

## TİCARİ BEY'DE ADEMİ İFA DEF'İ

Prof. Dr. Halil Arslanlı

I. 1. Alım satım sözleşmesinde her iki âkide terettüp eden borçların ifa zamanları tayin edilmemişse, hangisinin daha evvel ifa edeceği ihtilâf doğurabilir. Kaideten ifa sırası, tatbikatta borçların ifa zamanları tayin edilerek, âkidle kararlaştırılır<sup>1</sup>. Akidde ifa zamanı hakkında sarahat yoksa, ifa sırası bazı akid neveleri için kanunen tanzim edilmiştir<sup>2</sup>. Kezalik akdin mahiyetinden veya teessüs etmiş bir örften de ifa sırasını istihrac etmek mümkündür (T. K. 661). Meselâ elektrik, hava gazı mukavelelerinde akdin mahiyetinden idarenin, bizde de carî örfе göre lokantalarda lokantacının, daha evvel ifa edeceği neticesine varılabilir<sup>3</sup>.

İfa sırası âkid veya kanunla tanzim edilmediği gibi mukavelenin mahiyetinden veya ticarî bir örften de çıkarılamıyorsa, alım satım sözleşmelerinde Borçlar Kanununun 182 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre satıcı ve alıcının borçlarını aynı zamanda ifa etmeleri gerekir<sup>4</sup>. Borçlar Kanununun 182 nci maddesi aynı kanunun 81 inci maddesinde ifadesini bulan umumî hükümün bir tatbik şeklidir<sup>5</sup>. Ticaret Kanununun 661 inci maddesinde de mümasil bir hüküm mevcuttur. Bu hükümlerden anlaşılacağı veçhile borçların ifa sırası akid, kanun veya bir örfle tayin edilmemişse her iki âkid aynı zamanda ifaya mecbur olduğu gibi bir

1) Meselâ veresiye satışta satıcı önceden ifa ile mükelleftir.

2) Hizmet akdi hakkında Borçlar Kanununun 326, nesir mukavelesi hakkında 381, istisna akdi hakkında 364 üncü maddelerine bakınız. v. Tuhr, zge. II, s. 495. I. Kezalik Borçlar Kanununun 257 ve 281 inci maddelerinin 2 nci fıkralarına tevfilen kiralayan önceden ifa ile mükelleftir. Guhl, zge. I, s. 23, 4. tetkik ediniz.

3) v. Tuhr, zge. II, s. 496 atıf 6.

4) «Aynı zamanda ifanın» hukukî mânası hakkında Hirs, zge. s. 645 bakınız. Borçlar Kanununun almanca metninde kullanılan tâbirin mânası hakkında Ticari Bey', s. 122, a. 64 de bakınız. Esad Arsebük, zge. s. 378, a. 12.

5) Oser, zge. s. 466, IV. Hirs, zge. s. 645.

taraf borcunu ifa veya ifayı teklif etmiş olmadıkça diğer taraf ifaya icbar edilemez. Bu prensip taraf münasebetlerinde biri diğerinin mütemmimi olmak üzere iki netice doğurur :

a. Borçlar, *aynı zamanda* ifa edilmeli, her iki muamele aynı anda vuku bulmalı, meselâ alıcı semen borcunu öderken satıcı mebli teslim ve mülkiyeti nakil etmelidir.

b. Âkidlerden biri ifa talebinde bulunabilmek için kendi borcunu ifa veya ifayı teklif etmiş olmalıdır. Satıcı mebli teslim ve mülkiyeti nakil borcunu ifa veya teklif etmiş değilse semen borcunun tediyesini, alıcı da semen borcunu ifa veya teklif etmiş olmadıkça, mebli teslim ve mülkiyeti nakil borcunun ifasını talep edemez. Taraflardan her biri borçlarını *karşılıklı* olarak ifa etmekle mükelleftirler. İki tarafa borç yükleyen akidlerde borç ve alacaklar birbirinin karşılığını teşkil ettiğinden birbirlerine ifa safhasında bağıdırlar. Bunun için hiç bir taraf alacağını istihsal etmeden borcunu ifaya icbar edilemez.

2. *Aynı zamanda* ifa prensibinin tatbiki ifa mahallerinin bir olduğu sözleşmelerde müşkülât arz etmez<sup>6)</sup>. Borçlar aynı mahalde ifa edileceğine göre bu prensibin bir dereceye kadar tatbik kabiliyeti vardır. Tâbir caizse bir elle alınır diğer elle verilir. Aynı mahaller arasında yapılan satışlarda ise bu kaîdenin tatbiki imkânsız gibidir. Zira satıcının mebli irsal ettiği anda alıcının da semeni göndermesi lâzımdır. Buna ise maddeten imkân yoktur denebilir. Bundan başka alıcıya evsafi meçhul olan bir malı muayene etmeden semen borcunu eda mükellefiyetini tahmil de haksızlık olur. Bu yüzden aynı mahaller arasında yapılan satışlarda aynı zamanda ifa prensibinden inhiraf lüzumu hissedilmiş ve bir takım hal çareleri ortaya atılmıştır. Alman Hukuku bir örften istifade ederek satıcıya önceden irsal vecibesi tahmil eder<sup>7)</sup>. Borçlar Hukuku sahasında Becker'in ileri sürdüğü fikre göre borcun ifasını talep eden taraf, ifaya davet edilen âkidin bulunduğu mahalde ifa veya ifayı teklif etmelidir. Diğer bir hal şekli de mübadelenin tarafların itimadını mazhar olan üçüncü bir şahıs, meselâ bir banka delâletiyile icrasidir<sup>8)</sup>.

6) Bu hususta Ticari Bey' adlı eserin 54, 55, 123 üncü sahifelerine bakınız. Arsebük, zge. s. 378.

7) Staub, zge. III. s. 697. 79d, 558/9. 15, 585. 46., 668. 63a, 258. s.

8) v. Tuhr, zge. II. s. 497. Bilhassa akredtitif müessesesi bu gayeye hizmet eder. Becker, zge. s. 17. No. 17. Arsebük, zge. s. 378. Staub, zge. III. s. 584. 46.

9) Hirse göre «aynı zamanda» ifa prensibinin aynı mahaller arasında yapılan

Bizce Alman Hukukunda olduğu gibi Türk Hukukunda da Borçlar Kanununun 210 uncu maddesine dayanılarak satıcıya önceden irsal vecibesi tahmil edilebilir. Hattâ bu madde ifadesini bulan hükmün aynı mahalde yapılan satışlara da teşmili mümkündür. Mezkûr maddeye göre, «mebi alıcının zilyedliğine geçince semen muaccel olur». Demek oluyorki semenin muacceliyeti zilyedliğin nakline, yani satıcının borcunu daha evvel ifa etmiş olmasına bağlıdır. Bu vaziyete göre satıcının daha önce ifa ile mükellef olduğu, alım satım sözleşmelerinde kira akdinde olduğu gibi sıranın kanunen tayin edildiği ileri sürülebilir<sup>10</sup>.

3. Ticaret Kanununun 661, Borçlar Kanununun 81 inci maddeleri, kanundaki sarahate binaen iki tarafa borç yükleyen akidlerde caridir<sup>11</sup>. Bilindiği gibi bu kabil sözleşmelerde taraflar hem alacaklı hem de borçlu mevkiindedirler. Birinin borcu diğerinin alacağıdır. Gaye karşılıklı olarak edimlerin mübadelesi olduğundan ivazlar arasındaki iktisadî muadelet hukuku muadeleti intaç eder. Meselâ bu nevi akidlerin tipik misalini teşkil eden alım satım sözleşmelerinde alıcının semen borcu, satıcının mebi teslim ve mülkiyeti nakil borcunun karşılığıdır. Lâkin iki tarafa borç yükleyen akidlerde tarafların borçları taaddüt edebileceği gibi asli borçların yanında başkaca vecibeler de bulunabilir. Bu itibarla mezkûr prensibin tatbik sahasını tayin zarureti vardır. Hâkim olan kanaate göre ivazlar arasındaki muadelet hukukî sahada borçlar arasında da muadeleti gerektirir. Diğer bir söyleyişle 661 ve 81 inci maddelerin tatbiki için ifa edilen veya edilmeyen borçlar da denk olmalıdır. Her iki maddedeki hüküm umumî bir mâna taşımakla beraber, hot be hot bütün vecibelere teşmil edilemez. Meselâ talî ve müstakil bir mükellefiyetin veya talep edilen edime karşılık teşkil etmiyen bir borcun ademî ifası mezkûr hükümden

---

satışlarda mânası aynı anda ifadan ziyade borçların karşılıklı ifasıdır, yani bir taraf borcunu ifa veya ifayı teklif etmedikçe diğer taraf borcunu ifaya icbar edilemez. Bizce bu telâkki borçlar Kanununun 182 nci maddesi hükmüne aykırıdır. «Aynı zamanda ifa» prensibi her iki tarafın menfaatlerini himaye maksadı ile vaz edilmiştir. Borçlar aynı zamanda ve karşılıklı olarak ifa edilmekle bu himaye gerçekleştirilir. Bu imkân mevcut oldukça edimler aynı anda mücadele edilmelidir. Borcun ifasını talep ile borcun icrası birbirinden farklıdır. Bir taraf borcun ifasını teklif etmiş olsa dahi diğer taraf aynı zamanda ifa talebinde ısrar edebilir. Hirs, zge. s. 645.

10) Ticari Bey' s. 124 de bakınız. Aşağıda verilen izahatı da tetkik ediniz. v. Tuhr da bu fikre meyil eder, zge. II. s. 498.

11) T. K. 661, B. K. 81. Oser, zge. s. 15. IV. 2. e. 286 nci sahfeye de bakınız. Arsebük, zge. s. 376.

istifadeye mânidir. Mübadele edilecek edimler birbirine karşılık teşkil ediyor daha doğrusu talep ile mukabil talep birbirine bağlı bir münasebetten doğuyor ve biri diğerine tâbi ise borçlar arasında muadelet var sayılır<sup>12</sup>.

**II. 1. Aynı zamanda ve karşılıklı ifa prensibi Usul Hukukunda iki muhtelif şekilde tavsif edilir :**

a. Bir telâkkiye göre, iki tarafa borç yükliyen akidlerde borcun ifası talep hakkının mesnedini teşkil eder. Dâvacı borcunu ifa veya ifayı teklif etmeden dâvalıdan borcun ifasını istiyemez. İfa veya ifayı teklif dâva ikamesinde bir şarttır. Bu şart tahakkuk etmiş olmalıdır ki, dâva açılabilsin. Bu itibarla ifa veya ifanın teklif edildiği dâva lâyihasında tasrih edilmelidir. Dâva alıcı veya satıcının giyabında cereyan etse dahi hâkim dâvacının önceden ifa edip etmediğini veya teklif edilen edimin akde uyup uymadığını tetkik eder. Yapılan tahkikat sırasında borcun ifa edilmediği veya teklif edilen edimin akde uymadığı sabit olursa talep reddedilir<sup>13</sup>.

b. Diğer telâkkiye göre ifa veya ifanın teklifi dâvada şart mahiyetini haiz olamaz. İki tarafa borç yükliyen akidlerde gaye mübadele olmakla beraber bu gayenin tahakkuku ile ifa talebi birbirinden tefrik edilmelidir. Esas itibarıyla talep hakkının mevzuu diğer tarafın borcudur. Meselâ satıcının talep hakkı semenin tediyesine, alıcının talep hakkı mebiin teslimi ve mülkiyetin nakline müteveccihdir. Bunun için hâkim dâvada talep edilen edimin dâvalı tarafından borçlanılmış olup olmadığını tetkik eder. Ancak dâvacının talebine karşı dâvalının da mukabil edimin edasını talep hakkı vardır. Bu hak teknik mânada bir defidir. Bu mahiyetteki defiler bir hakkın istimali olduğundan kullanılmakla hüküm ifade ederler. Lâkin satıcı veya alıcı bu defi dermeyan etmekle iki tarafa borç yükliyen akidlerde o ana kadar tezahür edemiyen mübadele gayesi de tesir icra etmeğe başlar ve dâvalı mukabil borç ifa veya teklif edilmedikçe kendi borcunu ifadan imtina edebilir.

12) Staub, zge. III. s. 692/3, 777. 37. v. Tuhr, zge. II. s. 502. BGE. 67. II. 123. Arsebük, zge. s. 382. Meselâ kirada kiralanan şeyin karşılığı kira bedelidir. Kiralanan sey akd şartlarına uygun değilse kiracı kira bedelini tenkis edebilir, akdin feshinde mecurun ladesinden imtina edemez.

13) Bu fikir bilhassa Keller tarafından müdafaa edilir, v. Tuhr, zge. II. s. 498 atif No. 15 de zikredilmiştir. Hirs, zge. s. 645, Arsebük, zge. s. 379 da bakınız.

Bu telâkkiide satıcı veya alıcının alacağını dâva yolu ile araması için borcunu ifa etmiş veya ifayı teklif etmiş olması şart olmadığı gibi dâva dilekçesinde de beyana lüzum yoktur. Borçlar arasında mübadele gayesinin sağladığı bağıllık def'i hakkının istimali ile doğar. Def'i hakkı kullanılmamışsa hâkim dâvacıya terettüp eden borcun ifa edilip edilmediğini veya teklif edilmiş olup olmadığını araştıramaz. Dâvanın mevzuu münhasıran dâvacının talebidir. Bu talebe karşı def'i hakkının istimali suretiyle bir mâni vazedilmedikçe hâkim talebin icrasına karar vermeli-dir. Hattâ dâva alıcı veya satıcının gıyabında cereyan etse dahi dâvacının borcunu ifa edip etmediği tedkik edilemez<sup>14</sup>.

Alman Hukukunda bu fikir revaçtadır<sup>15</sup>. Borçlar Kanununun 81 inci maddesi ifade bakımından birinci telâkkiye uygun görünmekle beraber bu sahada da def'i prensibinin tatbiki terviç edilmektedir<sup>17</sup>. Arsebük Borçlar Hukukunda ikinci fikrin kabulüne imkân olmadığı kanaatindedir. Esbabı mucibe olarak Ticaret Kanununun 661 inci maddesi zikredilir<sup>18</sup>. Halbuki bu madde ifade bakımından def'i prensibinin kaynağı sayılan Alman Kanununun 320 nci maddesine daha uygundur. Kaldı ki, Ticaret Kanununda akdın ifasını talep bakımından Borçlar Kanununda olduğu gibi mütekaddim bir ifa veya ifa teklifi mecburiyetini tahmil eden bir ibare de yoktur. Ticaret Kanununun 661 inci maddesi şöyle der ; «İki tarafı ilzam eden akidde bir taraf taahhüdünü ifa etmedikçe diğer taraf taahhüdünü ifaya icbar edilemez». Alman Medenî Kanununun 320 nci maddesi de bu hükme yakın bir ifade taşır : «İki tarafa borç yükliyen bir akidde bir taraf taahhüdünü ifa edinceye kadar diğer taraf edimini edadan imtina edebilir.»<sup>19</sup>. Alman Kanunu «taahhüd ifa edilinceye kadar» diğer tarafa «imtina» hakkı tanımış Türk Ticaret Kanunu «taahhüd ifa edilmedikçe» diğer tarafın ifaya «icbar» olunamayacağını beyan etmiştir. Her iki kanun dâva ikamesinden önce borcun ifasını veya ifanın teklifini şart koşan bir ibare kullanmamış daha ziyade borçların karşılıklı ifa

14) v. Tuhr, zge. I. s. 25, 28, 29. Oser, zge. s. 287. 3.

15) Staub, zge. III. s. 695. 78. B. G. B. 320.

16) Staub, zge. III. s. 691. 77-81. v. Tuhr, zge. II. s. 948.

17) Oser, zge. s. 287. 3; v. Tuhr, zge. II. s. 498. Arsebük, zge. s. 350.

18) Arsebük, zge. s. 380.

19) Aynen tercüme : B. G. B. 320 (İfa edilmeyen akid def'i). L. 1. İki tarafa borç yükliyen bir akda binaen mükellef olan kimse mütekabil edim ifa edilinceye kadar edimini ifadan imtina edebilir, meğer ki, önceden ifa ile mükellef olsun.

suretini tanzim etmiştir: Bir taraf taahhüdünü ifa edinceye kadar veya ifa etmedikçe diğer taraf edimini ifadan imtina edebilir veya ifaya icbar edilemez. Dâvacının ifa talebinde bulunabilmesi için önceden borcunu ifa etmiş olması şart değildir, ancak dâvacı borcunu ifa etmedikçe dâvalı da ifaya icbar edilemez. Bununla beraber Türk Ticaret Kanununda «diğer tarafın ifaya icbar olunamayacağı» ibarelerinden hâkime resen hitap eden bir hüküm mânası da sezilebilir. Filhakika Alman Medenî Kanunu imtina hususunu diğer tarafın ihtiyarına terk etmek suretiyle defi vasıfını tebarüz ettirmişken Türk Ticaret Kanunu bu bakımdan açık değildir. Bizce «icbar olunamaz» ibareleri de dâvalıya hitap eden bir hüküm olarak tefsir edilmelidir. Mâna bakımından bir tarafın ifaya «icbar» edilememesi «imtinadan» farklı değildir.

İkinci telakki hâkimi lüzumsuz tahkikattan kurtardığı için Usul Hukukunda mühim faideler sağlamaktadır. Esas itibariyle dâvahrın bir kaybı yoktur. Yalnız gıyaben ceryan eden dâvalarda dâvalının durumu tehlike arz edebilir. Lâkin dâvanın gıyaben ceryanına ekseriyetle dâvalı sebebiyet vermiştir. İhmalinin zararına katlanması gayrı adil telâkki edilemez.

v. Tuhr'a göre bir halde satıcının ifa talebinde bulunabilmesi için birinci telâkkinin tervici zarurî sayılabilir<sup>20</sup>. Yukarıda da işaret edildiği gibi Borçlar Kanununun 210 uncu maddesine göre hilâfına mukavele mevcut değilse, semen, mebi alıcının zilyedliğine geçince muaccel olur. Burada mebiin teslimi semen talebinin muacceliyet kesbetmesi için bir ön şart mahiyetinde tavsif edilebilir. Bu şart tahakkuk etmeden dâva açılmışsa talep muaccel olmadan dâva ikame edilmiş demektir. Hakikatte burada birinci telâkkinin tercihindен bahis edilemez. Önceden ifanın şart oluşu 210 uncu maddenin bir neticesidir. Zira aynı zamanda ifa bahis mevzuu değildir. Alıcı hakkında 210 uncu maddeye mümasil bir hüküm yoktur. Bu itibarla Borçlar Kanununun 81 inci maddesinin tatbiki gerekir. Ticaret Hukuku sahasında boşluk bulunduğu mülâhaza edilerek satıcının ifa talebine 210 uncu maddenin tatbiki müdafaa edilebileceği gibi 661 inci maddeye istinaden her iki tarafın talep haklarında aynı prensibin cari olduğu da ileri sürülebilir. Bizce son şık tercihe şayandır<sup>21</sup>.

2. Ticaret ve Borçlar Kanununda ifayı talep hakkının defi olarak tavsifi isbat külfetinin de bu def'i dermeyan edene ait olduğu zehabını

20) Bu kanaatte, v. Tuhr, zge. II. s. 498.

21) Ticarî Bey' adlı eserin 1 inci bölümünü tetkik ediniz.

uyandırabilir. Dâva iki tarafa borç yükliyen bir akde müsteniden açıldığına göre dâvacı beyanı ile mukabil edimin borçlusu olduğunu ikrar etmiş bulunmaktadır. Bu itibarla dâvalının talep hakkı dâvacının talebini icra ettirmesine bir mâni teşkil eder. Bu mâni dâvanın ikame edildiği anda mevcut olmamakla beraber ademi ifa definin dermeyanı ile tesir icra eder. Bu sebeple dâvacı mâniin mevcut olmadığını isbat etmelidir<sup>22</sup>. İsbat külfeti dâvalının edimin ifa veya teklif edilmediğini yahut borcun akid dairesinde ifa ve teklif olunmadığını beyan etmesi ile doğar<sup>23</sup>.

3. a. Dâvacı dâva sırasında ifayı teklif ile ademi ifa def'i neticesinde hasıl olan mâni bertaraf edebilir mi ?.

İsviçre Hukukunda müdafaa edilen bir fikre göre, dâvacı dâvadan önce ifayı teklif etmemiş ve bu sebeple dâva sırasında ademi ifa def'ileri sürülmüşse, talep reddedilmelidir. v. Tuhr ise bu def'in dâva sırasında yapılacak ifa teklifi ile de bertaraf edilebileceği ve bu imkânın Usul Hukukuna göre yeni iddiaların dermeyan edilebileceği ana kadar mevcut olduğu kanaatindedir<sup>24</sup>. Alman Hukukunda hâkim olan telâkkiye göre ademi ifa def'i hapis hakkı gibi «talikî» bir vasıf taşır, mütekabil edimin ifasını muvakkat bir zaman için geçiktirir. Ademi ifa definin ileri sürülmüş olması dâvanın reddini intaç etmez. Dâvacı ifayı teklif ettiği takdirde mahkeme her iki tarafın edimlerini karşılıklı olarak ifa etmelerine karar verir. İfanın dâvadan önce teklif edilmemiş olması neticeyi değiştirmez. Yalnız dâva masrafları dâvacıya tahmil olunur. Meselâ alıcı semen borcunu teklif etmeden dâva ikame etmişse hüküm semenin tediyesi mukabilinde mebiin teslimine, satıcı mebi teklif etmeden dâva ikame etmişse hüküm mebiin teslimi mukabilinde semenin tediyesine mütedair olmalıdır<sup>25</sup>.

22) v. Tuhr, zge. II. s. 503; Oser, zge. s. 287. 3. a, b.

23) Alman Hukukunda önceden ifa ile mükellef olan dâvacı dahi ifayı isbata mecbur değildir. Dâvalının önceden ifa def'ini bekleyebilir. İsbat külfeti bu def'in dermeyanı ile doğar. Staub, zge. III. s. 704. 86.

Alman Hukukunda ademi ifa def'i istinaf mahkemesinde de ileri sürülebilir. Staub, zge. III. s. 695. 78. Alman H. U. K. 529. Türk Hukukunda ademi ifa def'i iptidai itirazlardan madud olmadığı cihetle mürur zaman hakkındaki hükümlere göre mütalâa edilmek gerekir.

24) Oser, zge. s. 287. 3.; Funk, zge. s. 135.

25) v. Tuhr, zge. II. s. 499, atıf 28.

26) Staub, zge. III. s. 697. 79 b ve 79 d. 698. 80.

Borçlar Kanununun ifade tarzı birinci fikri terviç eder mahiyettedir. Ticaret Kanununun 661 inci maddesi ise ifa ve ifa teklifinin dâvadan önce yapılmasını şart koşmuş addedilemez. Hüküm Alman Kanununda olduğu gibi daha ziyade karşılıklı ifa vaziyetini yani borçların karşılıklı olarak ifasını tanzim etmektedir.

Fikrimizce mahkeme borçların karşılıklı olarak ifasına karar vermekle bu hükmün istihdaf ettiği gayeyi tahakkuk ettirmiş olur. Türk H. U. Kanununa göre de ifanın dâva sırasında teklifi tevsi mahiyetinde telâkki edilemez. «Dâvanın tevsii dâvada istenmemiş olan bir şeyin talebiiir.»<sup>27</sup>. Halbuki dâvacı ifayı teklif etmekle bir şey istememiş bilâkis borcunu edaya amade olduğunu beyan etmiştir. Bundan başka ifa teklifi dâvalının vaziyetini de ağırlaştırmış sayılamaz. Buna mukabil ifa veya ifa teklifini bir şart olarak tavsif ettiğimiz takdirde bu şart dâva ikamesinden önce tahakkuk etmiş olmalıdır ki, dâva açılatsin. Hattâ bu halde Ticaret Kanununa göre borcun teklifi de kâfi addedilmemek lâzımdır. Bu telakki ise def'i ve karşılıklı ifa prensibine aykırı olduğu gibi, hakkını arayan dâvacıya daima önceden ifa vecibesini tahmil eder ve lüzumsuz yere taraflar arasındaki münasebetin tasfiyesini uzatır. Kanunun maksadı bu olmasa gerektir. Ticaret Kanunu, Alman Medenî Kanunu gibi iki tarafa borç yükliyen akidlerde borçların karşılıklı olarak ifası prensibine ehemmiyet vermiş önceden ifayı bir şart olarak vaz etmemiştir.

b. Dâvalının alacaklı temerrüdünde bulunması ademi ifa def'ini dermeyana mâni midir ?.

Borçlar Kanununun 82 nci maddesine göre dâvacı borcunun ifa edeceği yerde ifaya teklif ettikten sonra da dâva açabilir. Hâkim olan kanaate göre ifa teklifi alacaklı temerrüdünde aranan şartlar dairesinde yapılmalıdır. Alıcı veya satıcı kendisine usulü dairesinde teklif edilen edimi muhik bir sebep olmaksızın red veya tarafından yapılması icabeden muameleleri icradan imtina ederse mütemerrid olur (B. K. 90). İfa teklifi edemi kabule davettir. Edim diğer âkide usulü dairesinde yani vasıf ve miktar itibariyle akde ve kanuna uygun olarak ifa mahallinde ve ifa zamanında teklif edilmelidir. Kaideten bu teklif reel yani fiili, kabul muamelesi hariç, edimini teklif eden taraf ifa için uhdesine terettüp eden her şeyi yapmış olmalıdır. Meselâ akde göre mebi alıcının bulunduğu mahalde teslim edilecekse, bu mahalle kadar götürülmelidir<sup>28</sup>.

27) Mustafa Resit Belgesay, zge. (2 nci tabı); I. K. 2. s. 413.

28) Fick, zge. s. 201. 14. meblin müsterinin emrine amade tutulduğu beyanı kâfi değildir E. G. B. 27. II. 395.



Istisnaen sözlü teklif de kâfi gelebilir. Meselâ mukavele gereğince alıcının mebiî aldırması lâzımsa, veya alıcı mebiî mukaveleye aykırı bularak tesellümden imtina etmişse, sözlü teklif de aynı neticeyi doğurur. Lâkin borç usulü dairesinde teklif edilmiş olsa dahi teklif ile ifa vaziyeti ademi fia def'inin intac edileceği celseye kadar devam etmelidir. Kezalik dâva sırasında yapılacak ifa teklifinde de aynı esaslar caridir<sup>29</sup>.

Borçlar Hukuku sahasında bir kısım müelliflere göre alacaklı temerrüdü ademi ifa def'inin dermeyanına manidir<sup>30</sup>. v. Tuhr'a göre dâvacı borcunu ifa etmişse, dâvalı ediminin ifasına mahkûm edilir, dâvacı edimini ifa etmeyip sadece teklif etmişse, dâvalı akda göre talep edebileceği edimin dâvacı tarafından ifası mukabilinde borcunun ifasına mahkûm edilir. Meselâ dâvalı satıcı ise hüküm semenin tediyesi mukabilinde mebiin teslimine mütedair olmalıdır. İcra safhasında dâvacı edimini tevdi veya temin etmiş olmadıkça karar infaz edilemez<sup>31</sup>.

Ticaret Hukukunda ise ifanın teklifi, yani dâvalının alacaklı temerrüdünde bulunması ademi ifa def'inin dermeyanına mani değildir<sup>32</sup>. Ticaret Kanununun 661 inci maddesine göre dâvacı borcunu ifa etmedikçe dâvalı ifaya icbar olunamaz. Bu bakımdan Borçlar Kanunundaki hükümle Ticaret Kanununun 661 inci maddesi arasında fark vardır. Ticaret Hukukunda satıcı veya alıcının alacaklı temerrüdünde bulunması yani semen veya mebiin usulü dairesinde dâvadan önce teklifi karşılıklı ifayı talebe mâni olmaz. Ticaret Kanununa göre borç ifa edilmedikçe dâvalı ifaya icbar edilemez. Demek oluyor ki, edim teklif edilmiş olsa dahi dâvalı ifaya mecbur tutamayız. Lâkin bu hükümden dâvacının dâva ikamesinden önce ifa ile mükellef olduğu neticesi de çıkarılmamalıdır. Yukarıda da tebarüz ettirildiği gibi Kanunun maksadı karşılıklı ifa prensibini tanımlı olup dâvacıya önceden ifa vecibesini tahmil değildir. Bununla beraber Ticaret Hukukunda ifa teklifi bazı neticeler doğurur. Dâvalı alacaklı temerrüdünde bulunuyorsa dâva ve ilk teklifin masrafları talep edilebilir. Bundan başka dâvalı teklifin akda aykırı olduğunu iddia edemez. Zira alacaklı temerrüdü hali sabitse teklif akda uygun demektir. Bu itibarla hilâfı ileri sürülemez, yalnız karşılıklı ifa talep edilebilir.

29) Oser, zge. s. 287. 5. Diğer temerrüd hallerini de tetkik ediniz. v. Tuhr. zge. II. s. 508-10 de bakınız.

30) Funk, zge. s. 135; Oser, zge. s. 287. 3.

31) v. Tuhr, zge. II. s. 500.

32) Staub, zge. III. s. 698. 79. Oertmann, Kommentar, zge. madde 320. 4.

v. Tuhr'dan mülhem olarak Borçlar Hukuku sahasında da aynı prensip müdafaa edilebilir. Filhakika Borçlar Kanununun 81 inci maddesinde ifa ile teklif bir tutulmuşsa da, hüküm safhasında ifa teklifini ifadan ayırmak lâzımdır. Alacaklı temerrüdünün karşılıklı ifayı talebe mâni olduğu kabul edilirse hâkimin karşılıklı ifa bahis mevzuu olmaksızın talep edilen edimin ifasına karar vermesi gerekir. Dâvacının borcunu ifa etmeden dâvalının borcunu ifaya mecbur olması ise iki tarafa borç yükliyen akidlerde müteakabiliyet prensibine aykırıdır. 81 inci madde her iki borcun muaccel olduğu hallerde câridir. Dâvalının muaccel alacağını talebe selâhiyettar olmaması taraflar arasındaki münasebetin tasfiyesini uzatacağı gibi dâvalının menfaatlerini de tehlikeye düşürebilir.

4. Dâvada tarafların iddia ve müdafaalarına göre isbat vaziyeti değişebilir :

a. Dâvacı ademi ifa def'i muvacehesinde cevap lâyihasında ifayı veya ifayı teklif ettiğini iddia etmişse bu iddiasını isbat etmelidir.

b. Bu iddialara karşı dâvalı ifa veya ifa teklifinin akde uymadığını ileri sürm'ş olabilir. İfa veya alacaklı temerrüdü sabit değilse dâvacı ifa veya ifa teklifinin mukavele şartlarına göre yapıldığını isbata dâvet olunur. Borcun ifası tebeyyün ederse dâvalı talep edilen edime mahkûm edilir<sup>33</sup>. İfa teklifinin akid dairesinde yapıldığı sabit olursa, hüküm karşılıklı ifaya mütedair olmalıdır.

c. Dâvalı ifayı kabul etmiş ayıplı ifa def'inde bulunmuşsa, ademi ifa def'i dermeyan edilmiş sayılamaz. Bu halde, dâvalı, ayıp ihbarı vaktinde yapılmış olmak şartıyla, ancak tekeffül hükümlerinden istifade edebilir. Zira dâvalı, meselâ alıcı ayıplı mebli ifa olarak kabul ve tesellüm etmiş sadece akda veya kanuna uygunluğunu tasvip etmemiştir. Edim ifa olarak tanınmış olduğundan ademi ifa def'i mesmu olmaz. Ademi ifa def'i edimlerin henüz ifa edilmediği bir safhada câridir.

d. Dâvalı ifayı veya ifa teklifini akda uymadığı yani ayıplı olduğu için kabul etmeyip edimi reddetm'ş'e, dâvacı ifa veya ifa teklifinin vasıf ve mikdar itibariyle mukavele şartlarına uyduğunu iddia ve isbat edebilir<sup>34</sup>. Vasıf ve mikdar itibariyle akda uymıyan ifayı dâvalı kabule mecbur

33) Staub, zge. III. s. 695. 78. Meblin teslimini talep eden alıcı, dâva sırasında istenen semenin akda aykırı olduğunu meselâ kararlaştırılan fiata uymadığını iddia ediyorsa bu cihet de mahkemede tahkik edilmelidir. Staub, zge. III. s. 697. 79 d.

34) Staub, zge. III. s. 693. 77 a.

değildir. Ayıplı ifa, ifa olarak kabul edilmiş meselâ mebi ayıba rağmen teslim alınmış olmadıkça ademi ifa def'ini dermeyana cevaz vardır. Vaad edilen vasıfların bulunmaması veya mebiin kanunen ayıplı olması sebebiyle semen borcunu ifadan imtina eden alıcı hakkını tekeffül hükümleriyle aramak mecburiyetinde değildir. Ticaret ve Borçlar Kanununun ayıp tekeffülüne mütedair hükümleri mebiin ifa olarak tesellümünden sonra câridir<sup>35</sup>.

Bu kaide nev'en muayyen mallara tatbik edildiği gibi muayyen mallara da şâmildir<sup>36</sup>.

e. Dâvalı ayıplı ifayı red edebileceği gibi kısmî ifayı da kabule icbar edilemez. Ancak kısmî ifa kabul edilmişse kabul edilen kısım hakkında ademi ifa def'i ileri sürülemez. Kısmî ifa reddedilmişse dâvalı edim tamamlanıncaya kadar ifadan imtina edebilir<sup>37</sup>.

f. Ademi ifa def'i borçlar kabili ifa olduğu müddetçe dermeyan edilebilir. Dâvalı tekeffül veya temerrüd hükümlerine istinaden [T. K. 662, 713, 714, 716, Bk K. 106, 211, 202] defide bulunmuş, meselâ akdin münfesih olduğunu ileri sürmüşse bu defilerin yanında ademi ifa definde bulunamaz. Kezalik akdin vücud bulmadığı, ademi mevcudiyeti, batıl olduğu, ifanın imkânsızlığı iddia edilmişse bu hallerde de ademi ifa define mahal yoktur<sup>38</sup>. Akdin ifası imkânsız ise Borçlar Kanununun 117 inci maddesi tatbik edilir. Zira mukabil edimin ifası mümkün oldukça ademi ifa def'inin bir mânası vardır. Borçlardan biri sakıt olmuşsa mütekabiliyet kalmıyacağı cihetle ademi ifa def'i de dermeyan edilemez. Yalnız dâvacı borcun ifasını kusuru ile imkânsız kılmışsa, bu borç yerine tazminat mükellefiyeti kaim olacağından dâvalı tazminat talebinde bulunmakla ademi ifa def'ini ileri sürmüş olur<sup>39</sup>.

Ademi ifa def'i taraflar arasında muallâkta olan ifa vaziyetini tasfiyeye yarar. Borcun ifası imkânsız olmuş akidden rücu edilmişse dâvalı bu def'ileri dermeyan etmelidir<sup>40</sup>.

35) Staub, zge. III. s. 693. 77 a.

36) Muayyen mallarda v. Tuhr aksi kanaattedir. Muayyen mallarda ayıplı ifa, ifa telâkki edilir. Müsteri ademi ifa def'ini dermeyan edemez. Borçlu ayıp def'inde bulunmakla tekeffül hükümlerinden istifade etmiş olur. v. Tuhr, zge. II. s. 500. atıf 36. Oertmann, Kaufrecht, Ehrenberg, zge. IV. II. s. 435, bu fikre iştirak eder.

37) v. Tuhr, zge. II. s. 500/501. Staub, zge. III. s. 694.

38) Staub, zge. III. s. 693. 77 a.

39) Oser, zge. s. 288. v. Tuhr, zge. II. s. 500. Staub, zge. III. s. 693. 77 a. 697. 79 c.

40) v. Tuhr, zge. II. s. 500.

5. a) Ademi ifa def'i karşısında dâvacı ifa veya ifayı teklif yerine dâvalının önceden ifa ile mükellef olduğunu da iddia ve isbat edebilir. Ademi ifa def'inin ileri sürülebilmesi için mukavele şartları müsaid olmalıdır. Bu defiin dermeyanı edimlerin aynı anda muaccel olması şartına bağlı olduğundan önceden ifa ile mükellef olan dâvalı, meselâ satıcı semenin tediyesini ancak mebiin tesliminden sonra talep edebilir. Bu itibarla ademi ifa def'i mesmu olmaz. Dâvalı mebi teslim etmeden semeni talep edemeyeceği cihetle dâva sırasında da bu talebi ileri süremez. Kezalik semen borcu mebiin teslimi şartına bağlı oldukça semen için kararlaştırılan vâde hulül etmiş olsa dahi satıcı ademi ifa def'inde bulunamaz. Çünkü bu halde mebiin teslimi semen talebinin muacceliyeti için şarttır. Bu şart tahakkuk etmedikçe vadenin hululü semen borcunu muaccel kılmaz. Muaccel olmıyan bir alacak ise talep edilemez.

Satıcının önceden ifa borcu alıcının mütemerrid olması ile de ortadan kalkmaz. Alıcının temerrüdünde satıcı Ticaret ve Borçlar Kanununun temerrüd hükümlerinden ve Medenî Kanununun hapis hakkından istifade edebilir. Alıcı mütemerrid değilse yalnız hapis hakkından istifade imkânı vardır. Ancak satıcının önceden ifa borcu ifa vaki olsa da alıcının semen borcunu ifa etmeyeceği veya ifaya muktedir olmadığı anlaşıldığı takdirde nihayet bulur. Meselâ kısım icra edilen akidlerde teslim edilen bir veya müteaddit kısmın bedeli ödenmemişse satıcı ifaya devama mecbur olmadığı gibi teslim edilen kısımların semeni tediye edilmedikçe veresiye teslimata da mecbur değildir. Bu halde henüz teslim edilmeyen kısımların vadeleri tehir edilmiş sayılır<sup>41)</sup>.

Alıcının semen borcu satıcının mebi önceden teslim etmesine bağlı olmayıp müstakil bir vadeyi ihtiva ediyorsa, bu vadenin hululünden sonra dâvacı «önceden ifa def'inde» bulunamaz. Bu andan itibaren her iki borç muaccel olduğu cihetle dâvalı ademi ifa def'inde bulunabilir. Vade dâvanın ikamesinden sonra hulül etmiş olsa dahi dâvalı karşılıklı ifa talebine hak kesbeder. Meselâ alıcının mebi teslim talebi 1 Şubatta satıcının semen talebi 1 Martta muaccel olup alıcı 1 Şubatta dâva açtıktan sonra dâva sırasında 1 Mart tarihi hulül etmişse, dâvalı cevap lâyihasında ademi ifa def'inde bulunmuş olmasa dahi bu def'i dermeyan edebilir. Buna mukabil vade hulül etmeden hiç bir def'i hakkı yoktur, hattâ semen alacağının teminat altına alınmasını da istiyemez, meğer ki Ticaret Kanununun 702, Borçlar Kanununun 82 inci maddelerindeki

41) Staub, zge. III, s. 694. 77 b.

haller bulunsun veya teminat borcu akıddan neşet etsin<sup>42</sup>. Teminat itasını mucib bir hal yoksa mahkeme dâvacının talebini karar altına almıştır.

b. Kaideten dâvacı bütün borcunu lâyıki ile ve tamamen ifa etmedikçe dâvalı borcunu ifadan imtina edebilir. İfa edilmeyen kısım ifa edilen kısma nisbetle daha az olsa bile hüküm değişmez. Ancak dâvacı pek ehemmiyetsiz bir kısım ile gecikmişse, dâvalının borcunu ifadan imtina etmesi hüsnü niyet kaidelerine aykırı telâkki edilebilir. Bu kabil vaziyetlerde dâvalı ancak ifa edilmeyen veya ifası teklif olunmayan kısma tekabül eden mikdarı alıkoyabilir, meğer ki borç gayri kabili taksim olsun veya bir vahdet arz etsin. Ancak dâvacı ifa edilmeyen kısmı kasden ifadan imtina etmişse dâvalı da bu kısım ifa edilmedikçe borcunu ifaya icbar edilemez.

İfa edilmeyen kısmın ehemmiyeti dâvalının bu kısım üzerindeki menfaatlerine göre takdir edilir. Bu menfaatin tayininde taraflar arasındaki münasebetler de göz önünde tutulmalıdır<sup>43</sup>.

c. Dâvacı borcunu ifa etmişse dâvalı ademi ifa definde bulunamaz. Dâvacı ister dâvadan önce ister dâva sırasında olsun ifayı teklif etmişse bu kabil hallerde ademi ifa def'i karşılıklı ifa talebine müncer olur. Lâkin dâvacı ifa yerine teminat teklifinde bulunamaz. Teminat ifa yerine kaim olamayacağı cihetle dâvalı ademi ifa defini dermeyan edebilir. Ticaret Kanununun sarıh hükmüne binaen dâvacı borcunu ifa etmedikçe dâvalı taahhüdünü icraya icbar edilemez.

III. Ademi ifa definin haklı olarak dermeyanı muhtelif neticeler doğurur :

1. Dâvacı borcunu ifa veya ifayı teklif etmemişse dâvalı mütemerrit olmaz. Ademi ifa def'i hukuken kabili dermeyan oldukça temerrüde mânidir. Çünkü dâvalı borcunu ifadan imtina hakkını haizdir<sup>44</sup>.

2. Ademi ifa def'i talikî bir vasıf taşır. Dâvacı borcunu dâva sırasında teklif etmiş olsa dahi dâvanın reddine mahal yoktur. Borç ifa edilmişse dâvalı taahhüdünü ifaya, teklif edilmişse karşılıklı ifaya mahkûm edilir<sup>45</sup>.

42) v. Tuhr, zge. II. s. 503. IV. 2. Getirilen misal v. Tuhr'un eserinden alınmıştır. v. Tuhr, zge. II. s. 500 de bakınız. Oser, zge. s. 288 tetkik ediniz.

43) Funk, zge. s. 135., v. Tuhr, zge. II. s. 503, 501. Staub, zge. III. s. 695. 78 a.

44) Oser, zge. s. 325. madde 102. 1. Staub, zge. III. s. 697. 79 a., 695, 78.

45) Staub, zge. III. s. 697. 79 b.

IV. Taraflardan biri önceden ifa ile mükellef ise bu halde karşılıklı ifa prensibinin tatbikine mahal yoktur. Meselâ akid şartlarına göre satıcı önceden ifa ile mükellef ise, borcunu ifa etmiş olmadıkça semenin tediyesini talep edemez. Önceden ifa borcu bir şart mahiyetinde tavsif edilmektedir. Bu itibarla borç ifa edilmiş yani şart tahakkuk etmişse dâva arzualinde bu cihet de beyan edilmelidir. Borç dâvadan önce ifa edilmemişse dâvalı, meselâ alıcı semen borcunun muaccel olmadığını defan dermeyan edebilir. Bu halde, dâva mesnetsizdir ve red edilir.

Dâvalı önceden ifaya mükellef ise bu halde de aynı prensip câridir. Ademi ifa definin ileri sürülebilmesi için her iki borcun muaccel olması lâzımdır. Borcu muacceliyet kesb etmiyen taraf ademi ifa definde bulunamaz. Dâvalının talep hakkı taahhüdünün ifasından sonra muaccel olacağından teminat itasını tetlif etse dahi hüküm değişmez<sup>46</sup>. Mahkeme talep edilen edimin ifasına karar vermelidir.

Halil Arslanlı

46) v. Tuhr, zge. II. s. 503. IV. Oser, zge. s. 288.