiğini değerlendirmekteyiz.

Her halde şunu da belirtmek gerekir ki, ödemezlik def'i düzenleyici bir kural olup taraflar, işverenin ücret ödemekten kaçınma hakkını anlaşılarak her zaman ortadan kaldıracırlar<sup>237</sup>.

### 3.6. Vekalet Sözleşmesinde

Vekalet sözleşmeleri TBK'da 502 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu sistemi çerçevesinde vekalet sözleşmesi, prensip itibarıyla eksik iki taraflı sözleşmedir. Vekil, vekalet verene karşı iş görme borcu altına girmekte fakat kural olarak vekalet veren, vekile karşı ücret ödeme borcu altında bulunmamaktadır. Bir diğer deyişle ücret ödeme borcu, vekalet sözleşmesinin kanuni ve zorunlu bir unsuru değildir. Ancak sözleşme ile kararlaştırılmış veya teamülen açık bir durum söz konusu olduğu takdirde vekalet verenin vekile ücret ödeme borcu ortaya çıkmaktadır<sup>238</sup>.

Roma hukukunda, vekaleti dostluk, hatır işi olarak gören zihniyetin aksine günümüzde ücretli vekalet yaygınlaşmıştır<sup>239</sup>. Bu kapsamda ücret ödenen vekalet sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğini haiz olduğu durumlarda ise tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere uygulanan genel hükümlerin vekalet sözleşmesine de uygulanabileceği değerlendirilmektedir<sup>240</sup>.

Dolaylı temsille yürütülen vekalette, yani vekil kendi adına vekalet veren hesabına hareket ettiği takdirde, vekil iktisap ettiği şeyin mülkiyetini vekalet verene geçirmek, vekalet verenin de vekilin iktisap için yapmış olduğu masrafları ve vekalet

---

<sup>237</sup> Şenocak, s. 249.

<sup>238</sup> Yavuz, s. 532; Aral, Borçlar Özel, s. 411.

<sup>239</sup> Aral, Borçlar Özel, dn. 23.

<sup>240</sup> Yavuz, s. 532.

ücretini vekile ödeme borcu bulunmaktadır<sup>241</sup>. Doktrinde vekalet verenin karşı edim ile masrafları ödeme borcunun<sup>242</sup> yan borçlar mı olduğu yoksa mübadele ilişkisi kapsamında karşı edim mi sayılacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüş<sup>243</sup> vekilin mülkiyeti geçirme borcu ile vekalet verenin karşı edim ve masrafları ödeme borcu arasında satıcı ve alıcı arasındaki ilişkiye benzer bir durum olduğunu, bu sebeple karşı edim sayılacağını savunmaktadır<sup>244</sup>. Bu halde vekalet veren edim, vekil de karşı edim borçlarının ifa edilmediğini ileri sürerek ödemezlik def'i ileri sürebilir<sup>245</sup>. Aksi yöndeki görüş tarafından, vekilin önce ifa sorumluluğu olmadığı ve bu sebeple karşı edim sayılamayacağı ve ödemezlik def'i ileri sürülemeyeceği savunulmaktadır<sup>246</sup>.

Kanaatimizce, vekalet sözleşmesinde dolaylı temsilin söz konusu olduğu durumlarda, masraf alacağı ücret alacağını kapsar, burdan hareketle masraf borcu ile iade borcu arasında mübadele ilişkisi olduğu ve bu kapsamda masraflar ödenene kadar iade borcundan kaçınılabileceği, yani ödemezlik def'inin doğrudan ileri sürülebileceğini kabul etmek gerekir. Ancak vekil ile vekalet veren arasındaki ilişkiden mübadele ilişkisi olduğu anlaşılmıyorsa doğrudan ödemezlik def'i ileri sürülemeyecek, hapis hakkının değerlendirilmesi gerekebilecektir.

---

<sup>241</sup> Aral, Borçlar Özel, s. 428; Pekmez, Doktora Tezi, s. 237 vd.

<sup>242</sup> Vekilin işi görmesi için yapacağı masrafların vekalet verenin borcu olduğuna ilişkin olarak TBK'nın 510. maddesi ilk fıkrası "Vekâlet veren, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklendiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür..." hükmünü amirdir.

<sup>243</sup> Benzer nitelikte örnek için bkz. Erkan, Umut Vehbi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları makalesi dn. 57 Avukatlık Kanunu uyarınca, "avukatın gördüğü iş ile ilgili olarak vekâlet verenden avans alana kadar işi bekletebilir. Ancak işin bekletilmesi sebebiyle ortaya çıkabilecek olan zararlar bakımından, avukatın sorumluluğunun ortadan kalkması için, avukatın vekâlet verenden masraf istediğini ve masraf verilinceye kadar da işi görmeyeceği vekâlet verene bildirmiş olduğunun ispatı gerekmektedir." (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/623026>).

<sup>244</sup> Kaniti, s. 86.

<sup>245</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 239.

<sup>246</sup> Detaylı bilgi için bkz. Pekmez Doktora Tezi, dn. 725.

Vekalet sözleşmesinde, ödemelik def'inin ileri sürülebilirliği ile ilgili olarak bir hususun daha üzerinde durmak gerekmektedir. TBK m. 509'da dolaylı temsil ilişkisi çerçevesinde vekilin iflası halinde vekalet verenin iade alma borcu tehlikeye gireceği için menkul mallar ve alacaklar için vekalet veren lehine hapis hakkı düzenlemiştir<sup>247</sup>. İlgili madde, “*vekâlet veren, vekilin kendi adına ve vekâlet veren hesabına edinmiş olduğu taşınır eşyanın iflas masasından ayrılarak kendisine verilmesini isteyebilir. Vekilin sahip olduğu hapis hakkından iflas masası da yararlanır*” şeklindedir. Buna göre vekil, mübadele ilişkisinin kabulüne göre ödemelik def'ini<sup>248</sup>, aksi halde ise şahsi hapis hakkını ileri sürebilecektir<sup>249</sup>.

### **3.7. Saklama (Vedia) ve Ödünç Sözleşmelerinde**

#### **3.7.1. Saklama (Vedia) Sözleşmeleri**

TBK m. 561'de genel saklama sözleşmeleri düzenlenmiştir. 561/1'e göre genel saklama sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. 561/2'de ise saklama sözleşmesinde saklayanın ücret isteyebileceği (ücretli vedia sözleşmesi) düzenlenmiştir. Buna göre genel saklama sözleşmesinde saklayanın geri verme borcu ile saklatanın bedel ödeme borcu arasında mübadele ilişkisi bulunduğu yani ücretin saklama işinin karşı edimi olduğu söylenebilecektir<sup>250</sup>. Bu halde saklayan sahip olduğu alacak haklarının temini için kıyasen ödemelik def'inden yararlanabilecektir. Saklayanın alacakları nedeniyle sahip olduğu hapis hakkı ise sadece kendisine bırakılan eşyayı geri vermekten kaçınma hakkı verecektir. Bu halde de TBK m. 950 vd. maddeleri kıyasen uygulanabilecektir<sup>251</sup>.

Saklama masraflarının ödenmemesi durumunda saklayanın ödemelik def'i ileri sürüp süremeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, saklama masrafları-

---

<sup>247</sup> Aral, Borçlar Özel, s. 428.

<sup>248</sup> Aral, Borçlar Özel, s. 428.

<sup>249</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 241.

<sup>250</sup> Aynı yönde vekalet sözleşmeleri için bkz.3.6. numaralı başlık.

<sup>251</sup> Yavuz, s. 655.

nın saklayana ödenmemesi durumunda, masrafların saklama ve saklama karşılığı bedel ödenmesi kapsamında mübadele ilişkisi içerisinde yer almadığı ve bu nedenle ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>252</sup>. Bununla birlikte, masrafların ödenmemesi sebebiyle, şahsi hapis hakkı ileri sürülebileceği doktrinde savunulmaktadır. Bu duruma örnek olarak vedia alan ile banka arasındaki küçük kasa kira sözleşmeleri verilebilir. Buna göre uygulamada küçük kasa kira sözleşmelerinde bankalar müşteriden, banka şubesinde hesap açmalarını istemekte ve kasa kira parası muaccel olunca, bu hesaptan tahsil etmek için, müşteriden yetki almaktadırlar. Ancak bu yetki çerçevesinde bankanın kasanın içindekiler kanuni hapis hakkını uygulamasının ağır bir yaptırım olduğu ve küçük kasa kirası sözleşmesinin niteliği ile bağdaşmayacağı savunulmaktadır<sup>253</sup>.

### 3.7.2. Tüketim Ödücü Sözleşmesi

Tüketim ödücü sözleşmesi TBK m. 386'da düzenlenmiş olup buna göre ödünç veren misli bir şeyin mülkiyetini belirli bir süre için ödünç alana geçirmeyi, ödünç alan da aynı miktar ve nitelikteki şeyi iade etmeyi taahhüt etmektedir<sup>254</sup>.

Tüketim ödücü sözleşmeleri faiz öngörülmediği takdirde eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. Ancak faiz kararlaştırılan veya faiz ödenmesi gereken hallerde tüketim ödücü sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğini taşır<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup> Koç, Nevzat "Vedia Alanın Ödemezlik Def'i ve Hapis Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000, ("Koç"), s. 427 .

<sup>253</sup> Koç, s. 427 vd.

<sup>254</sup> Aral, Borçlar Özel, s. 318; Yavuz, s.336 vd. Tüketim ödücü sözleşmelerinin konusunu bir miktar para ya da tüketilebilen şeyler oluşturur. Örneğin tahıl şeker, kumaş, odun vb. Ancak ressamın tablosu gibi bireyleştirilmiş şeyler tüketim ödücünün konusunu oluşturmamaktadır. Çünkü bu ürünün eşi ve yerine konulacak bir benzeri de yoktur. Zevkliler, Gökyayla, s. 384, 385.

<sup>255</sup> Yavuz, s. 337.



Yukarıda da belirttiğimiz üzere faiz kararlaştırılması halinde faiz ödemesi ile ödünç konusunun iadesi arasında edim, karşı edim ilişkisi vardır<sup>256</sup>. Bu halde, genel hükümlerin uygulanabileceği görüşünden hareketle, ödünç konusu iade edilmediği sürece faiz ödeme borcundan ödemezlik def'i ileri sürülerek kaçınılabilecektir. Tam tersi de mümkündür<sup>257</sup>.

### 3.8. Hizmet veya İş Sözleşmelerinde

Hizmet sözleşmeleri TBK m. 393 vd. hükümlerinde ve bunun haricinde İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu gibi özel kanunlarla da düzenlenmiştir<sup>258</sup>. Hizmet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme tipidir. Zira bu sözleşme tipinde işçinin iş görme borcu ile işverenin ücret ödeme borcu mübadele ilişkisi içerisindedir<sup>259</sup>.

İşçi, iş sözleşmesi çerçevesinde iş görme borcunu ifa etmediği durumda işveren ödemezlik def'i ileri sürerek bedel ödeme borcundan kaçınabilir<sup>260</sup>. Ancak iş görme borcu ifa edilmiş ve fakat gereği gibi ifa edilmemişse bu halde ayıp hükümlerine başvurma imkanı olmadığından işveren sadece uğradığı zararların tazminini talep edebilir. Bu halde ödemezlik def'i ileri sürme imkanı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, eğer ifa edilen iş tamamen fayda sağlamıyorsa, gereği gibi ifa edilmediği sürece yapılan iş bir yarar sağlamıyorsa, bu halde iş hiç ifa edilmemiş sayılacağı için yine ödemezlik def'ine başvurulabileceği değerlendirilmektedir<sup>261</sup>.

Konuyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir başka husus da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenen ücretin gününde ödenmemesi meselesi-

---

<sup>256</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 241.

<sup>257</sup> Uygulamada taraflar sıklıkla, ödünç konusunun iadesi sonrasında faiz ödemesi muaccel olacak şekilde kararlaştırmaktadır. Bu durumda, ödünç konusunun iadesi, faiz ödemesi borcundan önce ifa edilecektir. Pekmez, Doktora Tezi, dn. 733.

<sup>258</sup> Yavuz, s. 383 vd.

<sup>259</sup> Yavuz s. 389 vd., Kaniti, s.73, 74.

<sup>260</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 242 vd.

<sup>261</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 242 vd.

dir. Söz konusu madde uyarınca, işveren ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün geçirirse (mücbir sebepler hariç olmak üzere) maaşı ödenmeyen işçiye iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkı tanınmıştır.

İK m. 34 hükmünün ödemezlik def'i mi yoksa işverenin işi kabulde temerrüdü mü oluşturduğu doktrinde tartışmalıdır<sup>262</sup>. Ayrıca Yargıtay'ın da bu konuda yerleşmiş bir içtihatı bulunmamaktadır. İşverenin işi kabulde temerrüdü olduğunu savunan görüş, işverenin işçinin işin ifasından kaçınarak çalışmadığı süreler için işçiye ödeme yapması gerektiğini<sup>263</sup>, zira işverenin, işçinin işi ifa edebilmesi için gereken hazırlık fiillerini yerine getirmediğini değerlendirmektedir. İK m. 34 düzenlemesinin ödemezlik def'i (ödemezlik def'inin özel bir görünümü<sup>264</sup>) olduğunu savunan görüşe göre ise işçi eğer ödemezlik def'i ileri sürmezse bu işçiye bir süre için karşılıksız olarak çalışmaya zorlamak anlamına gelecek ve fakat işçi iş görmekten kaçınma hakkını kullandığı zaman zarfında ücret almaya hak kazanamayacaktır<sup>265</sup>.

Kanaatimizce, İK m. 34 hükmünün ödemezlik def'ine dayandırılabilceği, ücretin çalışma karşılığı ödenmesi gerektiği, kaldı ki çalışılmamış bir zaman dilimi için işçinin ücrete hak kazanmasının hakkaniyete uygun olmadığı değerlendirilmektedir. İlaveten, İK m. 34 uyarınca işçiler tarafından çalışılmayan sürelerin çalışılmış gibi sayılan süreler arasında bulunmaması da bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

---

<sup>262</sup> Akyiğit, Ercan, Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması, 2005 s. 1 vd. ("Ercan, Makale").

<sup>263</sup> Yangın, Dulay Dilek, Ücretin Ödenmemesi Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, 2012, ("Yangın, Makale") dn. 62.

<sup>264</sup> Yangın, Makale, dn. 14.

<sup>265</sup> Yangın, Makale, dn. 66; Bu yöndeki kararlar için bkz. Yangın, Makale dn. 67.

### 3.9. Adi Ortaklık Sözleşmesinde

Adi ortaklık sözleşmeleri TBK 620 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Adi ortaklığın tanımını iki veya daha fazla kişinin emek veya sermayelerini ortak bir amaç doğrultusunda birleştirdikleri sözleşme olarak yapabiliriz<sup>266</sup>. Doktrinde adi ortaklık sözleşmesinin karşılıklı bir sözleşme olup olmadığı ödemelik def'inin ileri sürülüp sürülmeyeceği tartışmalıdır<sup>267</sup>.

Türk hukukundaki baskın görüşe göre<sup>268</sup> adi ortaklık sözleşmelerinde ortakların ödemelik def'i ileri süremeyecekleri savunulmaktadır. Zira ortaklık sözleşmesinde karşılıklı ilişki bulunmamakta olup özellikle ikiden fazla ortak olması durumunda ödemelik def'i ileri sürmek definin yapısına uygun düşmeyecektir<sup>269</sup>. Yargıtay'ın da çoğunlukla kabul ettiği görüş bu yöndedir<sup>270</sup>.

Azınlık bir görüşe göreyse, her ne kadar ortaklar, ortak bir amacı gerçekleştirmek suretiyle birlikte hareket etseler de bu durum ortaklardan birinin ediminin diğerlerinin karşı edimi sayılmayacağı anlamına gelmediğini savunmaktadır<sup>271</sup>. Ayrıca ortaklardan birinin sermaye koyma borcunu ifa etmemesi diğerlerine de sermaye koyma borcundan kaçınma hakkı vermekte olup bu durumun ödemelik def'inin baskı fonksiyonu ile örtüştüğü ve buna uygun bir zorlama vasıtası olduğunu savunmaktadırlar<sup>272</sup>.

---

<sup>266</sup> Yavuz s. 735 vd.

<sup>267</sup> Kaniti, s. 64.

<sup>268</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1010; Havutçu, s. 20; Pekmez, Doktora Tezi, dn. 266.

<sup>269</sup> Aksi yönde İkiden fazla ortağın olması durumunda henüz sermaye borcunu ifa etmemiş tüm ortaklara karşı birlikte dava açılması gerektiğini savunan görüş" için bkz. Kaniti, dn.154

<sup>270</sup> "Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.12.1963 tarihli ve 4/26 E., 96 K. sayılı kararında da benimsendiği üzere, adi ortaklıklar karşılıklı borçları kapsayan bir sözleşme olmayıp, herkesin belli bir amaca ulaşmak için birtakım borçlar altına girdiği ve fakat bu borçların birbirinin karşılığı olarak değerlendirilemeyeceği sözleşmelerdir. Bundan dolayı ortaklıkta bir tarafın sermaye koyma borcunu yerine getirmekten kaçınması diğer tarafa yalnızca ortaklığın feshini isteme yetkisi verir." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 04.06.2020 tarihli ve 2017/961 E., 2020/347 K. sayılı kararı (lexpera).

<sup>271</sup> Kaniti, s. 64, 65 ve 84, 85.

<sup>272</sup> Kaniti, s.85; Ödemelik def'inin kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. Oğuzman/Öz, cilt-I, s. 363 vd..

Hütteman ise, kendi sermaye koyma borcunu ifa etmeyen ortaklığa karşı ifadan kaçınma hakkının ödemezlik def'inden değil eşit işlem ilkesinden kaynaklandığını savunmaktadır<sup>273</sup>.

Biz de baskın görüşe katılmaktayız. Kanaatimizce adi ortaklık sözleşmesinden doğan borçlar karşılıklı değildir. Zira borçların arasında mübadele ilişkisi bulunmamaktadır. Her bir şirket ortağı aynı ortak amaca yönelmekte aynı amaç doğrultusunda hareket etmektedir, edimler birbirinin karşılığı değil aynı amaca yönelmiştir. Diyebiliriz ki ödemezlik def'i adi ortaklık yapısının ruhuna aykırıdır.

---

<sup>273</sup> Hüttemann, Rainer; *Leistungsstörungen bei Personengesellschaften*, Köln, 1998 ("Hüttemann") s. 99, 100 (Pekmez, Doktora Tezi, s. 57, 58'den naklen).

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### ÖDEMEZLİK DEF'İNDE ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

#### 4.1. Alacağın Devrinde

Alacağın devri işlemi TBK'da 183 – 194 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kısaca belirtmek gerekirse mevcut bir alacağın alacaklısının değişmesi işlemidir. Alacağın devri işleminde alacağını devreden, alacağı devralan ve borçlu olmak üzere üç taraf bulunsa da borçlu bu işleme karışmamaktadır<sup>274</sup>. Yani alacağın devri işlemi borçlunun hoşuna gitmese de buna katlanmak zorundadır. Çünkü alacağın devri işleminde borçlunun rızası aranmamakta olup işlemin gerçekleşmesiyle yeni alacaklı eski alacaklının yerine geçmektedir<sup>275</sup>.

Karşılıklı sözleşmeden doğan alacağını temlik eden tarafın durumunu ise def'ilerin ileri sürülebilirliği bakımından ayrıca incelememiz gerekmektedir. Bu doğrultuda, ilk olarak TBK m. 188'e bakmak isabetli olacaktır. TBK m. 188'e göre borçlu sahip olduğu def'ileri devri öğrendiği sırada devredene karşı da ileri sürebilir<sup>276</sup>. Bu durumu bir örnekle açıklamak gerekirse, satıcı (S), alıcı (A)'daki bedel alacağını (Ü)'ye devretmesi durumunda (Ü), bu alacak devri kapsamında (A)'dan ödeme talep ettiği zaman (A) ((S)'nin malı teslim etmediği varsayımında) satılan malın teslim edilmediği def'ini (Ü)'ye karşı kullanarak borcunu ödemekten kaçınabilir<sup>277</sup>. Aksinin kabulü halinde hakkaniyete aykırı sonuçlar meydana geleceği açıktır. Ayrıca yukarıda belirttiğimiz üzere alacağın devri işlemi borçlunun

---

<sup>274</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1248

<sup>275</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1266 -1267; Tunçomağ, s. 644.

<sup>276</sup> Kaniti, s. 80, 81; Eren, Borçlar Genel, s. 1265; Oğuzman/Öz, cilt –II s. 594.

<sup>277</sup> Oğuzman/ Öz, cilt – II s. 594.

rızasına tabi olmadığı için bir de sahip olduğu def'i hakkını yeni alacaklıya karşı ileri sürmemesinin onu iyice güç duruma sokacağı aşıkardır<sup>278</sup>.

Evleviyetle belirtmek gerekir ki, ödemezlik def'i şahsa bağlı bir hak veya bir yan hak değildir. Bu nedenle de borç ilişkisi içerisinde karşılıklılık ilişkisi devam ettiği sürece alacağın devri müessesesinden etkilenmeden bir savunma olarak ileri sürülebilecektir<sup>279</sup>.

Her halde belirtmek gerekir ki TBK m. 188 hükmü emredici değildir. Borçlu devredenle yapacağı bir anlaşma ile söz konusu def'ileri devralana karşı ileri sürme hakkından önceden vazgeçebilir<sup>280</sup>.

#### **4.2. Borcun Dış Üstlenilmesinde**

Borcun dış üstlenilmesi TBK m. 196'da düzenlenmiştir. Borcun dış üstlenilmesi, alacaklı ile borcu üstlenen arasında yapılan bir sözleşme olup, bununla borçlu borcundan kurtulur ve böylece borcu üstlenen yeni borçlu olarak onun yerine geçer. Yani ilk borçlu borcundan kurtulur borcu üstlenen kişi de yeni borçlu olarak borç altına girmiş olur. Borcun içeriği değişmemektedir<sup>281</sup>.

TBK m. 199 ise yeni borçlunun savunmaları ileri sürmeye hakkı olduğunu, ancak kişisel savunmaların bunun dışında kaldığını düzenlemiştir. Burada savunma hakkı def'i ve itirazları kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmıştır<sup>282</sup>. Borcun dış üstlenilmesi halinde TBK m. 199 uyarınca yeni borçlunun alacaklıya karşı eski borçlunun şahsına ait def'iler hariç olmak üzere gerekmesi halinde ödemezlik

---

<sup>278</sup> Def'i hakkının yeni alacaklıya da sürülebileceği yönünde bkz. "...bu nedenle iş bu davanın açıldığını, davalının çekleri factoring hizmetleri kapsamında aldığını, alacağın temlik hükümlerine göre ödemelik definin ve itirazların davalıya karşı da ileri sürülebileceğini belirterek, davacının çekler nedeniyle davalıya borçlu olmadığını tespitine ve çeklerin iptaline karar verilmesi..." Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 14.10.2019 tarihli ve 2018/2405 E., 2019/4760 K. sayılı kararı (lexpera).

<sup>279</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 272.

<sup>280</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1267.

<sup>281</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1272.

<sup>282</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1276.

def'i dahil diğer def'ileri de ileri sürebilir<sup>283</sup>. Zira eski borçlunun yerine yeni borçlunun alması alacağa dayanan def'i hakkını etkilememektedir<sup>284</sup>.

### 4.3. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede

Üçüncü kişi yararına sözleşmeler TBK m. 129 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde üçüncü taraf sözleşmeye taraf olarak katılmamakta ancak sözleşmenin kurulmasıyla alacağı doğrudan doğruya ve aslen kazanmakta, vaadedenden borcun ifasını tek başına hem talep hem de kabul hakkına sahip olmaktadır<sup>285</sup>. Üçüncü kişi yararına sözleşmeler üçüncü kişi yararına eksik sözleşme ve üçüncü kişi yararına tam sözleşme olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>286</sup>. Konumuz kapsamında üçüncü kişi yararına tam sözleşmeler<sup>287</sup> üzerinde duracağız<sup>288</sup> bu sözleşmelere gerçek üçüncü kişi yararına sözleşme de denilmektedir<sup>289</sup>.

Üçüncü kişi yararına sözleşmeler de, vaadeden (borçlu) sözleşmeye dayanarak ifayı isteyen üçüncü kişiye karşı kendisiyle vaadettiren arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan def'i ve itirazları ileri sürebilir<sup>290</sup>. Bu kapsamda borçlu, talepte bulunan üçüncü kişiye karşı, kendi akdinden olan alacağından dolayı ödemezlik def'i ileri sürebilir<sup>291</sup>. Üçüncü kişi yararına tam sözleşmelerde vaadettirenin ödemezlik def'i ileri sürüp sürmeyeceği ise tartışmalı olmakla birlikte vaadettirenin de

---

<sup>283</sup> Oğuzman / Öz, cilt- II, s. 614.

<sup>284</sup> Kaniti, s. 80.

<sup>285</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1170.

<sup>286</sup> Oğuzman/Öz, cilt – II, s. 444.

<sup>287</sup> Örnek olarak işçiler lehine yapılmış sorumluluk sigorta sözleşmesi, hayat ve kaza sigortası, karayolları mali sorumluluk sigortası, başkasına ait mal sigortası gösterilebilir.

<sup>288</sup> Oğuzman /Öz, cilt – II, s. 441 vd.

<sup>289</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1170.

<sup>290</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1174; Karayolları motorlu araçlar zorunlu ve ihtiyari mali sorumluluk sigortalarındaki özellikli durum için ayrıca bkz. Nomer, Borçlar Genel, s. 345 vd.

<sup>291</sup> Kaniti, s. 77, 78.

ödemezlik def'i ileri sürebileceği kabul edilmektedir<sup>292</sup>. Vaadettirenin de ödemezlik def'i ileri sürebileceği kabulü halinde, vaadeden ve vaadettirenin lehdarı hak(lar)ından mahrum etme saikiyle hareket edip etmediklerine dikkat edilmeli; adeta ödemezlik def'inin arkasına sığınarak yapılan bu tür davranışlara yönelmelerin önüne geçilmelidir<sup>293</sup>.

#### 4.4. Sözleşmenin Devrinde

Sözleşmenin devri TBK m. 205'te düzenlenmiştir. Sözleşmenin devrinde taraflardan biri sözleşmeden ayrılmakta, onun dışında yeni bir kişi sözleşmeye taraf olarak eklenmektedir<sup>294</sup>. Söz konusu ilişkiden ayrılan tarafın sahip olduğu hak ve borçlar sözleşmeye yeni taraf olan kişiye geçmektedir<sup>295</sup>. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için sözleşmenin devri özellik arz eden bir durum oluşturmamaktadır<sup>296</sup>. Zira alacağın devrinde devralan yalnız alacağı devralır, borcun üstlenilmesinde de üstlenen sadece borcu üstlenir<sup>297</sup>. Ancak sözleşmenin devrinde taraflardan birinin sözleşme nedeniyle sahip olduğu taraf durumunun devri söz konusudur. Bu halde iki tarafın ilişkisi edim ve karşı edim yükümlülükleri devam eder. Buna bağlı olarak sözleşmenin yeni tarafı olan kişi de ödemezlik def'ini ileri sürülebilir ya da ona karşı da ödemezlik def'i ileri sürülebilir<sup>298</sup>.

---

<sup>292</sup> Akyol, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976 s. 217 vd.; “Her ne kadar lehdarın vaadedenden ifa talep etmesi halinde lehdarın alacak hakkı ile vaadedenin vaadettirenden olan alacağı arasında bir karşılık ilişkisi görünmüyorsa da ödemezlik def'i için gerekli olan karşılık şartının vaadedenin vaadettirenden olan alacağı ile vaadettirenin vaadedenden olan ve üçüncü kişiye ifa talebini içeren alacak hakkı arasında aranması gerektiği kabul edilmiştir. Bu kapsamda yine ödemezlik def'i ileri sürülebileceği kabul edilmektedir.” Konuralp, Çilenti Ayşen, Türk hukukunda Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ve Hukuki Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme, TBB Dergisi 2020 s. 171, 172 dn. 88.

<sup>293</sup> Oğuzman /Öz, cilt – II, s. 57.

<sup>294</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1280.

<sup>295</sup> Oğuzman/Öz, cilt- II, s. 638 vd.

<sup>296</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 279.

<sup>297</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1280, 1281.

<sup>298</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 279 – 280; Eren, Borçlar Genel, s. 1280, 1281.



#### 4.5. Birden Çok Borçlu Olması Durumunda

TBK m. 163 uyarınca alacaklı borcun bir kısmını veya tamamını müteselsil borçlulardan birinden, bir kaçından veya hepsinden talep edebilir. Ancak müteselsil borçluların tabi oldukları vadeler birbirinden farklı ise o halde alacaklı vadesi gelmemiş borçlulara başvuramaz<sup>299</sup>. TBK m. 164 uyarınca ise her borçlu şahsına ait def'i ve itirazları serbestçe ileri sürebilir. Şüphesiz bu def'ilerin kapsamına iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler çerçevesinde gündeme gelen ödemezlik def'i de örnek olarak verilebilir<sup>300</sup>.

#### 4.6. Birden Çok Alacaklı Olması Halinde

TBK m. 169'a göre alacaklılar arasındaki teselsülün kaynağı kanundan veya taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanmaktadır<sup>301</sup>. Birden fazla alacaklı karşısında borçlunun ödemezlik def'i ileri sürüp sürmeyeceği ise alacaklıların müteselsilen mi yoksa münferiden mi sorumlu olduğuna göre değişmektedir. Türk ve İsviçre hukukunda birden fazla alacaklı olduğu durumlarda definin ileri sürülebilirliğini düzenleyen bir hüküm yoktur. Bununla birlikte aşağıda da inceleyeceğimiz üzere Alman BGB'sinde bu yönde bir hüküm mevcuttur<sup>302</sup>.

Türk ve İsviçre hukukuna göre eğer alacaklıların her biri borçluya karşı münferiden alacaklı ise bölünebilen bir borç var ise o halde taleplerin bağımsızlığı söz konusu olacaktır. Karşı edimini ifa etmiş olan alacaklılardan birine karşı, borçlu diğer karşı edim ifa edilmediği için ödemezlik def'ini ileri süremeyecektir<sup>303</sup>.

---

<sup>299</sup> Oğuzman/Öz, cilt – II, s. 475.

<sup>300</sup> Caner, Şahin Aysenur, Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, Şubat 2017 ("Caner, Doktora Tezi"), s.184, 185.

<sup>301</sup> Oğuzman/Öz, cilt-II, s. 500-501.

<sup>302</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 283; Kaniti, s. 81, 82.

<sup>303</sup> Kaniti, s. 81.

Alman hukukunda ise BGB 320/1’de aksi yönde bir düzenleme mevcuttur. Buna göre karşılıklı bir sözleşmede bölünebilir bir edimi birden fazla alacaklıya borçlanan bir kişi, kendi ediminin tamamını elde edinceye kadar karşı ediminin ifasından kaçınabilir. Bir örnekle anlatmak gerekirse (X) ile (Y) beraber (Z)’den tanesi 10 liradan olan bir malzemedan 10 kilo satın almışlarsa (X) kendisine düşen borç bölümünü yerine getirmiş olsa dahi (Z), (Y)’de kendi edimini yerine getirinceye kadar (X)’e düşen alacak bölümünün ifasından kaçınabilecektir<sup>304</sup>.

Kanaatimizce bölünebilen bir borcun varlığı halinde BGB’deki kuralın uygulanması gerektiğini, yani borcun tamamı ifa edilene kadar ödemezlik def’inin ileri sürülebileceğini kabul etmek gerekir. Zira her ne kadar borç bölünebilir olsa da bunlar birbirinden bağımsız edimler değildir, bu nedenle de borcun tamamı ifa edilene kadar ödemezlik def’i ileri sürülebileceğini değerlendirmekteyiz.

Bölünemeyen bir borcun varlığında ise borçlu karşı edimin tamamı ödenene kadar ödemezlik def’ini ileri sürebilir. Alacaklılardan biri borcunu ifa etmiş olsa dahi borçlu karşı ediminin tamamına sahip olmadığı için karşı edimini ifa etmiş olan alacaklıya karşı ödemezlik def’ini ileri sürerek edimini ifadan kaçınma hakkına sahiptir<sup>305</sup>.

#### **4.7. Edimin Sürekli veya Dönemlik Olmasının Etkileri**

Karşılıklı edimlerin sürekli veya dönemlik olmasının etkilerini ayrı ayrı inceleyeceğiz. Öncelikli olarak her iki edimin de sürekli edim olma olasılığı, ikinci olarak karşılıklı edimlerden birinin sürekli bir edim, diğerinin dönemlik edim olması olasılığı ve son olarak da her iki edimin de dönemlik edim olması olasılığı üzerinde duracağız.

*Karşılıklı sözleşmede her iki edim de sürekli edim* ise bu takdirde taraflardan biri için önce ifa borcu kararlaştırılmadıkça her iki taraf da aynı anda akdin ifasına

---

<sup>304</sup> Kaniti, s. 81, 82.

<sup>305</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 285, Kaniti, s. 81, 82.

başlamak zorundadır. Bir taraf kendi borcunun ifasına başlamadıkça veya en azından ifasına başlamayı teklif etmedikçe diğer taraf kendi borcunun ifasına başlamaktan kaçınabilir. Aynı şekilde tarafların her ikisi de ifaya başladıktan sonra, içlerinden biri haklı bir sebep olmaksızın ifaya devam etmez ise diğer taraf da kendi borcunun ifasına devam etmekten kaçınabilir<sup>306</sup>.

Bu durumu bir örnekle açıklamak gerekirse, (M), (N)'ye Marmara bölgesinde onunla rekabet etmeyeceğini vaad etmiş ve buna karşılık olarak (N) Karadeniz bölgesinde (M) ile rekabet etmeme borcu altına girmiş ise (M)'nin Marmara bölgesinde ve (N)'nin Karadeniz bölgesindeki faaliyetlerini durdurmaları aynı anda gerçekleşmelidir. Aksi halde (M), Marmara bölgesinde faaliyetlerini durdurmadıkça veya durdurmayı teklif etmedikçe, (N)'de Karadeniz bölgesindeki faaliyetlerini durdurmaktan kaçınabilir. (M) Marmara bölgesindeki, (N) Karadeniz bölgesindeki faaliyetlerini durdurduktan sonra ise eğer (M) Marmara bölgesindeki faaliyetlerine tekrar başlayarak rekabete girişirse o halde (N)'de Karadeniz bölgesinde rekabette bulunmama borcunun ifasına zorlanamaz<sup>307</sup>.

Yapmama borçlarına aykırı davranışın yapılması durumunda örneğin bir ticari sırrın açıklanmaması gerekiyorsa ve sır açıklanırsa artık edim imkansızlaşmış olur<sup>308</sup>. Ancak her durumda imkansızlık sonucu ortaya çıkmaz. Yapmama borcu, rekabet etmeme gibi devamlı bir edimin konusu da olabilir. Bu durumda iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki tarafın edimi de sürekli edim olduğundan ödemezlik def'inin ileri sürülemeyeceğini söylemenin isabetsiz olduğu değerlendirilmektedir<sup>309</sup>.

*Karşılıklı edimlerden birinin sürekli diğerinin dönemlik edim* olmasına örnek olarak kira ve hizmet sözleşmelerini verebiliriz. Kira sözleşmesinde kiraya verenin borcu sadece kiralanan şeyi teslim etmek değil, aynı zamanda kira süresi boyunca

---

<sup>306</sup> Kaniti, s. 73.

<sup>307</sup> Benzer örnek için bkz. Kaniti, s. 73

<sup>308</sup> Oğuzman/Öz, cilt – I, s. 501.

<sup>309</sup> Aynı yönde bkz. Pekmez, Doktora Tezi, s. 289, 290; Kaniti, s. 73.

kiralananı kiracının kullanabileceği durumda bulunduraktır. Buna karşılık kiracı ise belirlenen dönemlerde kira bedelini ödemek ile mükelleftir<sup>310</sup>. Hizmet sözleşmelerinde ise işçinin sürekli sayılabilecek hizmet akdinin karşılığı işverenin hizmet karşılığı ödeyeceği ücretidir. Bir tarafın borcunun sürekli bir edim, diğer tarafın borcunun ise dönemlik olduğu bu akitlerde iki tarafın edimlerini aynı anda yerine getirmeleri olası değildir<sup>311</sup>. Kural olarak kira sözleşmesinde kiracının, hizmet sözleşmesinde işçinin bir dönem boyunca yerine getirdiği edimin karşılığı ilgili dönem sonunda ödenmektedir.

Sürekli edimin bir bölümünün tamamlandığı anda, ödenmesi gereken dönemlik edimde gecikme olursa, sürekli edim borçlusunun kaçınma hakkının olup olmadığı hususu önem taşımaktadır. Doktrinde ağırlıklı görüşün kabulüne göre bu halde sürekli edim borçlusunun kaçınma hakkı olduğu yönündedir. Örneğin işçi – işveren arasındaki hizmet sözleşmesinde işveren ilgili dönemin sonunda işçinin ücretini ödemez ise işçi işe devam etmekten kaçınabilir. Şu kadar ki eğer dönemlik edim borçlusu önce ifa ile yükümlü ise sürekli edimin borçlusu karşı taraf edimi ifa ya da ifasını teklif edene kadar o bölüme tekabül eden karşı edim bölümünün ifasına başlamak zorunda değildir<sup>312</sup>.

Karşılıklı sözleşmeler içinde yer alan edimlerden her ikisi de dönemlik edimler olabilir. Bunun tipik örneği de ard arda teslimli satım sözleşmesidir. Ard arda teslimli satım sözleşmesi satılan şeyin belirli zamanlarda bölüm bölüm teslim edildiği ve her satılan şeyin belirli zamanlarda yine bölüm bölüm ödendiği bir sözleşmedir<sup>313</sup>. Sözleşmenin ifasının bölüm bölüm gerçekleşiyor olması bağımsız sözleşmelere ayrılmasına sebep olmaz, bunlar aynı sözleşmenin parçalarıdır. Buna göre ödemezlik def'i ard arda teslimli sözleşmelerde ayrı bölümler arasında da

---

<sup>310</sup> Kira sözleşmelerindeki hususlar için Bkz. 3.4. numaralı başlık.

<sup>311</sup> Hizmet sözleşmelerindeki hususlar için bkz. 3.8.numaralı başlık.

<sup>312</sup> Kaniti, s. 73, 74 .

<sup>313</sup> Yavuz, s. 139 vd.

uygulanabilir<sup>314</sup>. Örneğin alıcı daha önce teslim edilen bölümlerin karşılığını ödemedikçe, satıcı yeni bölümleri teslim etmekten kaçınabilir. Ancak belirtmek gerekir ki edimin/ karşı edimin ifasından kaçınma için diğer tarafın borç muaccel olduğunda temerrüde düşeceği tehlikesi yeterli değildir<sup>315</sup>.

Kanaatimizce de edimler arasındaki karşılıklılık ilişkisinin adeta sözleşmenin tamamına yayılmış olduğu görüşü benimsenmelidir. Sinallagmanın aynı sözleşme içerisinde her bir edimin karşı edimi arasında değil, sözleşmedeki herhangi bir edimin, aynı sözleşmedeki herhangi bir karşı edime denk olacak şekilde mevcut olduğu değerlendirilmelidir.

---

<sup>314</sup> Kaniti, s.75.

<sup>315</sup> Kaniti, s. 75; Pekmez Doktora Tezi, s.297, 298.

## BEŞİNCİ BÖLÜM

### ÖDEMEZLİK DEF'İNİN İLERİ SÜRÜLMESİ VE SONUÇLARI

#### 5.1. Ödemezlilik Def'inin İleri Sürülmesi

##### 5.1.1. Genel Olarak

Kural olarak ödemezlilik def'ini edim veya karşı edim borçluları kullanacaktır. Ancak her zaman edim ve karşı edim borçlusu bu def'inin muhatabı veya ileri süreni olmayabilir. Ödemezlilik def'i kanun hükmü veya işin mahiyeti gereği edim ve karşı edim borçluları haricindeki kişiler tarafından ileri sürebilir<sup>316</sup>.

Bu duruma örnek olarak karşı edim alacağını devretmiş edim borçlusu<sup>317</sup>, karşılıklı akitten doğan edimlerden birini borcun nakli yoluyla üstlenmiş bulunan<sup>318</sup> veya müteselsil borçlu sıfatıyla ifa zorunda olan kişi<sup>319</sup>, lehine sözleşme yapılan üçüncü kişi<sup>320</sup> ve kefil verebiliriz. Bu kapsamda ödemezlilik def'i, karşı edim borçlusu olmayan, üçüncü kişi lehine akdin edimi talep hakkını tanıdığı üçüncü şahsa, edimi devralana, borcun nakli yoluyla karşı edim borcundan kurtulmuş olan edim alacaklısına karşı, karşı edim alacaklısı tarafından ileri sürülebilir<sup>321</sup>. Ödemezlilik def'inin ileri sürüleceği kişiler (muhatapları) ise herhangi bir özellik arz etmemektedir<sup>322</sup>.

Ödemezlilik def'i dava içerisinde ve dava dışında kullanılabilir. Ödemezlilik def'i, dava dışında, tek taraflı bir irade beyanıyla kullanır bu beyan içerisinde borçlunun alacaklıya önce kendisinin ifada veya ifa önerisinde bulunmasını bildirmesi yeter-

---

<sup>316</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 334, 335.

<sup>317</sup> Detaylı bilgi için bkz. 4.1. numaralı başlık.

<sup>318</sup> Detaylı bilgi için bkz. 4.2. numaralı başlık.

<sup>319</sup> Detaylı bilgi için bkz. 4.5. numaralı başlık.

<sup>320</sup> Detaylı bilgi için bkz. 4.3. numaralı başlık.

<sup>321</sup> Kaniti, s. 153.

<sup>322</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 335.

lidir. Borçlunun alacaklıya karşı ödemezlik def'i ileri sürmesi, bir ihtar olarak değerlendirilemez<sup>323</sup>. Söz konusu irade beyanı, geçerliliği yönünden herhangi bir şekil koşuluna bağlı olmamakla birlikte irade beyanında sebep gösterilmesi de zorunlu değildir<sup>324</sup>. Ancak kanaatimizce irade beyanının yazılı olarak yapılması ileriki zamanlarda ispat açısından kolaylık sağlayacaktır<sup>325</sup>. Ödemezlik def'inin dava dışında kullanıldığı tarafların dilekçelerinden anlaşılıyorsa hakim bunu dikkate alması gerekecektir. Meğerki def'inin dava dışında kullanılmış olduğu çekişmeli olsun<sup>326</sup>. Dava dışında ileri sürülen def'inin çekişmeli olduğunun kabulü halinde ise yine bu durumu taraflardan birinin hakim önüne getirmesi yeterli olacaktır. Zira hakim bunu davalı veya davacının ileri sürdüğüne bakmaksızın dikkate almak zorundadır<sup>327</sup>.

Alacaklının ifayı dava yoluyla istemesi halinde ödemezlik def'inin usul hukuku kurallarına göre dava içerisinde ileri sürülmesi gerekir<sup>328</sup>. Bu hususta da HMK m. 141 dikkate alınmalıdır. Buna göre, ödemezlik def'i basit yargılamada en geç cevap dilekçesinde, yazılı yargılamada ise en geç ikinci cevap ve cevaba cevap dilekçelerinde serbestçe ileri sürebilir. Bununla birlikte taraflardan biri ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak katılmaz ise o takdirde yine def'ilerin ileri sürülmesi mümkündür. Def'ilerin daha sonra ileri sürülmesi ise iddia ve savunmayı genişletme ve değiştirme yasağına tabi olmaktadır. Aksi halde, ödemezlik def'inin

---

<sup>323</sup> Eren, Borçlar Genel, s.1017.

<sup>324</sup> Kaniti, s. 155, 156.

<sup>325</sup> Aynı yönde bkz. Moralı, s. 451 vd.

<sup>326</sup> Kaniti, s. 156.

<sup>327</sup> Kaniti s. 156; Pekmez, Doktora Tezi, s. 331.

<sup>328</sup> Çukadar, Neslihan, s. 100; Moralı, Ayanoğlu, Taraflardan Birinin Dava Esnasında Borcun İfa Edilmediği Def'ini İleri Sürmesine Bağlanabilecek Sonuçlar, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi , 2008/2, ("Moralı") s. 453.

ileri sürülmesi karşı tarafın kabulüne veya HMK m.174 uyarınca ıslah yapılmasına bağlıdır<sup>329</sup>.

### 5.1.2. Ödemezlik Def'inin İleri Sürülmesinde İspat Külfeti

Kural olarak MK m. 6 uyarınca, aksine bir hüküm olmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguları ispat etmek ile mükelleftir. Bunu ödemezlik def'ine uyarladığımız zaman ise ödemezlik def'i ileri sürerek edimin ifasından kaçınan tarafın ispat yükü altında olduğunun kabulü gerekmektedir<sup>330</sup>. Buna göre, ikame olunan davada ödemezlik def'ini ileri süren davalının, def'inin dayanağı olan karşı edim borcunu, edim ile karşı edim arasındaki mübadele ilişkisini ve muacceliyetini ispat etmesi gerekecektir<sup>331</sup>. Aksi yöndeki görüşe göre ise, dava içerisinde, davacı ileri sürdüğü hak ve talebin şartlarını ispat etmekle mükellef-

---

<sup>329</sup> Kaniti s. 156 vd.; Morali s. 453; Karşlı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, Alternatif Düşünce Yayınevi, İstanbul, 2014 ("Karşlı"), s. 631. Zamanaşımı def'inin ıslah yoluyla gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği hususunda doktrinde ve Yargıtay kararlarında fikir birliği sağlanmamıştır. Detaylı bilgi için bkz. Karşlı, s. 630.

<sup>330</sup> Kaniti, s. 127.

<sup>331</sup> Kaniti s. 126; Pekmez, Doktora Tezi, s. 336. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi E. 2013/21161 K. 2014/6911 T. 21.3.2014, "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 bulunduğu 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 def'i 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 anlaşılacakla bu süre için ücret talebi yerinde değildir... davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir."

İspat açısından karşı edimin hiç ifa edilmediği ve gereği gibi ifa edilmediği yönünde ikili değerlendirme için bkz. Pekmez, Doktora Tezi, s. 336 dn. 1019, 1020. Karşı edimin hiç ifa edilmediği savunuluyorsa bunu sadece iddia etmek yeterlidir. Bu halde, esas karşı edimin ifasının ya da en azından ifa teklifinin yapıldığını ispat külfeti davacı üzerindedir. Karşı edimin gereği gibi ifa edilmediği durumda ise bu halde davalı karşı edimin ifasının teklifinin veya ifanın gereği gibi olmadığının ispat külfeti altındadır.



tir<sup>332</sup>. Buna göre, alacaklı davacı, ödemezlik def'inin şartlarının mevcut olmadığını, davalının borçlandığı edimin mevcut ve muaccel olduğunu, kendisinin borçlandığı edimi gereği gibi ifa ettiği veya ifasını teklif ettiğini, ifaya hazır olduğunu ve eğer davasını davalının önce ifa yükümlüsü olduğuna dayandırıyorsa bunları ispat etmelidir<sup>333</sup>.

Eğer davacı söz konusu hususları ispat edemezse, davalının ileri sürdüğü ödemezlik def'i kabul edilir ve açılmış olan dava reddedilir<sup>334</sup>. Davacı, kendi borcunun gereği gibi ifa teklifini yaptığı veya borcunu ifa ettiğini ispat ederse, davalının ileri sürdüğü ödemezlik def'i reddedilir ve hakim aynı anda ifaya veya davacı, borcunu daha önce ifa etmişse, sadece davalıya borçlanmış olduğu edimi ifaya mahkum eder<sup>335</sup>.

Kaniti<sup>336</sup>, def'inin dayanağı olarak karşı edimi, Pekmez<sup>337</sup> ise, mübadele ilişkisinin varlığını gösterse de, her ikisi de (ödemelik def'inin diğer şartlarının da sağlanmasıyla) ödemezlik def'i ileri sürenin kaçınma hakkının şartlarını ispat etmekle yükümlü olduğunu savunmakta ve def'i ileri süren davacı gibidir görüşüyle hareket etmektedir. Buna göre, örneğin ödemezlik def'i ileri sürüp edimin ifasından kaçan davalı, davacı sıfatıyla alacak talebinde bulunsaydı, böyle bir alacağın doğduğunu gösteren maddi olayları ispat etmek zorunda kalacaktı; burada da aynı şekilde def'i ileri sürmesi ispat yükünün yer değiştirmesine sebep olmayacak,

---

<sup>332</sup> Eren, Borçlar Genel s. 1018; Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E. 2011/910, K. 2011/12081, T. 14.10.2011 "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."

<sup>333</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1018.

<sup>334</sup> Detaylı bilgi için bkz. 5.2.3. numaralı başlık.

<sup>335</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1018; Detaylı bilgi için bkz. 5.2.3. numaralı başlık.

<sup>336</sup> Kaniti, s. 126.

<sup>337</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 336.

ödemezlik def'inin şartlarını ispatla mükellef olacaktır<sup>338</sup>. Kanaatimizce de ödemezlik def'inin ileri sürülmüş olması ispat yükünü değiştirmeyecek olup, ödemezlik def'ini iddia edenin ispat ile yükümlü olduğunu değerlendirmekteyiz.

## 5.2. Ödemezlik Def'inin İleri Sürülmesinin Sonuçları

### 5.2.1. Ödemezlik Def'inin İleri Sürülmesinin Zamanaşımı Üzerindeki Sonuçları

Ödemezlik def'inin kullanılmasının zamanaşımını kesici bir etkisi olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Tunçomağ'a<sup>339</sup> göre, davada ödemezlik def'i ileri süren alacaklı zamanaşımını kesmiş olur. Aynı yönde Eren'e göre de, ödemezlik def'i, mahkemede dava yoluyla ileri sürülmesi halinde zamanaşımını kesecektir. Oğuzman/Öz'e<sup>340</sup> göre, TBK m. 154/I-2'de zamanaşımını kesen sebeplerin belirtilmiş olduğunu ve def'ilerin ileri sürülmesinin de bunlardan biri olduğunu savunulmaktadır. Bununla birlikte, aksi yöndeki görüş<sup>341</sup> ise ödemezlik def'inin ileri sürülmesinin alacaklının elinde olması dolayısıyla bunu ileri sürmenin zamanaşımını kesmeyeceği yönünde değerlendirme yapmaktadır. Kanaatimizce Eren'in görüşüne katılmakta ve ödemezlik def'inin mahkemede ileri sürülmesi halinde zamanaşımını keseceği yönünde değerlendirme yapmaktayız. Ancak def'i hakkının kullanılması, ifası talep edilen alacağın zamanaşımını kesmeyecektir<sup>342</sup>.

---

<sup>338</sup> Rosenberg, Die Beweislast, 23, II 2. (Kaniti, s. 126'dan naklen).

<sup>339</sup> Tunçomağ, s. 758.

<sup>340</sup> İki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede bir tarafın açtığı davada diğer taraf ödemezlik def'ini ileri sürerse kendi alacağına ait zamanaşımı kesilmiş olacağı örnek olarak verilmiştir. Ancak usulüne uygun olarak açılan bir dava veya ileri sürülen def'i zamanaşımını keser. Şayet dava görevli veya yetkili olmayan bir mahkemede açılmış ise veya vaktinden önce açılmışsa dava veya def'i usul bakımından reddedilecektir. Böylece reddedilmiş dava veya def'i zamanaşımını kesmiş olmaz. Oğuzman/Öz, cilt -I, s.641.

<sup>341</sup> von Tuhr, Escher, Allgemeine Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zurich, 1974, s. 228 (Eren, Borçlar Genel, s. 1017'den naklen).

<sup>342</sup> Nomer, Borçlar Genel, s. 249.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmede karşı edimin zamanaşımına uğramasına rağmen, edim talebine karşı ödemezlik def'inin ileri sürülüp sürülmeyeceği açısından da durum tartışmalı olup değerlendirilmelidir. Serozan'a<sup>343</sup> göre, ödemezlik def'ini ileri sürebilmek için bu def'inin dayanağını oluşturan alacağın talep edilebilir, muaccel bir alacak olması gerekir. Ancak aynı alacağın zamanaşımına uğramış olması bu def'inin ileri sürülmesine engel olmayacaktır. Zamanaşımına uğramış eksik bir alacak bile ödemezlik def'ine dayanak oluşturabilir. Bu durumu talepler zamanaşımına uğrasa bile onlara ilişkin def'iler zamanaşımına uğramaz ilkesinden geldiğine dayandırmaktadır.

Kaniti'ye<sup>344</sup> göre de, karşı edim zamanaşımına uğramış olsa bile, ödemezlik def'i ileri sürülebilecektir. Zira TBK'nın çeşitli maddeleri zamanaşımına uğramış bir talebin def'i yoluyla kullanılabilmesini düzenlemiştir. Buna göre, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğrasa bile kaçınma hakkı TBK m. 72'de, sebepsiz zenginleşmede, zenginleşenin bir alacak hakkı kazanmasıyla zenginleşme gerçekleştiyse, fakirleşene istemi zamanaşımına uğramış olsa bile kaçınma hakkı tanımaktadır. TBK m. 82'de, alıcının ayıbı süresi içerisinde bildirmesi şartıyla, satılanın ayıplarından doğan hakları zamanaşımına uğramış olsa bile ayıptan doğan def'i hakkını ileri sürebileceği TBK m. 231'de düzenlenmiştir. Kaniti bu hükümlerin istisnai nitelikte olmadığını bunların karşı edim zamanaşımına uğrasa bile ödemezlik def'inin ileri sürülebileceğine delalet eden kanunda açıkça bulunmayan bir kaidenin yansımaları olduğunu değerlendirmiştir.

Aksi yöndeki görüş<sup>345</sup> ise, takasa ilişkin TBK m.139'u ödemezlik def'ine kıyasen uygulamaya dayanmaktadır. Buna göre zamanaşımına uğramış bir alacak eğer takasa konu olacaksa, o halde takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olmalıdır. İlgili hüküm kıyasen ödemezlik def'ine uygulandığında ise

---

<sup>343</sup> Serozan, İfa Engelleri, s. 69.

<sup>344</sup> Kaniti, s. 109.

<sup>345</sup> Pekmez, Doktora Tezi, s. 357, özellikle dn. 1060.

edimlerin zamanaşımına uğramadan önce ödemezlik def'i ileri sürme şartlarını sağlaması beklenmektedir.

Kanaatimizce, alacağın zamanaşımına uğraması ödemezlik def'inin ileri sürülmesine engel olmayacaktır. Zira zamanaşımı alacak hakkını dolayısıyla ödemezlik def'ini sona erdiren bir sebep değildir. Zamanaşımı, alacağı değil borçlunun bunu usul hukuku kuralları içerisinde ileri sürmesi halinde dava ve takip hakkını sona erdirmektedir<sup>346</sup>.

### **5.2.2. Ödemezlik Def'inin İleri Sürülmesinin Borçlu Temerrüdü Üzerindeki Etkisi**

Ödemezlik def'inin borçlu temerrüdüne olan etkisi doktrinde temel olarak iki farklı görüş çerçevesinde ele alınmıştır. Bunlardan biri ödemezlik def'inin ileri sürülmeden sadece varlığının borçlu temerrüdünü engellediği görüşü diğeri ise ödemezlik def'inin ileri sürülmesinin borçlu temerrüdünü engellediği görüşüdür. İkinci görüş çerçevesinde, yani def'inin ileri sürülmesi şartıyla, def'inin şartlarının doğduğu andan itibaren geriye etkili olarak mı yoksa ileri sürüldüğü andan itibaren ileriye etkili olarak mı temerrüdü ortadan kaldıracığı tartışmalı olup bu tartışmayı da ele alacağız. Ayrıca borçlu temerrüdünde alacaklının sahip olduğu seçimlik haklar çerçevesinde de özellik arz eden hususlara değineceğiz<sup>347</sup>.

Bir görüş<sup>348</sup>, ödemezlik def'inin şartlarının varlığının borçlu temerrüdüne engel olmak için yeterli olduğunu, ayrıca ileri sürülmesine gerek olmadığını savunmaktadır. Şu kadar ki ödemezlik def'inin şartları oluşmuş ve ileri sürülmesi halinde talebi durdurabilecek ise, borçlunun edimini ifa etmemesi onu artık temerrüde düşürmez, alacağı muaccel olmamış gibi değerlendirilir. Eğer ödemezlik def'inin şartları sağlandığı halde ileri sürülmüyorsa, bu durumda borçlu borcunu ifa etmese

---

<sup>346</sup> Eren, Borçlar Genel, s.1014, 1015.

<sup>347</sup> Buz, s. 86.

<sup>348</sup> Kaniti s. 153, 154; Buz, s. 83 – 100; Roth, s. 173, 174 (Buz, s. 86'dan naklen).

de sözleşmeye aykırılık sayılmayacaktır<sup>349</sup>. Bu görüş, Alman hukukunda hakim görüş olarak kabul görse de, Türk ve İsviçre doktrininde azınlık görüş olarak kalmıştır<sup>350</sup>.

Ödemezlik def'inin şartlarının varlığının yeterli olduğu görüşü farklı şekillerde temellendirilmiştir. Bunlardan biri<sup>351</sup>, edim ile karşı edim arasındaki kondisyonel synallagmaya dayanmaktadır. Kendi borcunun ifasını teklif etmemiş olan taraf, kendi yükümlülüğünü yerine getirmeden talepte bulunduğu için karşı tarafın borcunun muaccel olmadığı için de borçlunun temerrüde düşmeyeceğini savunmaktadır. Bir diğer görüş<sup>352</sup> ise, kendi edimini yerine getirmeyen tarafın temerrütten faydalanmasının adil olmadığı ve bu durumu hakimin re'sen nazara alması gerektiğini savunmaktadır.

Serozan'a<sup>353</sup> göre de eBK m. 81'in (TBK m.97) geciktirici def'i hakkı, eylemli olarak ileri sürülmesi bile, tıpkı muacceliyet eksikliği savunmasında olduğu gibi soyut ve gizli potansiyel varlığı ile borçlunun temerrüdünün hukuka aykırılığını ortadan kaldıracak ve onun temerrüt sorumluluğunu dondurup engelleyebilir.

Aksi yöndeki diğer görüş<sup>354</sup>, ödemezlik def'inin hüküm ifade etmesi için bir irade beyanıyla ileri sürülmesi gerektiğini savunmaktadır. Zira ödemezlik def'inin sadece varlığı edimin muacceliyetine engel olmamakta ve bu kapsamda alacaklının ifayı talep ve dava edebilmesine engel olmamaktadır. Bu görüşe dayanak olarak ise taraflar arasındaki eşitliğin sağlanması gösterilmektedir. Şu kadar ki def'i ileri sürmeyle ihtar gönderme birbirinden farklı irade beyanları olsalar da; borçlunun

---

<sup>349</sup> Buz, s. 87.

<sup>350</sup> Kaniti, s. 155.

<sup>351</sup> Canaris, C. W.: Grundprobleme des Schuldnerverzugs nach dem BGB, in: Festschrift für Koziol, Wien, 2010, s. 61,62 (Buz, s. 86'dan naklen).

<sup>352</sup> Gröschler, P, Zur Wirkungsweise und zur Frage der Geltendmachung von Einrede und Einwendung im materiellen Zivilrecht, AcP 2001, Band 201, s. 48 vd. AcP 201 (2001), s. 77, 78 (Buz, s. 88'den naklen).

<sup>353</sup> Serozan, İfa Engelleri, s. 71.

<sup>354</sup> Tunçomağ, s. 455, 456; Buz, s. 102, 103.

temerrüde düşmesi için ihtar gerekliyse temerrüt durumunun varlığının çürütülmesi için de bildirimde bulunulmalıdır, yani ödemezlik def'i ileri sürülmelidir<sup>355</sup>.

Bu durumda ise akla temerrüt hükümlerinin borçlu temerrüde düştüğü andan mı yoksa ödemezlik def'inin ileri sürme hakkının doğduğu andan itibaren mi hüküm ifade edeceği sorunu gündeme gelebilecektir. Ödemezlik def'inin ileri sürülmesinin temerrüdü engelleyeceği görüşünü<sup>356</sup> benimseyenlerin büyük çoğunluğu ödemezlik def'inin ileri sürülmesinin geriye etkili olarak (*ex tunc*) sonuç doğuracağını savunmaktadır<sup>357</sup>. Doktrindeki hakim görüşe göre, şartların varlığı ile birlikte def'i ileri sürülürse borçlu temerrüdü o zamana kadar olan tüm sonuçlarıyla beraber ortadan kalkacaktır<sup>358</sup>.

Diğer görüş ise ödemezlik def'inin ileri sürülmesinin ileriye etkili (*ex nunc*) olarak sonuç doğuracağını savunmaktadır<sup>359</sup>. Borçlu temerrüdünün, ödemezlik def'i ileri sürülene kadar ortaya çıkan sonuçlardan etkilenmeyeceği savunulmaktadır<sup>360</sup>. Buz, bu görüşü çok isabetli bulmamaktadır. Zira bu görüşe göre ortaya şöyle bir durum çıkarmaktadır. Örneğin, ödemezlik def'i ileri sürerek edimden kaçınan borçluya karşı, alacaklı seçimlik haklarından aynen ifa ve gecikme tazminatını seçerse, borçlu ödemezlik def'i ileri sürdüğü için aynen ifa talebinden kaçınabileceken, ödemezlik def'i ileri sürdüğü ana kadar olan gecikme tazminatını ödemek zorunda kalacaktır<sup>361</sup>. Biz de bu görüşün kabulü halinde hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkacağını kabul etmekteyiz.

Yukarıda üzerinde durduğumuz görüşleri değerlendirdiğimizde borçlu temerrüdüne engel olmak için ödemezlik def'inin mevcudiyetinin yeterli olmadığı, def'inin

---

<sup>355</sup> Thomale, C, Die Einrede als materielles Gestaltungsrecht, AcP 212 (2012), s. 941 (Buz s.102'den naklen).

<sup>356</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1016.

<sup>357</sup> Buz, s. 102.

<sup>358</sup> Buz, s. 103 dn. 42.

<sup>359</sup> Oğuzman /Öz, cilt-I, s.371.

<sup>360</sup> Buz, s. 92, 93; Pekmez, Doktora Tezi, s. 351, 352.

<sup>361</sup> Buz, s. 103, 104.

ileri sürülmesi gerektiği görüşüne katılmaktayız. Bu kapsamda, ödemezlik def'inin ileri sürülmesinin de borçlu temerrüdüne ilişkin sonuçları geriye etkili olarak ortadan kaldıracığı kanaatindeyiz.

Kural olarak ödemezlik def'i süre sınırına tabi olmadan kullanılabilen bir haktır. Ancak burada borçlunun menfaatinin korunması açısından borçlunun sahip olduğu def'i hakkını derhal ileri sürmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira Vedat Buz'un da belirttiği üzere, eğer alacaklı seçimlik haklarından aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini veya sözleşmeden dönüp menfi tazminat talep etmeyi kullanırsa, borçlu ile alacaklı arasındaki ilişki artık bir tazminat veya bir tasfiye ilişkisine dönüşmüş olacaktır<sup>362</sup>.

### **5.2.3. Ödemezlik Def'inin Davada İleri Sürülmesi ve Mahkeme Kararları**

Ödemezlik def'inin dava içinde ileri sürülmesi halinde davanın şimdilik kaydıyla reddi görüşüne<sup>363</sup> göre, eğer alacaklı kendi ediminin ifa teklifini veya ifasını gerçekleştirmeden dava açarsa borç ilişkisine aykırı hareket etmiş olacağından davanın reddi gerekmektedir. Davacı alacaklının, dava içerisinde ifa teklifinde bulunması halinde ise, bu durum davalının edimi önce ifa etmesine sebep olacağı için mübadele ilişkisine aykırılık yaratacaktır. Ancak şimdilik kaydıyla reddedilmiş olan davada borcun ifası veya ifa teklifi gerçekleşirse ödemezlik def'i hükümsüz olacaktır ve reddedilen dava tekrar açılarak bu sefer sonuçlanacaktır<sup>364</sup>.

Kaniti'ye<sup>365</sup> göre de, hakim davanın şimdilik kaydıyla reddi yerine karşılıklı ve aynı anda ifaya karar verirse bu durum Türk hukukunda cebri icra safhası düzenlenmediği için uygulamada güçlük yaratacak, edim kolaylıkla elde edilemeyecek-

---

<sup>362</sup> Buz, s.108

<sup>363</sup> Oğuzman/ Öz, cilt- I s. 371; Morali, s. 451, 467; Kaniti, s. 168; 20/06/1951 tarihli ve 13/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı için detaylı olarak bkz. Kaniti, s. 168 vd.; Pekmez, Doktora Tezi, s. 367 vd.

<sup>364</sup> Kaniti, s. 168.

<sup>365</sup> Kaniti, s. 176, 177; Ayrıca detaylı İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına bakmak için Kaniti, s. 169.

tir. Bu sebeple, davanın şimdilik kaydıyla reddine kararı verilmesi icra edilmesine ilişkin zorlukları engellemek adına isabetli bir karar olacaktır. Ayrıca davanın reddi kararı, karşılıklı sözleşme ilişkisinin olabildiğince dava dışında tasfiyesini teşvik edecek ve bu şekilde mahkemelerin yükünü de hafifletebilecektir.

Ödemezlik def'inin dava içinde ileri sürülmesi halinde hakimin aynı anda ifaya karar vermesi görüşünü<sup>366</sup> savunanlar, ödemezlik def'inin ileri sürülmesi halinde davanın reddedilmemesi gerektiğini, davacının talebinin haklı bulunması halinde karşılıklı ve aynı anda ifaya hükmedilmesi gerektiği görüşündedirler. Zira davacı, kendi ediminin ifasını veya ifa teklifini gerçekleştirmek şartıyla, karşı edimini evleviyetle ayrı bir davaya konu edebilecektir. Bunun yerine hakimin söz konusu davada bu durumu hükme bağlaması usul ekonomisi ilkesine de uygun olacaktır. Ayrıca davacı edim talebi ile dava açtığı takdirde hakimin de karşı edimin ifa edilmesine bağlı olarak ifaya mahkumiyet kararı vermesi hakimin taleple bağlı olması hükmüne aykırılık oluşturmayacaktır<sup>367</sup>.

Davanın reddi kararı yerine aynı anda ve karşılıklı ifa kararı verilmesi durumunda bu kararın nasıl icra edileceği hususunda Türk hukukunda belirsizlik hakimdir. Yargıtay'ın dava içerisinde ödemezlik def'i ileri sürüldüğü durumda hükmün hangi yönde olacağına ilişkin olarak verdiği kararlarda bir içtihat birliği bulunmamaktadır<sup>368</sup>. Yargıtay bazı kararlarında davanın şimdilik kaydıyla<sup>369</sup> reddedilmesine

---

<sup>366</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 832; Kaniti, s. 168 vd.; Serozan, s. 71, 72.

<sup>367</sup> Moralı, A(2) numaralı başlık.

<sup>368</sup> 04.04.2001 tarihli güncel bir kararında İsviçre Mahkemesi, "Eğer def'i haklı ise, yani alacaklı kendi edimini ifa etmediği gibi, ifayı gerçekleştirmeyi teklif de etmişse, hakim davayı, borçluyu karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkum etmek suretiyle, kabul edecektir." ifadelerine yer vermiştir. Buna göre federal mahkemenin de konuyla ilgili olarak içtihat birliğinin bulunmadığını belirtebiliriz. (Moralı, dn. 27).

<sup>369</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarihli 31.01.1986, 7696/469 kararında "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 iadedden kaçınabilir. Bu nedenle açılmış olan davanın reddine karar verilmek gerekir." ifadelerine yer verilmiştir Aynı yönde eski tarihli karar için bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 14.03.1988, E.1987/667 K. 1988/2072 (Moralı'nın makalesinden alınmıştır)



bazı kararlarında ise aynı anda ve karşılıklı ifaya karar<sup>370</sup> vermiştir. Ayrıca aynı anda ifaya karar verdiği bazı kararlarda davacıya karşı edim bedelini depo ettirdiği görülmektedir<sup>371</sup>.

---

Güncel tarihli kararlar için bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 22.10.2015 tarihli ve 2015/1735 E., 2015/13471 K. sayılı kararı “Mahkemece, yapılan yargılamada toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, sözleşme konusu malın üretimden kaynaklanan gizli ayıplı olduğu, ayıp ihbarı ispatlanmasa da ayıbın türünün TBK’na göre satıcının bilmesi gereken ayıplardan olduğu, bu nedenle ayıp ihbarının süresinde yapılmadığı savunmasına dayanılmayacağı, davalının ödemezlik definde bulunmakta haklı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına karar verilmiştir.”

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 14.05.2014 tarihli ve 2013/9575 E., 2014/9248 K. sayılı kararı “BK.’nın 97. maddesi anlamında bir ödemezlik def’i niteliğinde bulunduğu, bir kamu kurumu olan davalının kamuya ait kaynakları kullanırken gösterdiği bu titizliğin ve ortaya koyduğu ödemezlik def’inin yerinde ve isabetli olduğu, icra takip tarihi itibarıyla davacının davalıdan bu bedeli talep etmeye hakkının bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, taraf vekillerinin temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanmasına karar verilmiştir.”

<sup>370</sup> Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2004/1391, K. 2004/5609, T. 03.11.3004 “...arsa sahibinin BK’nın 81. maddesi gereğince öncelikli edimini ifa etmediğinden, sözleşmenin feshini isteyemeyeceği gerekçesine dayalı olduğu halde; gerekçesinde söz edilen bilirkişi raporunda belirtilen noksan işler ve inşaatın yapım oranı esas alınarak yüklenicinin edimini tamamen ifa etmiş olduğunun kabulü ile yazılı şekilde tescile karar verilmesi doğru olmamıştır... MK’nın 2.maddesi gereğince objektif iyi niyet kurallarına aykırı ise eksik ve kusur bedelinin yüklenici tarafından arsa sahibine ödenmesi koşuluyla birlikte ifaya...karar verilmelidir.”

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 1993/1676 K. 1994/259T. 24.1.1994 “... 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 ”

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 1983/3917 K. 1984/436 T. 16.2.1984 “...Taraflar arasındaki sözleşme karşılıklı taahhütleri havi bir akit olup, BK.nun 81. maddesine göre sözleşmeden doğan edimin ifasını talep eden kimse, kendi borcunu, ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olması lazımdır. İnşaattaki noksanlıkları ve yükleniciye ait ödenmeyen borçlara ilişkin davalıların duruşmadaki savunmaları bir ödemezlik def’i olup, mahsup isteğini de kapsayan bu def’in mahkemece nazara alınıp birlikte ifa yönünden inceleme yapılması zorunludur ” (Kazancı).

Kanaatimizce, dava içerisinde ödemezlik def'i ileri sürülmesi halinde davanın reddi kararı verilmesi yerine aynı anda ve karşılıklı ifaya hükmedilmesi daha isabetlidir. Bu husus TBK m. 97 çerçevesinde kanun koyucunun iradesinden de anlaşılmaktadır. Hakimin aynı anda ifa görüşüne ilişkin olarak her ne kadar şarta bağlı hüküm kurulmaması gerektiği eleştirisi yapılıyor olsa da kanaatimizce burada şarta bağlanan hüküm değil, hükmün icrasıdır<sup>372</sup>.

Kararın icrası hususunda ise İİK madde 24 – 41 arasında ilamların icrası düzenlenmiş olsa da aynı anda ve karşılıklı ifa kararı verildiği takdirde bu kararın nasıl icra edileceğine ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak sadece Kanun'da açık bir düzenleme olmaması sebebiyle talebe uygun olmayan ve davanın esasına girmeden davanın reddi veya davanın şimdilik kaydıyla reddi hükmü verilmesi tarafımızca yerinde bulunmamaktadır.

Borçlu davalı tarafından ödemezlik def'i ileri sürülmesi halinde davanın reddi kararı verilmesinin hakkaniyete uygun olmadığı, adeta geçiştirici bir çözüm olduğunu değerlendirmekteyiz. Zira yukarıda bahsettiğimiz İİK'da açık hüküm olmaması hususu icra dairelerince çözülebilecek bir durumdur. Bununla birlikte davacı alacaklının, davasının (şimdilik kaydıyla) reddedilmesi halinde bu defa davacı

---

<sup>371</sup> Yargıtay 1. Hukuk Dairesi E. 2001/13277 K. 2001/14124 T. 26.12.2001 "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 etmiş olmak lazımdır." hükmünü getirmiştir. Yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında, davacı, dava açmadan önce kendi edinimi yerine getirmemişse mahkemece, dava sırasında edimini yerine getirmesi için davacıya önel verilmesi, sonucuna göre hüküm kurulması öngörülmektedir. O halde iade edilmediği anlaşılan alınan borcun davacı tarafından davalıya ödenmesi veya ödenmesini teminen depo ettirilmesi için kendisine süre tanınması, bedelin ödenmesi veya depo edilmesi halinde, iptal ve tescile karar verilmesi gerekir."

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi E. 2012/7721 K. 2012/8429 T. 14.6.2012 "Mahkemece yapılması gereken iş, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında iskan ruhsatı alınması ve eksik iş bedelinden kaynaklanan, arsa sahipleri lehine hüküm altına alınacak olan yüklenici borçlarını tespit ettirmek üzere bilirkişi incelemesi yaptırmak, tespit edilecek miktar davacı tarafından depo edilirse şimdiki gibi davayı kabul etmek, aksi halde davayı reddetmek olmalıdır."

<sup>372</sup> Aynı yönde bkz. Pekmez, Doktora Tezi, s. 392; Şarta bağlı bir hüküm olmadığı yönünde destekler şekilde bkz. Postacıoğlu, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul, 1975 ("Postacıoğlu"), s. 712.

kendi edimini ifa ettiğini veya ifa teklifini gerçekleştirdiğini ispat amacıyla tekrar dava açacaktır. Bu durum ise usul ekonomisinden uzak bir yaklaşım olacaktır. Onun yerine açılan davanın esasına girilerek karşı edimin ifa teklifinin veya ifasının gerçekleşip gereklemediğinin araştırılmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

## SONUÇ

Ödemezlik def'i kavramının tarihsel gelişimine baktığımızda eski hukuk anlayışına kadar uzandığını görmekteyiz. Her ne kadar Roma döneminde ayrı bir kurum olarak düzenlenmemiş olsa da daha sonralarında açık artırmalarda, dava içerisinde def'i hakkı ileri sürme hakkı taraflara tanınmıştır. Ortaçağda ise bu görünüm daha çok akitlerde bir taraf vaadini bozarsa diğer tarafın da o vaat ile bağlı olmamasına dayanmaktadır. Ödemezlik def'i, daha sonra pandekt hukukçuları tarafından geliştirilmiş olup günümüze kadar gelmiştir. Günümüzde, ödemezlik def'i müessesesi Türk hukukunda TBKm. 97'de düzenlenmiş olup, eBK m. 81 düzenlemesi ile arasında herhangi bir değişiklik bulunmamaktadır.

Ödemezlik def'inin en temel tartışmalarından biri gerçek anlamda bir def'i mi olduğu yoksa dava temelinin yetersizliği mi olduğudur. Buna göre dava temelinin yetersizliği görüşünü kabul edersek, hakimin davacının önceden ifada veya en azından ifa teklifinde bulunup bulunmadığını araştırması ve re'sen nazara alması gerekecektir. Ancak taraflardan biri edimini hataen ifa ettiği takdirde bunu sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre (TBK m.78) geri isteme hakkına sahip olacaktır. Gerçek anlamda def'i olduğu kabul edilirse hakimin re'sen araştırma yapmasına gerek kalmayacak, dilekçede belirtilmesi halinde inceleyecektir ancak bu halde hataen edim ifa edilirse sadece karşı edimin ifası talep edilebilecektir. Görüldüğü üzere bu tartışmanın pratikte de büyük önemi söz konusu olup, ödemezlik def'inin gerçek anlamda bir def'i olduğunu kabul etmekteyiz.

Ödemezlik def'inin temelinde bir tarafın kendi ediminin ifasını teklif etmedikçe veya ifa etmedikçe karşı edimi hak edemeyeceği fikri yer almaktadır. Buna göre, baskı fonksiyonu; karşı edimin ifasını talep eden tarafa en azından kendi ediminin ifa teklifini gerçekleştirilmesi açısından baskı yaparak, teminat fonksiyonu ise karşı edimin en azından ifa teklifini elde etmeden önce kendi ediminin elinden çıkmamasını sağlayarak ortaya çıkmaktadır.

Ödemezlik def'i her sözleşme ilişkisinde ileri sürülemeyecek, sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması aranacaktır. Ancak bu yeterli değildir

edimlerin de birbirine karşı mübadele ilişkisi içerisinde olması gerekmektedir aksi halde ödemezlik def'i ileri sürülemeyecektir.

Sözleşme içerisindeki edimlerin mevcut ve muaccel olması gerekir. Zira ödemezlik def'inde sadece edimin gerçekleşmiş olması yeterli değildir, aynı zamanda edimin gereği gibi ifa edilmiş olması aranır. Bu kapsamda çalışmamızda kısmi ifa ve ayıplı ifa durumunda ödemezlik def'inin sürülebilirliği incelenmiştir.

Kısmi ifa durumunda ödemezlik def'inin ileri sürülüp sürülmeyeceği tartışmalıdır. Genel olarak alacaklının kısmi ifayı kabul edip etmemesine göre bir ayırım yapılmaktadır. Kanaatimizce kısmi ifada, kısmi ifanın alacaklı tarafından kabul edildiği durumda borcun bölünebilirliği incelemesi yapılmalı ve borç bölünebiliyorsa kısmi olarak ödemezlik def'i ileri sürülebilmelidir. Kısmi ifanın kabul edilmediği durumda ise borcun tamamı için ödemezlik def'i ileri sürülebileceği kanaatindeyiz.

Ayıplı mal olduğu takdirde ise borçlunun ayıba karşı tekeffül hükümlerine mi başvuracağı yoksa ödemezlik def'i mi ileri süreceğine ilişkin görüşler detaylı olarak açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre, satılan malın zilyetliği devredilmişse ve borçlu ayıplı edimi kabul etmişse, bu halde ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulması gerektiği kanaatindeyiz. Zira bu değerlendirme, ödemezlik def'i karşısında özel hüküm olan ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşü ile de örtüşmektedir. Ancak satılan mal ayıplı diye teslim alınmadığı takdirde bu tartışmaya gerek kalmayacağını, ödemezlik def'i ileri sürerek edimin ifasından kaçınılabileceğini düşünmekteyiz.

Edimlerden birinin zamanaşımına uğramış olmasının edimlerin mevcut ve muaccel oluşuna dolayısıyla ödemezlik def'inin ileri sürülebilirliğine etkisi de doktrindeki bir diğer tartışmalı husustur. Doktrindeki ağırlıklı görüşe paralel olarak kanaatimizce de edimlerden birinin zamanaşımına uğraması ödemezlik def'inin ileri sürülmesine engel olmayacaktır. Zira zamanaşımı, alacağı sona erdirmeye sadece bir savunma aracı olarak dava ve takip edilmesini engellemektedir.

Ödemezlik def'inin temelinde edimlerin aynı anda ifa edilmesi düşüncesi yatmaktadır. Buna göre kanundan, teamülden kaynaklanan sebeplerle taraflardan birinin önce ifa yükümlüsü olması halinde ödemezlik def'ileri sürülemezdir. Son şart olarak da karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması ya da ifa teklifinin gerçekleşmemiş olması gerekmektedir. Buna göre yapılan ifa teklifinin de sözde bir ifa teklifi olmaması, usulüne uygun olarak yapılmış olması gerekmektedir.

Doktrinde ödemezlik def'ini ileri sürerek edimin ifasından kaçınan borçlu davalının mı, yoksa alacaklı davacının mı ispat yükü altında olduğu tartışmalıdır. Kural olarak hukukumuzda MK m. 6 uyarınca iddia eden ispatla mükelleftir. Buna göre, ödemezlik def'ileri sürerek edimin ifasından kaçınan borçlunun ödemezlik def'inin şartlarının mevcut olduğunu ve iddiasının haklı olduğunu ispat etmesi gerekecektir. Eğer ispat edemezse ödemezlik def'i reddedilecek ve hakim ifaya karar verecektir. Aksi yöndeki görüşe göre ise davacının, açtığı davada ödemezlik def'inin şartlarının olmadığını ispat etmesi gerekecektir. Bu doğrultuda, eğer davacı def'ileri sürmek için gereken şartların oluşmadığını ispat edemezse davası reddedilecektir. Kanaatimizce, ödemezlik def'i'nin ispat yükünün yer değiştirilmesi gibi bir sonucu bulunmamaktadır. Bu sebeple ödemezlik def'ini ileri süren borçlu davalının ispatla yükümlü olduğunu düşünmekteyiz.

Doktrinde tartışılan bir diğer konu da ödemezlik def'inin ileri sürülmeden, sadece varlığının borçlu temerrüdünü engelleyip engellemeyeceği, diğer bir anlatımla mutlaka ileri sürülmesinin gerekip gerekmediği noktasındadır. Bu kapsamda, ikinci görüşün kabulü halinde, borçlu temerrüdünün def'inin şartlarının doğduğu andan itibaren geriye etkili olacak şekilde mi yoksa ileri sürüldüğü andan itibaren ileriye etkili olacak şekilde mi ortadan kalkacağı ikinci bir tartışma konusudur. Kanaatimizce borçlu temerrüdünün etkilerini ortadan kaldırmak için sadece ödemezlik def'inin şartlarının bulunması yeterli değildir. İlgili tarafça ileri sürülmesi gerekmektedir. İleri sürüldüğü takdirde ise ödemezlik def'inin şartlarının oluştuğu andan itibaren yani geriye etkili olarak hüküm ifade etmesi gerektiği görüşündeyiz.

Ödemezlik def'i, dava dışında tek taraflı irade beyanı ile ileri sürülebileceği gibi dava içinde de ileri sürülebilir. Dava içinde ileri sürülmesi halinde hakimin ne yönde karar vereceği hususunda da doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre davada ödemezlik def'i ileri sürülmesi halinde davanın şimdilik kaydı ile reddedilmesi gerekmektedir. Aksi görüş ise, hakimin aynı anda ifaya karar vermesi gerektiğini savunmaktadır. Yargıtay'ın da bu konuda içtihat birliği bulunmamaktadır. Kanaatimizce, dava içerisinde ödemezlik def'i ileri sürülmesi halinde aynı anda ve karşılıklı ifaya hükmedilmesi daha isabetlidir. Bu görüş, her ne kadar şarta bağlı hüküm kurulmaması gerektiği eleştirisine maruz kalıyor olsa da, esasen burada şarta bağlanan bir hüküm kurulmadığı, bahsi geçen durumun sadece hükmün icrası olduğunu değerlendirmekteyiz.

## KAYNAKÇA

- Akyiğit* : Ercan Akyiğit, Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması, 2005
- Antalya* : Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt III, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017
- Arat* : Ayşe Arat, Küresel Salgının İşyeri Kiralarına Etkisi ve Çözüm Önerileri, 30.04.2020
- Arsebük* : Esat Arsebük, Borçlar Hukuku, 1. ve 2. Cilt, 3. Basım, Ankara, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 1950
- Atamer* : Yeşim Atamer, Uluslararası Satım Sözleşmeleri'ne ilişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. Bası, İstanbul, 2005
- Baysal* : Baysal Başak/ Uyanık, Murat/Yavuz, Selim, Koronavirüs 2019 (Covid-19) ve Sözleşmeler, 26.03.2020
- Bernstein* : Herbett Bernstein, Lookofsky, Joseph, Understanding the CISG in Europe, 2<sup>nd</sup> Edition, Copenhagen, 2003
- Buz* : Vedat Buz, Ödemezlik Def'inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi, BATİDER, 29, 2013
- Canaris* : Canaris, C. W.: Grundprobleme des Schuldnerverzugs nach dem BGB, in: Festschrift für Koziol, Wien 2010, s. 61, 62. (Vedat Buz s. 86'dan naklen)
- Canbolat* : Ferhat Canbolat, Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları, EÜHFD, C. III, Kayseri, 2008
- Caner* : Ayşenur Caner, Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, Şubat 2017
- Cumalıoğlu* : Emre, Cumalıoğlu, Covid- 19 (Yeni Korona Virüs Pandemisinin Özel Hukuk Sözleşmelerine Etkisinin İmkansızlık, Amacın Bozulması, Uyarılama ve Ödemezlik Def'i Bakımından Değerlendirilmesi, 13.05.2020
- Çukadar* : Neslihan Çukadar, Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014
- Eren* : Fikret Eren, Borçları hukuku Genel hükümler, 20. Baskı, Ankara, Yetkin yayınları, 2016



- Erkan* : Erkan, Umut Vehbi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları makalesi
- Feyzioğlu* : Feyzi Necmeddin Feyzioğlu Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1969
- Gauch* : Peter Gauch, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich, 1985 (Şenocak s. 245'ten naklen)
- Gehrer* : Gehrer, L.R., Vom Recht des Bauherrn, den Werklohn bei Mangeln des Werkes zurückzubehalten, SJZ, 1981 (Şenocak s. 244'ten naklen)
- Gröschler* : Gröschler, P, Zur Wirkungsweise und zur Frage der Geltendmachung von Einrede und Einwendung im materiellen Zivilrecht, AcP 2001, Band 201, s. 48 d. AcP 201 (2001), s. 77, 78 (Vedat Buz s. 88'den naklen)
- Gümüş* : Alper Gümüş, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012
- Gümüş - Borçlar Özel* : Alper Gümüş Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 3. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018
- Havutçu* : Havutçu, Ayşe Tam İki tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Olumlu Zararın Tazimini, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:60, İzmir, 1995
- Hatemi* : Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1. Bası, 2011
- Hütteman* : Hüttemann, Raimer; Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, Köln, 1998 (Pekmez, Doktora Tezi s. 57, 58'den naklen)
- İnan* : Ali Naim İnan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1979
- İnceoğlu* : M. Murat İnceoğlu Kira Hukuku – Cilt - 1, 1. Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2014
- Kanışlı* : Kanışlı, Erhan, CISG'da ve Diğer Uluslararası Hukuk Uyumlaştırılması Metinlerinde Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık hk. Makalesi

- Kaniti* : Salamon, Kaniti, Akdin İfa Edilemediği Def'i, Ahmet Said Matbaası, İstanbul, 1962
- Karlı* : Özlem Karlı, Sebebi gösterilmeyen borç tanınması (mücerret borç ikrarı) bk. md. 17, Yayınlanmış Doktora Tezi, T.C. İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2007
- Karslı* : Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, Alternatif Düşünce Yayınevi, İstanbul, 2014
- Kılıçoğlu* : Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi Yayınları, İstanbul, 19. Bası, 2013
- Koç* : Vedia Alanın Ödemezlik Def'i ve Hapis Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000
- Koller* : Koller, A., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Bern 1996 Nr. 317 (Şenocak s. 248'den naklen)
- Konuralp* : Konuralp, Çilenti Ayşen, Türk hukukunda Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ve Hukuki Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme, TBB Dergisi 2020
- Mercedeh* : Azeredo da Silveira Mercedeh, Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Nordic Journal of Commercial Law, S. 2, 2005
- Moralı* : Ayanoğlu Moralı, Taraflardan Birinin Dava Esnasında Borcun İfa Edilmediği Def'ini İleri Sürmesine Bağlanabilecek Sonuçlar, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2008/2
- Nomer* : Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2013
- Oğuzman/Barlas* : Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami, Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 24. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018
- Oğuzman/Öz-I* : Oğuzman, M. Kemal /Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku C. I, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020
- Oğuzman/Öz-II* : Kemal /Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku C. II, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020
- Oğuzman, Eşya* : Kemal/ Seliçi, Özer /Oktay - Özdemir, Sahibe, Eşya Hukuku, 17. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014

- Pekacar* : Veysi Pekacar, Tüketici Hukukunda Taksitle Satışlar, Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, 2019
- Pekmez* : Cüneyt, Borcun İfa Edilmediği Def'i (Ödemezlik Def'i), Yayınlanmış Doktora Tezi, T.C. İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2018
- Postacıoğlu* : İlhan Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul, 1975
- Reisoğlu* : Reisoğlu Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, İstanbul, 2011
- Rosenberg* : Rosenberg, Die Beweislast, auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, Müncher und Berlin, 1953, (Kaniti s. 126'dan naklen)
- Roth* : Die Einrede des Bürgerlichen Rechts, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1988 (Çukadar, Neslihan s. 17'den naklen)
- Sarı* : Sarı, Suat, Alıkoyma Hakkı, 1. Basım, İstanbul, Alfa Yayınları, 1997
- Savaş* : Savaş, Süleyman, Paket Tur Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Atatürk Üniversitesi, Erzurum, 2019
- Schaller* : Schaller, Jean - Marc, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Zürich, Dike Verlag AG, 2010 (Çukadar, Neslihan s. 32'den naklen)
- Schlechtriem –Vienna* : Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law, The UN-Convention on Contracts for the International Sale Of Goods, Published by Manz, Vienna 1986
- Schlechtriem –Oxford* : Peter Schlechtriem Schwenzer, Ingeborg, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods Second Edition Oxford, 2005
- Schlechtriem – Milan* : Schlechtriem, Schwenzer, par. 21, Bianca, C.M., Bonell, M.J., Commentary on the International Sales Law 1980 Vienna Sales Convention, Milan, 1987
- Seelig* : Seelig, Horst, Die Prozessuale Behandlung materiellrechtlicher Einreden, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1980 (Çukadar,

- Neslihan s. 34'ten naklen)
- Serozan, İfa Engelleri* : Serozan, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, C. III, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006
- Serozan, Sözleşmeden Dönme* : Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., 1975
- Şenocak* : Zarife Şenocak, Eser sözleşmesinde aybın giderilmesini isteme hakkı, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002
- Tahiroğlu/Erdoğan* : Bülent Tahiroğlu/ Belgin Erdoğan, Roma Hukuku Dersleri, 8. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2012
- Tandoğan* : Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, Ankara, 1987
- Tekinay* : Tekinay, Selahattin, Sulhi, Borçlar Hukuku, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1971
- Tekinay/Akman/Burcu oğlu/Altop* : Tekinay, Sulhi/Akman, Sermet /Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7 Bası, İstanbul, 1993
- Thomale* : Thomale, C, Die Einrede als materielles Gestaltungsrecht, AcP 212 (2012), s. 941 (Vedat Buz s.102'den naklen)
- Tunçomağ* : Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, C.I, 5. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972
- Türker* : Sümeyye Türker, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri, T.C. Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Gaziantep, 2020
- Ünal* : Mücahit Ünal, Koronavirüs (Covid-19) Salgını Sebebiyle Alınan Tedbirlerin İşyeri Kira Sözleşmelerine Etkisi, 11.05.2020
- von Tuhr, Escher* : Escher von Tuhr, Allgemeine Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zurich, 1974 (Eren, Borçlar Genel s. 1017'den naklen)
- Yangın* : Dulay Dilek Yangın, Ücretin Ödenmemesi Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, 2012
- Yavuz* : Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2012

- Yıldırım* : Abdülkerim Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Monopol Yayınları, 3 Baskı, İstanbul,2015
- Zevkliler* : Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018