

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENÎ HUKUK BİLİM DALI**

BORÇ İLİŞKİLERİNDE DEF'İ HAKKI VE İTİRAZLAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan

Neslihan ÇUKADAR

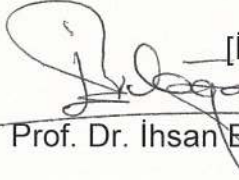
Tez Danışmanı

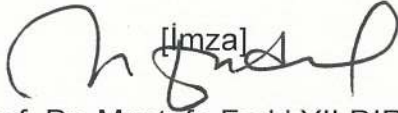
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara-2013

ONAY

Neslihan ÇUKADAR tarafından hazırlanan Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar başlıklı bu çalışma, 11.07.2013 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalının Medenî Hukuk Bilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

 [imza]
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN (Başkan)

 [imza]
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

 [imza]
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR

ÖZET

ÇUKADAR, Neslihan. Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013.

Def'i, borçluya tanınmış, borçlanılan edimin ifasından özel bir sebeple kaçınma hakkıdır. Def'ilerin ortak özellikleri; alacak hakkı ve talep yetkisiyle bağlantılı olma, hak olma, sınırlı sayıda olmama, zamanaşımına uğramama ve maddî hukuka ilişkin bir savunma vasıtası olma şeklinde sıralanabilir. Borç ilişkilerinde def'iler kendi içerisinde, etkilerinin süresine, doğurdukları sonuçların kapsamına ve hukukî temelinin olup olmamasına göre türlere ayrılır. Bu türler içerisinde def'iler açısından yapılan en kapsamlı ve temel ayırım, def'ilerin kullanılmasıyla ortaya çıkan etkinin süresi dikkate alınarak yapılmış olanıdır. Bu çerçevede borç ilişkilerinde var olan def'iler sürekli def'iler ve geçici def'iler olarak ikiye ayrılır. Sürekli def'ilere, zamanaşımı def'i, haksız fiil def'i, sebepsiz zenginleşme def'i, ayıplı ifa def'i; geçici def'ilere ise ödemezlik def'i veya ifa güçsüzlüğü halinde ödemezlik def'i, hapis hakkına ilişkin def'i veya alıkoyma hakkına ilişkin def'i, kefilin sahip olduğu def'iler ve *pactum de non petendo* def'i örnek verilebilir. Def'i hakkının yargılama dışında açıkça ileri sürülmesi gerekmez. Bununla birlikte, def'i hakkı yargılamada açıkça ileri sürülmedikçe hâkim tarafından re'sen dikkate alınamaz.

İtiraz, hakkın doğumuna engel olan veya hakkı ortadan kaldıran olayların ileri sürülmesidir. İtirazın başlıca özelliği; olay niteliği taşıma ve alacak ile talebi ortadan kaldırma olarak özetlenebilir. İtirazlar kendi içerisinde hakkın doğumuna engel olan, hakkı ortadan kaldıran, hakkı geciktirici veya engelleyici etkisi olan itirazlar şeklinde ayrıma tâbi tutulur. Hakkın doğumuna engel olan itirazlara, kesin hükümsüzlük (butlan) ve eksiklik (noksanlık) halleri; hakkı ortadan kaldıran itirazlara ise borcu sona erdiren haller, hak düşürücü sürenin gerçekleşmesi, kullanılmış bozucu yenilik doğuran hakların ileri sürülmesi, bozucu koşulun gerçekleşmesi örnek olarak verilebilir. İfa zamanını uzatma sözleşmesi hakkı geciktirici itiraz olarak nitelendirilirken;

hakkı engelleyici itirazlar kapsamında kumar ve bahis ve etkisizleşme itirazı sayılabilir. İtirazın varlığının etkisi kendiliğinden ortaya çıkar. Bu sebeple itiraz, menfaati olan herkes tarafından ileri sürülebileceği gibi, hâkim tarafından da re'sen dikkate alınır.

Anahtar Kelimeler

- 1) Def'i
- 2) İtiraz
- 3) Savunma vasıtası
- 4) Maddî hukuk
- 5) İleri sürülme

ABSTRACT

ÇUKADAR, Neslihan. Pleas and Objections in Debtor-Creditor Relationships, Master's Thesis, Ankara, 2013.

Plea is a right belonging to the debtor, which gives him the right to avoid the performance of an obligation thanks to a particular reason. The common characteristics of pleas are: being related to claims, constituting a right, not being subject to the principle *numerus clausus*, not being time-barred, and constituting a defense mechanism in the field of substantive law. Several criteria, such as the effect of the pleas, the duration of pleas, the scope of the legal results of pleas, and having or not having a legal basis, are used to classify pleas. Among these, the duration of the effects of pleas provides the most comprehensive and fundamental classification. According to this, pleas are classified as perpetual pleas and temporary pleas. Perpetual pleas are: the time-bar plea, the tort plea, the unjust enrichment plea, and the defective performance plea. Temporary pleas are: the non-performance plea, the case of inability to pay plea, the right of retention plea, pleas belonging to the surety, and the *pactum de non petendo* plea. It is not necessary to assert pleas explicitly out of courts. However, so long as pleas are not asserted before courts, the judge cannot take them into consideration on his own initiative.

Objection is the assertion of the facts, which obstruct the existence of a right or dissolve a right. The common characteristics of objections are: being a fact, and dissolving the claims. Objections are classified as the objections that obstruct the existing of a right, the objections that dissolve a right, the objections that delay a right, and. The objections that obstruct the existence of a right are: nullity and deficiency. The objections that dissolve a right are: the assertion of the discharge of an obligation, the end of the period of prescription, the assertion of the rights that have dissolving effect, and the fulfillment of dissolving conditions. The objection that delays a right is the deferral of the due date of an obligation. The objections that prevent the

enjoyment of a right are: gambling and betting and extinguishment of a right. The effect of objections comes into existence automatically. As a result, objections may be asserted by all interested persons before courts and are taken into consideration by judge on his own initiative.

Keywords

- 1) Plea
- 2) Objection
- 3) Defense mechanism
- 4) Substantive law
- 5) Assertion

ÖNSÖZ

Bu çalışmada maddî hukuka ilişkin savunma vasıtaları olan def'i ve itirazların genel esaslarının anlatılması hususu öncelikli tutulmuştur. Bunun yanı sıra borç ilişkilerindeki def'i veya itiraz teşkil eden her bir konunun, söz konusu savunmalara ilişkin olarak açıklanan genel esaslar çerçevesinde incelenmesi amaçlanmıştır. Ancak bahsedilen amaçlara ulaşılmasına yönelik çalışma zor bir süreci beraberinde getirmiştir. Gerçekten de söz konusu savunmaların hükümlerine yönelik Türk hukukunda mevcut düzenlemelerin bulunmamasının yanı sıra doktrinde de bu hususların gerektiğince ele alınmaması sözü edilen sonucu doğurmuştur. Elbette bu sürece farklı açılardan katkı sağlayan ve kendilerine minnettarlığımı sunmak istediğim kimseler bulunmaktadır.

Bu vesileyle, tezimin danışmanlığını yapan ve bahsedilen süreci her açıdan kolaylaştıran saygıdeğer hocam Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN'a çok teşekkür ederim.

Değerli görüşleriyle çalışmaya katkı sağlayan hocam Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM'a ayrıca teşekkür ederim.

Yaptığı düzeltmelerle çalışmaya emeği geçen Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR'a değerli zamanını ayırdığı için özellikle teşekkür ederim.

Asistanlığını yapmaktan büyük bir keyif aldığım değerli hocam Yrd. Doç. Dr. A. Dilşad KESKİN'e tezime yaptığı bütün olumlu katkılar için teşekkür ederim.

Görüşleriyle, yapıcı eleştirileriyle ve en önemlisi varlığıyla bana destek olan arkadaşım Araş. Gör. Özgür GÜVENÇ'e her şey için çok teşekkür ederim.

Huzur ve sevgi kaynağım olan anneme, babama ve kardeşlerime koşulsuz anlayış gösterdikleri için ayrı ayrı teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xi

GİRİŞ

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI.....	1
I. KONUNUN TAKDİMİ	1
II. KONUNUN ÖNEMİ	2
III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	3

BİRİNCİ BÖLÜM

DEF'İ VE İTİRAZ KAVRAMLARININ TANIMI, TARİHÇESİ, MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DURUMU VE GENEL ÖZELLİKLERİ

§ 2. DEF'İ VE İTİRAZ KAVRAMLARININ TANIMI.....	5
I. DEF'İ KAVRAMININ TANIMI	5
II. İTİRAZ KAVRAMININ TANIMI.....	6
§ 3. DEF'İ VE İTİRAZ KAVRAMLARININ TARİHÇESİ	8
I. GENEL OLARAK.....	8
II. ROMA HUKUKUNDA	8
III. MÜŞTEREK HUKUKTA (GEMEINES RECHT)	11
A. Genel Olarak	11
B. Savigny'nin Def'i Öğretisi	13

C. Windscheid'ın Def'i Öğretisi	15
§ 4. MUKAYESELİ HUKUKTA DEF'İ VE İTİRAZ KAVRAMI.....	17
I. KANUNLARDAKİ DURUM	17
II. DOKTRİNDEKİ DURUM	20
A. Genel Olarak	20
B. Terminoloji Sorunu	23
§ 5. DEF'İ VE İTİRAZ KAVRAMLARININ GENEL ÖZELLİKLERİ	24
I. DEF'İLERİN GENEL ÖZELLİKLERİ.....	24
A. Alacak Hakkı ve Talep Yetkisiyle Bağlantılı Olması	24
B. Hak Olması	27
C. Sınırlı Sayıda Olmaması	28
D. Zamanaşımına Uğramaması	29
E. Maddî Hukuka İlişkin Bir Savunma Vasıtası Olması	32
II. İTİRAZIN GENEL ÖZELLİKLERİ.....	34
A. Olay Olması	34
B. Alacak ve Talebi Ortadan Kaldırması	34

İKİNCİ BÖLÜM

DEF'İ VE İTİRAZLARIN TÜRLERE AYRILMASI VE BU TÜRLER ÇERÇEVESİNDE BORÇ İLİŞKİLERİNDEKİ DEF'İ VE İTİRAZLARIN İNCELENMESİ

§ 6. DEF'İ TÜRLERİ	36
I. GENEL OLARAK.....	36
II. ETKİLERİNİN SÜRESİNE GÖRE DEF'İLER.....	36
A. Sürekli Def'iler	37
1. Zamanaşımı Def'i	38
2. Haksız Fiil Def'i	38

3. Sebepsiz Zenginleşme Def'i.....	45
4. Ayıplı İfa Def'i.....	46
B. Geçici Def'iler	50
1. Ödemezlik Def'i veya İfa Gücsüzlüğü Halinde Ödemezlik Def'i.....	51
2. Hapis Hakkına İlişkin Def'i veya Alıkoyma Hakkına İlişkin Def'i	54
3. Kefilin Sahip Olduğu Def'iler.....	58
4. Pactum de non petendo (Geçici Dava Etmeme Şartı).....	59
III. DOĞURDUKLARI SONUÇLARIN KAPSAMINA GÖRE DEF'İLER...	60
A. Tam Def'iler	60
B. Kısmî Def'iler	60
IV. HUKUKÎ TEMELİNİN OLUP OLMAMASINA GÖRE DEF'İLER.....	61
A. Bağımlı Def'iler	61
B. Bağımsız Def'iler	62
§ 7. İTİRAZ TÜRLERİ	63
I. HAKKIN DOĞUMUNA ENGEL OLAN İTİRAZLAR.....	63
A. Kesin Hükümsüzlük (Butlan) Halleri	64
B. Eksiklik (Noksanlık) Halleri	66
II. HAKKI ORTADAN KALDIRAN İTİRAZLAR.....	67
A. Borcu Sona Erdiren Haller.....	68
B. Hak Düşürücü Sürenin Geçmesi	69
C. Kullanılmış Bozucu Yenilik Doğuran Hakların İleri Sürülmesi.....	69
D. Bozucu Koşulun Gerçekleşmesi.....	71
III. HAKKI GECİKTİREN İTİRAZ.....	72
A. Genel Olarak	72
B. İfa Zamanını Uzatma Sözleşmesi	72
IV. HAKKIN KULLANIMINI ENGELLEYEN İTİRAZLAR	76
A. Genel Olarak	76

B. Kumar ve Bahis.....	77
C. Etkisizleşme	79

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DEF'İ VE İTİRAZLARIN İLERİ SÜRÜLMESİ, HÜKÜMLERİ VE DEF'İ VE İTİRAZDAN FERAGAT

§ 8. DEF'İLERİN İLERİ SÜRÜLMESİ, HÜKÜMLERİ VE DEF'İ HAKKINDAN FERAGAT	81
--	-----------

I. DEF'İLERİN İLERİ SÜRÜLMESİ	81
--	-----------

A. Yargılama Dışında İleri Sürülme	81
B. Yargılamada İleri Sürülme.....	83
1. Genel Olarak İleri Sürülme	83
2. Açıkça veya Zımnî Olarak İleri Sürülme	87
3. Borçlu Tarafından İleri Sürülme.....	90

II. DEF'İLERİN HÜKÜMLERİ	91
---------------------------------------	-----------

A. Def'ilerin Varlığının Hükümleri.....	91
1. Takas Bakımından	91
2. Temerrüt Bakımından	94
a. Genel Olarak.....	94
b. Ödemezlik Def'i ve Şahsî Hapis Hakkında Durum	97
3. İhkak-ı Hakka Engel Teşkil Etmesi.....	99
B. Def'ilerin İleri Sürülmesinin Sonuçları.....	100
1. Yargılama Dışında	100
2. Yargılama İçinde	100
a. Genel Olarak.....	100
b. Temerrüt Bakımdan	101

III. DEF'İDEN FERAGAT	105
------------------------------------	------------

A. Genel Olarak	105
B. Feragate İlişkin Ayrımlar.....	106

1. Feragat ve Hakkın Kullanılmaması	106
2. Bağımlı Def'iden Feragat ve Bağımsız Def'iden Feragat	107
C. Def'iden Feragatin Hukukî Niteliği	108
§ 9. İTİRAZLARIN İLERİ SÜRÜLMESİ, HÜKÜMLERİ VE İTİRAZDAN FERAGAT.....	110
I. İTİRAZLARIN İLERİ SÜRÜLMESİ.....	110
A. Genel Olarak	110
B. Hâkim Tarafından Re'sen Dikkate Alınması	111
C. İspat Yüğü	112
II. İTİRAZLARIN İLERİ SÜRÜLMESİNİN HÜKÜMLERİ	113
III. İTİRAZDAN FERAGAT	113
SONUÇ.....	115
KAYNAKÇA	119

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
Art.	: Artikel
AT	: Allgemeiner Teil
Aufl.	: Auflage
Bd.	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
çev.	: çeviren
dn.	: dipnot
E.	: Esas
eBK	: 818 sayılı eski Borçlar Kanunu
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
http.	: hypertext transfer protocol
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
JuS.	: Juristische Schulung
K.	: Karar
m.	: madde
NJW.	: Neue Juristische Wochenschrift
OR	: Obligationsrecht
Rn.	: Randnummer
Sz.	: Satz
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
vd.	: ve devamı
v.d.	: ve diğerleri
Y.	: Yargıtay
ZGB	: Zivilgesetzbuch
www.	: World Wide Web

GİRİŞ

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I. KONUNUN TAKDİMİ

Geçerli olarak doğmuş ve varlığını sürdüren bir borcun ifa edilmesi kural olarak zorunludur. Borçlu borcunun gereklerini yerine getirmediğinde, alacaklı hukukî yollara başvurarak, alacağını elde edebilir. Ancak def'i hakkının söz konusu olduğu durumlarda bu kurala bir istisna getirilmiştir. Nitekim def'i hakkının tanındığı durumlarda borçlu, borcunu yerine getirmeme hakkına sahiptir. Borçlu def'i hakkını kullandıktan sonra alacaklı, borçlunun aksi yönde iradesi söz konusu olmadıkça, alacağını kabul ettiremez.

Def'i hakkı borçluya, alacaklının hak iddiasına karşı kullanılabilecek bir karşı hak, başka bir deyişle bir savunma vasıtası olarak tanınmıştır. Def'i hakkının savunma vasıtası niteliği dolayısıyla, alacaklı alacağını talep etmeden borçlunun def'i hakkını kullanması hukukî anlamda bir sonuç doğurmaz.

İtiraz da def'i hakkı gibi borçluya tanınmış olan bir savunma vasıtasıdır. Bu iki kavram, birbirlerini çağrıştırmakta ve dolayısıyla çoğu zaman birlikte anılmaktadır. Roma hukukunda uygulanmış olan *exceptio* kavramı incelendiğinde, bu durumun sebebi kolaylıkla anlaşılabilir. Zira Roma hukukunda günümüzdeki anlamıyla def'i ve itiraz ayrımı yoktur. *Exceptio* kavramı, modern hukuk sistemlerinde def'i kavramının karşılığı olarak ele alınmış ise de, Roma hukukunda itirazın özelliklerini de içeren bir tek savunma vasıtasını ifade etmek için kullanılmıştır. Müşterek hukukta bu kavram tekliğinin ortadan kalktığı görülür. Orta çağın yazarları, davalının savunmalarını *exceptio iuris* ve *exceptio facti* şeklinde iki ayrı kavramla ifade etmişlerdir. Bu kavramlar daha sonra def'i ve itiraz olarak adlandırılmıştır.

Def'i ve itiraz kavramlarının bu şekilde ortak bir kökene sahip olması, bunlar arasındaki çağrışımın ve birlikteliğin günümüzde de sürmesi sonucunu

doğurmuştur. Bununla birlikte, def'i ve itiraz kavramlarının genel esasları incelendiğinde, her iki kavramın da borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu savunma vasıtası niteliği taşımak dışında, ortak bir yönleri kalmadığı görülür. Kaldı ki, itiraz salt alacaklının iddia ettiği hakka karşı yöneltilen bir savunma vasıtası olmanın ötesinde sonuçlar doğurur. İtirazın doğurduğu bu sonuçlara örnek olarak maddî hukuka ilişkin etkilerinin kendiliğinden ortaya çıkması ve bu sebeple de hâkim tarafından re'sen dikkate alınıp, herkes tarafından ileri sürülebilmesi gösterilebilir.

II. KONUNUN ÖNEMİ

Def'i ve itirazlar borçlunun sahip olduğu maddî hukuka ait iki ayrı savunma vasıtasıdır. Söz konusu savunmaların genel esaslarının ortaya konulması isteği konunun seçiminde belirleyici olmuştur. Zira bahsedilen savunmaların gerek maddî gerekse de usul hukukuna ilişkin önemli sonuçları bulunmaktadır. Özellikle def'i hakkı söz konusu olduğunda maddî hukuk ve usul hukukuna ilişkin sonuçların birbirini tamamlayıcı mahiyeti ön plana çıkmaktadır. Örneğin def'i hakkına sahip olması borçlunun maddî hukuk anlamında temerrüde düşmesine engel olur. Zira borçlu sadece kabul ettirebilir alacaklarda temerrüde düşebilir. Bir alacağa karşı def'i ileri sürülürse onun kabul ettirilmesi mümkün olmaz. Dolayısıyla borçlu sözü edilen savunma hakkına sahip olduğu ve bu hakkını kullandığı durumlarda temerrüde düşmez. Ancak uyuşmazlık dava konusu edildiğinde bahsedilen sonucun yargılamada hâkim tarafından dikkate alınması için ileri sürülmesi gerekir. Başka bir deyişle borçlu sahip olduğu def'i hakkını yargılamada ileri sürmez ise en baştan itibaren temerrüde düşmüş gibi değerlendirilir. Görüldüğü üzere bu esasların hak sahibi tarafından bilinmemesi açıkça onu kaybetmesine yol açabilecek niteliktedir.

Çalışmaya konu edilen savunma vasıtalarının genel esaslarının ortaya konmasının yanı sıra birbirlerinden farklarını belirginleştirme amacı da konunun seçilmesinde öne çıkmıştır. Zira her iki savunma vasıtası da

tamamen ayrı ele alınmayı gerektiren önemli sonuçları bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin itiraza konu olan olayların maddî hukuktaki etkisi kendiliğinden doğmaktadır. Bunun bir neticesi olarak ise usulüne uygun olarak dava dosyasına girmiş olan itirazın varlığı hâkim tarafından re'sen dikkate alınmaktadır. Buna karşılık hak olması def'inin etkisinin doğması için ona sahip olan tarafından kullanılmasını gerektirmektedir.

Nihayet Türk hukukunda bu alanda monografik bir eserin bugüne kadar yayınlanmamış olması da, konunun seçiminde önemli bir faktör olmuştur. Bu çerçevede konuyu alandaki tüm yönleriyle ele alıp, tartışmaların ve ortaya konulan çözümlerin bir bütün olarak incelenmesi amaçlanmıştır.

III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Çalışmanın kapsamı borçlar hukuku ile sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda ilgili savunma vasıtalarının türleri içerisinde özellikle borçlar hukukunda var olan her bir def'i ve itiraz incelenmiştir. Eşya hukukundaki, miras hukukundaki, ticaret hukukundaki def'i ve itirazlar bu çalışmanın kapsamının dışında bırakılmıştır. Bunun yanı sıra, def'i ve itirazın savunma vasıtası niteliği davada ileri sürülmelerinin incelenmesini gerekli kılmıştır. Bu çerçevede çalışma üç bölüme ayrılmıştır:

Birinci bölümde, def'i ve itiraz kavramlarına ilişkin esasların daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla, Roma hukukunda ve müşterek hukukta meydana gelen değişikliklere dikkat çekilmiş ve ilgili kavramların mukayeseli hukuktaki düzenlemelerine kısaca yer verilmiştir. Söz konusu savunma vasıtalarının tarihi gelişimine ve mukayeseli hukuktaki konumuna göz atılmış daha sonra ilgili savunma vasıtalarını yakından tanıtmak amacıyla mevcut hukuk sistemleri ele alınmış ve bu savunma vasıtalarının tanımı, genel özellikleri üzerinde durulmuştur.

İkinci bölümde, def'i ve itirazlar türlere ayrılmış ve bu türler çerçevesinde borç ilişkilerinde mevcut bulunan def'i ve itirazlar incelenmiştir.

Çalışmanın amacı maddî hukuka ilişkin savunma vasıtası teşkil eden def'i ve itirazların genel esaslarını anlatmaktır. Bu sebeple burada çalışmanın sınırlarını aşacağı düşüncesiyle, borçlar hukukundaki def'i veya itiraz teşkil eden her bir konu, hangi def'i veya itiraz türüne girdiği kısmı ön plana alınarak açıklanmıştır. Bu kapsamda ilgili konunun def'i veya itiraz niteliği taşıdığı ayrımının yapılması önemsenmiş ve söz konusu konuların genel esasları bütünüyle çalışma kapsamına dâhil edilmemiştir.

Üçüncü bölümde, oldukça tartışmalı olan def'i ve itirazların ileri sürülmesi, hükümleri ve feragat konuları ele alınmıştır. Def'ilerin yargılama dışında ve yargılamada ileri sürülmesi ayrı ayrı incelenmiştir. Bu kapsamda söz konusu savunmanın yargılama dışında ileri sürülmesinden bağımsız olarak varlığının hükümleri ortaya konulmuştur.

Konuyla dolaylı ilgili olanlar ile inceleme kapsamı dışında tutulan def'i ve itirazlar yeri geldiğinde kısaca ele alınmıştır. Bunun amacı ise, konunun daha iyi açıklanmasına yardımcı olmaktır.

İncelememiz sırasında vardığımız kanaatler, toplu olarak sonuç kısmında yer almaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

DEF'İ VE İTİRAZ KAVRAMLARININ TANIMI, TARİHÇESİ, MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DURUMU VE GENEL ÖZELLİKLERİ

§ 2. DEF'İ VE İTİRAZ KAVRAMLARININ TANIMI

I. DEF'İ KAVRAMININ TANIMI

Türk hukukunda def'i kavramının kanunî tanımı yapılmamıştır. Bu durum sadece Türk hukuk sistemine has değildir. Gerçekten de İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde de benzer durum söz konusudur¹. Bahsedilen hukuk sistemlerinde de def'i kavramının kanunî tanımı yapılmamıştır; ancak gerek Alman gerekse Türk ve İsviçre doktrininde yapılan tanımlamalarla bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği hususunda büyük ölçüde yeknesaklık sağlanmıştır.

Doktrinde en çok kabul görmüş olan tanıma göre def'i, borçluya (veya davalıya) tanınmış, borçlanılan edimin ifasından özel bir sebeple kaçınma hakkıdır².

¹ Schaller, Jean- Marc; **Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht**, Zürich, Dike Verlag AG, 2010, s. 4; Roth, Herbert; **Die Einrede des Bürgerlichen Rechts**, München, C. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1988, s. 2.

² von Tuhr, Andreas; **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, çev. Cevat Edege, C. I-II, Ankara, Yargıtay Yayınları No: 15, 1983, s. 28; von Tuhr, Andreas/ Peter, Hans; **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Erster Bd., Dritte Aufl., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag Ag, 1979, s. 27. Benzer tanım için bkz. Schaller, s. 47; Eren, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara, Yetkin, 2012, s. 72; Tekinay, Selahattin Sulhi; **Borçlar Hukuku**, C. I, Beşinci Bası, İstanbul, Faküteler Matbaası, 1985, s. 22; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet; **Medenî Usul Hukuku**, 10. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 345; Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder; **Medenî Usul Hukuku**, 23. Bası, Ankara, Yetkin, 2012, s. 310; Canbolat, Ferhat; "Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukukî Sonuçları", **EÜHFD**, C. III, S. I, Kayseri, 2008, s. 258; Tunçomağ, Kenan; **Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, C. I, 6. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 52, 55; İnan, Ali Naim; **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 3. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 41; Antalya, Gökhan; **Borçlar Hukuk Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, Beta, 2012, s. 29; Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami; **Medenî Hukuk**, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 323.

Def'inin kullanıldıktan sonra ortaya çıkan etkisinin süresi dikkate alınmak suretiyle yapılan diğer bir tanıma göre def'i, borçluya (veya davalıya) tanınmış, borçlanılan edimin ifasından özel bir sebeple sürekli veya geçici olarak kaçınma imkânı veren, sübjektif, maddî bir haktır³.

Yukarıdaki tanımlardan da yararlanmak suretiyle def'i kavramıyla ilgili olarak kapsamlı bir tanım yapmak mümkündür. Buna göre def'i, *alacağın varlığı hususu tartışma konusu yapılmaksızın, alacaklının iddia ettiği hakka karşı yöneltilen, borçlunun borçlu olduğu edimi, kendisine kanun ya da sözleşmeyle tanınmış özel bir nedene dayanarak ifa etmekten kaçınmasına imkân veren maddî savunma vasıtasıdır*⁴.

II. İTİRAZ KAVRAMININ TANIMI

İtiraz, davacının talep ettiği alacağın varlığına yönelik olarak, hakkın doğumuna engel olan veya hakkın sona erdiğini gösteren olayların iddia edilmesidir⁵. Başka bir deyişle itiraz, talebin özel bir sebeple hiç doğmadığına ya da mevcut bir talebin sonradan ortadan kalktığına yönelik olayların borçlu tarafından ileri sürülmesini ifade eder⁶. Doktrinde daha genel bir tanıma göre ise itiraz, uygun bir karşı norm marifetiyle hakkın doğumunu engelleyici,

³ Koller, Alfred; **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Bern, Stampfli Verlag AG, 2009, s. 18; Schaller, s. 1; Eren, s. 71; Schmid, Jörg; **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Bd. I, 9. Aufl., Schulthess, 2008, s. 20; Dennhardt, Joachim; “§ 390 Keine Aufrehtung mit einredebehafteter Forderung”, **Beck'scher Online-Kommentar BGB**, München, Verlag C. H. Beck, 2013, Rn. 2, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 15.03.2013; Steiner, Rolf; **Das Gestaltungsrecht**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984, s. 30; Hübner, Heinz; **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches**, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, s. 206; Esser, Josef/ Schmidt, Eike; **Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil**, Teilband 1, 7., völlig neubearbeitete Aufl., Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1992, s. 93; Serozan, Rona; **Medenî Hukuk Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 280.

⁴ Schaller, s. 47; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 346; Tunçomağ, s. 55; Canbolat, s. 258.

⁵ Lardelli, Flavio; **Die Einreden des Schuldners bei der Zession**, Zürich, Schulthess, 2008, s. 3; Tunçomağ, s. 55; Tekinay, s. 22; Eren, s. 75; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 311; Koller, s. 19; Oğuzman/ Barlas, s. 322; Canbolat, s. 260; von Tuhr/ Peter, s. 27; Schmid, s. 20; Reisoğlu, Safa; **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, İstanbul, Beta, 2012, s. 40; Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kâmil/ Deren Yıldırım, Nevhis; **Medenî Usul Hukuku Esasları**, 7. Bası, İstanbul, Beta, 2009, s. 253; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 345.

⁶ Larenz, Karl/ Wolf, Manfred; **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 9. neubearbeitete und erweiterte Aufl., München, Verlag C. H. Beck München, 2004, s. 327; Esser/ Schmidt, s. 93.

hakkı ortadan kaldırıcı, hakkı geciktirici veya hakkı engelleyici etkisi olan olayların ileri sürülmesidir⁷.

İtiraz ile ilgili yukarıda verilen tanımlar dikkate alındığında, onun alacağın varlığına yöneltildiği görülür. Bu noktada itirazın, hukukî etki ve sonuçları tamamen farklı olan inkârdan ayırt edilmesi gerekir.

Alacaklının iddia ettiği alacak hakkına karşı, borçlu itiraz teşkil eden bir hususu yöneltebilir. Böylece borçlu alacaklının hakkına engel teşkil eden yeni olaylar ileri sürmüş olur. Borçlunun ileri sürdüğü yeni olaylar, alacaklının hakkının maddî özel bir durum sebebiyle hiç doğmadığı ya da alacaklının geçerli olarak doğmuş hakkının sona erdiği anlamına gelir. Böyle özel durumlar alacağın doğduğu ve varlığını sürdürdüğü kuralının istisnasını oluşturur. Bu kurala göre, alacak için ifa gibi herhangi bir sona erme nedeni veya alacağın varlığı ve miktarı hususlarında bir uyuşmazlık söz konusu değilse, alacak hakkı doğmuştur ve mevcuttur. Başka bir deyişle, hakkın doğmuş olması ve var olması kuraldır. Hakkın doğumuna engel olan veya hakkı ortadan kaldıran olayların ileri sürülmesi ise istisnadır. İtirazlarla ilgili olarak ele alınan bu kural - istisna ilişkisi, itiraz ve inkâr arasındaki temel farkı oluşturur. Buna göre, inkâr talebin temeline müdahale eder⁸. Daha açık bir ifadeyle inkâr, hakkın doğmuş olduğu ve var olduğu kuralını ortadan kaldırır. Bununla birlikte itiraz ise yeni olayların iddia edilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla inkâr, hakkın doğmuş ve var olduğu kuralı ile ilgilidir. İtiraz savunma vasıtası ise, hakkın doğmuş ve var olduğu kuralının istisnası ile ilgilidir. Bu sebeple de her iki savunma vasıtası birbirinden tamamen farklıdır⁹. Örneğin, alacaklının taraflar arasında yapılan satım sözleşmesine

⁷ Schaller, s. 1; Ulrici, Bernhard/ Purrmann, Anja; “**Einwendungen und Einreden**”, JuS 2011, Heft 2 (s. 97-192), s. 105.

⁸ Reisoğlu, s. 40; Serozan, **Medenî**, s. 279; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 253.

⁹ Schaller, s. 42-43. İtiraz ve inkâr arasında ayırım yapmak, özellikle alacaklı ve borçlu arasındaki uyuşmazlıkta ispat yükünü belirlemek açısından önemlidir. Zira daha sonra ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere itiraz savunma vasıtasında ispat yükü borçluya, yani davalıya düşer. İnkâr savunma vasıtasında ise, talebin temeline müdahale edildiği için ispat yükü tamamen alacaklıya, yani davacıya düşer. Talebi oluşturan olayların doğruluğunun borçlu tarafından inkâr edildiği

dayanarak satım bedelini istemesi durumunda, borçlu iki farklı savunma vasıtasına başvurabilir. İlk olarak borçlu, alacaklı ile aralarında bir satım sözleşmesi akdetmediklerini iddia edebilir. Böylece borçlu satım bedeline yönelik alacağın varlığını inkâr ederek, talebin temeline müdahale etmiş olur. İkinci olarak ise borçlu, alacaklı ile aralarında bir satım sözleşmesi akdettiklerini, ancak satım bedelini tamamen ödemediğini öne sürebilir. Burada borçlu talebin temeline müdahale etmez, aksine talebi ortadan kaldıracak yeni olaylar ileri sürmüş olur. Bu husus ise hakkı ortadan kaldıran itiraz kapsamına giren bir ifa itirazı teşkil eder¹⁰.

§ 3. DEF'İ VE İTİRAZ KAVRAMLARININ TARİHÇESİ

I. GENEL OLARAK

Def'i ve itiraz, gerek tarihi gelişimi gerekse de günümüz hukuk sistemlerindeki yeri açısından son derece önemli ve bir o kadarda tartışmalı kavramlardır. Bu kavramlarla ilgili mevcut hukuk sistemlerindeki durumun ortaya konulabilmesi için, öncelikle Roma hukukundaki uygulamanın, daha sonra da tarihi gelişimi sırasında ortaya çıkan doktrindeki tartışmaların incelenmesi gerekir.

II. ROMA HUKUKUNDA

Def'i ve itiraza ilk olarak Roma hukukunda rastlanır. *Exceptio* kavramı, Roma usul hukukunda *formula* usulünde uygulanan, davalının başvurabileceği usule ilişkin bir savunma vasıtasıydı¹¹.

Formula usulü, *legis actiolar*¹² usulüne nazaran şekilciliğin daha az olduğu ve hukukun süreç içerisinde gelişmesine olanak sağlayan bir dava

durumlarda da aynı husus geçerlidir. Bu inkâr borçlu tarafından ispatlanmaz, aksine alacaklı tarafından çürütülür. Bkz. Schaller, s. 44; Brox/ Walker, s. 279.

¹⁰ Benzer bir örnek ve örneğe ilişkin açıklamalar için bkz. Schaller, s. 43.

¹¹ Roth, s. 13; Tahiroğlu, Bülent/ Erdoğan, Belgin; **Roma Usul Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s. 25; Lardelli, s. 5.

şekliydi. Bu usul, iki aşamalı olarak uygulanıyordu. İlk aşama olan *magistra* önündeki aşamada, davacı, *magistra* önünde davalıya dava konusunu açıklıyor ve *magistradan* kendisine belirli bir *actionun* (davanın) verilmesini istiyordu. *Magistra*, davacının iddiasını haklı görürse davacıya bir *actio* veriyordu¹³. Davacının iddialarını dinleyen davalı ise, aşağıdaki usullerinden birine başvurabiliyordu¹⁴:

İlk olarak davalı, davacının iddialarını kabul edebilirdi. Bu durumda, “*ikrar eden mahkûm edilmiş sayılır*” ilkesi gereğince dava, davacı lehine sonuçlanmış olurdu. İkinci olarak davalı, davacının iddialarını inkâr edebilirdi. Bu durumda ispat külfeti davacıya geçer, yani davacı iddialarını hâkim önünde ispatlamak zorunda kalırdı¹⁵. Üçüncü ihtimalde ise davalı, davacının iddialarına karşı *exceptio* (def'i) ileri sürebilirdi. *Exceptio* terimi için, günümüz borçlar hukukundaki defi kavramının Roma usul hukukundaki uzantısı, diğer bir deyişle, def'i kavramının ilk uygulama hali denilebilir¹⁶.

Exceptio'nun günümüzdeki Almanca karşılığı olan “Ausnahme” (Türkçe karşılığı “istisna”) kelimesi, bu kavramın fonksiyonunu büyük oranda ortaya koymaktadır. Zira Roma usul hukukunda *exceptio*, davada davalı aleyhine hüküm verilmesinin istisnasını oluşturmaktaydı¹⁷. Başka bir deyişle, *exceptio*, davacının iddialarının doğru olduğu, fakat davalının mahkûm edilmesinin hakkaniyete aykırı kabul edildiği durumlarda uygulanıyordu¹⁸. Bu

¹² *Legis actiolar* usulu bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Tahiroğlu/ Erdoğmuş, s. 12; Seelig, Horst; **Die prozessuale Behandlung materiellrechtlicher Einreden**, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1980, s. 14; Karadeniz Çelebican, Özcan; **Roma Hukuku**, 16. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 276-292.

¹³ Medicus, Dieter; **Allgemeiner Teil des BGB**, 9. neu bearbeitete Aufl., Heidelberg, 2006, s. 43.

¹⁴ Tahiroğlu/ Erdoğmuş, s. 20 vd.; Böhler, Stefan; **Der materiellrechtliche Anspruch im deutschen und schweizerischen Privatrecht**, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2006, s. 44.

¹⁵ Regelsberger, Ferdinand; **Pandekten**, Erster Bd., Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1893, s. 682; Seelig, s. 15; Tahiroğlu/ Erdoğmuş, s. 21.

¹⁶ Schaller, s. 15; Lardelli, s. 5; Seelig, s. 13; Buz, Vedat; **Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 91.

¹⁷ Schaller, s. 15; Medicus, AT, s. 43; Roth, s. 13; Seelig, s. 15.

¹⁸ Regelsberger, s. 682; Lardelli, s. 5; Buz, s. 91.

husus ise şöyle ifade ediliyordu: Davacının iddiaları haklı bulunursa davalı mahkûm edilir, meğerki davalının ileri sürdüğü *exceptiolar* sabit olsun¹⁹.

Davalının ileri sürdüğü *exceptiolar* *magistra* tarafından uygun görülürse, davacının istediği *actioyu* ve davalının talep ettiği *exceptioyu* içeren *formula* hazırlanıyordu ve ikinci aşama olan hâkim önündeki aşama başlıyordu²⁰. Hâkim, davacının iddialarının doğruluğuna, davalının *exceptiolarının* ise haksızlığına karar verdiğinde davalıyı mahkûm ediyordu. Örneğin malikin zilyede karşı açtığı istihkak davasında (*rei vindicatio*), davalı zilyet, davacının dava konusu eşyayı kendisine satıp devrettiğine dayanabilirdi. Davalı bu durumu, *magistra* önünde *replicatio rei venditae et traditae*, yani malın satılmış ve teslim edilmiş olduğu def'ini ileri sürmek suretiyle açıklayabilirdi. Davalının ileri sürdüğü bu def'i, *magistra* tarafından uygun görülürse *formulaya* dâhil edilir ve hâkim önündeki aşama başlardı. Hâkim, davalının ileri sürdüğü malın satılmış ve teslim edilmiş olduğu def'ini haksız görürse, davalıyı mahkûm ederdi²¹.

Kural olarak, *exceptionun* hâkim tarafından dikkate alınması için, davalı tarafından *magistra* önünde ileri sürülmesi ve *magistra* tarafından uygun görülüp *formulaya* dâhil edilmesi gerekiyordu²². Ancak bazı def'iler açısından bu kural uygulanmıyordu. Bahsedilen bu def'iler, davalının dilekçesinde olmasa bile şekle dâhil ediliyor ve diğerlerinin aksine, hâkim tarafından re'sen dikkate alınıyordu. Özellikle dürüstlük kuralından kaynaklanan def'ilerde ve hile def'inde bu durum geçerli oluyordu²³. Tüm bu özelliklerin yanı sıra, *exceptio* davalıyı korumak amacıyla düzenlendiği için, kendisine tanınan *exceptioları* kullanıp kullanmamak davalının iradesine

¹⁹ Tahiroğlu/ Erdoğmuş, s. 25. Roma hukukunda davalının başvurabileceği *exceptioların* en önemlisi "*exceptio doli*" yani hile def'idir. (Lardelli, s. 6). Bunun yanı sıra "*exceptio non adimpleti contractus*" (ödemezlik def'i), "*exceptio rei litigiosae*" (ihtilafı mal def'i), "*exceptio non numeratae pecuniae*" (ödenmemiş para def'i), "*exceptio pacti conventi*" (yapılmış anlaşma def'i), "*exceptio rei iudicate*" (kesin hüküm def'i) de davalı lehine tanınmış başlıca *exceptiolar*dır.

²⁰ Tahiroğlu/ Erdoğmuş, s. 28; Schaller, s. 15; Roth, s. 14; Seelig, s. 16; Karadeniz Çelebican, s. 299.

²¹ Medicus, **AT**, s. 44.

²² Schaller, s. 15; Seelig, s. 16.

²³ Medicus, **AT**, s. 44.

bırakılmıştı²⁴. Görüldüğü üzere Roma usul hukukundaki bu uygulama, günümüzdeki def'i anlayışı ile paralellik arz etmektedir.

Roma hukukunda uygulanan *exceptio*, hukukî etkisini sadece davada usule ilişkin bir savunma vasıtası olarak gösteriyordu. *Exceptionun* maddî hukuka herhangi bir etkisi söz konusu değildi²⁵. Daha önce de ifade edildiği üzere, def'i ve itiraz arasındaki ayrım Roma hukuk sistemine yabancıydı²⁶. Bununla beraber, hile def'i ile dürüstlük kuralından kaynaklanan def'inin hâkim tarafından re'sen dikkate alınmasının, Roma hukukunda olmasa bile, müşterek hukukta ortaya çıkan def'iyeye ilişkin öğretilerin de etkisi ile, defi ve itiraz kavramlarının ayrımındaki düşüncenin temelini oluşturduğu söylenebilir²⁷. Ayrıca Roma hukukunda uygulanan *actio* ve *exceptionun* usul hukuku anlamında birbirine karşı iddia ve savunmaya yönelik durumları da bugünkü anlamda haklar ve karşı haklar arasındaki ayrımın temelini teşkil etmiştir²⁸.

III. MÜŞTEREK HUKUKTA (GEMEINES RECHT)

A. Genel Olarak

Roma hukukunda geniş bir uygulama alanı bulan *exceptio* kurumu, müşterek hukuk doktrinde, özellikle usul hukukunu ilgilendirmesi ve *actio* ile paralel uygulanması yönüyle tartışılmıştır²⁹. Tartışmalar zaman içerisinde, *exceptionun* usul hukuku alanındaki uygulaması ortadan kalktıktan sonra, yeni bir anlam ve dolayısıyla da yeni bir muhteva kazanması sonucunda yön değiştirmiştir. Bu süreçte, *exceptioyu* maddî hukuka dâhil edebilecek yeni

²⁴ Tahiroğlu/ Erdoğmuş, s. 27.

²⁵ Schaller, s. 17; Seelig, s.19. Bahsedilen hususta ayrıca belirtmek gerekir ki, Roma hukukunda maddî hukuk ve usul hukuku arasında da kesin bir ayrım yoktur. Bu sebeple, davanın maddî unsurları ve usule ilişkin unsurları aynı kapsamda değerlendirilmiştir. Bkz. Böhlér, s. 39.

²⁶ Schaller, s. 17.

²⁷ Schaller, s.15.

²⁸ Medicus, **AT**, s. 44.

²⁹ Schaller, s. 17.

gerekçeler incelenmeye başlanmıştır³⁰. *Exception*un tarihi gelişimini etkileyen yazarlar arasında, bu hususta görüş birliği bulunmadığı dikkat çekmektedir. Def'inin varlığını destekleyen ve ona yeni bir muhteva kazandıran yazarların yanı sıra, def'inin uygulanmasını kabul etmeyen görüşler de mevcuttur³¹.

Orta çağın yazarları, davalının savunmalarını *exceptio iuris* ve *exceptio facti* olmak üzere ikiye ayırmışlardır³².

Exceptio iuris kavramından, Roma hukukunda uygulandığı anlamıyla *exceptio* anlaşıyordu. Buna göre, *exception*un varlığı halinde davacının dava hakkı devam ediyordu; ancak davalı bu hukukî çareye başvurarak beraatını sağlayabiliyordu³³.

Exceptiones facti kavramından ise davalının, davacının dava hakkının ya hiç doğmadığı ya da sonradan kendiliğinden ortadan kalktığını ileri sürdüğü itirazlar anlaşıyordu³⁴. *Exceptio facti*, *exceptio iuris*den farklı olarak hâkim tarafından re'sen dikkate alınıyordu³⁵. Orta çağın yazarları tarafından yapılan bu ayırım, daha sonra doktrinde savunulan görüşlerin şekillenmesinde önemli rol oynamıştır³⁶.

Albrecht, 1835'de, modern defi öğretisinin başlangıcı olarak nitelendirilen eseri ile def'i ile ilgili tartışmaları ilk kez kesin bir zeminde ele almıştır. Yazar, def'i kavramının ve def'inin temel ilkelerine yönelik anlayışın değiştiğini tespit etmiş ve def'i kavramını Roma hukukunda uygulanan *exceptio*yu da kapsayan bir üst kavram olarak kullanmıştır³⁷.

Lenel ise 1876 tarihli eserinde def'iyi reddedenlerin savunuculuğunu yapmıştır. Def'i kavramının uygulanmasının temelinde bulunan, bir hakkın

³⁰ Roth, s. 14.

³¹ Roth, s. 14.

³² Roth, s. 17; Seelig, s. 44.

³³ Roth, s. 17; Seelig, s. 44.

³⁴ Roth, s. 17; Seelig, s. 44.

³⁵ Roth, s. 18; Seelig, s. 44.

³⁶ Roth, s. 17.

³⁷ Albrecht, Michael; **Die Exzeptionen des gemeinen deutschen Civilprozesses**, geschichtlich entwickelt, 1835 (Roth, s. 16, dn. 56'dan naklen).

hem var olup hem de kabul ettirilemez oluşu hususuna karşı çıkmıştır. Ona göre bir hak sona ermedikçe hak sahibi tarafından ileri sürülebilir ve dava yoluyla da kabul ettirilebilir³⁸.

Def'iye tarihi köklerinden kurtararak *exceptionun* usule ilişkin anlamının değişimini sağlayan³⁹, öğretilerinin Alman Medenî Kanunu'nda da benimsenmesi ile de görüşlerini ispatlamış olan⁴⁰ iki hukuk otoritesi vardır: Bunlar Savigny ve Windscheid'dir. Aşağıda bu yazarların görüşleri ayrıntılı olarak sırasıyla ele alınmıştır.

B. Savigny'nin Def'i Öğretisi

19. yüzyılın ikinci yarısında def'i ile ilgili tartışmaların odak noktasını, Savigny'nin 1841 yılında kaleme aldığı "Modern Roma Hukuku Sistemi" adlı eserinin beşinci cildinde ortaya koyduğu def'i öğretisi oluşturmaktadır. Savigny'nin def'i öğretisi, gerek def'inin varlığını savunanlar ve gerekse buna karşı çıkanlar için, Alman Medenî Kanunu yürürlüğe girene kadarki süreçte, davalının başvurabileceği savunma vasıtaları hususunda belirleyici olmuştur⁴¹.

Savigny, def'i ile ilgili olarak ortaya koyduğu anlayış ile def'inin tarihi bağlarından kurtulmasına hizmet etmiştir⁴². O, *exceptioyu* davalının davacıya karşı savunması olarak açıklamış, fakat davalının savunmasını, etkileri ve sonuçları birbirinden farklı iki ayrı açıdan ele almıştır. Başka bir deyişle Savigny, *exceptionun* hakkı ortadan kaldıran etkisi ile hakkın kullanılmasına engel olan etkisini karşılaştırmış ve ortaya çıkan her iki etkinin, iki ayrı

³⁸ Lenel, Otto; *Über Ursprung und Wirkungen der Exceptionen*, 1876 (Roth, s. 15, dn. 58'den naklen). Lenel'in def'i kavramına ilişkin bu görüşleri kabul görmemiştir. Bu durumun temel sebebi, Savigny'nin def'i kavramının varlığına yönelik teorisinin doktrindeki yazarları ciddi şekilde etkilemesidir. Bkz. Roth, s. 16.

³⁹ Schaller, s. 17; Seelig, s. 42.

⁴⁰ Roth, s. 14.

⁴¹ Roth, 18.

⁴² Schaller, s. 17; Roth, s. 18.

savunma vasıtası olarak incelenmesi gerektiği şeklinde hukuken önem taşıyan ayrımlar tespit etmiştir⁴³.

Savigny'e göre, hakkı engelleyen savunma davacının hakkı üzerindeki etkileri bakımından geri alınabilirlik özelliği gösterir. Buna karşılık hakkı ortadan kaldıran savunmanın davacının hakkı üzerinde kesin etkileri vardır. Hakkın kullanılmasını engelleyen savunmada, davalının ve davacının bağımsız iki farklı hakkı söz konusudur. Savunmanın geri alınması suretiyle her iki hak yeniden etki doğurabilir. Benzer şekilde kendisine karşı *exceptio* ileri sürülmüş hak varlığını kaybetmeyeceğinden, başka bir sebeple ortadan kaldırılabilir ve geçersiz sayılabilir. Buna karşılık, hakkı ortadan kaldıran savunmanın hakkı yok edici etkisi daha sonraki olaylarla zayıflatılamaz ya da ortadan kaldırılamaz. Ancak davacının daha önceki hakkı ile bağlantılı olmayan yeni bir hak tesis edilebilir⁴⁴.

Savigny'nin eserinde incelediği bir başka husus, taraflar arasındaki uyuşmazlıkta, *exceptionun* ileri sürülmesinin davaya etkisidir⁴⁵. Bu düşüncenin çıkış noktası ise davacının hakkının, davalının ileri sürdüğü def'i ile engellenmesidir. Bu durumda, yani davacının hak iddiasına karşı davalının def'i hakkını ileri sürmesi ve def'inin kabul edilmesi ile davanın reddedilmesidir. Davanın reddi halinde, asıl borcun ortadan kalkıp kalkmayacağı, ortadan kalkmadığı ihtimalde ise, ne kadar süreyle varlığını devam ettireceği sorunu söz konusudur⁴⁶.

Savigny, ortaya attığı şu sorunları çözmek için, def'i olduğu tartışmasız kabul edilen zamanaşımı def'ine ilişkin hükümleri incelemiştir. Ona göre,

⁴³ Roth, s. 19; Seelig, s. 42.

⁴⁴ Roth, s. 19. Doktrinde Savigny'nin bu açıklamalarının, ancak ileri sürülen def'ilerin davacının ileri sürdüğü hak üzerinde, hakkı ortadan kaldıran itirazların sona erdirici etkisinden daha zayıf etki doğurduğunun kabul edilmesiyle anlaşılabilceği ifade edilmiştir. Savigny'nin *exceptio*yu iki ayrı savunma vasıtası olarak ele aldığı bu ayrım da ortaya koyduğu gerekçeler, daha sonra özellikle def'iden feragatin mümkün olması, buna karşılık itirazdan feragatin mümkün olmaması sonucunun doğması hususunda son derece önemli ve belirleyici olmuştur. Bkz. Roth, s. 19.

⁴⁵ Roth, s. 20.

⁴⁶ Savigny'nin incelediği bu sorunlar, hala def'ilerin etkilerine ilişkin tartışmaların temelini oluşturmaktadır. Bkz. Roth, s. 20.

zamanaşımı def'i ileri sürüldükten sonra da asıl borç devam eder. Buna karşın, aldatma def'i (*exceptio doli*) ve korkutma def'i (*exceptio metus*) için aynı durum geçerli değildir. Bu def'iler ileri sürüldüğünde, dava reddedilir. Asıl borç da tamamen sona erer⁴⁷.

Def'ilerin ileri sürülme problemi bakımından ise Savigny, *exceptionun* Roma hukukundaki usul hukukuna dâhil konumuna benzer şekilde, davalı tarafından hâkim önünde ileri sürülmek zorunda olduğunu kabul etmiştir. Bu görüş, günümüzde hemen hemen tüm yazarlarca benimsenmiştir⁴⁸.

Savigny, def'iyi hem usul hukukuna hem de maddî hukuka ilişkin unsurlara sahip bir kurum olarak görmüştür. Yazar, def'i kavramının usule ilişkin amacını vurgularken, onu maddî hukuktaki köklerinden de ayırmamıştır⁴⁹. Sonuç olarak, Savigny'nin *exceptionun* etkilerine ilişkin öğretisine göre, *exceptionun* daima davaya karşı yöneltildiği ve temelde bulunan hakkın asıl borç olarak kaldığı, fakat başka bir yolla yeniden ileri sürülmesinin mümkün olmadığı söylenebilir⁵⁰.

C. Windscheid'ın Def'i Öğretisi

Windscheid, Savigny'nin aksine, def'iler açısından maddî hukuk ve usul hukuku arasında kesin bir ayırım yapmıştır. Yazar def'inin maddî hukuka ait bir kurum olduğunu savunmuştur⁵¹. Bunun sebebi, Windscheid'ın talebe, Roma hukukunda var olan düşünceden ayrılarak maddî hukuka ilişkin bir muhteva tanınması ve bununla bağlantılı olarak def'i hususunda da aynı esası benimsemiş olmasıdır⁵². Yazar bunu *exceptio* ile ilgili olarak yaptığı şu tanımla açıkça ortaya koymuştur: Buna göre “*actio, dava hakkı değil, aksine talep ise; exceptio da, dava hakkına karşı yöneltilen bir savunma değil,*

⁴⁷ Roth, s. 20.

⁴⁸ Roth, s. 21.

⁴⁹ Roth, s. 22

⁵⁰ Roth, s. 21.

⁵¹ Roth, s.23; Lardelli, s. 6; Seelig, s. 42.

⁵² Schaller, s. 18.

aksine belirli durumlar için talebin hukuken kabulünün geri alınmasının ifadesidir.”. Böylece Windscheid, def’iyi talebin karşılığı olarak görüp, onun sadece maddî hukuk alanında bulunduğunu, Savigny’nin iddia ettiğinin aksine usul hukuku - maddî hukuk arasında bir yere sahip olmadığını savunmuştur⁵³.

Windscheid’in asıl amacı, Roma hukukundaki *actionun* maddî hukuktaki işlevi ile mahkemede takip edilebilirlik işlevini birbirinden ayırmak ve maddî hukuka ilişkin unsurlarını ortaya çıkarıp usule ilişkin unsurlardan farkını ortaya koymak olmuştur. Bunun sonucunda ise yazar, mahkeme yoluyla korumanın talep kavramının bir parçası değil, onun bağımsız bir sonucu olduğunu savunmuştur⁵⁴. Onun bu ayrımından beri de, def’ilere ilişkin sorunlar maddî hukuk açısından ele alınmıştır⁵⁵. Windscheid’in talebe yönelik olarak yaptığı bu maddî hukuk - usul hukuku ayrımı, def’ilerin talep üzerindeki etkilerinin incelenmesini gerekli kılmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki “talebin engellenmesi” kavramı, Savigny tarafından talep üzerindeki etkinin tanımlanması olarak algılanmıştır. Buna karşılık aynı kavram Windscheid tarafından davalının başvuruabileceği salt bir

⁵³ Roth, s. 24; Seelig, s. 42; Böhler, s. 39.

⁵⁴ Roth, s. 24.

⁵⁵ Roth, s. 23. Windscheid’in def’inin maddî hukuk kurumu olduğu görüşü, sadece öğretiyi değil, def’i ve itirazların BGB’ye alınması konusunda kanun koyucuyu da etkilemiştir. BGB’nin tasarısında maddî hukuktaki def’i ve itiraz kavramından şu şekilde bahsedilmiştir: “*Maddî hukuktaki def’i kavramı, tasarıda birçok kez iptal edilmiş olmasına ve özellikle hukuk tarihi açısından bu kavramla edilen mücadelelere rağmen tasarıdan tespit edilebilir. Talebin hukukî yoldan oluşumunu engellemeyen veya yeniden ortadan kaldırmayan, aksine yükümlülük sahibine sadece oluşan talepten kurtulma imkânını gerek zamana veya kişiye göre gerekse sürekli olarak reddedecek şekilde sağlayan kurala izin verilmelidir. Def’i, sadece yükümlülük sahibi ona dayanırsa etki doğurur. Olaylar, eğer sadece davalı onu ileri sürerse değil, davacının dilekçesinden anlaşılırsa da hâkim tarafından re’sen dikkate alınır. Buna karşın, def’i oluşturan olaylar dava dosyasında bulunsun bile, eğer davalı bunları etkili bir şekilde ortaya koyarsa hâkim tarafından dikkate alınacaktır.*”. Tasarının zamanaşımını düzenleyen hükümlerinde, Windscheid’in ileri sürdüğü, zamanaşımının talebi tamamen ortadan kaldıracı etkisi kabul edilmiştir. Buna karşılık Alman Medenî Kanunu’nun asıl metninde, Windscheid’in görüşü terk edilip, bu konudaki karşıt görüşler birleştirilmiştir. Bu husus, “*Zamanaşımı dolduktan sonra yükümlü edimden kaçınma hakkına sahiptir.*” şeklinde düzenlenmek suretiyle, zamanaşımı süresi dolduktan sonra, edimi yerine getirip getirmemenin borçlunun iradesinde olduğu ve zamanaşımı def’inin sadece talebi ortadan kaldırdığı, asıl borcun ise devam ettiği kabul edilmiştir (Roth, s. 23’ten naklen; Schaller, s. 21, 22’den naklen).

engelleme olarak kabul edilmiştir⁵⁶. Daha açık ifade etmek gerekirse Savigny, def'inin talep üzerindeki iki ayrı işlevinden bahsetmiştir. Bunlardan birincisi, def'inin ileri sürülen talep üzerinde daha zayıf etki doğurduğu, talebi engelleyici işlevidir. İkincisi ise, def'inin talebi ortadan kaldırıcı etki doğurduğu, hakkı yok edici işlevidir. Savigny, def'inin bu iki işlevini birbirinden ayırmış ve def'i ve itiraz olarak belirlediği iki ayrı savunma imkânından söz etmiştir. Windscheid ise, def'i öğretisi bakımından asıl önemli olan hususun, def'i ve itirazların talep üzerindeki farklı etkilerinin değil, def'ilerin ileri sürülmesinin gerekliliği olduğunu ileri sürmüştür. Sürekli def'ilerin etki sorununu ele alırken, def'ilerin özellikle zamanaşımına uğramış talepler üzerindeki etkisini tartışmıştır. Bu hususta, zamanaşımı def'inin sadece talebi engellemediği, aynı zamanda asıl borcu da ortadan kaldırdığını ileri sürmüştür⁵⁷.

§ 4. MUKAYESELİ HUKUKTA DEF'İ VE İTİRAZ KAVRAMI

I. KANUNLARDAKİ DURUM

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunları incelendiğinde def'i ve itiraz kavramlarına ilişkin kanunî bir tanımın bulunmadığı görülür⁵⁸. Defi ve itiraz kavramlarını açıklayan ve bu kavramların maddî hukuka ilişkin hukukî etki ve sonuçlarını düzenleyen bir hüküm de mevcut değildir. Bu husustaki boşluk, def'ilerin en tipik örneği olan zamanaşımına ilişkin hükümlerle giderilmeye çalışılmaktadır. TBK m. 161'de taraflarca ileri sürülmedikçe hâkimin zamanaşımı def'ini re'sen dikkate alamayacağı öngörülmüştür. Doktrinde, zamanaşımına ilişkin bu hükmün, geniş yorumlanmak suretiyle bütün def'iler açısından geçerli olduğu kabul edilmektedir⁵⁹. Başka bir deyişle, diğer def'ilerin de -örneğin ödemezlik def'inin ve sebepsiz zenginleşme def'inin-

⁵⁶ Roth, s. 25.

⁵⁷ Roth, s. 26.

⁵⁸ Schaller, s. 4; Buz, s. 90.

⁵⁹ Schaller, s. 70; Roth, s. 129; Medicus, AT, s. 45.

kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, ileri sürülmedikçe hâkim tarafından re'sen dikkate alınamayacağı kabul edilmektedir.

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunları açısından dikkat çeken başka bir husus, savunmaların def'i ya da itiraz şeklinde açık bir sınıflandırmaya tâbi tutulmamış olmasıdır⁶⁰. Gerçekten de TBK m. 82/II'de sebepsiz zenginleşme def'i düzenlenmiştir; ancak hükümde def'i kavramı kullanılmamıştır. Benzer durum, TBK m. 72/II'de düzenlenen haksız fiil def'i için de söz konusudur. TBK m. 97'de düzenlenen ödemezlik def'i ve TBK m. 98'de düzenlenen ödeme güçsüzlüğünden doğan def'iler için de aynı esas geçerlidir. TBK m. 161'de düzenlenen zamanaşımı def'i ve TBK m. 585'de düzenlenen kefilin tartışma def'i ve rehnin paraya çevrilmesi def'i bakımından da aynı hususu söylemek mümkündür.

Zamanaşımına ilişkin hükümlerde def'i kavramı geçmekte, ancak zamanaşımının kendisinin def'i olduğu nitelendirmesi yapılmamaktadır⁶¹. Nitekim Borçlar Kanunu'nda itiraz olarak kabul edilen durumlar için de söz konusu savunma vasıtasının açık bir şekilde ifade edilmediği görülmektedir. Bu hususta iki istisna vardır. Bunlar TBK m. 231'de düzenlenen ayıplı ifa def'i ve OR Art. 18/II'deki düzenlemedir⁶². OR Art. 18/II'e göre, borçlu, alacağını yazılı bir borç ikrarına güvenerek kazanmış olan üçüncü kişiye karşı muvazaa def'ini ileri süremez. İsviçre kanun koyucusu, hükümde muvazaayı açıkça def'i olarak nitelendirmiş;⁶³ ancak bu defa da def'i ve itiraz arasındaki terminoloji farkını gözetmemiştir⁶⁴. Doktrinde hâkim olan anlayışa göre, muvazaaya ilişkin savunma def'i değil, itiraz niteliği taşır⁶⁵.

⁶⁰ Schaller, s. 4.

⁶¹ Schaller, s. 4.

⁶² Schaller, s. 5.

⁶³ Muvazaaya ilişkin TBK m. 19/II'deki düzenlemede ise, kanun koyucu ne def'i ne de itiraz kavramından söz etmiştir.

⁶⁴ Schwenzer, Ingeborg; **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Vierte, überarbeitete Aufl., Bern, Stampfli Verlag AG, 2006, s. 30; Schaller, s. 5.

⁶⁵ Schwenzer, s. 30; Eren, s. 73.

OR Art. 18'deki muvazaa def'i düzenlemesinde olduğu gibi, diğer bazı hükümlerde de def'i kavramı teknik olmayan anlamda, yani itirazı da kapsayacak şekilde kullanılmıştır (OR Art.145, 169, 179, 210, 468, 502, 507, 979, 1007, 1143, 1146)⁶⁶. Bu hükümlerde öngörülen "def'i" ibareleri, itirazları da içerecek şekilde kaleme alınmıştır⁶⁷. Söz konusu hükümlerin 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı olan hükümlerde de aynı husus geçerliydi. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nda bu hususta bir değişikliğe gidilmiştir. Gerçekten de TBK m.164, 188, 231 ve 590'da def'i ve itiraz kavramları, terminolojik ayırım gözetilerek kullanılmıştır.

Def'i ve itirazlara ilişkin Alman Medenî Kanunu'ndaki (BGB) hükümler incelendiğinde ise, Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarında var olandan daha farklı bir tablo ile karşılaşılır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Alman Medenî Kanunu'nda da def'i ve itiraz hukukî kavramlarını tanımlayan bir hüküm mevcut değildir⁶⁸. Ancak Alman Medenî Kanunu'nda bazı hükümlerin def'ilerin doğurduğu sonuçlara yönelik olarak düzenlendiği görülmektedir. Gerçekten de BGB § 390'da kendisine karşı def'i ileri sürülmüş alacağın takas edilemeyeceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde BGB § 813'te talebe karşı, talebin ileri sürülmesini sürekli olarak ortadan kaldıran bir def'i ileri sürüldüğü ihtimallerde, borç ifa amacıyla yerine getirilmiş olsa bile borçlanılan şeyin iadesinin talep edilebileceği hükme bağlanmıştır.

Alman Medenî Kanunu'nda farklılık arz eden bir diğer durum ise, hangi savunmaların def'i, hangi savunmaların itiraz teşkil ettiğine dair nitelendirmenin yapılmış olmasıdır. Başka bir deyişle, münferit durumlarda

⁶⁶ Koller, s. 10; Schaller, s. 5; Lardelli, s. 4.

⁶⁷ Schaller, s. 6; Lardelli, s. 4.

⁶⁸ Seelig, s. 1; Roth'a göre, Alman Medenî Kanunu'nda def'inin tanımının olmaması şaşırtıcıdır. Zira def'i, kural olarak talep hakkına karşı ileri sürülen bir karşı hak olarak düzenlenmiştir. Talep kavramı BGB § 194 Abs. 1'de bağımsız bir hukukî kurum olarak tanımlanmıştır ancak def'i kavramı için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Roth'a göre bunun iki sebebi olabilir: Birincisi, kanun koyucu talep kavramının aksine, def'i hakkını henüz kanunda tanımlanacak kadar bağımsız bir kurum olarak görmemiş ve bu sebeple de sözü edilen savunma vasıtasının tanımlanmasını doktrine ve içtihatlarla bırakmıştır. İkincisi ise, kanunun yapıldığı dönemde söz konusu savunma vasıtası zaten herkesin kullandığı, kavram olarak terminus technicus olmuş bağımsız bir hukukî kurum olduğu için tanımının kanuna alınması gereksiz görülmüştür. Bkz. Roth, s. 8.

def'inin mi, yoksa itirazın mı söz konusu olduğu, çoğunlukla düzenlemelerin kendisinden anlaşılmaktadır⁶⁹. BGB § 320'de ödemezlik def'inden, § 321'de teminat verilmemesine ilişkin def'iden, § 519'da bağışlayanın sahip olduğu zorunluluk hali def'inden, § 771'de kefilin tartışma def'inden, § 853'de haksız fiil def'inden açıkça söz edilmiştir. Kanunun lafzında açıkça def'i nitelendirmesi yapılmıştır.

Alman Medenî Kanunu'nda düzenlenmiş davalının savunma vasıtalarının hukukî niteliğini açıkça ve def'inin asıl anlamına uygun bir şekilde belirleyen bu hükümlerin yanı sıra, def'i ve itiraz arasındaki terminoloji farkını gözetmeyen hükümler de mevcuttur (Bu tür hükümlere BGB §§ 334, 404, 417, 774 Abs.1 S. 3, 784 Abs. 1, 792 Abs. 3, 796, 863, 986, 1412 örnek verilebilir.). Bu hükümlerde yer alan "itiraz" ibareleri, def'iyi de kapsayacak şekilde, geniş anlamda kullanılmıştır⁷⁰.

II. DOKTRİNDEKİ DURUM

A. Genel Olarak

Alman hukukunda, def'i ve itirazların maddî hukuk boyutunu ele alan ve bu kavramların genel esaslarını inceleyen oldukça kapsamlı monografik çalışmalar ve makaleler vardır. Bu eserlerde, özellikle def'ilere ilişkin sorunların tespiti hususuna yoğunlaşılmıştır. Alman doktrinde Jahr bu hususta üç sorun tespit etmiştir⁷¹:

Def'ilerin talep üzerinde hangi etkileri vardır?

Maddî hukukta bu etkiler nasıl ortaya çıkar?

Bu etkiler hangi şartlar altında mahkeme sürecinde dikkate alınır?

⁶⁹ Medicus, **AT**, s. 44.

⁷⁰ Seelig, s. 6.

⁷¹ Roth, s. 41'den naklen.

Roth ise, def'iler ile ilgili monografik çalışmasında Jahr'ın ortaya attığı bu üç sorunun her birini eksik tespit edildiği gerekçesiyle eleştirmiştir. Birinci soruna ilişkin, def'ilerin etkilerinin sadece talep üzerinde olmadığını, yenilik doğuran hakları ve aynı hakları da ilgilendirdiğini; ikinci soruna ilişkin, def'ilerin sadece maddî hukukta etki doğurmadığını; üçüncü sorun bakımından ise, def'ilerin sürekli ya da geçici nitelikleriyle mahkemede ileri sürülmesinin bir yana bırakılıp, def'ilerin etkilerine bağlı olarak davanın reddedilmesi hükmünün esas alınması gerektiğini açıklamıştır⁷².

Roth, Jahr'dan farklı olarak def'i ile ilgili asıl incelenmesi gereken sorunların aşağıdakiler olduğunu ileri sürmüştür⁷³:

Hem kullanılmamış hem de kullanılmış def'ilerin talep üzerindeki etkisinin açıklanması: Bu hususta Roth, doktrinde sürekli def'iler ve yenilik doğuran hakların karşılaştırılması ile ortaya çıkan, sürekli def'ilerin talebin sona ermesine yol açıp açmayacağı sorununu ele almıştır. Roth def'ilerin etki sorununun feragat problemi ile bağlantılı olduğunu ileri sürmüştür. Yazara göre, sürekli def'ilerin talebin tamamen ortadan kalkmasına yol açmadığı kabul edilirse, def'ilerin etkilerinden feragat ile alacaklının talebi yeniden canlanır. Sona eren talepler ile kendisine karşı def'i ileri sürülmüş talepler arasında def'iden feragat edilebilirlik ölçütü çerçevesinde bir ayrıma gidilmelidir. Henüz kullanılmamış def'ilerden feragat açısından bir sorun yoktur. Asıl sorun, def'iler ileri sürüldükten sonra ortaya çıkan def'ilerin etkilerinden feragat ilişkindir⁷⁴.

Def'ilerin mahkeme dışında ve mahkemede ileri sürülmesinin gerekliliği: Roth mahkeme dışında ve mahkemede ileri sürülmenin gerekliliği konusunda, def'ilerin etkilerinden daha az önemli gördüğü, borçlunun kendisine tanınan def'ileri ileri sürmesinin gerekip gerekmediği hususu ile birlikte, dava dosyasından anlaşılması halinde, def'inin hâkim tarafından

⁷² Roth, s. 42.

⁷³ Roth, s. 3.

⁷⁴ Roth, s. 3.

re'sen dikkate alınıp alınamayacağı sorununu ele almıştır. Yazar, doktrinde ileri sürülen, karşılıklılık ilişkisi yoksa sürekli def'ilerin ileri sürülmesinin gerekmediği yönündeki görüşü eleştirmiştir. Roth'a göre, sürekli def'ilerin ileri sürülmesinin gerekmediği kabul edilirse, sürekli def'iler maddî hukukta ayrı bir kurum olan, hakkı ortadan kaldıran itirazlarla aynı hukukî etkiye sahip olacaktır⁷⁵.

Def'ilerin borçlunun temerrüdü ile ilişkisi: Roth'un ele aldığı üçüncü sorun, halen yeterince açıklığa kavuşturulamamış olan, def'ilerin borçlunun temerrüdü ile ilişkisidir. Roth, bu hususta asıl sorunun özellikle ödemezlik def'i gibi geçici def'iler bakımından söz konusu olduğunu ileri sürmüştür. Tartışmanın esasını ise, def'ilerin sadece varlığının veya onun ilk kez ileri sürülmesinin temerrüdün sonuçlarını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı ve temerrüdün geçmişe veya geleceğe yönelik mi hüküm doğuracağı hususları oluşturmaktadır⁷⁶.

Roth ve Jahr'ın incelediği yukarıda kısaca özetlenen sorunların haricinde Gröschler, def'i ve itirazların maddî hukukta etkilerini ve ileri sürülme sorununu incelediği makalesinde⁷⁷, def'i ve itirazlara ilişkin farklı bir değerlendirme yapmıştır. Gröschler'e göre, bir hususun def'i mi yoksa itiraz mı teşkil ettiği değerlendirilirken genel olarak iki ölçüt birlikte ele alınmaktadır: Bunlardan birincisi def'i ve itirazların etki kıstasıdır. Bu kıstasa göre def'i, hakkı engelleyici bir etkiye sahipken, itiraz hakkın doğumuna engel olan veya hakkı ortadan kaldıran bir etkiye sahiptir. İkinci ölçüt def'i ve itirazların ileri sürülmesine ilişkindir. Buna göre def'iler ileri sürülmedikçe etki doğurmazken, itirazlar kendiliğinden etki doğurur ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınır. Gröschler, söz konusu makalesinde def'i ve itiraz ayrımı yapılırken bu iki ölçüte birlikte başvurulmasının isabetli olup olmadığını incelemiştir. Medenî

⁷⁵ Roth, s. 4.

⁷⁶ Roth, s. 4.

⁷⁷ Gröschler, Peter; "Zur Wirkungsweise und zur Frage der Geltendmachung von Einrede und Einwendung im materiellen Zivilrecht", *AcP*, Bd. 201, Mohr Siebeck, 2001, s. 50.

hukukta bilinen başlıca def'i ve itirazları bu açıdan ele alan yazar, her iki ölçütü birlikte değerlendirmenin doğru olmadığı sonucuna varmıştır⁷⁸.

Def'i ve itirazların maddî hukuk boyutuna ve bu kavramların genel esaslarına ilişkin gelişmeleri İsviçre hukukunda ilk kez inceleyen⁷⁹ yazar ise Alman hukukçu Andreas von Tuhr'dur. Von Tuhr, İsviçre borçlar hukukunun genel kısmını konu edinen eserinde maddî hukuk anlamında def'i kavramını açıklamış ve söz konusu savunmayı itirazdan ayırmıştır. Von Tuhr bu ayrımı şöyle ifade etmiştir: *“Davacının hakkına karşı olayların ileri sürülmesi, medenî hukuk doktrinde ve Alman Medenî Kanunu'nda itiraz olarak nitelendiriliyor. Bu durum, medenî hukuk anlamında ve Alman Medenî Kanunu'nun lafzı anlamında def'ilerden farklıdır. Def'i, itiraz gibi davalı lehine etki doğuran olayların ileri sürülmesi değil, aksine davalıya tanınmış özel bir sebeple borcu yerine getirmekten kaçınma hakkıdır. İtirazların ileri sürülmesi olayların ileri sürülmesidir, def'ilerin ileri sürülmesi ise irade açıklaması yoluyla bir hakkın kullanılmasıdır.”*⁸⁰. Von Tuhr'un def'i ve itirazlara ilişkin bu düşünceleri daha sonra İsviçre hukukunda hâkim doktrin haline gelmiş ve bu konuda yapılan çalışmalarda temel eser olarak von Tuhr'un söz konusu eserine atıf yapılmıştır⁸¹.

B. Terminoloji Sorunu

Doktrindeki mevcut duruma göz atıldığında, hukukî nitelikleri bakımından def'i ve itirazların çoğunlukla birbirinden tamamen ayrı olarak değerlendirildiği görülmektedir⁸².

Terminoloji açısından ise bazı yazarlar, def'i ve itiraz kavramlarını birbirinden bağımsız iki ayrı kavram olarak ele almak yerine, def'ileri dar (teknik, maddî) anlamda ve geniş anlamda def'iler şeklinde ikiye

⁷⁸ Gröschler, s. 50, 51.

⁷⁹ Schaller, s. 31.

⁸⁰ von Tuhr, s. 27, 28.

⁸¹ Schaller, s. 31.

⁸² Lardelli, s. 3.

ayırmaktadır⁸³. Bu ayrıma göre dar anlamda def'iler, borçlunun edimi yerine getirmekten geçici veya sürekli olarak kaçınma hakkını ifade ederken; geniş anlamda def'iler, dar anlamda def'ileri ve itirazları içerecek şekilde kullanılmaktadır⁸⁴.

Doktrinde asıl sorun, def'i veya itiraz olarak nitelendirilen durumlarda yeknesaklık sağlanamamasıdır⁸⁵. Örneğin doktrinde ifa zamanını uzatma sözleşmesine ilişkin savunmanın def'i olduğunu kabul eden yazarlar vardır. Buna karşılık aynı hususun itiraz olduğu bazı yazarlar tarafından ileri sürülmektedir⁸⁶. Aynı şekilde bazı yazarlar, muvazaanın ileri sürülmesini def'i olarak kabul ederken, hâkim görüş bunun bir itiraz niteliği taşıdığını kabul etmektedir⁸⁷. Takasa ilişkin savunmayı def'i olarak nitelendiren yazarlara olduğu kadar, itiraz olarak nitelendiren yazarlara da rastlanmaktadır. Benzer durum satılanın değiştirilmesi ve semenin indirilmesine ilişkin savunmanın hukukî niteliği açısından da geçerlidir⁸⁸.

§ 5. DEF'İ VE İTİRAZ KAVRAMLARININ GENEL ÖZELLİKLERİ

I. DEF'İLERİN GENEL ÖZELLİKLERİ

A. Alacak Hakkı ve Talep Yetkisiyle Bağlantılı Olması

Alacak hakkı, bünyesinde borçlunun borçlu bulunduğu edimini yerine getirmemesini ihtiva eden def'i hakkını barındırır⁸⁹. Def'ilerin istisnaî olarak rehin haklarına karşı da ileri sürülebileceği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte bu savunma vasıtasının alacak haklarına karşı kullanılabileceği doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Doktrinde bu hususa gerekçe

⁸³ Gauch, Peter v.d.; **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Hauptpflichtrecht**, Bd. I, 9. Aufl., Zürich, Schulthess, 2008, s. 20; Eren, s. 72.

⁸⁴ Schmid, s. 20; Eren, s. 72; Brox, Hans/ Walker, Wolf Dietrich; **Allgemeiner Teil des BGB**, 34. neu bearbeitete Aufl., München, Verlag Franz Vahlen, 2010, s. 280; Canbolat, s. 258.

⁸⁵ Schaller, s. 9.

⁸⁶ Bkz. İkinci bölüm, § 7, III, B.

⁸⁷ Bkz. İkinci bölüm, § 7, I, A.

⁸⁸ Bkz. İkinci bölüm, § 6, II, B, 4.

⁸⁹ von Tuhr, s. 17.

olarak, rehin haklarının da temelinde alacak hakkının teminat altına alması yattığı gösterilmektedir. Bu sebeple rehin haklarına karşı da ileri sürülebileceği düzenlenmiş olan def'ilerin, alacak haklarına karşı ileri sürülme kuralının istisnasını oluşturmadiğı belirtilmektedir⁹⁰. Dolayısıyla def'ilerin alacak haklarına karşı ileri sürüldüğü kuralının benimsenmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Alacak haklarına karşı ileri sürülebilen def'iler talep yetkisiyle de bağlantılıdır. Alacağın, dolayısıyla talebin ileri sürülmesi, def'ilerin kullanılmasının ön şartını oluşturur⁹¹. Zira def'iler nitelikleri gereği alacaklının talebine, başka bir deyişle alacaklının iddia ettiği hakka karşı yöneltilir. Borçlanılan edimi yerine getirmeme hakkını niteleyen karşı hak kavramıyla anlatılmak istenen de, özellikle taleplere karşı ileri sürülebilen bir hakkın varlığıdır⁹².

Def'ilerin ileri sürülmesi hakkın özüne zarar vermez. Geçerli olarak doğmuş bir alacak, kendisine karşı def'i ileri sürüldükten sonra da miktarı ve muacceliyeti değişmeksizin varlığını sürdürür. Def'ilerin ileri sürülmesi talebin varlığını değil; borçlunun iradesinin aksine, talebin yargılama dışında veya yargılamada kabul ettirilebilirliğini ortadan kaldırır⁹³.

Doktrinde bir görüş, def'ileri alacak ve talep kavramlarıyla bağlantılı olarak inceleyen genel yaklaşımın dışına çıkmaktadır. Bu görüş def'ilerin borç ve sorumluluk kavramlarıyla bağlantısını incelemiştir. Bu görüşü savunan yazar, def'ileri borç kavramı ile bağlantılı şekilde, zayıflatılmış bir sorumluluk

⁹⁰ Larenz, Karl; **Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts: Ein Lehrbuch**, 5., neubearbeitete Aufl., München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1980, s. 218; Buz, s. 90.

⁹¹ Steiner, s. 39; Schaller, s. 35; Hübner, s. 206; Serozan, **Medenî**, s. 14.

⁹² Larenz, **AT**, s. 218; Serozan, Rona; **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 50; Gauch v.d., s. 20; Aybay, Aydın; "Kefilin Önce Dava Def'ini İleri Sürme Sorunu", **Selim Kaneti'ye Armağan**, İstanbul, Abay Yayınları, 1996, s. 84.

⁹³ Brox/ Walker, s. 281; Ulrici/ Purrmann, s. 104; Loschelder, Michael/ Erdmann, Willi/ Gloy, Wolfgang; **Wettbewerbsrecht, § 83 Einreden und Einwendungen**, Rn. 1-63, 4. Aufl., 2010, Rn. 3, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 19.02.2013; Schmidt, Rolf; **BGB Allgemeiner Teil, Grundlagen des Zivilrechts Technik der Fallbearbeitung**, 6. Aufl., Hamburg, Rolf Schmidt Verlag, 2009, s. 425; Gauch v.d., s. 20; Aybay, s. 84-85; Steiner, s. 33; Arens, Peter; **Zivilprozeßrecht**, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1978, s. 144; Berger, Bernhard; **Allgemeines Schuldrecht**, Bern, Stämpfli Verlag, 2008, s. 25.

olarak değerlendirmiştir. Yazara göre, terminoloji hususunda, alacaklı için geçerli olan “hak sahibi olma” ve “hakkını elde etme” kavramları, borçlu için geçerli olan “borç” ve “sorumluluk” kavramlarından ayırt edilmelidir. Bu çerçevede bir taraftan “hak sahibi olma” ve “borç” kavramları, diğer taraftan “hakkını elde etme” ve “sorumluluk” kavramları birlikte ele alınmalıdır. “Hak sahibi olma”, “borç”un aktif tarafı olarak anlaşılmalı, “hakkın elde edilmesi” ise alacaklının edimin yerine getirilmemesi durumunda sahip olduğu tüm hukukî çareler şeklinde ifade edilmelidir. Böylece dava ve icra tedbirlerinin yanı sıra, ihtara da hukukî çare niteliği tanınmıştır. Nihayet yazar, ihtarın hukukî çare olarak değerlendirilmesini, özellikle def’inin borçlunun temerrüdü ile ilişkisinde, yani borçlunun temerrüde düşmemesi için def’ilerin ileri sürülmesi gerekliliği kapsamında önemli görmüştür⁹⁴. Def’ilerin borç ve sorumluluk kavramlarıyla bağlantısını inceleyen yazara göre def’iler genellikle sadece “hakkın elde edilmesi” (aktif taraf) ve “sorumluluk” (pasif taraf) kavramlarıyla ilgilidir. “Hak sahibi olma” ve “borç” kavramları def’inin ileri sürülmesinden etkilenmez. Özellikle sürekli def’iler bakımından durum böyledir. Örneğin zamanaşımı def’inde, def’i ileri sürülse dahi alacaklının alacak hakkı ve borçlunun borcu devam eder. Ancak alacaklı artık hakkını elde edemez, borçlu ise borcundan sorumlu değildir. İtiraz teşkil eden durumlarda ise def’ilerden farklı olarak “hak sahibi olma” ve “borç”luluk pozisyonları doğrudan etkilenir. İtiraz hem alacaklının alacak hakkını hem de borçlunun borcunu sona erdirir⁹⁵. Söz konusu yazar, ileri sürülmüş def’ilerin talebin hangi fonksiyonlarını etkilediğine yönelik bu görüşleri ile def’ilere yönelik tartışmalarda önemli ilerlemeler sağlamıştır. Ancak alacaklının hak sahibi olması ve hakkını elde etmesi sürecinde def’ilerin muhtemel farklı etkileri yazar tarafından incelenmemiştir. Örneğin def’ilerin BGB §§ 390 Sz. 1 ve 813 Abs. 1 Sz. 1’deki kendiliğinden ortaya çıkan etkilerini incelemesine dâhil etmemiştir⁹⁶.

⁹⁴ Roth, s. 311-314’ten naklen.

⁹⁵ Roth, s. 311-314’ten naklen.

⁹⁶ Bkz. Roth, s. 314. BGB § 390’da kendisine karşı def’i ileri sürülebilecek alacakların takas edilemeyeceği düzenlenmiştir. BGB § 813’te ise talebe karşı, talebin ileri sürülmesini sürekli

B. Hak Olması

Alacaklının talebine karşı def'i ileri sürme imkânı, borçluya yükümlülük olarak değil, sübjektif bir karşı hak olarak tanınmıştır⁹⁷. Borçlu, yerine getirmekle yükümlü olduğu ediminin ifasından kural olarak def'i hakkını ileri sürmek suretiyle kaçınabilir; ama kaçınma yükümlülüğü yoktur. Borçlu, isterse def'i hakkına rağmen def'i ileri sürmeksizin edimini yerine getirebilir⁹⁸. Burada, def'inin sübjektif karşı hak niteliğinin sonucu olarak, borçlunun def'i hakkını kullanmak isteyip istemediğine karar vermesi gerekir⁹⁹. Bunun yanı sıra borçlu, def'i hakkını ileri sürmüş olsa bile, kendisine karşı def'i ileri sürülmüş alacak sona ermeyeceği için, bundan dönebilir ve ileri sürdüğü def'iyse rağmen edimini yerine getirebilir¹⁰⁰.

Def'inin hak niteliğine ilişkin, TBK m. 98/l'de (OR Art. 83/l) hakkı tehlikeye düşmüş karşı edim alacaklısı lehine düzenlenmiş kural örnek verilebilir¹⁰¹: Bu kanunî düzenlemeye göre, hakkı tehlikeye düşmüş karşı edim alacaklısı, ediminin ifası güvence altına alınıncaya kadar ediminin ifasından kaçınabilir. Fakat burada düzenlenen husus karşı edim alacaklısı lehine bir def'i hakkı olduğu için, karşı edim alacaklısı def'i hakkına rağmen, edimini herhangi bir güvence talep etmeksizin yerine getirebilir. Başka bir deyişle, def'i hakkını ileri sürmüş olsa ve güvence talebi yerine getirilmemiş olsa bile ediminin ifasını gerçekleştirebilir.

olarak ortadan kaldıran bir def'i ileri sürüldüğü ihtimallerde, borç ifa amacıyla yerine getirilmiş olsa bile borçlanılan şeyin iadesinin talep edilebileceği hükme bağlanmıştır.

⁹⁷ von Tuhr, s. 28; Larenz/ Wolf, s. 327; Schaller, s. 47; Reisoğlu, s. 40; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 254.

⁹⁸ Schaller, s. 47.

⁹⁹ Larenz/ Wolf, s. 327.

¹⁰⁰ Eren, s. 75; Canbolat, s. 261; Ulrici/ Purrmann, s. 105; Aybay, s. 85.

¹⁰¹ Schaller, s. 47.

C. Sınırlı Sayıda Olmaması

Def'i hakkının söz konusu olduğu durumlarda, borçlu (veya davalı) özel bir sebeple edimini yerine getirmekten kaçınma imkânına sahiptir¹⁰². Başka bir deyişle borçlu (veya davalı), alacaklının ya da davacının ileri sürdüğü alacağın varlığını kabul eder; fakat bu alacağın yerine getirilmemesini haklı gösterecek özel bir sebebe dayanır¹⁰³.

Borçlunun veya davalının dayanabileceği özel sebep bir kanun hükmü olabilir. Borçlu, hukuk düzeni tarafından kendisine edimden kaçınma hakkı tanınmışsa, def'i hakkına sahip olur¹⁰⁴. Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş, borçluya def'i imkânı sunan karşı normlara; haksız fiil def'i (72/II), sebepsiz zenginleşme def'i (m. 82/II), ödemelik def'i (m. 97), zamanaşımı def'i (m. 146-161), kefilin tartışma def'i (m. 585) örnek verilebilir¹⁰⁵.

Doktrinde tarafların kanunun öngörmediği durumlar için sözleşme özgürlüğü sınırları içerisinde (TBK m. 26) sözleşmeye def'i şartı koyabileceği, bundan dolayı def'ilerde sınırlı sayı ilkesinin varlığından söz etmenin yanlış olduğu ileri sürülmüştür¹⁰⁶. Bu husus Schaller tarafından şu şekilde açıklanmıştır: *“Kanun, borçlar hukukuna ilişkin sona erdirmeye sebeplerinin - fesih hakkı, bozucu şartlar gibi- sözleşmeye kararlaştırılmasına izin vermiştir. Bu sebeple, çoğun caiz olduğu yerde az da caizdir (a maiore ad minus) ilkesi gereğince taraflar sözleşmeyi sona erdirmeye göre daha zayıf etki doğuran def'i şartlarını sözleşmeye koyabilirler ve bu şekilde kanunun risk dağılımı*

¹⁰² Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 346.

¹⁰³ Tunçomağ, s. 55.

¹⁰⁴ Schaller, s. 50; Canbolat, s. 258.

¹⁰⁵ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 346. Kanunda düzenlenmiş normlarda çoğunlukla def'i kavramından açıkça söz edilmez. “Borçlu edimin ifasından kaçınabilir” veya “borçlunun edimin ifasından kaçınmaya hakkı vardır” şeklindeki ifadelerle, borçlunun def'i hakkının olduğuna işaret edilir. Bkz. Ulrici/ Purmann, s. 106. Kanun metninde yer alan karşı normların dışında, borçlunun başvurabileceği özel neden olarak, örneğin *pactum de non petendonun* (geçici dava etmeme şartının) bulunması durumunda, borçlunun başvurabileceği yazılı olmayan hukuk kuralları da kabul edilmiştir. Bu veya başka karşı normlar def'i normu olarak nitelendirilmiştir. Bunlardan birisinin tipiklik şartı yerine getirildiği takdirde, borçlunun başvurabileceği özel neden olarak ifadan kaçınma hakkı, yani def'i hakkı doğar. Bkz. Schaller, s. 50.

¹⁰⁶ Schaller, s. 51; Canbolat, s. 258.

üzerinde tasarrufta bulunabilirler. Örneğin taraflar, bir müteahhidin borçlu olduğu eseri üretmek için ihtiyaç duyduğu hammaddelerle ilgili olarak, tedarikçisinin düşeceği darboğazla ilgili, siparişi verene teslimatta hukukî bir dezavantaj olmaksızın belli bir zaman içerisinde geçici olarak ifadan kaçınabileceğine dair sözleşmeye hüküm koyabilirler.”¹⁰⁷.

D. Zamanaşımına Uğramaması

Yukarıda da açıklandığı gibi, def’iler alacak ve talep kavramlarıyla bağlantılıdır. Alacak hakkı ve dolayısıyla talep yetkisi zamanaşımına tâbidir¹⁰⁸. Bu durumda, kural olarak alacak hakkına karşı ileri sürülen def’ilerin de zamanaşımına tâbi olup olmadığı incelenmelidir. Bu hususta farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre def’iler hiçbir zaman zamanaşımına uğramaz¹⁰⁹. Başka bir görüşe göre ise bağımlı def’iler, def’ilerin temelinde bulunan alacağın zamanaşımına uğraması ile ortadan kalkar; ancak borcun varlığından bağımsız def’iler, temelde bulunan alacak zamanaşımına uğrasa bile varlığını sürdürür¹¹⁰. Dolayısıyla def’ilerin ileri sürülmesinin herhangi bir süreye tâbi olup olmadığı hususu yeterince açık değildir. Def’ilerin zamanaşımına uğrayıp uğramadığı sorunu özellikle bağımlı def’i - bağımsız def’i ayrımı dikkate alınmak suretiyle incelenmelidir.

Bağımsız def’iler¹¹¹ temelde bir alacak hakkına veya aynî hakka dayanmaksızın mevcuttur. Bu def’ilerin kullanılması ve ileri sürülmesi, ancak karşı taraf onun talebini yargılama dışında ihtar veya takasa başvurarak, yargılamada davada ileri sürerek elde etme yoluna giderse mümkündür. Bu süreden önce zaten bağımsız def’iler açısından ilgili zamanaşımı süresinin dolması mümkün değildir. Başka bir deyişle, bağımsız def’iler açısından alacaklının zamanaşımına ilişkin korumaya ihtiyacı yoktur. Zira bu def’ilerin

¹⁰⁷ Schaller, s. 51.

¹⁰⁸ BGB § 194/I’de bir başkasından yapma ya da katlanmayı talep etme hakkının, yani talep hakkının zamanaşımına tâbi olduğu açıkça düzenlenmiştir.

¹⁰⁹ Bkz. Schaller, s. 244, dn. 994’te anılan yazar.

¹¹⁰ Roth, s. 52’den naklen.

¹¹¹ Bağımsız def’ilere ilişkin bkz. İkinci Bölüm, § 6, IV, B.

borçlu tarafından kullanılıp kullanılmayacağını anlamak alacaklının elindedir. Alacaklı, alacağı muaccel olduktan sonra yargılama dışındaki hukukî çarelerle alacağını elde edemiyorsa eda davası açarak, borçluyu def'ilerini hâkim önünde ileri sürmesi hususunda zorlayabilir. Dolayısıyla bağımsız def'ilerin zamanaşımına uğramadığı söylenebilir¹¹². Gerçekten de bağımsız def'i niteliği taşıyan zamanaşımı def'i, kefilin sahip olduğu def'iler ve dava etmeme şartına ilişkin def'i, bu hak doğduktan sonra herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın, her zaman ileri sürülebilir. Buna karşılık, haksız fiil def'i, sebepsiz zenginleşme def'i, ödemezlik def'i, ifa güçsüzlüğü halinde ödemezlik def'i, hapis hakkına ilişkin def'i gibi bağımlı def'iler ise bütünüyle bir alacaktan türetilir. Başka bir deyişle bu def'iler, aynı zamanda borçlu olan alacaklının alacak hakkından doğar. Alacak hakları, borçlar hukukundan kaynaklanan niteliği gereği zamanaşımına uğrarlar. Alacak haklarının zamanaşımına uğradığı durumlarda def'ilerin de zamanaşımına uğrayıp uğramayacağı ise çözümlenmesi gereken bir sorun teşkil eder. Bağımlı def'i hakkına sahip alacaklının alacağı zamanaşımına uğradığında def'i hakkı da zamanaşımına uğrayacak mıdır?

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunları yukarıda belirtilen soruna sadece haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme def'i için, kısmî olarak cevap vermiştir. TBK m. 72/II'de düzenlenen (OR Art. 60/III) haksız fiil def'ine ilişkin hükme göre, haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa, zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat talebi zamanaşımına uğramış olsa bile, borcunu ödemekten kaçınabilir. TBK m. 82/II'de (OR Art. 67/2) yer alan sebepsiz zenginleşme def'ine ilişkin hükümde ise, zenginleşme zenginleşenin bir alacak hakkı kazanması suretiyle gerçekleşmişse, diğer tarafın, istem hakkı zamanaşımına uğramış olsa bile her zaman borcunu ifadan kaçınabileceği öngörülmüştür. Her iki hükümde de açıkça görüldüğü gibi, bağımlı def'i niteliğini taşıyan haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme

¹¹² Grothe, Helmut; "BGB § 194 Gegenstand der Verjährung", **Münchener Kommentar zum BGB**, 6. Aufl., München, Verlag C. H., 2012, Rn. 6, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 15.03.2013; Schaller, s. 244, 245.

def'ilerinin temelinde bulunan alacak zamanaşımına uğrasa bile, def'i hakkı zamanaşımına uğramamakta, her zaman ileri sürülebilmektedir¹¹³. Ancak söz konusu hükümlerin bağımlı def'ilerin zamanaşımına uğramaması açısından genel kural olarak kabul edilip edilemeyeceği veya bağımlı def'ilerin zamanaşımına uğrayabilirliğinin istisnası olarak görülüp görülemeyeceği açık değildir¹¹⁴.

Haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme def'i dışındaki bağımlı def'ilerin zamanaşımına tâbi olup olmadığının belirlenebilmesi gerekir. Bunun için zamanaşımı def'inin etkisinin ele alınması lâzımdır. Öncelikle ifade edilmelidir ki, zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi ve kullanılması sadece talebin kabul ettirilebilirliği ile ilgilidir. Bu def'inin ileri sürülmesi, alacaklının alacağın muacceliyeti anında elde ettiği hukukî durumu etkilemez. Böyle bir halde alacak muaccel kalmaya devam ettiği gibi, alacağın miktarında da bir değişiklik olmaz. Aynı şekilde söz konusu durumda alacaklının edim üzerindeki hakkı da devam eder; sadece, alacaklı borçlunun iradesine karşı bu hakkını artık aktif olarak kabul ettiremez. Bu sebeple TBK m. 82/83'den doğan bağımlı def'iler bakımından alacak zamanaşımına uğrasa bile, edimlerin karşılıklılığı ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin eş zamanlı ifa kuralı üzerinde herhangi bir değişiklik olmaz. Bundan dolayı, karşı taraf borcunu ifa etmedikçe veya ifayı teklif etmedikçe, zamanaşımına uğramış alacağın alacaklısından kendi edimini yerine getirmesi beklenemez. Alacak zamanaşımına uğrasa bile, ödemezlik def'inin veya ödeme güçsüzlüğü dolayısıyla hakkın tehlikeye düştüğü def'inin ileri sürülmesi zamanaşımına uğramış alacağın kabul ettirilmesine değil, aynen ifanın veya karşı tarafın edim yükümlülüğünün değerinin teminat altına alınmasına hizmet eder. Bu sebeple, TBK m. 82 ve 83'ten doğan def'iler, temeldeki alacağın zamanaşımına uğramasından etkilenmezler¹¹⁵.

¹¹³ von Tuhr, s. 28.

¹¹⁴ Schaller, s. 245.

¹¹⁵ Schaller, s. 246.

Zamanaşımının bir diğer etkisi şu şekilde ifade edilebilir: Zamanaşımı talebin aktif olarak takip edilmesini ve dolayısıyla kabul ettirilmesini engeller; fakat pasif olarak edimden kaçınma hakkını ortadan kaldırmaz. Bundan dolayı bütün bağımlı def'iler ile ilgili olarak, bu def'ilerin, temelde bulunan alacağın zamanaşımına uğramasından etkilenmediği tespit edilebilir. Böylece bağımlı def'ilerin de, bağımsız def'iler gibi, zamanaşımına uğramadığı sonucuna varılabilir¹¹⁶.

Def'iler zamanaşımına uğramama özelliği sebebiyle süresiz olarak ileri sürülebilir. Ancak hakkın kötüye kullanılması ve çelişkili davranış yasağı doğrultusunda, uygulamada ve doktrinde benimsenen bir ilke olan etkisizleşme, bu süresizliğin önünde engel teşkil eder¹¹⁷.

E. Maddî Hukuka İlişkin Bir Savunma Vasıtası Olması

Doktrinde hâkim görüşe göre, def'iler maddî hukuka ilişkin bir savunma vasıtasıdır¹¹⁸. Def'ilerin maddî hukuka ilişkin savunma vasıtası olarak kabul edilmesi iki açıdan önemlidir. Bunlardan birincisi, def'ilerin borçlunun temerrüde düşmesini engellemesidir. İkincisi ise def'ilerin maddî hukuka ilişkin tasnifi sayesinde hakka etki edecek şekilde mahkeme dışında kullanılması imkânını sağlamasıdır¹¹⁹.

¹¹⁶ Schaller, s. 247. Def'ilerin genel olarak zamanaşımına uğramayacağı konusunda ayrıca bkz. Yavuz, Cevdet; **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul, Beta, 1989, s. 165; Paksoy, Meliha Sermin; **Zamanaşımından Feragat**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2012, s. 33, dn. 2.

¹¹⁷ Etkisizleşme hakkında bilgi için bkz. İkinci bölüm, § 7, IV, C. Çelişkili davranış yasağı hususunda bkz. Akyol, Şener; **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 57 vd..

¹¹⁸ Bkz. Oğuzman/ Barlas, s. 322; Roth, s. 302. Schaller'e göre, def'i ya da itiraz teşkil eden savunmalar alacak ve talep kavramlarıyla doğrudan bağlantılıdır. Ona göre, bunların maddî hukuka ilişkin birer savunma vasıtası olup olmadığına yönelik tartışmalar alacak ve talep kavramları incelenmek suretiyle açıklığı kavuşturulabilir. Schaller, monografik eserinde alacak ve talep kavramlarını bu doğrultuda incelemiştir. Yazar, bu sayede def'i ve itiraz (inkâr) savunma vasıtalarının niteliğine ilişkin belirsizliğin maddî hukuka ilişkin savunma vasıtası oldukları yönünde giderildiğini ileri sürmüştür. Bkz. Schaller, s. 383.

¹¹⁹ Roth, s. 302.

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarında bulunmasa dahi, Alman Medenî Kanunu'nda def'ilerin maddî hukuka ilişkin bir savunma vasıtası olarak kabul edilmesine elverişli hükümler bulunmaktadır. Örneğin BGB §§ 390 ve 813'daki düzenlemelerde def'ilerin maddî hukuka ilişkin etkilerinin kendiliğinden ortaya çıktığı görülmektedir¹²⁰.

Doktrinde, def'ilerin maddî hukuka ilişkin bir savunma vasıtası olduğu görüşünün aksine, usul hukukuna ilişkin bir savunma vasıtası olduğu görüşü de savunulmuştur. Bu görüşteki yazarlara göre, def'ilerin esas etkisi, yani def'ilerin ileri sürülmesi ile davanın reddedilmesi, def'i davada ileri sürüldükten sonra ortaya çıkar. Bunun yanı sıra davalı, davada, yargılama dışında ileri sürdüğü def'iler ile bağlı değildir. Menfaatine uygun düşmüyorsa davalı, yargılama dışında ileri sürdüğü def'iden feragat edebilir¹²¹. Kanaatimizce, bu görüşü savunanların ileri sürdükleri gerekçeler sağlam gerekçelere dayanmaktadır¹²². Bununla birlikte, bu görüş kabul edilirse, def'ilerin maddî hukuka doğrudan etkisini düzenleyen BGB § 390 ve 813 hükümleri ile borçlunun temerrüde düşmesini engellemesi açıklanamaz. Bu sebeple de def'inin usul hukukuna ilişkin bir savunma vasıtası olduğu kabul edilemez¹²³.

¹²⁰ BGB § 1169'da da, eşya hukuku ile ilgili olarak, def'ilerin maddî hukuka doğrudan etkisini öngören bir hüküm mevcuttur. Buna göre, eğer malike ipoteğin ileri sürülmesini sürekli olarak ortadan kaldırmasını sağlayacak bir def'i tanınmışsa, malik alacaklıdan ipotekten vazgeçmesini talep edebilir.

¹²¹ Roth, s. 303'ten naklen.

¹²² Def'ilerin ileri sürülmedikçe yargılamada hâkim tarafından re'sen dikkate alınamayacağı ve def'iden feragatin mümkün olduğu hususları daha sonra ele alınacaktır. Def'inin ileri sürülmedikçe hâkim tarafından re'sen dikkate alınamayacağına ilişkin bkz. Üçüncü Bölüm, § 8, I, B, 1. Def'iden feragate ilişkin bkz. Üçüncü Bölüm, § 8, III, A.

¹²³ Roth, s. 303. Her ne kadar usul hukukunda davalıya tanınmış olan savunma imkânlarını ifade etmek için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (örneğin HMK m. 19, 394, 403 vb.) itiraz kavramı kullanılmış olsa da söz konusu savunma vasıtaları maddî hukuka dayanan savunma vasıtalarından ayırt edilmelidir. Usul hukukuna dayanan savunma vasıtalarının "usulî itirazlar" olarak ifade edilmesi bu ayrımı kolaylaştırır. Usulî itirazlar ilk itirazlar ve diğer usulî itirazlar olmak üzere ikiye ayrılır. HMK m. 116'da düzenlenmiş ilk itirazlar, kesin yetki kuralının bulunmadığı hallerde yetki itirazı, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği itirazı ve iş bölümü itirazından ibarettir. Bunlar dava engeli olup cevap dilekçesinde ileri sürülmek zorundadır aksi halde dinlenemez (HMK m. 117). Diğer usulî itirazlar, dava şartlarının bulunmadığına ilişkin itirazlardır (HMK m. 114'de dava şartlarının neler olduğu düzenlenmiştir.). Bunlar davalı tarafından yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından da re'sen dikkate alınır. Bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 311, 312; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 360 vd..

Bizim de katıldığımız görüşe göre, maddî hukukun özünde, taleplere hukukî koruma sağlama gereksinimi bulunmaktadır. Talebin mahkemede ileri sürülmesi, hukukî korumadan yararlanması ile ilgilidir. Dolayısıyla, def'ilerin yargılamada ileri sürülmesini ve usul hukukuna ilişkin sonuçlarının bulunmasını bu şekilde anlamak gerekir¹²⁴.

II. İTİRAZIN GENEL ÖZELLİKLERİ

A. Olay Olması

İtirazın ileri sürülmesi, hakkın değil aksine mevcut bir hukukî durumun ileri sürülmesi anlamına gelir¹²⁵. İtiraz, def'iler gibi hakkın ileri sürüldüğü bir savunma vasıtası olsaydı, bu ileri sürme imkânı da sadece borçluya, yani hakkın sahibine tanınırdı. Oysa itiraz menfaati olan herkes tarafından ileri sürülebilir. İtiraz oluşturan olaylar da hâkim tarafından re'sen dikkate alınır. Zira itiraz teşkil eden olayların hukukî etkisi kendiliğinden doğar. Bununla birlikte, itirazların etkisinin kendiliğinden ortaya çıktığı bütün itirazlar açısından söylenemez. Kullanılmış bozucu yenilik doğuran hakların ileri sürülmesi de hakkı ortadan kaldıran itirazın konusudur. Yenilik doğuran hakkın konusu olan bir hususta yenilik doğurucu bir karar verip vermemek ise tıpkı def'i haklarında olduğu gibi tarafların iradesine kalmıştır¹²⁶.

B. Alacak ve Talebi Ortadan Kaldırması

İtirazlar kural olarak alacağı ve dolayısıyla da talebi ortadan kaldırıcı etkiye sahiptir¹²⁷. Hakkı ortadan kaldıran itirazlar geçerli olarak doğmuş bir alacağın ve talebin varlığı üzerinde kendiliğinden etki doğurur ve ilgili alacak

¹²⁴ Roth, s. 305.

¹²⁵ Koller, s. 19; Aybay, s. 84.

¹²⁶ Ulrici/ Purrmann, s. 105; Roth, s. 239. Kullanılmış bozucu yenilik doğuran hakların ileri sürülmesinin hakkı ortadan kaldıran itirazın konusu olduğuna dair bkz. İkinci bölüm, § 7, II, C.

¹²⁷ Larenz/ Wolf, s. 327; Berger, s. 25.

ile talebin tüm işlevlerini ortadan kaldırır¹²⁸. Bununla birlikte, itirazların alacağın ve dolayısıyla talebin tüm işlevlerini ortadan kaldırdığı yönündeki genel kuralın iki istisnası söz konusudur¹²⁹: Bunlar; hakkı engelleyici itiraz kategorisinde bulunan ve alacağı ortadan kaldırmayıp sadece talebin kabul ettirilebilirliğini engelleyen kumar ve bahis itirazı ve etkisizleşme itirazıdır. İncelememizin ileri bölümlerinde bunlara ayrıntılı olarak yer verilecektir.

¹²⁸ Roth, s. 239.

¹²⁹ Kumar ve bahis itirazı ile etkisizleşme itirazı için bkz. İkinci bölüm, § 7, IV, B, C.

İKİNCİ BÖLÜM

DEF'İ VE İTİRAZLARIN TÜRLERE AYRILMASI VE BU TÜRLER ÇERÇEVESİNDE BORÇ İLİŞKİLERİNDEKİ DEF'İ VE İTİRAZLARIN İNCELENMESİ

§ 6. DEF'İ TÜRLERİ

I. GENEL OLARAK

Def'iler; etkilerinin süresi, doğurdukları sonuçların kapsamı ve hukukî temelinin olup olmaması dikkate alınarak türlere ayrılır. Söz konusu savunmaların ileri sürüldükten sonra ortaya çıkan etkileri dikkate alındığında sürekli def'i, geçici def'i; doğurdukları sonuçların kapsamı ön plana çıkarıldığında tam def'i, kısmî def'i; hukukî temelinin olup olmaması göz önünde bulundurulduğunda bağımlı def'i, bağımsız def'i ayrımı yapılır. Borç ilişkilerinde mevcut olan her bir def'i ise sahip olduğu özelliklere göre bu ayrımlardan birine veya bir kaçına dâhil edilir. Aşağıda bunlar sırasıyla ele alınacaktır.

II. ETKİLERİNİN SÜRESİNE GÖRE DEF'İLER

Def'iler açısından yapılan en kapsamlı ve temel ayırım, bunların ileri sürülmesinden sonra ortaya çıkan etkilerinin süresi dikkate alınarak yapılandır. Etkilerinin süresine göre def'iler, sürekli (kesin) def'iler ve geçici (geciktirici) def'iler olmak üzere ikiye ayrılır¹³⁰. Bununla birlikte bazı yazarlar bu ayrıma “talebi sınırlayıcı def'i” kategorisini de eklemişlerdir¹³¹. Gerçekten de Roth, Alman hukukundaki def'ileri incelediği eserinde; sürekli def'iler, geçici def'iler ve talebi sınırlayıcı def'iler şeklinde üçlü bir ayırım yapmıştır.

¹³⁰ Medicus, AT, s. 44; von Tuhr/ Peter, s. 31; Eren, s. 69; Gauch v.d., s. 20; Schaller, s. 65; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 254; Steiner, s. 41.

¹³¹ Schwenger, s. 31; Schaller, s. 65.

Yazara göre sürekli def'ileri talebi sınırlayıcı def'ilerden ayırt etmek gerekir. Sürekli def'ilerin ağırlık noktası, ileri sürüldükten sonra talepler üzerinde hangi etkileri doğurduğudur. Buna karşılık talebi sınırlayıcı def'ilerde ağırlık noktası, ileri sürülme sorununa kaymıştır. Talebi sınırlayıcı def'iler, geçici def'ilerden de şu açılardan ayırt edilmelidir: Talebi sınırlayıcı def'iler, talebin mahkeme yoluyla kabul ettirilebilirliğini engellemez. Aksine bu tür def'iler sadece, ödemezlik def'inde, ifa güçsüzlüğü halinde ödemezlik def'inde ve şahsî hapis hakkına ilişkin def'ide olduğu gibi, edimlerin aynı anda yerine getirilmesine ilişkin bir hüküm verilmesini sağlar. Bununla birlikte Roth, üçlü ayırımın talebi sınırlayıcı def'ilerin aynı zamanda geçici def'i de olduğu kabulüne ters düşmediğini belirtmiştir¹³².

A. Sürekli Def'iler

Sürekli def'iler kesin def'iler olarak da adlandırılmaktadır. Sürekli def'iler, zamanında ileri sürülmeleri halinde alacaklı bakımından, talebin mahkeme vasıtasıyla kabul ettirilmesine sürekli olarak engel olur¹³³. Ayrıca bu tür def'iler, borçluya borçlu olduğu edimin ifasından sürekli olarak kaçınma imkânı sağlar¹³⁴.

Borç ilişkilerinde sürekli def'i kapsamında incelenebilecek olan def'iler zamanaşımı def'i, haksız fiil def'i, sebepsiz zenginleşme def'i ve ayıplı ifa def'idir. Aşağıda bunlar sırasıyla ele alınmıştır.

¹³² Roth, s. 169. Roth söz konusu monografik çalışmasında talebi sınırlayıcı def'iler kapsamında; ödemezlik def'ini, ifa güçsüzlüğü halinde ödemezlik def'ini ve hapis hakkına ilişkin def'iyi incelemiştir. Geçici def'iler kapsamında ise, ifa zamanını uzatma sözleşmesine ilişkin def'iyi (çalışmamızda ifa zamanını uzatma sözleşmesinin hukukî niteliği itiraz olarak kabul edilmiştir) ve kefilin sahip olduğu def'ileri incelemiştir. Bu çalışma kapsamında ise etkilerinin süresine göre def'iler, sürekli def'iler ve geçici def'iler olmak üzere ikiye ayrılarak incelenecektir.

¹³³ Schwenzer, s. 30; Medicus, **AT**, s. 44; Schaller, s. 65; Eren, s. 73; Ulrici/ Purrmann, s. 107; Aybay, s. 85.

¹³⁴ Tunçomağ, s. 57; Eren, s. 73; von Tuhr/ Peter, s. 31; Oğuzman/ Barlas, s. 325.

1. Zamanaşımı Def'i

Zamanaşımı def'i, uygulamada en çok karşılaşılan sürekli def'i örneğidir¹³⁵. TBK m. 146-161 (OR Art. 127-142) arasında zamanaşımına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Bu hükümler belirli bir sürenin geçmesinin ardından borçluya edimden kaçınma ve borcunu yerine getirmeme, yani def'i hakkı verir¹³⁶. Aksine bir düzenleme olmadıkça, sözleşmeden doğan alacaklar için genel zamanaşımı süresi on yıldır (TBK m.146). Alacaklı, bu süre geçtikten sonra alacağını talep ederse, borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürerek borcunu ifa etmekten sürekli olarak kaçınabilir¹³⁷.

2. Haksız Fiil Def'i

Haksız fiil def'i, TBK m.72/II'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa, zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcunu ifadan kaçınabilir. Benzer bir hüküm BGB § 813'de "hile def'i" başlığı altında düzenlenmiştir. Hükümün lâfzına göre, bir kimse haksız fiil yoluyla hakkı ihlâl edilene karşı bir alacak elde etmişse, alacağın ortadan kaldırılması talebi zamanaşımına uğrasa bile borcunu ifadan kaçınabilir. BGB § 813 hükmü hile def'i başlığı altında düzenlenmiş olsa da, hükümün lâfzında haksız fiil yoluyla zarar gören aleyhine doğmuş bir alacaktan bahsedilmektedir. Öncelikle TBK 72/II ve BGB § 813 hükümlerinde geçen

¹³⁵ Berger, s. 26; Schaller, s. 243; Roth, s. 47; Eren, s. 1247; Aybay, s. 85; Reisoğlu, s. 40; Paksoy, s. 37. Zamanaşımına ilişkin savunmanın def'i olduğunu ifade eden Yargıtay kararları için bkz. Y. HGK, T. 07.12.2005, E. 2005/13-661, K. 2005/698; Y. HGK, T. 11.04.2012, E. 2012/258, K. 2012/358; Y. 2. HD, T. 19.01.1996, E. 1995/13659, K. 1996/537, Y. 15. HD, T. 03.05.2007, E. 2007/1111, K. 2007/2062, (Erişim) www.hukukturk.com, 17.01.2013.

¹³⁶ Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 316; Eren, s. 1232, 1247; Schaller, s. 241.

¹³⁷ Sadece alacak hakları zamanaşımına uğrar. Bu alacak hakları kural olarak özel hukuk ilişkilerinden doğar. Kamu hukukundan doğan alacaklar zamanaşımına tâbi olsa bile, bu alacaklar için özel hükümler sevk edilmiştir. Bkz. Hatemi/ Gökyayla, s. 317; Eren, s. 1234; Ulrici/ Purrmann, s. 107; Leipold, Dieter; **BGB I Einführung und Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, s. 380; Oğuzman/ Barlas, s. 323.

haksız fiil ifadesi ile ne anlatılmak istendiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören aleyhine bir alacak, başka bir ifadeyle zarar görenin ödemesi gereken bir borç doğmaz. Aksine zarar gören lehine, uğradığı zararların tazminini talep hakkı doğar¹³⁸. TBK m. 72/II hükmüne göre ise haksız fiil dolayısıyla zarar gören aleyhine bir alacak hakkının doğması gerekir. Dolayısıyla burada bahsedilen haksız fiil, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin yapılmasıyla bağlantılı olmalıdır¹³⁹. Taraflar arasındaki sözleşmenin yapılmasıyla haksız fiilin işlenmesi arasındaki bağlantının hangi durumlarda var olduğu hususunda doktrinde görüş birliği yoktur. Bazı yazarlara göre söz konusu hüküm, haksız fiil altında, yani aldatma veya korkutma altında yapılan sözleşmeler açısından uygulama alanı bulur¹⁴⁰. Buna karşılık, diğer bazı yazarlar ise söz konusu hükmün aldatma ve korkutmanın yanı sıra, aşırı yararlanma halinde yapılan sözleşmeler için de uygulanacağı görüşünü savunmaktadır¹⁴¹.

Yukarıda bahsedilen hüküm kapsamında ifade edilen haksız fiil altında yapılan sözleşmelerden doğan alacak hakkının, irade sakatlığı halleri olan aldatma veya korkutma altında yapılan sözleşmelerden doğan alacak hakkını ifade ettiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak aşırı yararlanma halinde yapılan sözleşmelerin de bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması için, aşırı yararlanmanın hukukî niteliğinin incelenmesi gerekir.

¹³⁸ Kurşat, Zekeriya; **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 2003, s. 120.

¹³⁹ Kurşat, s. 120.

¹⁴⁰ Yanılmanın söz konusu olduğu durumlarda yanılana karşı işlenmiş bir haksız fiil bulunmadığı için haksız fiil def'ini düzenleyen hükmün yanılma durumunda uygulama alanı bulmayacağına ilişkin olarak bkz. Tekinay v.d., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 455, 456. Haksız fiil def'ine ilişkin hükmün aldatma ve korkutma altında yapılan sözleşmelerde uygulama alanı bulacağına dair bkz. Hatemi/ Gökyayla, s. 187; Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I-II, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, **Borçlar II**, s. 77; Yıldırım, M. Fadıl; **Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile**, Ankara, Nobel, 2002, s. 265.

¹⁴¹ Eren, s. 837; Grisel, s. 808; Schaller, s. 334.

Doktrinde aşırı yararlanmanın (gabinin) hukukî niteliği konusunda genel olarak iki farklı görüş savunulmaktadır¹⁴².

Bir görüşe göre, aşırı yararlanma, yanıltma, aldatma ve korkutma gibi irade bozukluğu hallerinden birini oluşturur. Bu görüşü savunanlara göre aşırı yararlanma halinde sömürülen tarafın iradesi, oluşum anında sakatlanmaktadır. Bu yüzden de burada bir saik yanıltması vardır¹⁴³. Buna karşılık doktrinde hâkim olan ve bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise aşırı yararlanma kavramı, Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmenin içeriği başlığı altında sözleşme özgürlüğü ve kesin hükümsüzlüğü düzenleyen (TBK m. 25, m. 26) hükümlerden hemen sonra düzenlenmesinden de anlaşılacağı üzere, sözleşme serbestisine getirilen bir sınırlamadan ibarettir. Dolayısıyla burada tarafların iradesi değil, sözleşmenin konusu ele alınmalıdır ve aşırı yararlanma, sözleşmenin konusunu sakatlayan bir sebep olarak görülmelidir¹⁴⁴. Bununla birlikte, haklı olarak aşırı yararlanma ile irade sakatlığı halleri arasında yakın bir ilişkinin bulunduğu da kabul edilmektedir. Zira aşırı yararlanma ile birlikte çoğunlukla irade bozukluğu hallerinin şartları da gerçekleşir ve dolayısıyla sömürülen açısından hem aşırı yararlanma hükümlerine, hem de duruma göre yanıltma, aldatma veya korkutma hükümlerine başvurma imkânı doğar. Bunun yanı sıra, aşırı yararlanma durumunda kesin hükümsüzlük yaptırımına yer verilmeyip yanıltma, aldatma ve korkutmada olduğu gibi sömürülene iptal hakkı tanınmış olması da her iki kurum arasındaki benzerliği oluşturur¹⁴⁵. Bu çerçevede, aşırı yararlanmanın irade bozukluğu hallerinden biri olmadığı kabul edilmelidir. Bundan dolayı da aşırı yararlanma durumunda aynı zamanda aldatma veya korkutmanın

¹⁴² Kocayusufpaşaoğlu, Necip; **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, C. I, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s. 479; Serozan, **Dönme**, s. 56.

¹⁴³ Eren, s. 418. Aynı yönde bkz. Eren, s. 418, dn. 4'de anılan yazarlar. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Aslan, Çiğdem Mine; **Gabinin Unsurları Ve Hukukî Sonuçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 54-58.

¹⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 479; Hatemi/ Gökyayla, s. 83; Kalkan, Burcu; **Türk Hukukunda Gabin**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 48; Aslan, s. 59.

¹⁴⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 480.

unsurları mevcut değilse haksız fiil def'ini düzenleyen TBK m. 72/II'nin aşırı yararlanma durumunda uygulama alanı bulamayacağı sonucuna varılmalıdır.

Haksız fiil def'ine ilişkin hükmün aldatma veya korkutma halinde uygulama alanı bulacağı kabul edildikten sonra, hükmün nasıl uygulanacağı ve ne zaman uygulanacağı açıklanmalıdır. Hükmün nasıl uygulanacağı ve ne zaman uygulanacağı hususu tartışmalıdır¹⁴⁶. Birinci görüş olarak ifade edeceğimiz genel kabul gören anlayışa göre, hüküm şu şekilde yorumlanmalıdır¹⁴⁷: Haksız fiil altında, yani “aldatma” veya “korkutma” ile yapılan sözleşmeden, zarar gören aleyhine bir borç doğmuşsa ve zarar gören bir yıl içerisinde bu sözleşmeyi iptal etmemişse, haksız fiil def'ini ileri sürerek bu borcunu yerine getirmekten kaçınabilir¹⁴⁸. Bununla birlikte, borçlunun haksız fiil def'ini kullanabilmesi için haksız fiile ilişkin TBK m. 72/II'deki düzenleme ile m. 39/I'deki düzenlemeyi birlikte ele almak gerekir. Borçlu aldatmayı öğrendiği veya korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı bir yıl içerisinde, açıkça ya da zımnen sözleşmeyi onaylamışsa, haksız fiil def'i hakkını kullanamaz. Bir yıllık hak düşürücü sürenin borçlu tarafından susarak geçirilmesi yüzünden hükümsüzlüğün düzelmesi halinde, TBK m. 72/II'de düzenlenen def'i hakkı doğar ve borçlu sürekli olarak haksız fiilden doğan borcunu yerine getirmekten kaçınabilir¹⁴⁹. Bununla birlikte ikinci görüş olarak bazı yazarlar, haksız fiil def'ine ilişkin bu düzenlemenin hukuk sistemimizdeki irade sakatlığı sistemi ile bağdaşmadığını ileri sürmüştür. Zira bu hüküm, aldatma veya korkutmaya rağmen geçerli bir alacak hakkının doğacağını kabul eden Alman Medenî Kanunu'ndan alınmıştır. Sözleşme iptal edilmemiş ve sözleşmenin iptal süresi de geçmemiş olmasına rağmen, bir alacak

¹⁴⁶ Haksız fiil def'ini farklı yönlerden ele alan Hatemi ve Gökyayla'nın görüşleri için bkz. Hatemi/Gökyayla, s. 186, 187.

¹⁴⁷ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 468; Reisoğlu, s. 271; Bozer, Ali; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2007, s. 140; Nomer, Haluk; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, Beta, 2012, s. 180.

¹⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 468; Eren, s. 801; Schaller, s. 332; Ataay, Aytekin; **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, Birinci Yarı, Üçüncü Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981, s. 306.

¹⁴⁹ Schaller, s. 334; Kocayusufpaşaoğlu, s. 469.

hakkının doğmuş olması, aldatmaya veya korkutmaya maruz kalan için bir zarar doğurur. Bu sebeple Alman hukuku bakımından aldatmaya veya korkutmaya maruz kalan lehine haksız fiil def'i hakkının tanınması doğaldır. Hukuk sistemimiz bakımından ise, irade bozukluğu hallerinde sözleşme geçerli olarak doğmamakta ve bu yüzden iradesi sakatlanan aleyhine bir alacak hakkının doğması da söz konusu olmamaktadır. Bir yıllık hak düşürücü sürenin sonunda ise, bu sürenin susarak geçirilmiş olması halinde sözleşmeye icazet verilmiş sayılmakta ve bundan dolayı da zarar gören aleyhine doğan alacak hakkı geçerli bir sözleşmeye dayanmış olmaktadır. Dolayısıyla, bu görüşü savunanlar, geçerli bir sözleşmeden kaynaklanan bir borcun ifasından kaçınılamayacağını ve hukuk sistemimiz açısından haksız fiil def'inin uygulanamayacağını savunmaktadırlar¹⁵⁰.

Kanaatimizce öncelikle haksız fiil def'inin ne zaman uygulanacağı hususu tespit edilmelidir. Zira Türk Borçlar Kanunu'nda haksız fiil için kısa zamanaşımı süresinin iki yıla çıkarılmış olması, buna karşın irade sakatlığı halleri için öngörülmüş iptal sürelerinin bir yıl olarak devam etmesi böyle bir incelemeyi gerektirmektedir.

Haksız fiil def'inin ne zaman uygulanacağını tespiti için TBK m. 72/I-II, m. 39/I-II hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Aldatma veya korkutma halinde yapılan sözleşmenin iptali için bir yıllık süre tanınmıştır¹⁵¹. Ancak sözleşmenin geçerli hale getirilebilmesi için bir yıllık süreyi beklemeye gerek yoktur. Bir yıllık iptal süresi aldatmanın öğrenildiği veya korkutmanın ortadan kalktığı andan itibaren başlar. Aynı şekilde aldatma veya korkutma nedeniyle uğranılan bir zarar varsa, bu

¹⁵⁰ Oğuzman/ Öz, **Borçlar II**, s. 77; Kurşat, s. 121. Aynı yönde bkz. Kurşat, s. 121, dn. 604'de anılan yazarlar.

¹⁵¹ Aldatma veya korkutma halinde yapılan sözleşmelere bağlanan hukukî sonuç hakkında hukuk sistemlerinde, "geçersizlik teorisi" ve "iptal teorisi" olarak adlandırılan iki teori bulunmaktadır. Alman hukuk sisteminde geçersizlik teorisi kabul edilmektedir. Türk ve İsviçre hukuk sisteminde ise bu konuda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Yanılma veya korkutma halinde yapılan sözleşmelerde kabul edilmiş olan bir yıllık iptal süresinin hukukî niteliği konumuz olan haksız fiil def'ini etkilemediği için, bu görüşlerin burada anlatılmasında fayda görmüyoruz. Söz konusu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 409-412.

zararlar için öngörölmüş olan iki yıllık kısa zamanaşımı süresi de bu tarihte başlar. Zira taraflar arasında aynı zamanda bir sözleşme ilişkisi olduğu için, kural olarak aldatıldığını öğrenme veya korkutmanın etkisinin ortadan kalkma tarihi zararın ve failin de öğrenildiği tarihtir. Dolayısıyla aldatılan veya korkutulan için, aldatmanın ve korkutmanın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıllık süre içerisinde hem iptal hakkı hem de tazminat hakkı bulunur.

Bir yıllık süre dolduğunda, aldatılan veya korkutulan sözleşme ile bağı olmadığı bildirmez veya verdiği şeyi geri istemez ise sözleşmeyi onanmış sayılır (TBK m. 39/I). Sözleşme onanmış sayıldıktan sonra ise artık geçerli bir sözleşmeden ve geçerli bir alacak hakkından bahsedilir. Burada, tazminat için kısa zamanaşımı süresi iki yıla çıkarıldığı için kalan bir yıllık süre boyunca tazminat talep etme hakkı da devam eder. TBK m. 39/II'de bu husus açıkça ifade edilmektedir.

İkinci görüşü savunanlar, bir yıllık süre geçirildikten sonra sözleşmeye icazet verilmiş sayıldığını ve icazetten sonra zarar gören aleyhine doğmuş bulunan alacağın geçerli bir sözleşmeye dayandığını, dolayısıyla geçerli bir sözleşmeden doğan bu borcun ifasından kaçınılamayacağını ifade etmişlerdir. Bu sebeple, bizim hukukumuz bakımından haksız fiil def'inin uygulanamayacağını savunmuşlardır. Kanaatimizce, bu görüşün gerekçelerini isabetli bulmak mümkün değildir. Zira bütün def'ilerin ileri sürölmesinin temelinde geçerli bir alacak vardır. Borçluya def'i hakkının tanınmış olması alacağın geçersizliği ile ilgili bir durum değildir. Def'i hakkının söz konusu olduğu durumlarda, borçluya tanınmış, özel bir sebeple geçerli bir alacağın ifasından kaçınma hakkı söz konusudur¹⁵². Dolayısıyla geçerli bir alacağın her durumda ifa edilmesi gerektiği, def'iler söz konusu olduğunda isabetli bir yorum olmaktan uzaktır. Aksine, def'iler özünde geçerli olarak doğmuş bir alacağı ifa etmeme hakkını barındırır. Alacağın geçersiz olduğu durumlarda ise itiraz savunma vasıtası devreye girer. Bu yüzden bize göre, bir yıllık iptal süresi geçirildikten sonra haksız fiil def'i hakkı doğar. TBK m.

¹⁵² Birinci Bölüm, § 5, I, A.

39/I hükmünün varlığı, ikinci görüşü savunanların iddia ettiğinin aksine, TBK m. 72/II'deki haksız fiil def'i hakkının doğması için geçerlilik şartıdır. Kanun koyucu, aldatma ve korkutma durumunda bir yıllık iptal süresi geçirildikten sonra sözleşmenin geçerli olacağını kabul etmiş; ancak borçluya iptal hakkından daha zayıf etki doğuran def'i hakkını tanıyarak, aldatılma veya korkutulma sonucunda akdedilmesine rağmen, geçerli hale gelmiş sözleşmelerin ifa edilmemesi imkânını devam ettirmek istemiştir. Başka bir deyişle, kısmen de olsa zamanın geçmesiyle haksızlığın bütünüyle hak haline gelmesi önlenmek istenmiştir¹⁵³.

Bir yıllık iptal süresi geçirildikten sonra TBK m. 39/I hükmü dolayısıyla sözleşme geçerli hale gelir ve dolayısıyla bu süreden itibaren haksız fiil def'i hakkı doğar. Yukarıda zikredilen birinci görüşü savunanların aksine, bir yıllık sürenin susarak geçirilmesi şartı aranmayacaktır. Ancak burada sadece sözleşmenin açıkça onaylanmasının def'i hakkından zımnen feragat anlamına gelebileceğine de dikkat etmek gerekir.

Sonuç olarak, bir yıllık iptal süresi dolduktan sonra kalan bir yıl içerisinde tazminat talep hakkının devam edeceği, zira TBK m. 39/II'ye göre sözleşmenin onaylanmış sayılmasının tazminat hakkını ortadan kaldırmayacağı kabul edilmelidir. Bunun yanı sıra, tazminat talebi için öngörülen zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile, TBK m. 72/II'nin açık düzenlemesi karşısında haksız fiil def'i hakkının devam edeceği de belirtilmelidir. Bu sebeple, haksız fiilden doğan def'i hakkı, sürekli def'ilerin bir örneğini teşkil etmektedir¹⁵⁴.

¹⁵³ Yıldırım, s. 264.

¹⁵⁴ Schaller, s. 342; Eren, s. 801; Kocayusufoğlu, s. 468; Oğuzman/ Öz, **Borçlar II**, s. 77; Ulrici/ Purrmann, s. 107.

3. Sebepsiz Zenginleşme Def'i

Zamanaşımı def'inin ve haksız fiil def'inin yanı sıra sebepsiz zenginleşme def'i de sürekli def'i niteliği taşımaktadır¹⁵⁵.

Sebepsiz zenginleşme def'i TBK m. 82/II'de düzenlenmiştir¹⁵⁶. Bu hükme göre zenginleşme, zenginleşenin bir alacak hakkı kazanması suretiyle gerçekleşmişse, diğer taraf, istem hakkı zamanaşımına uğramış olsa bile her zaman bu borcunu ifadan kaçınabilir. Bu hükmün uygulama alanının TBK m. 18 uyarınca soyut borç tanınması şeklinde yapılan, fakat geçersiz bir sebebe dayanan alacaklar olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁷. Örneğin, A ile B arasında, A'nın geçersiz bir sözleşmeye dayanan borcunu ifa etmesi amacıyla soyut borç tanınması sözleşmesi yapılmıştır. B'ye soyut borç tanınması sözleşmesi ile tanınmış olan alacak hakkı, sebepsiz zenginleşme oluşturmaktadır. A, temel sözleşmenin geçersizliğini öğrenmesinden itibaren 2 yıl ve en geç sözleşmenin kurulmasından itibaren 10 yıl içerisinde B'nin alacak hakkının kaldırılmasını talep edebilir. Fakat A bu süreleri kaçırmışsa, B'nin alacak hakkını talep etmesi halinde her zaman sebepsiz zenginleşme def'ini ileri sürebilir¹⁵⁸. Burada da, hakkı ihlal edilen lehine, sebepsiz zenginleşme def'ini

¹⁵⁵ Tunçomağ, s. 57; von Tuhr/ Peter, s. 31; Eren, s. 904; Oğuzman/ Öz, **Borçlar II**, s. 390; Ulrici/ Purrmann, s. 107.

¹⁵⁶ Benzer bir hüküm BGB § 821'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün özellikle soyut borçlarda uygulama alanı bulacağını ve sürekli def'i niteliğini taşıdığını ifade eden görüş için bkz. Schulze, Reiner; "Einrede der Bereicherung", **Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar**, 7. Aufl., 2012, Rn. 1, 2.

¹⁵⁷ Fikentscher, Wolfgang; **Schuldrecht**, 8., neubearbeitete Aufl., Berlin, Walter de Gruyter, 1992, s. 712; Tekinay v.d., s. 756, dn. 10; Reisoğlu, s. 288; Oğuzman/ Öz, **Borçlar II**, s. 390; Ataay, s. 403; Serozan, Rona; **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 5'inci Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009, s. 383, 384; Bozer, s. 153; Öz, Turgut; **Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990, s. 180. Bununla birlikte sebepten soyutluk görüşüne katılmayan ve sebebe bağlılık görüşünü destekleyen yazarlar, bu hükmün pratik bir değeri olmadığını ileri sürmektedirler. Bkz. Karlı, Özlem; **Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanınması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 138. Aynı yönde bkz. Karlı, s. 138, dn. 583'te anılan yazarlar.

¹⁵⁸ Benzer örnek için bkz. Oğuzman/ Öz, **Borçlar II**, s. 390; Ataay, s. 403.

ileri sürerek, sürekli olarak borcunu ifa etmekten kaçınma hakkı tanınmıştır¹⁵⁹.

4. Ayıplı İfa Def'i

TBK m. 231'de düzenlenmiş ayıba karşı tekeffülden doğan ayıplı ifa def'i de sürekli def'ilerdendir¹⁶⁰. Hükme göre *“satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satılandaki ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz.*

Satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz.”

Yukarıda metni verilen hüküm çerçevesinde alıcı, ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik haklarını iki yıl geçtikten sonra kullanmışsa, satıcı, zamanaşımı def'ini ileri sürerek alıcının ayıp dolayısıyla sahip olduğu seçimlik hakları kullanmasına engel olabilir¹⁶¹. Bununla birlikte alıcı, iki yıl içerisinde kullanmadığı ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını, bu süre içerisinde ayıpları bildirmiş olmak şartıyla, aktif olarak kullanamasa bile pasif olarak, yani savunma şeklinde ileri sürebilir¹⁶².

Alıcının yukarıda bahsedilen ayıpları süresi içerisinde bildirmiş olması şartıyla kullanabileceği ayıplı ifa def'i hakkı, doktrinde farklı açılardan tartışılmaktadır. İlk tartışma, satıcının hangi taleplerine karşı alıcının ayıplı ifa

¹⁵⁹ Eren, s. 864; Schaller, s. 342. Taraflar arasındaki soyut borç tanımının hukuka ve ahlaka aykırı olduğu durumlarda sebepsiz zenginleşme def'i yerine doğrudan doğruya butlan itirazına başvurulabileceği görüşü için bkz. Serozan, **İfa, İfa Engelleri**, s. 383; Karlı, s. 137.

¹⁶⁰ Gümüş, Mustafa Alper; **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 139; Kapancı, Kadir Berk; **Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, İstanbul, XII Levha, 2012, s. 85; Buz, s. 96; Ulrici/ Purrmann, s. 107.

¹⁶¹ Yavuz, s. 164.

¹⁶² Schaller, s. 299; Buz, s. 97.

def'i hakkını kullanabileceğine ilişkindir. Bu hususta iki farklı görüş ileri sürülmüştür.

Türk doktrinde hâkim görüşe göre alıcının sahip olduğu def'i hakkı, satıcının ayıplı satılanı konu alan satış sözleşmesinin dışındaki hukukî ilişkiler sebebiyle alıcıya karşı sahip olduğu alacaklara karşı da kullanılabilir. Başka bir deyişle def'i hakkının, satıcının alıcıya karşı başka hukukî ilişkiler sebebiyle sahip olduğu haklara karşı kullanılması da mümkündür¹⁶³. Bu görüşü savunanlar eBK m. 207/II hükmünde geçen *“alıcının, satıcı tarafından aleyhine ikame edilen davaya karşı”* ifadesindeki “dava” kelimesinden yola çıkmışlardır. Yazarlara göre burada geçen “dava” kelimesi geniş yorumlanmaya müsaittir. Zira sözü edilen yazarlara göre, hükümde aynı sözleşmeden kaynaklanan bir davanın gerekliliğinden açıkça bahsedilmemektedir ve tüketicileri koruma açısından hükmün geniş yorumlanması daha uygun olur¹⁶⁴.

Ayıplı ifa def'i konusundaki ikinci görüşe göre ise, alıcının sahip olduğu def'i hakkı, satıcının ayıplı bir malı konu alan satış sözleşmesine ilişkin olarak ileri sürebileceği taleplere karşı kullanılabilir. Buna göre def'i hakkı, satıcının satım bedelinin ödenmesi, alıcı tarafından bedeli ödenmeyen satılanın geri verilmesi gibi taleplerine karşı söz konusu olur¹⁶⁵.

Kanaatimizce, def'i hakkının hangi hukukî ilişkiden doğmuşsa o hukukî ilişkiye karşı yöneltilebileceği kuralından yola çıkarak, ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Bağımlı ya da bağımsız hiçbir def'i hakkının, bağlantılı olduğu hukukî ilişkinin dışındaki taleplere karşı ileri sürüldüğü görülemez. Ayıba karşı tekeffülden doğan ayıplı ifa def'i hakkı için de bu kuralın dışına çıkmayı gerektirecek bir sebep yoktur. Nitekim birinci görüşü savunanların

¹⁶³ Tandoğan, Halûk; **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, C. I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş Ve Genişletilmiş Beşinci Basıdan Altıncı Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 202; Yavuz, s. 165; Şahiniz, Salih; **Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin, 2008, s. 132.

¹⁶⁴ Yavuz, s. 165; Şahiniz, s. 133.

¹⁶⁵ Yavuz, s. 165, dn. 143'te anılan yazarlar.

geniş yorumladıkları “satıcının alıcıya karşı ikame ettiği dava” ibaresi TBK m. 231 hükmüne dâhil edilmemiştir¹⁶⁶.

Ayıplı ifa def'i hakkına ilişkin ikinci tartışma, def'inin niteliğine ve söz konusu def'i hakkının kullanılmasının sonucuna yöneliktir. Bu hususta savunulan bir görüşe göre TBK m. 231 hükmünde alıcı lehine bir def'i hakkı tanınmıştır. Fakat ayıba karşı tekeffülden doğan def'i hakkını düzenleyen bu hükümde def'i kavramı teknik olmayan bir anlamda kullanılmıştır. Bu görüşü savunanlara göre, def'i hakkı tek tek taleplerin kabul ettirilmesine karşı kullanılır, bütün sözleşme ilişkisine karşı kullanılamaz. “Sözleşmeden dönme def'i” bağımsız bir def'i olarak kabul edilirse, alıcı bu def'iyi ileri sürerek satım parasının ödenmesinden kaçınabilir. Fakat alıcı teslim almış olduğu satım konusunu iade etmek zorunda değildir. Zira def'i hakkının kullanıldığı durumlarda pasif bir kaçınma söz konusudur. Bundan dolayı da, iki yıl içerisinde ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmayan alıcının iki yıl sonra pasif olarak bu haklarını kullanmasının hukukî niteliğinin, maddî anlamda def'i değil, tıpkı iki yıllık süre içerisinde kullanılan haklarda olduğu gibi yenilik doğurucu nitelikte bir hak olduğunun kabul edilmesi gerekir¹⁶⁷. Bunun sonucunda ise, zamanaşımı süresinin dolmasına rağmen, taraflar arasındaki satım sözleşmesi, dönme hakkı kullanılmış gibi tasfiye ilişkisine dönüşür. Dönme hakkını kullanmış gibi değerlendirilen alıcı, ayıplı satılanı satıcıya iade etmek zorundadır¹⁶⁸. Bu hususta Türk doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre ise ayıba karşı tekeffülden doğan ayıplı ifa def'i hakkını kullanan alıcının def'i hakkını ileri sürerken, satıcıya seçimlik haklardan hangisini kullandığını da bildirmesi gerekir¹⁶⁹. Zira ayıplı ifa def'i, atipik bir def'idir¹⁷⁰. Bu sebeple de, diğer def'ilerden farklı olarak burada pasif bir kaçınma yeterli değildir. Def'i hakkını kullanan alıcının, bu hakkını

¹⁶⁶ Aynı görüşte bkz. Gümüş, s. 140.

¹⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Schaller, s. 300; Honsell, Heinrich; **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, Neunte, ergänzte und verbesserte Aufl., Bern, Stämpfli Verlag, 2010, s. 98.

¹⁶⁸ Gümüş, s. 139, 140, dn. 517.

¹⁶⁹ Yavuz, s. 165; Serozan, Rona; **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 156.

¹⁷⁰ Serozan, **Özel**, s. 156.

kullanırken, seçimlik haklardan hangisini seçeceğine de karar vermesi gerekir¹⁷¹.

Ayıplı ifa def'inin yukarıda açıklandığı gibi farklı açılardan yorumlanmasının sebebi açıktır. Kanun koyucu aslında diğer bütün def'ilerde olduğu gibi borçluya pasif bir savunma imkânı tanımak istemiş, ancak diğer def'ilerden farklı olarak ayıplı ifa def'i kullanıldıktan sonra alıcının elinde bulunan ayıplı malın ne olacağı hususunu gözden kaçırmıştır.

Yukarıda açıklanan birinci görüşü savunanlar bu sorunu, ayıplı ifa def'inin kullanılmasının iki yıllık süre içerisinde kullanılan haklar gibi yenilik doğuran hak olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürerek çözmeye çalışmışlardır. Ancak bu çözüm haklı olarak doktrinde şu açılardan eleştirilmiştir: Ayıplı ifa def'inin kullanılmasının hukukî niteliğinin yenilik doğuran hak olarak kabul edilmesi durumunda, dönme veya bedel indirimi hakları bakımından tanınmış olan iki yıllık süre tamamen önemsiz hale gelir. Bunun yanı sıra, dönme veya bedel indirimi hakları bir taraftan iki yıllık hak düşürücü süreye tâbi tutulmuşken, yine yenilik doğuran hak olarak kabul edilen ayıplı ifa def'i süre sınırlamasına tâbi olmaksızın ileri sürülebilir¹⁷². Buna karşılık, ikinci görüşü savunanlar ise ayıplı ifa def'inin hukukî niteliğini açıkça yenilik doğuran hak olarak nitelendirmemişlerdir. Bu yazarlar alıcının def'i hakkını kullanırken seçimlik haklardan hangisini kullandığını da belirtmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Böylece yazarlar dolaylı yoldan da olsa iki yıllık hak düşürücü süreye tâbi seçimlik haklar için bu süreyi ortadan kaldırmışlardır.

Ayıplı ifa def'i kullanıldıktan sonra alıcının elinde bulunan ayıplı malın ne olacağı konusunda, def'inin daha önce anlattığımız özelliklerine de uygun düşen ve def'i hakkı ile yenilik doğuran haklar arasındaki ayrımı etkisizleştirmeyen üçüncü görüşün kabul edilmesi gerekir. Söz konusu görüşe göre TBK m. 231 hükmüyle alıcıya tanınmış olan def'i "ayıbın

¹⁷¹ Serozan, Özel, s. 156.

¹⁷² Buz, s. 99, 100.

giderilmesi def'i" olarak nitelendirilmelidir. Satıcının talepleri karşısında alıcının ayıbın giderilmesi def'ini ileri sürerek satım bedelini ödemekten kaçınması halinde, satıcı söz konusu ayıpları gidererek alıcının ileri sürdüğü def'iyi ortadan kaldırır ve yeniden alacağını dava yoluyla elde etme imkânını kazanır¹⁷³. Bu çözümün kabul edilmesiyle, pasif bir savunma şeklinde ileri sürülebilen def'ilerin sadece alacağın kabul ettirilebilirliğini engelleme özelliği korunmuş ve def'i hakkına sahip olduğundan daha fazla etki tanınmamış olur.

Ayıplı ifa def'i hakkına ilişkin üçüncü tartışma, def'i hakkının ne kadar süreyle kullanılabileceğidir. Konu hakkında alıcının def'i hakkının on yılda zamanaşımına uğrayacağı ileri sürülmüştür¹⁷⁴. Ancak ayıplı ifa def'inin, gerek sürekli def'i olması ve gerekse de zamanaşımına uğramama özelliği sebebiyle süresiz olarak ileri sürülebileceğinin kabulü gerekir¹⁷⁵.

B. Geçici Def'iler

Geçici def'iler doktrinde "geciktirici def'iler" olarak da adlandırılmaktadır. Geçici def'iler, alacaklının hakkını geçici bir süre kullanmasına engel olur. Buna karşılık aynı def'iler, borçluya geçici bir süre edimin ifasından kaçınma hakkı verir¹⁷⁶.

Geçici def'ilerde genellikle, borçlu alacaklının talebini yerine getireceğini, ancak önce alacaklının yerine getirmesi gereken bir borcun varlığını ileri sürmektedir. Alacaklının borçlunun istediği bu durumu yerine getirmesi için geçen süre boyunca da, borçlu kendisine geçici olarak tanınmış def'ilerden doğan, borcunu yerine getirmeme hakkını kullanmaktadır.

¹⁷³ Buz, s. 99. Aynı yönde bkz. Buz, s. 99, dn. 29'da anılan yazarlar.

¹⁷⁴ Gümüş, s. 141.

¹⁷⁵ Yavuz, s. 165; Şahin, s. 133. Def'ilerin zamanaşımına uğramama özelliği için bkz. Birinci Bölüm, § 5, I, D.

¹⁷⁶ Tunçomağ, s. 57; Eren, s. 73; Medicus, AT, s. 44; Schwenger, s. 30; Schaller, s. 65; von Tuhr/Peter, s. 31; Ulrici/Purmann, s. 107. Geçici def'ileri ifade etmek amacıyla geciktirici def'i kavramının yanı sıra erteleyici def'i kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Eren, s. 986; Aybay, s. 85; Hübner, s. 207.

Geçici def'ilerin bazılarında borçlu, alacaklının yerine getirmesi gereken bir durumun varlığını ileri sürmemekte, aksine alacaklının belirli bir süre herhangi bir faaliyette bulunmamasını talep etmektedir. Bu süre içerisinde alacaklı kararlaştırılanın aksine hareket ederse, borçlu da kendisine tanınmış olan geçici def'i hakkını kullanarak kararlaştırılan süre boyunca edimini yerine getirmekten kaçınabilir. Örneğin *pactum de non patendo* (geçici dava etmeme şartı) def'inde durum böyledir.

Borç ilişkilerinde geçici def'i olarak nitelendirilebilecek olan def'iler şunlardır:

1. Ödemezlilik Def'i veya İfa Gücsüzlüğü Halinde Ödemezlilik Def'i

TBK m. 97'ye göre iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, ifa isteminde bulunan tarafın sözleşmenin şartlarına göre daha sonra ifa etme hakkı yoksa öncelikle kendi borcunu ifa etmiş ya da ifa etmeyi önermiş olması gerekir. Aksi halde, kendisinden borcun ifası talep edilen borçlu için, alacaklı borcunu ifa veya ifayı teklif edene kadar borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkı, yani ödemezlilik def'i hakkı doğar¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Eren, s. 73; Kılıçoğlu, Ahmet M.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 23; Reisoğlu, s. 40. Ödemezlilik def'inin hukukî niteliği tartışmalıdır. Bu hususta iki görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre ödemezlilik def'i "dava temelinin yetersizliği savunması" teşkil eder. Bu görüşe göre bir tarafın karşı taraftan borcunun ifasını isteyebilmesi için kendi borcunu ifa etmiş veya ifa etmeyi önermiş olması gerekir. İfa için açılan davada, ifa etmiş olma veya ifayı önermiş olma dava temeli sayılır. İkinci görüşe göre ise, ödemezlilik def'i gerçek anlamda bir def'idir. Burada taraflara şartlar gerçekleştiğinde sadece geçici olarak ifadan kaçınma yetkisi tanınır. Her iki görüşün kabulünün de usul hukuku ve borçlar hukuku bakımından önemli sonuçları bulunmaktadır. Bir tarafın diğerinden borcunun ifasını talep edebilmesi için kendi borcunu ifa etmiş veya ifayı önermiş olmasının dava temelinin teşkil ettiği kabul edilmesi durumunda, hâkim bu hususu re'sen dikkate alacak ve davacının söz konusu şartların gerçekleştiğini ispat edememesi halinde davayı red edecektir. İkinci görüş kabul edildiğinde ise def'i hakkının yargılamada sonuç doğurabilmesi için ona sahip olan tarafından mutlaka kullanılması gerekecektir. Başka bir deyişle söz konusu hak hâkim tarafından re'sen gözetilemeyecektir. Türk ve İsviçre hukukunda hâkim görüş ödemezlilik def'inin gerçek anlamda bir def'i teşkil ettiği yönündedir. Bu hususta ve ödemezlilik def'inin hukukî niteliğine ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Emmerich, Volker; "Synallagmatische Verknüpfung, Gegenseitiger Vertrag (§ 320-§ 327)", **Münchener Kommentar zum BGB**, Bd. 2, 6. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2012, Rn. 10, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 27.03.2013; Kaniti, Salamon; **Akadin İfa Edilmediği Def'i**, İstanbul, Ahmed Said Matbaası, 1962, s. 33 vd.; Oğuzman/Öz, **Borçlar I**, s. 346-347. Yargıtay'ın da ödemezlilik def'inin gerçek anlamda bir def'i olduğuna

Geçici nitelikte olan ödemezlik def'i, kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulur. Zira bu tür sözleşmelerde taraflar birbirlerine karşı hem borçlu hem de alacaklı durumundadır. Tarafların birbirlerine karşı borçlandıkları edimler, birbirlerinin sebebini ve geçerliliğini oluşturmaktadır. Sözleşmenin içeriğini oluşturan edimler birbirleriyle değişim (synallagma) ilişkisi içerisinde bulunmaktadır¹⁷⁸.

Ödemezlik def'inin söz konusu olabilmesi için diğer bir şart, karşılıklılık ilişkisi içerisinde bulunan edimlerin geçerli olarak doğması ve varlığını devam ettirmesidir. Edimler geçerli olarak doğmamışsa, bu hususun ileri sürülmesi, ödemezlik def'inin değil, hakkın doğumuna engel olan itirazın konusudur. Bunun yanı sıra, taraflardan her birinin karşı alacağının geçerli olarak doğduğu, fakat alacağın borcu sona erdiren hallerden biriyle sona erdiği hallerde de, ödemezlik def'i değil, hakkı ortadan kaldıran itirazın ileri sürülmesi gerekir¹⁷⁹.

Ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi için borcun geçerli olarak doğmuş ve varlığını devam ettiriyor olmasının yanı sıra, tarafların karşılıklı edimlerinin her ikisinin de muaccel olması gerekir. Bu sebeple, henüz muaccel olmayan borcun alacaklısı, ödemezlik def'ini ileri süremez¹⁸⁰.

Ödemezlik def'inin söz konusu olabilmesi için aranacak son şart, karşılıklı borç ilişkisi içerisinde bulunan taraflardan birinin öncelikle ifa yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, kural olarak aynı anda ifa karinesi vardır. Ancak bir sözleşmeye, kanun hükmüne ya da teamüle göre önce ifa yükümlülüğünün bulunduğu

yönelik kararı mevcuttur. Söz konusu kararda Yargıtay, ödemezlik def'inin gerçek anlamda bir def'i olduğunu ve o sebeple de hâkim tarafından re'sen gözetilemeyeceğini açıkça ifade etmiştir. Karar metni için bkz. Y. 13. HD, T. 21.10.1981, E. 1981/6354, K. 1981/6643, (Erişim) www.hukukturk.com, 10.02.2013.

¹⁷⁸ Simmen, Robert; **Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1981, s. 25, 26; Kaniti, s. 46 vd.; Eren, s. 987 vd.; Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 348.

¹⁷⁹ Eren, s. 991; Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 351.

¹⁸⁰ Eren, s. 992; Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 354.

durumlarda aynı anda ifa karinesi ortadan kalkar. Dolayısıyla önce ifa yükümlülüğü olan taraf için ödemezlik def'i hakkı doğmaz¹⁸¹.

TBK m. 97'de ödemezlik def'inin tanınmış olmasının iki işlevi vardır: Ödemezlik def'inin birinci işlevi, karşı edim ifa edilinceye veya karşı edimin ifası teklif edilinceye kadar alacaklıya kendi edimini ifadan kaçınma hakkı vermek suretiyle alacaklının alacağını teminat altına almaktır. Ödemezlik def'inin bir diğer işlevi ise daha sonra ifa etme hakkı olmayan karşı taraf üzerinde baskı oluşturmaktır. Borçlu, alacaklının ifa talebi üzerine ödemezlik def'ini ileri sürerek alacaklı üzerinde dolaylı yoldan da olsa baskı kurmuş olmaktadır¹⁸².

Geçici olarak borcu ifa etmekten kaçınma hakkı, TBK m. 98'de, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşı tarafın ödeme güçsüzlüğü dolayısıyla hakkı tehlikeye düşen taraf için tanınmıştır. Burada da hakkı tehlikeye düşen taraf, karşı edimin ifa edileceğine dair güvence verilinceye kadar kendi edimini ifa etmekten kaçınabilir¹⁸³.

TBK m. 98'de düzenlenmiş olan "ifa güçsüzlüğü halinde ödemezlik def'i" ve TBK m. 97'de öngörülen "ödemezlik def'i" birbirinden ayırt edilmelidir. Aşağıdaki açıklamalar bu ayrıma göre yapılmıştır.

Karşı tarafın ödeme güçsüzlüğüne düşmesi dolayısıyla alacağı tehlikeye giren tarafın borcunu önce ifa yükümlülüğü bulunmuyorsa, TBK m. 97'de düzenlenmiş olan ödemezlik def'ini ileri sürmesi, menfaatini koruması bakımından yeterlidir. Bununla birlikte, karşı tarafın ödeme güçsüzlüğüne düşmesi dolayısıyla alacağı tehlikeye giren tarafın, borcunu önce ifa yükümlülüğü varsa veya kendi alacağı henüz muaccel olmamışsa, TBK m. 97'ye dayanarak ödemezlik def'ini ileri sürmesi mümkün olmaz. Bu durumlarda alacağı tehlikeye düşen taraf, TBK m. 98'de öngörülmüş olan korumadan yararlanabilir. Hükümde, karşı tarafın ödeme güçsüzlüğü

¹⁸¹ Eren, s. 992, 993; Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 353.

¹⁸² Eren, s. 986; Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 347.

¹⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 996-1000; Schaller, s. 197-204.

dolayısıyla alacağı tehlikeye düşenin def'i hakkının önce ifa mükellefiyeti bulunması halinde söz konusu olacağına dair bir ifade yoktur. Ancak doktrinde hükmün önce ifa mükellefiyeti bulunan veya alacağı henüz muaccel olmamış olan alacaklının hakkının tehlikeye düştüğü durumlarda uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁸⁴. Buna göre, önce ifa mükellefiyeti bulunan veya alacağı henüz muaccel olmamış olan alacaklının alacak hakkı karşı tarafın ödeme güçsüzlüğü dolayısıyla tehlikeye düşmüşse, borçlu yeterli teminat verilinceye kadar borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. TBK m. 98'den doğan def'i hakkı, teminat verilinceye kadar kullanılabilir. Dolayısıyla bu hüküm, alacağı tehlikeye giren alacaklının alacağı bakımından geçici nitelikte bir def'i hakkı tanıyarak koruma sağlar¹⁸⁵.

2. Hapis Hakkına İlişkin Def'i veya Alıkoyma Hakkına İlişkin Def'i

Doktrinde geçici def'i olarak incelenen bir başka konu hapis hakkına ilişkin def'idir¹⁸⁶. Bu kapsamda birbirine benzeyen fakat uygulama alanları farklı olan üç ayrı def'i incelenmiştir. Bu def'iler; hapis hakkına ilişkin def'i (aynî hapis hakkı), alıkoyma hakkına ilişkin def'i ve şahsî hapis hakkına ilişkin def'idir¹⁸⁷.

Aynî hapis hakkı hukuk sistemimizde TMK m. 950-953 ve ZGB Art. 895'de düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre borçlu, alacaklının iradesi ile kendi zilyetliğinde bulundurduğu taşınır eşyayı veya kıymetli evrakı muaccel olan alacağı ifa edilinceye kadar saklı tutabilir. Fakat bu alacağın hapis hakkının konusu olan taşınır eşya ve kıymetli evrak ile bağlantılı olması şarttır. Bunların yanı sıra, hapis hakkının doğması için alacaklının hapis hakkını

¹⁸⁴ Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 357, 358.

¹⁸⁵ Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 359.

¹⁸⁶ Bkz. Schaller, s. 222-236; Roth, 183-192.

¹⁸⁷ Aynî hapis hakkına ilişkin def'i ve alıkoyma hakkına ilişkin def'i, eşya hukukunda uygulaması olan def'ilerdir. Dolayısıyla da borç ilişkilerindeki def'i ve itirazları ele almayı amaçlayan tezimizin kapsamı dışındadır. Ancak şahsî hapis hakkına ilişkin def'inin (karşı alacak def'inin) hukukumuzda düzenlenmesinin bulunmaması ve uygulamada bu boşluğun ödemelik def'ine ve aynî hapis hakkına ilişkin hükümlerle giderilmeye çalışılması, söz konusu def'ilerin de çalışma kapsamında incelenmesini gerekli kılmıştır.

kullanmamayı borçluya karşı taahhüt etmemiş olması da gerekir. Borçlunun taşınırın alacaklıya tesliminden önce veya teslimi sırasında alacaklıya vereceği talimat da hapis hakkının doğmasına engel olabilir. Hapis hakkı bir taşınır rehnidir; ancak teslime bağlı rehinde olduğu gibi iradî bir rehin tipi değildir. Hapis hakkının kurulması için aynî bir sözleşmenin yapılması gerekli değildir. Kanunda belirlenmiş olan şartlar meydana geldiğinde söz konusu hak kendiliğinden doğar¹⁸⁸.

Alıkoyma hakkı hapis hakkına benzer şekilde, hak sahibine, zilyetliğinde bulunan borçluya ait eşyayı, alıkoyma hakkına dayanak teşkil eden alacağı ödeninceye kadar iadedden kaçınma imkânı verir¹⁸⁹. Alıkoyma hakkı, kanunda hapis hakkı gibi tek bir başlık altında yer almamaktadır¹⁹⁰. Alıkoyma hakkının farklı hükümler açısından uygulanabileceği kabul edilmektedir. Örneğin MK m. 994'de iyiniyetli haksız zilyedin yaptığı masraflar karşılığı sahip olduğu alıkoyma hakkı; MK m. 989'da ise zilyedin elinden rızası dışında çıkan taşınır eşyayı pazardan, açık artırmadan veya benzer eşya satan yerden iyiniyetle satın alan kimsenin ödediği bedel karşılığı sahip olduğu alıkoyma hakkı düzenlenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu hükümlerde ve alıkoyma hakkının uygulamasının kabul edildiği diğer hükümlerde, alıkoyma hakkının varlığı kesin olarak anlaşılamamaktadır. Bu sebeple doktrinde söz konusu hükümler yorumlanarak alıkoyma hakkının var olduğu kabul edilmektedir¹⁹¹.

¹⁸⁸ Hapis hakkının şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe; **Eşya Hukuku**, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012, s. 1019-1025; Cansel, Erol; **Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı**, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1961, s. 49 vd.; Çetiner, Bilgehan; **Hapis Hakkı**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s. 60 vd..

¹⁸⁹ Sarı, s. 11.

¹⁹⁰ Sarı, s. 13.

¹⁹¹ Alıkoyma hakkının uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sarı, s. 13-71; TMK m. 994 hükmü kapsamında, iyiniyetli haksız zilyedin yaptığı masraflar ödeninceye kadar sahip olduğu elindeki eşyayı iadedden kaçınma hakkının basit bir iadedden kaçınma yetkisinden ibaret olduğunu kabul eden görüş için bkz. Ünal, Mehmet/ Başpınar, Veysel; **Şekî Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 274. Alıkoyma hakkı yerine “eksik hapis hakkı” terimini kullanan yazar ve açıklamaları için bkz. Çetiner, s. 56.

Eşya hukukunda düzenlenmiş hapis hakkına ilişkin (MK m. 950-953, ZGB Art. 895) hükümlere ve alıkoyma hakkının uygulamasının kabul edildiği hükümlere karşılık, Türk ve İsviçre borçlar hukukunda genel olarak hapis hakkını düzenleyen bir hüküm mevcut değildir. Başka bir deyişle, özellikle eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin iadesine ilişkin olarak taraflara savunma imkânı veren bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumlarda borçlunun borcuyla bağlantılı bulunan alacağını teminat altına almak amacıyla ifadan geçici olarak kaçınmaya haklı bulunduğu ödemezlik def'ine ilişkin hükümlere başvurulamamaktadır. Benzer şekilde, alacaklıya zilyetliğinde bulundurduğu ve ilke olarak geri vermekle yükümlü olduğu şeyi alacağının teminatı olarak geri vermekten kaçınma hakkı veren alıkoyma hakkına ya da hapis hakkına ilişkin hükümlerin uygulanması da söz konusu olamamaktadır. Örneğin kullanım ödöncü (karz) alanın, yaptığı masrafları, ödöncü verenden ödöncü verilen şeyi geri vermeden talep etmesi durumunda, ödöncü veren ifadan kaçınmak için ne ödemezlik def'inden ne de hapis hakkından yararlanabilir. Zira kullanım ödöncü sözleşmesinin eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği dolayısıyla ödöncü veren ödemezlik def'ini ileri süremez. Ödöncü verenin borcu herhangi bir taşınır eşyayı veya kıymetli evrakı vermek de olmadığından hapis hakkına ilişkin hükümler de burada uygulama alanı bulamaz. Bununla birlikte kullanım ödöncü alan, MK m. 950 vd. hükümlerine dayanarak, yaptığı masraflar ödeninceye kadar ödöncü verilen şeyi hapsedebilir. Bu durum hakkaniyete ve taraflar arasında sağlanması gereken dengeye aykırı düşmektedir¹⁹².

Yukarıda açıklanan noktada kanunda boşluk bulunduğu, alacaklının kendi eşyaya bağlı edim yükümlülüğünü yerine getirmeden, borçludan alacağını talep etmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu ileri

¹⁹² Çetiner, s. 53, 54. Kiracının kiralanan şeyi geri vermeden yaptığı masrafları talep etmesi hususunda da benzer bir durum söz konusudur. Aynı şekilde, vekilin vekâlet gereğince iktisap ettiği ve TBK m. 509/I gereğince doğrudan vekâlet verenin mülkiyetine geçen şeyleri vermeden bunların iktisabı için yaptığı masrafları istemesi durumu da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bkz. Kaniti, s. 90.

sürülmektedir¹⁹³. Bu boşluk, İsviçre doktrinde gerçek boşluk olarak değerlendirilip, olayın özelliğine göre ZBG Art. 895 veya OR Art. 82 uygulanmak suretiyle doldurulmaktadır¹⁹⁴. Bununla birlikte Türk ve İsviçre doktrinde, BGB § 273'de düzenlenmiş alıkoyma hakkından ilham alınarak şahsî hapis ya da alıkoyma hakkı da geliştirilmiştir¹⁹⁵.

Hapis hakkının hukukî niteliğini anlamak için eşya hukukunda ve borçlar hukukunda, hapis hakkının hangi amaca yönelik olduğuna bakmak gerekir. Eşya hukukunda uygulanan hapis hakkı, borçlunun karşı alacağının teminat altına alınmasına hizmet eder. Bu sebeple hapis hakkı aynî nitelikte bir haktır. Borç yerine getirilmez ve yeterli güvence de gösterilmezse, alacaklıya hapsettiği şeyleri teslim bağli rehin hükümlerince paraya çevirme imkânı sağlar. Borçlar hukukunda uygulaması kabul edilmiş şahis hapis hakkında ise, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi edimlerin değişimi söz konusu değildir. Zira taraflar böyle bir hususu kararlaştırmamışlardır. Burada, savunma imkânı güvence verilerek devre dışı bırakılabildiği için ödemelik def'inden daha zayıf etki doğuran, şahsî nitelikte bir hak söz konusudur. Şahsî hapis hakkında sadece alacaklının borçlandığı edimini yerine getirmesi için, hapis hakkı yardımıyla uygun bir baskı aracı sağlanmaktadır. Aynî hapis hakkındaki ve şahsî hapis hakkındaki her iki amacın takip edilmesi de talepler arasında var olan bağlantı sebebiyle eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için uygundur¹⁹⁶.

Şahsî ve aynî hapis hakkının ileri sürülmesinin hukukî niteliğine gelince, şahsî hapis hakkı talebin ortadan kalkması sonucunu doğurmaz, sadece talebin kabul ettirilmesini geçici bir süre engeller. Bundan dolayı şahsî hapis hakkı geçici def'ilerin bir örneğini teşkil eder¹⁹⁷. Buna karşılık

¹⁹³ Schaller, s. 223.

¹⁹⁴ Schaller, s. 223; von Tuhr, s. 686.

¹⁹⁵ Serozan, **İfa, İfa Engelleri**, s. 66; Çetiner, s. 53, 54; Aral, Fahrettin; **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, 2. Bası, Ankara, Yetkin, 2010, s. 25; Kaniti, s. 95.

¹⁹⁶ Schaller, s. 226.

¹⁹⁷ Çetiner, s. 55; BGB § 273'te düzenlenmiş alıkoyma hakkının (şahsî hapis hakkı) def'i olduğunu ifade eden görüş için bkz. Gröschler, s. 59. Bununla birlikte Wey, şahsî hapis hakkına ilişkin def'iyi, bu def'inin ileri sürülmesi aynı anda ifa hükmüne yol açtığı için talebi sınırlayıcı def'i

şahsî hapis hakkından farklı olarak aynî hapis hakkında, borç yerine getirilmediğinde ve yeterli güvence gösterilmediğinde alacaklıya taşınır rehin hükümlerine başvurma imkânı sağlanmış olsa da, alacaklının hapis hakkını borçluya karşı ileri sürmesinin def'i niteliği taşıdığı kabul edilmektedir. Burada da geçici nitelikte bir def'i hakkı söz konusudur¹⁹⁸. Şahsî ve aynî hapis hakkına benzer şekilde alıkoyma hakkının da, alıkoyma hakkına dayanak teşkil eden alacak ödeninceye kadar hak sahibine eşyayı zilyetliğinde bulundurma hakkı veren geçici nitelikte bir def'i olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁹.

3. Kefilin Sahip Olduğu Def'iler

Adî kefalet sözleşmesinde kefil, TBK m. 585'e dayanarak tartışma ve rehnin paraya çevrilmesi def'ilerini ileri sürebilir. Tartışma def'inde kefil, alacaklıdan, önce asıl borçluyu takip edip, alacağını elde edemezse kendisini takip etmesini talep edebilir. Rehnin paraya çevrilmesi def'inde ise, adi kefalet sözleşmesinin yanı sıra borç aynı zamanda rehin ile güvence altına alınmışsa, adi kefil alacaklıdan önce rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurmasını talep edebilir. Kefil, tartışma def'ini ve rehnin paraya çevrilmesi def'ini kümülatif olarak da ileri sürebilir. Örneğin rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurup alacağını tamamen elde edemeyen alacaklıya karşı kefil, tartışma def'ini ileri sürebilir²⁰⁰.

Adi kefilin ileri sürdüğü tartışma def'i ve rehnin paraya çevrilmesi def'ilerinin her ikisi de geçici nitelik taşır²⁰¹. Zira alacaklı önce asıl borçluyu

kategorisinde ele almıştır (Schaller, s. 232'den naklen). Bahsedilen hüküm hapis hakkı olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu hükmün uygulama alanının ve şartlarının eşya hukukundaki hapis hakkından farklı olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. Cansel, s. 13 vd..

¹⁹⁸ Schaller, s. 231.

¹⁹⁹ Sarı, s. 8.

²⁰⁰ Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 9. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 431. Adi kefalet sözleşmesinde kefilin sahip olduğu savunmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, Burak; **Kefalet Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 217 vd..

²⁰¹ Kılıçoğlu, s. 23; Schaller, s. 160, 165.

takip edip veya rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurup alacağını elde edemezse tekrar kefile başvurabilir.

4. Pactum de non petendo (Geçici Dava Etmeme Şartı)

İsviçre hukukunda ve Türk hukukunda *pactum de non petendo*'yu düzenleyen ve tanımlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Roma usul hukukundan doğan bu müessesenin etkisi ve varlığı, yazılı olmayan hukuk kuralları temel alınarak doktrin ve içtihatlar tarafından ortaya çıkarılmıştır. İsviçre doktrin ve içtihatlarında *pactum de non petendo*, alacaklının borçluya karşı mevcut ve muaccel bir alacağı ileri sürmemeyi taahhüt etmesi anlamına gelmektedir. Kural olarak taraflar *pactum de non petendo*yu belirli bir süre için kararlaştırabilirler. Bu süre dolduktan sonra alacaklı talebini yeniden takip edebilir. *Pactum de non petendo* ile taraflar muacceliyeti değiştirmezler. Muacceliyet sözleşme ile öngörülen zamanda gerçekleşir. Bu bakımdan, şayet bir alacak muaccel ise, yani bir talep hakkı doğmuşsa *pactum de non petendo*'nun kararlaştırılması, alacaklının hak sahibi niteliğini ve edimini talep etmesini değiştirmez. Bununla birlikte, alacaklının alacağını geçici olarak ileri sürmekten vazgeçtiğini açıklaması ile talebin kabul ettirilebilirliği en azından geçici olarak sınırlanmış olur. Alacaklı, *pactum de non petendo*nun geçerli olduğu süre boyunca, borçlunun iradesine karşı ne yargılama dışında ne de yargılamada talebini kabul ettirebilir²⁰².

Taraflar *pactum de non petendo* yani geçici dava etmeme şartı kapsamında, alacağın muaccel olmasına rağmen, alacaklı tarafından geçici olarak ileri sürülmemesi şartını sözleşmeye koyabilirler²⁰³. Alacaklı bu şarta rağmen kararlaştırılan süre dolmadan alacağını talep ederse, borçlu geçici def'i olan dava etmeme şartı def'ini ileri sürebilir²⁰⁴.

²⁰² Bkz. Schaller, s. 151-152.

²⁰³ Gröschler, s. 62; Schaller, s. 151; Musielak, Hans-Joachim; **Grundkurs BGB**, 11. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2009, s. 236.

²⁰⁴ Gröschler, s. 62; Schaller, s. 154; Musielak, s. 236. *Pactum de non petendo* ile taraflar alacağın geçici bir süre ileri sürülememesi şartını sözleşmeye koymaktadırlar. Bu sebeple *pactum de non*

III. DOĞURDUKLARI SONUÇLARIN KAPSAMINA GÖRE DEF'İLER

Doğurdukları sonuçların kapsamına göre def'iler tam def'i ve kısmî def'iler olmak üzere bir ayrıma tâbi tutulabilir²⁰⁵.

A. Tam Def'iler

Tam def'iler, def'i hakkı sahibine edimin tamamını yerine getirmekten kaçınma hakkı verir²⁰⁶. Tam def'lere zamanaşımı def'i örnek olarak gösterilebilir²⁰⁷. Zira zamanaşımına uğramış bir alacağın alacaklısı alacağını talep ettiğinde borçlu, zamanaşımı def'ini ileri sürerek borcun tamamını yerine getirmekten kaçınabilir. Bunun yanı sıra doktrinde satım sözleşmesinden dönme de tam def'i olarak nitelendirilmiştir²⁰⁸. Ancak satım sözleşmesinden dönme, hakkı ortadan kaldıran yenilik doğurucu nitelikte bir hak olduğu için, bu hususun ileri sürülmesi def'inin değil, aksine hakkı ortadan kaldıran itirazın konusudur²⁰⁹.

B. Kısmî Def'iler

Kısmî def'iler def'i hakkı sahibine, sadece edimin belli bir meblağı aşan kısmını yerine getirmekten kaçınma hakkı verir²¹⁰.

Kısmî def'lere, bağışlayanın bağışlama vaadini ifa etmemesi ve satım bedelinin indirilmesi doktrinde örnek olarak verilmiştir²¹¹. Fakat daha sonra

petendonun kararlaştırıldığı durumda borçluya sürekli bir def'i hakkının tanındığı görüşü doğru değildir. Anılan durumda sürekli def'i hakkının doğduğunu kabul eden görüş için bkz. Paksoy, s. 7.

²⁰⁵ Tunçomağ, s. 57; von Tuhr/ Peter, s. 31.

²⁰⁶ Kaniti, s. 152; Tunçomağ, s. 57; von Tuhr/ Peter, s. 31; Eren, s. 74.

²⁰⁷ Eren, s. 74.

²⁰⁸ Tunçomağ, s. 57; von Tuhr/ Peter, s. 31.

²⁰⁹ Sözleşmeden dönme hakkının yenilik doğuran hakkın konusu olduğuna ilişkin bkz. Buz, s. 52. Bu hususun ileri sürülmesinin def'i olarak değil, itiraz olarak nitelendirilmesi gerektiği hususunda bkz. Schaller, s. 299.

²¹⁰ Tunçomağ, s. 58; von Tuhr/ Peter, s. 31; Eren, s. 74.

açıklanacağı üzere²¹² bağışlayanın bağışlama vaadini geri alma hakkı def'i değil, bozucu yenilik doğuran haktır. Bu sebeple, söz konusu hususun ileri sürülmesi de hakkı ortadan kaldıran itiraz teşkil eder²¹³. Aynı husus satım bedelinin indirilmesi hakkı bakımından da geçerlidir²¹⁴.

IV. HUKUKÎ TEMELİNİN OLUP OLMAMASINA GÖRE DEF'İLER

Def'iler son olarak, hukukî temellerinin olup olmamasına göre, bağımlı def'iler ve bağımsız def'iler olmak üzere bir ayrıma tâbi tutulabilir²¹⁵.

A. Bağımlı Def'iler

Bağımlı def'ilerin ileri sürülebilmeleri için temelde bir aynî hakkın veya bir alacak hakkının bulunması gerekir²¹⁶. Örneğin ödemezlik def'inde ve ödeme güçsüzlüğünden doğan def'ilerde iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusudur. Bu sözleşmelerde def'i hakkı sahibi, karşı tarafın alacağını talep etmesi durumunda, önce kendi alacağının yerine getirilmesini talep etmektedir. Şahsî hapis hakkına ilişkin def'ide ise eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme mevcuttur. Burada şahsî hapis hakkı sahibi, alacaklının alacağını talep etmesi karşısında bu alacak ile bağlantılı olarak doğmuş bulunan kendi alacağının öncelikle ifa edilmesini istemektedir. Görüldüğü üzere, ödemezlik def'i, ödeme güçsüzlüğünden doğan def'i ve şahsî hapis hakkına ilişkin def'i hakkına sahip olanlar, bu def'ilerini ileri

²¹¹ Tunçomağ, s. 58; von Tuhr/ Peter, s. 31; Eren, s. 74.

²¹² Bkz. İkinci Bölüm, § 7, II, C.

²¹³ Schaller, s. 350.

²¹⁴ Satım bedelinin indirilmesinin yenilik doğuran hakkın konusu olduğu hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, s. 173-182.

²¹⁵ Tunçomağ, s. 56; von Tuhr/ Peter, s. 30; Eren, s. 74; Henrich, Wolfgang; "BGB § 194", **Beck'scher Online Kommentar**, München, Verlag C. H. Beck, 2013, Rn. 18, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 20.03.2013.

²¹⁶ von Tuhr/ Peter, s. 30; Eren, s. 74; Steiner, s. 41.

sürebilmek için temelde bir alacak hakkına dayanırlar ve bu sebeple anılan def'iler bağımlı def'i olarak adlandırılmaktadır²¹⁷.

Temelde bir aynî hakka ya da alacak hakkına dayanan bağımlı def'iler, ancak bu aynî hakka ya da alacak hakkına sahip olan tarafından ileri sürülebilir²¹⁸. Borçlu (veya davalı) istihkak iddiasına karşı eşya üzerinde sadece kendi zilyetlik hakkına dayanabilir, böyle bir hakkın üçüncü kişiye tanınmış olmasına dayanamaz. Başkasına ait bir hakka ilişkin def'inin kullanılması, ilke olarak kabul edilemez²¹⁹. Ancak bu ilkenin iki istisnası vardır²²⁰: Birinci istisna esas borçluya ait def'ileri ileri sürebilen kefile, ikinci istisna ise alacağın temlikinde asıl borçluya ait def'ileri ileri sürebilen borcu devralana tanınmıştır.

Bağımlı def'iler, ilke olarak, temelde bulunan hakkın sahibine karşı yöneltilir. Bağımlı def'iler temelde bulunan aynı hakkın ya da alacak hakkının ortadan kalkması ile sona erer. Örneğin alacak ifa veya başka bir sebeple sona ermişse, ödemezlik def'i ve şahsî hapis hakkına ilişkin def'i de ortadan kalkar²²¹.

B. Bağımsız Def'iler

Bağımsız def'iler bağımlı def'iler gibi temelde bir aynî ya da alacak hakkına dayanmaz. Burada def'i hakkı başka bir hakka bağlı olmaksızın mevcuttur. Örneğin bağımsız def'i olan zamanaşımı def'ine sahip borçlunun, alacaklıya karşı ileri sürebileceği herhangi bir alacağı söz konusu değildir. Benzer şekilde, adi kefalet sözleşmesinde tartışma def'ini ve rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürme hakkı olan kefilin bu hakkı, kendisinin sahip olduğu herhangi bir alacağa dayanmaz. Dolayısıyla kefilin sahip olduğu

²¹⁷ Tunçomağ, s. 56, 57; von Tuhr/ Peter, s. 30.

²¹⁸ Tunçomağ, s. 57; Eren, s. 70.

²¹⁹ von Tuhr/ Peter, s. 30; Tunçomağ, s. 57.

²²⁰ Tunçomağ, s. 57; von Tuhr/ Peter, s. 30; Eren, s. 70.

²²¹ Tunçomağ, s. 56, 57; von Tuhr/ Peter, s. 30;

tartışma ve rehnin paraya çevrilmesi def'i de bağımsız def'iyeye örnek gösterilebilir²²².

§ 7. İTİRAZ TÜRLERİ

I. HAKKIN DOĞUMUNA ENGEL OLAN İTİRAZLAR

Borçlu, alacaklı tarafından ileri sürülen hakkın doğmadığına yönelik karşı olaylar ileri sürerse hakkın doğumuna engel olan itiraz söz konusu olur²²³. Burada itiraz teşkil eden karşı norm, hakkın en baştan doğmasına engel olur²²⁴.

Hakkın doğumuna engel olan itirazlar, kanunî ve sözleşmeye dayanan taleplerden doğan hakkın doğumuna engel olan itirazlar olarak ikiye ayrılabilir. Kesin hükümsüzlük (butlan) ve eksiklik (noksanlık) halleri, sözleşmeye ilişkin taleplerden doğan hakkın doğumuna engel olan itirazlara örnek olarak verilebilir²²⁵. Kanunî talepler bakımından ise hakkın doğumuna engel olan itirazlar talebin türüne göre değişir. Örneğin haksız fiilden doğan tazminat talepleri bakımından, hukuka uygunluk sebepleri (haklı savunma, zorunluluk hali ve rıza) ve kusuru ortadan kaldıran sebeplerin (temyiz kudretinin kusur olmaksızın geçici kaybı) varlığı, hakkın doğumuna engel olan itiraz teşkil eder. Sebepsiz zenginleşmeden doğan talepler bakımından TBK m. 81'in şartlarının gerçekleşmesi durumunda (hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin geri istenememesi) hakkın doğumuna engel olan itirazın varlığı söz konusu olur²²⁶.

Sözleşmeye dayanan taleplerden doğan hakkın doğumuna engel olan itirazlar kapsamında incelenebilecek olan itirazlar şunlardır:

²²² Eren, s. 74; von Tuhr/ Peter, s. 30; Steiner, s. 40.

²²³ Lardelli, s. 3; Schwenger, s. 30; Bucher, Eugen; **Schweizerisch Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1979, s. 35.

²²⁴ Schaller, s. 51; Medicus, AT, 45; Gröschler, s. 49; Schmidt, s. 423.

²²⁵ Ulrici/ Purrmann, s. 106.

²²⁶ Larenz/ Wolf, s. 327, 328.

A. Kesin Hükümsüzlük (Butlan) Halleri

Kesin hükümsüzlük (butlan), kurucu unsurları mevcut olan, ancak kamu düzenini ilgilendirecek ölçüde önemli bulunan geçerlilik şartlarını içermeyen sözleşmelerin başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmamasıdır²²⁷.

Kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulandığı birden çok durum vardır. Her hukuk sisteminin kabul ettiği kesin hükümsüzlük sebepleri birbirinden farklıdır²²⁸.

TBK m. 27/I'e göre, içeriği imkânsız veya hukuka ya da ahlâka aykırı sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Bu hükme göre, sözleşmenin içeriğinin imkânsız olması²²⁹ veya sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlâka veya kişilik haklarına aykırı olması kesin hükümsüzlük sebebidir. Bu sebeplerin yanı sıra, TMK m. 15 hükmüne göre ayırt etme gücüne sahip olmayanların yaptığı işlemlerin yaptırımı da

²²⁷ Kırkbeşoğlu, Nagehan; **Türk Özel Hukukunda Kısmî Hükümsüzlük**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Uyarlanmış, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 28; Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 180. Bir sözleşmenin istenilen hüküm ve sonuçlarını meydana getirmediği bütün halleri ifade etmek için üst kavram olarak geçersizlik veya hükümsüzlük ibareleri kullanılmaktadır. Bkz. Eren, s. 332; Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 180. Geniş anlamda hükümsüzlük ibaresi sözleşmelerdeki eksikliği, sakatlığı ve sözleşmelerin sonradan etkisizleştiği tüm halleri ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır. Bu anlamda geniş anlamda hükümsüzlüğün kapsamına “yokluk”, “butlan (kesin hükümsüzlük)”, “eksiklik” ve “iptal edilebilirlik” girmektedir. Bkz. Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 179. Eskiden butlan (kesin hükümsüzlük) kavramının yerine mutlak butlan ifadesi, mutlak butlan kavramının karşısı olarak nisbî butlan kavramına başvuruluyordu. Hukukumuzda artık nisbî butlan kavramını yerine iptal edilebilirlik kavramı kullanılmaktadır. Kocayusufoğlu, s. 580; Ateş, Derya; **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 278.

²²⁸ Başpınar, Veysel; **Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı**, Ankara, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1998, s. 24.

²²⁹ Eren, s. 333. TBK m. 27/I anlamında başlangıçtaki imkânsızlıktan bahsedebilmek için, edimin ifasının başlangıçtan itibaren imkânsız olması, imkânsızlığın sürekli olması, imkânsızlık nedeniyle borçlanılan edimin yerine getirilememesi ve imkânsızlık nedeniyle ifa edilemeyecek durumda olan edimin yerine başka bir değer geçmemiş olması gerekir. Başlangıçtaki imkânsızlık konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Altunkaya, Mehmet; **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 153-165.

kesin hükümsüzlüktür. Burada ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin irade beyanına hukukî sonuç bağlanmamıştır²³⁰.

Bazı yazarlar, sözleşmenin geçerliliği için aranan şekil şartına uyulmamasını da sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü gerektiren sebep olarak görmektedir²³¹. Muvazaalı sözleşmelerin yaptırımının da kesin hükümsüzlük olduğu kabul edilmektedir²³².

En ağır hukukî sonuçların bağlandığı geçersizlik türü olan kesin hükümsüzlük, kamu düzeni gerekçesiyle kabul edilmiştir. Bu sebeple kesin hükümsüzlüğün söz konusu olduğu durumlarda, hukukî işlem, geçerli bir şekilde hüküm ve sonuç doğurmaz. Kesin hükümsüz olan hukukî işlem, zamanın geçmesiyle veya tarafların muvafakati ile düzelmez. Butlan sebebinin ortadan kalkmasıyla da sözleşme geçerli hale gelmez²³³.

Kesin hükümsüzlüğün söz konusu olduğu durumlarda hukukî işlem en baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaz. Dolayısıyla batıl olan bir sözleşmeden dolayı en baştan itibaren edim yükümlülüğü doğmaz. Bu sebeple, edimin talep edildiği durumlarda butlanın ileri sürülmesi, hakkın

²³⁰ Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 180; Kırkbeşoğlu, s. 31.

²³¹ Kırkbeşoğlu, s. 28; Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 157. Aynı yönde ayrıca bkz. Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 157, dn. 419'da anılan yazarlar. Buna karşılık şekle aykırılığın yaptırımı bazı yazarlar tarafından kendine özgü geçersizlik olarak kabul edilmektedir. Söz konusu yazarlara göre, şekle aykırılık maddî hukuk anlamında hakkın doğumuna engel olan itiraz teşkil etmektedir. Ancak def'i ve itiraz kavramlarının ayırt edilmesinde kullanılan ölçütler maddî hukukta ve usul hukukunda birbirinden farklıdır. Usul hukukunda tarafları veya kamu düzenini ilgilendirmesine göre def'i ve itirazlar arasında bir ayırım yapılmaktadır. Bu bağlamda şekle aykırılık maddî hukuk açısından hakkın doğumuna engel teşkil eden itiraz olarak kabul edilse bile, usul hukuku açısından tarafları ilgilendirdiği için def'i olarak nitelendirilir. Bu doğrultuda varılan sonuç, şekle aykırılığın usul hukuku açısından def'i niteliği taşıdığı ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınamayacağıdır. Bkz. Altaş, Hüseyin; **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s. 146-147; Eren, s. 334; Tekinay v.d., s. 384.

²³² Esener, Turhan; **Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1956, s. 50 vd.; Kırkbeşoğlu, s. 29; Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 132. Bununla birlikte doktrinde bir görüş, muvazaalı sözleşmelerin yaptırımını, taraflarda ne işlem iradesi ne de beyan iradesi bulunduğu gerekçesiyle, yokluk olarak kabul etmektedir. Bu yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu s. 581; Eren, s. 356.

²³³ Eren, s. 334; Başpınar, s. 23; Ateş, s. 279-280.

doğumuna engel olan itiraz teşkil eder²³⁴. Sözleşmenin içeriğinin imkânsız veya sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmasının, sözleşmeyi yapan taraflardan birinin ayırt etme gücüne sahip olmamasının²³⁵, sözleşmenin kanunen aranan şekil şartlarına uygun olarak yapılmamasının veya muvazaanın söz konusu olmasının²³⁶ yaptırımını kesin hükümsüzlük olduğu için bu hususlardan birinin ileri sürülmesi de hakkın doğumuna engel olan itiraz niteliğindedir²³⁷.

B. Eksiklik (Noksanlık) Halleri

Kurucu unsurları var olduğu halde, kanunen aranan bazı unsurlar eksik olduğu için sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını baştan itibaren doğurmaması durumunu ifade etmek için eksiklik (noksanlık) kavramı kullanılır²³⁸.

Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlının yaptığı borç doğurucu sözleşme, kanuni temsilci tarafından onanincaya kadar eksik sözleşmedir. Yetkisiz temsilci tarafından yapılan sözleşme de temsil olunan tarafından onanincaya kadar eksik sözleşmedir. Geciktirici koşula (şarta) bağlanmış sözleşmeler de koşulun (şartın) gerçekleşmesinden önce eksik sözleşme niteliği taşır²³⁹.

Eksiklik hallerinde sözleşmenin hüküm ifade etmesi askıdadır. Bu durumu ifade etmek üzere eksik işlemler için “askıda hükümsüzlük” deyimini

²³⁴ Butlanın ileri sürülmesinin itiraz olduğuna dair bkz. Eren, s. 335; Başpınar, s. 24; Ulrici/ Purrmann, s. 106; Kramer, Ernst A.; **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009, s. 45; Kırkbeşoğlu, s. 30.

²³⁵ Schaller s. 109; Reisoğlu, s. 40; Oğuzman/ Barlas, s. 322.

²³⁶ Schaller, s. 115. İsviçre Borçlar Kanunu’nda muvazaa def’inden söz edilmesi kanun koyucunun def’i ve itiraz arasındaki terminoloji farkını gözetmemesinin sonucudur.

²³⁷ von Tuhr/ Peter, s. 27; Schaller, s. 51; Schwenzler, s. 30; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 311; Bucher, s.35; Hübner, s. 208; Arens, s. 221.

²³⁸ Eren, s. 333; Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 184; Bahsedilen duruma ilişkin “askıda hükümsüzlük” kavramını kullanan yazar için bkz. Kırkbeşoğlu, s. 78.

²³⁹ Eren, s. 333; Kırkbeşoğlu, s. 78.

kullanılmaktadır²⁴⁰. Askıda hükümsüzlük süresi boyunca gerçekleşecek hak iddialarına karşı eksikliğin ileri sürülmesi, hakkın doğumuna engel olan itiraz teşkil eder. Zira bu sürede sözleşme henüz geçerli hale gelmemiş ve hak hiç doğmamıştır²⁴¹.

Askıda hükümsüz olan işlem ya da sözleşmeler, başlangıçta eksik olan unsurlar tamamlanmadığında kesin hükümsüz hale gelir. Askıda hükümsüz olan işlem ya da sözleşmeler kesin hükümsüz hale geldikten sonra gerçekleşecek hak iddialarına karşı kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi hakkın doğumuna engel olan itirazdır. Zira bu durumda hak askı süresince doğmamıştır ve eksiklik tamamlanmadığı için de askıda hükümsüz olan işlem ya da sözleşme kesin hükümsüz hale gelmiştir²⁴².

II. HAKKI ORTADAN KALDIRAN İTİRAZLAR

Alacaklının iddia ettiği hak geçerli olarak doğmuş fakat sonradan ortaya çıkan olaylarla sona ermişse, bu durumun ileri sürülmesi hakkı ortadan kaldıran itirazın konusudur²⁴³. Başka bir deyişle, hakkı ortadan

²⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 595; Eren, s. 333. Askıda hükümsüzlük süresince hakkın doğmamış olmasıyla tarafların bazı hallerde sözleşmeyle bağlı olmasını ayırt etmek gerekir. Başka bir deyişle, tarafların bazı hallerde sözleşmeyle bağlı olması ile hakkın doğmamış olması farklı durumlardır. Bu süreçte tarafların bazı hallerde sözleşmeyle bağlı olduğu hususunda bkz. Eren, s. 333.

²⁴¹ İcazet verilip verilmeyeceğinin bilinmediği dönemde sözleşmedeki eksikliğin hâkim tarafından re'sen dikkate alınacağı ve yetkisiz temsilcinin yaptığı hukukî sözleşmeler için de benzer durumun geçerli olduğu hususunda bkz. Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 185. Geciktirici koşul gerçekleşmeden önceki hak iddialarına karşı bu hususun ileri sürülmesinin hakkın doğumuna engel olan itiraz teşkil ettiği yönünde bkz. Schaller, s. 122.

²⁴² Kırkbeşoğlu, s. 79; Geciktirici koşulun gerçekleşmemesi durumunda ileri sürülen hak iddialarına karşı bu durumun ileri sürülmesinin hakkın doğumuna engel olan itiraz teşkil ettiği hususunda bkz. Schaller, s. 122.

²⁴³ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 311; Canbolat, s. 260; Schaller, s. 51; Medicus, **AT**, 45; Schwenzer, s. 30; Bucher, s. 35. Hakkı ortadan kaldıran itirazı ifade etmek için Almanca'da aynı anlama gelen iki ayrı kavrama başvurulmaktadır. Hakkı ortadan kaldıran itiraz anlamında "*rechtsaufhebende Einwendung*" ve hakkı yok eden itiraz anlamında "*rechtsvernichtende Einwendung*" kullanılmaktadır. Her iki terim arasındaki fark sadece terminolojiktir. Terimler muhtevaları bakımından aynı hususu ifade etmektedir. Bu çalışmada hakkı ortadan kaldıran itiraz kavramı kullanılacaktır. Hakkı yok eden itiraz kavramını tercih eden görüş için ise bkz. Eren, s. 75.

kaldıran itirazlar geçerli olarak doğmuş mevcut bir talebin sonradan ortaya çıkan olaylarla sona erdiğinin ileri sürülmesidir²⁴⁴.

Hakkı ortadan kaldıran itirazların bazıları taleplerin bütünü üzerinde bazıları da özel olarak her bir talep üzerinde etki doğurur. Tüm talepler üzerinde etki doğuran hakkı ortadan kaldıran itirazlara örnek olarak ifa, takas veya ibra yoluyla sözleşmenin sona erdiğinin ileri sürülmesi verilebilir. Dönme, fesih veya hak düşürücü sürenin gerçekleşmesi ise özel olarak her bir talep üzerinde etki doğuran hakkı ortadan kaldıran itirazdır²⁴⁵.

Borçlar hukuku kapsamında başlıca değinilebilecek olan hakkı ortadan kaldıran itirazlar şunlardır:

A. Borcu Sona Erdiren Haller

Borcu sona erdiren haller olan ifa, ibra, yenileme (tecdit), alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, sonraki kusursuz imkânsızlık durumlarından biri gerçekleştiği takdirde hakkı ortadan kaldıran itiraz söz konusu olur²⁴⁶. Bu durumların her birinde, taraflar arasında geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme vardır. Alacaklının alacak hakkı geçerli olarak doğmuştur ve borçlunun borcu devam etmektedir. Ancak borcu sona erdiren hallerin birinin varlığıyla, örneğin borçlunun borcunu geçerli olarak ödemesiyle borç sona ermiştir. Borcu sona erdiren hallerden birinin varlığına rağmen alacaklı alacağını talep ederse, borçlu, hakkı ortadan kaldıran itirazın konusu olan borcu sona erdiren hallerden hangisi gerçekleşmiş ise onu ileri sürebilir.

²⁴⁴ Larenz/ Wolf, s. 328; Gröschler, s. 49; Ulrici/ Purrmann, s. 106.

²⁴⁵ Larenz/ Wolf, s. 328.

²⁴⁶ Dural, Mustafa; **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, s. 126; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 311; Canbolat, s. 260; Schaller, s. 51; Medicus, **AT**, 45; Schwenger, s. 30; von Tuhr/ Peter, s. 27; Lardelli, s. 3; Bucher, s. 35; Hübner, s. 208; Arens, s. 144.

B. Hak Düşürücü Sürenin Geçmesi

Hakkı ortadan kaldıran itirazın konusunu oluşturan başka bir husus hak düşürücü sürenin geçmesidir²⁴⁷. Borçlar hukukuna yönelik taleplere ilişkin hak düşürücü süre, zamanaşımının aksine Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarında genel kural olarak düzenlenmemiştir²⁴⁸. Hak düşürücü süre, hakkın geç kullanılmasının yaptırıma bağlandığı durumlardan bir tanesidir. Burada kanun koyucu, hakkın (talebin) ileri sürülmesi bakımından belirli bir süre koymuş ve bu sürenin kaçırılmasının hukukî sonucu olarak da hakkın sona ermesini düzenlemiştir²⁴⁹. Kanun koyucunun hak düşürücü süre olarak belirlediği bu süreler kesin niteliktedir. Bu süreler dolduktan sonra söz konusu hak sona erer ve artık kullanılamaz.

Hak düşürücü sürenin geçmesi, hakkı ve dolayısıyla talebi tamamıyla sona erdiren, hakkı ortadan kaldıracı nitelikte bir olay teşkil etmektedir. Bu sebeple de borçlar hukukundaki taleplere ilişkin olarak hak düşürücü sürenin ileri sürülmesi, hakkı ortadan kaldıran itirazın konusudur²⁵⁰.

C. Kullanılmış Bozucu Yenilik Doğuran Hakların İleri Sürülmesi

Yenilik doğuran hak kavramı, tek taraflı irade beyanıyla bir hukukî ilişkinin kurulması, değiştirilmesi veya sona erdirilmesi yoluyla bir kimsenin hukuk alanına etki etme yetkisi olarak tanımlanmaktadır²⁵¹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere yenilik doğuran haklar kullanıldıktan sonra, bir hak ya da hukukî ilişkinin kurulmasına, yöneldikleri hak ya da hukukî ilişkinin içeriğinin

²⁴⁷ Larenz/ Wolf, s. 296; Oğuzman/ Barlas, s. 322; Schaller, s. 264.

²⁴⁸ Schaller, s. 259.

²⁴⁹ Schaller, s. 259; Oğuzman/ Barlas, s. 241.

²⁵⁰ Schaller, s. 264. Yargıtay da bu hususa ilişkin bir kararında hak düşürücü sürenin itiraz teşkil ettiğini şu şekilde ifade etmiştir: “Şu’fa davasının satışın öğrenilmesinden itibaren bir ay içinde açılmasına ilişkin süre sukutu hak süresidir. Hak düşürücü süre def’i midir, itiraz mıdır? Hak düşürücü sürenin itiraz olduğu kuşkusuzdur. Zira bir hakkın doğumuna engel olan veya o hakkı sona erdiren olayların ileri sürülmesi itirazdır.” (Y. 6. HD., T. 26.05.1986, E. 1986/5563, K. 1986/7486, [Erişim] www.hukukturk.com, 22.04.2013).

²⁵¹ Buz, s. 57.

değişmesine veya sona ermesine yol açarlar²⁵². Bir hakkı veya hukukî ilişkiyi sona erdiren ve bozucu yenilik doğuran hak olarak nitelendirilen yenilik doğuran haklar kullanıldıktan sonra, hakkı ortadan kaldıran itirazların konusunu oluştururlar²⁵³. Zira bozucu yenilik doğuran hakların kullanılması ile birlikte bir hak ya da hukukî ilişki sona erer. Yenilik doğurucu nitelikte karar vermek tarafların iradesine bağlı olsa bile, yenilik doğuran hak tek taraflı irade beyanıyla kullanıldıktan sonra istenilen sonuç kendiliğinden doğar. Bu hususta değinilmesi gereken ve kullanıldıktan sonra hakkı ortadan kaldıran itirazın konusunu oluşturan, başlıca bozucu yenilik doğuran haklar şunlardır:

TBK m. 139/I'deki düzenlemeye göre, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu olan iki kişiden her biri, her iki borcun da muaccel olması halinde alacağını borcuyla takas edebilir. Takas beyanı alacağın kısmen veya tamamen sona ermesine yol açar. Bu sebeple tek taraflı varması gerekli bir iradeyle kullanılan takas beyanı, bir hakkı ya da hukukî ilişkiyi ortadan kaldıran bozucu yenilik doğuran hak teşkil eder²⁵⁴. Dolayısıyla borçlunun borcunu ona karşı ileri sürülmüş alacak ile takas ettiğine ilişkin savunması, hakkı ortadan kaldıran itiraz niteliği taşır²⁵⁵.

TBK m. 296'da (OR Art. 250/I) bağışlayanın bağışlama sözünü geri alabileceği durumlar, TBK m. 297'de ise bağışlayanın geri alma sebebini öğrendiği günden başlayarak bir yıl içerisinde bu hakkını kullanabileceği hükme bağlanmıştır. Bağışlayanın kendisine tanınan bu geri alma hakkını kullanmasının hukukî niteliği def'i²⁵⁶ değil, bozucu yenilik doğuran bir

²⁵² Buz, s. 195.

²⁵³ Buz, s. 93; Hermisson, Vollrath; "Richterlicher Hinweis auf Einrede- und Gestaltungsmöglichkeiten", *NJW*, 1985, Heft 43 (s. 2553-2608), s. 2558.

²⁵⁴ Takas beyanının hukukî niteliğinin def'i olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur. Bu görüşte bkz. Kılıçoğlu, s. 22. Aynı görüşte ayrıca bkz. Schaller, s. 213, dn. 848'deki yazarlar. Takas beyanının hukukî niteliğinin def'i olduğundan hareketle verilen Yargıtay kararı için bkz. Y. 11. HD, T. 18.02.2002, E. 2001/9309, K. 2002/1315, (Erişim) www.hukukturk.com, 27.01.2013. Ancak hâkim görüşüne göre, takas beyanının hukukî niteliği itibariyle bozucu nitelikte yenilik doğuran haktır. Bkz. Schaller, s. 213; Aral, s. 176; Buz, s. 52.

²⁵⁵ Schaller, s. 213.

²⁵⁶ BGB § 519'da bu husus açıkça def'i olarak düzenlenmiştir.

haktır²⁵⁷. Geri alma hakkı kullanıldıktan sonra bu hususun ileri sürülmesi ise hakkı ortadan kaldıran itirazın konusudur²⁵⁸.

Takas beyanının ve bağışlayanın bağışlama sözünden dönmesinin yanı sıra, iptal, dönme, fesih hakları da bozucu yenilik doğuran hak teşkil eder²⁵⁹.

D. Bozucu Koşulun Gerçekleşmesi

Bozucu koşul (şart), taraflar arasında yapılan işlemin hukukî etkisinin ortadan kalkmasının, gerçekleşmesinin kesin olmadığı bir olguya bağlanmasıdır. Bozucu koşula bağlı olarak yapılan hukukî işlem yapıldığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak bozucu koşulun gerçekleşmesiyle işlem etkisizleşir ve işlemin doğurduğu hüküm ve sonuçlar

²⁵⁷ Schaller, s. 350; Buz, s. 193.

²⁵⁸ Schaller, s. 350.

²⁵⁹ Buz, s. 193. İrade sakatlığı hallerinde (aldatma, korkutma, yanıltma) iptal beyanı bozucu yenilik doğuran bir hak olması ve bu hakkın ileri sürülmesinin itiraz niteliği taşımasına ilişkin bir noktaya dikkat çekmek gerekir. İrade sakatlığı hallerinden birisi altında kurulmuş sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurma anı hakkında iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, irade sakatlığının söz konusu olduğu hallerde sözleşme, iptal edilebilme süresi içerisinde düzelebilir hükümsüzdür. Süresi içerisinde iptal hakkı kullanılırsa sözleşme kesin olarak hükümsüz hale gelir. Bkz. Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 183, 184; Serozan, **Dönme**, s. 144; Kocayusufoğlu, s. 587. Bu görüş kabul edildiğinde, irade sakatlığı hallerinin söz konusu olduğu durumlarda, bozucu yenilik doğuran hak olan iptal hakkı kullanıldıktan sonra hakkın doğumuna engel olan itirazdan bahsetmek gerekir. Zira bu görüşe göre, iptal süresi içerisinde sözleşmeden doğan hak henüz doğmamıştır. İptal hakkı kullanıldıktan sonra da düzelebilir hükümsüz olan hak kesin hükümsüz hale gelmiştir. Bu hususta savunulan diğer bir görüşe göre ise, irade sakatlığı hallerinin söz konusu olduğu durumlarda sözleşme başlangıçtan itibaren geçerli olup, hüküm ve sonuçlarını doğurur. Burada askıda geçerlilik hali söz konusudur. İptal beyanı kullanıldıktan sonra sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bu görüşü savunanlar, iptalin ancak geçerli hukukî işlemler için mümkün olduğunu, dolayısıyla irade sakatlığı halleri için askıda hükümsüzlük yaptırımını kabul etmediklerini belirtmişlerdir. Bkz. Eren, s. 343; Başpınar, s. 22. Bu görüş kabul edildiğinde ise, irade sakatlığı hallerinin söz konusu olduğu durumlarda, bozucu yenilik doğuran hak olan iptal hakkı kullanıldıktan sonra hakkı ortadan kaldıran itirazdan bahsetmek gerekir. Zira hak sözleşmenin kurulmasıyla doğmuş ancak yenilik doğurucu nitelikte iptal hakkı kullanıldıktan sonra ortadan kalkmıştır. Buna karşılık sözü edilen görüşü savunanların temel aldığı Alman hukuku bakımından, her ne kadar etkisi ilk olarak uygun bir iptal beyanı ile ortaya çıksa bile, iptal beyanı talebi geriye etkili olarak ortadan kaldırır. Bu durumda hak hiç doğmamış gibi kabul edilir. Dolayısıyla bu durumda da, bozucu yenilik doğurucu nitelikte bir hak olan iptal beyanının ileri sürülmesi hakkı ortadan kaldıran itiraz değil, hakkın doğumuna engel olan itiraz teşkil eder. Aynı yönde görüş için bkz. Ulrici/ Purrmann, s. 106.

kendiliğinden ortadan kalkar²⁶⁰. Bu durumda, bozucu koşula bağlı talep sonradan bozucu koşulun gerçekleşmesi ile sona erdiği için, borçlunun savunması hakkı ortadan kaldıran olayların ileri sürülmesi olarak nitelendirilir ve hakkı ortadan kaldıran itiraz niteliği taşır²⁶¹.

III. HAKKI GECİKTİREN İTİRAZ

A. Genel Olarak

İtirazın bu kategorisi, ifa zamanını uzatma sözleşmesine ilişkin itiraz için kabul edilebilir. Zira ifa zamanını uzatma sözleşmesine ilişkin itiraz hakkın doğumuna engel olan veya hakkı ortadan kaldıran itiraz kategorisine girmemektedir²⁶².

B. İfa Zamanını Uzatma Sözleşmesi

İfa zamanını uzatma sözleşmesi Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarında da düzenlenmemiştir²⁶³. Bununla birlikte TBK m. 95’de sürenin uzatılabileceği kabul edilmiştir. Bu hüküm olmasa bile, sözleşme hürriyeti çerçevesinde TBK m. 26 hükmü ile tarafların böyle bir sözleşme yapmaları her zaman mümkündür.

İfa zamanının uzatılması sözleşmesinden, ifası mümkün bir talebin muacceliyetinin ertelenmesi anlaşılır. Bu sözleşme ile talebin ifa edilebilmesi hususuna dokunulmaz. Sadece talebin kabul edilebilirliği geçici bir süre için engellenir²⁶⁴.

²⁶⁰ Sirmen, A. Lâle; **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1992, s. 54.

²⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Schaller, s. 293. Bozucu koşula ilişkin hükümler TBK m. 173-176 arasında düzenlenmiştir.

²⁶² Schaller, s. 148.

²⁶³ Eren, s. 951; Schaller, s. 144. Alman Borçlar Kanunu’nda da ifa zamanını uzatma sözleşmesi düzenlenmemiştir. BGB §§ 468, 1382, 2331a’da “erteleme” (*Stundung*) kavramı kullanılmıştır. Ancak ifa zamanını uzatma sözleşmesi ile ilgili bir tanım yapılmamıştır. Bkz. Schaller, s. 144.

²⁶⁴ Gröschler, s. 60.

Taraflar ifa zamanını uzatma sözleşmesini iki şekilde yapabilirler. Birinci halde taraflar muacceliyet gerçekleştikten sonra yeni bir sözleşme ile ifa zamanını geçici olarak uzatabilirler. Buna karşılık ikinci halde ise taraflar sözleşme ile kararlaştırdıkları henüz muaccel olmamış ifa zamanını anlaşarak değiştirebilirler²⁶⁵. Taraflar sözleşmeyi kurdukları esnada muacceliyetin derhal gerçekleşmesini ortadan kaldırmak amacıyla anlaşmışlar ise, burada uzatma sözleşmesi söz konusu değildir. Zira uzatma sözleşmesinin varlığından ancak taraflar sözleşme kurulduktan sonra muacceliyetin gerçekleşme zamanını uzatmışlarsa söz edilebilir²⁶⁶.

İfa zamanının uzatılması, hâkim kararına veya kanunun verdiği bir yetkiye dayanmıyorsa, kural olarak sözleşmeye dayanır²⁶⁷. Bu sebeple uzatma sözleşmesinin geçerli olması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması ve fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir²⁶⁸.

İfa zamanının uzatılması sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre ifa zamanının uzatılması sözleşmesi hukukî niteliği itibarıyla def'idir. Bu görüşe göre, ifa zamanını uzatma sözleşmesi sebebiyle alacaklı edimini belirli bir süre için talep edemese bile, kanun tarafından talebin doğması için gerekli görülen şartlar gerçekleşmişse, talep hakkı doğmuştur. Muacceliyeti ertelenmiş talep hakkı doğduğu ve fakat sadece geçici olarak kabul ettirilemediği için, ifa zamanını uzatma sözleşmesinin hukukî niteliğinin def'i olduğunu kabul etmek gerekir²⁶⁹.

Başka bir görüşe göre, ifa zamanının uzatılması sözleşmesinin hukukî niteliğini belirlemek için bu sözleşmenin yapılaş şekline göre bir ayırım yapmak gerekir²⁷⁰. Buna göre başlangıçtaki ifa zamanının uzatılması sözleşmesi ile

²⁶⁵ Eren, s. 951; Schaller, 143.

²⁶⁶ Schaller, s. 145

²⁶⁷ Schaller, s. 145.

²⁶⁸ Eren, s. 951; Schaller, s. 145.

²⁶⁹ Roth, s. 216; Musielak, s. 95; Larenz/ Wolf, s. 330; Hermisson, s. 2558; Kramer, s. 45.

²⁷⁰ Gröschler, s. 60.

talebin doğması için gerekli olan muacceliyet, daha sonraki bir zamana ertelenir. Başka bir deyişle muacceliyetin ilk olarak kararlaştırılan zamanda gerçekleşmesi ile talep hakkı doğar. Başlangıçtaki ifa zamanının uzatılması sözleşmesinin hukukî niteliği def'i de itiraz da değildir. Zira burada doğmuş bir talebe karşı ileri sürülen bir savunma söz konusu değildir. Aksine talep, başlangıçtan itibaren muhtevası bakımından yeniden şekillendirilmiştir.

İfa zamanının sonradan uzatılması sözleşmesinde ise gerçekleşmiş olan muacceliyet belirli bir zamana kadar ertelenir. Burada talebin varlığına dokunulmaz. Sadece talebin belirli bir zaman için kabul ettirilmesi engellenmiş olur. Bundan dolayı ifa zamanının sonradan uzatılması sözleşmesinin hukukî niteliğini def'i olarak kabul etmek gerekir. Fakat ifa zamanının sonradan uzatılması sözleşmesi doğrudan muacceliyetin ertelenmesi sonucunu doğurduğu için, bu sözleşmenin maddî hukuktaki etkileri, borçlunun özel olarak ileri sürmesine gerek olmaksızın doğar. Dolayısıyla bir alacağın ifa zamanının uzatıldığı davacının dilekçesinden anlaşılırsa, hâkim talebin muacceliyetinin eksik olduğunu re'sen dikkate alır. Bu sebeple, ileri sürülmesi bakımından sonradan ifa zamanının uzatılması sözleşmesinin hukukî niteliğini itiraz olarak kabul etmek gerekir²⁷¹.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, ifa zamanının uzatılması sözleşmesi, alacağın varlığını ve miktarını değiştirmez. Özellikle böyle bir durum “yenileme” sonucunu doğurmaz. Zira uzatma sözleşmesinin kurulması ile muacceliyet eksik olacağı için talep hakkı geçici bir süre ile doğmaz²⁷². Başka bir deyişle, borçlar hukukuna ilişkin talebin zorunlu bir unsuru olan muacceliyet geçici bir süreyle ortadan kalkar²⁷³. Bundan dolayı borçlunun talep edilen alacağın ifa zamanının uzatıldığına ilişkin savunması hukukî niteliği itibarıyla itirazdır²⁷⁴. Bununla birlikte, söz konusu savunma daha önce incelenen itiraz türlerine girmemektedir. Zira burada taleple ilgili

²⁷¹ Gröschler, s. 61, 62.

²⁷² Schaller, s. 146.

²⁷³ Schaller, s. 148.

²⁷⁴ Eren, s. 951; Schaller, s. 148.

olarak ne sadece hakkın doğumuna engel olacak ne de ayrıca hakkı ortadan kaldıracak nitelikte bir olay vardır. Muacceliyetin ilk kez ortaya çıkması ertelenmiş olsaydı, hakkın doğumuna engel olan itiraz söz konusu olurdu. Muacceliyet gerçekleştikten sonra geçici olarak ortadan kaldırılmış ve buna bağlı olarak muacceliyetin gerçekleşme zamanı ertelenmiş olsaydı hakkı ortadan kaldıran itiraz söz konusu olurdu²⁷⁵. Muacceliyet gerçekleştikten sonra yeni bir sözleşme ile ifa zamanının geçici olarak uzatılması veya sözleşme ile kararlaştırılan henüz muaccel olmamış ifa zamanının anlaşarak değiştirilmesi şeklinde iki farklı yolla yapılabilen ifa zamanının uzatılması sözleşmesi, talebin ilk kez veya yeniden oluşmasını geciktirir. Bundan dolayı da ifa zamanının uzatıldığına yönelik savunmanın, üçüncü bir itiraz kategorisi olarak kabul edilebilecek, hakkı geciktiren itiraz teşkil ettiği sonucuna varılmalıdır²⁷⁶.

Muacceliyetin ifa zamanının uzatılması sözleşmesi ile ertelendiğinin ileri sürülmesinden farklı olarak, gerçekleşmediğinin ileri sürülmesinin hukukî niteliğinin de değerlendirilmesi gerekir.

Muacceliyetin gerçekleşmediğinin ileri sürülmesinin hukukî niteliğinin inkâr olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur. Bu yazarlara göre, alacağın muacceliyeti, alacağın varlığı ve miktarının yanı sıra talebin, dolayısıyla da davanın temeli olarak görülmelidir. Bundan dolayı hak iddiasına karşı muacceliyetin eksik olduğunun ileri sürülmesi itiraz değil, davanın temelinin inkârı teşkil eder²⁷⁷.

Muacceliyetin gerçekleşmediğinin ileri sürülmesinin inkâr değil, itiraz niteliği taşıdığı da savunulmuştur. Bizim de katıldığımız bu görüşün dayanağı muacceliyetin BGB § 271'de düzenlenmesidir. Bu hüküm dolayısıyla muacceliyetin gerçekleşmemesinin hukukî niteliğinin itiraz olduğu kabul

²⁷⁵ Schaller, s. 148.

²⁷⁶ Schaller, s. 149.

²⁷⁷ Schaller, s. 139. Aynı yönde ayrıca bkz. Roth, s. 217'de anılan yazarlar.

edilmiştir²⁷⁸. Bu görüşün kabul edilmesi, ifa zamanının uzatılması sözleşmesinin hukukî niteliğinin itiraz olarak kabul nitelendirilmesiyle de paralellik arz etmektedir. Aksi halde ifa zamanının uzatılması sözleşmesi ile muacceliyetin gerçekleşmemesi arasında sınır çizmek oldukça zorlaşır.

IV. HAKKIN KULLANIMINI ENGELLEYEN İTİRAZLAR

A. Genel Olarak

İtirazların bir diğer türü hakkı engelleyici itiraz olarak ifade edilmektedir²⁷⁹.

Hakkın kullanımını engelleyen itirazların söz konusu olduğu durumlarda, talep yani söz konusu hak mevcut olarak kalır, fakat ileri sürülemez. Başka bir deyişle talebin dava yoluyla kabul ettirilmesi mümkün olmaz. Hakkın kullanımını engelleyen itirazlar, talebi, dolayısıyla alacağı ortadan kaldırmayıp sadece talebin kabul ettirilebilirliğini engellemesi yönüyle def'ilere benzerler, fakat hâkim tarafından re'sen dikkate alınması yönüyle onlardan ayrılırlar²⁸⁰.

Hakkın kullanımını engelleyen itirazlar başlangıçta var olabileceği gibi sonradan da ortaya çıkabilir. Başlangıçta var olan hakkın kullanımını engelleyen itirazlara kumar ve bahis gibi eksik borçlar²⁸¹ örnek gösterilebilir. Buna karşılık sonradan ortaya çıkan hakkın kullanımını engelleyen itiraz örneği ise etkisizleşme itirazının ileri sürülmesidir²⁸². Aşağıda bunlar sırasıyla ele alınmıştır.

²⁷⁸ Roth, s. 217.

²⁷⁹ Larenz/ Wolf, s. 328; Medicus, AT, 45; Schaller, s. 52.

²⁸⁰ Larenz/ Wolf, s. 328; Schaller, s. 123.

²⁸¹ Larenz/ Wolf, s. 328, 329.

²⁸² Larenz/ Wolf, s. 328. Kumar ve bahis itirazının örnek olarak verildiği hakkın kullanımını engelleyen itiraz kategorisi doktrinde kabul görmemiştir. Bu sınıflandırma ile def'i ile itiraz arasındaki sınırı belirginliği önemli ölçüde kaybettiği, talebin kabul ettirilebilmesinin engellenmesinin def'iler bakımından geçerli olduğu ileri sürülmüştür. Hemen belirtmek gerekir ki hakkın kullanımını engelleyen itiraz kategorisinin kabul görmemesi, etkisizleşme ile kumar ve bahisin itiraz olarak değerlendirilmediği anlamına gelmez. Söz konusu itirazlar, bu yazarlar

B. Kumar ve Bahis

Kanun, kumar ve bahisi tanımlamamıştır. Ancak doktrinde genel olarak kumar, *“Birden fazla kişinin eğlenmek, kazanç sağlamak yahut fikri veya bedeni ustalıklarını geliştirmek amacıyla, az veya çok ustalığa veya talihe bağlı birbirine zıt şartlar altında, karşılıklı olarak aralarında kazanacak olana bir edim taahhüt ettikleri bir sözleşmedir”* şeklinde tanımlanmaktadır. Bahis kavramı ise, *“...bundan tarafların karşılıklı ve birbirine zıt iddialarını pekiştirmek (takviye etmek) için yaptıkları öyle bir sözleşme anlaşılır ki, bununla taraflardan her biri, kendi iddiasının yanlış çıkması hali için diğerine bir edim vaat eder”* biçiminde ifade edilmektedir²⁸³.

Kumar ve bahisten bir alacak hakkının doğup doğmadığı doktrinde tartışma konusudur. Kumar ve bahisten bir alacak hakkı doğacak, fakat bu alacak dava ve takip edilemeyecek midir; yoksa hiçbir şekilde alacak hakkı doğmayacak ve dolayısıyla da dava ve takip de söz konusu olmayacak mıdır? Bu hususun açıklığa kavuşturulabilmesi için öncelikle kanunî düzenlemelere bakmak gerekir. BGB § 762’de eksik borçlar başlığı altında, kumar ve bahis yoluyla bir borcun doğmayacağı ve kumar ve bahis yüzünden ödenmiş olan edimin, bir borç doğmadığı için geri talep edilemeyeceği hükmüne yer verilmiştir. OR Art. 513/l’de ise kumar ve bahisten bir alacak hakkının doğmayacağı ifade edilmiştir. Fakat bu hükmün açıklamasında dava edilemez alacaktan söz edilmiştir. Dolayısıyla hükmün açıklamasındaki ifadeden dava edilemese bile bir alacağın doğacağı anlamı çıkmaktadır. Bundan dolayı hükmün lâfzındaki anlam ile açıklamasındaki anlam

tarafından hakkı ortadan kaldıran itirazlar kategorisinde ele alınmıştır. Bize göre ise bu itirazların, sadece def’iyle benzerlik arz etmemesi için hakkı ortadan kaldıran itirazlar kapsamında değerlendirilmesi, onların alacağı ortadan kaldırmayıp sadece alacağın kabul ettirilebilirliğini engelleme özelliğini değiştirmez. Dolayısıyla çalışmamız kapsamında söz konusu itirazlar, bahsedilen engelleme özelliği dolayısıyla hakkın kullanımını engelleyen itirazlar kapsamında ele alınacaktır. Hakkın kullanımını engelleyen itiraz kategorisini kabul etmeyen yazarlar için bkz. Medicus, **AT**, 45; Schaller, s. 52.

²⁸³ Akev, Sahir Talat; **Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964, s. 45; Kocayusufpaşaoğlu, s. 53; Eren, s. 89, 90.

çelişmektedir²⁸⁴. eBK m. 504/l'deki “Kumar ve bahis bir alacak hakkı doğurmaz.” şeklindeki düzenleme ise, TBK m. 604'de “Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz” şeklinde değiştirilmiştir.

BGB § 762 ve TBK m. 604'teki düzenlemeden, kumar ve bahisten doğan borcun eksik borç niteliği taşıdığı açıkça ortaya çıkar. Bu husus BGB § 762'deki düzenlemenin hem eksik borçlar başlığı altında yer alması hem de kumar ve bahis yüzünden ödenmiş olan edimin geri talep edilemeyeceğinin hükme bağlanmasından da anlaşılır. TBK m. 604'deki düzenlemede ise, alacağın doğacağı fakat dava ve takip edilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Bu düzenlemelere paralel olarak doktrinde de kumar ve bahisten eksik borç niteliğinde bir alacak hakkının doğacağı, bu alacağın dava ve takip edilemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir²⁸⁵. Bu sebeple, özellikle kumar ve bahis itirazında olduğu gibi doğuştan eksik olan borçları başlangıçta ortaya çıkan hakkın kullanımını engelleyen itiraz olarak kabul etmek gerekir. Burada eksik borç niteliğinde doğmuş, fakat dava ve takip edilemeyen bir alacak vardır. Buna karşılık hakkın doğumuna engel olan itirazda hak başlangıçtan itibaren hiç doğmamaktadır. Hakkı ortadan kaldıran itirazda ise, geçerli olarak doğmuş, fakat sonradan ortaya çıkan olaylarla sona ermiş bir hak vardır. Dolayısıyla alacak hakkı doğurmayan OR Art. 513'de düzenlenmiş kumar ve bahis bakımından hakkın doğumuna engel olan itiraz kategorisi kabul edilmiş olsa bile²⁸⁶, Türk borçlar hukuku sistemindeki kanunun açık lâfzı çerçevesinde kumar ve bahis itirazını,

²⁸⁴ Bkz. Schaller, s. 126.

²⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akev, s. 395, 396; Eren, s. 128. Kumar ve bahisin eksik borç niteliğinde bir alacak hakkı doğurduğu yönünde karar veren Yargıtay, bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: “Bu düzenlemelerle kanun koyucu, sosyal ve ahlaki yönlerden zararları olan ve bahis için hükümsüzlük müeyyidesi öngörmemiş, kumar ve bahis borcuna ilişkin ifanın geçerli olması esasını benimsemiştir. Öğretide baskın olan görüşe göre, kumar ve bahis sözleşmeleri geçerlidir; bunlardan borç doğar. Fakat bu borçlara dayanarak borçluyu borcunu ifa etmek üzere zorlama imkânı yoktur. Bu borç dava hakkından yoksun, eksik bir borçtur. Kumar ve bahis borcunun eksikliği savunması bir def'i değil, bir itiraz oluşturur. Varlığı yargıç tarafından görevinden ötürü dikkate alınır. Böyle bir savunmayı ortaya atmak da hakkın kötüye kullanılması sayılmaz.” (Y. HGK, T. 27.01.2010, E. 2010/6, K. 2010/36, [Erişim] www.hukukturk.com, 16.05.2013).

²⁸⁶ Bkz. Schaller, s. 129.

başlangıçta ortaya çıkan hakkın kullanımını engelleyen itiraz kategorisinde değerlendirmek gerekir.

C. Etkisizleşme

Etkisizleşme (Verwirkung), zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerden farklı olarak herhangi bir süre sınırlamasına tâbi tutulmayan hakların, aradan çok uzun zaman geçtikten sonra kullanılmasının engellenmesini ifade etmek amacıyla doktrinde kullanılan bir kavramdır²⁸⁷. Etkisizleşme özellikle dönme ve fesih gibi herhangi bir hak düşürücü süreye bağlanmamış yenilik doğuran haklarda ve süresiz olarak kullanılabilecek def'ilerin ileri sürülmesinde söz konusu olur²⁸⁸.

Belirli durumlarda haktan örtülü olarak feragat edilmiş, diğer bir ifadeyle hakkın etkisizleştirilmiş sayılması, hakkın kötüye kullanılması ve bu kapsamda çelişkili davranma yasağı doğrultusunda uygulamada ve doktrinde benimsenen bir ilkedir²⁸⁹. Söz konusu ilkenin uygulanabilmesi için hakkın kullanılması hak sahibinden beklendiği halde, somut olayın gerekli kıldığı süre içerisinde hak kullanılmamış ve bu durum karşı tarafta artık hakkın kullanılmayacağı yönünde haklı bir güven yaratmış olmalı; bu süreden sonra hakkın kullanılması da, hakkın kullanılmayacağına güvenenin eskiye oranla çok daha ağır külfetlere katlanmasını gerektirmelidir²⁹⁰.

²⁸⁷ Larenz/ Wolf, s. 293; Jauernig, Othmar/ Mansel, Heinz-Peter; "Verwirkung", **Bürgerliches Gesetzbuch**, 14. Aufl., 2011, Rn. 53, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 22.05.2013. Bir hakkın uzun süre kullanılmamasının karşı tarafta uyandırdığı güven sebebiyle artık kullanılamayacağı hususunda bkz. Akyol, s. 71.

²⁸⁸ Serozan, **Dönme**, 418.

²⁸⁹ Serozan, **Medenî**, s. 249; Conze, Peter/ Karb, Svenja; **Personalbuch Arbeits- und Tarifrecht öffentlicher Dienst**, 3. Aufl., 2012, Rn. 3169, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 13.05.2013. Zamanaşımına veya hak düşürücü süreye tâbi olmayan bir hakkın gecikerek talep edilmesinin hakkın kötüye kullanımı kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Edis, Seyfullah; **Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989, s. 346.

²⁹⁰ Etkisizleşmenin şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Larenz/ Wolf, s. 294-295; Serozan, **Medenî**, s. 249; Roth, Günther H./ Schubert, Claudia; "Verwirkung infolge Zeitablaufs", **Münchener Kommentar zum BGB**, Bd. 2, 6. Aufl., 2012, Rn. 329; Jauernig/ Mansel, Rn. 54; Conze/ Karb, Rn. 3170.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında incelenen etkisizleşmede hakkın kendisi ortadan kalkmaz, sadece somut olayın gerekli kıldığı süre geçtiği için hakkın kullanılması engellenir. Dolayısıyla hâkim tarafından re'sen dikkate alınan etkisizleşmeyi def'i olarak değil, itiraz olarak ve hakkın kendisi ortadan kalkmadığı için de hakkın kullanımını engelleyen itiraz kategorisinde değerlendirmek gerekir²⁹¹.

²⁹¹ Larenz/ Wolf, s. 296, 328. Etkisizleşmenin hukukî sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Roth/ Schubert, Rn. 346-348; Conze/ Karb, Rn. 3171.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DEF'İ VE İTİRAZLARIN İLERİ SÜRÜLMESİ, HÜKÜMLERİ VE DEF'İ VE İTİRAZDAN FERAGAT

§ 8. DEF'İLERİN İLERİ SÜRÜLMESİ, HÜKÜMLERİ VE DEF'İ HAKKINDAN FERAGAT

I. DEF'İLERİN İLERİ SÜRÜLMESİ

Alacaklının talebine karşı borçlunun başvurabileceği maddî hukuka ilişkin savunma vasıtası olan def'iler hak niteliği taşımaktadır. Def'i hakkının söz konusu olduğu durumlarda alacak sona ermemekte, sadece alacağın kabul ettirilebilirliği engellenmektedir. Def'ilerin bu özelliği, etki doğurabilmeleri için ileri sürülmelerinin gerekip gerekmediği sorununu beraberinde getirmiş ve bu hususta ortak bir ilke arayışı tartışmalara yol açmıştır²⁹².

Def'ilerin ileri sürülme sorunu, def'ilerin yargılama dışında ve yargılamada ileri sürülmesi bakımından ayrı ayrı incelenenmesini gerekli kılmaktadır. Aşağıdaki konu ile ilgili açıklamalar bu ayrım dikkate alınarak yapılmıştır.

A. Yargılama Dışında İleri Sürülme

Yargılama dışında, alacaklının ifa talebine karşı, def'i hakkına sahip borçlunun bu hakkını açıkça ileri sürmesinin gerekip gerekmediği açıklığa kavuşturulmalıdır. Başka bir deyişle, borçlu yargılama dışında def'i hakkını nasıl kullanır? Örneğin alacağını uzun süre takip etmeyen alacaklı, zamanaşımına uğradıktan sonra talep ederse borçlunun zamanaşımını def'ini

²⁹² Gröschler, s. 63

açıkça ileri sürmesi gerekecek midir? Borçlunun herhangi bir beyanda bulunmaksızın, edimin ifasından kaçınması yeterli olacak mıdır?

Yukarıda bahsedilen hususta öncelikle belirtmek gerekir ki, borçlu, alacaklının talebine karşı yargılama dışında, herhangi bir süreye bağlı olmaksızın def'i hakkını ileri sürebilir²⁹³. Fakat borçlunun alacaklıya yargılama dışında edimini ifa etmemesinin sebebini bildirmesi, bunun için bir ön şart teşkil etmez²⁹⁴. Zira İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında, borçlunun yargılama dışında def'i hakkını alacaklıya ihbar etmek suretiyle kullanmasını gerektiren bir yükümlülük ya da külfet öngörülmemiştir²⁹⁵. Kanun koyucu def'i hakkına ilişkin hükümlerde genellikle "...borçlu ediminin ifasından ... oluncaya kadar kaçınır." veya "... durumunda borçlu ediminin ifasından kaçınabilir." şeklinde ifadeler kullanmış ve borçlunun dayandığı def'iyi ileri sürmesi gerektiğine dair herhangi bir ifadeye yer vermemiştir. Kanun koyucu def'inin, takasta olduğu gibi, ancak alacaklıya beyanda bulunulduğu takdirde hukukî etkisini doğurmasını isteseydi, bu durumu açıkça düzenlerdi. Bu sebeple, kanun koyucunun düşüncesine göre takas beyanı ancak borçlunun alacaklıya hakkından yararlanmak istediğini bildirmesi halinde hukukî etki doğururken, def'i normları bakımından böyle bir şart aranmaz²⁹⁶.

Def'inin yargılama dışında hukukî etki doğuracak şekilde ileri sürülebilmesi, yerine getirilmesi gereken herhangi bir ihbar külfetinin bulunmaması, çeşitli gerekçelere dayanmaktadır.

Def'i oluşturan olayların temelinde alacaklının davranışları vardır. Gerçekten de zamanaşımı def'i alacaklı alacağını zamanında takip etmediği için doğmaktadır. Aynı şekilde ödemezlik def'i de yine alacaklının iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kendi borcunu yerine getirmemesi temeline

²⁹³ Canbolat, s. 263. Ödemezlik def'i, alacaklıya karşı tek taraflı, varması gereken bir irade beyanıyla kullanılır. Bu irade beyanı herhangi bir geçerlilik koşuluna tâbi değildir. Ayrıca bu irade beyanının hüküm ifade etmesi için ifa etmemenin sebebini bildirilmesi de gerekmez. Konuya ilişkin bkz. Kaniti, s. 155; Eren, 994, 995.

²⁹⁴ Schaller, s. 63.

²⁹⁵ Schaller, s. 63.

²⁹⁶ Schaller, s. 63

dayanır. Görüldüğü üzere bu durumların gerçekleşmesini engellemek alacaklının elindedir. Alacaklının iradesi dâhilinde yapmadığı bir şey için borçluya ihbar külfeti yüklemek hakkaniyete uygun değildir²⁹⁷. Bunun yanı sıra, borçlunun sahip olduğu def'i hakkını yargılama dışında alacaklıya karşı açıkça ileri sürmemesi durumunda, alacaklının söz konusu def'i hakkından haberdar olmayacağı ve bu durumun açılacak davalarda borçlu aleyhine olacağı da söylenemez. Zira kendi tutumu sonucunda gerçekleşen def'inin varlığına sebebiyet veren durumlara ilişkin açılacak davalarda, borçlunun yardımı olmaksızın bilgi sahibi olması alacaklıdan beklenebilir²⁹⁸.

Sonuç olarak borçlu, yargılama dışında, isterse def'i hakkını kullandığını alacaklıya ihbar edebilir veya alacaklının ifa talebine karşı def'i hakkını açıkça ileri sürebilir; ancak borçluya yüklenmiş böyle bir yükümlülük söz konusu değildir²⁹⁹. Def'i hakkına ilişkin şartlar yerine getirildiği andan itibaren, borçlu yargılama dışında yalnızca edimini ifa etmemek suretiyle, pasif olarak def'i hakkını kullanabilir³⁰⁰.

B. Yargılamada İleri Sürülme

1. Genel Olarak İleri Sürülme

Def'ilerin yargılamada ileri sürülmesi sorunu, bunların esas etkisi ve yan etkisi yönlerinden ayrı ayrı ele alınmış ve bu hususta farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Hâkim görüşe göre, def'inin esas etkisi, borçlu tarafından yargılamada ileri sürülmesinde görülür. Buna göre, hâkimin verdiği red kararıyla talebin kabul ettirilebilirliğini engellemesi için, bu def'inin borçlu tarafından yargılama

²⁹⁷ Schaller, s. 63.

²⁹⁸ Schaller, s. 64.

²⁹⁹ Schaller, s. 64.

³⁰⁰ von Tuhr/ Peter, s. 29; Schaller, s. 64.

aşamasında ileri sürülmesi gerekir³⁰¹. Buna karşın def'inin yan etkisinin, def'inin borçlunun temerrüde düşmesinin engellenmesi sonucunun kendiliğinden ortaya çıktığı savunulmuştur³⁰².

Başka bir görüş def'ilerin yargılamada ileri sürülmesini esas talepler ve yan talepler bakımından ayrı değerlendiren görüşleri eleştirmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, def'ilerin esas etkisinin doğması için ileri sürülmesi gerekli ise, aynı esasın yan etkileri bakımından da kabul edilmesi gerekir³⁰³. Bu konuda öncelikle belirtmek gerekir ki, def'ilerin yargılamada ileri sürülmesinin gerekip gerekmediği hususunda bütün def'ileri kapsayacak şekilde genel bir kanunî düzenleme mevcut değildir. İsviçre ve Türk Borçlar Kanunları açısından sadece zamanaşımına ilişkin hükümde, def'inin ileri sürülmesi gerektiği, bu durumu hâkimin re'sen dikkate alamayacağı öngörülmüştür (TBK m.161, OR Art.142). Zamanaşımının ileri sürülmesini gerekli kılan bu hükmün uygulama alanı, o geniş yorumlanmak suretiyle bütün def'ileri kapsayacak şekilde genişletilmiştir³⁰⁴. Bunun gerekçesi olarak ise, maddî hukuktaki her bir def'inin niteliğinde borçlunun kendi ediminden kaçınmaya hakkı olduğu, fakat kaçınma yükümlülüğü bulunmadığı ileri sürülmüştür. Bu açıklamalar çerçevesinde tüm def'ilerin, hâkim tarafından dikkate alınmaları için ileri sürülmeleri gerekir. Doktrinde hâkim görüş aynı sonucu kabul etmektedir³⁰⁵.

Sonuç olarak def'ilerin yargılama dışında ileri sürülmesi bakımından, borçlunun herhangi bir irade beyanına gerek olmaksızın, pasif şekilde edimini yerine getirmemek yoluyla def'i hakkını kullanması mümkündür. Buna karşın

³⁰¹ Schlosser, def'i oluşturan hususların etkisinin hakkın kullanılmasıyla ortaya çıkacağı şeklindeki hâkim görüşü kabul etmemiştir. Schlosser, def'inin yargılamada ileri sürülmesinin gerekip gerekmediği sorununu, talebe karşı ileri sürülen def'iler ve karşılıklılık ilişkisi içerisinde ileri sürülen def'iler arasında bir ayırım yapmak suretiyle ele almıştır. Yazar bu kapsamda, karşılıklılık ilişkisi içerisinde kullanılan def'ilerin ileri sürülmesi gerekliliğini kabul etmiştir. Zira yazara göre, def'inin ileri sürülmesi karşılıklılık ilişkisi içerisinde gerçekleştirirse, def'inin kullanılması def'i hakkı sahibine sadece avantaj sağlamaz, aksine dezavantaj da getirir (Roth, s. 126, dn. 1'den naklen).

³⁰² Gröschler, s. 63.

³⁰³ Gröschler, s. 63'ten naklen.

³⁰⁴ Schaller, s. 70.

³⁰⁵ Roth, s. 129; Schaller, s. 69; Aybay, s. 86; Oğuzman/ Barlas, s. 324.

alacaklı alacağını mahkeme yoluyla takip ederse, artık borçlunun salt yapmama yoluyla edimini yerine getirmekten kaçınması yeterli olmaz. Bu andan itibaren def'inin ileri sürülmesi gereken yer ve zaman borçlunun isteğine bağlı değildir. Borçlu, davanın reddini sağlamak için sahip olduğu def'ileri açıkça hâkime sunmak zorundadır³⁰⁶. Hâkim, borçlunun sahip olduğu def'i haklarını re'sen dikkate alamaz.

Def'ilerin yargılamada hâkim tarafından dikkate alınabilmesi için ileri sürülmesi gerektiği hususu genel kabul görmüştür. Ancak yargılama dışında ileri sürülen def'ilerin davada tekrar ileri sürülmesinin gerekli olup olmadığı veya alacaklının dilekçesinden anlaşılan def'ilerin hâkim tarafından dikkate alınıp alınamayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır³⁰⁷.

Hâkim görüşe göre def'i, maddî hukuka ilişkin bir savunma vasıtasıdır ve söz konusu hakkın mutlaka mahkeme önünde kullanılması gerekli değildir. Bu savunma vasıtası yargılama dışında kullanılmışsa, hakkın kullanıldığının yargılamada tekrarlanması beklenmemelidir. Dolayısıyla hakkın sahibinin yargılamada susması halinde bile, hâkim dava dosyasından def'i hakkının yargılama dışında kullanıldığını anlıyorsa bu hususu re'sen dikkate almalıdır³⁰⁸. Bunun sebebi ise, bazı yazarlara göre, def'i hakkının

³⁰⁶ Schaller, s. 72; Loschelder/ Erdmann/ Gloy, Rn. 3; Esser/ Schmidt, s. 93. Def'ilerin davanın hangi aşamasında ileri sürülebileceği usul hukukunu ilgilendiren bir konudur. HMK m. 142'de zamanaşımı def'inin ve hak düşürücü süre itirazının ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra, tahkikata başlanmadan önce incelenip karara bağlanması gerektiği düzenlenmiştir. Anılan hükümle birlikte zamanaşımı def'inin cevap veya ikinci cevap dilekçesinde ileri sürülmesi olanaklı kılınmıştır. Dilekçeler aşamasında ileri sürülmeyen zamanaşımı def'i ise ön inceleme safhasına geçildiğinde ancak karşı taraf bunu açıkça onaylarsa kullanılabilir (HMK m. 141/I). Ön inceleme aşaması tamamlanıp tahkikat aşamasına geçildiğinde zamanaşımı savunması artık ıslah (HMK m. 176) yoluyla veya karşı tarafın açık onayıyla mümkün olabilir (HMK m. 141/II). Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 370, 372. Diğer def'iler bakımından da aynı esaslar geçerlidir. Davalı cevap dilekçesinde belirtmediği def'ileri daha sonra ileri sürerse savunmayı genişletme yasağı ile karşılaşır. Savunmayı genişletme yasağının cevap ve ikinci cevap dilekçesi verildiği zaman mevcut bulunan def'iler için söz konusu olduğuna dikkat çekmek gerekir. Cevap ve ikinci cevap dilekçesi verildikten sonra doğan def'ilerin ileri sürülmesi bakımından savunmayı genişletme yasağı uygulanmaz. Bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 320, 322.

³⁰⁷ Buz, s. 105.

³⁰⁸ Gröschler, s. 63; Serozan, **Dönme**, s. 55; Kocayusufpaşaoğlu, s. 49; Buz, s. 105. Bazı yazarlar tarafından, yargılama dışında kullanılan ödemezlik def'inin dava açıldığında tekrar kullanılması gerekmediği, ancak davalının def'inin yargılama dışında kullanıldığını belirtmek zorunda olduğu ifade edilmiştir. Bu yazarlara göre, def'inin yargılama dışında kullanıldığının davada belirtilmesi

kullanılması sonucunda alacaklının talep hakkının düşmüş olmasıdır. Buna karşılık aynı konuda bazı yazarlar talep hakkının felce uğraması, başka bir deyişle etkisiz kalması olduğunu ileri sürmektedir³⁰⁹.

Kanaatimizce, def'i hakkı yargılama dışında kullanılmış olsa bile, hâkim tarafından dikkate alınabilmesi için yargılamada tekrar ileri sürülmelidir. Borçlunun yargılama dışında ileri sürdüğü def'ilerin sadece alacaklının dilekçesinden anlaşıldığı durumlarda hâkim söz konusu def'iyi re'sen dikkate alamaz. Gerçekten de bir talebin sadece yargılama dışında takip edildiğine işaret edilerek mahkeme önünde ileri sürülemez, davada gerekçelendirilmesi gerekir. Dolayısıyla def'iler, yargılama dışında kullanılmış olsa bile yargılamada tekrar kullanılması gerekir³¹⁰. Bu sonuç öncelikle def'ilerin yargılama dışında açıkça kullanılmasının gerekmediği, def'i hakkının söz konusu olduğu durumlarda, yargılama dışında ileri sürülen hak iddialarına karşılık pasif bir kaçınmanın yeterli olmasına uygun düşmektedir. Zira def'i hakkının yargılama dışında açıkça kullanılma zorunluluğu yoktur, mutlaka yargılamada ileri sürülmesi gerekir. Bu sonuca rağmen yargılama dışında ileri sürülen def'ilerin yargılamada hâkim tarafından re'sen dikkate alınamaması iddia edildiğinde tutarlı olmaz. Zira def'ilerin yargılama dışında ileri sürülmek zorunda olmadığı ancak ileri sürülürse de bu hususun kesin sonuçlar doğuracağı gibi çelişkili bir durum ortaya çıkar. Bununla birlikte, yargılama dışında kullanılan def'ilerin hâkim tarafından re'sen dikkate alınması, davadan önceki yazışmalardan borçlunun açık olmayan, birden çok anlama gelen ifadelerinin yorumlanmak zorunda kalınması gibi zararlı sonuçları da

bir irade beyanı değildir. Davadan önce ortaya çıkan maddî bir olayın hâkim önüne getirilmesidir. Bu sebeple def'i hakkının yargılama dışında kullanıldığı davacının iddialarından anlaşılabilir hâkim tarafından re'sen dikkate alınmak zorundadır. Bkz. Kaniti, s. 156; Oğuzman/ Öz, **Borçlar I**, s. 356.

³⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 49.

³¹⁰ Larenz, **AT**, s. 220; Roth, s. 134-135; Schaller, s. 74; Buz, s. 105. Bu görüşün kabul edilmesi, daha önce anlattığımız def'ilerin maddî hukuka ilişkin bir savunma vasıtası olduğu görüşüyle çelişki oluşturmaz. Zira def'ilerin maddî hukuka ilişkin etkileri hakkın kullanılmasından önce, sadece def'i hakkının varlığıyla meydana gelir. Bkz. Üçüncü Bölüm, § 8, II, A. Maddî hukukun özünde taleplere hukukî koruma sağlama vardır. Talebin mahkemede ileri sürülmesi onun hukukî korumadan yararlanması ile ilgilidir. Dolayısıyla def'ilerin yargılamada dışında ileri sürülse bile yargılamada tekrar ileri sürülmek zorunda olması ve ayrıca usul hukukuna ilişkin sonuçlarının bulunması bu şekilde anlaşılmalıdır. Bkz. Birinci Bölüm, § 8, I, B, 1.

beraberinde getirirdi. Buna karşılık, borçlunun hâkim önünde def'i ileri sürmekle yükümlü olması, doğrudan hâkimin sormasıyla bu hukukî güvensizliğin giderilmesini sağlar³¹¹. Yargılama dışında açıklanmış def'ilerin hâkim tarafından dikkate alınmasının, alacaklı açısından def'i şüphesi olan olayları gizleme veya uygun yazışmaların belgelerine ulaşılamamasını sağlama dürtüsüne sebep olabilme ihtimali de bu hususta ortaya çıkabilecek sakıncalardandır. Ayrıca borçlunun yargılama dışında ileri sürdüğü def'ileri yargılamada tekrar kullanmak zorunda olması, kendisine orantısız bir yük yüklemes. Görüldüğü üzere def'ilerin yargılama dışında ileri sürülmüş olsa bile, yargılamada hâkim tarafından re'sen dikkate alınması için borçlu tarafından ileri sürülmesi gerektiği söylenebilir. Def'ilerin ilk derece mahkemesi hâkimi önünde ileri sürülmesi yeterlidir³¹². Belirli def'i oluşturan olayların bilgisine ulaşması durumunda, hâkimin sorma ve açıklama yükümlülüğüne dayanarak borçlunun def'i hakkının olduğuna işaret etmesinin de mümkün olmadığının ifade edilmesi gerekir³¹³. Zira hâkimin böyle bir davranışı, daha önce ifade ettiğimiz borçlunun def'ilerini yargılamada ileri sürmesi gerektiği kuralına ters düşer. Yargılama açısından da hâkimin taraf tuttuğu görüntüsü uyandırır³¹⁴.

2. Açıkça veya Zımnî Olarak İleri Sürülme

Def'ilerin davada hüküm ve sonuç doğurabilmesi için bu hakka sahip olan borçlu tarafından ileri sürülmesi gereklidir. Ancak ileri sürülmenin nasıl olması gerektiği açıklanmalıdır. Zira ileri sürülmenin, yani edimden kaçınmanın şekli, maddî hukukta da önem taşımaktadır. Def'ilerin ileri

³¹¹ Schaller, s. 75.

³¹² Schaller, s. 75; Hübner, s. 208; Arens, s. 145. Zamanaşımı def'i için aynı görüşte bkz. Leipold, s. 380.

³¹³ Roth, s. 130; Hermisson, s. 2561; Hübner, s. 209. Nitekim Yargıtay da bir kararında, def 'inin ileri sürülmemesi ihtimalinde, hâkimin, dava dosyasından bu def 'inin varlığını öğrense bile, bu hususu re 'sen göz önünde tutamayacağını açıkça ifade etmiştir. Buna karşın itiraz teşkil eden bir olay davalı tarafından ileri sürülme dahi, dava dosyasından anlaşıldığı sürece hâkim, itirazı davadan el çekinceye kadar re 'sen nazara almak zorundadır. Karar metni için bkz. Y. HGK, T. 17.05. 1974, E. 1971/4-703, K. 1974/548, (Erişim) www.hukukturk.com, 21.02.2013.

³¹⁴ Schaller, s. 76.

sürülmesinin soyut bir şekilde gerçekleştirilmesi, yani borçlunun basit bir şekilde edimini yerine getirmeyeceğini ifade etmesi ileri sürülme için yeterli olacak mıdır; yoksa edimden kaçınmanın belirli şekilde ve hukuken ilgili def'ie dayanılarak mı yapılması gerekecektir?

Def'i hakkının ileri sürülmesinin nasıl olması gerektiğine dair bir görüş, bu hakkın sahibinin açıklama yükümlülüğünden şu gerekçelerle bahsetmiştir: Def'i hakkı sahibinin soyut olarak edimden kaçınması durumunda, karşı tarafın, bu hakkına karşı, cevaplarını ileri sürerek bu durumu ortadan kaldırması veya borçluyu memnun ederek onun karşı haklarını kullanmasını engellemesi mümkün olmaz. Bu görüşe göre def'i hakkı sahibinin, ediminin ifasından genel olarak kaçınması yeterli değildir ve söz konusu hakkını açıkça ileri sürme yükümlülüğü vardır. Ancak def'i hakkı sahibinin hangi def'iyi ileri sürmek istediğini hukuken doğru nitelendirmesi gerekmemektedir³¹⁵. Bu hususta başka bir görüş, borçlunun belirli ilgili def'ie dayanıp dayanmamasının, alacaklının def'inin etkilerinden kendi fiilleriyle kaçınıp kaçınamayacağına bağlı olduğunu savunmuştur. Buna göre sürekli def'iler bakımından somut olarak ileri sürmek gerekir. Bununla birlikte geçici def'iler bakımından genel bir kaçınma yeterlidir. Zira ödemezlik def'i gibi geçici def'ilerde, alacaklı kendi yükümlülüğünü yerine getirmediği için borçlu def'i hakkını kullanmaktadır³¹⁶.

Def'inin nasıl ileri sürülmesi gerektiği mahkeme kararlarına da konu olmuştur. Bu konuda davalının davada doğru def'ie dayanmasa bile def'i oluşturan olaylara savunmasında işaret etmesi yargı organlarınca yeterli görülmektedir. Örneğin LG Frankfurt Mahkemesi bir kararında, davalının çok uzun zaman geçtikten sonra belgelerin sunulmasının ödemenin ispatında yeterli olmayacağı şeklindeki açıklamasından, davalının zamanın geçmesine hukukî sonuçlar bağlama ve böylece zamanaşımı def'ini ileri sürme iradesinin

³¹⁵ Roth, s. 130, dn. 43'ten naklen.

³¹⁶ Roth, s. 132.

anlaşıldığı kararını vermiştir³¹⁷. Yargıtay da bu yönde verdiği bir kararında; davalının, söz konusu olay üzerinden beş yıl geçtikten sonra yapılan suçlamaların hukuken ve mantıken gerçek dayanaktan yoksun olduğu iddiasının zamanaşımı def'inin ileri sürülmek istendiği şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir³¹⁸.

Def'ilerin nasıl ileri sürülmesi gerektiği konusunda bir sonuca ulaşmak kolay değildir. Ancak bu hususta en azından davalının mahkemedeki açıklamalarının salt olayların iddiası şeklinde değil, hakkın iddiası şeklinde olması gerektiği kabul edilmektedir. Hakkı ortadan kaldıran ve hakkın doğumuna engel olan itirazların ileri sürülmesi için ise salt olayların iddiası yeterlidir. Maddî hukuka ilişkin def'iler bakımından ise, hak iddiasının kendisi, en azından düşünce olarak, gerekli ileri sürmeden ayırt edilmelidir. Sahip olduğu def'ileri ileri süren hak sahibi, hakkı sadece iddia etmez, aynı zamanda da kullanır³¹⁹. Dolayısıyla hakkını kullanan def'i hakkı sahibi lehine, özellikle de bu hususta kanunî bir açıklık olmadığı düşünüldüğünde, esnek

³¹⁷ Roth, s. 130, dn. 40'tan naklen; Seelig, s. 69.

³¹⁸ Söz konusu karar metni şu şekildedir: “Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması nedeniyle dava edilebilme niteliğinden yoksun kalabilmesini ifade etmektedir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip onu eksik bir borç haline dönüştürür, alacağın dava edilebilme niteliğini ortadan kaldırır. Zamanaşımı, usul hukuku bakımından bir def'i olup ilgilisince ileri sürülmedikçe hâkim tarafından doğrudan doğruya göz önünde bulundurulamaz. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davalının cevap dilekçesinde yer alan ‘...5 yıl sonra...suçlamak, hem hukuken hem de mantıken gerçek dayanaktan yoksundur’ ifadesinin ‘zamanaşımı def'i’ olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. İrade beyanı, irade sahibinin ya da muhatabının çeşitli sebeplerle bu beyana değişik anlam vermeleri nedeniyle yoruma ihtiyaç gösterir. İradeyi açıklamak, beyan etmek için kullanılan söz, deyim ve işaretler açık olmadığı, birden çok anlama geldiği, taraflar arasında şüphe, tereddüt uyandırdığı zaman, hâkim, bunların gerçek anlamlarını bulmak zorundadır. Dava sırasında bir beyanın yorumunda genel yorum kuralları uygulanacaktır. Davalının, (5 yıl sonra suçlanmanın hukukî dayanaktan yoksun olduğu) esasına dayanarak ‘davanın reddi’ isteğini ileri sürmesi, davada zamanaşımı def'inin ileri sürüldüğü anlamına gelmektedir. Zira beyanda bulunan davalının aktarmak istediği görüş, zaman geçmiş olması nedeniyle davanın dinlenemeyeceği olgusudur. Böyle bir iddianın hangi hukukî temele dayanacağını saptama görevi, HUMK 76. maddesi uyarınca, olaya uygulanacak kanun hükmünü kendiliğinden bulmak ve uygulamakla yükümlü olan hâkime düşmektedir. Belirtilen sebeplerle, davalı tarafın cevap dilekçesinde zamanaşımı def'inde bulunduğu yönündeki kabul, usul hükümlerine ve beyanların yorumuna ilişkin kanun hükümlerine uygun olup yerel mahkemenin bu yöne ilişkin direnme kararı isabetlidir.”. Bkz. Y. HGK, T. 03.05.2006, E. 2006/4-232, K. 2006/269, (Erişim) www.hukukturk.com, 01.02.2013.

³¹⁹ Roth, s. 131.

davranmak gerekir³²⁰. Def'ilerin düzenlendiği kanun maddelerinde bile açıkça def'i nitelendirmesi yapılmamışken, borçlunun söz konusu def'iyi açıkça ileri sürmesi beklenmemelidir. Örneğin kefilin, *“ben kefilin tartışma def'ini ileri sürüyorum”* demesi veya borçlunun ilgili kanun hükmünü belirtmesi (örneğin, *“ben TBK m. 97'e dayanarak borcumu yerine getirmekten kaçınıyorum”* demesi) beklenilmemelidir.

3. Borçlu Tarafından İleri Sürülme

Def'iler kural olarak sadece bu hak sahibi tarafından ileri sürülebilir. Söz konusu hakkın üçüncü kişi tarafından ileri sürülmesi mümkün değildir³²¹. Borçlu kural olarak sadece kendisine ait olan def'ileri ileri sürebilir. Ancak bu kuralın iki istisnası vardır: Birinci istisna müteselsil borçluluk ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Buna göre, müteselsil borçlulardan her biri öncelikle kendi şahsî def'ilerini alacaklıya karşı ileri sürebilir. Bunun yanı sıra, müteselsil borçlulardan her biri ortak def'ileri de ileri sürebilir (TBK 164). Müteselsil borçlulardan her birinin ortak def'ileri ileri sürmesi, normal def'i ilişkisinden farklıdır. Zira bu sonuç sadece hak değil aynı zamanda yükümlülüktür. Müteselsil borçlulardan biri ortak bir def'iyi ileri sürmeksizin borcu yerine getirirse, iç ilişkide rüçû hakkını kaybeder³²².

Def'ilerin borçlu tarafından ileri sürülmesinin ikinci istisnası kefalet ilişkilerinde söz konusudur. Kefil öncelikle kefalet ilişkisinden veya şahsından kaynaklanan def'ileri borçluya karşı ileri sürebilir. Kefil bunun yanı sıra asıl borçluya ait def'ileri de savunmasında kullanabilir. Bu husus TBK m. 591/l'de açıkça düzenlenmiştir. Hükme göre *“kefil, asıl borçluya veya mirasçılarına ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır.”* Madde metninde de açıkça belirtildiği üzere, kefilin asıl borçluya

³²⁰ Schaller, s. 77.

³²¹ Seelig, s. 65.

³²² Hatemi/ Gökyayla, s. 329, 330; Eren, s. 1206, 1207.

ait def'ileri ileri sürme imkânı, kefile tanınmış bir hak olmasının yanı sıra, aynı zamanda bir yükümlülüktür. Borçluya ait def'ileri ileri sürmeyen kefil, kusuru oranında rücu hakkını kaybeder (TBK m. 591/III). Bu hükümde dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise, kefilin borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğan def'ileri ileri süremeyecek olmasıdır.

TBK m. 591 hükmünün ikinci fıkrasına göre, *“asıl borçlu kendisine ait olan bir def'iden vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu def'iyi alacaklıya karşı ileri sürebilir.”* Bu hükmü teyit eden başka bir düzenleme TBK m. 160/IV' de söz konusudur. Buna göre, asıl borçlunun zamanaşımından feragati kefile karşı ileri sürülemez³²³.

II. DEF'İLERİN HÜKÜMLERİ

A. Def'ilerin Varlığının Hükümleri

Def'ilerin karşı hak olarak kullanılmasıyla ilk kez ortaya çıkan hukukî sonuçları vardır. Bunun yanı sıra, def'ilerin kullanılmasından önce doğurduğu maddî hukuka ilişkin sonuçlar da mevcuttur. Gerçekten de def'i yüklü alacağın takas edilememesi ve def'i hakkının söz konusu olduğu alacaklarda borçlunun temerrüde düşmemesi bu sonuçları doğurur. Maddî hukuka ilişkin bu sonuçlar, def'ilerin varlığıyla, yani bunlar def'iler kullanılmak zorunda olmaksızın kendiliğinden ortaya çıkar³²⁴.

1. Takas Bakımından

Borçlunun def'i hakkına sahip olması, alacaklının, takas hakkını kullanmasına engel olur³²⁵. Bu husus takasın şartlarına ilişkin TBK m. 139'da

³²³ Kefilin alacaklıya karşı sahip olduğu savunma imkânlarına ilişkin bkz. Aral/ Ayrancı, s. 444-446; Tandoğan, Halûk; **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, C. II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basıdan Beşinci Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 781-783.

³²⁴ Larenz/ Wolf, s. 331; Hübner, s. 209.

³²⁵ Schulze, Reiner; “BGB § 390 Keine Aufrechnung mit einredebehafteter Forderung”, **Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar**, 7. Aufl., Nomos, 2012, Rn. 1; Aral, s. 51; Medicus, **Schuldrecht**,

ifade edilmemiştir. Ancak BGB § 390'da “*def'iyle yüklü alacakların takas edilememesi*” başlığı altında, kendisine karşı def'i ileri sürülebilen alacakların takas edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nda, kendisine karşı def'i ileri sürülebilen alacakların takas edilememesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bahsedilen hususa ilişkin BGB § 390 düzenlemenin temelini oluşturan ilkenin, bizim hukukumuz bakımından da kabul edilmesinin isabetli olacağı kanaatini taşıyoruz. Zira aksi düşüncenin kabulü halinde, alacaklının takas hakkını kullanması ile borçluya tanınmış olan def'i hakkı bertaraf edilebilir, etkisiz hale getirilebilirdi. Başka bir deyişle alacağını dava açarak elde edemeyecek olan alacaklı, kendisine karşı def'i ileri sürülebilen alacağını yargılama dışında takas yoluyla elde edebilirdi³²⁶.

Kendisine karşı def'i ileri sürülebilen alacakların takas edilememesi kabul edilmekle beraber, böyle bir sonucun doğması için def'i hakkının kullanılmasının gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, takas beyanına muhatap olan def'i hakkına sahip taraf, takas beyanını geçersiz kılmak için derhal def'i hakkını ileri sürmek zorundadır. Def'i hakkının derhal kullanılması üzerine takas beyanı geçersiz olur³²⁷. Buna karşılık bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre ise, takas beyanına muhatap olan def'i hakkı sahibi, takas beyanının geçersiz olması için bu hakkını derhal kullanmak zorunda değildir³²⁸.

s. 105; Stürner, Rolf/ Jauernig, Othmar; **Bürgerliches Gesetzbuch: BGB § 390 Keine Aufrechnung mit einredebehafteter Forderung**, 14., neubearbeitete Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2011, Rn. 1.

³²⁶ von Tuhr, s. 670; Aral, s. 51; Buz, s. 111; Schaller, s. 61. Ödemezlik def'i gibi geçici def'ilere tâbi alacaklarda def'i hakkı kullanıldığı takdirde takasın ileri sürülemeyeceğine ilişkin bkz. Eren, s. 1278.

³²⁷ Bkz. Aral, s. 52, dn. 193'te anılan yazarlar; Buz, s. 112. Aynı yönde ayrıca bkz. Buz, s. 112, dn. 59'da anılan yazarlar.

³²⁸ Dennhardt, Rn. 4; Aral, s. 53. Aynı yönde ayrıca bkz. Aral, s. 53, dn. 196'da anılan yazarlar; Buz, s. 112, dn. 59'da anılan yazarlar.

Daha önce de işaret edildiği üzere³²⁹, def'i hakkının yargılama dışında pasif olarak, yani yapmama şeklinde kullanılması yeterlidir. Yargılama dışında bir hukukî çare olan takas beyanının kullanılması durumunda da, def'i hakkı sahibinin hakkını kullanması gerekli değildir. Bu sebeple, def'i hakkının söz konusu olduğu durumlarda kural olarak alacak takas edilememekle birlikte, alacaklının yargılama dışında takas beyan etmesi karşısında, bu hakka sahip borçlunun herhangi bir şekilde bunu çürütmesi gerekmez. Borçlunun def'i hakkını borçlanılan edimi yapmama şeklinde kullanması yeterlidir³³⁰. Bununla birlikte, takasın geçerli olmamasını isteyen ve def'i hakkını pasif olarak kullanan borçlu, esas alacağını dava yoluyla takip ettiğinde takas itirazıyla karşılaşabilir³³¹. Böyle bir halde borçlu takas beyanının yapıldığı sırada def'i hakkına sahip olduğunu ve takasın şartlarının gerçekleşmediğini ispat etmek suretiyle bu itirazı ortadan kaldırabilir³³².

Sebepsiz zenginleşme def'i ve haksız fiil def'i gibi sürekli def'iler süresiz olarak alacağın takas edilmesine engel olur. Buna karşılık ödemezlik def'i gibi geçici def'iler ise sadece bu hakkın söz konusu olduğu süre içerisinde takas imkânını ortadan kaldırır³³³.

Kendisine karşı def'i ileri sürülebilen alacakların kural olarak takas edilemeyeceği Alman Medenî Kanunu'nda düzenlenmiştir ve bu esas Türk hukukunda da genel olarak kabul edilmektedir. Fakat bu kuralın bir istisnası söz konusudur: Gerçekten de BGB § 215 ve TBK m. 139/III hükmüne göre, zamanaşımına uğramış bir alacağın takası, ancak takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olması şartıyla ileri sürülebilir. Bu hükme göre takasın şartlarının gerçekleştiği anda henüz zamanaşımına uğramamış, ancak hakkında takas beyanında da bulunulmamış alacak, zamanaşımına

³²⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 8, I, A.

³³⁰ Schaller, s. 61. Alman hukuk sistemi bakımından BGB § 390'ın uygulanması için def'i hakkının mevcudiyetinin yeterli olduğu, borçlunun söz konusu def'ie dayanmasının gerekmediği hususunda bkz. Musielak, s. 95.

³³¹ Takas beyanının yenilik doğuran bir hak olduğu ve yenilik doğuran hakların ileri sürülmesinin itiraz teşkil ettiği hususunda bkz. İkinci Bölüm, § 7, II, C.

³³² Aral, s. 53.

³³³ Aral, s. 51.

uğradıktan sonra takas edilebilir. Burada borçlunun sahip olduğu zamanaşımı def'i, takasın kullanılmasına ve geçerliliğine engel olmaz. Bu düzenlemenin temelinde yatan düşünce, takas ileri sürerek alacağını elde etme imkânı bulunan alacaklının, bu imkâna güvenerek alacağını zamanında talep etmemesi sebebiyle sürekli olarak ondan mahrum bırakılmasının önlenmesidir³³⁴.

TBK m. 139/III tarafından öngörülen şartların gerçekleşmiş sayılması için, alacaklının zamanaşımı süresinin dolmasından hemen önce de olsa takas yetkisine sahip olması yeterli görülmektedir. Takas hakkı zamanaşımı gerçekleşmeden önce başka bir sebeple sona ermişse bu fıkra hükmü uygulanmaz³³⁵.

Def'iler için geçerli olan, "kullanılıp kullanılmamasının borçlunun iradesi bağlı olması ilkesi" takas bakımından da geçerlidir. Gerçekten de, def'i ileri sürebilme imkânı olan borçlu, def'i hakkını kullanmaksızın alacağını takas edebilir. Bu husus borçlunun def'i hakkından feragat ettiği anlamına gelir. Böyle bir halde borçlu, kendisine tanınmış olan ifadan kaçınma hakkını ne yargılama dışında ne de yargılamada kullanmış olmaktadır³³⁶.

2. Temerrüt Bakımından

a. Genel Olarak

Def'i hakkının temerrüt bakımından incelenmesi, ileri sürülme sorunu dikkate alınmaksızın, söz konusu hakka sahip borçlunun temerrüde düşüp düşmeyeceğinin açıklanmasını ifade eder. Başka bir ifadeyle ele alınan konu, salt def'i hakkının varlığının borçlunun temerrüde düşmesini engelleyip engellemeyeceğinin ortaya konulmasını gerektirir.

³³⁴ Aral, s. 55; Medicus, **Schuldrecht**, s. 105.

³³⁵ Aral, s. 56.

³³⁶ von Tuhr, s. 672; Schaller, s. 61; Aral, s. 54; Musielak, s. 95; Schulze, **Aufrechnung**, Rn. 1; Stürner/ Jauernig, Rn. 1.

Borçlunun temerrüde düşmesi için aranacak genel şartlar üç tanedir: Bunlardan birincisi edimin ifası mümkün olmalıdır. İkinci olarak borcun muaccel olması gerekir. Nihayet kural olarak borçluya ihtar çekilmiş olmalıdır³³⁷. Alacak muaccel hale gelirse, borçlu kural olarak alacaklının ihtar ile temerrüde düşer (TBK m. 117)³³⁸. Borçlunun temerrüde düşmesi için sayılan bu şartlara ilâve olarak alacağın kabul ettirilebilir olması, başka bir deyişle borçlunun def'i hakkının bulunmaması şartı da sayılabilir mi? Bu hususta hâkim görüş, def'i hakkının salt varlığının, yargılama dışında def'inin ileri sürülmesinden bağımsız olarak, borçlunun temerrüde düşmesini engellediği yönündedir³³⁹. Bahsedilen konuyu açıklamak için ise farklı gerekçeler ileri sürülmüştür: Bazı yazarlar def'i sebebiyle alacağın etkili olmadığından, dolayısıyla da muacceliyet unsurunun eksik olduğundan yola çıkmıştır. Bunların yanı sıra, mevcut def'i dolayısıyla edimi yerine getirmemenin borçluya herhangi bir yükümlülük getirmeyeceği ve dolayısıyla burada borçlunun kusurunun bulunmadığından da söz edilmiştir³⁴⁰.

Biz de def'i hakkının salt varlığının borçlunun temerrüdünü ortadan kaldırdığı hâkim görüşüne katılmaktayız. Bununla birlikte kanaatimizce bu görüşün gerekçeleri kabul edilemez³⁴¹. Öncelikle def'i nedeniyle alacağın etkili olmadığı ve dolayısıyla da muacceliyetin eksik olduğu görüşü doğru değildir³⁴². Bu hususun açıklığa kavuşturulması için talebin muacceliyeti ile def'inin talep üzerindeki etkileri ayırt edilmelidir. Sürekli def'iler incelendiğinde

³³⁷ Eren, s. 1048-1049; Medicus, **Schuldrecht**, s. 150-151, Musielak, s. 231.

³³⁸ Burada alacaklının yargılama dışında başvurduğu bir hukukî çare söz konusudur. Bkz. Schaller, s. 58; Canbolat, s. 266.

³³⁹ Roth, s. 151'den naklen; Gröschler, s. 74. Def'i hakkının salt varlığının borçlunun temerrüdünü ortadan kaldırdığı görüşünü savunan yazarlar, bu sonuca kıyas yoluyla ulaşmaktadır. Yazarlara göre, BGB §§ 390 Sz. 1 ve 813 Abs. 1 Sz. 1'de düzenlenmiş olan def'ilerin kendiliğinden ortaya çıkan etkisi, kıyasen def'i hakkının salt varlığının borçlunun temerrüdünü de ortadan kaldırması bakımından da geçerlidir. Ayrıca yazarlar, ödemezlik def'i bakımından genel olarak kabul edilen, def'inin varlığının borçlunun temerrüdünü ortadan kaldırdığı yönündeki görüşten yola çıkarak da aynı sonuca varmaktadır. Bkz. Roth, s. 152.

³⁴⁰ Roth, s. 151; Gröschler, s. 74; Larenz, Karl; **Lehrbuch des Schuldrechts: Bd. I Allgemeiner Teil**, Zwölfte, neubearbeitete Aufl., München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1979, s. 286.

³⁴¹ Hâkim görüşü benimsemeyen görüşler ve hâkim görüşe yöneltlen eleştiriler için bkz. Roth, s. 157-161; Gröschler, s. 74.

³⁴² Eren, s. 1049.

bu ayrımın kolaylıkla yapılabilirdiği görülür³⁴³. Örneğin zamanaşımı def'i bakımından durum böyledir. Gerçekten de zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için alacağın muaccel olması gerekir³⁴⁴. BGB § 390'da düzenlenmiş olan, def'i ileri sürülmüş bir alacağın takas edilemeyeceğine ilişkin hükümden de kendisine karşı def'i ileri sürülebilen bir alacağın muacceliyet kazandığı açıkça anlaşılır. Aksi düşünülseydi, takasın ileri sürülebilmesi için muacceliyet şart olduğundan BGB § 390 gereksiz bir hüküm olurdu³⁴⁵.

Mevcut def'i dolayısıyla edimi ifa etmemenin borçluya herhangi bir yükümlülük getirmeyeceği ve dolayısıyla da borçlunun kusurundan söz edilemeyeceği gerekçesi de kabul edilemez. Zira borçlu salt def'inin var olmasıyla artık edimini yerine getirmekle yükümlü olmadığını hissetmek zorunda olsaydı, kusur unsurunun varlığından da söz edilemezdi. Fakat def'i hakkının söz konusu olduğu durumlarda borçlu edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak borçlu böyle bir halde sadece edimini yerine getirmekten kaçınma hakkına sahiptir. Borçlu bu kaçınma hakkını kullanmazsa edim yükümlülüğü devam eder³⁴⁶. Borçlunun temerrüde düşmesi için kusur şartının aranmadığına da ayrıca dikkat çekmek gerekir³⁴⁷. Dolayısıyla def'i hakkının varlığının borçlunun kusurunu ortadan kaldırdığı kabul edilmiş olsa bile, bu durum temerrüdün söz konusu olmasının gerekçesi teşkil edemez.

Hâkim görüşün def'i hakkının salt varlığının borçlunun temerrüdünü ortadan kaldırdığına ilişkin tespiti doğrudur³⁴⁸. Zira borçlu sadece kabul ettirilebilir alacaklarda temerrüde düşebilir. Bir alacağa karşı def'i ileri sürülebilecekse o alacak kabul ettirilemez. Dolayısıyla borçlu def'i hakkına sahip olduğu ve bu def'i hakkını kullandığı sürece temerrüde düşmez. Başka

³⁴³ Roth, s. 157.

³⁴⁴ TBK m. 149 ve BGB § 198 hükümleri, zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlaması için alacağın muaccel olması şartını öngörmektedir.

³⁴⁵ Roth, s. 158.

³⁴⁶ Gröschler, s. 75.

³⁴⁷ Eren, s. 1098.

³⁴⁸ Roth, s. 154; Gröschler, s. 75.

bir deyişle, borçluya kanun ya da sözleşme ile def'i hakkı tanınmışsa ve borçlu edimini ifa etmemek yoluyla bu hakkını kullanmışsa o andan itibaren alacaklının ihtarı borçluyu temerrüde düşürecek etkiyi doğurmaz³⁴⁹. Böyle bir sonuç kanunda açıkça yer almamaktadır. Fakat aksi iddia edilseydi hukuk düzeni içerisinde bir uyuşmazlık söz konusu olurdu. Zira def'i hakkının kullanılmasına rağmen alacaklının ihtarı ile temerrüdün sonuçlarının doğacağı kabul edilseydi, def'i hakkının tanındığı durumlarda borçlunun edimini yerine getirmemesinin meşru sayılacağı kabulü ile çelişki ortaya çıkardı. Kanun koyucu hem def'i hakkı ile ödememeyi meşru kılmış hem de temerrüdün sonuçları ile buna yaptırım uygulamış olurdu³⁵⁰.

b. Ödemezlik Def'i ve Şahsî Hapis Hakkında Durum

Ödemezlik def'inde, başlı başına def'i durumunun varlığı, borçlunun yargılama dışında ona dayanmasına bağlı olmaksızın borçlunun temerrüdünü ortadan kaldırır³⁵¹.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, borçluyu temerrüde düşürebilmek için TBK m. 117'de düzenlenmiş temerrüt şartlarına ek olarak en azından kendi borcunu yerine getirmeyi teklif etmiş olmalıdır. Karşı edimin hazır olması ve alacaklının ödeme yeteneğinin bulunması

³⁴⁹ “Alacağın kabul ettirilebilir olması” hususunu da borçlunun temerrüde düşmemesinin şartlarından biri olarak inceleyen görüş için bkz. Musielak, s. 235; Ernst, Wolfgang; “§ 286 Verzug des Schuldners”, **Münchener Kommentar zum BGB**, 6. Aufl., 2012, Rn. 21, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 17.03.2013; Unberath, Hannes; “§ 286 Verzug des Schuldners”, **Beck'scher Online Kommentar BGB**, München, Verlag C. H. Beck, 2013, Rn. 11, 12, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 20.03.2013; Fikentscher, s. 242-243; Schaller, s. 58; Barlas, Nami; **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü Ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı, 1992, s. 68; Ödemezlik def'i veya ifa güçsüzlüğü halinde ödemezlik def'i bakımından aynı görüşte bkz. Eren, s. 1097. Yargıtay da bir kararında def'i hakkının söz konusu olduğu durumlarda borçlunun temerrüde düşmeyeceğini şu şekilde ifade etmiştir: “...Borçlu temerrüdünün gerçekleşebilmesi için, ifanın mümkün olması, borcun muaccel hale gelmesi ve uygun bir ihtar ile birlikte, alacaklının temerrütte bulunmaması ve borçlunun, kendisine ifadan kaçınma yetkisi veren bir def'i ileri sürmemiş olması gerekir.”. Y. HGK, T. 23.06.2010, E. 2010/255, K. 2010/347, (Erişim) www.hukukturk.com, 05.01.2013.

³⁵⁰ Schaller, s. 58.

³⁵¹ Roth, s. 170. Ödemezlik def'inin borçlunun temerrüdünü ortadan kaldırması için ileri sürülmesi gerektiği yönünde karşıt görüş için bkz. Eren, s. 994.

(dolayısıyla da karşı edimin teklifi) tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için temerrüdün şartıdır. Zira tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki edim, karşılıklı bağıllık (synallagma) ilişkisi içerisinde bulunur. Karşılıklı olarak borçlanılan edimi taraflardan her biri, diğer tarafın edimini yerine getirmesi şartıyla yerine getirir. Bu karşılıklı bağıllık ilişkisi, sözleşmenin diğer tarafınca da bilinir. Fakat TBK m. 97'den de anlaşıldığı gibi, alacaklı öncelikle kendi edimini teklif etmek zorunda olmaksızın edimi talep edebilir. Ancak bu durum alacaklının borçluyu derhâl temerrüde düşürdüğü anlamına gelmez. Zira temerrüt düşüncesinin temelinde borçluyu yerine getirmek zorunda olduğu edimin gecikmesinden sorumlu tutmak vardır. Bu sonucun doğması için alacaklının da kendi açısından sözleşmeye uygun davranması gerekir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı kendi edimini yerine getirmezse veya en azından edimini borçluya sunmazsa o da sözleşmeye aykırı davranmış olur. Dolayısıyla ödemezlik def'i hakkının varlığı, yargılama dışında ileri sürülmesi gerekmeksizin, borçlunun temerrüde düşmesine engel olur³⁵².

Borçlunun temerrüdü kapsamında ödemezlik def'inin ileri sürülmesinin gerekmediği kabul edilmektedir. Bununla birlikte burada ödemezlik def'i için diğer def'ilerden ayrılan bir durumdan bahsetmek gerekir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde def'i hakkı doğan borçlunun bu def'i hakkını ileri sürmese bile temerrüde düşmemesi, hakkın varlığından ve def'inin niteliğinden kaynaklanmaz. Böyle bir sonuç edimin ifasını talep eden tarafın kendisinin sözleşmeye uygun davranmaması nedeniyle diğer tarafın temerrüdünün söz konusu olmamasından doğar³⁵³.

Şahsî hapis hakkına ilişkin def'inin borçlunun temerrüdünü ortadan kaldırması için, ödemezlik def'inden ve diğer def'ilerden farklı olarak ileri

³⁵² Gröschler, s. 78; Ernst, Rn. 22-24; Unberath, Rn. 13; Fikentscher, s. 243.

³⁵³ Roth, s. 172. Gröschler de aynı görüştedir. Yazar, hâkim görüşün, alacaklının ifaya hazır olmaması ve dolayısıyla kendi edimini yerine getirmeyi teklif etmemesi sebebiyle borçlunun temerrüde düşmediğinden yola çıkarak bu sonuca vardığını belirtmiştir. Başka bir deyişle hâkim görüş, ulaştığı bu sonucu def'i kurumuna dayandırmamaktadır. Konuya ilişkin bkz. Gröschler, s. 79, dn. 105.

sürülmesi gerekir³⁵⁴. Zira şahsî hapis hakkında, ödemezlik def'inin aksine tarafların edim yükümlülükleri arasında karşılıklılık ilişkisi yoktur. Şahsî hapis hakkında da karşılıklı edim yükümlülükleri aynı hukukî ilişkiden doğmaktadır. Fakat tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi, edimler karşılıklı değildir. Bundan dolayı borçlunun, alacaklıya edimini alacaklının edimi karşılığında ifa edeceğini beyan etmesi gerekir. Bu süreden sonra edimler arasında artık alacaklının da bildiği bir karşılıklılık ilişkisi kurulmuş olur³⁵⁵.

3. İhkak-ı Hakka Engel Teşkil Etmesi

Kural olarak hiç kimse kendi hakkını elde etmek için kuvvete başvuramaz. Ancak kanun koyucu, TBK m. 63/II ve 64/III'de istisnai olarak kuvvet kullanma yoluyla hakkın korunmasına izin vermiştir. Burada yargılama dışında başvurulmuş bir hukukî çare söz konusudur. Bu hukukî çareye başvurabilmek için, yetkili makamların zamanında müdahalesinin söz konusu olamadığı ve kuvvet kullanılmadığı takdirde korunması için başka bir imkânın da bulunmadığı bir hak söz konusu olmalıdır³⁵⁶. Kanun koyucu istisnai olarak bir kimsenin hakkını kuvvet kullanarak elde etmesine izin vermiştir. Bununla birlikte, borçlunun def'i hakkına sahip olduğu durumlarda hakkın elde edilmesi için kuvvet kullanılamaz. Başka bir deyişle, borçlunun def'i hakkına sahip olması alacaklının hakkını ihkak-ı hak yoluyla elde etmesine engel olur. Aksi davranışı alacaklının tazminat yükümlülüğünü doğurur³⁵⁷.

³⁵⁴ Roth, s. 286; Unberath, Rn. 14; Fikentscher, s. 243.

³⁵⁵ Gröschler, s. 77; Ernst, Rn. 28.

³⁵⁶ Hakkın güç kullanılarak korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 611-612; Schaller, s. 62; Oğuzman/ Barlas, s. 347.

³⁵⁷ Schaller, s. 61.

B. Def'ilerin İleri Sürülmesinin Sonuçları

1. Yargılama Dışında

Def'i hakkının varlığının hükümleri ile yargılama dışında ileri sürülmesinin sonuçları aynıdır. Zira daha önce anlatıldığı üzere, borçlunun yargılama dışında def'i hakkını açıkça ileri sürmesi gerekmez. Bunun sonucunda ise, yargılama dışında def'i hakkının varlığı borçlunun temerrüde düşmemesi, def'i ileri sürülebilen alacağın takas edilememesi gibi sonuçlar doğurur. Bununla birlikte alacaklının ifa talebine karşı sahip olduğu def'i hakkını ileri sürmek borçlunun iradesine kalmıştır³⁵⁸.

2. Yargılama İçinde

a. Genel Olarak

Def'i yargılamada başarılı bir şekilde ileri sürüldüğünde hâkim, kural olarak davayı reddeder. Bunun için def'inin sürekli ya da geçici def'i olup olmaması sonucu değiştirmez. Fakat bu şekilde davayı reddedici karar maddî hukuk anlamında farklı etkiler doğurur. Gerçekten de sürekli def'ilerin engelleyici gücü, kesin olarak davanın reddi sonucunu doğurur. Zira sürekli def'ilerin ileri sürülmesi borçlunun iradesinin aksine talebin kabul ettirilmesini zaman kaydı olmaksızın engeller. Bununla birlikte geçici def'ilerin sadece geçici engelleyici etkisi, geçici olarak davanın reddi sonucunu doğurur. Yani def'i oluşturan olayların ortadan kalkması davanın reddini sonradan etkisiz hale getirir. Zira bu durum, hukuk tekniği bakımından yeni bir olay teşkil eder. Bu sebeple alacaklı yeniden edim davası açabilir³⁵⁹. Bunların yanı sıra ileri sürülmüş ödemezlik def'i bakımından verilecek karar için aynı hususlar geçerli değildir. Alacak davası kapsamında hâkim davayı reddetmez, aksine kabul eder. Ancak hâkim aynı zamanda, alacaklının o ana kadar usulüne uygun olarak yerine getirmediği, dolayısıyla da hukuken yeterli bir şekilde

³⁵⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 8, I, B, 3.

³⁵⁹ Schaller, s. 67.

teklif etmesi gereken karşı edimini, borçlunun edimi ile birlikte, aynı anda ifa suretiyle yerine getirmesi gerektiğine hükmeder³⁶⁰.

b. Temerrüt Bakımdan

Daha önce de ifade edildiği üzere, def'iler yargılamada bu hakkın sahibi tarafından ileri sürülmedikçe hâkim tarafından re'sen dikkate alınamaz. Aynı şekilde def'i hakkı ileri sürüldükten sonra hâkim bunun doğruluğuna karar verirse davayı reddeder. Buna karşılık, def'inin yargılamada ileri sürülmesiyle, def'inin yan etkisi olan borçlunun yargılama dışında temerrüde düşmemesi sonucunun da doğup doğmayacağı hususu tartışmalıdır³⁶¹. Bu hususta hâkim görüş, yargılamada da, def'ilerin mahkeme huzurunda ileri sürülmesi gerekmeksizin borçlunun temerrüdünü ortadan kaldırdığını ileri sürmüştür³⁶². Ancak kanaatimizce bu görüş kabul edilemez. Zira ilgili def'i hakkının yargılamada ileri sürülmeksizin borçlunun temerrüdünün ortadan kaldırdığı kabul edilseydi, mahkemenin esas talepler ve yan talepler hakkında vereceği karar farklı olurdu. İlgili def'i, hak sahibi tarafından ileri sürülmediğinde, bu kimseler esas talepler bakımından yargılanırdı. Bununla birlikte, yan talep niteliği taşıyan temerrüt talepleri reddedilirdi. Daha açık bir ifadeyle, borçlu yargılamada def'i hakkını ileri sürmediği için, söz konusu hak hâkim tarafından dikkate alınamazdı. Buna karşılık, yargılama dışında def'i hakkının salt varlığı borçlunun temerrüde düşmesine engel olduğundan, bahsedilen durum hâkim tarafından re'sen dikkate alınırdı. Dolayısıyla bunun sonucunda da, def'i hakkı dolayısıyla temerrüt taleplerinin reddi için, yargılamaya kimin dâhil ettiği önemli olmaksızın, söz konusu hakkın varlığının bir şekilde dava dosyasından anlaşılması yeterli olurdu³⁶³. Bu sebeple de bizim savunduğumuz ve önceden de açıkladığımız görüşe göre,

³⁶⁰ Doderer, Hans-Joachim; "Auswirkungen materieller Rechtskraft auf Einwendungen und Einreden", *NJV* **1991**, Heft 14 (s. 865-945), s. 878, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 20.03.2013.

³⁶¹ Roth, s. 151'den naklen; Gröschler, s. 74.

³⁶² Roth, s. 151.

³⁶³ Bkz. Roth, s. 152.

yargılama dışında def'inin varlığı, borçlunun temerrüdünü ortadan kaldırır. Borçlu, def'i hakkını kullanmakla talebin engellenmesine yol açma hakkına sahip olduğu sürece yapmama yoluyla edimini yerine getirmekten kaçınma hakkına sahiptir. Başka bir deyişle def'inin varlığı, maddî hukuk düzeyinde temerrüdün sonuçlarını yok eder. Fakat borçlu def'i hakkını daha sonra yargılamada ileri sürmezse, en baştan itibaren temerrüde düşmüş gibi değerlendirilir³⁶⁴. Dolayısıyla temerrüdün en baştan itibaren ortadan kalkması def'ilerin yargılamada ileri sürülmesinin bir sonucudur. Bununla birlikte ödemezlik def'i bu hususta özellik arz eder. Yargılamada ödemezlik def'i ileri sürülmezse hâkim bu hususu re'sen dikkate alamaz ve dolayısıyla borçlunun esas edimi yerine getirmesine hükmeder. Fakat bu anlamda borçlunun temerrüdüne karar veremez. Zira tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin karşılıklılığı kapsamında, borçlunun borcunu yerine getirmemesi, onu zaten temerrüde düşürmemiştir. Bu sonuç ise ileri sürülme bile hâkim tarafından re'sen dikkate alınır³⁶⁵.

Def'iler ile bağlantılı olarak ele alınan temerrüde ilişkin tartışmalardaki esas problemlerden biri de, def'inin ortaya çıkmış temerrüdün sonuçlarını geriye etkili olarak ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır. Örneğin iki yıllık zamanaşımı süresinin olduğu bir durumda, alacaklı sözleşme kurulduktan bir

³⁶⁴ Roth, s. 154; Gröschler, s. 75; Ernst, Rn. 27. Buz, borçlunun sahip olduğu def'i hakkının temerrüdün gerçekleşmesi üzerindeki etkilerini sürekli def'iler kapsamında ele almıştır. Yazara göre sürekli def'i hakkının doğması tek başına borçlunun temerrüdünü ortadan kaldırmak için yeterli değildir. Bahsedilen sonucun doğması hakkın kullanılmasına bağlıdır (s. 113 vd.). Bununla birlikte yazar, söz konusu görüşünü farklı bir temele dayandırmaktadır. Yazar, sürekli def'ilerin henüz doğmadığı anda söz konusu olan temerrüt durumunun, sürekli def'inin doğmasıyla birlikte, geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı endişesini taşımakta ve def'inin kullanılması gerekliliğini bu sebebe dayandırmaktadır. Söz konusu endişe, yenilik doğuran hakların dahi kullanılmadığı sürece engelleyemediği temerrüdün sürekli bir def'i ile ortadan kaldırılabilceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır ve kanaatimizce de yerindedir. Bununla birlikte biz, yukarıda açıkladığımız şekilde bir kabulün sözü edilen olumsuz durumun önüne geçebileceğine inanıyoruz. Gerçekten, borçlunun yargılama dışında sahip olduğu def'i hakkı, ileri sürülmesi gerekmeksizin temerrüdü ortadan kaldırır. Buna karşılık söz konusu hak yargılama aşamasında kullanılmadıkça, borçlu bu hakka hiç sahip olmamış gibi kabul edilir. Dolayısıyla bahsedilen hakkın yargılamada kullanılmadığı durumlarda, borçlunun baştan itibaren temerrüde düştüğü sonucuna varılır. Def'i hakkının yargılamada ileri sürüldüğü durumlarda ise borçlunun bu hakka sahip olduğu andan itibaren temerrüdün varlığını yitirdiğine karar verilir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, temerrüdün def'i hakkı doğduğu anda ortadan kalktığıdır.

³⁶⁵ Doderer, s. 880.

yıl sonra borçluya ihtar çekip onu temerrüde düşürmüş olsun. İki yıl dolduktan, yani zamanaşımı süresi geçtikten sonra da, hem esas alacağı hem de temerrüt zararları için dava açmış olsun. Bu durumda sözleşme kurulduktan iki yıl sonra ortaya çıkan def'i hakkı, borçlunun temerrüdünü sadece geleceğe yönelik olarak mı yoksa geriye etkili olarak mı ortadan kaldıracaktır? Bu soru şu yönden önem arz eder: Temerrüdün sonuçlarının geleceğe yönelik olarak ortadan kalkacağı kabul edilirse bir yıllık temerrüt faizine hükmedilebilir. Buna karşılık temerrüdün sonuçları geriye etkili olarak ortadan kalktığı takdirde ise, hem esas alacak hem de temerrüt alacağı reddedilebilir³⁶⁶.

Def'inin temerrüdün sonuçlarını ne zamandan itibaren ortadan kaldıracacağı sorunu, sadece temerrüdün sonuçlarının ortadan kalkması için def'inin ileri sürülmesi gerektiğini savunan görüş için söz konusu değildir. Borçlunun temerrüdünün ortadan kalkması için salt def'inin varlığını yeterli görenler için de belirli bir süre sonra ortaya çıkan def'i hakkının önceden oluşmuş borçlunun temerrüdünü nasıl etkileyeceği veya etkileyip etkilemeyeceği çözülmesi gerekli bir sorun teşkil eder³⁶⁷. Bu hususta bir sonuca ulaşmak için öncelikle def'i hakkı doğduktan sonra temerrüdün ortaya çıkması ve def'i hakkı doğmadan önce temerrüdün ortaya çıkması arasında bir ayırım yapmak gerekir.

Def'i hakkı doğduktan sonra temerrüdün gerçekleştiği durum için ağırlıklı olarak geriye etki sorununun her bir def'i normunun durumuna göre incelenmesi gerektiği görüşü kabul edilmektedir. Örneğin BGB § 224'ten zamanaşımı def'i için def'inin ileri sürülmesi ile bütün temerrüt sonuçlarının da ortadan kalktığı sonucu çıkarılabilir.

Asıl tartışmalı husus borçlu temerrüde düştükten sonra ortaya çıkan def'i hakkının ve def'inin ileri sürülmesinin temerrüt üzerinde nasıl bir etki

³⁶⁶ Roth, s. 154.

³⁶⁷ Roth, s. 154

doğurduğudur³⁶⁸. Bu hususta farklı görüşler ortaya atılmıştır. Doktrinde temerrüdün etkilerinin, def'i durumunun varlığından ve def'inin ileri sürülmesinden bağımsız olarak devam edeceği savunulmuştur. Örneğin işlemeye başlamış olan temerrüt faizlerinin bu olaylarla kesintiye uğramayacağı zira temerrüt faizinin borçlunun ödemesi gereken zararın bir parçası olduğunu ileri sürmüştür³⁶⁹.

Sürekli def'iler için tartışılan yukarıda bahsedilen konuda ortaya çıkan başka bir görüş, temerrüt önceden ortaya çıkmış olsa da, sonradan doğan def'i hakkının başarılı bir şekilde ileri sürülmesi halinde, bunun temerrüdün tüm sonuçlarını engellediği yolundadır. Bu görüşe göre en azından zamanaşımı def'i, önceden oluşmuş temerrüdün sonuçlarını baştan itibaren ortadan kaldırır. BGB § 224'ten bu sonuç açıkça çıkarılmaktadır. Diğer def'ilerin niteliğinden kaynaklanan özel bir durum yoksa, bu sonuç diğer tüm sürekli def'iler içinde benimsenmelidir³⁷⁰.

Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre ise, borçlu def'i hakkına sahip olduğu zamana kadar temerrüde düşmüşse, sadece esas edimle birlikte bu zamandan itibaren ortaya çıkan temerrüdün sonuçlarından kaçınabilir. Bununla birlikte, daha önce oluşmuş olan temerrüt zararlarını tazmin etmek zorundadır. Burada belirleyici olan def'i hakkının doğduğu zamandır. Bu hakkın doğduğu andan itibaren artık borçlunun sözleşmeye aykırı davranışları ona bir yükümlülük getirmez. Borçlu ancak hak doğmadan önceki davranışlarından sorumludur³⁷¹.

³⁶⁸ Roth, s. 155.

³⁶⁹ Roth, s. 155'ten naklen.

³⁷⁰ Roth, s. 156, 157'den naklen.

³⁷¹ Roth, s. 156; Gröschler, s. 82.

III. DEF'İDEN FERAGAT

A. Genel Olarak

Kanunlarda def'iden feragati düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak def'iden feragatin mümkün olduğu bunun özelliklerinden çıkarılabilir³⁷².

Def'inin bir savunma vasıtası olarak borçluya hak olarak tanınmış olması özelliği, borçlunun bu hakkını kullanıp kullanmama hususunda karar verme özgürlüğünü de beraberinde getirir. Örneğin borçlunun ayıba karşı tekeffülden doğan def'i hakkının bulunduğunu bilmesine rağmen satım bedelini ödemesi, def'i hakkını ileri sürmeme özgürlüğünü kullanması anlamına gelir³⁷³.

Def'inin alacak ve talep hakkıyla bağlantılı olma özelliğine göre ise, kendisine karşı def'i ileri sürüldükten sonra da talebin varlığı devam eder. Def'inin ileri sürülmüş olması talebi ortadan kaldırmaz, sadece borçlunun iradesinin aksine talebin kabul ettirilebilirliğini engeller. Dolayısıyla talebin kabul ettirilebilirliği hakkında karar vermek borçlunun iradesindedir³⁷⁴. Borçlu isterse edimini kendi iradesiyle yerine getirebilir. Bu durumda borçlu def'i hakkından feragat etmiş ve artık alacaklının talebini kabul ettirebilmesi bakımından def'i engeli ortadan kalkmış olur³⁷⁵.

³⁷² Kleinschmidt, Jens; **Der Verzicht im Schuldrecht**, Hamburg, Mohr Siebeck, 2004, s. 201; Walsmann, Hans; **Der Verzicht, Allgemeine Grundlagen einer Verzichtslehre und Verzicht im Privatrecht**, Leipzig, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, 1912, s. 116-117.

³⁷³ Kleinschmidt, s. 201, Schaller, s. 79.

³⁷⁴ Kleinschmidt, s. 201.

³⁷⁵ Schaller, s. 79.

B. Feragate İlişkin Ayrımlar

1. Feragat ve Hakkın Kullanılmaması

“Def’iden feragat edilebilirlik” ile kast edilen, def’ileri ileri sürüp sürmeme özgürlüğüdür. Def’ilerin ileri sürülmemesi özgürlüğünün kullanılması anlamına gelen feragat ile def’i hakkının salt kullanılmaması ayırt edilmelidir. Bu hususta özellikle def’i hakkının yargılamada ve yargılama dışında ileri sürülmesi ayrımı önem kazanır. Daha önce açıklandığı üzere borçlunun yargılama dışında def’i hakkını alacaklıya karşı açıkça ileri sürmesi gerekli değildir. Dolayısıyla yargılama dışında def’i hakkının söz konusu olduğu durumlarda salt def’i hakkının kullanılmaması, hakkın kötüye kullanılması yasağı aşılmadığı sürece, def’iden feragat anlamına gelmez. Başka bir deyişle salt def’i hakkını kullanmama, bu hakkın kaybı sonucunu doğurmaz. Yargılama dışında “yapmama” suretiyle def’i hakkını kullanan borçlu, yargılamada def’i hakkını kullanabilir³⁷⁶. Bununla birlikte, hak sahibi def’i hakkını geçerli bir hukukî işlemle bırakırsa, ancak o zaman def’iden feragat söz konusu olur. Sadece bu durumlarda, talep hakkına sahip olan alacaklı, def’i hakkı sahibinin irade değişikliklerine karşı korunur. Bu sebeple de ancak bu durumlarda yapmama ve feragat aynı anlama gelir³⁷⁷.

Yargılamada ileri sürülme bakımından ise, borçlu def’i hakkını açıkça ileri sürmedikçe bu hak hâkim tarafından dikkate alınmaz. Dolayısıyla

³⁷⁶ Kleinschmidt, s. 202; Paksoy, s. 22. Yargılama dışında def’i hakkının “yapmama” şeklinde kullanılması hususuna özellikle dikkat çekmek gerekir. Zira borçlunun yargılama dışında def’i hakkını kullanmaması ve karşı tarafta sözleşmenin ifa edileceğine dair haklı güven uyandırması, buna karşılık söz konusu hakkını yargılamada ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Bu sebeple, def’iyi yargılama dışında açıkça ileri sürmek zorunda olmayan borçlu, bu hakkını en azından edimini yerine getirmeme şeklinde kullanmalıdır. Yargıtay, konuya ilişkin oldukça önemli bir kararında şu sonuca varmıştır: “...geçersiz olmakla beraber uzun süre sözleşmenin yerine getirileceği hususundaki davranışlarıyla yükleniciye güven vermiş bulunan arsa sahiplerinin bundan böyle sözleşmenin geçersiz olduğu yönünde bir def’i ileri sürmeleri MK m.2’de öngörülen objektif iyiniyet ilkesi ile bağdaşamaz...” (Y. 15. HD, T. 12.11.1981, E. 1981/2098, K. 1981/2240, [Erişim] www.hukukturk.com, 23.04.2013).

³⁷⁷ Kleinschmidt, s. 202, 203.

yargılamada borçlunun def'i hakkını kullanmaması, def'iden feragat anlamına gelir. Bu durum, borçlunun def'i hakkını kaybetmesi sonucunu doğurur.

2. Bağımlı Def'iden Feragat ve Bağımsız Def'iden Feragat

Def'i hakkından feragatin mümkün olduğu kabul edilmekle birlikte bağımlı def'i - bağımsız def'i ayrımı yapmanın def'i hakkından feragat konusunda özellik arz edip etmediğinin açıklanması gerekir.

Temelde bir başka hakka dayanan def'iler bağımlı def'i olarak adlandırılır. Hapis hakkına ilişkin def'i, ödemezlik def'i, haksız fiil def'i ve sebepsiz zenginleşme def'i bu türdendir. Bağımlı def'iyeye örnek verilen bu tür def'ilerin temelinde def'i hakkı sahibinin alacağı bulunur. Bağımlı def'ilerin söz konusu olduğu durumlarda def'i hakkı sahibi, alacağını karşı tarafın talebine karşı bir savunma aracı olarak kullanır. Burada alacağın kabul ettirilebilirliğinin başka bir şekli söz konusudur. Buna karşılık bağımsız def'iler farklı bir sübjektif hakka dayanmaz. Zamanaşımı def'i ve kefilin tartışma def'i bağımsız def'iyeye örnek verilebilir. Bu tür def'iler temelde bulunan hukukî işlemin kaderinden bağımsızdır³⁷⁸.

Bağımlı def'i ve bağımsız def'ilerden feragat konusunda, bağımsız def'ilerin temelde başka bir sübjektif hakka dayanmaması ve temelde bulunan hukukî işlemin kaderinden bağımsız olması dolayısıyla, bağımsız def'ilerden feragat edilebilirlik konusunda bir sorun ortaya çıkmayacağı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre bağımsız def'ilerden, temelde bulunan hukukî işlemde ayrı olarak feragat edilebilir. Bununla birlikte, bağımlı def'iler temeldeki haktan sadece bu hak ile birlikte bırakılabilecek kadar etkilenirler. Bu durumda feragat, temeldeki hakkı da etkiler ve bu duruma çoğunlukla alaktan feragat hakkındaki kurallar uygulanır. Bu görüşe bağlı olarak, def'iden feragat edebilmek için hak sahibinin tek taraflı açıklamasının yeterli

³⁷⁸ Bağımlı def'i - bağımsız def'i ayrımına ilişkin bkz. İkinci Bölüm, § 6, IV, A, B.

olup olmadığı tartışmasında, böyle bir kuralın sadece bağımsız def'ilerden feragat ile sınırlı olduğu kabul edilmiştir³⁷⁹. Söz konusu görüşü savunanların bağımsız def'iler bakımından söylediklerine katılmakla birlikte bağımlı def'ilerin temelde bulunan haktan ayrı olarak feragat edilemeyeceği düşüncesi isabetli değildir. Bağımlı def'ilerde def'i hakkının alacak hakkı ile bağlantılı olduğu doğrudur. Bu sebeple alacak hakkı herhangi bir sebeple sona erdiğinde, örneğin alacak hakkından feragat edildiğinde def'i hakkı da sona erer. Ancak alacak hakkını def'i hakkına bağlı tutmak hakkaniyete ve taraf menfaatlerine uygun değildir. Aksi halde ortaya şöyle bir sonuç çıkardı: Bağımlı def'i olan şahsî hapis hakkının temelde bulunan alacak hakkından ayrı olarak feragat edilebilir olmadığı kabul edilmek zorunda kalınırdı. Şahsî hapis hakkını ileri sürerek alacaklısına karşı bir baskı aracı sağlamak isteyen borçlu, bu hakkından feragat edip alacağını ayrıca talep edemezdi. Başka bir deyişle bu durumda, talebin sadece baskı aracı olarak hizmet etme fonksiyonundan feragat edilerek talebin diğer fonksiyonlarından yararlanılması söz konusu olmazdı. Bu sebeple bağımlı def'iler bakımından, borçlunun talebinden vazgeçmek zorunda olmaksızın sadece def'i hakkından feragat edebileceği kabul edilmelidir³⁸⁰.

C. Def'iden Feragatin Hukukî Niteliği

Def'iden feragatin hukukî niteliği konusunda, feragatin hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla yapılıp yapılamayacağı veya feragat için bir sözleşmenin gerekli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bu hususta, feragatin hukukî niteliğini belirlemek için henüz kullanılmamış def'iden feragat ve def'i hakkı kullanıldıktan sonra ortaya çıkmış def'inin etkilerinden feragat ayrımı esas alınmıştır³⁸¹.

³⁷⁹ Kleinschmidt, s. 204'ten naklen.

³⁸⁰ Bkz. Kleinschmidt, s. 205, 206; Paksoy, s. 22.

³⁸¹ Roth, s. 148.

Henüz kullanılmamış def'i hakkından feragatte, BGB § 144 kıyasen uygulanılarak hak sahibinin tek taraflı feragati yeterli görülmektedir. Bu hususta bir tartışma bulunmamaktadır³⁸². Ancak def'i hakkı kullanıldıktan sonra ortaya çıkmış def'ilerin etkilerinden feragat için sözleşmenin gerekli olduğu ileri sürülmektedir. Gerekçe olarak ise hukukî işlemle borç ilişkisinin kurulması ve borç ilişkisinin içeriğinin değişmesi için, kanunda aksi öngörülmedikçe taraflar arasında bir sözleşmenin gerekli olduğunu düzenleyen BGB § 311 hükmü gösterilmektedir. Bu çerçevede def'ilerin etkilerinden feragat, sadece sözleşme ile yapılabilen, talep içeriğinin değişmesi olarak görülmektedir. Bunun yanı sıra def'iden feragatte borç ilişkisinin yeniden oluştuğu kabul edilmektedir³⁸³.

Yukarıda özetlenen görüş kapsamında def'ilerin kullanıldıktan sonra etkilerinin ortadan kaldırılması için sözleşmenin gerekli olduğunun savunulması ve buna gerekçe olarak da talebin içeriğinin değiştiğinden söz edilmesi, yargılama dışında ya da yargılamada kullanılan def'ilerin kesin etki doğurduğu gibi bir sonuç ortaya çıkarmıştır. Ancak def'i hakkı yargılamada ileri sürülüp bu hususta verilen karar kesinleşinceye kadar, kullanılmış def'i hakkı kesin sonuç doğurmaz. Def'i hakkının yargılamada ya da yargılama dışında kullanılması sadece bu hakkın sahibinin iradesinin aksine talebin kabul ettirilebilirliğini engeller. Bununla birlikte, yargılama dışında ya da yargılamada ileri sürülen def'ilerin ortaya çıkan etkilerinden, bu hususta verilen karar kesinleşinceye kadar geri dönülebilir. Dolayısıyla da bahsedilen durumlarda tek taraflı feragat mümkündür. Ancak def'i hakkı yargılamada kullanıldıktan ve bu hususta verilen karar kesinleştikten sonra ortaya çıkan etkiler artık her iki taraf için de kesin sonuçlar doğurduğu için, söz konusu haktan feragat sadece sözleşme yoluyla yapılabilir³⁸⁴.

³⁸² Kleinschmidt, s. 243. BGB § 144'de iptal edilebilir hukukî işlemlerin onanması düzenlenmiştir. Hükme göre, hukukî işlem iptal hakkına sahip olan tarafından onanırsa iptal hakkı ortadan kalkar. Onama işlemi için belirli bir şekle ihtiyaç duyulmaz.

³⁸³ Roth, s. 148, dn. 40'ta anılan yazarlar. BGB § 311/I'de, hukukî işlem yoluyla bir borç ilişkisinin kurulması ve bu ilişkinin muhtevasının değiştirilmesi için, kanunda aksi öngörülmedikçe taraflar arasında bir sözleşme yapılmasının gerekli olduğu düzenlenmiştir.

³⁸⁴ Roth, s. 149; Schaller, s. 79.

§ 9. İTİRAZLARIN İLERİ SÜRÜLMESİ, HÜKÜMLERİ VE İTİRAZDAN FERAGAT

I. İTİRAZLARIN İLERİ SÜRÜLMESİ

A. Genel Olarak

İtirazın varlığı, yargılama dışında kendiliğinden maddî hukuk alanında etki doğurur³⁸⁵. Başka bir deyişle, özel hukukun itiraza yol açacağını kabul ettiği olaylar söz konusu ise, bu olaylara ilişkin karşı norm, objektif hak olarak, kendiliğinden bir talebin tüm fonksiyonlarını etkiler. Bu anlamda söz konusu norm, ya ilgili talebin bütünüyle doğmasını engeller veya talebi bütün olarak ortadan kaldırır³⁸⁶. Bu sonucun doğması için borçlunun yargılama içinde ya da yargılama dışında açıkça itiraza konu olan norma dayanması gerekli değildir. Aynı şekilde hâkim kararı bulunmaksızın bir talebin doğmasına engel ya da ortadan kaldırılması sebebi kendiliğinden gerçekleşir³⁸⁷. Bu bakımdan itirazla ilgili sübjektif bir hakkın söz konusu olmadığı, aksine objektif bir karşı hakkın söz konusu olduğu söylenebilir. Başka bir deyişle, itirazın ileri sürülmesi bir hakka dayanmaz, aksine mevcut bir hukukî durumun varlığına dayanır³⁸⁸.

İtiraza konu olan olayların maddî hukuktaki etkisi kendiliğinden doğmasına rağmen, itiraz oluşturan olaylar borçlunun menfaatini etkilediği için borçlunun bu olayları kural olarak ileri sürmesi gerekir³⁸⁹. Nitekim

³⁸⁵ Schaller, s. 46.

³⁸⁶ Roth, s. 239; Schaller, s. 53.

³⁸⁷ Koller, s. 19; Schaller, s. 53.

³⁸⁸ Schaller, s. 46.

³⁸⁹ Schaller, s. 68.

yargılamaya dâhil edilen yeni olayları çürütmek ve ileri sürülen olayların inkâr edilmesi halinde ispat yükünü taşımak kural olarak borçluya düşer³⁹⁰.

İtiraza konu olan olaylar, borçlu ileri sürmese bile, menfaati olan herkes tarafından ileri sürebilir³⁹¹.

B. Hâkim Tarafından Re'sen Dikkate Alınması

Borçlu veya menfaati olan üçüncü bir kişi itiraz oluşturan olayları ileri sürmese bile, mahkeme alacaklı aleyhine karar verebilir³⁹². Zira daha önce ifade edildiği gibi, itiraz teşkil eden karşı norm, kendiliğinden talebin doğmasını engeller veya talebi ortadan kaldırır. Dolayısıyla maddî hukukta kendiliğinden ortaya çıkan bu hukukî durumun hâkim tarafından değerlendirilmesi, dava konusunda bulunan itiraz teşkil eden olayların onun tarafından re'sen dikkate alınması gerekir³⁹³.

İtirazın re'sen dikkate alınmasında borçlunun itiraz teşkil eden olaylara kesin olarak dayanıp dayanmayacağı veya borçlu ya da alacaklının itiraza temel teşkil eden olayları bilinçli olarak yargılamaya dâhil edip etmeyecekleri önemli değildir. İtiraz oluşturan olay ileri sürülmemiş olsa bile, hâkim örneğin alacaklının dilekçesinden usulüne uygun olarak dosyaya girmiş olan itirazın varlığını öğrenirse, bunu re'sen dikkate almak zorundadır³⁹⁴.

İtirazın hâkim tarafından re'sen dikkate alınması tüm itirazlar bakımından söz konusudur. Bununla birlikte, itirazın re'sen dikkate alınması, ilke olarak tarafların sundukları olaylar dışında muhtemel itirazların re'sen

³⁹⁰ Schaller, s. 68; Reisoğlu, s. 40; Canbolat, s. 260.

³⁹¹ Eren, s. 72; Canbolat, s. 261.

³⁹² Medicus, **AT**, s. 45; Schaller, s. 68; İnan, s. 42; Esser/ Schmidt, s. 93.

³⁹³ Schaller, s. 68; Tunçomağ, s. 55; Eren, s. 71. Yargıtay'ın, hak düşürücü sürenin geçmesinin bir olumsuz dava koşulu niteliği taşıdığı ve bu sebeple diğer tüm def'i ve itirazlardan önce dikkate alınması gerektiği yönünde kararı için bkz. Y. 8. HD., T. 20.01.2011, E. 2010/2886, K. 2011/180, (Erişim) www.hukukturk.com, 02.05.2013.

³⁹⁴ Larenz/ Wolf, s. 327; von Tuhr/ Peter, s. 29; Eren, s. 72; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 311; Schaller, s.68; Pekcanitez/ Atalay/ Özokes, s.345; Oğuzman/ Barlas, s. 322; Aybay, s. 86; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 254.

araştırılması anlamına gelmez. Başka bir deyişle itiraz teşkil eden olaylar bakımından hâkim için kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulanması söz konusu değildir. Hâkimin itiraz oluşturan olayları re'sen dikkate alıp hukukî niteliklerinin böyle olduğunu tespit etmesi için bunların hukuka uygun olarak bir şekilde dava dosyasına dâhil edilmiş olması gerekir³⁹⁵. Zira alacak davası bakımından, kendileri için hukuken önem arz eden durumları yargılamaya dâhil etmek tarafların görevidir³⁹⁶.

Doktrinde itirazın re'sen dikkate alınması bakımından bir ayrıma gidilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre sözleşmenin hükümsüzlüğü, temyiz kudretinin bulunmaması, hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlâl eden davranış gibi itiraz teşkil eden durumlar söz konusuysa, kesin olarak hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır. Buna karşılık tek taraflı bağlamazlık oluşturan durumlarda hâkim ilgili kişinin iradesini göz ardı ederek olayları re'sen dikkate almamalıdır³⁹⁷.

C. İspat Yüğü

Yukarıda da ifade edildiği üzere³⁹⁸ itiraz teşkil eden olaylar hâkim tarafından re'sen dikkate alınır. Aynı şekilde bu olayları borçlunun haricinde veya borçlunun yanı sıra menfaati olan herkes ileri sürebilir. Ancak itiraz teşkil eden olayı davalı ileri sürerse, bunu ispat etmek zorundadır³⁹⁹. Yani

³⁹⁵ Schaller, s. 69; Buz, s. 103, dn. 36; Gröschler, s. 50, dn. 7; Serozan, **Medenî**, s. 279; Reisoğlu, s. 40; Oğuzman/ Barlas, s. 323. Dava dosyasından anlaşılabilen itiraz sebeplerinin cevap dilekçesi aşamasından sonra ileri sürülmesi HMK m. 141'de düzenlenen savunmayı genişletme yasağına aykırılık teşkil etmez. Zira dava dosyasından anlaşılan itiraz sebepleri hâkim tarafından re'sen gözetilir. Bununla birlikte davacının dilekçelerinden anlaşılamayan itiraz sebepleri, davalı tarafından verilmiş olan cevap dilekçesinde belirtilmemiş ise, bu itirazların sonradan ileri sürülmesi savunmanın genişletilmesi yasağı kapsamına girer (HMK m. 141). Davanın hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığı itirazı savunmayı genişletme yasağına tâbi değildir. Buna göre davalı her zaman davanın hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığı itirazını ileri sürebilir. Bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 319-321.

³⁹⁶ Schaller, s. 69.

³⁹⁷ Canbolat, s. 262

³⁹⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 9, I, A, B.

³⁹⁹ von Tuhr/ Peter, s. 29; Eren, s. 72.

itirazlar re'sen dikkate alınmakla birlikte ispatı yine taraflara aittir⁴⁰⁰. Bu husus, itiraz oluşturan olaylar maddî hukukta kendiliğinden ortaya çıkan etkiler doğursa ve bu etkiler hâkim tarafından re'sen dikkate alınsa bile, itirazın da def'i ve inkâr gibi bir savunma vasıtası olmasından kaynaklanır⁴⁰¹.

II. İTİRAZLARIN İLERİ SÜRÜLMESİNİN HÜKÜMLERİ

İtiraz teşkil eden olayların maddî hukuktaki etkisi kendiliğinden doğar. İtiraz teşkil eden olay gerçekleştiğinde talep ya hiç doğmamıştır ya da kesin olarak ortadan kalkmıştır. İtirazın ileri sürülmesi ise maddî hukuk açısından sadece ortaya çıkan bu hukukî durumun tespiti niteliğini taşır⁴⁰².

İtirazın ileri sürülmesi veya hâkim tarafından re'sen dikkate alınmasının yargılama ile ilgili hukukî sonuçları farklıdır. Buna göre, dava konusundan, yani tarafların dilekçelerinden, itiraz oluşturan normun tipiklik unsurunun gerçekleştiği anlaşılınca davanın reddi gerekir. Başka bir deyişle hakkın maddî olarak hiç doğmadığı veya ortadan kalktığı sonucuna varıldığında, hâkim tarafından edim davası veya itirazın iptali davası kesin olarak reddedilmek zorundadır⁴⁰³.

III. İTİRAZDAN FERAGAT

İtiraz teşkil eden bir olaydan hukuken geçerli olarak feragat edilip edilemeyeceğinin veya ortaya çıkmış itirazlardan dönülüp dönülemeyeceğinin açıklanabilmesi için itiraz savunma vasıtasının hukukî niteliğine bakmak gerekir: İtiraz, def'i hakkı gibi sübjektif bir hak değil, aksine alacaklının hakkını tamamen engelleyen olayların iddia edilmesidir⁴⁰⁴. Ortaya koyulmuş olayların feragat veya dönmeyele herhangi bir şekilde gerçekleşmemiş

⁴⁰⁰ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 345.

⁴⁰¹ Larenz/ Wolf, s. 326.

⁴⁰² Doderer, s. 880.

⁴⁰³ Canbolat, s. 267; Schaller, s. 66.

⁴⁰⁴ Schaller, s. 77.

sayılmasında olduğu gibi borçlunun hakkı engelleyici veya hakkı ortadan kaldırıcı etki doğuran bir karşı normu engellemesi de sık karşılaşılan bir durum değildir⁴⁰⁵. Fakat usul ekonomisine dayanarak borçluya, serbest bir şekilde, itiraz teşkil eden olayları kasten bir alacak davasına dâhil etmeme imkânı tanınabilir. Hâkim bu olaylardan hiçbir şekilde, örneğin alacaklının dilekçesi ile bilgi sahibi olamamışsa ve diğer tüm şartlar söz konusu ise, borçlunun edimini yerine getirmesine hükmedebilir⁴⁰⁶.

Borçlu alacaklıya karşı itirazdan vazgeçtiğini ve onun etkilerinden dönmek istediğini açıklasa bile, itiraz teşkil eden olaylar değişmeden kalır. Fakat belirli durumlarda böyle bir açıklama başka bir anlama gelebilir. Örneğin borçlu alacaklıya kendisinin ödemiş olduğu ödemeyi artık ifa olarak görmediğini yazılı olarak bildirirse, borçlunun tekrarladığı sonraki ifası yeni bir sözleşme, özellikle bağışlama sözleşmesi olarak anlaşılabilir⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Schaller, s. 77.

⁴⁰⁶ Schaller, s. 78.

⁴⁰⁷ Tunçomağ, s. 56.

SONUÇ

Def'i, alacak hakkına karşı ileri sürülebilen bir savunma vasıtasıdır. Başka bir deyişle alacak, borçlunun edimini yerine getirmemesini meşru kılan def'i hakkını bünyesinde barındırır. Alacak haklarına karşı ileri sürülebilen def'iler talep yetkisiyle de bağlantılıdır. Gerçekten de söz konusu hakkın kullanılabilmesi, alacaklının borçlusunu herhangi bir şekilde takip etmesini, başka bir deyişle alacağını talep etmesini gerektirir. Alacak iddiasına karşı ileri sürülen def'iler alacağın ve dolayısıyla talebin varlığını ortadan kaldırmaz. Bahsedilen savunmalar sadece borçlunun iradesinin aksine, talebin yargılama dışında veya yargılamada kabul ettirilebilirliğini engeller. Alacak hakkı ve talep yetkisi zamanaşımına tâbi olmasına rağmen, bunlara karşı yöneltilen def'iler süresiz olarak ileri sürülebilir. Ancak hakkın kötüye kullanılması ve çelişkili davranış yasağı doğrultusunda, uygulamada ve doktrinde benimsenen bir ilke olan etkisizleşme, bu savunmaların süresiz olarak ileri sürülebilmesinin önünde engel teşkil eder.

Hâkim görüşüne göre, def'iler maddî hukuka ilişkin bir savunma vasıtasıdır. Bu hususun kabul edilmesi iki açıdan önemlidir: Birincisi, söz konusu savunmalar borçlunun temerrüde düşmesini engeller. İkincisi, def'ilerin maddî hukuka ilişkin tasnifi bunların hakka etki edecek şekilde mahkeme dışında kullanılması imkânını sağlar.

Borçlu, yargılama dışında, isterse def'i hakkını kullandığını alacaklıya ihbar edebilir veya alacaklının ifa talebine karşı def'i hakkını açıkça ileri sürebilir; ancak borçluya yüklenmiş böyle bir yükümlülük söz konusu değildir. Def'i hakkına ilişkin şartlar yerine getirildiği andan itibaren, borçlu yargılama dışında yalnızca edimini ifa etmemek suretiyle, pasif olarak def'i hakkını kullanabilir. Buna karşılık alacaklı alacağını mahkeme yoluyla takip ederse, artık borçlunun sadece yapmama yoluyla edimini yerine getirmekten kaçınması yeterli olmaz. Bu andan itibaren def'inin ileri sürülmesi gereken yer ve zaman borçlunun isteğine bağlı değildir. Borçlu, davanın reddini sağlamak için sahip olduğu def'ileri açıkça hâkime sunmak zorundadır. Hâkim,

borçlunun sahip olduğu def'i haklarını re'sen dikkate alamaz. Bunun yanı sıra, söz konusu savunma yargılama dışında kullanılmış olsa bile, onun yargılamada hâkim tarafından re'sen dikkate alınması için borçlu tarafından yeniden ileri sürülmesi gerekir. Belirli def'i oluşturan olayların bilgisine ulaşması durumunda, hâkimin sorma ve açıklama yükümlülüğüne dayanarak borçlunun def'i hakkının olduğuna işaret etmesi de mümkün değildir. Zira hâkimin böyle bir davranışı, borçlunun def'ilerini yargılamada ileri sürmesi gerektiği kuralına ters düşer. Yargılama açısından da hâkimin taraf tuttuğu görüntüsü uyandırır. Def'ilerin düzenlendiği kanun maddeleri açıkça def'i nitelendirmesi yapmadığı için borçlunun sahip olduğu def'iyi doğru bir şekilde ifade etmesi veya açıkça bunları düzenleyen hükme dayanması beklenmemelidir.

Sözü edilen savunma yargılamada başarılı bir şekilde ileri sürüldüğünde hâkim, kural olarak onun sürekli ya da geçici olmasına bakmaksızın davayı reddeder. Fakat bu şekilde davayı reddedici karar maddî hukuk anlamında farklı etkiler doğurur. Sürekli def'ilerin engelleyici gücü, kesin olarak davanın reddi sonucuna yol açar. Zira bunların ileri sürülmesi borçlunun iradesinin aksine talebin kabul ettirilmesini sürekli olarak engeller. Bununla birlikte geçici def'iler, geçici olarak davanın reddedilmesi sonucunu ortaya çıkarır. Yani def'i oluşturan olaylar ortadan kalkar kalkmaz -bu durum hukuk tekniği bakımından yeni bir olay teşkil edeceğinden- alacaklı yeniden edim davası açabilir. Bunların yanı sıra ileri sürülmüş ödemelik def'i bakımından verilecek karar için aynı hususlar geçerli değildir. Alacak davası kapsamında hâkim davayı reddetmez, aksine kabul eder. Ancak hâkim aynı zamanda, alacaklının o ana kadar usulüne uygun olarak yerine getirmedeği, dolayısıyla da hukuken yeterli bir şekilde teklif etmesi gereken karşı edimini, borçlunun edimi ile birlikte, aynı anda ifa suretiyle yerine getirmesi gerektiğine hükmeder.

İtiraz teşkil eden olaylar söz konusu olduğunda, borçlunun yargılama içinde ya da yargılama dışında açıkça itiraza konu olan norma dayanmasına gerek kalmaksızın veya hâkim kararı bulunmaksızın bir talebin doğmasına

engel ya da ortadan kaldırılmasına sebep kendiliğinden gerçekleşir. İtiraza konu olan olayların maddî hukuktaki etkisi kendiliğinden doğmasına rağmen, itiraz oluşturan olaylar borçlunun menfaatini etkilediği için borçlunun bu olayları kural olarak ileri sürmesi gerekir. Nitekim yargılamaya dâhil edilen yeni olayları çürütmek ve ileri sürülen olayların inkâr edilmesi halinde ispat yükünü taşımak kural olarak borçluya düşer. İtiraza konu olan olaylar, borçlu ileri sürmese bile, menfaati olan herkes tarafından ileri sürebilir. İtiraz oluşturan olay ileri sürülmemiş olsa bile, hâkim örneğin alacaklının dilekçesinden usulüne uygun olarak dosyaya girmiş olan itirazın varlığını öğrenirse, bunu re'sen dikkate almak zorundadır. Bununla birlikte itirazın re'sen dikkate alınması, ilke olarak tarafların sundukları olaylar dışında olası itirazların re'sen araştırılması anlamına gelmez. Başka bir deyişle itiraz teşkil eden olaylar bakımından hâkim için kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulanması söz konusu değildir. Hâkimin itiraz oluşturan olayları re'sen dikkate alıp hukukî niteliklerinin itiraz olduğunu tespit etmesi için söz konusu olayların hukuka uygun olarak bir şekilde dava dosyasına dâhil edilmiş olması gerekir.

İtiraz teşkil eden olayı davalı ileri sürerse, bunu ispat etmek zorundadır. Yani itirazlar re'sen dikkate alınmakla birlikte ispatı yine taraflara aittir. Bu husus, itiraz oluşturan olaylar maddî hukukta kendiliğinden ortaya çıkan etkiler doğursa ve bunlar hâkim tarafından re'sen dikkate alınsa bile, onun da def'i gibi bir savunma vasıtası olmasından kaynaklanır.

İtiraz teşkil eden olayların maddî hukuktaki etkisi kendiliğinden doğduğu için bu durumun ileri sürülmesi maddî hukuk açısından sadece ortaya çıkan bu hukukî sonucun tespiti niteliğini taşır. İtirazın ileri sürülmesi veya hâkim tarafından re'sen dikkate alınmasının yargılama ile ilgili hukukî sonuçları bakımından ise, dava konusundan, yani tarafların dilekçelerinden, itiraz oluşturan normun tipiklik unsurunun gerçekleştiği anlaşılınca, başka bir deyişle hakkın maddî olarak hiç doğmadığı veya ortadan kalktığı sonucuna varıldığında, hâkim tarafından eda davası kesin olarak reddedilir. Borçlu

alacaklıya karşı itirazdan vazgeçtiğini ve onun etkilerinden dönmek istediğini açıklasa bile, itiraz teşkil eden olaylar değişmeden kalır.

KAYNAKÇA*

- AKEV, Sahir Talat ; **Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964.
- AKYOL, Şener ; **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- ALANGOYA, Yavuz/
YILDIRIM, Kâmil/
DEREN YILDIRIM, Nevhis ; **Medenî Usul Hukuku Esasları**, Tıpkı 8. Baskı, İstanbul, Beta, 2011.
- ALTAŞ, Hüseyin ; **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998.
- ALTUNKAYA, Mehmet ; **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.
- ANTALYA, Gökhan ; **Borçlar Hukuk Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, Beta, 2012.
- ARAL, Fahrettin ; **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
- ARAL, Fahrettin/
AYRANCI, Hasan ; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- ARENS, Peter ; **Zivilprozeßrecht**, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1978.
- ASLAN, Çiğdem Mine ; **Gabinin Unsurları Ve Hukukî Sonuçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.

* Dipnotlarda yer verilen eserler yazarlarının soyadlarıyla anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan yollamalar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içinde gösterilmiştir.

- ATEŞ, Derya ; **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.
- AYBAY, Aydın ; “Kefilin Önce Dava Def’ini İleri Sürme Sorunu”, **Selim Kaneti’ye Armağan**, İstanbul, Abay Yayınları, 1996, s. 83-90.
- AYTEKİN, Ataay ; **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, Birinci Yarım, Üçüncü Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981.
- BAŞPINAR, Veysel ; **Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı**, Ankara, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1998.
- BARLAS, Nami ; **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü Ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı, 1992.
- BERGER, Bernhard ; **Allgemeines Schuldrecht**, Bern, Stämpfli Verlag, 2008.
- BOZER, Ali ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2007.
- BÖHLER, Stefan ; **Der materiellrechtliche Anspruch im deutschen und schweizerischen Privatrecht**, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2006.
- BROX, Hans/
WALKER, Wolf Dietrich ; **Allgemeiner Teil des BGB**, 34., neu bearbeitete Aufl., München, Verlag Franz Vahlen, 2010.

- BUCHER, Eugen ; **Schweizerisch Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1979.
- BUZ, Vedat ; **Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.
- CANBOLAT, Ferhat ; “Def’i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukukî Sonuçları”, **EÜHFD**, C. III, S.I, Kayseri, 2008, s. 255-268.
- CANSEL, Erol ; **Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı**, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1961.
- CONZE, Peter/
KARB, Svenja ; **Personalbuch Arbeits- und Tarifrecht öffentlicher Dienst**, 3. Aufl., 2012, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 13.05.2013.
- ÇETİNER, Bilgehan ; **Hapis Hakkı**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.
- DENNHARDT, Joachim ; “§ 390 Keine Aufrehnung mit einredebehafteter Forderung”, **Beck’scher Online- Kommentar BGB**, München, Verlag C. H. Beck, 2013, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 15.03.2013.
- DODERER, Hans-Joachim ; “Auswirkungen materieller Rechtskraft auf Einwendungen und Einreden”, **NJW 1991**, Heft 14 (s. 865-945), (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 20.03.2013.

- DURAL, Mustafa ; **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.
- EDİS, Seyfullah ; **Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989.
- EMMERICH, Volker ; “Synallagmatische Verknüpfung”, **Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, Gegenseitiger Vertrag (§ 320-§ 327)**, 6. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2012, Rn. 10, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 27.03.2013.
- EREN, Fikret ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Yetkin, 2012.
- ERNST, Wolfgang ; “§ 286 Verzug des Schuldners”, **Münchener Kommentar zum BGB**, 6. Aufl., 2012, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 17.03.2013.
- ESENER, Turhan ; **Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1956.
- ESSER, Josef/ ; **Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil**, Teilband 1, 7., völlig neubearbeitete Aufl., Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1992.
- SCHMIDT, Eike

- FIKENTSCHER, Wolfgang ; **Schuldrecht**, 8., neubearbeitete Aufl., Berlin, Walter de Gruyter, 1992.
- GAUCH, Peter/
SCHLEUP, Walter R./
SCHMID, Jörg/
EMMENEGGER, Susan ; **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Hauptpflichtrecht**, Bd. I, 9. Aufl., Zürich, Schulthess, 2008.
- GROTHER, Helmut ; "BGB § 194 Gegenstand der Verjährung", **Münchener Kommentar zum BGB**, 6. Aufl., München, Verlag C. H., 2012, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 15.03.2013.
- GRÖSCHLER, Peter ; "Zur Wirkungsweise und zur Frage der Geltendmachung von Einrede und Einwendung im materiellen Zivilrecht", **Archiv für die civilistische Praxis**, Bd.201, Mohr Siebeck, 2001, s. 48-90.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper ; **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- HATEMİ, Hüseyin/
GÖKYAYLA, Emre ; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- HENRICH, Wolfgang ; **Beck'scher Online Kommentar BGB § 194**, München, Verlag C. H. Beck, 2013, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 20.03.2013.

- HERMISSON, Vollrath ; “Richterlicher Hinweis auf Einrede- und Gestaltungsmöglichkeiten”, **NJW** 1985, Heft 43 (s. 2553-2608), (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 20.03.2013.
- HONSELL, Heinrich ; **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, Neunte, ergänzte und verbesserte Aufl., Bern, Stämpfli Verlag, 2010.
- HÜBNER, Heinz ; **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches**, Berlin, Walter de Gruyter, 1985.
- İNAN, Ali Naim ; **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara, Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- JAUERNIG, Othmar/
MANSEL, Heinz-Peter ; “Verwirkung”, **Bürgerliches Gesetzbuch**, 14. Aufl., 2011, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 22.05.2013.
- KALKAN, Burcu ; **Türk Hukukunda Gabin**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004.
- KANİTİ, Salamon ; **Akdin İfa Edilmediği Def’i**, İstanbul, Ahmed Said Matbaası, 1962.
- KAPANCI, Kadir Berk ; **Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, İstanbul, XII Levha, 2012.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan ; **Roma Hukuku**, 16. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- KARLI, Özlem ; **Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanınması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

- KILIÇOĞLU, Ahmet M. ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 17. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan ; **Türk Özel Hukukunda Kısmî Hükümsüzlük**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Uyarlanmış, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- KLEINSCHMIDT, Jens ; **Der Verzicht im Schuldrecht**, Hamburg, Mohr Siebeck, 2004.
- KOLLER, Alfred ; **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Bern, Stampfli Verlag AG, 2009.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip ; **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, C. I, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.
- KRAMER, Ernst A. ; **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009.
- KURŞAT, Zekeriya ; **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 2003.
- KURU, Baki/
ARSLAN, Ramazan/
YILMAZ, Ejder ; **Medenî Usul Hukuku**, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- LARDELLİ, Flavio ; **Die Einreden des Schuldners bei der Zession**, Zürich, Schulthess, 2008.

LARENZ, Karl

; **Lehrbuch des Schuldrechts: Bd. I Allgemeiner Teil**, Zwölfte, neubearbeitete Aufl., München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1979 (Larenz, Schuldrecht).

; **Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts: Ein Lehrbuch**, 5., neubearbeitete Aufl., München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1980 (Larenz, AT).

LARENZ, Karl/
WOLF, Manfred

; **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 9., neubearbeitete und erweiterte Aufl., München, Verlag C. H. Beck München, 2004.

LEIPOLD, Dieter

; **BGB I Einführung und Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.

LOSCHELDER, Michael/
ERDMANN, Willi/
GLOY, Wolfgang

; **Wettbewerbsrecht, § 83 Einreden und Einwendungen**, Rn. 1-63, 4. Aufl., 2010, (Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 19.02.2013.

MEDICUS, Dieter

; **Allgemeiner Teil des BGB**, 9., neubearbeitete Aufl., Heidelberg, 2006 (Medicus, AT).

; **Schuldrecht I Allgemeiner Teil**, 17. Aufl., , München, Verlag C. H. Beck, 2006 (Medicus, Schuldrecht).

MUSIELAK, Hans-Joachim

; **Grundkurs BGB**, 11. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2009.

- NOMER, Haluk ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, Beta, 2012.
- OĞUZMAN, M. Kemal/
BARLAS, Nami ; **Medenî Hukuk**, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- OĞUZMAN, M. Kemal/
ÖZ, Turgut ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I-II, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013 (Oğuzman, Öz, Borçlar I), (Oğuzman, Öz, Borçlar II).
- OĞUZMAN, M. Kemal/
SELİÇİ, Özer/
OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe ; **Eşya Hukuku**, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012.
- ÖZ, Turgut ; **Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990.
- ÖZEN, Burak ; **Kefalet Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- PAKSOY, Meliha Sermin ; **Zamanaşımından Feragat**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2012.
- PEKCANİTEZ, Hakan/
ATALAY, Oğuz/
ÖZEKES, Muhammet ; **Medenî Usul Hukuku**, 10. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- REİSOĞLU, Safa ; **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yirmi Üçüncü Bası, İstanbul, Beta, 2012.
- REGELSBERGER, Ferdinand ; **Pandekten**, Erster Bd., Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1893.

- ROTH, Günther H./
SCHUBERT, Claudia ; “Verwirkung infolge Zeitablaufs”,
Münchener Kommentar zum BGB,
Bd. 2, 6. Aufl., 2012.
- ROTH, Herbert ; **Die Einrede des Bürgerlichen
Rechts**, München, C. H. Beck’sche
Verlagsbuchhandlung, 1988.
- SCHALLER, Jean- Marc ; **Einwendungen und Einreden im
schweizerischen Schuldrecht**, Zürich,
Dike Verlag AG, 2010.
- SCHMID, Jörg ; **Schweizerisches Obligationenrecht
Allgemeiner Teil**, Bd. I, 9. Aufl.,
Schulthess, 2008.
- SCHMIDT, Rolf ; **BGB Allgemeiner Teil**, Grundlagen
des Zivilrechts Technik der
Fallbearbeitung, 6. Aufl., Hamburg, Rolf
Schmidt Verlag, 2009.
- SCHULZE, Reiner ; “BGB § 390 Keine Aufrechnung mit
einredebehafteter Forderung”,
**Bürgerliches Gesetzbuch:
Handkommentar**, , 7. Aufl., Nomos,
2012 (Schulze, Aufrechnung).
- _____ ; “Einrede der Bereicherung”,
**Bürgerliches Gesetzbuch:
Handkommentar**, 7. Aufl., Nomos,
2012.
- SCHWENZER, Ingeborg ; **Schweizerisches Obligationenrecht,
Allgemeiner Teil**, Vierte, überarbeitete
Aufl., Bern, Stampfli Verlag AG, 2006.

- SEELIG, Horst ; **Die prozessuale Behandlung materiellrechtlicher Einreden**, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1980.
- SEROZAN, Rona ; **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 5'inci Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009 (Serozan, İfa).
- _____ ; **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007 (Serozan, Dönme).
- _____ ; **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006 (Serozan, Özel).
- _____ ; **Medenî Hukuk Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011 (Serozan, Medenî).
- SIMMEN, Robert ; **Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1981.
- SİRMEN, A. Lâle ; **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1992.
- STEINER, Rolf ; **Das Gestaltungsrecht**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984.
- STÜRNER, Rolf/
JAUERNIG, Othmar ; "BGB § 390 Keine Aufrechnung mit einredebehafteter Forderung", **Bürgerliches Gesetzbuch**, 14., neubearbeitete Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2011.

ŞAHİNİZ, Salih

; **Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin, 2008.

TAHİROĞLU, Bülent/
ERDOĞMUŞ, Belgin

; **Roma Usul Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.

TANDOĞAN, Halûk

; **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, C. I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş Ve Genişletilmiş Beşinci Basıdan Altıncı Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

; **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, C. II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basıdan Beşinci Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi

; **Borçlar Hukuku**, C. I, Beşinci Bası, İstanbul, Fakülte Matbaası, 1985.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/
AKMAN, Sermet/
BURCUOĞLU, Haluk/
ALTOP, Atilla

; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

TUNÇOMAĞ, Kenan

; **Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, C. I, 6. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.

ULRICI, Bernhard/
PURRMANN, Anja

; “Einwendungen und Einreden”, **JuS**, 2011, Heft 2 (s. 97-192).

UNBERATH, Hannes

; “§ 286 Verzug des Schuldners”,
Beck’scher Online Kommentar BGB,
München, Verlag C. H. Beck, 2013,
(Erişim) Beck-Online, <http://beck-online.beck.de>, 20.03.2013

ÜNAL, Mehmet/

BAŞPINAR, Veysel

; **Şeklî Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş
ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, Yetkin
Yayınları, 2012.

VON TUHR, Andreas/

PETER, Hans

; **Allgemeiner Teil des
Schweizerischen
Obligationenrechts**, Erster Bd., Dritte
Aufl., Zürich, Schulthess
Polygraphischer Verlag Ag, 1979.

VON TUHR, Andreas

çev. Cevat Edege

; **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, C.
I-II, Ankara, Yargıtay Yayınları No: 15,
1983.

WALSMANN, Hans

; **Der Verzicht, Allgemeine Grundlagen
einer Verzichtslehre und Verzicht im
Privatrecht**, Leipzig, A. Deichert’sche
Verlagsbuchhandlung, 1912.

YAVUZ, Cevdet

; **Satıcının Satılanın (Malın)
Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul,
Beta, 1989.

YILDIRIM, M. Fadıl

; **Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin
Kuruluşunda Hile**, Ankara, Nobel,
2002.

Elektronik Kaynaklar

Beck-Online, (Erişim) <http://beck-online.beck.de>.

Hukuktürk Hukuk Bilgi Bankası, (Erişim) www.hukukturk.com.