

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

EKSİK BORÇLAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ahmet Gökhan BUZ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hüseyin Murat DEVELİOĞLU

ARALIK 2020

ÖNSÖZ

Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı kapsamında hazırlanmış bu çalışmanın konusu eksik borçlardır. Eksik borçlar, dava ve cebrî icra yoluyla takip edilemeyen, fakat ifa edilmeleri halinde geçerli bir ifanın tüm hüküm ve sonuçlarını doğuran borçlardır. Türk doktrininde eksik borç kavramının ve bununla bağlantılı sorunların ayrıntılı olarak incelendiği çalışmaların sayısı son derece azdır. Çalışmamızın amacı bu eksikliği elimizden geldiğince gidermektir. Bu çalışmada oldukça geniş kapsamlı ve tartışmalı bir hukukî müessese olan eksik borçların, tüm yönleriyle ayrıntılı bir şekilde incelenmesine gayret gösterilecektir. Bu bağlamda ilk olarak eksik borçların Roma hukukundaki örneklerine ana hatlarıyla değinilecek, sonrasında ise modern hukuk düzenindeki eksik borçların türleri ve doğurdukları hukukî sonuçlar kapsamlı bir biçimde ele alınacaktır.

Tez danışmanım Prof. Dr. H. Murat Develioğlu'na, danışmanım olmayı kabul edip bana verdiği destek için çok teşekkür ederim. Bu süreçte yanımda olan aileme ve kütüphanelerinin kapılarını açarak tez yazım sürecimde bana yardımcı olan Ankara Üniversitesi, İstanbul Üniversitesi ve Bilkent Üniversitesi'ne de teşekkürlerimi sunarım. Bu zorlu sürecin en başından beri yanımda olup desteğini esirgemeyen hocam Prof. Dr. Nami Barlas'a da ayrıca çok teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	viii
RÉSUMÉ.....	xi
ABSTRACT.....	xviii
ÖZET.....	xxiv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

EKSİK BORÇ KAVRAMI VE TARİHÎ GELİŞİMİ

I.	Kavram.....	3
II.	Eksik Borçların Tarihî Gelişimi.....	8
	A) Roma Hukukunda Obligatio Naturalis.....	10
	1) Doğuştan Obligatio Naturalis Niteliği Taşıyan Borçlar.....	10
	a) Kölelerin Borçları.....	10
	b) Familia Üyelerinin Birbirlerine Olan Borçları.....	12
	c) Senatus Consultum Macedonianum'a Aykırı Olarak Aile Evlâtlarına Verilen Para Ödünçleri.....	13
	d) Ahlâkî ve Sosyal Görevlerden Doğan Borçlar.....	15
	aa) Dos Sebebiyle Verilen Şeylerin İadesi Borcu.....	16
	bb) Azatlığın Efendisine Operae Borcu.....	18
	cc) Pactum ile Kararlaştırılan Faiz.....	19
	e) Impubes'in Vasinin Auctoritas'ı Olmadan Yüklendiği Borçlar.....	21
	2) Borçların Sonradan Obligatio Naturalis'e Dönüşmesine Yol Açan Durumlar.....	22
	a) Capitis Deminutio.....	22
	b) Litis Contestatio.....	23
	c) Praescriptio.....	24
	B) Modern Hukukta Eksik Borçlar.....	25

III.	Eksik Borç Kavramına Gerek Olup Olmadığı Sorunu.....	26
------	--	----

İKİNCİ BÖLÜM

EKSİK BORÇLARIN TÜRLERİ

I.	Doğuştan Eksik Borçlar.....	30
A)	Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar.....	30
1)	Genel Olarak.....	30
2)	Hüküm ve Sonuçları.....	35
B)	Evlenme Simsarlığından Doğan Borçlar.....	38
C)	Evlenmeden Kaçınma Hali İçin Öngörülen Cayma Tazminatı veya Cezaî Şart.....	40
1)	Genel Olarak.....	40
2)	Başlık Parası Sorunu.....	42
II.	Sonradan Eksik Borçlar.....	45
A)	Zamanaşımına Uğramış Borçlar.....	46
1)	Genel Olarak.....	46
2)	Zamanaşımının Hüküm ve Sonuçları.....	51
B)	Konkordato Dışında Kalan Borçlar.....	58
C)	Borç Ödemeden Aciz Belgesinde Yer Alan Alacak Faizleri.....	62
III.	Geçici Eksik Borçlar.....	66
IV.	Eksik Borç Olup Olmadığı Tartışmalı Olan Durumlar.....	67
A)	Ahlâkî Yükümlülüklerin İfası.....	67
1)	Genel Olarak.....	67
2)	Eksik Borç Olup Olmadığı Sorunu.....	68
B)	Hukuka veya Ahlâka Aykırı Bir Sonucun Gerçekleşmesi Amacıyla Yerine Getirilen Edimlerin İadesi Borcu.....	70
1)	Genel Olarak.....	70
2)	İade Borcunun Eksik Borç Olup Olmadığı Sorunu.....	74
C)	Şekle Aykırılık.....	75
1)	Genel Olarak.....	75
2)	Şekle Aykırı Sözleşmelerden Eksik Borç Doğduğu Görüşü.....	77

3) Eksik Borç Görüşüne Yöneltilen Eleştiriler.....	79
D) Pactum de Non Petendo.....	81
1) Kavram.....	81
2) Eksik Borç Doğup Doğmadığı Sorunu.....	83
E) Malikin İyiniyetli Zilyet Karşısındaki Borcu.....	86
1) Genel Olarak.....	86
2) Eksik Borç Olup Olmadığı Sorunu.....	88
F) Emeğini veya Gelirini Aileye Özgüleyen Altsoyun Denkleştirme Alaca- ğı.....	90
1) Genel Olarak.....	90
2) Eksik Borç Olup Olmadığı Sorunu.....	91
G) Centilmenlik Anlaşmaları.....	93
1) Kavram.....	93
2) Eksik Borç Doğup Doğmadığı Sorunu.....	93

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EKSİK BORÇLARIN HUKUKÎ SONUÇLARI

I. Eksik Borçların Genel Sonuçları.....	96
A) Hukuken Borç Niteliği Taşınması.....	96
1) Genel Olarak.....	96
2) Alacağın Temliki ve Borcun Üstlenilmesinin Mümkün Olması.....	99
3) Borçlu Temerrüdünün Mümkün Olup Olmadığı Sorunu.....	100
a) Doğuştan Eksik Borçlar Bakımından.....	100
b) Sonradan Eksik Borçlar Bakımından.....	101
B) Dava İmkanının Bulunmaması veya Zayıflaması.....	103
1) Genel Olarak.....	103
2) Eksik Borcun Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesinden Kaynaklanan Ta- lepler.....	104
C) İfa Halinde İadenin Talep Edilememesi.....	106
1) Genel Olarak.....	106
2) Hata Sebebiyle İptalin Mümkün Olmaması.....	107

3) Eksik Borcun İfasının Bağışlama Teşkil Etmemesi.....	108
II. Eksik Borçların Özel Sonuçları.....	109
A) Takas Bakımından.....	109
1) Genel Olarak.....	109
2) Eksik Borçların Takası.....	114
a) Zamanaşımına Uğramış Borçların Takası.....	114
b) Diğer Eksik Borçların Takası.....	118
B) Kefalet Bakımından.....	119
1) Genel Olarak.....	119
2) Eksik Borçların Kefaletle Güvence Altına Alınması.....	124
a) Doğuştan Eksik Borçlara Kefalet.....	124
aa) Kumar ve Bahisten Doğan Borçlara Kefalet.....	124
bb) Evlenme Simsarlığından Doğan Borçlara Kefalet.....	127
b) Sonradan Eksik Borçlara Kefalet.....	128
aa) Zamanaşımı.....	128
aaa) Kefil Olunan Borcun Zamanaşımına Uğraması.....	128
bbb) Zamanaşımına Uğramış Borçlara Kefalet.....	130
bb) Diğer Sonradan Eksik Borçlara Kefalet.....	133
C) Rehin Bakımından.....	135
1) Genel Olarak.....	135
2) Eksik Borçlar ve Rehin.....	137
a) Eksik Borçların Rehinle Güvence Altına Alınması.....	137
aa) Doğuştan Eksik Borçların Rehinle Güvence Altına Alınması.....	137
bb) Sonradan Eksik Borçların Rehinle Güvence Altına Alınması.....	139
b) Eksik Borçlara İlişkin Alacakların Rehnedilmesi.....	142
D) Cezaî Şart Bakımından.....	144
1) Genel Olarak.....	144
2) Eksik Borçlar İçin Cezaî Şart Kararlaştırılması.....	147
a) Doğuştan Eksik Borçlar İçin Cezaî Şart Kararlaştırılması.....	147
b) Sonradan Eksik Borçlar İçin Cezaî Şart Kararlaştırılması.....	151
E) Yenileme Bakımından.....	152
1) Genel Olarak.....	152

a) Yenilemenin Şartları.....	153
b) Yenilemenin Hüküm ve Sonuçları.....	154
2) Eksik Borçların Yenilemeye Konu Olması.....	155
a) Doğuştan Eksik Borçlar Bakımından.....	155
b) Sonradan Eksik Borçlar Bakımından.....	159
SONUÇ.....	163
BİBLİYOGRAFYA.....	168
ÖZGEÇMİŞ.....	203



KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
Art.	: Article/Artikel
ATF	: Arrêts du Tribunal fédéral suisse
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Bkz.	: Bakınız
BÜHFD	: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
CF	: Conseil fédéral
DCFR	: Draft Common Frame of Reference
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas numarası
eBK	: 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FF	: Feuille fédérale
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
HGK	: (Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HÜHFD	: Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu/Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)
İİD	: (Yargıtay) İcra ve İflâs Dairesi
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
İsv.	: İsviçre
JdT	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar sayısı
Kars.	: Karşılaştırınız
Kazancı	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com)
m.	: Madde
MBD	: Manisa Barosu Dergisi
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Paragraf/Kenar Numarası
No	: Number
PECL	: Principles of European Contract Law
PICC	: Unidroit Principles
RG	: Resmî Gazete
RJB	: Revue de la société des juristes bernois
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

V	: Volume
vd.	: Ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YÜD	: Yaşar Üniversitesi Dergisi



RÉSUMÉ

Les obligations naturelles, prenant leurs origines depuis le droit romain ; signifient une notion qui désigne des obligations dont le débiteur ne peut pas être forcé à exécuter l'obligation à travers l'introduction d'un litige ou par le déclenchement de l'exécution forcée, or une fois exécutées, l'exécution de ces obligations naturelles est dotée de tous les effets juridiques d'une exécution valide. Dans le fond des obligations dites naturelles, il existe une obligation juridiquement valide ; par conséquent, une fois exécutées volontairement, il est impossible d'en demander la répétition. Ayant considéré les créances autour de ces obligations comme ne méritant pas de protection, le législateur a barré les voies de recours qui en assureraient l'exécution forcée. Il serait difficile de dire que cette notion a été examinée en détail et par tous ses aspects dans la doctrine turque. L'objectif de notre étude est de combler ce vide au meilleur de nos capacités. Dans la législation, non seulement on ne constate aucune définition des obligations naturelles ; mais il n'existe aucune disposition légale qui précise quelles obligations font partie de cette catégorie non plus. C'est pour cette raison que la détermination des types d'obligations qui font partie de la catégorie des obligations naturelles est largement controversée. L'existence d'une obligation de cette sorte est constatée en général dans les cas où le législateur reconnaît l'existence d'un droit de créance, mais prive ce droit de créance d'un droit d'être satisfait avec force par le biais des organes étatiques. Sont examinés dans cette thèse la notion d'obligation naturelle et son développement historique ; les espèces des obligations naturelles et les conséquences juridiques qu'elles produisent.

Dans la première partie de notre étude, la notion d'obligation naturelle a été examinée de manière détaillée. Dans ce contexte, initialement la notion d'obligation naturelle et les différences qu'elle porte des autres notions utilisées dans la doctrine pour désigner ces obligations ont été constatées. Ensuite, le développement historique des obligations naturelles et les espèces d'*obligatio naturalis* qui sont les analogues de ces obligations en droit romain ont été traités dans leurs principaux aspects. Encore ont été évaluées dans cette partie, les opinions autour de la problématique concernant le besoin d'une telle notion.

Les obligations dites “imparfaites” en droit turc actuel étaient appelées *obligatio naturalis* (obligations naturelles) en droit romain. L’*obligatio naturalis* étant une institution instaurée pour pouvoir expliquer les obligations des esclaves en Rome, s’est procuré de nos jours une nature avec de vastes différences comparé à son ancien sens. En droit romain, pour certaines obligations, l’existence d’un droit d’agir en justice (*actio*) était exclue ; or, une fois exécutées, le droit de rétention de prestation (*soluti retentio*) avait été reconnu. Tandis que cette sorte d’obligations étaient dénommées *obligatio naturalis* (obligations naturelles) ; les obligations pour lesquelles l’action et l’exécution forcée étaient possibles ont été qualifiées comme *obligatio civilis* (obligations civiles). Ces sortes d’*obligatio naturalis* en droit romain sont largement différentes des obligations traitées sous les obligations naturelles d’aujourd’hui. En droit romain, il est constaté que l’exclusion du droit d’agir en justice est causée par le statut juridique de la personne qui entre dans un lien d’obligation. Au contraire, dans le régime juridique moderne, il est constaté que le législateur, ne pas tenant en compte les personnes qui souscrivent à l’acte juridique, sanctionne directement l’acte propre en le proclamant une obligation naturelle.

Certaines obligations naturelles d’aujourd’hui, comme des sortes d’*obligatio naturalis* en droit romain, naissent dès le début comme des obligations naturelles ; d’autres se revêtent de ce caractère ultérieurement. Dans ce contexte, il est possible de faire une dichotomie des obligations naturelles comme des obligations naturelles *ab initio* et des obligations devenues ultérieurement naturelles. Dans la seconde partie de notre étude, les sortes des obligations naturelles ont été traitées à travers une distinction de cette manière. Les obligations naturelles *ab initio* sont les obligations découlant des paris, les obligations découlant de courtage matrimonial et les clauses pénales et les dédits prévues pour le cas de non-exécution d’une promesse de mariage. Ces obligations sont privées d’être procurés par le biais d’action ou d’exécution forcée des leurs apparitions. C’est pour cela que ce caractère des obligations naturelles *ab initio* est pris d’office en considération par le juge. Le législateur n’a pas accordé la valeur d’être protégée à ces types d’obligations à cause de leur caractère immoral, et a barré toutes les voies visant leur exécution. Sous la classification des obligations ultérieurement devenues naturelles figurent les obligations pres-

crites, les obligations exclues du concordat, et les créances d'intérêts se fondant sur les actes de défaut de biens. Ces obligations, bien que nées comme des obligations parfaites, voient leurs droits d'agir en justice affaiblis dans le temps. Il n'est pas possible de dire que le droit d'agir en justice pour ces obligations disparaît automatiquement. Pour que les obligations considérées dans cette classification gagnent la qualité d'obligation naturelle, il faut que le débiteur soulève une exception. En d'autres termes, le législateur a laissé l'appréciation de revêtir ces obligations avec la qualité d'obligation naturelle. Le débiteur ne peut exclure la possibilité d'action et d'exécution forcée par poursuite qu'en utilisant le droit de soulever une exception qui lui est conférée par la loi. Ainsi, il est possible de dire que les obligations de cette sorte ne portent pas de différences d'une obligation parfaite quelconque ; jusqu'à ce que le droit de soulever d'une exception ne soit utilisée.

D'une autre part, l'existence des obligations temporairement naturelles étaient acceptée pendant le temps où l'ancien Code civil no. 743 était en vigueur. Dans l'article 169 de celui-ci, il était prévu que les époux ne peuvent pas poursuivre les obligations qu'elles doivent l'un à l'autre ; tandis que l'union conjugale continuait. Dans la doctrine, les obligations des époux pendant l'union conjugale étaient considérées naturelles. Or, il est actuellement impossible d'admettre l'existence des obligations temporairement naturelles, puisque le Code civil turc no. 4721 ne contient pas cette dernière disposition.

Pour certaines sortes d'obligation naturelle, il est impossible de les considérer ni comme naturelles *ab initio*, ni comme ultérieurement devenues naturelles. Il est possible de mentionner les obligations découlant du *pactum de non petendo* comme exemple parmi ce type d'obligations naturelles. Dans le *pactum de non petendo*, l'obligation naturelle apparaît avec la volonté des parties. Différemment des autres sortes d'obligations naturelles ; ici il ne s'agit pas d'une obligation naturelle découlant d'une base légale. Pour cette raison, le moment de création de l'obligation naturelle sera le moment de la conclusion du *pactum de non petendo*. Si ce contrat est conclu au moment de la création de l'obligation principale, une obligation naturelle

ab initio sera en question ; s'il est conclu par un autre contrat ultérieur, une obligation ultérieurement devenue naturelle sera en question.

À cause de la nature controversée des obligations naturelles en tant qu'une institution juridique, les types d'obligations qui sont incluses dans cette classification est une question aussi clivante dans la doctrine. Dans notre étude, des obligations qui ont été classifiés sous les obligations naturelles par certains auteurs, mais cette qualité desquelles est ostensiblement controversée, ont été traités sous le titre de « les cas où la qualité d'obligation naturelle est discutée » Sous ce titre, des informations générales ont été délivrées premièrement, et ensuite les opinions sur la question si ces obligations sont naturelles ont été transmises et évaluées. Au meilleur de notre capacité de les déterminer, les principaux cas où la nature naturelle des obligations est controversée sont les suivants : L'exécution des devoirs moraux, l'obligation de restitution des prestations exécutées dans le but de réaliser une conséquence illégal ou immoral, les obligations nées du vice de forme, les obligations découlant du *pactum de non petendo*, l'obligation du propriétaire envers le possesseur de bonne foi, la créance de l'indemnité équitable due aux enfants ou aux petits-enfants à raison de prestations fournies au ménage commun et les obligations découlant des accords entre gentilshommes. Dans la portée de notre étude, nous admettons que la naissance d'une obligation naturelle n'est possible que dans le cadre des *pactum de non petendo* et des accords entre gentilshommes. Dans le cas des accords entre gentilshommes, il est possible de parler d'une obligation naturelle à condition d'avoir admis que les parties sont contraints d'une obligation dans le sens juridique et que seulement ils ont exclu la possibilité d'action et de poursuite ; or, dans ce cas, une situation comparable à un *pactum de non petendo* est en question. D'une autre part, pour nous, il n'est possible de porter sur des obligations naturelles que pour obligations patrimoniales. Pour cette raison, nous pensons qu'il n'est pas possible de traiter les obligations extrapatrimoniales comme l'obligation de donner des matières biologiques, contrairement aux auteurs qui les traitent comme des obligations naturelles. De même, il est impossible de soutenir que le contrat de fiançailles entame une obligation naturelle de la réalisation du mariage.

La troisième et ultime partie de notre étude porte sur les conséquences juridiques des obligations naturelles. Comme chaque sorte d'obligation naturelle a ses propres particularités, la question a été traitée avec une distinction à deux directions : premièrement les conséquences juridiques communes qui sont valables pour toute obligation naturelle ont été expliquées sous le titre des « conséquences générales des obligations naturelles ». Ensuite sont traitées les conséquences spéciales (possibles) qui seraient en question dans les cas où ces obligations font le sujet de certains actes juridiques.

Les attributs communs à toutes les obligations naturelles sont leur qualité d'obligation juridique, l'inexistence ou l'affaiblissement de la possibilité d'agir en justice et l'impossibilité de demander la restitution en cas d'exécution. Toutes les obligations naturelles ont dans leurs fondements une obligation en sens juridique. La seule défense prévue par le législateur pour elles est celle de forcer le débiteur à l'exécution par le biais des organes étatiques. Dans ce contexte, les obligations naturelles peuvent former le sujet de l'acte de cession de créance et de l'acte de la reprise de dette. D'ailleurs, les obligations naturelles *ab initio* ne peuvent pas être le sujet de la demeure, car ces obligations ne deviennent jamais exigibles. Dans les cas qui tombent sur la classification des obligations ultérieurement devenues naturelles, la demeure est possible jusqu'au soulèvement d'une exception ; mais avec le soulèvement de l'exception, la possibilité de mettre le débiteur en demeure est exclue. L'impossibilité de faire exécuter les obligations naturelles par action en justice se répand aussi vers les accessoires autour de ces obligations. Pour cette raison, il ne sera pas possible de demander l'intérêt négatif d'une personne qui n'exécute pas son obligation naturelle, car une conséquence contraire à cela signifierait l'assurance de l'exécution forcée d'une obligation naturelle. En revanche, nous sommes d'opinion qu'il n'existe pas d'obstacle à l'utilisation de droit de résiliation dans les contrats qui font naître des obligations naturelles, car la résiliation n'a pas de conséquence de satisfaire l'intérêt juridique du créancier découlant de l'exécution. De surcroît, la responsabilité *culpa in contrahendo* est possible pour les obligations naturelles. Une autre conséquence des obligations naturelles est l'inexistence ou l'affaiblissement de la possibilité d'action en justice. L'inexistence totale de possibilité d'action en justice

concerne les obligations naturelles *ab initio*, tandis que l'affaiblissement de l'action en justice concerne les obligations ultérieurement devenues naturelles. Une fois exécutées, il est impossible de demander la restitution des obligations naturelles. Le fondement de ce dernier, repose sur l'idée que l'exécution en question concerne une obligation valide et existante. Dans ce contexte, ni l'enrichissement illégitime, ni une donation ne seront en question ; car l'exécution faite n'a pas la donation en tant que cause juridique. Cette conséquence ne change pas à cause de l'erreur de la part de la personne qui les exécute en ce qui concerne le caractère naturel de l'obligation, et les prestations faites ne pourront pas être demandées en restitution.

Les obligations naturelles causent de différentes conséquences dans les cas où elles font le sujet de certains actes juridiques. Dans le cadre de notre étude, sous le titre de « conséquences particulières des obligations naturelles », sont traités les effets et conséquences juridiques entraînés par ces obligations dans le contexte des actes de compensation, cautionnement, gage, clause pénale et novation. Dans le sujet de la compensation des obligations naturelles, les obligations prescrites possèdent une place particulière. La loi prévoit qu'à condition qu'elle ne soit pas encore prescrite au moment où le droit de compensation apparaît, il est possible d'utiliser les obligations prescrites comme créance exigible dans la compensation. D'autres créances découlant des obligations naturelles ne peuvent pas être utilisées comme créances exigibles en compensation. En ce qui concerne le cautionnement pour les obligations naturelles, il faut les traiter en les distinguant comme obligations naturelles *ab initio* et obligations ultérieurement devenues naturelles. Il est prévu dans la loi que le cautionnement pour les obligations naturelles *ab initio* est possible. Or, dans ce cas, la caution peut invoquer le caractère d'obligation naturelle de la dette principale. Par contre, il est prévu dans la loi que la caution qui sciemment cautionne une dette prescrite ne pourra pas soulever l'exception de prescription. Il faut aussi faire une distinction entre les obligations naturelles *ab initio* et les obligations ultérieurement devenues naturelles dans le cas de gage pour les obligations naturelles : Il n'est pas possible d'assurer les obligations naturelles *ab initio* avec un gage, car une conséquence contraire à cela signifierait l'assurance de l'exécution forcée d'une obligation naturelle. Les obligations ultérieurement devenues naturelles peuvent être

assuré avec gage, car ces obligations ne deviennent pas des obligations naturelles dans le sens complet jusqu'à ce que le droit de soulever une exception ne soit utilisé. Dans la doctrine, la problématique des gages sur les créances concernant les obligations naturelles n'a pas été traitée de façon intensive. Comme pour une créance d'être constituée en gage, il suffit que la créance soit cessible ; selon nous, il est possible pour les créances concernant les obligations naturelles d'être constituées en gage. Les clauses pénales conclues pour les obligations naturelles produiront des conséquences et des effets différents selon le type de l'obligation naturelle. Pour les obligations naturelles *ab initio*, il est impossible de conclure les clauses pénales. La fonction pénalisante de la clause pénale sur le débiteur est le plus grand obstacle vers cela. Pour les obligations ultérieurement devenues naturelles, il faut faire une distinction entre les obligations prescrites et les autres obligations ultérieurement devenues naturelles. Pour les obligations prescrites, il est possible de conclure une clause pénale. Par contre, pour les obligations hors concordat et pour les créances d'intérêts se fondant sur un acte de défaut de biens, il est impossible de conclure une clause pénale, car l'admission d'une conséquence au contraire serait incompatible avec la qualité de ces actes. Pour la novation des obligations naturelles, il faut aussi faire une distinction : tandis qu'il est impossible de novier les obligations naturelles *ab initio*, il est possible de novier les obligations ultérieurement devenues naturelles.

ABSTRACT

Natural obligations, having their origins in Roman law, are non-enforceable obligations. However, non-enforceability does not imply invalidity; at the heart of these so-called “natural” obligations lie valid and legally relevant obligations. For this reason, once the performance is made and the obligation is fulfilled, the debtor is not allowed by law to bring an action to take it back. The lawmaker considered the claims entailing these obligations as unworthy of legal protection and barred any remedies that may ensure their enforcement. It would be difficult to say that natural obligations have been examined in detail with all of its aspects in Turkish doctrine. The aim of this thesis is to provide a detailed study to fill in this gap in the doctrine. While it is not possible to find a definition of natural obligations in the legislation, there are not any legal provisions specifying which obligations shall be considered in this category either. For this reason, the question of which obligations fall into this category is highly controversial. These obligations are usually distinguished in the situations where the lawmaker recognizes the existence of a right, but deprives it of the ability to be enforced. In this study, the concept of natural obligations, their historical development and the types of obligations that fall into this category along with their legal effects are examined.

The concept of natural obligations is examined in the first section of the study. Firstly, the concept of natural obligations is analyzed and later on, the differences between the other concepts used in the doctrine to define these obligations are identified. Secondly, the historical development of natural obligations and the concept of *obligatio naturalis*, the equivalent of natural obligations in Roman law, is outlined. Thirdly, the question of whether the notion of natural obligations is really needed to define the non-enforceable obligations and the scholars’ opinions on this question are assessed in the last part of the first section.

Natural obligations were known as *obligatio naturalis* in Roman law. The concept of *obligatio naturalis*, which was first established to identify the obligations of the slaves in Rome, has acquired a completely different nature in modern legal sys-

tems. In Roman law, some obligations were deprived of an *actio* (right to sue), however, once the debtor made the performance and fulfilled these obligations, the creditor was given *soluti retentio* (right of retention). Whilst these types of obligations were known as *obligatio naturalis* (natural obligations); the obligations under which the creditor has the right to sue the debtor, that is, the enforceable obligations were known as *obligatio civilis* (civil obligations). The types of *obligatio naturalis* in Roman law notably differ from the natural obligations in modern legal systems. In Roman law, the legal status of a person was the most important matter at deciding whether the obligation should be considered as *obligatio naturalis* or *obligatio civilis*. However, in modern legal systems, the lawmaker does not take the legal status of the persons into account, but only sanctions the legal transaction itself with non-enforceability.

While certain types of the natural obligations are born as natural obligations, some of them are born as civil (enforceable) obligations, but gain this “natural” character later, due to specific reasons. In this context, it is possible to make a two-fold distinction between the types of natural obligations: *ab initio* natural obligations and obligations that become “natural” subsequently. In the second section of our study, the types of natural obligations are examined through this distinction. Types of *ab initio* natural obligations are; obligations arising from gambling and betting, obligations arising from marriage brokerage contracts and the penal clause or the forfeit in the event of non-performance of the marriage promise. These obligations *ab initio* lack the ability to be enforced. For this reason, if the claims entailing these obligations are brought before the court, the judge has to dismiss the action *ex officio*. The lawmaker considered these obligations as unworthy of legal protection and therefore barred any remedies that may ensure their enforcement. Types of the obligations that become natural subsequently are; claims barred by prescription, non-concordat debts and interest claims based on act of defaults. These obligations are born as civil (enforceable) obligations but subsequently lose their ability to be enforced and turn into natural obligations. However, this does not occur automatically. For these obligations to turn into natural obligations, the debtor has to make a peremptory defense in court. In other words, these obligations remain as civil obligations unless the debtor

raises a peremptory defense. These obligations lose their enforceability only if the debtor uses their right to change these obligations into natural obligations. Therefore, it is possible to say that obligations that become natural subsequently are no different than civil obligations unless the peremptory defense is made.

On the other hand, the existence of “temporarily natural obligations” was accepted during the time while Turkish Civil Code No. 743 (abolished) was in effect. In Article 169 thereof, the rule of non-enforceability for the claims arising between the spouses during the marital union was envisaged. For this reason, the claims arising between the spouses during the marital union were considered to be “temporarily” natural obligations, as there were no legal obstacles for the spouses to enforce their claims after the marital union ended. Temporarily natural obligations do not exist in today’s Turkish law since Turkish Civil Code No. 4721 was put into effect.

Some types of natural obligations do not fit into both categories. Obligations arising from *pactum de non petendo* are of this kind. *Pactum de non petendo* is an agreement in which the creditor promises not to enforce a debt. In other words, *pactum de non petendo* is an agreement by which the parties create a natural obligation. Unlike the other types of natural obligations, in *pactum de non petendo*, the natural obligation does not arise from a legal basis; instead it is brought about by the agreement made between the parties. Therefore, in *pactum de non petendo*, the natural obligation is born at the very moment *pactum de non petendo* is made. If *pactum de non petendo* is made alongside with the principal contract, from which the enforceable obligation arises, an *ab initio* natural obligation will be in question. However, if *pactum de non petendo* is concluded after the principal contract is made, then an obligation that becomes natural subsequently will be in question.

Because natural obligations is a highly controversial concept, the question of which obligations fall into this category is very debatable as well. In this thesis, the obligations, which are considered to be “natural” by some scholars, will be examined under the topic of “situations from which whether a natural obligation arises is in question”. Under this topic, having given some background information, the opinions

on whether these are natural obligations are conveyed and evaluated. As far as we could identify, these are the situations from which whether a natural obligation arises are in question: The performance of moral duties, the restitution of the performance made for realization of an illegal or immoral result, obligations in the event of defect of form, obligations arising from *pactum de non petendo*, the obligation of the owner towards the possessor in good faith, the fair compensation claimed by the children for services provided the household with, and finally, the obligations arising from Gentlemen's Agreements. Among these, we only consider obligations arising from *pactum de non petendo* and Gentlemen's Agreements as natural obligations in this study. As for Gentlemen's Agreements, a natural obligation will arise only if the parties decide on creating a debtor-creditor relationship but excluding the enforceability. In this instance, a situation which is very similar to that of *pactum de non petendo* will arise. On the other hand, in our opinion, natural obligations can only arise from patrimonial obligations. For this reason, although there are scholars who contend the contrary, obligations such as the obligation to give biological materials will not give rise to a natural obligation. The same principle applies for promises of marriage, which do not make the parties bound by an obligation of getting married, as well.

In the third and the last section of our study, the legal effects of natural obligations are examined. Because every single type of natural obligations has its own nature and characteristics, their legal effects are identified through a two-fold distinction: Firstly, the legal effects which are the same for all of the natural obligations are investigated under the topic of "the general legal effects of natural obligations". Then, secondly, the legal effects that natural obligations give rise to when they are the subjects of some legal transactions are investigated under the topic of "the special (particular) legal effects of natural obligations".

There are three legal effects that, regardless of their type, all natural obligations bear. First one is that all of them bear valid and legally relevant obligations. The second one is the lack or weakening of enforceability. Finally, the third one is that once the performance made and the obligation is fulfilled, the debtor is not allowed

by law to bring an action to take back what is given. At the heart of all natural obligations lie valid and legally relevant obligations. The only thing about the natural obligations that the lawmaker barred is their enforceability. For this reason, for example, the debts arising from these obligations may be assigned just like a civil (enforceable) obligation. On the other hand, since these obligations lack enforceability, the debtor never defaults because these obligations are never due. As for the obligations that become natural subsequently, since these obligations are born as civil obligations, debtor may default unless the peremptory defense is made. Once the peremptory defense is made, since the obligation turns into a natural one, the debtor cannot be defaulted. Non-enforceability of natural obligations also enures to the secondary obligations that arise from them. Therefore, for example, the creditor cannot claim positive damages, because the other way round may cause indirect enforcement of the natural obligations. On the other hand, the debtor holds the right to rescind, as this right does not result in the enforcement of natural obligations. The same rule applies for *Culpa in Contrahendo* responsibility as well. Another legal effect that is the same for all natural obligations is the lack or weakening of enforceability. While the lack of enforceability applies for *ab inito* natural obligations; the weakening of enforceability is in question for obligations that become natural subsequently. Finally, the last legal effect, which is the same for all types of natural obligations, is that once they are performed, the debtor cannot sue the creditor on the basis of *condictio indebiti*. The legal basis of this rule is the fact that, even though these are non-enforceable obligations, after all, they are valid and legally relevant “obligations”. So, if the debtor performs the obligation, they will have performed a legally valid obligation. For this reason, they are not allowed by law to bring an action to take back what is given. The performance of natural obligations cannot also be interpreted as donation because the legal basis of performance is not *causa donandi*; it is *causa solvendi* instead. Even if these obligations are fulfilled by mistake, there is no way to bring an action to take them back.

Natural obligations bear different legal effects when they are the subjects of certain legal transactions. In this study, under the topic of “the special (particular) legal effects of natural obligations”, these effects are analyzed. In this context, we

examined the results that will occur when natural obligations are the subjects of suretyship, set-off, pledge, penal clause and novation. As for set-off of natural obligations, the claims barred by prescription have a special position: these claims can be set-off unless the debtor has the right to invoke prescription as a peremptory defense at the moment right to set-off is born. Aside from claims barred by prescription, other natural obligations cannot be set-off. As for suretyship, the question has to be analyzed through a two-fold distinction: standing surety for *ab initio* natural obligations and standing surety for obligations that become natural subsequently. The suretyship for *ab initio* natural obligations is possible, as envisaged in Turkish Code of Obligations No. 6098. However, in this situation, the surety holds the right to not perform the obligation, as it is a non-enforceable one. On the other hand, for obligations that become natural subsequently, if surety stands knowing that the claim is barred by prescription, they are not allowed to invoke prescription. As for pledge, the question has to be analyzed through another two-fold distinction: pledging for *ab initio* natural obligations and pledging for obligations that become natural subsequently. *Ab initio* natural obligations cannot be secured by pledge, as this causes the enforcement of these obligations. However, obligations that become natural subsequently can be secured with a pledge, as these obligations do not turn into natural ones unless the peremptory defense is made. The question of whether it is possible to put natural obligations in pledge is not investigated in Turkish doctrine. Since assignability is adequate for a claim to be put in pledge, in our opinion, it is possible to put natural obligations in pledge. As for the penal clauses in the event of non-performance of natural obligations, these clauses are null and void for *ab initio* natural obligations. The punitive function of the penal clause is the biggest legal obstacle for this. However, it is possible to agree on a penal clause for claims barred by prescription, whereas it is not possible to do it for other types of obligations that become natural subsequently. As for novation, whilst *ab initio* natural obligations cannot be novated through novation; it is possible to novate the obligations that become natural subsequently.

ÖZET

Kökenleri Roma hukukuna dayanan bir kavram olan eksik borçlar, borçlunun ifaya dava ve cebrî icra yoluyla zorlanamadığı, fakat ifa edildiği takdirde geçerli bir ifanın tüm hüküm ve sonuçlarını doğuran borçları ifade etmektedir. Eksik borç olarak değerlendirilen borçların temelinde hukukî anlamda geçerli bir borç mevcuttur, bu sebeple de bu borçlar ifa edildikleri takdirde geri istenemezler. Kanun koyucu bu borçlara ilişkin alacakları korumaya değer görmemiş, bu sebeple bunların zorla ifasını sağlayacak yolları kapatmıştır. Türk doktrinde bu kurumun tüm yönleriyle detaylı bir şekilde incelendiğinden söz etmek güçtür. Çalışmamızın hedefi bu açıklığı elimizden geldiğince gidermektir. Kanunlarda eksik borçlara ilişkin herhangi bir tanıma rastlanmadığı gibi; bu sınıfa giren borçların hangi borçlar olduğuna dair bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Bu sebeple eksik borçlar sınıfına ne tür borçların girdiği hususu bir hayli tartışmalıdır. Genellikle bu tür bir borcun varlığı kanun koyucunun bir alacak hakkının mevcudiyetini tanıyıp bunu devlet organları vasıtasıyla zorla elde edilme hakkından mahrum bıraktığı durumlardan anlaşılmaktadır. Bu tez çalışmasında eksik borç kavramı ve tarihî gelişimi, eksik borçların türleri ve doğurdukları hukukî sonuçlar incelenmiştir.

Çalışmamızın ilk bölümünde eksik borç kavramı detaylıca incelenmiştir. Bu bağlamda öncelikle eksik borç kavramı ve doktrinde bu borçları ifade etmek için kullanılan diğer kavramlarla arasındaki farklar tespit edilmiştir. Sonrasında ise eksik borçların tarihî gelişimi, bu borçların Roma hukukundaki görünümü olan *obligatio naturalis* türlerine ana hatlarıyla değinilmiştir. Ayrıca bu bölümde eksik borç kavramına gerek olup olmadığı sorununa ilişkin görüşler değerlendirilmiştir.

Günümüzde eksik borç olarak bilinen borçlar Roma hukukunda *obligatio naturalis* (doğal/tabiî borç) olarak ifade edilmekteydi. Roma'da kölelerin borçlarını izah edebilmek için ihdas edilmiş bir müessese olan *obligatio naturalis*, günümüzde oldukça farklı bir mahiyet kazanmıştır. Roma hukukunda bazı borçlar için dava hakkının (*actio*) varlığı kabul edilmemiş; fakat ifa edildiğinde alacaklıya edimi muhafaza yetkisi (*soluti retentio*) tanınmıştır. Bu tarz borçlar *obligatio naturalis* (doğal/tabiî

borç) olarak anılmaktayken; dava ve cibrî icra olanağı bulunan borçlar *obligatio civilis* (medenî borç) olarak nitelendirilmiştir. Roma hukukundaki bu *obligatio naturalis* türleri günümüzde eksik borç başlığı altında incelenen borçlardan bir hayli farklıdır. Roma hukukuna bakıldığında dava hakkının ortadan kaldırılmasının sebebinin borç ilişkisi içine giren kişinin hukukî statüsü olduğu görülmektedir. Modern hukuk düzeninde ise kanun koyucunun hukukî işlemi gerçekleştiren kişilere bakmadan, direkt işlemin kendisini eksik borç yaptırımına bağladığı görülmektedir.

Günümüzdeki eksik borçların bazıları, tıpkı Roma hukukundaki *obligatio naturalis* türlerinde olduğu gibi, baştan itibaren eksik borç olarak doğarken; bazıları da bu vasfı, çeşitli sebeplerle, sonradan kazanmıştır. Bu bağlamda eksik borçları doğuştan eksik borçlar ve sonradan eksik borçlar olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutmak mümkündür. Çalışmamızın ikinci bölümünde eksik borçların türleri bu şekilde bir ayrıma tâbi tutularak incelenmiştir. Doğuştan eksik borç türleri kumar ve bahisten doğan borçlar, evlenme simsarlığından doğan borçlar ve evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya cezaî şarttır. Bu borçlar doğdukları andan itibaren dava ve icra yoluyla elde edilme kabiliyetinden yoksundur. Bu sebeple, doğuştan eksik borçların bu niteliği bunlara ilişkin açılan davada hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulur. Kanun koyucu bu tür borçları ahlâka aykırı nitelikleri sebebiyle korunmaya değer görmemiş ve bunların ifasına yönelik her türlü yolu kapatmıştır. Sonradan eksik borçlar sınıfını ise zamanaşımına uğramış borçlar, konkordato dışındaki kalan borçlar ve borç ödemedен aciz belgesinde yer alan alacak faizleri oluşturmaktadır. Bu borçlar, birer tam borç olarak doğmuş olmasına rağmen zamanla dava hakkının zayıfladığı borçlardır. Bu borçlar bakımından dava hakkının kendiliğinden ortadan kalktığını söylemek mümkün değildir. Bu sınıfta incelenen borç türlerinin eksik borç niteliği kazanabilmesi için borçlunun def'i öne sürmesi gerekir. Başka bir ifadeyle, kanun koyucu bu borçlara eksik borç niteliği kazandırma yetkisini borçluya bırakmıştır. Borçlu, ancak kanunun kendine tanıdığı def'i hakkını kullanarak dava ve cibrî icra yoluyla takip olanağını bertaraf edebilir. Bu sebeple bu sınıfa giren borçların def'i hakkı kullanılmadığı sürece dava ve icra edilebilirlik açısından herhangi bir tam borçtan farksız olduğunu söylemek mümkündür.

Öte yandan, 743 sayılı eski Medeni Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde geçici nitelikte eksik borçların da varlığı kabul edilmekteydi. Söz konusu kanunun m. 169 hükmünde evlilik birliği devam ettiği sürece eşlerin birbirine olan borçları için cebrî icra yoluna gidemeyeceği öngörülmüştü. Doktrinde eşlerin evlilik birliği süresince birbirlerine olan borçlarının bir eksik borç niteliği taşıdığı kabul edilmekteydi. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda bu kurala yer verilmediğinden, günümüz için geçici nitelikte eksik borçların varlığından söz etmek mümkün değildir.

Bazı eksik borç çeşitlerini ise ne doğuştan eksik borçlar ne de sonradan eksik borçlar kategorisine sokmak mümkündür. Bu borçlara *pactum de non petendo*'dan doğan borçlar örnek verilebilir. *Pactum de non petendo*'da eksik borç taraf iradelerine bağlı olarak doğmaktadır. Diğer eksik borç çeşitlerinden farklı olarak burada kanunî bir temelden doğan eksik borç söz konusu değildir. Bu sebeple eksik borcun doğacağı an tarafların *pactum de non petendo*'yu akdettikleri an olacaktır. Eğer bu sözleşme asıl borcun doğduğu an yapılıyorsa doğuştan eksik borçtan; sonradan ayrı bir sözleşme ile yapılıyorsa sonradan eksik borçtan söz edilecektir.

Eksik borçlar oldukça tartışmalı bir hukukî kurum olduğu için bu sınıfa giren borç çeşitlerinin neler olduğu hususu da doktrinde oldukça tartışmalıdır. Çalışmamız kapsamında bazı yazarlar tarafından eksik borç sınıfına sokulmuş, fakat bu niteliği bir hayli tartışmalı olan borçlar “eksik borç olup olmadığı tartışmalı olan durumlar” başlığı altında incelenmiştir. Bu başlık altında öncelikle bu borçlar hakkında genel nitelikte bilgiler verilmiş, sonrasında ise eksik borç olup olmadığına ilişkin görüşler aktarılmış ve değerlendirilmiştir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla doktrinde eksik borç olup olmadığı tartışmalı olan durumların belli başlıları şunlardır: Ahlâkî yükümlülüklerin ifası; hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla yerine getirilen edimlerin iadesi borcu; şekle aykırılık sonucu doğan borç; *pactum de non petendo*'dan doğan borçlar; malikin iyiniyetli zilyet karşısındaki borcu; emeğini veya gelirini aileye özgüleyen altsoyun denkleştirme alacağı ve centilmenlik anlaşmalarından doğan borçlar. Çalışmamız kapsamında bunlardan sadece *pactum de non petendo* ve centilmenlik anlaşmalarından eksik borç doğabileceğini kabul etmekteyiz. Centilmenlik anlaşmaları bakımından da, tarafların hukukî anlamda yükümlülük altı-

na girdikleri, fakat sadece dava ve takip imkânını ortadan kaldırdıkları kabul edilecek olursa bir eksik borçtan söz edilebilir; zira bu takdirde de *pactum de non petendo* benzeri bir durum ortaya çıkar. Öte yandan, kanaatimizce, sadece malvarlığı değerlerine ilişkin borçlar bakımından eksik borçlardan söz edilebilir. Bu sebeple doktrinde kimi yazarlar tarafından eksik borç olarak kabul edilen biyolojik madde verme borcu gibi malvarlığına ilişkin olmayan borçların eksik borçlar çerçevesinde incelenmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Aynı şekilde nişanlanma sözleşmesinden de evliliğin yapılmasına ilişkin eksik bir borcun doğduğundan söz edilemez.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümü eksik borçların hukukî sonuçlarına ilişkindir. Her eksik borç türünün kendine has özellikleri bulunduğu için bu mesele iki yönlü bir ayrım yaparak incelenmiştir: İlk olarak tüm eksik borçlar bakımından geçerli olan ortak hukukî sonuçlar, “eksik borçların genel sonuçları” başlığı altında açıklanmıştır. Sonrasında ise eksik borçların bazı hukukî işlemlere konu olmaları durumunda doğuracağı özel sonuçlar incelenmiştir.

Tüm eksik borçlar bakımından ortak olan özellikler bunların hukuken borç niteliği taşımaları, dava imkânının bulunmaması veya zayıflaması ve ifa halinde iadenin talep edilememesidir. Eksik borçların hepsinin temelinde hukukî anlamda bir borç bulunmaktadır. Kanun koyucunun bunlar bakımından yasakladığı yegâne şey borçlunun ifaya devlet organları vasıtasıyla zorlanmasıdır. Bu bağlamda eksik borçlar da alacağın temliki ve borcun üstlenilmesi işlemine konu olabilir. Öte yandan, doğuştan eksik borçlar bakımından temerrüt söz konusu olamaz; zira bu borçlar hiçbir zaman muaccel olmaz. Sonradan eksik borçlar sınıfına giren durumlarda ise def’i hakkı kullanılana kadar temerrüt mümkün olabilir; fakat def’i hakkının kullanılmasıyla borçlunun temerrüde düşürülme imkânı ortadan kalkar. Eksik borçların dava yoluyla elde edilme olanağının bulunmaması bu borçlara ilişkin tâli yükümlülükler bakımından da söz konusudur. Bu sebeple eksik borcunu ifa etmeyen birinden müspet zararın tazmini talep edilemeyecektir, zira aksi yönde bir sonuç eksik borçların zorla ifasının sağlanması anlamını taşır. Buna karşılık, eksik borç doğuran sözleşmelerde dönme hakkının kullanılmasının önünde bir engel bulunmadığı kanaatindeyiz, zira dönme hakkının kullanılması alacaklının ifaya yönelik menfaatini tatmin sonucu

doğurmaz. Aynı şekilde eksik borçlarda da *Culpa in Contrahendo* sorumluluğu söz konusu olabilir. Eksik borçların bir diğer sonucu da dava imkânının bulunmaması veya zayıflamasıdır. Dava imkânının hiç bulunmaması doğuştan eksik borçlar bakımından söz konusuyken; dava imkânının zayıflaması sonradan eksik borçlar bakımından söz konusudur. Eksik borçlar ifa edildiği takdirde geri istenememektedirler. Bunun temelinde yapılan ifanın geçerli ve mevcut bir borcun ifası olması düşüncesi yatmaktadır. Bu bağlamda sebepsiz zenginleşme gündeme gelemeyeceği gibi; bir bağışlamadan da söz edilemez, zira yapılan ifa bağışlama sebebiyle yapılmamaktadır. Eksik borçları ifa eden kişinin borcun bu niteliğine ilişkin olarak hataya düşmüş olması da bu sonucu değiştirmez ve yerine getirilen edimlerin iadesi istenemez.

Eksik borçlar çeşitli hukukî işlemlere konu olmaları durumunda farklı sonuçlar doğurmaktadır. Çalışmamız kapsamında “eksik borçların özel sonuçları” başlığı altında bu borçların takas, kefalet, rehin, cezaî şart ve yenileme işlemleri bakımından doğurduğu hüküm ve sonuçlar incelenmiştir. Eksik borçların takası hususunda zamanaşımına uğramış borçlar özel bir konuma sahiptir. Kanunda takas hakkının doğduğu anda zamanaşımına uğramamış olması koşuluyla, zamanaşımına uğramış borçların takasta aktif alacak olarak kullanılmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Diğer eksik borçlara ilişkin alacaklar ise takasta aktif alacak olarak kullanılamazlar. Eksik borçlara kefalet bakımından da doğuştan eksik borçlar ve sonradan eksik borçları ayırarak incelemek gerekir. Kanunda doğuştan eksik borçlara kefaletin mümkün olacağı öngörülmüştür. Fakat bu durumda kefil de asıl borcun eksik borç niteliğinde olduğu savunmasını yapabilecektir. Buna karşılık kanunda zamanaşımına uğramış borca bilerek kefil olan kişinin zamanaşımı def’ini ileri süremeyeceği öngörülmüştür. Eksik borçların rehinle teminat altına alınması hususunda da doğuştan ve sonradan eksik borçlar bakımından bir ayırım yapmak gerekir: Doğuştan eksik borçların rehinle teminat altına alınması mümkün değildir, zira aksi yönde bir sonuç eksik borçların zorla ifasının sağlanmasına yol açar. Sonradan eksik borçların ise rehinle teminat altına alınması mümkündür, zira bu borçlar def’i hakkı kullanılmadığı sürece tam anlamıyla eksik borca dönüşmemektedirler. Eksik borçlara ilişkin alacakların rehnedilmesi sorunu üzerinde ise doktrinde fazla durulmamıştır. Bir alacağın rehnedilebilmesi için devredilebilir olması yeterli olduğu için kanaatimizce eksik borçlara

ilişkin alacakların rehnedilmesi de mümkündür. Eksik borçlar için kararlaştırılacak cezaî şart da eksik borcun türüne göre farklı hüküm ve sonuçlar doğuracaktır. Doğuştan eksik borçlar için cezaî şart kararlaştırılması mümkün değildir. Cezaî şartın borçluyu cezalandırıcı işlevi bunun önündeki en büyük engeldir. Sonradan eksik borçlar bakımından ise bir ayırım yaparak zamanaşımına uğramış borçları ve diğer sonradan eksik borçları ayrı ayrı incelemek gerekir. Zamanaşımına uğramış borçlar için cezaî şart kararlaştırılması mümkündür. Fakat konkordato dışında kalan borçlar ve borç ödemedi aciz belgesinde yer alan alacak faizleri bakımından cezaî şart kararlaştırılması mümkün değildir; zira aksi yönde bir sonucun kabulü bu işlemlerin niteliğine aykırı düşer. Eksik borçların yenilenmesi için de bir ayırım yapmak gerekir: doğuştan eksik borçların yenilenmesi mümkün değilken, sonradan eksik borçların yenilenmesi mümkündür.

GİRİŞ

Eksik borçlar sınırları net olarak çizilemeyen, bir hayli tartışmalı ve oldukça geniş kapsamlı bir konudur. Türk doktrinde bu kurumun tüm yönleriyle detaylı bir şekilde incelendiğinden söz etmek güçtür. Çalışmamızın hedefi bu açıklığı elimizden geldiği kadarıyla kapatmaktır.

Çalışmamızın ilk bölümünde önce genel olarak eksik borç kavramı detaylı bir şekilde incelenmiş ve doktrinde eksik borçları ifade etmek için kullanılan diğer kavramlarla arasındaki farklar tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu bölümde ayrıca Roma hukukundaki *obligatio naturalis* türlerine ana hatlarıyla değinilmiş; ancak bunların detaylı bir şekilde incelenmesi çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır. Eksik borçların dava edilemeyen borçlar olması, borçlunun ifaya zorlanamadığı bir durumda hukukî anlamda bir alacak hakkının varlığından söz edilip edilemeyeceğine dair tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bu bölümde söz konusu tartışmalara da yer verilerek eksik borç kavramına gerek olup olmadığı sorunu incelenmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise eksik borç türleri detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Bu bağlamda ilk olarak eksik borç doğuran işlemler hakkında ayrıntılı bilgi verilmiş, sonrasında ise bunların doğurduğu hüküm ve sonuçlar tespit edilmiştir. Eksik borç kavramı sınırları net bir şekilde çizilemeyen, bir hayli tartışmalı bir alan olduğundan ötürü hangi durumların eksik borç sınıfına girdiğini kesin olarak tespit etmek mümkün değildir. Bu sebeple doktrinde genellikle eksik borç olduğu kabul edilen durumlar, doğuştan eksik borçlar ve sonradan eksik borçlar olmak üzere iki başlık altında incelenmiştir. Eksik borç niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmalı olan durumlar ise ayrı bir başlık altında ele alınmıştır. Bu bölümde önce söz konusu durumlar hakkında genel nitelikte bilgiler verilmiş; sonrasında ise eksik borç olup olmadığına ilişkin görüşler tartışılmıştır.

Nihayet çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise eksik borçların hukukî sonuçları incelenmiştir. Eksik borç kavramı bu kadar tartışmalı iken bir de bunların doğurduğu hukukî sonuçlar bakımından yeknesak neticelere varmak mümkün değildir. Her ne kadar tüm eksik borçlar bakımından bazı ortak özelliklerden bahsetmek mümkün olsa da, eksik borçların hepsinin doğası birbirinden farklı olduğu için konu

oldukları bazı hukukî işlemlerde farklı sonuçlar doğurabilmektedirler. Bu başlık altında genel sonuçlar ve özel sonuçlar olmak üzere iki yönlü bir ayırım yapılmıştır. Genel sonuçlar başlığı altında eksik borçların hepsi bakımından ortak olan sonuçlar ele alınmış; özel sonuçlar kısmında ise eksik borçların bazı hukukî işlemlere konu olmaları durumunda doğurduğu ve birbirinden farklı olan sonuçlar ele alınmıştır. Bu bağlamda eksik borçların özel sonuçlarının daha rahat anlaşılabilmesi için öncelikle konu oldukları hukukî işlemler hakkında ana hatlarıyla bilgi verilmiş, sonrasında ise eksik borçların bu işlemlere konu olmaları durumunda doğurdıkları hüküm ve sonuçlar incelenmiştir.

Sonuç kısmında ise çalışmamızda ele aldığımız hukukî sorunlar ve bu sorunların çözümüne ilişkin olarak varılan sonuçlara yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

Eksik Borç Kavramı ve Tarihî Gelişimi

I. Kavram

Bir borç kural olarak alacaklısına onu talep ve dava hakkı verir. Talep hakkı borçludan edime yönelik istemde bulunabilme olanağı tanırken¹; dava hakkı alacaklıya alacak hakkını gerektiğinde mahkemeler veya icra mercileri vasıtasıyla ileri sürme yetkisini verir². Fakat öyle borçlar vardır ki, kanun koyucu bunlardan bir alacak hakkı doğduğunu kabul etmesine rağmen, bu alacak hakkını korunmaya değer görmemiş, dava ve cebrî icra yoluyla elde edilme olanağından yoksun kılmıştır. Buna karşılık, bu borçlar hukuk düzeninin tamamen dışına da itilmemiştir. Bunlardan bir alacak hakkı doğduğu kabul edildiği için bu borçlar ifa edildikleri takdirde yapılan ifa geçerli olmakta ve yerine getirilen edim geri istenememektedir. Bu tür borçların ifası bir bağışlama teşkil etmediği gibi sebepsiz zenginleşmeye de yol açmaz; zira ne ortada bir bağışlama sâiki bulunur, ne de yapılan kazandırma geçerli bir hukukî temelden yoksundur. Yapılan kazandırma mevcut bir borcun ifası sâikiyle yapılmaktadır. Bu tür borçların söz konusu olduğu durumlarda elinde devlet organlarını harekete geçirme yetkisi bulunmayan alacaklının, borçlunun kendi rızasıyla borcunu ifa etmesini ümit etmek dışında bir çaresi yoktur. Bu tarz borçlar eksik borç (*unvollkommene Obligation/obligation imparfaite*) olarak adlandırılmaktadır³.

¹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 80 (Borçlar Genel); M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 18. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 15 (C. 1).

² Baki Kuru, **Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2015, s. 91; Murat Atalı/İbrahim Ermenek, **Medenî Usul Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 130.

³ Eksik borç kavramına ilişkin çeşitli tanımlar için bkz. Ahmet Mithat Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2020, s. 49-50 (Genel); Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, 1-2, Çeviren: Cevat Edege, Ankara: Olgaç Matbaası, 1983, s. 33; Eren, **Borçlar Genel**, s. 92; Erol Cansel/Çağlar Özel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 88; M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medenî Hukuk**, 26. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 145; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, s. 44 vd.; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 20 vd.; Osman Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. V/1, 1, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 81 (C. 1); Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/Hüseyin Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 55; Sahir Talat Akey, **Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis**, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1964, s. 88 vd.

Doktrinde eksik borçları ifade etmek için “tabîi (doğal) borç (*Naturalobligation/obligation naturelle*)”⁴, “gayrı tam borç”⁵ ve “nâkıs borç”⁶ gibi başka terimler de kullanılmıştır. Eksik borçlar, Borçlar Kanunu’nda veya sair mevzuatta ayrı bir borç kategorisi olarak düzenlenmediği gibi, bu kavramın yasal bir tanımı da mevcut değildir. Ancak kanun koyucunun bir borcun varlığını tanıyıp onu çeşitli sebeplerden ötürü dava ve cebrî icra marifetiyle elde edilme olanağından mahrum bıraktığı durumlar söz konusudur. Kanun koyucu toplum hayatında rastlanılan bazı borç ilişkilerini belirli sebeplerden ötürü tamamen yok saymak istememiş, bunları sadece hukuk zoruyla elde edilme özelliğinden yoksun kılmıştır. Söz konusu borçların arz ettiği bu eksiklik, onların doktrinde eksik borç olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur⁷.

Eksik borçları “doğuştan eksik borçlar” ve “sonradan eksik borçlar” olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutmak mümkündür⁸. Doğuştan eksik borçlar sınıfına giren durumlar; kumar ve bahisten doğan borçlar, evlenme simsarlığından doğan borçlar ve evlilikten kaçınma hali için öngörülen cezaî şart veya cayma tazminatıdır. Bu borçlar için alacaklı, borç doğduğu andan itibaren borçluyu hiçbir şekilde ifaya zor-

⁴ Akev, s. 88 dn. 62’de zikredilen yazarlar; Kocayusufpaşaoğlu, s. 46.

⁵ Ferih Bedii Tongsir, “Bağışlama”, **İÜHF**, C. 18, S. 3-4, 1952, s. 927; Samim Gönensay, **Borçlar Hukuku**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1948, s. 16; Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, 11. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, s. 19 (Roma Borçlar Hukuku).

⁶ Esat Arsebük, **Borçlar Hukuku**, 3. Baskı, Ankara: Güney Matbaacılık, 1950, s. 26; Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 470 (Mes’uliyet Hukuku). Aynı zamanda von Tuhr’un Borçlar Hukuku eserini dilimize tercüme eden Cevat Edege de nâkıs borç terimini kullanmayı tercih etmiştir; bkz. von Tuhr, s. 33.

⁷ Bkz. Yarg. 3. HD, T. 6.2.2018, E. 2016/13347, K. 2018/807: “...Ancak, hukuk düzeni bazı alacaklarda alacaklıya, borçlusunu dava ve cebrî icra yoluyla zorlama hakkını vermemiştir. Borçlu isterse borcunu ifa edebilir. Bu tür borçlara, “eksik borç” veya “tabîi borç” denir. Eksik borçların ortak özellikleri, alacaklı tarafından dava edilememeleridir. Ancak, borçlu dilerse bu tür borçları yerine getirebilir. Aslında bu tür borç ilişkilerinde de bir borç mevcuttur. Ancak, bunları “eksik” olarak nitelendiren husus, sorumluluğun, dolayısıyla takip ve dava hakkının bulunmamasıdır. Bu nedenle borçlu dilerse borcunu ifa edebilir.” (Kazancı).

⁸ Eski Medeni Kanun döneminde eşlerin birbirinden olan alacakları için evlilik birliği devam ettiği sürece cebrî icra yoluna gitmesi mümkün değildi. Bu durumda da “geçici nitelikte bir eksik borcun” varlığından söz edilmekteydi. Yeni Medeni Kanun bakımından artık söz konusu olmayan bu durum hakkında bkz. İkinci Bölüm, III. Ayrıca bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 55 vd.: Yazarlar eksik borçları sınıflandırırken “doğal borçlar”, “def’iye tâbi borçlar” ve “ahlâkî ödevler” olmak üzere üçlü bir ayırım yapmayı tercih etmiştir. Bu bağlamda yazarların doğal borçlar sınıfında incelediği eksik borç çeşitleri bizim doğuştan eksik borçlar sınıfında inceleyeceğimiz türlere tekabül etmektedir. Bununla birlikte, def’iye tâbi borçlar başlığı altında incelenen türler de çalışmamız kapsamında sonradan eksik borçlar başlığı altında incelenecektir. Ahlâkî ödevlere gelince, kanaatimizce bunlar birer eksik borç teşkil etmediğinden bu sınıflandırmaya dâhil olmayacaktır. Bu husus çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde detaylı biçimde incelenecektir. Bkz. İkinci Bölüm, IV/A/2. Antalya ise tabîi borç ve eksik borç olmak üzere ikili bir ayırım yapmakta; zamanaşımına uğramış borçları tabîi borç, diğerlerini ise eksik borç sınıfına sokmaktadır. Bkz. Antalya, C. 1, s. 84.

layamamaktadır. Kanun koyucu bu tür borçların dava veya cebrî icra yoluyla elde edilmesine yönelik her türlü yolu kapatmıştır. Sonradan eksik borçlar kategorisine hangi durumların girdiği tartışmalı olmakla beraber, bu çalışmada kabul ettiğimiz anlayışa göre zamanaşımına uğramış borçlar, konkordato dışında kalan borçlar ve borç ödemedenden aciz belgesinde yer alan alacak faizleri bu tür eksik borçların tipik örneklerini oluşturmaktadır. Bu borçlar doğdukları anda dava ve icra edilebilirlik açısından bir tam borçtan farksızdır. Bunlar dava edilebilme özelliklerini sonradan yitirmiştir. Kanun koyucunun bu borçlara doğuştan eksik borçlara kıyasla daha sıcak yaklaştığını söylemek mümkündür. Zira doğuştan eksik borçların zorla ifasına yönelik her türlü kapı kapatılmışken; sonradan eksik borçlar için durum böyle değildir. Sonradan eksik borçlar bakımından dava ve cebrî icra yolu kesin olarak kapatılmış; borçluya bir def'i hakkı tanımakla yetinilmiştir. Başka bir ifadeyle, kanun koyucu bu borçlara eksik borç niteliği kazandırma yetkisini borçluya bırakmıştır. Borçlu def'i hakkını kullanmadığı sürece bu sınıfta incelenen borçlar dava ve cebrî icra yoluyla elde edilebilmektedir. Örneğin zamanaşımına uğramış bir borç için açılan davada borçlu zamanaşımı def'ini kullanmadığı sürece hakim alacak hakkına hükmetmek zorundadır⁹. Oysa doğuştan eksik borçlar bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Kanun koyucu bunların dava ve cebrî icra marifetiyle elde edilmesine yönelik her türlü vasıtayı işlevsiz bırakmıştır. Bu sebeple doğuştan eksik borçların bu niteliği açılan bir davada itiraz sebebi teşkil eder ve hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulur.

Bazı eksik borç çeşitlerini ise her iki kategoriye de sokmak mümkün değildir. Bu tür borçlara örnek olarak, ileride detaylı olarak inceleyeceğimiz, sözleşme ile yaratılan eksik borçlar (*pactum de non petendo*'dan doğan borçlar)¹⁰ verilebilir. Böyle bir durumda eksik borcun dâhil edileceği kategori sözleşmenin yapıldığı âna göre değişecektir: *Pactum de non petendo* borcun doğduğu esnada yapılmış ise doğuştan eksik borçtan; daha sonra yapılmış ise sonradan eksik borçtan söz edilecektir. Ayrıca bu anlaşmanın başlangıçta yapıldığı ve doğuştan bir eksik borcun söz konusu olduğu durumlarda dahi, klasik doğuştan eksik borç türlerinde olduğu gibi, dava ve takip imkânının kesin olarak ortadan kaldırıldığından söz etmek de mümkün değildir¹¹.

⁹ Bkz. İkinci Bölüm, II/A.

¹⁰ Bkz. İkinci Bölüm, IV/D.

¹¹ Bkz. dn. 351.

Eksik borç kavramının kökleri Roma hukukuna kadar uzanmaktadır. Roma hukukunda borçlar *obligatio civilis* (medenî borçlar) ve *obligatio naturalis* (tabiî/doğal borçlar) olmak üzere iki sınıfa ayrılmaktaydı. Medenî borçlar alacaklısına bir *actio* (dava hakkı) bahşederken; tabiî borçlar bu haktan mahrum bulunmaktaydı. Bu borçlar ifa edildiğinde alacaklıya edimi muhafaza yetkisi (*soluti retentio*) tanınmakta ve ifa olunan edimin sebepsiz zenginleşme davasıyla (*condictio indebiti*) geri istenmesi mümkün olmamaktaydı¹². Doktrindeki bir görüşe¹³ göre, Roma hukukunda bu borçlara *natura* (tabiî/doğal) niteliği atfedilmesinin sebebi bu borçların hukuk sisteminin içinde herhangi bir temelini bulunmamasıdır. Bu görüşe göre, kullanılan *natura* kelimesi *ius* (hak) kavramının antitezi niteliği taşımaktadır. *Ius*'ların temeli hukuk düzenine dayanmaktayken; *obligatio naturalis*ler salt ahlâkî çerçevede kalan bir yükümlülüğe sebebiyet vermektedir. Bu tür borçlara tabiî niteliği atfedilmesinin sebebi budur. Bunların modern hukuk düzenindeki görünümü eksik borçlardır. Günümüzde eksik borç başlığı altında incelenen borçların Roma hukukundaki *obligatio naturalis* türleriyle fazla bir benzerliği kalmasa da, doğurdıkları hukukî sonuçların benzer olduğunu söylemek mümkündür. Bu sınıfa sokulan borçlar da tıpkı Roma hukukundaki *obligatio naturalis* türleri gibi dava ve icra yoluyla talep edilememekte; fakat ifa edildiğinde bir tam borcun ifası ile aynı sonuçları doğurmaktadır. Öte yandan, Roma hukukundaki *obligatio naturalis* çeşitlerinin neredeyse hepsi bakımından ortak sonuçlar söz konusuysa; günümüzdeki eksik borçların hepsi birbirinden farklı özellikler göstermektedir. Örneğin Roma hukukunda *obligatio naturalis*lerin tamamı yenileme (*novatio*) işlemi ile *obligatio civilis* haline getirilebilirken¹⁴; günümüzdeki eksik borçların hepsi bakımından böyle genellemeler yapmak mümkün değildir¹⁵.

Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere günümüzdeki eksik borçların Roma hukuku dönemindeki tabiî borçlar ile fazla bir benzerliği kalmadığı için eksik borç kavramı da, kanaatimizce, bu tarz borçları ifade etmek için Roma hukukundan kalma bir tabir olan tabiî borç kavramına nazaran daha isabetlidir. Öncelikle Roma hukukundaki *obligatio naturalis* türleri incelendiğinde görülecektir ki, kanun koyu-

¹² Doktrinde bazı yazarlara göre *obligatio naturalis*'lerden hiçbir hukukî sonuç doğmamaktaydı. Bu görüşü savunan yazarlar ve bu tartışma için bkz. Baha Yiğit Sayın, **Roma Hukukundan Günümüze Obligatio Naturalis**, İstanbul: Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009, s. 185 ve orada dn. 36'da zikredilen yazarlar.

¹³ Pietro Bonfante, **Istituzioni di Diritto Romano**, Milano, 1925, s. 400 (Sayın, s. 168'den naklen).

¹⁴ Bkz. Birinci Bölüm, II/A.

¹⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm, II.

cunun bunları dava hakkından mahrum bırakmasının sebepleri günümüzdeki eksik borçlarınkinden oldukça farklıdır. Bu bağlamda bir *obligatio naturalis* çeşidi olan azatlığın efendisine olan *operae* borcu¹⁶ ele alınacak olursa, bu borcun kölenin kendisini azat eden efendisine bu iyiliği sebebiyle “doğal olarak” borçlu olduğu kabul edildiği için dava hakkından mahrum bırakıldığı görülecektir¹⁷. Keza *familia* üyelerinin birbirlerine olan borçları¹⁸ da benzer bir sebeple *obligatio naturalis* niteliği taşır: Aynı aile (*familia*) içinde ve aynı babanın hâkimiyeti (*patria potestas*) altında bulunan kişilerin birbirine dava açması aile hayatının olağan akışına uygun görülmemiştir. Bu sebeple bu borçlar sadece *natura* gereği bir borç olarak görülmüş; *Ius Civile*’nin bunlara müdahalesi ne hukuk sistemi ne de toplum tarafından arzulanan bir sonuç olmuştur¹⁹. Günümüzde eksik borç olarak kabul edilen borç türlerine bakıldığında ise oldukça farklı bir durumun söz konusu olduğu görülmektedir: Kanun koyucunun bu borçları dava hakkından mahrum bırakmasının sebebi bireylerin bunları “*natura* gereği/doğal olarak” ifa etmesi gerektiği düşüncesi değildir. Örneğin bir kumar borcunun dava hakkından mahrum bırakılmasının sebebi, bunların emek mahsulü olmaması ve kişilerin malvarlığında orantısız değişimlere sebebiyet verdiği için kanun koyucunun bunları korunmaya değer ekonomik bir menfaat olarak görmemesidir²⁰. Öte yandan modern hukukta kanun koyucu eksik borç doğuran hukukî işlemlerde kişilerin statüsüne veya aralarındaki bağa bakmamış; onu gerçekleştiren kişilerden bağımsız olarak hukukî işlemin doğrudan kendisini eksik borç yaptırımına bağlamıştır. Oysa Roma hukukundaki *obligatio naturalis* türlerine bakıldığında görülmektedir ki, herhangi iki kişi arasında yapılınc *obligatio civilis* doğuran hukukî işlemler belirli statüdeki kişiler (örneğin aynı aile üyeleri veya köleler) arasında yapılınc *obligatio naturalis* doğurmaktadır. Başka bir ifadeyle, Roma hukukunda hukukî işleme değil; onu yapan kişilerin statüsüne bağlı olarak *obligatio naturalis* doğmaktadır²¹. Bu sebeplerden ötürü, bu çeşit borçları ifade etmek için eksik borç kavramının, tabiî borç kavramından daha isabetli bir tercih olduğu kanaatindeyiz²².

¹⁶ Bkz. Birinci Bölüm, II/A/1/d/bb.

¹⁷ Bkz. dn. 74.

¹⁸ Bkz. Birinci Bölüm, II/A/1/b.

¹⁹ Sayın, s. 116. *Ius Civile*’nin müdahalesine ihtiyaç duyulan durumlarda ek müesseseler (örneğin *peculium*) ihdas edilerek *obligatio naturalis* yaptırımı aşılmıştır; bkz. dn. 38.

²⁰ Bkz. İkinci Bölüm, I.

²¹ Ayrıca bkz. Birinci Bölüm, II/B.

²² Aynı görüşte bkz. Sayın, s. 195: Yazar günümüzdeki eksik borç çeşitlerinin ne Klasik dönemdeki ne de *Iustinianus* dönemindeki *obligatio naturalis*lerle bir ilgisinin kaldığını ifade etmektedir.

II. Eksik Borçların Tarihî Gelişimi

Eksik borçların kökeni Roma hukukuna dayanmaktadır. Roma hukukunda eksik borçlar için sistematik bir düzenleme bulunmasa da, bazı borçların dava hakkından (*actio*) mahrum bırakıldığı, fakat ifa edildiğinde de alacaklıya ifa edilen edimi muhafaza yetkisi (*soluti retentio*) tanındığı görülmektedir. Bu tür borçları ifade etmek için *obligatio naturalis* (tabii/doğal borç) ifadesi kullanılmaktadır²³.

Roma hukukunda tüm hakları kapsayan genel bir dava yolu bulunmamaktadır. *Praetorlar* tarafından her *ius* (hak) için ayrı bir *actio* (dava hakkı) öngörülmüştür²⁴. Bazı hakların varlığı kabul edilmesine rağmen bunlar için bir dava hakkı tanınmamıştır. Bunun bir sonucu olarak borçlar *obligatio civilis* (medenî/tam borçlar) ve *obligatio naturalis* (tabii/eksik borçlar) olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bu sınıflandırmanın ilk defa Klasik hukuk döneminde yapıldığı görülmektedir. Kölelerin altına girdiği borçların hukukî niteliğini tespit etme ihtiyacı, *obligatio naturalis* kavramının²⁵ doğmasına önayak olmuştur²⁶.

Bununla birlikte yazar, haklı olarak, olsa olsa ahlâkî ödevlerden doğan borçların “eksik borç kavramının bir alt başlığı olarak” tabii borç başlığı altında incelenebileceğini savunmaktadır. Aksi yönde bkz. Kocayusufoğlu, s. 46: Yazar, zamanışımına uğramış borçları tenzih ederek, ortada hukukî anlamda bir alacak bulunmadığı fikrinden hareketle tabii borç kavramının bu tarz borçları ifade etmek açısından daha isabetli bir kavram olduğunu savunmaktadır. Bazı yazarlar ise günümüzde bu tarz borçların Roma hukukundaki borçlar ile hiçbir yönden ilgisi kalmadığı için Roma döneminden kalma bir terim olan tabii borç kavramını tamamen reddetmektedir; bkz. Akev, s. 88 dn. 61’de zikredilen yazarlar.

²³ Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul: DER Yayınları, 2014, s. 33-34; Mustafa Demiray, “Roma Hukukundan Türk Hukukuna Eksik Borç Kavramı”, **Prof. Dr. Hüseyin Hate-mi’ye Armağan**, İstanbul, 2009, s. 565 (Eksik Borç Kavramı); Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations**, Oxford: Clarendon Press, 1996, s. 9; Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, Çeviren: Ziya Umur, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1959, s. 396-397.

²⁴ Di Marzo, s. 101 vd.; Güzide Burcu Doğan, **Roma Hukukunda Eksik Borç (Obligatio Naturalis)**, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 42; Haluk Emiroğlu, “Roma Hukuku’nda Eksik Borç (Obligatio Naturalis) Olarak Doğan Borçlar”, **AÜHFD**, C. 51, S. 4, 2002, s. 73 (Obligatio Naturalis); Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 19.

²⁵ Her ne kadar tabii borç niteliği taşıyan düzenlemeler ilk olarak Klasik hukuk döneminde yapılsa da, doktrinde terminolojik açıdan *obligatio naturalis* kavramının Klasik hukuk döneminde mi, yoksa Postklasik hukuk döneminde mi kullanılmaya başlandığı hususu tartışmalıdır. Bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Güzide, s. 43-44; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 19.

²⁶ Belgin Erdoğan, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul: DER Yayınları, 2014, s. 23; Demiray, **Eksik Borç Kavramı**, s. 571; Di Marzo, s. 397; Doğan Güzide, s. 44; Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 74; Ferit Hakkı Saymen/Halid Kemal Elbir, **Türk Borçlar Hukuku Umumî Hükümler**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1966, s. 54 (Umumî Hükümler); Gökçe Türkoğlu Özdemir, “Roma Hukukunda Actio de Peculio”, **DEÜHFD**, C. 7, S. 2, 2005, s. 112; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 20; Sayın, s. 135; Tahiroğlu, s. 34; Zimmermann, s. 7.

Roma hukukundaki *obligatio naturalis*ler, tıpkı günümüzdeki eksik borçlar gibi, ifa edildiği takdirde geçerli olan, fakat dava hakkından mahrum bulunan borçlardı. Bu borçların temelinde bir hak bulunduğu kabul edilmekteydi; fakat çeşitli sebeplerden ötürü bu borçlar için bir dava hakkı öngörülmemişti. Gerçek ve teknik anlamda bir borç teşkil etmeleri sebebiyle yerine getirildiklerinde yapılan ifa, tıpkı bir *obligatio civilis* ifası gibi, geçerli olmakta (*solutio debiti*) ve yerine getirilen edim sebepsiz zenginleşmeye (*solutio indebiti*) dayanarak geri istenememekteydi. Zira sonuçta dava hakkından mahrum olsa da “bir borcun ifası” söz konusuydu²⁷. Bu sebeple alacaklıya ifa edilen şeyi muhafaza yetkisi (*soluti retentio*) tanınmıştı²⁸. Bununla birlikte alacaklının tatmin edilmesine yönelik tüm yollar kapatılmamıştı. Şöyle ki, Roma hukuku döneminde *obligatio naturalis* sınıfına giren borçlar için geçerli bir şekilde aynî ve şahsî teminatlar verilebilmekte, bunlar takasa konu olabilmekte ve *novatio* (yenileme) ile yenilenerek bir *obligatio civilis* mahiyeti kazanabilmekteydi²⁹.

Roma hukukundaki *obligatio naturalis* çeşitlerinin detaylı bir şekilde incelenmesi çalışmamızın kapsamı dışındadır. Bu nedenle aşağıda, ait oldukları dönemlere ilişkin tartışmalara fazla girmeden, bu kategoriye dâhil olduğu kabul edilen durumların ana hatları itibarıyla incelenmesiyle yetinilecektir³⁰.

²⁷ Tahiroğlu, s. 33-34; Zimmermann, s. 7 ve s. 848.

²⁸ Klasik hukuk döneminde *soluti retentio* sadece *obligatio naturalis*ler açısından değil, başka kazandırmalar bakımından da söz konusu olmaktadır. Fakat *Iustinianus* döneminde bu muhafaza yetkisi bir ilişkinin *obligatio naturalis* olarak değerlendirilmesinde en önemli etkeni. Bir diğer ifadeyle, *Iustinianus* döneminde *soluti retentio*’nun olduğu her yerde bir *obligatio naturalis*’in varlığı kabul edilmekteydi. Bkz. Di Marzo, s. 399; Sayın, s. 177-178.

²⁹ Demiray, **Eksik Borç Kavramı**, s. 576; Di Marzo, s. 353; Doğan Güzide, s. 42; Erdoğan, s. 23; Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 74; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 20; Sayın, s. 185; Tahiroğlu, s. 34; Zimmermann, s. 7-8.

³⁰ Roma hukukunda hangi borçların *obligatio naturalis* sınıfında değerlendirilmesi gerektiği tartışmalıdır. Bu tartışmalar hakkında bkz. Di Marzo, s. 397 vd.; Sayın, s. 83 vd. Di Marzo’ya göre doktrinde *obligatio naturalis* çerçevesinde incelenen birtakım borç çeşitleri bakımından esasında bir tabii borç söz konusu değildir. Böyle durumlarda tabii borç yaptırımının öngörülmesinin sebepleri başka olabilir: Örneğin *Senatus Consultum Macedonianum* kararına aykırı olarak *filius familias*lara verilen para ödünçlerinde (bkz. Birinci Bölüm, II/A/1/c) borçlunun ifaya zorlanamamasının sebebi bu borçların doğası (*natura*) gereği bir *obligatio naturalis* teşkil etmesi değil; sadece alacaklının cezalandırılmasının amaçlanmasıdır. Keza *litis contestatio* öncesindeki borcun ifa edilmesi halinde (bkz. Birinci Bölüm, II/A/2/b) alacaklıya *soluti retentio* tanınmasının sebebi de yine bunun bir *obligatio naturalis* niteliği taşıması değildir; borçlunun yargılama sonunda mahkûm olup borcu ödemek zorunda kalabileceğinin öngörülmesidir. Bkz. Di Marzo, s. 398-399. Hemen belirtelim ki, *Iustinianus* döneminde *soluti retentio* sağlanan durumların hemen hemen hepsi *obligatio naturalis* olarak nitelendirilmiştir; bkz. dn. 28. Çalışmamız kapsamında bu tartışmalara fazla girilmeyecek, doktrinde tespit edebildiğimiz kadarıyla *obligatio naturalis* çerçevesinde incelenmiş olan borç türlerine kısaca değinilecektir.

A) Roma Hukukunda Obligatio Naturalis

Roma hukukundaki *obligatio naturalis* türlerini de kendi içinde ikili bir ayrıma tâbi tutmak mümkündür. Bazı borçlar doğduğu andan itibaren *obligatio naturalis* niteliğindeyken; bazıları da *obligatio civilis* olarak doğmakta, fakat sonradan *obligatio naturalis*'e dönüşmekteydi.

Doğduğu andan itibaren *obligatio naturalis* niteliği taşıyan borçlar sınıfını kölelerin borçları, *familia* üyelerinin birbirlerine olan borçları, *Senatus Consultum Macedonianum*'a aykırı olarak aile evlâtlarına (*filius familias*) verilen ödünçler, ahlâkî ve sosyal vazifeden doğan borçlar ve vasinin *auctoritas*'ı olmadan hukukî işlem yapan *impubes*'in borçları oluşturmaktaydı. Buna karşılık *litis contestatio* ve *capitis deminutio* ile sona ermiş borçlar ve zamanaşımına (*praescriptio*) uğramış borçlar ise sonradan *obligatio naturalis* niteliği kazanan borçlara örnek olarak gösterilmektedir³¹.

1) Doğuştan Obligatio Naturalis Niteliği Taşıyan Borçlar

a) Kölelerin Borçları

Kölelerin borçları tarihteki ilk tabiî borç örneğidir. Roma hukukunda insanlar *liberi* (özgürler) ve *servi* (köleler) olmak üzere iki sınıfa ayrılmaktaydı. Bunlardan köleler hak ehliyeti bulunmayan ve *res Mancipi*³² sınıfında kabul edilen bir mal niteliği taşımaktaydı. Bunun bir sonucu olarak köleler alınıp satılabilmekte, bir borcun konusunu oluşturabilmekteydiler; fakat herhangi bir hak kazanamaz, borç altına giremezlerdi³³.

³¹ Doğan Güzide, s. 43; Emiroğlu, *Obligatio Naturalis*, s. 74; Şakir Berki, *Roma Hukuku*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949, s. 318 (Roma Hukuku).

³² Klasik dönem Roma hukukunda mallar *res Mancipi* ve *res nec Mancipi* olmak üzere iki sınıfa ayrılmaktaydı. Bu bağlamda *res Mancipi* mallar grubunu; İtalya arazisi üzerindeki arsa ve evler, köleler, yük ve çeki hayvanları, geçit irtifakları ve su yolu irtifakları oluştururdu. Bunlar dışında kalan mallar ise *res nec Mancipi* idi. *Iustinianus* döneminde bu ayırım ortadan kalkarak yerini taşınır/taşınmaz mal ayırımına bırakmıştır. Bkz. Di Marzo, s. 234 vd.; Elvan Sütken, “Roma Mülkiyetinde Mancipatio’nun Yeri ve Önemi”, *TAAD*, C. 7, S. 27, 2016, s. 471-472.

³³ David V. Snyder, “The Case of Natural Obligations”, *Louisiana Law Review*, V. 56, No. 423, 1995, s. 429; Erdoğan, s. 23; Karoly Visky, “Roma Hukukunda Kölelik ve Serbest Meslekler”, Çeviren: Bülent Tahiroğlu, *İÜHF*, C. 40, S. 1-4, 1974, s. 689; Özcan Karadeniz, “Roma Huku-

Her ne kadar eşya olarak kabul edilseler de insan olmaları ve efendilerine hizmet etmelerinden dolayı kölelerin özgür insanlarla hukukî münasebetler içerisine girmeleri kaçınılmaz olmaktaydı. Öte yandan, köleler hak ehliyetinden mahrum olsalar da hukukî işlem ehliyetinden mahrum bırakılmamışlardır³⁴. Bu durum bir mal niteliğindeki kölelerin edindiği hakları ve yüklendiği borçları hukukî bir sonuca bağlama ihtiyacı doğurmuştur. Bu bağlamda kölelerin edindiği hakların efendilerine ait olacağı; fakat yüklendiği borçlardan ötürü efendilerinin sorumlu tutulamayacağı kuralı kabul edilmiştir³⁵.

Roma hukukunda köleler hak ehliyetinden mahrum bulundukları için onlara dava açmak da mümkün değildi. Bu sebeple kölelerin yüklendiği borçlar için ne kölenin kendisi, ne de efendisi ifaya zorlanabilmekteydi. Fakat efendi bu borcu ifa eder veya kölenin kendisi azat edildikten sonra³⁶ borcu yerine getirirse, yapılan ifa tıpkı bir *obligatio civilis* ifası gibi hüküm ve sonuçlarını doğurmakta; dolayısıyla *condictio indebiti* (sebepsiz zenginleşme) ile geri istenememekteydi³⁷. Bu borçlar için köleye azat edildikten sonra bile dava açılmamaktaydı. Kölenin yaptığı hukukî işlem sonucu altına girdiği bu borçlar, *obligatio naturalis* olarak nitelendirilmekteydi³⁸.

kunda Peculium Müessesesi”, **AÜHFD**, C. 25, S. 3-4, 1968, s. 180; Sayın, s. 128; Tahiroğlu, s. 34.

³⁴ Köleler, efendilerine daha kolay hizmet edebilmeleri için hukukî işlem ehliyetinden mahrum bırakılmamışlardır. Dolayısıyla kölelerin hukukî işlem yapmalarının önünde bir engel yoktu; örneğin, efendileri için satım sözleşmesi yapmaları mümkündü. Bu sözleşmelerden doğan tüm haklar, kölelerin hak ehliyeti bulunmamasından ötürü, efendilerine ait olmaktaydı. Bkz. Doğan Güzide, s. 50-51; William Warwick Buckland/Arnold Duncan McNair, **Roman Law and Common Law**, 2. Baskı, Cambridge: Cambridge University Press, 1952, s. 26-27.

³⁵ Doğan Güzide, s. 49 vd.; Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 75; Karadeniz, s. 180-181; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 20; Sayın, s. 134; Snyder, s. 429; Tahiroğlu, s. 34; Türkoğlu Özdemir, s. 112.

³⁶ *Ius Civile*’de öngörülmüş usule uygun şekilde *manumissio* işlemiyle azat edilmiş kölelerin hak ehliyeti kazanması mümkündü. Dolayısıyla azat edilmiş bir kölenin hak kazanmak ve borç altına girmek için önünde bir engel bulunmamaktaydı; bkz. Doğan Güzide, s. 50 dn. 182. Hemen belirtelim ki, azat edilmiş kölelerin eski efendilerine karşı birtakım ahlâkî yükümlülükleri devam etmekteydi. Bu hususa ilişkin bkz. Birinci Bölüm, II/A/1/d/bb.

³⁷ Doğan Güzide, s. 51-52; Erdoğan, s. 23-24; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 20; Türkoğlu Özdemir, s. 112.

³⁸ *Digesta* 12.6.13: Köle tabii olarak borçlanabilir: Bu nedenle, bir kimse onun hesabına ödemedede bulunursa, yapılan ifa var olmayan bir borcun ifası olmadığı için geri istenemez. Bu da gösterir ki, bir köle için kabul edilen kefil ya da kölenin borcu için verilen rehin geçerlidir. (Doğan Güzide, s. 52 dn. 190’dan naklen). Ayrıca bkz. Ahmet Nadi Günel, **Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti)**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996, s. 38; Zimmermann, s. 52. Kölelerin efendilerine sadece hak kazandırabilmesi ve onları sadece *obligatio naturalis* ile sorumlu hale getirebilmesi, tacirlerin kölelerle hukukî işlem yapmak istememesine sebep oldu. Ticarî hayatı sekteye uğratan bu durum yüzünden *Praetor* tarafından bazı ek dava hakları (*actiones adiecticiae qualitatis*) getirildi. Bu

b) Familia Üyelerinin Birbirlerine Olan Borçları

Roma’da aile evlâtlarının da (*filius familias*) hak ehliyeti bulunmamaktaydı. Hukukî işlem ehliyeti bulunan aile evlâtlarının kazandıkları tüm haklar aile babasına (*pater familias*)³⁹ ait olmaktaydı. Bununla birlikte aile evlâtlarının herhangi bir borcundan dolayı aile babası da sorumlu tutulamazdı. Fakat kölelerden farklı olarak, aile evlâtlarının yüklendikleri bu borçlar kendileri açısından *obligatio civilis* teşkil etmekteydi⁴⁰. Dolayısıyla aile evlâtlarına borçları sebebiyle dava açmak mümkündü. Fakat aile evlâtlarının hak ehliyetinin bulunmaması, onların malvarlığının da aile babasına ait olması sonucunu doğurmaktaydı. Başka bir deyişle, aile evlâtlarının kendilerine ait malvarlıkları bulunmamaktaydı. Bu sebeple aile evlâdına karşı açılan

dava hakları *actio quod iussu* ve *actio de peculio* olarak adlandırıldı. *Actio quod iussu*, kölenin efendisinin talimatı altında, onun verdiği komutlar doğrultusunda bir hukukî işlem yapması halinde bundan doğan borç için efendisine karşı ileri sürülebilecek dava hakkıydı. *Actio de peculio* ise, efendinin kendi malvarlığı üzerinde köleye sınırlı bir yetki tanınması (*peculium*) ve kölenin bu yetkinin sınırları dâhilinde hukukî işlem yapması durumunda söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda kölenin yüklendiği borç için efendisi de bütün malvarlığıyla, fakat *peculium* ile köleye tasarruf yetkisi tanınan kısmın ekonomik değeri kadar sorumlu tutulabilmekteydi. Eğer kölenin yüklendiği borç *peculium* ile kendisine tanınan malvarlığı değerini aşıyorsa, aşan miktar bakımından kölenin yükümlülüğü bir *obligatio naturalis* olarak kalmaktaydı. Başka bir ifadeyle efendi, kölenin her türlü borcundan sadece *peculium* ile köleye yetki verdiği miktarın ekonomik değeri kadar sorumluydu. Bu değeri aşan miktar bakımından kölenin borcu bir tabîî borç teşkil etmekteydi. Hemen belirtelim ki, efendinin sorumluluğunu gerektiren bu dava hakları, bir aile babasına bağımlı bulunan aile evlâtları bakımından da söz konusu olmaktadır. Bu mesele hakkında detaylı bilgi için bkz. Di Marzo, s. 173 vd.; Doğan Güzide, s. 52 vd.; Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 76; Giovanni Pugliese, “Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış”, Çeviren: Ziya Umur, **İÜHFM**, C. 22, S. 1-4, 1957, s. 343; Kamil Doğancı/Fulya Kocakuşak, “Eski Roma Ailesinde “Pater Familias” ve “Patria Potestas” Kavramları”, **Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 16, S. 27, 2014, s. 242 vd.; Karadeniz, s. 179 vd.; Sayın, s. 138 vd.; Snyder, s. 429; Şakir Berki, “Romada Aile Hukuku”, **AÜHFD**, C. 14, S. 1, 1957, s. 117 vd. (Roma Aile); Tahiroğlu, s. 330-331; Türkoğlu Özdemir, s. 104 vd.; Zimmermann, s. 52. *Peculium*’un ticarî işlerde kullanılması halinde açılacak olan dava *actio de peculio* değil; *actio tributoria*’dır. Bu dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Güzide, s. 57; Paul Koschaker/Mehmet Kudret Ayiter, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Anahatları**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993, s. 279; Türkoğlu Özdemir, s. 106.

³⁹ Roma hukukunda aile babası (*pater familias*), ailenin tüm malvarlığı ve aile üyelerinin hepsi üzerindeki tek hak sahibiydi. *Sui iuris* (kendi hukukuna tâbi olan, herhangi bir hâkimiyet altında bulunmayan) her erkek, evli olmasa bile, *pater familias* statüsünde kabul edilmiştir. Bkz. Berki, **Roma Aile**, s. 112 vd.; Doğancı/Kocakuşak, s. 234 vd.; Fulya İlçin Gönenç, **Roma Hukukunda Kadın**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 35; Mehmet Kudret Ayiter, **Roma Hukuku Dersleri – Aile Hukuku**, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1960, s. 45; Sevgi Kayak, “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, **HÜHFD**, C. 8, S. 2, 2018, s. 255.

⁴⁰ Doğan Güzide, s. 63; Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 77; Fritz Schulz, “Auctoritas”, Çeviren: Havva Karagöz, **İÜHFM**, C. 55, S. 4, 1997, s. 342; Karadeniz, s. 181; Kayak, s. 281; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 20; Tahiroğlu, s. 35; Türkoğlu Özdemir, s. 112.

bir dava kazanılsa bile, aile evlâdının malvarlığı bulunmadığı için, alacağın tahsil edilmesi pratikte mümkün değildi⁴¹.

Aile içinde hak ehliyeti bulunan tek kişi aile babası olduğundan, aile evlâtlarının aynı ailenin üyelerine karşı yüklendikleri borçlar da *obligatio naturalis* niteliğindedir⁴². Başka bir anlatımla, aynı *familia* içerisindeki bir aile evlâdının bir diğerinden olan alacağı için dava açması mümkün değildi.

c) **Senatus Consultum Macedonianum’a Aykırı Olarak Aile Evlâtlarına Verilen Para Ödünçleri**

Roma hukukunda *obligatio naturalis* niteliği taşıyan bir diğer borç ise, *Senatus Consultum Macedonianum’a* aykırı olarak aile evlâtlarına verilen para ödünçleridir. *Senatus Consultum Macedonianum*, aile evlâtlarına (*filius familias*) ödünç para verilmesini yasaklayan, verilmesi halinde de aile evlâdının veya aile babasının (*pater familias*) bunu ödemek için zorlanamayacağını öngören, *Principatus* döneminde çıkartılmış bir *Senatus* kararıdır⁴³.

Bu karar uyarınca aile evlâtlarının herhangi bir vatandaştan ödünç para alması yasaktı⁴⁴. Herhangi bir şekilde ödünç para verildiğindeyse aile evlâdı bunu ödemek-

⁴¹ Aile evlâtlarına Klasik hukuk döneminden itibaren dava açılabilmekteydi. Fakat aile evlâdının bağımsız malvarlığının bulunmaması sebebiyle bu dava hakkının fazla bir önemi yoktu. Zira aile evlâtları ancak babanın hâkimiyetinden ayrılıp kendi malvarlığını edindiği zaman alacaklı alacağını tahsil etme imkânı bulurdu. Demiray bu durumda geçici nitelikte bir *obligatio naturalis*’in söz konusu olduğunu savunmaktadır; bkz. Demiray, **Eksik Borç Kavramı**, s. 575. *Iustinianus* döneminde *peculium* kurumunun da gelişmesi ve yaygınlaşmasıyla aile evlâtlarına da bağımsız malvarlığına sahip olma hakkı tanınmıştır. Bunun sonucu olarak da alacağın tahsil edilememesi problemi ortadan kalkmıştır. Bkz. Doğan Güzide, s. 64; Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 77; Karadeniz, s. 189 vd.; Kayak, s. 282; Koschaker/Ayiter, s. 88; Pugliese, s. 343-344; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 20; Türkoğlu Özdemir, s. 113-114.

⁴² Demiray, **Eksik Borç Kavramı**, s. 575; Doğan Güzide, s. 68; Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 77; Martin Jr Fontaine, “Natural Obligations”, **Tulane Law Review**, V. 15, No. 4, 1941, s. 498; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 20; Sayın, s. 136-137; Snyder, s. 428; Tahiroğlu, s. 35; Türkoğlu Özdemir, s. 113.

⁴³ Doğan Güzide, s. 69; Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 78; Erdoğan, s. 24; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 53; Sayın, s. 152; Snyder, s. 428; Ümit Vefa Özbay, **Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketim Ödücü (Karz) Sözleşmesi**, Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 48; Zimmermann, s. 177. *Senatus Consultum Macedonianum* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Türkan Rado, **Senatus Consultum Macedonianum ve Roma Hukuku’nda Filius Familias’ların Para Ödünçleri**, İstanbul: Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, 1944 (Macedonianum).

⁴⁴ Aile evlâdına verilmesi yasak olan para ödünçlerinin kapsamına, zorunlu harcamaları yapması için aile babası tarafından verilen para ödünçleri girmemekteydi. Bkz. Di Marzo, s. 355; Doğan Güzide, s. 75.

ten kaçınılabilmektedir. Fakat borç ödenirse, alacaklıya bunu muhafaza hakkı (*soluti retentio*) verilmekte, dolayısıyla sebepsiz zenginleşmeye dayanarak (*condictio indebiti*) geri istenememektedir⁴⁵. Bu durumda aile evlâdı baba egemenliğinden çıksa bile alacaklının dava hakkı bulunmamaktaydı. Başka bir ifadeyle, aile babası hayatını kaybetmiş veya *emancipatio* ile aile evlâdını hâkimiyetinden çıkartmış olsa da alacaklının ifaya zorlama yetkisi yoktu⁴⁶. Bu durumda bir *obligatio naturalis* söz konusu olduğu için teorik olarak dava açılamazdı; fakat *Praetor* açılan davayı reddetmese bile borçlu bir def'i (*exceptio senatum consultum macedoniani*) öne sürerek mahkûm olmaktan kurtulabilmektedir⁴⁷.

Aile evlâdının baba egemenliği altındayken borcu ifa etmesi durumunda farklı bir sonuçla karşılaşılırdı. Kendine ait bir malvarlığı bulunmayan aile evlâdı böyle bir borcu ifa ettiğinde, ödenen miktar aile babasının malvarlığından çıkmaktaydı. Bu sebeple bunun mülkiyetinin alacaklıya geçmediği kabul edildiğinden, bir istihkak davası (*rei vindicatio*)⁴⁸ ile bunu talep etmek mümkündür. Fakat borcu aile babasının egemenliği altındayken ifa eden aile evlâdının, aile babası öldükten sonra onun mirasçısı sıfatıyla bunu talep etmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda alacaklının bir def'i (*exceptio doli generalis*) öne sürerek ifadan kaçınma hakkı bulunmaktaydı⁴⁹.

Aile evlâdının ödediği borcu aile babasının malvarlığından değil de, üçüncü bir kişiden bağışlama yoluyla aldığı paradan karşılaması olasılığında ise bir ayırım yapmak gerekir. Bu durumda aile evlâdına bağışlamada bulunan kişinin sâikine bakılmıdır: Eğer bağışlamada bulunan kişi, bu parayı bir borcun ifa edilmesi şartıyla aile evlâdına vermişse alacaklı bunu muhafaza etme yetkisine sahiptir; zira Roma huku-

⁴⁵ Doğan Güzide, s. 74-75; Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 79; Erdoğan, s. 24; Özbay, s. 49; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 54; Sayın, s. 154 vd.; Snyder, s. 428-429; Tahiroğlu, s. 35; Zimmermann, s. 178.

⁴⁶ *Iustinianus Institutiones* 4.7.7: Baba egemenliği altında bulunan ve *Senatus Consultum Macedonianum* tarafından kendilerine para ödünç verilmesi yasaklanan kimseler için, şu özel hüküm dikkate alınır: böyle bir kimseye ödünç vermiş olana ister egemenlik altında olsunlar, ister babanın ölümü ya da *emancipatio* ile egemenlikten çıkmış olsunlar, kız, erkek aile evlâdı ya da toruna karşı dava açma hakkı verilmediği gibi; aile evlâtlarını egemenliği altında bulundursa ya da egemenlikten çıkarsa bile, aile babasına ya da büyük babaya karşı da dava açma hakkı tanınmaz. Aile evlâtları, birçok kez başkalarından aldıkları ödünç paraları israf ettikten sonra, yüklendikleri borçlar nedeniyle, aile babalarının yaşamlarını tehdit ettikleri için bu *Senatus* kararı alınmıştır. (Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 78 dn. 22'den naklen).

⁴⁷ Doğan Güzide, s. 74; Özbay, s. 49; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 54; Sayın, s. 157.

⁴⁸ Roma hukukunda *rei vindicatio* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Di Marzo, s. 283 vd.

⁴⁹ Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 79-80; Sayın, s. 159-160.

kunda *obligatio naturalis* vasfını haiz borçların üçüncü bir kişi tarafından da geçerli bir şekilde ifa edilmesi mümkündür. Bu durumda yapılan ifa, doğrudan bağışlamada bulunan kişi tarafından yapılmış kabul edildiği için geri istenmesi mümkün olmamaktaydı. İfanın üçüncü kişi tarafından yapılmış kabul edilmesinin sebebi ise aile evlâdının hak sahibi olamamasıdır. Bu durumda kendisine yapılan bağışlama, bir borcun ifası maksadıyla verildiği için aile babasının malvarlığına da geçmemekteydi. Fakat bağışlamada bulunan kişi bağışladığı parayı bir borcun ifa edilmesi sebebiyle vermemişse bu durumda paranın aile babasının malvarlığına geçmesi söz konusuydu. Dolayısıyla bu ikinci olasılıkta aile babasının alacaklıdan bu miktarı *rei vindicatio* ile talep etmesi mümkün olmaktadır⁵⁰.

d) Ahlâkî ve Sosyal Görevlerden Doğan Borçlar

Roma hukukunda ahlâkî ve sosyal görevlerin ifası, bir *obligatio naturalis* ifası olarak değerlendirilmiştir. Bu sebeple yukarıda incelediğimiz diğer *obligatio naturalis* türlerinde olduğu gibi, Roma hukukunda ahlâkî veya sosyal bir görevin yerine getirilmesi için kişi herhangi bir şekilde zorlanamamakta ve bu amaçla ifa edilen edim de *condictio indebiti* ile geri istenememektedir.

Roma dönemindeki toplum dinamikleri günümüzdekinden çok farklı olduğu için o dönemde ahlâkî görev olarak değerlendirilen fiiller ile günümüzdekiler arasında farklar vardır. Bu ahlâkî ve sosyal görevlerin ne olduğu herhangi bir yazılı kaynakta sınırlı sayıda (*numerus clausus*) öngörülmemiştir. Bu sebepten ötürü Roma hukukunda ahlâkî görevin ifası olarak değerlendirilen şeyleri tahdidî bir şekilde tespit etmek mümkün değildir. Bu bağlamda Roma'da en fazla karşılaşılan ahlâkî ve sosyal görevden doğan *obligatio naturalis* çeşitleri; *dos* sebebiyle verilen şeylerin iadesi borcu, azatlığın efendisine *operae* borcu ve *pactum* ile kararlaştırılan faizdir.

⁵⁰ Doğan Güzide, s. 76; Emiroğlu, *Obligatio Naturalis*, s. 80; Rado, *Macedonianum*, s. 136 vd.; Sayın, s. 160.

aa) Dos Sebebiyle Verilen Şeylerin İadesi Borcu

Roma hukukunun en eski müesseselerinden biri olan *dos* (çeyiz/cihaz), doktrinde “kocanın evlilik münasebetiyle artan ev masraflarını karşılaması için kadın tarafının verdiği ve kocanın mâmelekini arttıran şey” olarak tanımlanmaktadır⁵¹.

Roma döneminde yapılan evliliklerde⁵² evin tüm masraflarını karşılama sorumluluğu kocaya aitti. Fakat herhangi bir yaptırıma bağlanmamış olan bu sorumluluk sadece ahlâkî bir çerçevede kalmakta; koca bu sorumluluğunu yerine getirmediği zaman bu durum sadece kadın açısından bir boşanma sebebi olarak kabul görmekteydi⁵³. Evlenecek olan kadına evin masraflarına destek olabilmesi için, babası veya üçüncü bir kişi tarafından, *dos* (çeyiz) verilmekteydi; zira evlenecek olan kadının kendine ait bir malvarlığı bulunmamaktaydı. Şöyle ki, evlenecek kadının hukukî statüsü *sui iuris* ise, evlilikle kocasının hâkimiyeti (*manus*)⁵⁴ altına girmekte ve hukukî statüsü *alieni iuris*’e dönüşmekteydi⁵⁵. Dolayısıyla kadının evlilikten önce bir malvarlığı bulunuyorsa bile evlilikle *manus* altına girip *alieni iuris* statüsüne gireceğinden, hak ehliyetini kaybediyor ve herhangi bir hakka veya borca sahip olamıyordu⁵⁶. Kadının evlenmeden önceki statüsünün *alieni iuris* olması durumunda ise zaten evlenme kadının hukukî statüsü açısından herhangi bir değişikliğe sebep olmamaktadır. Bu ikinci durumda kadın bir aile babasının hâkimiyeti altındayken, kocasının hâkimiyeti altına geçmektedir. Kadının bu açıdan hukukî durumu herhangi bir aile

⁵¹ Bu şekildeki tanımlar için bkz. Di Marzo, s. 203; Mehmet Kudret Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda Dos’un Tesisi**, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1958, s. 6 vd. (Dos); Sayın, s. 165; Schulz, s. 342 dn. 7; Tahiroğlu, s. 35 dn. 55.

⁵² Roma hukukunda evlilik kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz. Di Marzo, s. 176 vd.; Haluk Emiroğlu, “Roma Klasik Hukuk Dönemi’nde Mal Rejimi”, **AÜHFD**, C. 50, S. 3, 2001, s. 177-178 (Mal Rejimi); Pugliese, s. 344 vd.

⁵³ Emiroğlu, **Mal Rejimi**, s. 180.

⁵⁴ Aile babasının (*pater familias*) karısı üzerindeki hâkimiyetine *manus* adı verilmektedir; bkz. Doğan Güzide, s. 77; Doğanç/Kocakuşak, s. 235; Kayak, s. 261; Roberto Paribeni, “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, Çeviren: Ş. Talip, **İÜHFM**, C. 1, S. 2, 1935, s. 235.

⁵⁵ Roma hukukunda herhangi birinin hâkimiyeti altında bulunmayan kişinin hukukî durumunu ifade etmek için *sui iuris*; hâkimiyet altında bulunan kişi bakımından *alieni iuris* kavramları kullanılmaktadır. Dolayısıyla *sui iuris* statüsünde olan insanların kendine ait bir malvarlığı edinme imkânı bulunurken; *alieni iuris* biri hâkimiyet altında bulunduğu için tek başına haklara ve borçlara ehil değildi.

⁵⁶ Emiroğlu, **Mal Rejimi**, s. 176.

evlâdından veya köleden farksızdır⁵⁷; zaten kadın da evlilikle *manus* altına girdiğinde kocasının aile evlâdı (*filius familias*) olmaktadır⁵⁸.

Dos, kadına evleneceği zaman evlilik masrafları için (*onera matrimonii*) verilmekteydi⁵⁹. *Dos* vermek, *Iustinianus* döneminde hukukî bir zorunluluk olarak tanı-nana kadar, salt ahlâkî alanda kalan bir yükümlülüktü⁶⁰. *Dos* veren kişinin yaptığı bu kazandırmanın temelindeki sebebin *pietas* (görev duygusu, ödev hissi) olduğu kabul edilirdi⁶¹. *Dos*'un esas maliki kocaydı, zira zaten kadına verilen *dos* kocasına vermesi için verilmekteydi⁶². Kadın bunu kocasına verdikten sonra evlilik birliği devam ettiği sürece bunu ne kadının babası (veya *dos*'u kadına veren üçüncü kişi) ne de kadının kendisi geri isteyebilirdi; zira kadın ile kocası arasında da evlilik ile temelini *pietas*'ta bulan bir ilişki doğmaktaydı ve aksi yönde bir sonuç bu ilişkinin zedelenmesine sebep olurdu. Bir diğer ifadeyle, ilişki sebebiyle kadının kocasına *dos*'u bir kere verdikten sonra bunu *condictio indebiti* ile geri isteyebilmesi, aile hayatının olağan akışına ve toplumun geleneklerine aykırı bir sonuç teşkil ederdi. Bundan ötürü kadın kendini hukukî bir yükümlülük altında zannederek verse bile *dos*'un iadesinin talep edilemeyeceği öngörüldü⁶³. Doktrinde bu durumun söz konusu ilişki bakımından bir *obligatio naturalis* teşkil ettiği görüşü hâkimdir⁶⁴.

⁵⁷ Robert Villers, "Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar, Kadının Hukuki Durumu", Çeviren: Bülent Tahiroğlu, *İÜHF*, C. 39, S. 1-4, 1974, s. 429.

⁵⁸ Bu durumda eğer koca da bir aile evlâdı, yani bir *pater familias*'ın hâkimiyeti (*patria potestas*) altında olan bir *filius familias* ise, evlilikle kadın kayınbabasının *manus*'u altına girmekte ve bu sebeple aslında kocasının kız kardeşiyle aynı statüyü kazanmaktaydı. Bunun sebebi Roma hukukunda ailenin (*familia*) aynı babanın (*pater familias*) egemenliği altındaki kişilerden oluşmasıdır. Bu bağlamda bir kadının kocasının aile evlâdı (*filius familias*) olmayı reddetmesi, aile dışında kalması sonucunu doğururdu. Bkz. Emiroğlu, *Mal Rejimi*, s. 175-176; Kayak, s. 262-263; Pugliese, s. 345.

⁵⁹ Di Marzo, s. 208; Doğan Güzide, s. 78; Sayın, s. 165.

⁶⁰ Doğan Güzide, s. 78; Sayın, s. 166 ve orada dn. 197 ve dn. 198'de zikredilen yazarlar. Hukukî bir görev olmamasına rağmen, *dos* vermek kadının babası için bir onur meselesiydi; bkz. Di Marzo, s. 203; Emiroğlu, *Mal Rejimi*, s. 180.

⁶¹ Sayın, s. 167.

⁶² Di Marzo, s. 206-207. Doğrudan doğruya evlenecek kadının babası tarafından damada verilen *dos*, *profecticia* adını alırdı; bkz. Di Marzo, s. 205.

⁶³ *Digesta* 12.6.32.2: Eğer bir kadın çeyiz vermek durumunda olduğunu düşünüyorsa, çeyiz olarak ne verirse versin geri alamaz: çünkü yanlış düşünce çıkarıldığında, ahlâkî sebep (*pietas causa*) yerinde durmaktadır -devam etmektedir- buna bağlı olarak da ödeme geri istenemez. (Sayın, s. 168'den naklen).

⁶⁴ Di Marzo, s. 400; Doğan Güzide, s. 79; Emiroğlu, *Obligatio Naturalis*, s. 82; Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 21; Sayın, s. 168 dn. 205 ve dn. 206'da zikredilen yazarlar. Aksi görüşte bkz. Ayiter Mehmet, *Dos*, s. 53.

Evlilik sona erdikten sonra ise belirli şartlar altında *dos*'un geri istenmesi mümkündür⁶⁵. Bu bağlamda *dos*'un iadesi borcunun geçici nitelikte bir *obligatio naturalis* teşkil ettiği de söylenebilir.

bb) Azatlığın Efendisine Operae Borcu

Roma hukukunda *res mancipi* sınıfında bir mal olarak değerlendirilen kölelerin, efendilerinin kendilerini azat etmesiyle (*manumissio*)⁶⁶ Roma vatandaşlığı kazanması mümkündür⁶⁷. Bunun sonucu olarak köleler de eşya statüsünden çıkıp hak ehliyetine sahip olabilmekteydi. Fakat azat edilmiş köleler (*libertinus*) her ne kadar vatandaşlık kazanıp hak ehliyetine sahip olsalar da, gerek toplumda, gerek hukuk düzeninde doğuştan hür olan insanlarla (*ingenuus*) aynı konumda değillerdi⁶⁸. Bir köle azat edilse bile eski efendisine (*patronus*) karşı bazı ahlâkî yükümlülüklerinin devam ettiği kabul edilirdi⁶⁹. Bu yükümlülüklerden bir tanesi de *operae*'dir.

Operae (faaliyet), kölenin azat edildikten sonra belirli bir süre boyunca efendisinin faaliyetlerine yardımda bulunmasına ilişkin bir yükümlülüktür⁷⁰. *Operae* borcu, genellikle kölenin azat edilmesinden önce ve sonra ettiği yeminlerle (*iusiurandum*)⁷¹ veya *patronus*'u ile yaptığı bir *stipulatio*⁷² ile tesis edilirdi⁷³. Fakat azat edilmiş köle

⁶⁵ *Iustinianus* döneminde hukukî bir yükümlülük olarak öngörülene kadar, evlilik sona erdikten sonra, *dos*'un sadece belirli şartlar altında geri istenmesi mümkündür. Bu bağlamda kadına *dos*'u veren kişi (genellikle kadının babası) ile koca arasında yapılacak bir *stipulatio*'dan *actio ex stipulatu* isimli bir dava hakkı doğmaktaydı. Ayrıca *dos*'un istenebileceği bir diğer dava türü de *actio rei uxoriae*'dir. Bu davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Di Marzo, s. 208 vd.; Emiroğlu, **Mal Rejimi**, s. 181-182.

⁶⁶ *Manumissio* kurumu ve çeşitleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Di Marzo, s. 41 vd.; Güzide Burcu Günveren, "Ius Civile'nin Tanıdığı Azat Etme Muameleleri ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları", **İÜHF**, C. 76, S. 2, 2018, s. 534 vd.

⁶⁷ Di Marzo, s. 54.

⁶⁸ Günveren, s. 531; Özcan Çelebican, "Roma Egemenliği: Yurttaşlık ve Kölelik", **AÜHF**, C. 43, S. 1, 1993, s. 310.

⁶⁹ Azat edilme sonucu *sui iuris* statüsü kazanıp kendi ailesinin *pater familias*'ı olan köle, genellikle eski efendisinin *familia*'sı ile yaşamaya devam etmekteydi. Kölenin eski efendisine ahlâkî açıdan bazı sorumlulukları devam ederdi; zira kölenin kendisini özgürleştirmiş efendisine bu davranışı sebebiyle manevi açıdan borçlu olduğu kabul edilirdi. Bkz. Di Marzo, s. 48-49; Günveren, s. 543-544; Sayın, s. 168-169; Visky, s. 690.

⁷⁰ *Operae* hakkında detaylı bilgi için bkz. Günveren, s. 548 vd.

⁷¹ Bu işlem aynı zamanda Roma hukukunda yeminin borç doğurduğu tek işlem olarak göze çarpmaktadır. Bkz. Günveren, s. 548.

⁷² Roma hukukunda belirli kelimelerin söylenmesiyle kurulan sözlü akit. Bkz. Özbay, s. 11 vd.; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 68 vd.; Tahiroğlu, s. 130 vd.; Zimmermann, s. 68 vd.

bazen bu işlemlerden hiçbirini gerçekleştirmeden *patronus*'u için *operae*'de bulunmaktaydı. Bu durumda kölenin ifada bulunduğu *operae*'nin, *operae fabriles* (özel bir yetenek gerektiren faaliyet) olmadığı sürece, bir *condictio* ile geri istenemeyeceği ve yapılan ifanın bir *obligatio naturalis*'in ifası⁷⁴ olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmekteydi⁷⁵.

cc) Pactum ile Kararlaştırılan Faiz

Roma hukukunun ilk dönemlerinde sözleşme serbestisi bulunmamaktaydı. Bu sebeple taraflar sadece *Ius Civile*'de öngörülmüş sözleşme tiplerinden (*contractus*) birini yapabilmekteydi. *Ius Civile*'de öngörülmemiş bir sözleşmenin yapılması halinde bir *pactum*'un yapılması söz konusu olur ve bundan ne bir borç, ne de bir dava hakkı doğardı⁷⁶. Zamanla *pactum*lar da çeşitli düzenlemelerle hukuk düzeninin içine yerleştirilmiştir. Yaşanan gelişmeler sonucunda *contractus* ile *pactum* arasında fazla bir fark kalmamış, tarafların sözleşme özgürlüğünün önündeki engel büyük ölçüde

⁷³ Azatlı köle yüklendiği *operae* borcunu yerine getirmezse, borcun tesis edildiği işleme göre (*iusiurandum* veya *stipulatio*), *patronus*'u tarafından kendisine *iudicium operarum* davası veya *stipulatio*'dan doğan dava açılabilirdi. Bkz. Günveren, s. 548-549; Sayın, s. 169.

⁷⁴ *Digesta* 12.6.26.12: Bir azatlı borçlu olduğu zannıyla patronu için *operae*'de bulunur. *Iulianus*'a göre azatlı borçlu olduğunu zannederek ifada bulunmuş olmasına rağmen bir *condictio*'ya sahip değildir: zira azatlı *operae*'leri *patronus*'una *natura* uyarınca borçludur. Buna karşın şayet ifa edilen *operae* değil de; azatlıdan bir *officium* yerine getirmesi istenir ve o da *patronus*'u ile belli bir bedel karşılığı anlaşır ve bunu öderse, yaptığı ödemeyi geri alamaz. Lâkin azatlının borçlu olduğunu düşünerek *patronus*'una ifada bulunduğu bir *operae officium* değil de bir özel yetenek gerektiren bir iş türü ise (*operae fabriles*), örneğin bir portrenin yapılması vb., *Celsus*'a göre ne tüm *operae*'lerin tabiatı (*causa*) aynıdır, ne de aynı kişi tarafından aynı kişi için yerine getirilir zira genel bir kural olarak bir kişinin gücü, yaşı ve yerine getireceği işin özelliklerine uygunluğu yapacağı *operae*'nin tabiatını değiştirir. *Celsus* için bu *operae* bir değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. *Celsus* der ki; bazı durumlarda verdiğimiz yerine başka bir şey için *condictio*'da bulunmamıza hukuken izin verilir. Bu durumlara örnek olarak sahibi olmadığım bir çiftliği geri verip semereleri için bir *condictio* ileri sürmem veya aslında borçlu olunmadığı halde sana bir köle verilmesi ve senin bir dolandırma amacın olmadan onu az bir bedel karşılığı satman durumunda açıktır ki sadece bu bedeli geri ödemekle sorumlu tutulursun. Ya da bir köleyi kendi harcamalarımla daha değerli hale getirmişsem, bu harcamalar bir değerlendirmeye tâbi tutulmalı mıdır? Mevcut durum için *Celsus*, *operae officium* için ödeyeceğimi *condictio* ile geri isteyebileceğimi düşünmektedir. Buna karşılık *Marcelius Digesta*'sının yirminci kitabında şu soruyu yöneltir: *Patronus* bu *operae*'yi yerine getirmesi için azatlıyı görevlendirmesi halinde durum ne olacaktır? *Marcelius*'a göre *operae* el yeteneği gerektiren bir özellikte değilse azatlı sorumlu tutulamaz (çünkü *patronus*'un isteğine/emrine bağlı olarak bunlar başkası için bile yerine getirilebilir). Buna karşın görevlendirilen azatlı bu *operae*'nin karşılığını öderse, bu ödemesini ne *operae*'yi yerine getirdiği ve başkası düşüncesiyle ifada bulunduğu ve kendisine ait olanı elde eden alacaklıdan ne de patronundan geri isteyemez; zira *natura* uyarınca *operae* zaten kendisine -*patronus*- borçlanılmıştır. (Sayın, s. 170-171'den naklen).

⁷⁵ Di Marzo, s. 400; Emiroğlu, *Obligatio Naturalis*, s. 82; Günveren, s. 548; Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 21; Sayın, s. 171-172; Snyder, s. 427-428; Zimmermann, s. 9.

⁷⁶ Doğan Güzide, s. 81-82; Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 121.

kalkmıştır⁷⁷. Fakat her ne kadar *pactum*lar zamanla hukuk sisteminin içerisine yerleşmiş ise de, bazı *pactum*lardan *obligatio civilis* değil; *obligatio naturalis* doğardı. Bunların en önemli örneklerinden bir tanesi de bir dar hukuk akdi⁷⁸ olan ödünç sözleşmesi (*mutuum*)⁷⁹ için kararlaştırılan faizdir.

Roma dönemindeki ödünç sözleşmesi genellikle kredi işlevi gören bir sözleşmeydi. Şöyle ki, taraflardan biri başkasına ödünç veriyorsa bunu ondan bir karşılık almak için veriyordu. Bu sebeple genellikle konusunu bir miktar para oluşturan ödünç sözleşmeleri için bir faiz (*usurae*)⁸⁰ kararlaştırılmaktaydı⁸¹. Fakat bu faiz anlaşması ödünç sözleşmesinden ayrı olarak yapılmaktaydı; zira Roma hukukunda ödünç sözleşmesi, kural olarak, faizsiz idi. Başka bir ifadeyle, ödünç sözleşmesinde ödünç veren, ödünç alandan sadece ödünç verdiği miktar kadarını talep edebilmekteydi⁸². Eğer bundan fazlası talep ediliyorsa, bunun muhakkak ayrı bir anlaşmayla öngörülmüş olması şarttı. Tarafların yapacakları bu faiz sözleşmesini bir *stipulatio* ile yapmaları gerekirdi; zira *pactum* ile yapılan faiz sözleşmelerinden bir *obligatio naturalis* doğduğu kabul edilmekteydi⁸³. Buna göre bir ödünç sözleşmesi için *pactum*la faiz kararlaştırılmışsa ödünç alan bunu ifaya zorlanamamaktaydı; fakat diğer *obligatio naturalis* türlerinde olduğu gibi, bu borcunu ödemişse *condictio indebiti* ile geri istemesi mümkün değildi.

⁷⁷ Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 126.

⁷⁸ Roma hukukunda sadece aynen ifanın talep edilebileceği sözleşme türleri dar hukuk akdi olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Doğan Güzide, s. 84 dn. 324.

⁷⁹ *Mutuum* hakkında detaylı bilgi için bkz. Di Marzo, s. 411 vd.; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 47 vd.; Zimmermann, s. 153 vd.

⁸⁰ *Usurae* hakkında detaylı bilgi için bkz. Di Marzo, s. 368 vd.; Zimmermann, s. 166 vd.

⁸¹ Doğan Güzide, s. 85; Özbay, s. 45 vd; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 51-52; Zimmermann, s. 154-155.

⁸² Doğan Güzide, s. 85; Özbay, s. 45; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 52; Zimmermann, s. 154. Bu kural *re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit* – “Şey ile ancak verilen nispetinde bir borç teşkil edilebilir” ilkesine dayanmaktadır; bkz. Di Marzo s. 412-413.

⁸³ Demiray, **Eksik Borç Kavramı**, s. 575; Di Marzo, s. 369 ve s. 413; Doğan Güzide, s. 85-86; Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 82; Erdoğan, s. 53; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 52; Snyder, s. 427-428; Zimmermann, s. 163.

e) Impubes'in Vasinin Auctoritas'ı Olmadan Yüklendiği Borçlar

Roma hukukuna göre özgür, 25 yaşını doldurmuş, müsrif olmayan ve herhangi bir akıl hastalığı bulunmayan erkekler fiil ehliyetine sahip kabul edilirdi. Bununla birlikte 0-14 yaş arası çocukların (*impuberes minores*) ve yaş fark etmeksizin tüm kadınların fiil ehliyetine sahip olamayacağı kabul edilmişti⁸⁴. Bu sebeple bu gruptakilerin herhangi bir sebeple tâbi oldukları hâkimiyet altından çıkıp *sui iuris* statüsü kazanmaları halinde malvarlığının korunması ihtiyacı doğmuştur. Bunun için vesayet kurumu (*tutela*)⁸⁵ ihdas edilmiştir. Bu bağlamda henüz erişkin olmamış çocuklar ve kadınlar herhangi bir sebeple *sui iuris* statüsü kazandıklarında malvarlıklarının korunması için kendilerine vasi atanırdı.

Impubes'lerin herhangi bir hukukî işlem yapabilmesi için vasisinin *auctoritas*'ına ihtiyacı vardı⁸⁶. Doktrinde *auctoritas*, “vesayet altında bulunan kişinin yapmak istediği hukukî muamele esnasında vasinin hazır bulunarak iradeyi tamamlaması” olarak tanımlanmaktadır⁸⁷. Buna göre, *impubes*'in yaptığı bir işlemde *auctoritas*'ın bulunmaması, işlemin geçersiz olması sonucunu doğurmaktaydı. Fakat tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından bu kurala bir istisna getirilmişti: Eğer *impubes*, vasinin *auctoritas*'ı olmadan tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme yaparsa bundan doğan hakları edinmekte, fakat borçları yüklenmemekteydi. *Impubes*'in buradaki durumu borç altına giren köleninkine benzetilmektedir. Bu sebeple *negotium claudicans* (topal işlem) olarak da adlandırılan bu muamelelerden bir *obligatio naturalis* doğduğunu⁸⁸ savunan yazarlar bulunmaktadır⁸⁹.

⁸⁴ Doğan Güzide, s. 86-87; Doğanç/Kocakuşak, s. 244.

⁸⁵ *Tutela* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Di Marzo, s. 215 vd.; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 135; Tahiroğlu, s. 289-290.

⁸⁶ *Gaius Institutiones* 3.107: Vesayet altındaki küçük, vasinin *auctoritas*'ını almak şartıyla istediği işlemi yapabilir ve kendisini borç altına sokabilir. Sadece karşı tarafı borçlandırıcı işlemleri ise, tek taraflı olarak, vasinin *auctoritas*'ını almadan yapabilir. (Doğan Güzide, s. 88 dn. 346'dan naklen).

⁸⁷ Doğan Güzide, s. 88. Benzer tanımlar için bkz. Di Marzo, s. 222; Sayın, s. 144. *Auctoritas* aynı zamanda eşyanın *mancipatio* ile devri işleminde malikin verdiği teminat anlamına da gelmektedir. *Auctoritas*'ın bu ikinci anlamı hakkında detaylı bilgi için bkz. Schulz, s. 341 vd.; Sütken, s. 478.

⁸⁸ *Digesta* 12.6.13.1: Bunun gibi ergen olmayan küçük, vasinin *auctoritas*'ı olmadan karz almak suretiyle zenginleşmişse, bunu ergen (*pubes*) olduktan sonra ödemişse, geri isteyemez. (Erdoğan, s. 24 dn. 49'dan naklen).

⁸⁹ Demiray, **Eksik Borç Kavramı**, s. 575; Erdoğan, s. 24; Sayın, s. 148 ve orada dn. 129'da zikredilen yazarlar; Snyder, s. 429. Doktrinde *auctoritas* olmadan yapılan bu işlemlerden *obligatio naturalis* doğup doğmadığı hususu tartışmalıdır. Zira döneme ilişkin kimi metinler bunlardan *obligatio naturalis* doğduğunu öngörürken (*Digesta* 12.6.13.1); bazı metinlerde ise *impubes*'in *auc-*

2) Borçların Sonradan *Obligatio Naturalis*'e Dönüşmesine Yol Açan Durumlar

a) *Capitis Deminutio*

Roma hukukunda bir kişinin sahip olduğu bir *status*'u kaybetmesi *capitis deminutio* olarak adlandırılmaktadır⁹⁰. *Capitis deminutio* üç farklı şekilde ortaya çıkmaktaydı: Bunlardan ilki, kişinin özgürlüğünü kaybetmesi (*capitis deminutio maxima/magna*), ikincisi, özgürlüğünü korurken vatandaşlığını kaybetmesi (*capitis deminutio media/minor*), üçüncüsü de özgürlüğünü ve vatandaşlığını korurken *familia*'sına ilişkin bir statüyü kaybetmesi⁹¹ (*capitis deminutio minima*) idi⁹².

Roma hukukunda bir borcun *obligatio naturalis* niteliği taşıyıp taşıyamamasında en önemli olan husus, borcu yüklenen kişinin *status*'u (hukuk düzeni önündeki konumu) olduğu için, *capitis deminutio* sonucu kişinin sahip olduğu borçların niteliğinin de değişmesi gerekmektedir. Bu bağlamda *Digesta* 4.5.2.2'de⁹³, *capitis deminutio* ile statü değiştiren insanların borçlarının *obligatio naturalis*'e dönüşeceği⁹⁴ öngörülmüştür⁹⁵.

toritas olmadan yaptığı bir işlemde ifa ettiği şeyi geri isteyebileceği kabul edilmiştir (*Digesta* 12.6.41). Bu tartışmalar hakkında bkz. Doğan Güzide, s. 90-91; Sayın, s. 145 vd.

⁹⁰ Berki, **Roma Hukuku**, s. 121; Di Marzo, s. 56; Doğan Güzide, s. 91; Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 82; Sayın, s. 149.

⁹¹ Bu duruma kişinin *sui iuris* iken evlât edinilme yoluyla bir baba hâkimiyeti (*patria potestas*) altına girip *alieni iuris* statüsüne geçmesi örnek verilmektedir; bkz. Henry Goudy, "Capitis Deminutio in Roman Law", **Juridical Law Review**, V. 9, No. 2, 1987, s. 136; Snyder, s. 428.

⁹² Di Marzo, s. 56-57; Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 82; Goudy, s. 134; Sayın, s. 149.

⁹³ *Digesta* 4.5.2.2: ...*Capitis deminutio*'ya çarpılanlar, *capitis deminutio*'dan evvelki sebepler münasebetiyle davasız borç mecburiyeti altında kalırlar. (Di Marzo, s. 399'dan naklen).

⁹⁴ Sayın'a göre, bu tür durumlarda *Ius Civile* tarafından kabul edilen *obligatio civilis* niteliğindeki bir borcun statü değişikliğine bağlı olarak sadece *civiles* olarak sona ermesi söz konusudur. Bu bağlamda *obligatio* ortadan kalkmamaktadır; fakat *naturalis* hale gelerek beklemektedir; bkz. Sayın, s. 117 ve s. 151.

⁹⁵ Sayın, s. 151-152; Snyder, s. 428. Doktrinde bu borçların *obligatio naturalis* niteliği taşımadığı; *Digesta* 4.5.2.2 hükmündeki *obligati naturaliter* ifadesinin orijinal metninde bulunmadığı ve sonradan *interpolatio* yoluyla metne dâhil edildiğine ilişkin görüşler de mevcuttur. Çalışmamızın kapsamı dışında kalan bu tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Güzide, s. 93 dn. 370; Sayın, s. 150-151.

b) Litis Contestatio

Roma'da *Ius Civile*'ye dayanan *iudicium legitimum*⁹⁶ şeklinde bir şahsî dava açıldığında iki aşamalı bir yargılama söz konusu olurdu: İlk aşamada *Praetor* öncelikle tarafların iddialarını dinler, sonrasında ise gerekiyorsa onlara bir dava hakkı tanırdı. Bu dava hakkının tespit edilmesi işlemi *litis contestatio* olarak adlandırılmaktaydı⁹⁷. Bu aşamadan sonra yargılamanın ikinci safhasına geçilirdi: *Litis contestatio* ile mevcut olan borç sukut eder ve borçlu bu aşamadan sonra artık verilmesi muhtemel mahkûmiyet kararına (*condemnari oportere*) uymakla yükümlü hale gelirdi⁹⁸. Aynı alacak için yeni bir dava açılmasının önüne geçmek için bu işlem ile borcun sona erdiği kabul edilmiştir⁹⁹. *Litis contestatio* ile mevcut borç sona erip, yerine mahkeme kararına uymaya yönelik yeni bir borç tesis edildiği için, bu işlemin *novatio*'ya (yenileme) benzediği de ifade edilmektedir¹⁰⁰.

Yargılama devam ederken borçlunun *litis contestatio* ile sona ermiş olan borcunu ifa etmesi durumunda ne olacağı sorunu ortaya çıkmıştır; zira bu durumda mahkeme kararı borçlunun aleyhine çıkarsa borçlu bu karara uymakla yükümlü olduğu için, yargılama esnasında ifa ettiği borcunu yargılama sonunda bir kez daha ifa etmek zorunda kalacaktı. Bu duruma *litis contestatio*'nun borcu ortadan kaldırmak yerine, sadece dava hakkını ortadan kaldırdığı kabul edilerek çözüm getirilmiştir. Bu sebeple doktrinde *litis contestatio* işlemiyle borçların *obligatio naturalis* niteliği taşıyan borçlara dönüştüğü öne sürülmüştür¹⁰¹.

⁹⁶ Roma'da veya Roma'nın bir mil çevresinde bulunan iki Roma vatandaşı arasındaki uyuşmazlıkların çözüm usulüne bu ad verilmekteydi; bkz. Di Marzo, s. 127; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 184.

⁹⁷ Di Marzo, s. 126; Doğan Güzide, s. 93; Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 81 dn. 32; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 184; Sayın, s. 160-161; Snyder, s. 428; Tahiroğlu, s. 98.

⁹⁸ Doğan Güzide, s. 94; Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 81; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 184-185; Sayın, s. 161; Snyder, s. 428; Tahiroğlu, s. 98.

⁹⁹ Di Marzo, s. 127; Sayın, s. 162. *Iustinianus* döneminde *litis contestatio*'nun borcu sona erdiren ve yargılamayı iki safhaya bölen niteliği ortadan kalkmıştır. Bu bağlamda mahkeme karar vermediği sürece aynı alacak için ikinci bir dava açılması mümkün hale gelmiştir. Bkz. Doğan Güzide, s. 95-96; Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 82; Sayın, s. 163-164.

¹⁰⁰ Bununla birlikte, *litis contestatio* alacağa ilişkin teminatları (örneğin rehin hakkı) sona erdirmesi yönüyle *novatio*'dan ayrılmaktadır; bkz. Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 81; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 185; Sayın, s. 162; Tahiroğlu, s. 98.

¹⁰¹ Doğan Güzide, s. 95; Emiroğlu, **Obligatio Naturalis**, s. 82; Fontaine, s. 498; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 21; Sayın, s. 162-163; Snyder, s. 428; Tahiroğlu, s. 36 ve s. 98. Yazarlar *litis contestatio* işlemi sonucunda borcun sona erdiğini belirtmekte, fakat sona eren borca ilişkin yükümlülüğün *obligatio naturalis* olarak varlığını devam ettirdiğini ifade etmektedir. Yazarlar sona eren

c) Praescriptio

Roma hukukunda genel zamanaşımı (*praescriptio*)¹⁰² süresi otuz yıl olarak ön-görölmüş, bu süre geçtikten sonra dava hakkının ortadan kalktığı kabul edilmiştir. Buna rağmen alacak hakkının dava edilmesi durumunda, borçluya bir def'i (*exceptio praescriptio longi temporis/praescriptio triginta annorum*) öne sürerek borcunu ifa-dan kaçınma hakkı tanınmıştı¹⁰³. Fakat bu durumda borçlunun def'i hakkını kullan-ması, borcun def'i yoluyla (*ope exceptionis*)¹⁰⁴ sona ermesi sonucunu doğurmaktay-dı¹⁰⁵. Başka bir anlatımla, borçlu zamanaşımına uğramış borç için kendisine dava açıldığı takdirde def'i öne sürerek borcu sona erdirebilmekteydi.

Borçlu zamanaşımı süresi dolmasına rağmen def'i öne sürmeyip borcunu ifa etmeyi tercih ederse, verdiği *condictio indebiti* ile geri istemesi mümkün değildi; zira mevcut bir borcunu ifa ettiği kabul edilmekteydi. Bu sebeple Roma hukukunda def'i hakkı kullanılmadan ifa edilen borçlar da doktrinde *obligatio naturalis* başlığı altında incelenmektedir¹⁰⁶.

Roma hukukunda salt zamanaşımının dolması borca *obligatio naturalis* niteliği kazandırırken; def'i hakkının kullanılması ise borcu sona erdirmektedir. Bu bağlam-da Roma hukukunda zamanaşımına uğramış borçların günümüzdeki zamanaşımına uğramış borçlardan farklı bir yaptırıma tâbi tutulduğu görölmektedir.

bir borcun nasıl, *obligatio naturalis* olarak da olsa, varlığını devam ettirebildiğine ilişkin herhangi bir açıklama yapmamıştır. Sayın'a göre ise, bu durumda *civile* niteliği taşıyan bir borcun *novatio* ile yenilenerek *naturalis* niteliği kazanması söz konusudur; bkz. Sayın, s. 117 ve s. 163. Kanaati-mizce bu açıklama diğerlerine nazaran daha tutarlı gözökmektedir.

¹⁰² Roma hukukunda bir uyumsuzluğun birden fazla yönü olması durumunda davacılar ilk olarak ince-lenmesini istedikleri hususlara ilişkin bir beyanda bulunurlardı ve bu beyan *prae-scriptus* (önce yazılmış) olarak adlandırılırdı. Bu beyanlar genellikle uzun bir zamanın geçmesi sebebiyle bir hakkın kazanıldığına veya zayıfladığına ilişkindi. Bu sebeple zamanla *praescriptio* kavramı za-manaşımını ifade etmek için kullanılmaya başlanmıştır. Bkz. Charles Phineas Sherman, "Acquisi-tive Prescription – Its Existing World-Wide Uniformity", **The Yale Law Journal**, V. 21, No. 2, 1911, s. 147-148; Di Marzo, s. 123.

¹⁰³ Tahiroğlu, s. 102; Zimmermann, s. 769-770.

¹⁰⁴ Roma hukukunda borcun def'i yoluyla sona ermesi (*ope exceptionis*) hakkında detaylı bilgi için bkz. Di Marzo, s. 395-396; Tahiroğlu, s. 101 vd.

¹⁰⁵ Di Marzo, s. 396; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 190.

¹⁰⁶ Doğan Güzide, s. 96; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 190; Tahiroğlu, s. 35-36.

B) Modern Hukukta Eksik Borçlar

Roma hukukunda *obligatio naturalis* sonucu doğuran işlemlerin genellikle hâkimiyet (*potestas*) ilişkisine dayalı olduğu görülmektedir. Örneğin Roma hukukunda satım sözleşmesi *obligatio naturalis* doğuran bir işlem değildir; fakat bir kölenin yaptığı satım sözleşmesinden doğan borç *obligatio naturalis* olarak değerlendirilmiştir. Zira eşya niteliğinde olan ve efendilerinin hâkimiyeti altında bulunan kölelerin efendilerini borç altına sokmaları kabul edilemez bir durum olarak görülmüştür. Keza ödünç sözleşmesinden de (*mutuum*) bir *obligatio naturalis* doğmazken; *Senatus Consultum Macedonianum*'a aykırı olarak aile evlâdına verilen para ödöncü *obligatio naturalis* yaptırımına bağlanmıştır. Başka bir anlatımla, Roma hukukundaki tabîî borç yaptırımı, yapılan hukukî işlem esas alınarak değil; genellikle işlemi yapan kişinin altında bulunduğu hâkimiyet ve hukukî statüsü esas alınarak öngörölmüştür¹⁰⁷.

Günümüzde eksik borç başlığı altında incelenen borçlar ile Roma hukukunda *obligatio naturalis* niteliği taşıyan borçlar arasında tam bir benzerlik kaldığını söylemek güçtür. Zaman içerisinde yaşanan değişiklikler modern hukuk düzeninde daha farklı hukukî işlemleri eksik borç yaptırımına bağlamayı zorunlu kılmıştır. Roma hukukundaki salt statüye dayalı yaptırım sistemi ortadan kalkmış, eksik borç niteliği hukukî işlemin kendisi için öngörölmüştür. Bu bağlamda kanun koyucu onu gerçekleştiren kişilerden bağımsız olarak bazı hukukî işlemlerde bir alacak hakkının varlığını kabul etmiş; fakat bu hakkı devletin yaptırım ve cebrî icra gücüyle korumaya lâayık görmemiştir.

¹⁰⁷ Erdoğan, s. 25; Sayın, s. 116; Zimmermann, s. 8. Demiray bu durumu “tabîî borçların hukukî bir ürün değil; mevcut hukukî düzenlemelerin yan etkileri olarak ortaya çıkmış borçlar” şeklinde ifade etmektedir; bkz. Demiray, **Eksik Borç Kavramı**, s. 570.

III. Eksik Borç Kavramına Gerek Olup Olmadığı Sorunu

Borçlunun ifaya zorlanamayacağı bir edimin olduğu yerde gerçek anlamda bir borçtan söz edilip edilemeyeceği üzerinde durulması gereken bir sorundur. Böyle bir durumda borçlunun yerine getirdiği edimi geri isteyememesini izah etmek için eksik borç kavramına gerçekten gerek var mıdır; yoksa bu husus başka bir şekilde izah edilebilir mi?

Eksik borçların dava ve cebrî icra yolu ile elde edilme özelliğinden yoksun olması, doktrinde bu kavramı inceleyen yazarları bu borçların niteliğini izah edebilmek için çeşitli teoriler öne sürmeye itmiştir. Cermen hukuku temelli olan ve “düalist (ikici) teori” olarak isimlendirilen bir teoriye göre eksik borçlar, ancak borç ve sorumluluk unsurlarının birbirinden ayrılması ile izah edilebilir¹⁰⁸. Bu teoriye göre her ne kadar borç ve sorumluluk unsurları dışarıdan tek vücut halinde gözükse de, bir borcun kendisi ve sorumluluk birbirinden ayrı kavramlardır. Dolayısıyla borçsuz sorumluluk söz konusu olabileceği gibi; sorumluluktan bağımsız bir borcun varlığından da söz edilebilir. Eksik borçlar buradaki ikinci kategoriye girmektedir. Bu borçların temelinde hukukî anlamda bir borç bulunmaktadır, dolayısıyla bunların ifası bir tam borcun ifasıyla aynı hüküm ve sonuçları doğurur. Fakat bu borçlar borçlunun herhangi bir yasal sorumluluğunu gerektirmez. Eksik borç kavramının düalist teori çerçevesinde izah edilmesine doktrinde çeşitli eleştiriler getirilmiştir. Aralarında bazı farklılıklar bulunsa da, bu eleştirilerin tamamında eksik borç kavramına gerek olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Bu bağlamda öne sürülen bir görüşe¹⁰⁹ göre, borç ve sorumluluk kavramları birbirinden bağımsız olarak ele alınamayacak kavramlardır. Bu sebeple ne borçsuz sorumluluktan bahsedilebilir; ne de sorumluluğun olmadığı bir borçtan. Borç ve sorumluluk tek, bölünemez bir varlık teşkil eder. Bu sebepten ötürü eksik borçların varlığını borç ve sorumluluk kavramlarını birbirinden ayırarak izah etmek mümkün değildir.

¹⁰⁸ Fabio Konder Comparato, **Essai D'analyse Dualiste de L'obligation en Droit Privé**, Paris, 1964, s. 184 vd. (Kocayusufpaşaoğlu, s. 44-45'ten naklen).

¹⁰⁹ Ludwig Enneccerus, **Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearbeitung von Heinrich Lehmann**, Marburg: Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, 1930, s. 6-7 (Akev, s. 90'dan naklen).

Başka bir görüş¹¹⁰ ise, sorumluluğun mevcut olmadığı borç hallerinde başlangıçta bir borç bulunmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre eksik borç olarak tanımlanan borçlar aslında ifa anında doğmaktadır. Eğer borçlu ifadan önce herhangi bir şekilde edimi yerine getirmeye zorlanamıyorsa, ifa gerçekleşmeden önce bir borcun var olduğundan söz edilemez. Fakat borçlu kendi rızasıyla bir edimi yerine getirirse, ifa anında meydana gelen bir borçtan söz edilir. Başka bir ifadeyle, bu görüşe göre eksik borç sınıfına giren durumlarda borçlunun ifaya zorlanamaması, fakat borcu ifa ettiğinde hukuk düzeninin bunu “bir borcun ifası olarak” tanıması, bunların ifa anında ortaya çıkan borçlar olduğu anlamına gelir. Bu sebeple ifadan önce bir borcun mevcudiyetinden söz edilemez¹¹¹.

Bu eleştiriler bağlamında ileri sürülen üçüncü bir görüş¹¹² de eksik borç kavramına hiçbir şekilde gerek olmadığı sonucuna varmaktadır. Bu görüşe göre, kanunda düalist teoriye dayanak oluşturacak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple kanun koyucunun dava ve cibrî icra yoluyla elde edilme hakkı tanımadığı hallerin hukukî bir vazife olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira borçlunun ifayla mükellef olmadığı bir durumda borçtan söz edilmesine olanak yoktur; olsa olsa kanun koyucunun yapılan kazandırmaya hukukî bir sonuç tanınmasından söz edilebilir. Burada alacaklı bakımından bir borcun ifa edilmesi değil, özel bir iktisap sebebi mevcuttur. Sonuç olarak bu durumu izah etmek için eksik borç kavramına ve dolayısıyla bu kavramı gerekçelendirmek için düalist teoriye ihtiyaç bulunmamaktadır.

Nihayet ileri sürülen ve bir önceki görüşle benzerlik taşıyan dördüncü bir görüşe göre¹¹³, sorumluluğun olmadığı bir borç çeşidi tasavvur edilemez; zira bir kimse- nin zorunda olmadığı bir edimi yerine getirmesi halinde bir yükümlülüğün ifasından

¹¹⁰ Akev, s. 90 dn. 72’de zikredilen yazarlar.

¹¹¹ Doktrinde bazı yazarlar bu görüşü eleştirmekte ve bir ifadan söz edilebilmesi için öncelikle bir borcun mevcut olması gerektiğini belirtmektedir. Oysa söz konusu görüş, eksik borç olarak tanımlanan hallerde bir borç bulunmadığını, ancak yapılan ifanın hukuk düzeni tarafından tanındığını ve bu sebeple borcun ifa anında doğduğunu öne sürmektedir. Bu teorelinin vardığı “borçsuz ifa” sonucunu eleştiren yazarlar için bkz. Henry Siefert, **Les Obligations Naturelles Dans le Droit Civil Français et Dans le Droit Civil Allemand**, Paris, 1915, s. 42-43 (Akev, s. 90’dan naklen).

¹¹² Jean Pelet, **La Théorie Dualiste de L’obligation et son Application au Droit Suisse**, Lausanne: Impr. C. Pache, 1937, s. 126 vd. (Akev, s. 90-91’den naklen).

¹¹³ Karl Heitz, **Die unvollkommene Obligation in schweizerisches Recht**, Bern: Stämpfli Verlag, 1940, s. 43 vd. (Akev, s. 91’den naklen).

söz edilemez. Alacak hakkının varlığından söz edebilmek için borçlunun dava yoluyla veya mahkeme dışı yollarla (örneğin takas) ifaya zorlanabilmesi gerekir¹¹⁴. Bu durumda, yerine getirildiği takdirde geçerli olan, fakat getirilmediği takdirde dava edilemeyen edimleri izah etmek için düalist teori tatmin edici bir çözüm değildir. Bu durumu izah edecek gerekçeler aslında kanunda mevcuttur: Ahlâkî görevlerin ifasını¹¹⁵ düzenleyen TBK m. 78/II hükmünün kenar başlığı “borçlanılmamış edimin ifası” şeklindedir. Buradan hareketle kanun koyucunun ahlâkî bir görevin ifasını borçlanılmamış bir edimin ifası olarak değerlendirdiği sonucuna varmak mümkündür. Dolayısıyla ahlâkî yükümlülükleri değerlendirirken “sorumluluğun olmadığı borç” çözümünün kullanılmasına gerek bulunmamaktadır; zira kanun koyucu burada dava hakkından yoksun kıldığı bir hukukî ilişkiyi borç olmayan bir şeyin tediyesi olarak değerlendirmektedir. Benzer bir durum TBK m. 81 açısından da söz konusudur. Bu hükümde de hukuka ve ahlâka aykırı bir amacın gerçekleşmesi için verilen şeyin geri istenemeyeceği öngörülmüştür. Burada da herhangi bir borcun varlığından söz edilmemektedir. Dolayısıyla bu durumları tanımlamak için eksik borç kavramına ihtiyaç yoktur; zira eksik borç olarak değerlendirilen durumların temelinde bir “borç” bulunduğu dair kanunda ikna edici bir emare yoktur. Bu tür durumlarda ancak kanun koyucunun ahlâka aykırı sebeplerle dava edilmesini yasakladığı veya salt ahlâkî çerçevede kalan bazı kazandırmalara kalıcı bir nitelik atfetmesinden söz edilebilir.

Kocayusufpaşaoğlu da bu eleştirilere büyük ölçüde katılmakla beraber, yine de eksik borç kavramını tamamen reddetmemektedir. Yazara göre sorumluluktan söz edilemeyen bir durumda gerçek anlamda bir alacak hakkının varlığından bahsetmek güçtür; fakat bu durum eksik borç kavramını mutlak suretle reddetmeyi de gerektirmez; zira kendine özgü nitelik taşıyan bazı durumları ifade edebilmek için de bir kavrama ihtiyaç vardır. Bununla birlikte, tabîî (doğal) borç kavramı da eksik borç kavramına nazaran daha isabetlidir; çünkü gerçekten hukukî anlamda bir vazifeden bahsedilemeyecek durumlar söz konusudur. Tabîî borç kavramı, bu durumları ifade etmekte eksik borç kavramına nispeten daha başarılı olacaktır¹¹⁶.

¹¹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 45 dn. 6’da zikredilen yazarlar. Kocayusufpaşaoğlu, s. 46 dn. 7’de bu görüşü savunan yazarların, İsviçre hukukunda eksik borç kavramına gerek olmadığını açıkça ifade ettiklerini belirtmektedir.

¹¹⁵ Ahlâkî yükümlülüklerin eksik borç niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır. Bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, IV/A.

¹¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 46.

Antalya'ya göre ise alacak hakkı, talep hakkı ve dava hakkı birbiriyle ilişkili; fakat farklı kavramlardır. Bu sebeple bu üç kavram arasındaki bağlantı koparılmadan bunları ayrıştırarak eksik borç kavramını izah etmek mümkündür. Bu sayede eksik borçlar, “dava edilemeyen veya dava edilmesi engellenebilen talep hakları yükümlülüğü” olarak tanımlanabilecektir¹¹⁷.

Günümüzde doktrindeki hâkim görüş eksik borç kavramını hukukî bir kurum olarak kabul etmekte ve incelemektedir¹¹⁸. Kanaatimizce de eksik borç bağımsız ve gerekli bir hukukî kurum niteliği taşır ve esasen bu nedenle çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.



¹¹⁷ Antalya, C. 1, s. 82.

¹¹⁸ Eksik borç kavramını bağımsız bir hukukî kurum olarak kabul eden sayılamayacak kadar çok yazar mevcuttur ve bu yazarları zikretmek oldukça kabarık bir dipnot gerektireceği için bunun yerine, yukarıda yaptığımız gibi, bu kavramı reddeden yazarların zikredilmesi ile yetinilmiştir. Aşağıda eksik borç kavramı ile bağlantılı hukukî sorunlar incelenirken hâkim görüşü savunan yazarlar ve ileri sürdükleri görüşler zikredilecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

Eksik Borçların Türleri

I. Doğuştan Eksik Borçlar

Bazı borçlar doğduğu andan itibaren dava ve cebrî icra vasıtasıyla elde edilme olanağından yoksundur. Kanun koyucu bu borçları gayri ahlâkî niteliği¹¹⁹ ve malvarlığında meydana getirdiği orantısız değişimler sebebiyle korunmaya değer ekonomik bir menfaat olarak görmemiş; doğdukları andan itibaren bu borçlar için borçlunun ifaya zorlanabileceği her türlü yolu işlevsiz kılmıştır.

Bu borçların doğduğu andan itibaren eksik borç niteliği taşımasının bir sonucu olarak, bu borçlara ilişkin alacaklar hakkında açılan davalarda borçlunun bu niteliği def'i değil, bir itiraz sebebi teşkil eder. Bu sebeple hakim de borcun bu niteliğini re'sen göz önünde bulundurur.

Doğuştan eksik borçlar sınıfına kumar ve bahisten doğan borçlar, evlenme sınırlığından doğan borçlar ve evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya cezaî şart girmektedir.

A) Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar

1) Genel Olarak

Kumar ve bahis kavramlarına ilişkin bir tanıma ne Borçlar Kanunu'nda, ne de diğer kanunlarda rastlanır. Doktrinde kumar sözleşmesi, “birden fazla kişinin eğlenmek, kazanç sağlamak yahut fikrî veya bedenî ustalıklarını geliştirmek amacıyla, az veya çok ustalığa ya da talihe bağlı birbirine zıt şartlar altında, karşılıklı olarak aralarında kazanacak olana bir edim taahhüt ettikleri sözleşme” olarak tanımlanmaktadır¹²⁰. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere kumar borcu belirsiz bir olayın veya tesa-

¹¹⁹ Burada söz konusu olan ahlâka aykırılığın TBK m. 27 kapsamına girmediği hususunda bkz. Üçüncü Bölüm, I/B/2.

¹²⁰ Adem Özmen, **Borçlar Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 31; Ahmet Mithat Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019, s. 699 (Özel); Akev, s. 44; Ali Naim İnan/Özge Yücel, **Borçlar Hukuku**

düfi bir şartın gerçekleşmesi ile tarafların iradesinden bağımsız doğar. Bu sebeple bu çeşit borçlar “baht (talih) ve tesadüfe bağlı borç” olarak da anılmaktadır¹²¹.

Bahis sözleşmesi ise, doktrinde, tarafların karşılıklı ve birbirine zıt iddialarını pekiştirmek amacıyla yaptığı sözleşme olarak tanımlanmaktadır¹²². Bahis sözleşmesinde taraflardan her biri kendi iddiasının yanlış çıkması olasılığı için karşı tarafa bir edim vaat eder¹²³. Doktrinde bahsin aslında kumarın alt türü olduğu ve bahisle kumar arasındaki farkın sâikte ortaya çıktığı görüşü hâkimdir. Bu görüşe göre, bir konuya ilişkin fikir ayrılıklarını pekiştirme amacı güdülüyorsa bahis; kazanç veya eğlence sâikiyle hareket ediliyorsa kumar söz konusu olmaktadır¹²⁴. Ancak bahis ve kumar arasında doğurdukları hukukî sonuç itibarıyla hiçbir fark yoktur. Dolayısıyla Türk-İsviçre hukukunda yapılan bu ayrımın pratik açıdan bir önemi bulunmamaktadır¹²⁵.

Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 95; Buket Doğan, **Genel Olarak Türev Araç Sözleşmeleri ve Vadeli İşlem Sözleşmesine Genel Bir Bakış**, Kocaeli: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008, s. 79; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, İstanbul: BETA Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2014, s. 1487-1488; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 808 (Borçlar Özel); Kılıçoğlu, **Genel**, s. 50; Kocayusufpaşaoğlu, s. 53; Necip Bilge, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1971, s. 402 (Özel Borç Münasebetleri); Neslihan Çukadar, **Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar**, Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013, s. 77; Işık Önay, **Yeni-leme**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 91; İsmail Kırca, **Hukukî Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2000, s. 243; Özlem Karlı, **Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanıması**, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 136; Ömer Faruk Şenol, **Hukuki Açıdan Bankaların Tezgahüstü Piyasada Taraf Olduğu Türev İşlemler**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 51; Özlem Tüzüner, “Kumar ve Bahis Borcu Hakkında de Lege Ferenda Düşünceler”, **TBB**, C. 26, S. 107, 2013, s. 246.

¹²¹ Akev, s. 131-132; Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 771; Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 401; Eren, **Borçlar Özel**, s. 808; Merve Yılmaz, **Yargıtay Kararları Çerçevesinde Kıymetli Evrakta Şahsi Defiler**, Isparta: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 55; Tüzüner, s. 251; Yavuz/Acar/Özen, s. 1487.

¹²² Akev, s. 45; Çukadar, s. 77; Doğan Buket, s. 79; Eren, **Borçlar Özel**, s. 808; Karlı, s. 136; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 51; Kırca, s. 243; Kocayusufpaşaoğlu, s. 53; Önay, s. 91; Şenol, s. 51; Yavuz/Acar/Özen, s. 1488.

¹²³ Eren, **Borçlar Özel**, s. 808; İnan/Yücel, s. 95; Özmen, s. 31; Tüzüner, s. 246.

¹²⁴ Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 402-403; Doğan Buket, s. 79; İbrahim Kaplan, **Borçlar Hukuku Dersleri**, Ankara: İmaj Yayınevi, 2012, s. 49; Kırca, s. 243; Kocayusufpaşaoğlu, s. 53; Necip Bilge, “Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar”, **İÜMHAD**, C. 3, S. 1, 1958, s. 7 (Kumar ve Bahis); Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 55 dn. 131; Şenol, s. 51.

¹²⁵ Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 403; Kırca, s. 243-244; Kocayusufpaşaoğlu, s. 53-54. Pandekt hukukunda bahisten doğan borçlar tam borç niteliğindeyken, kumardan doğan borçlar eksik borç yaptırımına tâbi tutulmuştu. Bu yüzden kumar ve bahis ayrımının önemi büyüktü. Bkz. Bilge, **Kumar ve Bahis**, s. 7.

Kumar ve bahisten doğan borçlar TBK m. 604-606 hükümlerinde düzenlenmiştir. Eski Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde kumar ve bahisten doğan borçların tâbi olduğu yaptırımın niteliği tartışmalıydı. Tartışma 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun m. 504 hükmünün metni ile kenar başlığının farklı ifadeler ihtiva etmesinden kaynaklanmıştır. Gerçekten de, söz konusu hükmün metninde “*kumar ve bahis, bir alacak hakkı tevhit etmez*” ifadesi bulunmaktayken, ilgili hükmün kenar başlığı “*alacağın dava edilememesi*” şeklindeydi. Başka bir deyişle, kanun kenar başlığında kumar ve bahisten doğan alacak hakkının dava edilemeyeceğinden bahsederken, madde metninde ise kumar ve bahisten bir alacak hakkı doğmadığını söylemekteydi. Bu durum da doktrinde bu tür sözleşmelerden bir alacak hakkı doğup doğmadığına dair fikir ayrılıklarına sebep olmaktaydı¹²⁶. Bazı yazarlar bu durumda bir borcun doğduğunu, fakat bunun dava hakkından yoksun olduğunu savunurken¹²⁷; diğer görüş taraftarları dava hakkı bulunmadığı için bir borcun da doğmadığını savunmaktaydı¹²⁸. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun kabul edilmesiyle bu tartışmalar sona ermiştir. Zira TBK m. 604/I hükmünde “*kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz*” ifadesi bulunmaktadır. Dolayısıyla yeni Borçlar Kanunu kumar ve bahisten bir alacak hakkı doğduğunu, fakat bunun dava ve takip hakkından yoksun olduğunu açık bir şekilde ortaya koymuştur¹²⁹.

¹²⁶ Bu tartışma hakkında bkz. Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 407 vd.; Çukadar, s. 77; Doğan Buket, s. 80; Kırca, s. 244-245; Kocayusufpaşaoğlu, s. 54-55.

¹²⁷ Akev, s. 121 ve s. 112 vd.'nda anılanlar; Bilge, **Kumar ve Bahis**, s. 10-11; Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 407; Eren, **Borçlar Özel**, s. 811; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 6. Baskı, İstanbul: Sermet Matbaası, 1976, s. 43 (Genel Hükümler). Bkz. Yarg. HGK, T. 22.2.2017, E. 2015/7-932, K. 2017/315: “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 (tabîî) bir borçtur.”; bkz. aynı yönde ayrıca HGK, T. 27.1.2010, E. 2010/19-6, K. 2010/36; 13. HD, T. 28.9.1998, E. 1998/6023, K. 1998/7127 (Bu kararlar için bkz. Kazancı).

¹²⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 55; Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1992, s. 25 (Temerrüt); Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Yayınevi, 1993, s. 27.

¹²⁹ Kumar ve bahis borcunun eksik borç niteliği taşıdığı TBK m. 604 hükmünün gerekçesinde yer alan şu ifadelerden de açıkça anlaşılmaktadır: “Maddenin birinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 504 üncü maddesinin birinci cümlesinde ‘Kumar ve bahis, bir alacak hakkı tevhit etmez’ denildiği halde, Tasarı'nın 604 üncü maddesinin birinci fıkrasında ‘Kumar ve bahisten doğacak alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz’ denilmek suretiyle, bunun eksik borç niteliği açıkça ortaya konulmuştur”.

Kumar ve bahisten doğan borçlar niteliği itibariyle birer eksik borç teşkil eder ve dolayısıyla alacaklısına bir dava veya takip hakkı tanımaz¹³⁰. Kanun koyucunun bu borçlara tam borç niteliği atfetmemesinin sebebi, bu borçlardan doğan alacakların ahlâkî temelinin sağlam olmaması ve bu borçların malvarlığında orantısız ve tehlikeli değişimlere sebep olduğu için korunmaya değer ekonomik bir amaçtan yoksun bulunmasıdır¹³¹. Kimi yazarlara göre kanun koyucunun bu borçları hiç tanımamak yerine, onlara eksik de olsa bir borç niteliği atfetmesinin sebebi, bu borçların birer “şeref borcu” olması ve bireylerin bunları ifa etmekte titizlik göstermesidir¹³².

Doktrindeki başka bir görüşe¹³³ göre ise kumar ve bahisten doğan borçların dava ve takip edilememesinin sebebi bunların birer eksik borç olması değil, TBK m. 81 kapsamında ahlâka aykırı bir borç teşkil etmesidir. Bu görüşü savunanlara göre kumar ve bahisten doğan bir borcun ifasının geri istenememesi de zamanaşımına uğramış bir borcun veya ahlâkî bir ödevin ifası amacıyla yerine getirilmiş edimlerin iadesinin talep edilemeyeceğini öngören TBK m. 78/II hükmüne değil; TBK m. 81 hükmüne dayanır¹³⁴.

¹³⁰ Abdulkerim Yıldırım, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Monopol Yayınları, 2018, s. 33 (Borçlar); Akev, s. 121; Antalya, C. 1, s. 82; Aydın Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016, s. 9; Bilge, **Kumar ve Bahis**, s. 10-11; Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 407-408; Eren, **Borçlar Özel**, s. 811; Halûk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, İstanbul: BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2020, s. 27 (Borçlar Genel); İsmet Sungurbey, “Borç İkrarı ve Borç Vaadi”, **İÜHF**, C. 22, S. 1-4, 1957, s. 196 (Borç Vaadi); Kılıçoğlu, **Genel**, s. 51; Kılıçoğlu, **Özel**, s. 700; Kırca, s. 244; Kocayusufpaşaoğlu, s. 54; Mustafa Demiray, “İslâm Hukuku Tabii Borçları Tanıyor mu?”, **Genç Akademisyenler İlahiyat Araştırmaları Sempozyumu (1-2 Mayıs 2008)**, İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2009, s. 221 (Tabii Borçlar); Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 55; Seza Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları**, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1961, s. 151 (Sebepsiz İktisap); Şahin Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, Konya: Nobel Yayın Dağıtım, 2000, s. 37 (Borçlar); Şenol, s. 51; Tongsir, s. 932; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 42-43; Yavuz/Acar/Özen, s. 1487; von Tuhr, s. 34; Zevkliler/Gökyayla, s. 771.

¹³¹ Bilge, **Kumar ve Bahis**, s. 11; Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 408; Demiray, **Tabii Borçlar**, s. 228; Eren, **Borçlar Özel**, s. 807; Karlı, s. 135-136; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 51; Kırca, s. 244; Kocayusufpaşaoğlu, s. 54; Önay, s. 90; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 43; Tüzüner, s. 251; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 55; Yavuz/Acar/Özen, s. 1487; von Tuhr, s. 33.

¹³² Akev, s. 23-24; Kocayusufpaşaoğlu, s. 55. Ayrıca kumar borçlarının “şeref borcu” olarak nitelen-dirilmesi hakkında bazı görüşler için bkz. Akev, s. 110 vd. ve Hüseyin Hatemi/K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 3. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, s. 23.

¹³³ Hatemi/Gökyayla, s. 23.

¹³⁴ Ayrıca bkz. Bilge, **Kumar ve Bahis**, s. 11: Yazara göre, kumar ve bahisten doğan borçlar gayri ahlâkî bir nitelik taşımamaktadır. Yazar, böyle bir şey söz konusu olsaydı sözleşmenin zaten TBK m. 27 kapsamında batıl olacağını ve dolayısıyla verilen şeyin geri istenmesi imkânı doğacağını ifade etmektedir. Kanaatimizce bu görüşe üstünlük tanımak gerekir.

TBK m. 604/II hükmünde kumar ve bahis için verilen avans ve ödünç paralara da kumar ve bahis ile aynı hukukî sonuçlar bağlanmıştır. Buna göre, örneğin, kumar için belli bir miktar avans veya ödünç para verilmişse bunlar da kumar ve bahis ile aynı hükümlere tâbi olacak ve dolayısıyla birer eksik borç teşkil edecektir¹³⁵. Fakat bu durumun söz konusu olabilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Öncelikle söz konusu paranın kumar veya bahis oynamaya karar verilmeden önce verilmiş olması gerekir. Dolayısıyla kumar veya bahis oynandıktan sonra verilen avans veya ödünç para kumar ve bahis ile aynı hükümlere tâbi olmayacaktır. Buna ek olarak, parayı veren kişinin bu paranın kumar veya bahis düzenlenmesi için kullanılacağını bilincinde olması gerekmektedir¹³⁶. Bir başka deyişle, verdiği avans veya ödünç paranın kumar veya bahis için kullanılacağını bilmeyen şahıslar bakımından söz konusu avans veya ödünçün bir eksik borç teşkil etmesi söz konusu olmayacaktır. Son olarak da elbette söz konusu paranın kumar veya bahiste kullanılması gerekmektedir. Bu şartların hepsinin bir arada sağlandığı durumlarda avans ve ödünç para da TBK m. 604/II hükmü çerçevesinde kumar ve bahis ile aynı hükümlere tâbi olacaktır¹³⁷.

Yine TBK m. 604/II hükmünde kumar ve bahis niteliğinde olduğu takdirde, borsada işlem gören malların, yabancı paraların ve kıymetli evrakın fiyat farkı esası üzerine yapılan vadeli satışlar hakkında da aynı hükmün uygulanacağı öngörülmüştür. Söz konusu hüküm, doğrudan doğruya kumar vasfını haiz olmayan, satım sözleşmesi mahiyetindeki bazı işlemleri kumar ile aynı hükümlere tâbi tutmaktadır. Bu tür işlemlere örnek olarak borsa opsiyon işlemleri gösterilebilir¹³⁸.

TBK m. 606 hükmünde, düzenlenmesine kanun veya yetkili makamlarca izin verilmemiş piyango ve diğer şans oyunları için kumara ilişkin hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu tür ilişkilerden doğan borçlar da birer eksik borç

¹³⁵ Yarg. 13. HD, T. 28.9.1998, E. 1998/6023, K. 1998/7127; 13. HD, T. 30.12.2005, E. 2005/11359, K. 2005/19434; 11. HD, T. 11.12.1975, E. 1975/4386, K. 1975/7286 (Bu kararlar için bkz. Kazancı).

¹³⁶ Yarg. 13. HD, T. 28.9.1998, E. 1998/6023, K. 1998/7127 (Kazancı).

¹³⁷ Bilge, **Kumar ve Bahis**, s. 8; Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 404; Eren, **Borçlar Özel**, s. 809.

¹³⁸ Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 404 vd. Borsa opsiyon işlemlerinin kumar niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akev, s. 150 vd.; Doğan Buket, s. 81 vd.; Kırca, s. 245 vd.; Şenol s. 52 vd.

teşkil edecektir¹³⁹. Bu düzenlemenin karşıt anlamından çıkan sonuç, kanun veya yetkili makamlar tarafından izin verilen piyango ve diğer şans oyunlarından doğan borçların tam borç olduğudur. Ülkemizde piyango ve diğer şans oyunlarına ilişkin esaslar, özel kanunlarda düzenlenmiştir¹⁴⁰.

2) Hüküm ve Sonuçları

TBK m. 604/I hükmüne göre, kumar ve bahisten doğan alacaklar hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz. Söz konusu hüküm emredici bir hükümdür ve aksi kararlaştırılamayacağı gibi, hakim de yargılamanın her aşamasında bu durumu re'sen göz önünde bulundurmak zorundadır¹⁴¹.

TBK m. 605/I hükmü uyarınca kumar oynayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adî borç veya kambiyo senedi üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa bile, bunlara dayanarak dava açılması veya takip yapılması mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, kıymetli evrakın iyiniyetli üçüncü kişilere sağladığı haklar saklıdır. Başka bir ifadeyle, iyiniyetli üçüncü şahıslara karşı, kıymetli evrakın bir kumar veya bahis borcu için düzenlenmiş olduğu savunmasında bulunmak mümkün olmayacaktır¹⁴².

¹³⁹ Akev, s. 207.

¹⁴⁰ 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun m. 1’de “Türkiye sınırları içerisinde at yarışları düzenlemeye, yurt içinde ve yurt dışında düzenlenen yarışlar üzerine yurt içinden ve yurt dışından müşterek bahis kabul etmeye Tarım ve Köyişleri Bakanlığı yetkilidir.” hükmüyle bahis düzenlenmesine izin verilmiştir. Bu durumda bu tür bir bahisten doğan bir borç eksik borç değil, tam borç teşkil edecektir. Bu konudaki özel mevzuata örnek olarak ayrıca At Yarışları Müşterek Bahisler Yönetmeliği ve Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahis Tertibine İlişkin 7258 sayılı Kanun ile buna ait Futbolda Müşterek Bahis Oyunları Uygulama Yönetmeliği, 3670 sayılı Millî Piyango Hakkındaki Kanun ve 04.04.1988 tarih ve 320 sayılı KHK gösterilebilir.

¹⁴¹ Akev, s. 317-318; Barlas, **Temerrüt**, s. 25; Bilge, **Kumar ve Bahis**, s. 11; Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 408; Cansel/Özel, s. 90; Doğan Buket, s. 80; Demiray, **Tabîî Borçlar**, s. 227-228; Karlı, s. 138; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 51; Kocayusufoğlu, s. 55; İnan/Yücel, s. 94’te dn. 58; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2013, s. 36 (Borçlar); Tüzüner, s. 253; Yavuz/Acar/Özen, s. 1490; Yıldırım Abdülkerim, **Borçlar**, s. 33. Ayrıca bkz. Yarg. HGK, T. 22.2.2017, E. 2015/7-932, K. 2017/315; HGK, T. 27.1.2010, E. 2010/19-6, K. 2010/36; 13. HD, T. 30.12.2005, E. 2005/11359, K. 2005/19434 (Bu kararlar için bkz. Kazancı).

¹⁴² Yarg. 11. HD, T. 10.7.1985, E. 1985/4210, K. 1985/4420: “Şu halde, bir kambiyo senedinin kumar ve bahis borcu için düzenlenmiş olduğunu bilen ve sonradan bunu ciro yolu ile devralıp, hamil durumuna geçen kişiye karşı senet keşidecisi bu kişisel def’ini, TTK.nun 599/I. maddesindeki bu kişinin bile bile keşidecinin zararına hareket etmiş olduğu koşulu aranmaksızın ileri sürebilecektir. İyiniyetli kıymetli evrak hamilinin haklarının kumar ve bahis borçlarından dolayı düzenlenen kambiyo senetlerinde de korunması gerektiği Dairemizce de kabul edildiği gibi, (Yargıtay 11.

Bu sözleşmelerden doğan borçlar birer eksik borç teşkil eder. Bu nedenle bu borçların ifası mümkün ve geçerlidir. Fakat TBK m. 605/II hükmünde kumar ve bahisten doğan borçlar için rızaen yapılan ödemelerin geri alınamayacağı hükme bağlanmıştır. Doktrindeki hâkim görüşe göre yapılan ödemenin rıza ile gerçekleşmiş sayılması için ifada bulunan kişinin borcun hukukî niteliği hakkında doğru bir tasavvur sahibi olması da aranmaz¹⁴³. Dolayısıyla ifa ettiği borcun bir kumar veya bahis sözleşmesinden doğmuş bir borç olduğunu bilmeyen birinin yaptığı ifa da geçerli olacaktır ve geri istenemeyecektir.

Borcunu yerine getiren taraf, borçlu olduğu bilinciyle ifada bulunduğu için yapılan ifanın hukukî bir sebebi vardır. Dolayısıyla bu ifanın sebepsiz zenginleşme teşkil ettiği söylenemez¹⁴⁴. Fakat TBK m. 604/I hükmünde de açıkça ifade edildiği üzere, bu borçların ifa edilmemesi halinde borçluyu devlet gücüyle ifaya zorlamak, bir başka deyişle ona dava açmak veya takip yapmak mümkün olmayacaktır. TBK m. 605/II hükmünde bu kurala getirilmiş bir istisna söz konusudur: Bu hükümde, kumar veya bahsin usulüne göre yürütülmesi beklenmedik olayla veya diğer tarafın fiiliyle engellenmişse ya da diğer taraf kumar veya bahse hile karıştırmışsa bu durumda isteyerek yapılmış bir ifa söz konusu olmayacağı için yapılan ödemenin geri istenebileceği öngörülmüştür.

Kumar ve bahis sözleşmelerinden doğan bir borç yenileme işleminin konusu olamaz¹⁴⁵. Ayrıca bu sözleşmelerden doğan alacakların herhangi bir alacakla takas edilmesi de mümkün değildir¹⁴⁶. Zira takasın söz konusu olabilmesi için takasın ko-

HD, 7.12.1978 gün ve 1978/5360-5460) doktrinde de bu görüş aynen benimsenip savunulmaktadır.” (Kazancı).

¹⁴³ Akev, s. 111; Cansel/Özel, s. 90; Kocayusufpaşaoğlu, s. 56; Köksal Kocağa, **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s. 100; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 15. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 379 (C. 2). Karş. Kılıçoğlu, **Genel**, s. 656.

¹⁴⁴ Antalya, **C. 1**, s. 82; Aybay, s. 110-111; Eren, **Borçlar Özel**, s. 811; Demiray, **Tabii Borçlar**, s. 221; Karlı, s. 137; Kocağa, s. 100; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 627.

¹⁴⁵ Eren, **Borçlar Özel**, s. 812; Demiray, **Tabii Borçlar**, s. 227; Önay, s. 92. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akev, s. 324 vd. Bu hususa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, II/E/2/a.

¹⁴⁶ Akev, s. 321; Doğan Buket, s. 80; Demiray, **Tabii Borçlar**, s. 227; Eren, **Borçlar Özel**, s. 812; Hüseyin Murat Develioğlu, **Takas**, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 154 (Takas); İnan/Yücel, s. 94 dn. 58; Reisoğlu Safa, **Borçlar**, s. 405. Kumar ve bahis borçlarının takası hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, II/A/2/b.

nusunu oluşturan alacağın muaccel olması gerekir, fakat kumar ve bahisten doğan alacaklar kural olarak muaccel hale gelemez¹⁴⁷.

Kumar veya bahis sözleşmelerinden doğan borçları güçlendirmek için verilmiş bulunan aynî veya şahsî teminatlar için de kumar ve bahis itirazı ileri sürülebilir¹⁴⁸. Dolayısıyla, örneğin, bir kumar veya bahis borcu için kefalet sözleşmesi yapılmışsa kefil alacaklıya borcun bir kumar borcu olduğu itirazını öne sürerek borcu ifa etmekten kaçınabilecektir. Bu sebeple kumar veya bahis borcunu teminat altına almak için yapılan rehin sözleşmeleri ve kefalet sözleşmeleri geçerli değildir. Fakat kefil bir itirazda bulunmadan borcu ifa ederse, bu ifa asıl borçluyu bağlamaz ve bu sebeple kefil bunu asıl borçludan isteyemez¹⁴⁹.

Bu tür bir borcun ifası bir bağışlama da teşkil etmez. Zira ifada bulunan borçlu bağışlama sâikiyle değil, bir borcu ifa etmek sâikiyle hareket etmektedir¹⁵⁰. Dolayısıyla böyle bir eksik borcun ifasında, bağışlamanın geri alınmasına ilişkin TBK m. 295 hükmü de uygulanamaz.

¹⁴⁷ Akev, s. 322. Bu hususa ilişkin ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm, I/A/3.

¹⁴⁸ Cansel/Özel, s. 90; Eren, **Borçlar Özel**, s. 812; İlksen Yavuz Kılıç, **Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Alacaklı Arasındaki İlişki**, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 58; İnan/Yücel, s. 94 dn. 58; Kocayusufpaşaoğlu, s. 55; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. 2, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 300-301 (Borçlar). Bu hususa ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, II/B/2/a/aa; II/C/2/a/aa.

¹⁴⁹ Eren, **Borçlar Özel**, s. 812; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s. 501; Gümüş, **Borçlar**, s. 301; Yavuz Kılıç, s. 58. Bu hususa ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, II/B/2/a/aa.

¹⁵⁰ Eren, **Borçlar Özel**, s. 813; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 347 (Borçlar I); von Tuhr, s. 34. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm, I/C/3.

B) Evlenme Simsarlığından Doğan Borçlar

Simsarlık sözleşmesi, TBK m. 520 hükmünde “*simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması halinde ücrete hak kazandığı sözleşme*” olarak tanımlanmıştır.

Evlenme simsarı ise evliliğin yapılmasına veya hazırlanmasına aracılık eden kişidir¹⁵¹. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’nda bu husus “*evlenme tellallığı*” başlığı altında m. 408 hükmünde düzenlenmişti. Söz konusu hüküm “*evlenme tellallığı, ücrete hak bahşetmez*” şeklindeydi. 6098 sayılı TBK m. 524 hükmünde bu düzenleme değiştirilmiş ve “*evlenme simsarlığından doğan ücret hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz*” denilmiştir. Dolayısıyla, evlenme simsarlığından doğan borçlar da tıpkı kumar ve bahisten doğan borçlar gibi birer eksik borç teşkil etmektedir¹⁵². Bu sebeple bu borçlar da aynen kumar ve bahisten doğan borçlar gibi ifa edilebilir, fakat ifa edilmediği takdirde dava ve takip konusu yapılamazlar. Bunun sebebi, kanun koyucunun evlenme simsarlığından doğan borçları evlenmenin ahlâkî niteliği ile bağdaşmayacağını düşünmesi ve evlilik birliğini manevî ve ahlâkî yönden korumak istemesidir¹⁵³.

Kumar ve bahis sözleşmelerindeki gibi, evlenme simsarlığından doğan borçlar da ifa edildiği takdirde ifa olunan edim geri istenemez¹⁵⁴. Ancak simsarlık faaliyetinin hukuka aykırı biçimde gerçekleştirilmesi halinde yerine getirilen edimin geri

¹⁵¹ İhsan Erdoğan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi, 2017, s. 23; Kaplan, s. 50; Karlı, s. 138; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 55-56; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 43-44.

¹⁵² Bu husus TBK m. 524 hükmünün gerekçesinde yer alan şu ifadelerden de açıkça anlaşılmaktadır: “818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 408 inci maddesinde kullanılan ‘ücrete hak bahşetmez’ şeklindeki ibare, tasarıda burada bir eksik borcun söz konusu olduğu göz önünde tutularak ‘ücret dava edilemez’ şekline dönüştürülmüştür”. Kanaatimizce bu bağlamda evlenme simsarının sadece ücret alacağı değil; aynı zamanda sözleşmenin karşı tarafına olan borcu da (evlenme işlerine aracılık etme borcu) bir eksik borç niteliği taşır. Zira evlenme simsarının ücret alacağı bir eksik borç iken, evlenme işlerine aracılık etme borcunun bir tam borç olduğunun kabulü adaletsiz bir sonuç doğurur.

¹⁵³ Cansel/Özel, s. 91; Kaplan, s. 50; Karlı, s. 138; Kocayusufpaşaoğlu, s. 56; Önay, s. 93; Özmen, s. 33; Tongsir, s. 933.

¹⁵⁴ Cansel/Özel, s. 91; Erdoğan, s. 23; Kaplan, s. 50; Karlı, s. 138; Neytullah Gül, “Simsarın Ücret Hakkı”, **AÜHFD**, C. 65, S. 4, 2016, s. 2813; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 27; Reisoğlu Safa, **Borçlar**, s. 37; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 56; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 44; von Tuhr, s. 34.

istenebileceği kabul edilmektedir¹⁵⁵. Örneğin evlenme simsarlığı adı altında dolandırıcılık yapılmışsa ödenmiş ücretin iadesi dava edilebilecektir.

Doktrinde, TBK m. 605/I hükmünün kıyasen evlenme simsarlığından doğan borçlar bakımından da uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁶. TBK m. 605/I hükmü, kumar ve bahis borçları için verilen adî alacak senetleri ve kambiyo senetlerine dayanarak takip yapılamayacağını ifade etmektedir. Kanun koyucunun bu hükmü öngörmesinin sebebi, ifaya zorlanabileceği her türlü yolu kapattığı kumar ve bahis borçlarının, adî alacak veya kambiyo senedi vasıtasıyla dava ve takip edilebilir hale getirilmesini önlemektir. Bu hüküm kıyasen evlenme simsarlığından doğan borçlara da uygulanmalıdır. Başka bir ifadeyle, evlenme simsarlığından doğan bir alacak için imzalanmış adî alacak veya kambiyo senedine dayanarak takip yapılamayacağı sonucuna varılmalıdır. Kanaatimizce kumar ve bahisten doğan borçlar ile evlenme simsarlığından doğan borçlar arasında nitelik açısından hiçbir fark yoktur. Bu sebepten ötürü, TBK m. 605/I hükmünün kıyasen evlenme simsarlığından doğan borçlar bakımından da uygulanması gerektiğini savunan bu görüşün isabetli olduğu kanaatindeyiz. Aksi yönde bir görüşün kabulü, kanun koyucunun evlenme simsarlığından doğan borçlar için öngördüğü yaptırımın kolayca aşılmasına yol açacaktır.

İsviçre hukukunda evlenme simsarlığından doğan borçlar artık eksik borç teşkil etmemektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 408 hükmünün İsviçre hukukundaki karşılığını oluşturan İBK m. 416 hükmü 1998 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Bu husus İsviçre Borçlar Kanunu'nda vekâlet sözleşmesiyle ilgili hükümlere “bir eş veya sürekli birlikte yaşanacak kişi bulmak üzere ücret karşılığı bir kimseye vekâlet verilmesine dair” yeni bir sözleşme tipi olarak eklenmiştir (İBK m. 406a vd.)¹⁵⁷. Yani İsviçre’de bu sözleşmelerden doğan borçlar artık bir eksik borç niteliği taşımamaktadır, bunlara bir tam borç niteliği atfedilmiştir¹⁵⁸. Evlenme simsarlarının borcun dava edilemeyeceğini bilerek peşin olarak yüksek miktarlarda avanslar alması bu değişikliğin arkasındaki sebep olmuştur¹⁵⁹. Simsarın avansı aldıktan sonra aracılık

¹⁵⁵ Kılıçoğlu, **Genel**, s. 53. Ayrıca bkz. Yarg. 3. HD, T. 4.2.1999, E. 1999/504, K. 1999/627 (Kazancı).

¹⁵⁶ Sungurbey, **Borç Vaadi**, s. 196.

¹⁵⁷ Kılıçoğlu, **Genel**, s. 53; Kocayusufpaşaoğlu, s. 57.

¹⁵⁸ Kaplan, s. 51; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 53; Kocayusufpaşaoğlu, s. 57.

¹⁵⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 57.

faaliyetini gerçekleştirmeden sözleşmeyi feshetmesi halinde, avansı ödeyen kişiler özel hayatlarının gizliliğinin ortadan kalkacağı endişesiyle iade davası açmaktan kaçınmaktaydı. Bu mülahazalarla evlenme işlerine aracılık faaliyetlerinden doğan alacaklar tam bir borç olarak düzenlenmiştir.

C) Evlenmeden Kaçınma Hali İçin Öngörülen Cayma Tazminatı veya Cezaî Şart

1) Genel Olarak

Kadınla erkeğin birbirine uygun irade beyanlarıyla karşılıklı evlenme taahhüdünde bulunduğu hukukî işleme nişanlanma denir¹⁶⁰. Aile hukuku kurallarına tâbi bir sözleşme¹⁶¹ olan nişanlanma, karşı tarafın borcunu aynen ifaya zorlanamaması yönüyle borçlar hukuku sözleşmelerinden ayrılmaktadır¹⁶². Her ne kadar nişanlanmayla taraflar birbirine karşı evlenme taahhüdü altına girse de, evlilik gerçekleşmediği takdirde taraflardan biri diğerini evlenmeye zorlayamamaktadır. Bu durum TMK m. 119/I’de “*nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez*” ifadesiyle hükme bağlanmıştır. Evliliğin tarafların kişilik hakkını yakından ilgilendiren bir kurum olması sebebiyle, taraflara evlenmenin gerçekleşeceği âna kadar ortada haklı bir sebep bulunmasa dahi bundan kaçınma imkânı tanınmıştır¹⁶³. Nişanı bozan taraf açılacak bir davayla evlenmeye zorlanamayacağı gibi; evlenmeden kaçınma hali için öngörülmüş olan bir cezaî şart bedelinin veya cayma tazminatının ifasına da zorlanamayacaktır¹⁶⁴. Bu durum TMK m. 119/II’de “*evlenmeden kaçınma hali için öngörülen*

¹⁶⁰ Burcu G. Özcan Büyüktanır/Dila Okyar Karaosmanoğlu, “Evlenmeye Zorlamak İçin Öngörülen Cayma Tazminatı ya da Cezaî Şart Dava Edilemez; Ancak Yapılan Ödemeler de Geri İstenemez – TMK m. 119/f.2 Üzerine Bir Değerlendirme”, **HÜHFD**, C. 7, S. 1, 2017, s. 217; Mehmet Erdem, **Aile Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 21 (Aile Hukuku); Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku**, 14. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019, s. 13.

¹⁶¹ Nişanlanmanın hukukî niteliği hakkında görüşler için bkz. Abdulkerim Yıldırım, **Türk Aile Hukuku**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2014, s. 14 vd.; Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, 6. Baskı, Ankara: Turhan Yayınevi, 2015, s. 28 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 13 vd.; Nevzat Koç, **Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 13 vd.; Ömer Uğur Gençcan, **Aile Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, s. 185 vd.; Turgut Akın-türk/Derya Ateş Karaman, **Aile Hukuku**, C. 2, 16. Baskı, İstanbul: BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2014, s. 26 vd.

¹⁶² Erdem, **Aile Hukuku**, s. 21-22; Özcan Büyüktanır/Okyar Karaosmanoğlu, s. 220.

¹⁶³ Ahmet Mithat Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s. 19 (Aile); Dural/Öğüz/Gümüş, s. 25; Erdem, **Aile Hukuku**, s. 22.

¹⁶⁴ Erdem, **Aile Hukuku**, s. 22; Kılıçoğlu, **Aile**, s. 20.

cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez” şeklinde ifade edilmiştir.

Nişanlanmanın özünde bir evlenme vaadi olmasına rağmen, karşı taraf evliliğe zorlanmadığı için nişanlanma sözleşmesinden bir eksik borç doğduğunu savunanlar da olmuştur¹⁶⁵. Doktrinde bazı yazarlar¹⁶⁶ bu görüşü evlenmenin eksik borç yaptırımlarına tâbi olmaması gerekçesiyle eleştirmiştir. Bu yazarlara göre, eğer nişanlanma sözleşmesinden doğan evlenme yükümlülüğü bir eksik borç ise, tarafların evlendikten sonra bu kararından geri dönmelerinin mümkün olmaması gerekir. Zira eksik borçlar ifa edildiği takdirde geri istenememektedir. Oysaki evlilik boşanma yoluyla sona erdirilebilmektedir. Evlenme yükümlülüğü bir eksik borç niteliğinde olsaydı, evlenme gerçekleşikten sonra tarafların evli statüsünden çıkmasının da mümkün olmaması gerekirdi. Bu görüşe katılmakla birlikte, kanaatimizce, nişanlanmadan eksik borç doğmamasının bir diğer sebebi de eksik borçların malvarlığı değerlerine ilişkin borçlar olmasıdır. Nişanlanma sözleşmesinden tarafların malvarlığı değerlerini konu edinen herhangi bir borç doğmadığı için bu meselenin eksik borçlar çerçevesinde tartışılmasının isabetli olmadığı kanaatindeyiz¹⁶⁷.

Öte yandan kanun koyucu, evlilikten kaçınma hali için öngörölmüş cezaî şarttan ve cayma tazminatından doğan talepleri açıkça eksik borç yaptırımına bağlamıştır. Kanun koyucunun bu taleplere eksik borç niteliği atfettiği TMK m. 119/II hükmünün lâfzından anlaşılmaktadır. İlgili hükümde, kararlaştırılan cezaî şart veya cayma tazminatının dava edilemeyeceği, eğer ifa edilmişse de geri istenemeyeceği öngörölmüştür. Bu durumda taraflardan biri evlenmekten vazgeçerse, diğer taraf onu evlilikten vazgeçme hali için kararlaştırdıkları ceza koşulunu ifa etmeye zorlayamayacaktır. Fakat borçlu bu ceza koşulunu veya cayma tazminatını kendi isteğiyle ifa ederse bu ifa geçerli olacaktır; bağışlama teşkil etmeyecektir ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenemeyecektir. 743 sayılı eski Medeni Kanun’un 83. maddesinde düzenlenmiş olan bu hükmün ilk halinde söz konusu edim ifa edilmişse geri istenemeyeceğine dair bir ifade bulunmamaktaydı. Bu ifade Medeni Kanun’da değişiklik yapan 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanun ile ilgili maddeye eklenmiş-

¹⁶⁵ Kılıçoğlu, *Aile*, s. 19 dn. 30’da zikredilenler; Koç, s. 58 dn. 43’te zikredilen yazarlar.

¹⁶⁶ Koç, s. 59.

¹⁶⁷ Bu hususa ilişkin ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm, I/A/1.

tir. Bu değişiklik yapılmadan önce doktrinde bu cezaî şart ve cayma tazminatlarının bir eksik borç niteliğinde olmadığı, bunlara ilişkin sözleşme hükmünün kesin hükümsüz olduğu ve bu sebeple hataen ifa edilmişse yerine getirilen edimin geri istenebileceğı kabul edilmekteydi¹⁶⁸. Değişiklik ile kanunun bu durumu eksik borç müeyyidelerine bağlaması öğretiyi de etkilemiştir. Bazı yazarlar söz konusu değişikliği kişileri sırf ifa ettikleri cezaî şart bedelini veya cayma tazminatını kurtarabilmek amacıyla evlenmeye itebileceğı gerekçesiyle eleştirse de¹⁶⁹; doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüş, evlilikten kaçınma hali için öngörölmüş olan bu cezaî şartların ve cayma tazminatlarının birer eksik borç niteliğinde kabul edilmesinin isabetli olduğu yönündedir¹⁷⁰.

2) Başlık Parası Sorunu

Evlenmeden kaçınma için öngörölen cezaî şart veya cayma tazminatı denilince akıllara gelen bir diğer husus ise bu iki kurumla yakından ilgili gibi gözöken başlık parasının bir eksik borç niteliğı taşıyıp taşımadığıdır. Doktrinde başlık parası, evlenmenin gerçekleşebilmesi için damat tarafından gelinin babasına evliliğe onayının bir karşılığı olarak ödenen bir miktar para olarak tanımlanmaktadır¹⁷¹. Başlık parası toplumun bazı kesimleri bakımından yerleşik bir âdet haline gelmiş olsa da, Türk hukukunda başlık parasının hukukî niteliğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁷². Bu sebeple başlık parasının hukukî niteliğı ve bunun verilmesinin doğurduğu hüküm ve sonuçlara dair net bir kanıya varmak mümkün değildir. Bu hususa ilişkin doktrinde bazı görüşler ileri sürölmüşür:

¹⁶⁸ Feyzi Necmettin Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, İstanbul: Fakölteler Matbaası, 1979, s. 44; Haluk Tandoğan, **Aile Hukuku Ders Notları**, Ankara, 1965, s. 16.

¹⁶⁹ Öztan, s. 65-66; Rona Serozan, “Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Değişikliklerinin, Özellikle Yabancı Para Borçlarına ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi”, **İBD**, C. 65, S. 1-2-3, 1991, s. 198.

¹⁷⁰ Kılıçoğlu, **Aile**, s. 21; Koç, s. 59; Özcan Büyöktanır/Okyar Karaosmanoğlu, s. 223; Yıldız Abik, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, **AÜHFD**, C. 54, S. 52, 2005, s. 93. Karş. Gençcan, s. 236.

¹⁷¹ Özcan Büyöktanır/Okyar Karaosmanoğlu, s. 224; Turgut M. Öz, “BK m. 65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m. 20 Kuralı ile İlişkisi Rüşvet-Başlık Parası”, **İBD**, C. 59, S. 1-2-3, 1985, s. 125-126 (m. 65).

¹⁷² 55 sayılı Düęünlerde Men’i İsrâfat Kanunu’nda başlık parasına ilişkin bir düzenleme bulunmaktaydı. Fakat bu düzenleme Anayasa Mahkemesi’nin T. 20.9.1966, E. 1963/156, K. 166/34 sayılı kararıyla (RG, S. 12592, T. 8.5.1967) iptal edilmiştir. Bu hususa ilişkin bkz. Özcan Büyöktanır/Okyar Karaosmanoğlu, s. 225 dn. 46.

Bir görüşe¹⁷³ göre başlık parası tamamen ahlâka aykırı bir nitelik taşıdığı için bunun verilmesi TBK m. 27 kapsamında kesin hükümsüzdür. Fakat TBK m. 81'e dayanarak bunun iadesinin önünde bir engel oluşturmak da dürüstlük kuralına aykırı düşer. Dolayısıyla başlık parası verilmesi işlemi TBK m. 27 çerçevesinde geçersizdir; fakat bu durumda TBK m. 81 hükmü de uygulanmayacaktır; başlık parası verilen kişinin TBK m. 81 korumasından yararlanması dürüstlük kuralına dayanarak önlenilebilecektir¹⁷⁴. Bu görüş, evlenmenin gerçekleşmesine rağmen başlık parasının iadesinin istendiği durumlarda, iadenin reddedilmesinin hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde incelenemeyeceği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir¹⁷⁵.

Öte yandan, başka bir görüş¹⁷⁶ ise, verilen başlık parasını nişan hediyeleriyle aynı nitelikte kabul etmektedir. Bu görüşe göre başlık parasının verilmesi ahlâka aykırılık teşkil etmez; zira bunlar bir nişan hediyesi olarak verilmektedir. Evliliğin gerçekleşmemesi halinde ise iade talebi hediyelerin geri verilmesine ilişkin olan TMK m. 122 hükmüne dayanabilir. Bu görüş de başlık parasının kadının kendisine değil, babasına verildiği; bu sebeple de nişan hediyeleriyle aynı sınıfa sokulamayacağı yönünden eleştirilmiştir. Her ne kadar buna karşılık başlık parasını alan babanın kızın temsilcisi olarak, onun adına aldığı savunulmuşsa da¹⁷⁷; bu çözüm yolu da doktrinde eleştirilmiştir¹⁷⁸.

¹⁷³ Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 315 vd.

¹⁷⁴ Hatemi'ye göre başlık parası TMK m. 119/II hükmü çerçevesinde de incelenemez; zira bu hüküm sadece eşlerin birbiri arasındaki ödemelere ilişkindir. Bir diğer ifadeyle, bu görüşe göre, başlık parası kadının kendisine değil; babasına verildiği için bu hüküm kapsamında incelenmesi mümkün değildir. Bkz. Hüseyin Hatemi/Rona Serozan, **Aile Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s. 46.

¹⁷⁵ Öz, **m. 65**, s. 126.

¹⁷⁶ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin bu yönde verdiği kararlar mevcuttur; bkz. Yarg. 6. HD, T. 16.6.1978, E. 1978/4796, K. 1978/4888; 6. HD, T. 1.4.1980, E. 1979/11014, K. 1980/3155 (Bu kararlar için bkz. Kazancı).

¹⁷⁷ Bkz. Yarg. 6. HD, T. 1.4.1980, E. 1979/11014, K. 1980/3155: "Davalı nişanlı kızın babasına verilen para, nişan hediyesi niteliğinde olup, nişanlı adına verilmiş sayılır." (Kazancı).

¹⁷⁸ Haluk Burcuoğlu/Samim Ünan/Atilla Altop, "Çağdaş Aile ve Sorunları", **MBD**, C. 3, S. 7, 1983, s. 21; Öz, **m. 65**, s. 127; Selâhattin Sulhi Tekinay, "Başlık Parasına İlişkin Uygulamalar Hakkında", **Prof. Dr. Ü. Doğanay Anısına Armağan**, İstanbul, 1982, s. 82-83 (Başlık Parası): Yazarlar, söz konusu görüşü iade talebinin kadının babasına değil; kadının kendisine yöneltilmesi sonucunu doğurduğu için eleştirmektedir. Gerçekten de, kadının babasına verilen başlık parasının iadesi talebinin kadına yöneltilmesi anlamsız gözükmektedir.

Bir diğer görüş¹⁷⁹ ise başlık parasının tehdit altında verildiğini, bu sebeple irade sakatlığına dayanarak söz konusu hukukî işlemin iptal edilebilir olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, başlık parası veren kişi, bu paranın verilmemesi halinde evliliğin gerçekleşmeyeceğine ilişkin bir tehdit altında bunu vermektedir. Başka bir ifadeyle, kadının babasının evliliğe engel olacağına dair bir ikrah söz konusudur. Bu sebeple bu görüş çerçevesinde söz konusu işlem iptal edilebilir niteliktedir¹⁸⁰.

Doktrinde kabul gören başka bir görüş¹⁸¹ ise verilen başlık parasının, gayri ahlâkî niteliği sebebiyle, TBK m. 27 kapsamında geçersiz olduğunu savunmaktadır. Yargıtay'ın da bu doğrultuda kararları mevcuttur¹⁸². Bu görüş, başlık parası verilmesini TBK m. 27 kapsamında kesin hükümsüz kabul etmekte; aynı zamanda bunun hukuka ve ahlâka aykırı bir amacın gerçekleşmesi için verilen şeyin iadesinin istenemeyeceğini öngören TBK m. 81 kapsamına girmediğini¹⁸³, dolayısıyla sebepsiz zenginleşme çerçevesinde geri istenebileceğini savunmaktadır¹⁸⁴.

Görüldüğü üzere başlık parası TMK m. 119/II kapsamına sokulamayacağı gibi, herhangi başka bir yönüyle de eksik borç teşkil etmemektedir. Kanaatimizce de başlık parası verilmesine ilişkin zikrettiğimiz son görüş diğerlerine nazaran daha isabetlidir.

¹⁷⁹ Burcuoğlu/Ünan/Altop, s. 21; Tekinay, **Başlık Parası**, s. 86 vd.

¹⁸⁰ Bu görüşün eleştirisi için bkz. Öz, **m. 65**, s. 127-128.

¹⁸¹ Koç, s. 61; Öz, **m. 65**, s. 128-129.

¹⁸² Yarg. 11. HD, T. 15.11.1976, E. 1976/4887, K. 1976/4912; 11. HD, T. 11.2.1980, E. 1980/620, K. 1980/620. Ayrıca bkz. 13. HD, T. 24.6.2014, E. 2014/19529, K. 2014/20906: “Medeni Kanun ve diğer kanunlarda evliliği temin maksatlı güvence parası (başlık parası) adı altında bir bedelin istenebileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu ad altında ödenen paranın genel ahlâka ve kamu düzenine aykırı olduğu belirgindir. Genel ahlâka ve kamu düzenine aykırı olarak ödenen para da eksik borç niteliğindedir ve dava yoluyla talep edilemez.” (Kazancı). Yargıtay bu kararında başlık parasını eksik borç kategorisine sokmuş, fakat genel ahlâka ve kamu düzenine aykırı olarak ödenen bir şeyin nasıl eksik borç teşkil edebileceğine ilişkin bir açıklama yapmamıştır. Yargıtay'ın bu kararındaki ifadeleri anlamak güçtür; zira genel ahlâka ve kamu düzenine aykırı olan bir şey zaten TBK m. 27 kapsamında batıldır, bunlardan eksik borç bile doğmaz.

¹⁸³ Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 18; Öz, **m. 65**, s. 129. Ayrıca bkz. Yarg. 4. HD, T. 28.10.1965, E. 1964/7333, K. 1965/5295: “...davalıya verilen para, meşru olmayan birleşmeyi sağlamak amacıyla değil; evlenmenin gerçekleşeceği ümidiyle verilmiştir. Şayet, meşru olmayan bir sonucun elde edilmesi amaç tutulsa idi, bu takdirde, BK m. 65 uyarınca verilmiş paranın geri istenmesi mümkün olmazdı.” (Kazancı).

¹⁸⁴ Öz, **m. 65**, s. 128-129; Özcan Büyüktanır/Okyar Karaosmanoğlu, s. 226-227.

II. Sonradan Eksik Borçlar

Sonradan eksik borçlar sınıfına zamanaşımına uğramış borçlar, konkordato dışında kalan borçlar ve borç ödemeden aciz belgesinde yer alan alacak faizleri girmektedir.

Sonradan eksik borçlar, adından da anlaşılacağı üzere, eksik borç haline sonradan gelmiştir. Bir diğer ifadeyle, bu borçlar aslında bir tam borç olarak doğmuştur; fakat belirli bir süre sonra, çeşitli sebeplerle, eksik borç niteliği kazanmışlardır. Kanun koyucu tam borç niteliği taşıyan bu alacakların, belirli şartlar altında, dava ve icra yoluyla elde edilebilmesinin hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağından hareketle, bunları dava ve takip hakkından mahrum bırakmıştır.

Kanun koyucunun sonradan eksik borçlara, doğuştan eksik borçlara kıyasen, daha ılımlı yaklaşımını söylemek mümkündür. Zira örneğin doğuştan eksik borçların bu niteliği açılan bir davada itiraz sebebiyken; sonradan eksik borçlar bakımından def'i hakkı kullanılmadığı sürece hakim, davacının talebini diğer şartlar da mevcutsa kabul etmek durumundadır. Keza doğuştan eksik borçların ifaya zorlanabilmesine yönelik her türlü vasıta işlevsiz kılınmışken; sonradan eksik borçlar bakımından durum böyle değildir. Örneğin bu borçlar için bazı teminatlar verilebilmektedir¹⁸⁵. Bunun sebebi sonradan eksik borçların kanun koyucunun kınadığı sonuçlar doğurmasıdır. Örneğin zamanaşımına uğramış bir borç gayri ahlâkî bir nitelik taşımamaktadır; kanun koyucu sadece uzun süre takip edilmemiş bir borcun belirli bir süre geçtikten sonra dava ve cibrî icra yoluyla takip edilebilmesini hakkaniyete uygun görmüştür. Fakat buna rağmen bu borçların ifasına yönelik her türlü kapı kapatılmamıştır. Bu bağlamda örneğin zamanaşımı def'inden feragat mümkündür (TBK m. 160). Sonradan eksik borçların bu niteliğine çalışmamızın ilerleyen kısımlarında daha ayrıntılı şekilde yer verilecektir.

¹⁸⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm, II.

A) Zamanaşımına Uğramış Borçlar

1) Genel Olarak

Zamanaşımı hukukumuzda iki farklı etkiye sahip olacak şekilde düzenlenmiştir: Bunlardan ilki kazandırıcı (iktisabî) zamanaşımı, diğeri ise düşürücü (ıskatî) zamanaşımıdır. Eşya hukukuna ilişkin bir kurum olan kazandırıcı zamanaşımında, belirli bir sürenin geçmesi ve kanunda öngörölmüş şartların gerçekleşmesiyle bir aynı hakkın kazanılması söz konusudur¹⁸⁶. İskatî zamanaşımı olarak da ifade edilen düşürücü zamanaşımında ise belirli bir sürenin geçmesiyle bir alacağın dava veya takip yoluyla elde edilmesi imkânı zayıflar¹⁸⁷. Çalışmamız kapsamında zamanaşımı kavramı sadece düşürücü zamanaşımını ifade etmek için kullanılacak, kazandırıcı zamanaşımı incelenmeyecektir.

Zamanaşımına ilişkin temel düzenleme TBK m. 146 vd. hükümlerinde yer almaktadır. Doktrinde zamanaşımı, borçlu veya alacaklının kanunun öngördüğü davranışları belirli bir zaman dilimi içerisinde yerine getirmemesi sebebiyle alacağı dava ve takip imkânının ortadan kalkması olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁸. Zamanaşımının gerçekleşmesi borcu sona erdirmez. Borç varlığını devam ettirmektedir. Fakat borçlu

¹⁸⁶ Kazandırıcı zamanaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İsmet Sungurbey, **İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1956, s. 1 vd. (Müruru Zaman); M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 21. Baskı, 2018, s. 423 vd.; Saibe Oktay, **Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması**, İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1990, s. 25 vd.; Yağcıoğlu Burcu, **Kazandırıcı Zamanaşımı**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

¹⁸⁷ Kağan Susuz, **Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 4; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 1098; Mahmut Bilgen, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s. 5; Mehmet Erdem, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 5-6 (Zamanaşımı). Kimi yazarlara göre “düşürücü zamanaşımı” ifadesi, zamanaşımını hak düşürücü süreye benzettiğinden dolayı isabetli değildir. Bkz. Hatemi/Gökyayla, s. 331; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 626.

¹⁸⁸ Abuzer Kendigelen/M. Halil Çonkar, “Zamanaşımına Uğrayan Kâr Payı Alacağı Konusundaki Özel Düzenleme”, **İÜHFİM**, C. 71, S. 2, 2013, s. 221; Berkin Erol Dinçer, **Türk Borçlar Kanununa Göre Zamanaşımının Hükümleri**, Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 5; Bilgen, s. 3; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 7; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1418; Hatemi/Gökyayla, s. 331; İnan/Yücel, s. 646; Mehmet Akif Tutumlu, **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulanması**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 27-28; Meliha Sermin Paksoy, **Zamanaşımından Feragat**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 33-34; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 454; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 625; Osman Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. V/1, 2, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 607 (C. 2); Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 906; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1030; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 539; Tunçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 1233, von Tuhr, s. 687; Yıldırım Abdülkerim, **Borçlar**, s. 321.

def'i hakkını kullandığı takdirde alacağı dava veya cibrî icra marifetiyle elde etme imkânı ortadan kalkmaktadır¹⁸⁹.

Genel kabul gören anlayışa göre, zamanaşımının temelinde esas itibariyle borçlunun korunması düşüncesi yatmaktadır. Zamanaşımı sayesinde borçlu, sona ermiş borçların veya borç olmayan bir edimin talep edilmesine karşı korunur¹⁹⁰. Olağan hayat şartlarına göre, borçludan ifa ettiği bir borca dair belgeleri veya ispat vasıtalarını uzun bir süre boyunca saklaması beklenemez. Zamanaşımı kurumu olmasaydı borcunu ifa etmiş olan borçlu, borcun herhangi bir şekilde sonlandığına dair ispat vasıtalarını hep saklamak zorunda kalır, alacaklının talebiyle her an karşılaşma endişesi içinde bulunurdu. Borçlunun bunları kaybetmesi veya imha etmesi halinde tekrar ifaya zorlanması söz konusu olabilirdi. Bu durumun borçlu açısından adaletsiz bir sonuç doğuracağı açıktır. Dolayısıyla zamanaşımı sayesinde herhangi bir şekilde sona ermiş olan bir borcun alacaklı tarafından tekrar talep edilmesinin önüne geçildiği söylenebilir¹⁹¹. Bazı yazarlara¹⁹² göre zamanaşımının ihdas edilme sebeplerinden bir diğeri de eski alacakların ortaya çıkabileceği bu tür durumlarda sadece borçluyu değil mahkemeleri de korumaktır. Zira, mahkemeler için de üzerinden uzun zaman geçmiş olan eski alacaklara dair olayları incelemek zor olacaktır.

Zamanaşımı ile alacağını takipte özensiz davranan alacaklı cezalandırılmaktadır¹⁹³. Zira zamanaşımına uğramış olan bir borcun alacaklısı, alacağını talep edebilecek durumdayken etmemiştir. Kanun da alacaklıya cibrî icra ve dava yollarını kapatarak onu bu eylemsizliği sebebiyle bir nevi cezalandırmaktadır.

¹⁸⁹ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 7; Reisoğlu Safa, **Borçlar**, s. 407.

¹⁹⁰ Antalya, **C. 2**, s. 607; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 9; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1419; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 1098; Kocayusufpaşaoğlu, s. 46-47; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 627-628; Paksoy, s. 42-43; von Tuhr, s. 687.

¹⁹¹ Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 627-628. Ayrıca bkz. Yarg. HGK, T. 15.5.2015, E. 2013/21-2216, K. 2015/1349: "Zamanaşımına ilişkin düzenlemelerin temelinde; iddia edilen alacağın aradan uzun zaman geçmiş olmasına rağmen kullanılmaması karşısında borçlunun oldukça uzak geçmişte kalan bir borçtan doğabilecek ihtilaflara karşı korunması,...yatmaktadır." (Kazancı).

¹⁹² Dinçer, s. 24-25; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1419; Hatemi/Gökyayla, s. 332; Paksoy, s. 44; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 58; von Tuhr, s. 692.

¹⁹³ Zamanaşımının bu işlevi 1881 tarihli İsviçre Federal Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Federal Konsey Mesajı'nda da ifade edilmiştir. Bkz. Message CF 27.11.1879, FF 1880 I 115, s. 160 (Erdem, **Zamanaşımı**, s. 11 dn. 31'den naklen). Ayrıca bkz. Yarg. HGK, T. 15.5.2015, E. 2013/21-2216, K. 2015/1349: "Zamanaşımına ilişkin düzenlemelerin temelinde...kendi alacağına karşı uzun süre kayıtsız kalan kimsenin bu hakkının artık korunmaya lâyık olmadığını kabul etmiş sayılması yatmaktadır." (Kazancı). Zamanaşımının böyle bir işlevi olamayacağı görüşünde olan yazarlar için bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 11 ve orada dn. 32'de zikredilen yazarlar.

Zamanaşımı kural olarak sadece alacak hakları bakımından söz konusu olur¹⁹⁴ ve aniden gerçekleşir. Zamanaşımı süresinin dolacağı son âna kadar borç, bir tam borç olarak varlığını devam ettirir. Bir başka deyişle, zamanaşımı süresinin sonuna yaklaşılmasıyla alacak hakkının güçsüzleşmesi gibi bir durum söz konusu olmaz. Bu sebeple alacaklının zamanaşımının son gününe kadar bekleyip dava açması da hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilemez¹⁹⁵. Zira alacaklı, zamanaşımı süresinin dolacağı âna kadar takip ve dava marifetiyle alacağını elde etme imkânına sahiptir. Hatta zamanaşımı süresi dolduktan sonra bile def'i hakkı kullanılana kadar alacağı dava ve takip yoluyla elde etmek mümkündür.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, zamanaşımı genel olarak borçluyu korumak amacıyla ihdas edilmiş bir kurumdur. Fakat kanun koyucu zamanaşımına ilişkin düzenlemeler arasında alacaklıyı koruyan hükümlere de yer vermiştir. Bazı hallerde alacaklıdan alacağını takip veya dava etmesi beklenemez. Alacağını takip bakımından gerekli şeyleri yapmak istemesine rağmen yapamayan kişinin alacağının zamanaşımına uğraması adaletsiz sonuçlar doğurur¹⁹⁶. Bu sebeple kanun koyucu alacaklıyı korumak için zamanaşımının durduğu veya kesildiği haller öngörmüştür¹⁹⁷. TBK m. 149/I hükmünde de zamanaşımı süresinin alacak muaccel olmadan işlemeye başlamayacağı düzenlenmiştir.

Zamanaşımını durduran sebepler TBK m. 153 hükmünde düzenlenmiştir. Başka kanunlarda da zamanaşımını durduran sebepler yer alabilir¹⁹⁸. Taraflar kanundaki emredici hükümlerde sayılan sebepler dışında zamanaşımını durduran bir sebep ka-

¹⁹⁴ Ayşe Havutçu, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı”, **DEÜHFD**, C. 12, Özel Sayı, 2010, s. 582; Dinçer, s. 36; Eraslan Özkaya, **Özel Hukukta Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 190; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 16; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1420; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 2. Baskı, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977, s. 533 (Borçlar Genel Hükümler); Hatemi/Gökyayla, s. 332; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 454; Reisoğlu Safa, **Borçlar**, s. 410-411; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 1034; Tutumlu, s. 37; von Tuhr, s. 688.

¹⁹⁵ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 352 dn. 1225. Yargıtay ise hakkın kötüye kullanılması yasağına oldukça geniş bir uygulama alanı tanıyarak, zamanaşımı süresi içerisinde kalırsa bile, hak uzun süre boyunca ileri sürülmemişse sonradan ileri sürülmesini dürüstlük kuralına aykırı bulmaktadır; bkz. Oğuzman/Barlas, s. 281 ve orada dn. 465’te zikredilen Yargıtay kararları.

¹⁹⁶ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 235.

¹⁹⁷ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 269.

¹⁹⁸ Başka kanunlarda öngörülen zamanaşımını durduran sebeplere TMK m. 625/II, İİK m. 53, İİK m. 194/II, İİK m. 309/ö/III ve HUAK m. 16/II hükümleri örnek verilebilir.

rarlaştıramazlar¹⁹⁹. Doktrinde bu yasağın TBK m. 148 hükmü kapsamı dışında kalan süreler bakımından da geçerli olduğu kabul edilmekle birlikte, zamanaşımı işlemeye başladıktan sonra bir erteleme sözleşmesi ile zamanaşımının durdurulmasının mümkün olduğu da savunulmaktadır²⁰⁰.

Zamanaşımını durduran sebepler, meydana geldiği âna göre iki farklı sonuç doğurur: Sebep ortaya çıktığı anda zamanaşımı işlemeye henüz başlamamış ise sebep ortadan kalkana kadar süre işlemeye başlamaz. Eğer süre işlemeye başlamış ise durma sebebinin meydana gelmesiyle işlemesi durur. Söz konusu sebep ortadan kalkana kadar zamanaşımı süresi işlemez, kalkmasıyla kaldığı yerden işlemeye devam eder²⁰¹. Bir başka deyişle, işlemeye başlamış olan zamanaşımı süresi durma sebebinin meydana gelmesiyle bir nevi donmaktadır. Zamanaşımı süresinin hesaplanmasında durma esnasında geçen süre hesaba katılmaz²⁰².

Zamanaşımının kesildiği durumlar ise TBK m. 154 hükmünde düzenlenmiştir. Zamanaşımının kesilmesi, kesilen âna kadar işlemiş olan sürenin zamanaşımının hesabında dikkate alınmamasını ifade eder²⁰³. Bir başka deyişle, zamanaşımının kesilmesiyle o âna kadar işlemiş olan süre sanki hiç işlememiş gibi olur ve yeni bir zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Dolayısıyla işlemeye başlamamış bir zamanaşım-

¹⁹⁹ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 236; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 628; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1072; von Tuhr, s. 692. Ayrıca bkz. Yarg. 13. HD, T. 25.2.2003, E. 2002/12917, K. 2003/1892: "...BK 132. maddesinde zamanaşımının cereyanına mâni olan ve zamanaşımını tatil eden sebepler tahdidi olarak sayılmıştır." (Kazancı).

²⁰⁰ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 237.

²⁰¹ Ahmet Mithat Kılıçoğlu, "Zamanaşımının Durması, Kesilmesi, Hüküm ve Sonuçları", **Prof. Dr. Metin Günday Armağanı**, C. 1, Ankara, 2020, s. 807 (Zamanaşımı); Akıncı, **Borçlar**, s. 231; Bilgen, s. 186; Dinçer, s. 53; Hatemi/Gökyayla, s. 337; İnan/Yücel, s. 650; Kadir Berk Kapancı, **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, s. 261; Kaplan, s. 147; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 1116; Murat Canyürek, **Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003, s. 46; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 470; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 635; Paksoy, s. 105; Reisoğlu Safa, **Borçlar**, s. 414; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1048; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 548 vd.; Yıldırım Abdulkerim, **Borçlar**, s. 326.

²⁰² Erdem, **Zamanaşımı**, s. 235. Ayrıca bkz. Yarg. HGK, T. 7.11.2001, E. 2001/8-946, K. 2001/973 (Kazancı). Eğer durma sebebi zamanaşımı işlemeye başladıktan sonra meydana gelmişse toplam sürenin hesaplanması biraz karmaşık bir hal alır. Bu sürenin hesaplanmasına ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 267 vd.

²⁰³ Akıncı, **Borçlar**, s. 232; Ayşe Arat, "Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı", **SÜHFD**, C. 12, S. 3-4, 2004, s. 217; Bilgen, s. 217; Dinçer, s. 57; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 271; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1432; Hatemi/Gökyayla, s. 337-338; İnan/Yücel, s. 651; Kapancı, s. 261; Kaplan, s. 147; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 1121; Kılıçoğlu, **Zamanaşımı**, s. 811; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 471; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 639; Paksoy, s. 108; Reisoğlu Safa, **Borçlar**, s. 415; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1052; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 550 vd.; Tutumlu, s. 379; von Tuhr, s. 702; Yıldırım Abdulkerim, **Borçlar**, s. 327.

mının kesilmesi söz konusu olmaz. Kesilme ancak zamanaşımı işlemeye başlamışsa söz konusu olabilir. Zamanaşımı kesildikten sonra işlemeye başlayacak yeni süre kural olarak eski sürenin aynısıdır²⁰⁴. Örneğin söz konusu alacak bir yıllık zamanaşımına tâbi ise kesilme sonrasında işlemeye başlayacak yeni süre de bir yıl olacaktır. TBK m. 156/II hükmünde bu kurala istisnalar getirilmiştir. İlgili hüküm uyarınca, borcun bir senetle ikrar edildiği veya bir mahkeme ya da hakem kararına bağlandığı durumlarda yeni süre her zaman on yıl olacaktır. Zamanaşımının kesilmesi ile başlayacak olan süre kural olarak kesilmenin ertesi günü başlar. Fakat borçlu kısmen ifa suretiyle zamanaşımının kesilmesine neden olmuşsa yeni süre kalan edimlerden ilkinin muaccel olmasıyla başlayacaktır²⁰⁵.

Tıpkı zamanaşımının durduğu durumlar gibi zamanaşımının kesildiği durumlar da kanunda öngörülenlerle sınırlıdır²⁰⁶. Bir görüşe göre ise TBK m. 154/II emredici nitelikte değildir ve açık veya örtülü başka nedenler öngörülebilir²⁰⁷. Federal Mahkeme de verdiği bir kararda²⁰⁸ tarafların kanunda öngörülenlerden farklı bir neden kararlaştırmasının mümkün olduğuna hükmetmiştir.

TBK m. 155/I hükmü uyarınca, müteselsil borçlulukta borçlulardan biri için zamanaşımının kesilmesi diğer borçlular için de zamanaşımının kesilmesine sebep olacaktır²⁰⁹.

²⁰⁴ Arat, s. 223; Dinçer, s. 58; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 271; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1432-1433; Kılıçoğlu, **Zamanaşımı**, s. 821; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 475; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 642; Reisoglu Safa, **Borçlar**, s. 418-419; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 551.

²⁰⁵ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 327-328.

²⁰⁶ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 271-272: Yazar, kanunda öngörülmüş olan kesilme hallerinin geniş bir yoruma tâbi tutulmasının kabul edildiğini belirtmektedir. Aynı yönde bkz. von Tuhr, s. 692.

²⁰⁷ İsviçre’de savunulan bu görüşün taraftarları için bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 272 dn. 911.

²⁰⁸ RJB 1998 583 (Erdem, **Zamanaşımı**, s. 272 dn. 916’dan naklen). Yargıtay’ın da bu yönde verilmiş kararları mevcuttur; bkz. Yarg. HGK, T. 23.2.2000, E. 2000/15-71, K. 2000/116; HGK, T. 18.12.2002, E. 2002/15-1061, K. 2002/1070: “BK’nun 133. maddesinde de zamanaşımını kesen sebepler sınırlama getirilmeksizin gösterilmiştir.” (Kazancı).

²⁰⁹ Doktrinde eski Borçlar Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde savunulmuş bir görüşe göre, bu hüküm muacceliyet ve zamanaşımının her müteselsil borçlu için farklı olduğu durumlarda uygulanmaz; bkz. Bilgen, s. 295; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 643; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1059-1060. Aksi görüşte bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 341. Bir başka deyişle, bu görüşe göre, TBK m. 155/I hükmü sadece tam teselsül halinde uygulanabilir; eksik teselsül hallerinde uygulanmaz. Tam teselsül halinde dahi, bu hükmün sadece zamanaşımının alacaklının fiilleriyle kesilmesi halinde uygulanabileceğini, borçlulardan birinin fiiliyle zamanaşımının kesilmesinin diğer müteselsil borçlulara sirayet etmeyeceğini ileri süren yazarlar da mevcuttur; bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1058. Nihayet belirtelim ki, TBK m. 155/I hükmü emredici bir hüküm olmadığından taraflarca aksinin kararlaştırılmasının da mümkün olduğu kabul edilmektedir; bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 341-342. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda tam teselsül-

TBK m. 148 hükmünde, ilgili ayırımdaki zamanaşımı sürelerinin taraflarca değiştirilemeyeceği öngörülmüştür. Doktrindeki hâkim görüşe göre, bu maddenin kapsamı dışında kalan sürelerin taraflarca değiştirilmesi mümkündür²¹⁰. Fakat sürenin değiştirilmesi sadece zamanaşımı işlerken veya işlemeye başlamadan önce mümkündür²¹¹. Bir başka deyişle, zamanaşımı süresi tamamlandıktan sonra sürenin değiştirilmesi söz konusu olamaz. Süre tamamlandıktan sonra olsa olsa zamanaşımı def'inden feragat söz konusu olabilir²¹².

2) Zamanaşımının Hüküm ve Sonuçları

Zamanaşımı 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda "*Borçların Sukutu*" başlığı altında düzenlenmişti. Bundan ötürü zamanaşımının borcu sona erdiren bir sebep olup olmadığı doktrinde tartışmalıydı. Zamanaşımı borcun sona ermesine benzer sonuçlar doğurduğu için borçların sukutu başlığı altında düzenlendiği savunulmaktaydı²¹³.

eksik teselsül ayrımı kalktığı için artık böyle bir ayrım olmaksızın, zamanaşımının kesilmesi bütün müteselsil borçluları etkileyecektir; bkz. Halûk Nami Nomer, "Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler**, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 55; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 643.

²¹⁰ Bilgen, s. 185; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 373; Feyzioğlu, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 531; Hatemi/Gökyayla, s. 335; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 1134-1135; Mehmet Akif Eranıl, **Borçlar ve Medeni Kanunda Müruruzaman ve Sükutu Hak Hükümleri ve Tatbikatı**, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1958, s. 10; Reisoğlu Safa, **Borçlar**, s. 420; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 720 ve s. 1071; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 543; Tutumlu, s. 341.

²¹¹ Reisoğlu Safa, **Borçlar**, s. 416.

²¹² Erdem, **Zamanaşımı**, s. 374. Zamanaşımından feragat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bilgen, s. 173 vd.; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 378 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1435 vd.; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 1136-1137; Meliha Sermin Paksoy, **Zamanaşımından Feragat**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 552 vd.; Tutumlu, s. 341-342. Ayrıca borçlunun zamanaşımı def'ini kullandıktan sonra bundan rücu etmesinin de zamanaşımından feragat teşkil ettiği savunulmaktadır. Bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, s. 647.

²¹³ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 349 dn. 1210; Feyzioğlu, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 520; Kocayusufpaşaoğlu, s. 47. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, T. 7.7.1975, E. 1975/2912, K. 1975/4679; İBGK, T. 11.4.1940, E. 1939/15, K. 1940/70: "Borçlar Kanunu'nda müruru zaman borçların sukutu sebepleri arasında zikredilmekle beraber mezkur kanunun 125. ve müteakip maddelerinde davaya dahi izafe olunmuştur. Bu noktada müruru zaman tediye, takas ve saire gibi sukut sebeplerine nazaran bir fark arz eder."; 10. HD, T. 31.5.2011, E. 2010/815, K. 2011/7991: "BK, zamanaşımını borcu sona erdiren sebepler arasında düzenlemiş olmakla birlikte, bu sebep, diğer sona erme sebeplerine oranla, eksik ve nisbi nitelikte bir sona erme sebebidir. Zamanaşımı, borcu gerçek anlamda sona erdiren bir sebep değildir. Burada kanun koyucu, zamana alacak hakkını zayıflatan bir etki tanımıştır. Zamanaşımı, borcun nisbi bir sona erme sebebidir." (Bu kararlar için bkz. Kazancı).

Zamanaşımı alacağı sona erdirmez²¹⁴. Alacak varlığını devam ettirir, fakat borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürerek borcu ifadan kaçınma hakkına sahip olur²¹⁵. Kanun koyucu da 6098 sayılı Borçlar Kanunu'yla zamanaşımını borcu sona erdiren nedenlerden ayırmıştır. Kanun'un üçüncü bölüm başlığı "*Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı*" şeklindedir. "*İlk Ayırım*" başlığı altında borcun sona erme halleri düzenlenirken, "*İkinci Ayırım*" başlığı altında ise sadece zamanaşımına ilişkin hükümler yer almıştır.

Zamanaşımı, borçluya bir def'i hakkı bahşeder. Borcun zamanaşımına uğramış olması bir itiraz sebebi teşkil etmediği için zamanaşımına uğramış borçlar dava edilebilir²¹⁶. Bu durum TBK m. 161 hükmünde de açıkça belirtilmiştir. Söz konusu hükümde, zamanaşımının ileri sürülmediği sürece hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulamayacağı öngörülmüştür²¹⁷. Bu durum aynı zamanda zamanaşımının borcu sona erdiren bir sebep olmamasının da bir başka göstergesidir. Zira zamanaşımı borcu sona erdiren bir sebep olsaydı kanun ona bir itiraz niteliği atfeder ve dolayısıyla bu durumun hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekirdi²¹⁸.

Zamanaşımına uğramış alacağın borçlusu, def'i ileri sürerek ifadan sürekli olarak kaçınabilir²¹⁹. Fakat borçlunun def'i hakkını kullanmayıp borcu ifa etmesi de mümkündür. Gerçekten de, bazen borçlu herhangi bir ahlâkî veya vicdani sebepten ötürü, zamanaşımına uğramış olmasına rağmen borcunu ifa etmek isteyebilir. Bu sebeple zamanaşımı def'inin aynı zamanda "vicdan def'i" olduğunu söyleyenler de

²¹⁴ Antalya, C. 2, s. 607; Erdem, *Zamanaşımı*, s. 349; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1438; Kocayusufpaşaoğlu, s. 47; Tutumlu, s. 28. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, T. 17.5.1999, E. 1999/3412, K. 1999/4006: "Bir alacağın zamanaşımına uğraması, sona ermesi demek değildir." (Kazancı).

²¹⁵ Erdem, *Zamanaşımı*, s. 349-350; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1438; Kapancı, s. 260; Kılıçoğlu, *Genel*, s. 1098; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1030.

²¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 47-48.

²¹⁷ Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, T. 17.5.1999, E. 1999/3412, K. 1999/4006: "Hak düşürücü sürenin aksine BK.nun 140. maddesi uyarınca zamanaşımı def'inde bulunulmadığı sürece hakim, zamanaşımını kendiliğinden dikkate alamaz. Davalı zamanaşımı def'inde bulunmadığı halde onun hakkındaki davanın da zamanaşımına uğradığından bahisle reddedilmesi doğru değildir." (Kazancı).

²¹⁸ Erdem, *Zamanaşımı*, s. 350; Şakir Berki, "Müruruzaman", *AD*, S. 10, 1955, s. 948.

²¹⁹ Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s. 94 (Yenilik Doğuran Haklar).

bulunmaktadır²²⁰. Keza Yargıtay da verdiği bir kararda kanun koyucunun bu durumda borçlunun vicdanını hakem kıldığını ifade etmiştir²²¹.

Bir borcun sadece zamanaşımına uğramış olması onun varlığını sona erdirmeyeceği gibi; zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi de alacak hakkını sona erdirmez²²². Alacak sona ermediği için de ifası borç olmayan şeyin ifası niteliği taşımaz. Bu husus TBK m. 78/II hükmünde de belirtilmiştir. Söz konusu hükümde zamanaşımına uğramış bir borcun ifası halinde, ifa edilen edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesinin istenemeyeceği öngörülmüştür. Bu hüküm de zamanaşımına uğramış borçlarda alacak hakkının sona ermediğini göstermektedir. Zira alacak hakkı sona ermiş olsaydı, zamanaşımına uğramış bir borç ifa edildiğinde bunun geri istenmesi mümkün olurdu. Azınlıkta kalan bir görüşe göre ise zamanaşımı def'inin ileri sürülmesiyle alacak hakkı düşer. Dolayısıyla bu görüşe göre zamanaşımına uğramış bir borcun yerine getirilmesi, borç olmayan şeyin ifası niteliği taşıyacaktır²²³.

Zamanaşımına uğramış borçlar niteliği itibarıyla birer eksik borçtur²²⁴. Fakat bir borcun zamanaşımına uğramış olması onun eksik borç haline gelmesi için tek

²²⁰ Bilgen, s. 7; Kocayusufpaşaoğlu, s. 48.

²²¹ Bkz. Yarg. HGK, T. 19.11.1958, E. 1958/50, K. 1958/48 (Kazancı).

²²² Bilgen, s. 7; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 351; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 458; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 556. Ayrıca bkz. Yarg. 10. HD, T. 31.5.2011, E. 2010/815, K. 2011/7991: "Zamanaşımına uğramış bir alacak, borçlunun zamanaşımı def'inden sonra da alacaklıya bu alacak üzerinde eksik bir alacak hakkı verir. Borç eksik de olsa varlığını devam ettirdiğinden, borçlu bu borcu ifa ederse, bir bağışlama teşkil etmediği gibi, sebepsiz bir zenginleşme de teşkil etmez ve dolayısıyla borçlu bunu sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak geri istemez." (Kazancı).

²²³ Bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 355 dn. 1233'te zikredilen yazarlar; Kocayusufpaşaoğlu, s. 48 dn. 17'de zikredilen yazarlar. Alacak hakkının sona erdiğini savunan yazarlardan bazılarına göre zamanaşımı def'i, talep hakkını geçmişe yönelik olarak ortadan kaldıran bir çeşit iptal hakkı niteliği taşır; bkz. Konrad Hellwig, **Anspruch und Klagerecht**, Leipzig: A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, 1924, §2, I, s. 9 vd. (Kocayusufpaşaoğlu, s. 48 dn. 17'den naklen).

²²⁴ Akıncı, **Borçlar**, s. 37; Antalya, **C. 1**, s. 84; Aybay, s. 110; Barlas, **Temerrüt**, s. 25 dn. 55; Bilgen, s. 7; Burcu Yağcıoğlu, **Kazandırıcı Zamanaşımı**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 6 (Kazandırıcı Zamanaşımı); Çukadar, s. 26; Dinçer, s. 74; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 351; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1418 ve s. 1439; Ergin Akçay, **Türk Borçlar Kanununa Göre Zamanaşımı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 10; Feyzioğlu, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 603; Hatemi/Gökyayla, s. 22; İnan/Yücel, s. 647; Kaplan, s. 147; Kendigelen/Çonkar, s. 221; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 1137; Kılıçoğlu, **Zamanaşımı**, s. 826; Kocayusufpaşaoğlu, s. 48; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 27-28; Paksoy, s. 41; Pınar Çağlayan Aksoy, "Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engelleyen TBK Madde 81 Hükümü Üzerine Bir İnceleme", **BATİDER**, C. 31, S. 4, 2015, s. 135; Reisoğlu Safa, **Borçlar**, s. 407-408; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 58; Susuz, s. 5; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 24-25; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 557; Tongsir, s. 934; von Tuhr, s. 35 ve s. 709; Yıldırım Abdülkerim, **Borçlar**, s. 35 ve s. 330. Ayrıca bkz. Yarg. 22. HD, T. 23.9.2019, E. 2019/6578, K. 2019/16916: "Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını

başına yeterli değildir. Borçlu def'i hakkını kullanmadığı sürece alacağın dava ve takip edilebilirlik açısından herhangi bir tam borçtan farkı olmayacaktır. Başka bir ifadeyle, zamanaşımına uğramış borç ancak açılan davada def'i hakkının usulüne uygun şekilde kullanılmasıyla eksik borca dönüşür²²⁵. Zira borçlu ancak def'i hakkını kullanmakla borcunu ifa etmekten sürekli olarak kaçınma hakkına sahip olacaktır. Borçlu bu def'iyi ileri sürmediği sürece hakim alacak hakkına hükmetmek zorundadır²²⁶. Dolayısıyla def'i hakkı kullanılmadığı sürece borcun eksik borca dönüştüğünü söylemek mümkün değildir. Bu durumda borcun en fazla def'i kullanılma riski karşısında zayıfladığı söylenebilir²²⁷.

ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu 'eksik bir borç' haline dönüştürür ve 'alacağın dava edilebilme özelliği'ni ortadan kaldırır.”; bkz. aynı yönde ayrıca HGK, T. 12.3.2019, E. 2015/21-2925, K. 2019/277; 22. HD, T. 16.9.2019, E. 2016/18428, K. 2019/16294; 9. HD, T. 14.9.2009, E. 2008/9407, K. 2009/22810; HGK, T. 17.1.2018, E. 2017/4-3013, K. 2018/47; 3. HD, T. 19.2.2015, E. 2015/2126, K. 2015/2603; HGK, T. 13.6.2018, E. 2017/5-2025, K. 2018/1189; HGK, T. 25.4.2018, E. 2017/4-1457, K. 2018/988; HGK, T. 8.4.2015, E. 2013/3-1597, K. 2015/1165; HGK, T. 15.5.2015, E. 2013/21-2216, K. 2015/1349; HGK, T. 25.9.2013, E. 2013/8-132, K. 2013/1389; HGK, T. 22.2.2012, E. 2011/4-640, K. 2012/89; 10. HD, T. 31.5.2011, E. 2010/815, K. 2011/7991; HGK, T. 27.11.2002, E. 2002/4-1022, K. 2002/1034 (Bu kararlar için bkz. Kazancı).

²²⁵ Akıncı, **Borçlar**, s. 230; Antalya, C. 1, s. 84; Arat, s. 224; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1419-1420; Hatemi/Gökyayla, s. 22 ve s. 339; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 1137-1138; Mehmet Sarı, **Takip Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 203; Reisoğlu Safa, **Borçlar**, s. 408; Tahir Büyüktanır/Burcu Gülseren Özcan Büyüktanır/Oğuz Büyüktanır, **Kanunlarımızda Süreler**, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s. 3; von Tuhr, s. 35; Yağcıoğlu, **Kazandırıcı Zamanaşımı**, s. 6. Ayrıca bkz. Yarg. HGK, T. 5.5.2010, E. 8-231, K. 255: “...alacağın salt zamanaşımına uğramış olması, onun eksik borca dönüşmesi için yeterli değildir; bunun için borçlunun kendisine karşı açılmış olan alacak davasında alacaklıya yönelik bir def’ide bulunması gerekir.”; HGK, T. 12.3.2019, E. 2015/21-2925, K. 2019/277: “Şu halde zamanaşımına uğrayan alacak ortadan kalkmamakla beraber artık doğal bir borç (*Obligatio naturalis*) haline gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, alacağın salt zamanaşımına uğramış olması, onun eksik bir borca dönüşmesi için yeterli olmayıp borçlunun kendisine karşı açılmış olan alacak davasında alacaklıya yönelik bir def’ide bulunması gerekir.”; bkz. aynı yönde ayrıca HGK, T. 13.6.2018, E. 2017/5-2025, K. 2018/1189; HGK, T. 25.4.2018, E. 2017/4-1457, K. 2018/988; HGK, T. 17.1.2018, E. 2017/4-3013, K. 2018/47; HGK, T. 22.11.2017, E. 2017/15-2694, K. 2017/1425; HGK, T. 7.6.2017, E. 2016/9-1209, K. 2017/1075; HGK, T. 7.6.2017, E. 2017/17-1093, K. 2017/1090; HGK, T. 22.6.2016, E. 2015/22-2172, K. 2016/841; HGK, T. 19.6.2015, E. 2014/21-62, K. 2015/1719; HGK, T. 22.4.2015, E. 2013/13-1913, K. 2015/1260; HGK, T. 8.4.2015, E. 2013/3-1597, K. 2015/1165; 3. HD, T. 28.5.2014, E. 2014/9540, K. 2014/8361; HGK, T. 12.3.2014, E. 2013/4-544, K. 2014/315; HGK, T. 19.2.2014, E. 2013/4-440, K. 2014/115; HGK, T. 9.10.2013, E. 2013/4-36, T. 2013/1457; HGK, T. 18.9.2013, E. 2013/15-169, K. 2013/1365; HGK, T. 12.12.2012, E. 2012/15-461, K. 2012/1104; HGK, T. 6.4.2011, E. 2010/9-629, K. 2011/70 (Bu kararlar için bkz. Kazancı).

²²⁶ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 94-95 dn. 20; Kılıçoğlu, **Zamanaşımı**, s. 824; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 556.

²²⁷ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 352; Kocayusufpaşaoğlu, s. 48; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1031. Ayrıca bkz. Yarg. 10. HD, T. 31.5.2011, E. 2010/815, K. 2011/7991 (Kazancı).

Def'i hakkının mahkeme dışında ileri sürülüp sürülemediği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre²²⁸ def'i hakkı mahkeme huzurunda kullanılmak zorunda değildir. Def'inin mahkeme dışında kullanılmasıyla da borç bir eksik borca dönüşür ve hakim bunu re'sen göz önünde bulundurmalıdır. Bu husus hakim zamanışımını kendiliğinden göz önünde bulunduramayacağını öngören TBK m. 161 hükmüne aykırılık da teşkil etmez. Bu durumda hakim zamanışımını re'sen göz önünde bulundurmamaktadır; zira borçlu zaten def'i kullanma iradesini mahkeme dışında da olsa ortaya koymuştur. Buna karşılık başka bir görüşe göre²²⁹ ise, def'inin hüküm ve sonuçlarını doğrabilmesi için mutlaka mahkeme huzurunda kullanılması gerekir; zira kanun koyucu def'inin davada kullanılmasını esas almıştır. Dolayısıyla mahkeme dışında kullanılmış bir def'iyi hakim kendiliğinden göz önünde bulundurması TBK m. 161 hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca def'i hakkını mahkeme dışında kullanan borçlunun ileride bu hakkını kullanmaktan vazgeçme olasılığı da mevcuttur. Dolayısıyla borçlu, def'i hakkını kullanma iradesinin devam ettiğini göstermek için bunu dolaylı yoldan da olsa mahkeme huzurunda dile getirmelidir²³⁰.

Müteselsil borçlulukta borçlulardan birinin zamanışımı def'ini ileri sürmesinin diğer borçlular bakımından da geçerli olup olmayacağı doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Bir görüşe²³¹ göre, borçlulardan birinin def'iyi kullanmasıyla diğer borçlu-

²²⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 49-50; Murat Tümerdem, **Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları (TBK mad.126)**, Ankara: Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2018, s. 144; Paksoy, s. 39-40.

²²⁹ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 105 vd.; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 353-354. Ayrıca bkz. Yarg. 3. HD, T. 19.2.2015, E. 2015/2126, K. 2015/2603: "Zamanaşımı, hukukî açıdan bir def'i niteliği taşımaktadır. Yani borçlu, borcunu ödemek istemiyorsa borcun zamanışımına uğradığını ve borcun dava edilebilme niteliği olmadığını açık bir biçimde yargılama sırasında ileri sürmelidir. Zira, Borçlar Kanunu'nun 140. maddesi, zamanışımı ileri sürülmediği takdirde hakim zamanışımını kendiliğinden dikkate alamayacağı hükmünü taşımaktadır."; HGK, T. 25.9.2013, E. 2013/8-132, K. 2013/1389: "Davalı, cevap dilekçesinde zamanışımı süresinin dolduğundan bahsetmemiş olup, davalının beyanının zamanışımı def'i olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zamanışımı hukukî açıdan "def'i" niteliğinde olduğundan, davalı ifadan kaçınmak istiyorsa, açıkça zamanışımı def'inde bulunması ve alacağın zamanışımına uğradığını beyan etmesi gerekir." (Kazancı); 3. HD, T. 26.9.1958, E. 1958/5701, K. 1958/4878: "Her ne kadar davalı icra takibine karşı müruru zaman def'inde bulunmuş ise de, işbu davada böyle bir def'i ileri sürmemiş olduğu ve Borçlar Kanunu'nun 140. maddesi hükmü göz önünde tutulmadan davanın müruru zaman noktasından reddi yolsuz olduğundan hükmün bozulmasına karar verildi." (Kocayusufpaşaoğlu, s. 49 dn. 22'den naklen). Bkz. aynı yönde ayrıca HGK, T. 22.2.2012, E. 2011/4-640, K. 2012/89 (Kazancı).

²³⁰ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 353.

²³¹ Ferhat Canbolat, "Müteselsil Borcun Sona Erme Sebepleri, Borçlar Kanunu Tasarısındaki İlgili Hükümlerin Değerlendirilmesi ile Birlikte", **ABD**, C. 66, S. 3, 2008, s. 77; Feyzioğlu, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 329; Selâhattin Sulhi Tekinay, "Müteselsil Borçlarda Zamanışımının Rolü", **İBD**, C. 38, S. 1-4, 1964, s. 174; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 309; Tutumlu, s. 479.

lar alacaklıya karşı def'iye kullanan borçlunun iç ilişkideki payı oranında takip edilmekten kurtulacaktır. Bu görüş zamanaşımı def'ini borcu sona erdiren bir sebep haline getirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir²³². Doktrindeki bir başka görüşe²³³ göre ise, müteselsil borçlulardan birinin def'iye ileri sürmesi diğer borçlular bakımından herhangi bir etkiye sahip olmayacaktır.

Zamanaşımı def'inin açık bir şekilde ileri sürülmesiyle hakim davayı esasa girmeden reddeder²³⁴. Bu aşamadan sonra borcun davayla elde edilme imkânı ortadan kalkar. Dolayısıyla aynı alacak hakkında başka hukukî sebeple açılacak davalar da bu durum hakim tarafından re'sen dikkate alınır.

Zamanaşımı def'i bir yenilik doğuran hak değildir²³⁵. Gerçekten de, def'i kullanıldıktan sonra da borç hâlâ ifa edilebilir niteliktedir. Def'inin usulüne uygun kullanılmasıyla birlikte borç eksik borca dönüşür ve dolayısıyla ifası hâlâ mümkündür²³⁶. Borç sadece dava ve takip edilebilme özelliğini kaybetmiştir. Öte yandan, def'i hakkından kullandıktan sonra vazgeçmek mümkündür. Zamanaşımı def'i kullanıldıktan sonra mahkeme davayı reddedene kadar geri alınması imkânı mevcuttur²³⁷. Bir başka deyişle def'i, geri alınması mümkün olmayan hüküm ve sonuçlarını ancak davanın kesin hükme bağlanmasıyla doğurur²³⁸. Hakim, def'inin kullanımı sebebiyle

²³² Bkz. Kapancı, s. 263 vd.

²³³ Ahmet Hakan Dağdelen, **818 Sayılı ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nda Borçlular Arasında Teselsül**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 112; Kapancı, s. 263; Turgut Akıntürk, **Müteselsil Borçluluk**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1971, s. 188. Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD, T. 30.6.1975, E. 1975/2127, K. 1975/3357: "Bir borçtan müteselsilen sorumlu bulunsa dahi bir veya birkaçının zamanaşımı savunması ileri sürüp, diğerlerinin ileri sürmemesi veya ileri sürülüp karşı tarafça tevsii iddiasında bulunması halinde, teselsül kurallarına dayanılarak bunların da faydalanması gerektiği neticesine varılamaz. Esasen faydalanacakları hakkında kanunlarımızda bir hüküm de yoktur. Başka bir deyimle, müteselsil sorumlulukta dahi süresinde zamanaşımı def'inde bulunmayanlar bu haktan faydalanamazlar." (Kazancı).

²³⁴ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 357; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1418 ve s. 1438; Paksoy, s. 41. Ayrıca bkz. Yarg. 3. HD, T. 13.3.2017, E. 2015/17932, K. 2017/2952: "Bir davada, "def'i" niteliğinde olan zamanaşımı itirazının söz konusu olması durumunda, mahkemece talep hakkının zamanaşımına uğramış olduğu kabul edildiği takdirde, işin esasına geçilmeden davanın öncelikle zamanaşımı sebebiyle reddedilmesi gerekli olup, ancak davaya konu hakkın zamanaşımına uğramadığı ya da zamanaşımı def'inin süresinde kullanılmadığının kabulü halinde işin esasları incelenerek esastan hüküm kurulabilir." (Kazancı).

²³⁵ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 96 vd.; Dinçer, s. 76; Kocayusufpaşaoğlu, s. 50 dn. 25.

²³⁶ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 94; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 354-355.

²³⁷ Antalya, **C. 1**, s. 93; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 355; Kocayusufpaşaoğlu, s. 50; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 647; Paksoy, s. 38.

²³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 50.

davayı reddedene kadar def'î hüküm ve sonuçlarını doğurmaz ve geri alınabilir. Oysa yenilik doğuran haklar kullanılmakla tükenmektedir.

TMK m. 864 hükmü uyarınca taşınmaz rehniyle teminat altına alınan alacaklar bakımından zamanaşımı işlemeyecektir. Kanun koyucu bu hükümle taşınmaz rehniyle teminat altına alınan alacaklara bir ayrıcalık tanımıştır²³⁹. Fakat aynı durum taşınır rehniyle teminat altına alınmış alacaklar bakımından söz konusu değildir. Zira, TBK m. 159 hükmünde taşınır rehniyle teminat altına alınmış alacaklar bakımından zamanaşımının işleyeceği öngörülmüştür. Fakat hemen belirtelim ki, TBK m. 159 hükmünde, taşınır rehniyle teminat altına alınmış bir alacak zamanaşımına uğramış olsa bile rehnin paraya çevrilme yetkisinin devam edeceği düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle, alacağın zamanaşımına uğramış olması, onu teminat altına almış olan taşınır rehninin de işlevsiz kalmasına yol açmaz. Alacağın taşınır rehniyle teminat altına almış olan alacaklı, bu alacak zamanaşımına uğradıktan sonra bile rehinli malı paraya çevirme yetkisini haizdir. Fakat rehin bakımından söz konusu olan bu ayrıcalıklar tüm fer'î haklar bakımından söz konusu değildir. Bu bağlamda TBK m. 152 hükmünde zamanaşımına uğramış alacaklara bağlı faiz ve diğer alacakların da zamanaşımına uğrayacağı öngörülmüştür²⁴⁰.

²³⁹ Kılıçoğlu, **Genel**, s. 1104.

²⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 367 vd.; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 648-649.

B) Konkordato Dışında Kalan Borçlar

Borçlu, kimi zaman ekonomik gelişmeler, kimi zaman piyasa koşulları ve benzeri sebeplerden ötürü borcunu ifa edemeyecek hale gelebilir. Böyle bir durumda borçlu iflâsa tâbi kimselerden değilse, alacaklılardan sadece önce davrananlar alacağını elde edebilecektir. Bu durumlar için kanun koyucu, borçlunun alacaklıları ile anlaşması ve borcunun sadece belirli bir oranını ödeyerek borçtan kurtulabilmesinin önünü açmıştır. İcra İflas Kanunu’nun m. 285 ve devamındaki hükümlerde düzenlenen bu kuruma konkordato adı verilmiştir. Doktrinde konkordato, “dürüst bir borçlunun belli bir zaman dilimi içerisindeki tüm adî borçlarını, alacaklıları tarafından kanunda öngörülen nitelikli çoğunlukla kabul edilmiş ve yetkili makamca tasdik edilmiş olan teklifi doğrultusunda ve kendisi için daha elverişli olan şartlar çerçevesinde ödemesini mümkün kılmak üzere, ona kanun tarafından tanınmış bir hukukî lütuf” olarak tanımlanmaktadır²⁴¹. Konkordato, alacaklıların kanunda öngörülen nitelikli çoğunluğu ile borçlu arasında yapılan, yetkili makamın tasdiki ile meydana gelen cebri bir anlaşmadır²⁴².

Konkordato talep edecek borçlunun sıfatı önem arz etmez. Başka bir ifadeyle, konkordato talep edecek kişinin iflâstaki gibi tacir olması şart değildir. Gerekli şartlar oluştuğu takdirde herkesin konkordato talep etmesi mümkündür. Konkordatonun icra veya iflâs yolları gibi bir takip yolu olduğu da söylenemez. Zira bu kurum borçlunun ne cüzî, ne de küllî olarak takip edilebilmesine imkân tanır. Aksine, konkordato ile borçlunun borçları yapılandırılır, iflâsların önüne geçilmesi hedeflenir ve borçlunun muhtemel takiplerden kurtulması sağlanır²⁴³. Konkordato sayesinde alacaklı ile borçlu kendi aralarında anlaşır, bu anlaşma yetkili makamca tasdik edilir ve bor-

²⁴¹ Ejder Yılmaz, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 1256; Süha Tanrıver, **Konkordato Komiseri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1993, s. 3; Süha Tanrıver/Adnan Deynekli, **Konkordatonun Tasdiki**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s. 29. Benzer tanımlar için bkz. Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 1444; Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2016, s. 499 (İcra Ders Kitabı); Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 680; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s. 441; İlhan E. Postacıoğlu, **Konkordato**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1965, s. 12; Mehmet Kodakoğlu, **İcra ve İflas Hukuku**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2016, s. 283; Orhan Eroğlu, **Uygulamada Konkordato**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 21; Talih Uyar, **Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri**, Ankara: Bilge Yayınevi, 2018, s. 3.

²⁴² Kodakoğlu, s. 283; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 441.

²⁴³ Kodakoğlu, s. 283; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 442.

cun kararlaştırılan oranını ödeyen borçlu borcundan kurtulur. Konkordato; yapılış zamanına göre, yapılış biçimine göre ve yapılış amacına göre çeşitli ayrımlara tâbi tutulmaktadır:

Yapıldığı zaman dikkate alındığında iki çeşit konkordato söz konusu olur. Bunlar iflâs içi konkordato ve iflâs dışı konkordatodur. Eğer konkordato iflâstan önce talep edilirse iflâs dışı konkordato, iflâs ettikten sonra talep edilirse iflâs içi konkordato söz konusu olur. Bu sebeple iflâsa tâbi olmayan birinin talep edeceği konkordato her halükarda iflâs dışı konkordato olacaktır. Keza iflâsa tâbi olan bir şahsın henüz iflâs etmeden önce teklif edeceği konkordato da iflâs dışı konkordato olur ve bu kişiyi iflâs etmekten kurtarır²⁴⁴. İflâsa tâbi olan bir kimsenin iflâs etmişken iflâstan kurtulmak için yaptığı konkordato teklifine de iflâs içi konkordato adı verilmektedir²⁴⁵. Bu durumda konkordato talebinin kabul ve tasdik edilmesiyle borçlunun iflâsı hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kalkar²⁴⁶.

Konkordato, yapılış biçimine göre de üç farklı ayrıma tâbi tutulmaktadır. Bunlar tenzilat (yüzde) konkordatosu, vade konkordatosu ve karma konkordatodur. Tenzilat konkordatosu, alacaklıların alacaklarından belirli bir oranda feragat etmeleri durumunda söz konusu olur²⁴⁷. Örneğin yüz bin liralık bir alacağın seksen bin lirasının ödenmesiyle borç sona eriyorsa tenzilat konkordatosu söz konusudur. Vade konkordatosunda ise borcun tamamının farklı bir tarihte ödenmesi veya taksitlere bölünmesi söz konusudur. Bir başka deyişle, borcun sadece vadesi değiştirilip ödenmesi ileri bir tarihe alınır. Borcun miktarında bir değişim söz konusu olmaz. Karma konkordato ise tenzilat ve vade konkordatolarının birleşimidir. Alacaklılar hem borcun belirli bir oranından feragat ediyor hem de borcun vadesi yeniden düzenleniyorsa karma konkordato söz konusu olur²⁴⁸.

²⁴⁴ İflâs dışı konkordato hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Abdurrahim Karşlı, **İcra ve İflâs Hukuku**, İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2014, s. 533-534; Eroğlu, s. 26 vd.; Kuru, **İcra Ders Kitabı**, s. 501 vd.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 445 vd.

²⁴⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 443. İflâs içi konkordato hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eroğlu, s. 140 vd.; Karşlı, s. 534-535; Kodakoğlu, s. 300 vd.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 488 vd.

²⁴⁶ Kodakoğlu, s. 284; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 443.

²⁴⁷ Kodakoğlu, s. 283; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 443.

²⁴⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 443.

Yapılış amacına göre de iki tür konkordatodan söz edilmektedir. Bunlardan biri borçların tasfiyesine yönelik konkordato, diğeri de malvarlığının tasfiyesine yönelik konkordatodur. Buraya kadar bahsedilen tüm konkordato çeşitleri borçların tasfiyesine yönelik konkordato başlığı altına girmektedir. Malvarlığının tasfiyesine yönelik konkordatoda ise alacaklılara borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf etme yetkisi verilir²⁴⁹. Bu tür konkordatoya malvarlığının terki suretiyle konkordato ismi de verilmektedir zira borçlu malvarlığını alacaklıların üzerinde tasarrufta bulunması için bir nevi terk etmektedir²⁵⁰.

Konkordato ile borçlu borcunun bir kısmını ödemekten kurtulur²⁵¹. İflastan farklı olarak, konkordatoda borcun bu ödenmeyen kısmı için bir aciz vesikası düzenlenmez²⁵². Borcun konkordato dışında kalan bu kısmının hukukî niteliği hakkında doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre²⁵³, borcun konkordato dışında kalan kısmı bakımından ibra söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla bu kısım için alacak hakkı sona ermektedir. Bunun sonucu olarak da konkordato dışında kalan kısmın ifası borç olmayan bir şeyin ifası niteliği taşıyacak ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilecektir²⁵⁴. Bu görüşü savunan yazarlar da kendi içlerinde iki gruba ayrılmaktadır: Bazı yazarlar²⁵⁵ burada geciktirici şarta bağlı bir ibranın söz konusu olduğunu savunurken; diğeri bazı yazarlar²⁵⁶ ise bu ibranın bozucu şarta bağlı bir ibra olduğunu savunmaktadır. Geciktirici şarta bağlı ibra görüşünü savunan yazarlara göre konkordatonun tas-

²⁴⁹ Karşlı, s. 535; Kodakoğlu, s. 284; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 444.

²⁵⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 443. Malvarlığının terki suretiyle konkordato hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eroğlu, s. 123 vd.; Karşlı, s. 535-536; Kodakoğlu, s. 303 vd.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 492 vd.

²⁵¹ Sadece vade konkordatosunda böyle bir durum söz konusu olmaz; zira vade konkordatosu ile borcun miktarı değil, vadesi yapılandırılmaktadır.

²⁵² Ömer Ulukapı, "Konkordatonun Sonuçları", **SÜHFD**, C. 8, S. 1-2, 2000, s. 30; Postacıoğlu, s. 126.

²⁵³ Enver Buruloğlu/Yuda Reyna, **Konkordato Hukuku ve Tatbikat**, İstanbul: Yörük Matbaası, 1968, s. 80; Necmeddin M. Berkin, **İflas Hukuku**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972, s. 571; Postacıoğlu, s. 127-128; Serdar Kale, **Sorularla Konkordato**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 92; Saim Üstündağ, **İflâs Hukuku Dersleri: İflâs, Konkordato, İptâl Davaları**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975, s. 206; Sümer Altay, **Konkordato Hukuku**, İstanbul: Birsal Hukuk Bürosu Yayınları, 1993, s. 429; Ulukapı, s. 31.

²⁵⁴ Muşul, s. 350; Ulukapı, s. 31.

²⁵⁵ Altay, s. 428-429; Kale, s. 92; Ulukapı, s. 31.

²⁵⁶ Berkin, s. 573; Postacıoğlu, s. 126.

diki ile ibra gerçekleşir ve borç sona erer. Bu sebeple söz konusu ibra geciktirici şartta bağlı bir ibradır. Bozucu şartta bağlı ibra görüşünü savunan yazarlara göre ise konkordatonun feshi de mümkün olduğu için söz konusu ibranın bozucu şartta bağlı bir ibra olduğunu kabul etmek gerekir.

Bir diğer görüşe göre²⁵⁷ ise konkordato dışında kalan borçlar birer eksik borç niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla borçlu bunu ifa ederse geçerli olacaktır, fakat alacaklının bu kısım için takip başlatma veya dava açma hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca bu görüş kabul edildiği takdirde bir borcun mevcudiyeti kabul edilmiş olacağından yapılan ifa borç olmayan şeyin ifası niteliği taşımayacaktır. Dolayısıyla her eksik borç gibi bu borç da ifa edildiği takdirde sebepsiz zenginleşme veya istirdat davasıyla geri istenemeyecektir.

Yargıtay verdiği bir kararda²⁵⁸ konkordato dışında kalan kısım bakımından ibranın söz konusu olduğunu kabul etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi ise bu hususta ilk olarak eksik borç görüşünü savunmuştur; fakat daha sonra verdiği bir kararda²⁵⁹ bu görüşten dönüp ibra görüşünü kabul etmiştir. Doktrinde icra iflâs hukukçularının genellikle ibra görüşünü savunduğu, borçlar hukukçularının ise eksik borç görüşünde olduğu görülmektedir.

İbra görüşünü savunan kimi yazarlara²⁶⁰ göre kanun koyucunun zamanaşımına uğramış borçlara açıkça eksik borç niteliği atfetmişken konkordato dışında kalan borçlar için böyle bir şey yapmaması onun bilinçli suskunluğudur. Bu sebepten ötürü burada bir eksik borcun varlığını savunmak isabetli değildir.

Eksik borç görüşünü savunan yazarlar ise ibra görüşünü hakkaniyete aykırı bulmaktadır²⁶¹. Bu yazarlara göre zamanaşımına uğramış bir borcun alacaklısı koru-

²⁵⁷ Antalya, C. 1, s. 85; Aybay, s. 110; Baki Kuru, **İflâs ve Konkordato Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul: Evrim Yayınevi, 1988, s. 489; Eren, **Borçlar Genel**, s. 99; Kaplan, s. 53; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 29; Tongsir, s. 934; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 46; von Tuhr, s. 37-38; Yıldırım Abdülkerim, **Borçlar**, s. 36.

²⁵⁸ Yarg. İİD, T. 18.2.1965, E. 1886, K. 1982 (AD. S. 5-6, 1965, s. 749).

²⁵⁹ R. O. 28 II 68 (Postacıoğlu s. 128'den naklen).

²⁶⁰ Postacıoğlu, s. 128.

²⁶¹ Eren, **Borçlar Genel**, s. 99.

nurken, konkordato dışında kalan bir borcun alacaklısının daha az korunması hakkaniyete uygun düşmeyecektir.

Kanaatimizce de, konkordato dışında kalan borçlar birer eksik borç niteliği taşımaktadır. Zira konkordato ilan etmiş olan bir borçlu, ekonomik durumu düzeldikten sonra herhangi bir nedenden dolayı bu borcun kalan kısmını ödemek isteyebilir. Tıpkı zamanaşımına uğramış borçların ifasında olduğu gibi böyle bir durumda da alacaklının korunması gerekir. Borçlu kendi isteğiyle bu kısmı ifa ettikten sonra bunu sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak geri isteyebilmesi alacaklı bakımından adaletsiz bir durum oluşturacaktır. Nasıl ki zamanaşımına uğramış bir alacak def'i hakkı kullanılmasına rağmen sona ermiyorsa; konkordato işlemi de alacak hakkını sona erdirmemelidir. Borcun mevcudiyetini kabul etmek, fakat borçluya bunu ifadan kaçınma yetkisi vermek hakkaniyete daha uygun düşen bir çözüm olacaktır. Bu nedenle de yapılan ifanın mevcut ve geçerli bir borcun ifası olarak kabul edilmesi, sonradan iadesinin talep edilememesi gerekir.

C) Borç Ödmeden Aciz Belgesinde Yer Alan Alacak Faizleri

İİK m. 143/I hükmüne göre borç ödmeden aciz belgesi, haczedilen malların paraya çevrilmesi sonunda, alacağını tam olarak alamayan alacaklıya alamadıkları alacak miktarını göstermek üzere verilen belgedir. İcra memuru tarafından düzenlenen bu belgenin bir örneği de borçluya verilir. Aciz belgesi sadece haciz koydurmuş veya hacze iştirak etmiş olan takip alacaklılarına verilebilir. Buna karşılık, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibe girişen ve alacağının tamamını alamayan alacaklılara borç ödmeden aciz belgesi değil; “rehin açığı belgesi”²⁶² verilir (İİK m. 152/I).

Borç ödmeden aciz belgesinin iki türü mevcuttur: Bunlardan ilki “geçici aciz belgesi” olup, haciz sırasında borçlunun haczi caiz bir miktar malının bulunması, fakat bunların, İİK m. 87 uyarınca hesaplanan değerinin, alacaklının alacağını karşılamaya yetecek miktarda olmaması halinde tutulan tutanaktır (İİK m. 105/II)²⁶³. Ge-

²⁶² Rehin açığı belgesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, **İcra Ders Kitabı**, s. 329-330; Nurdan D. Korkmaz, **İcra Hukukunda Rehin Açığı Belgesi**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 69 vd.; Selçuk Öztek, **İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödmeden Aciz Vesikası**, İstanbul: Alfa Basım Yayın Dağıtım, 1994, s. 36 vd.

²⁶³ Geçici aciz belgesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öztek, s. 22 vd.

çici aciz belgesinin en önemli fonksiyonu, alacaklıya İİK m. 277'ye göre tasarrufun iptali davası açma yetkisi vermesidir. Geçici aciz belgesi, kesin aciz belgesinin diğer hüküm ve sonuçlarını doğurmaz²⁶⁴. Geçici aciz belgesinin geçici nitelikte olmasının nedeni, haczedilen eşyanın satışından elde edilecek miktarın alacağı karşılamaya yetme ihtimalinin bulunmasıdır. Eğer yapılacak satış sonunda elde edilen tutar alacaklıyı tatmin ediyorsa, aciz belgesi etkisini yitirecektir. Fakat hacizli eşya paraya çevrildiğinde gerçekten de alacaklının alacağını karşılamaya yeterli olmadığı anlaşılırsa, geçici aciz belgesi kesin aciz belgesine dönüşecektir²⁶⁵. Kesin aciz belgesi ise borçlunun haczi caiz malının bulunmaması durumunda bir tutanak düzenlenmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi; paraya çevirme işlemi sonucunda alacaklıların tam olarak alamayan alacaklıların alamadığı miktarı gösteren bir belge şeklinde de düzenlenebilir. Kesin aciz belgesinin düzenlenmesinin takip hukukuna, ceza hukukuna ve maddi hukuka ilişkin bazı sonuçları vardır²⁶⁶. Borç ödemedenden aciz belgesinin maddi hukuka ilişkin olarak meydana getireceği sonuçlardan birini de, çalışmamız bakımından büyük önem taşıyan İİK m. 143/IV hükmü oluşturmaktadır. Bu hüküm uyarınca, aciz vesikasında yazılı alacak miktarı için faiz istenemez.

Bu düzenlemenin temelinde iki düşüncenin yattığı ifade edilmektedir²⁶⁷: İlk olarak, aciz belgesine bağlanan alacağa faiz işletilememesi kuralı ile borçlunun borç yükünün daha da artmasına engel olmak, onun toparlanma sürecini kolaylaştırmak hedeflenmektedir. İkinci olarak ise, bu düzenlemeyle alacaklı ve borçlunun menfaatleri arasında bir denge sağlamak istenmiştir. Şöyle ki, borç ödemedenden aciz belgesinde yer alan alacak bakımından zamanaşımı süresi yirmi yıla uzatılmıştır (İİK m. 143/VI)²⁶⁸. Bir yandan zamanaşımı süresi uzatılarak alacaklının yararına bir düzen-

²⁶⁴ Murat Atalı/İbrahim Ermenek, **İcra ve İflâs Hukuku**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s. 171.

²⁶⁵ Öztekin, s. 23.

²⁶⁶ Bu sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Burhan Gürdoğan, "İcra – İflas Takiplerinde Borçlunun Tamamen veya Kısmen Acizini Tesbit Eden Vesikalar", **BATİDER**, C. 2, S. 1, 1963, s. 21 vd.; Öztekin, s. 55 vd.; Kuru, **İcra Ders Kitabı**, s. 474-475; Talih Uyar, "Takip Hukukunda Borç Ödemedenden Aciz Vesikası (İİK m. 143)", **TBB**, C. 20, S. 70, 2007, s. 349 vd. (Aciz Vesikası).

²⁶⁷ Deliorman, s. 74; Melih Işık, **İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemedenden Aciz Belgesi**, Antalya: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 118; Öztekin, s. 83; Uyar, **Aciz Vesikası**, s. 355.

²⁶⁸ İİK m. 143/VI hükmüne göre, "borçlunun mirasçıları, mirasın açılmasından itibaren bir sene içinde alacaklı hakkını aramamışsa, borcun zamanaşımına uğradığını ileri sürebilirler.". Borçlu bakımından yirmi yıllık ve borçlunun mirasçıları bakımından bir yıllık zamanaşımı sürelerinin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağı sorunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yasin Alperen Karasahin, "İflasın Açılmasının, İflasın Ertelenmesinin ve Konkordatoda Verilen Mahkeme Kararlarının Zamanaşımı Yönünden Etkileri", **BATİDER**, C. 34, S. 2, 2018, s. 254 vd.

leme getirilirken; diğer yandan borçlu tamamen korumasız bırakılmamış ve borçludan faiz istenemeyeceği öngörülerek borçlunun menfaatleri gözetilmiştir²⁶⁹.

Bir görüşe²⁷⁰ göre, borç ödemedен aciz belgesinde yer alan alacak bakımından faiz borcu hiç doğmayacaktır. Başka bir ifadeyle, bu tür durumlarda eksik de olsa herhangi bir borç mevcut değildir. Bu nedenle borçlunun kendi rızasıyla faiz ödemesi halinde yapılan ödeme hukuken geçerli sayılamayacaktır.

Buna karşılık başka bir görüşe²⁷¹ göre ise, aciz belgesinde yer alan alacak bakımından faiz ödeme borcu, hukuken eksik borç niteliği taşır. Federal Mahkeme de verdiği çok eski tarihli bir kararda²⁷², borçlunun bu faizleri ödemeyi taahhüt ederek böylece yeni bir borç üstlenmesinin mümkün olduğuna hükmetmiştir. Bu karar çerçevesinde, faiz borcunun ödenmesinin taahhüt edilmesi mümkünse; faiz borcunun hiç doğmadığını iddia etmek de isabetli olmayacaktır. İİK m. 143/IV hükmünün mehzını oluşturan İsv. İİK m. 149/IV/c hükmünün Fransızca metninden de bu alacak faizlerinin eksik borç niteliğinde olduğu anlamı çıkartmak mümkündür²⁷³. Bu faiz alacağı borçluya bir def’i hakkı bahşetmektedir. Bir diğer ifadeyle, borçludan aciz belgesine bağlanmış bir alacağın faizi talep edildiğinde icra müdürü bu talebe uygun olarak ödeme emri düzenlemek zorundadır. Borçlu bunu ödemekten ancak def’i ileri sürerek kaçınabilecektir²⁷⁴.

Eksik borç görüşünü savunan yazarlar, bu tür durumlarda faiz borcunun hiç doğmadığından söz edilemeyeceğini belirtmekte ve buna gerekçe olarak İİK m.

²⁶⁹ Aciz belgesinde yazılı alacağa işleyecek faizin hangi andan itibaren duracağı (borç ödemedен aciz belgesinin şeklen düzenlendiği andan itibaren mi; yoksa daha önceki bir zaman diliminden, örneğin aciz belgesi düzenlenmesinin şartlarının gerçekleştiği andan itibaren mi) tartışmalıdır. Bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Işık, s. 118 vd.; Uyar, **Aciz Vesikası**, s. 355.

²⁷⁰ Gürdoğan, s. 28.

²⁷¹ Işık, s. 120; Öztekin, s. 84-85; Seyithan Deliduman, **İcra ve İflas Hukukumuzda Borç Ödemedен Aciz Belgesi**, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1995, s. 75.

²⁷² BGE 86 III 77 (Öztekin, s. 84-85’ten naklen).

²⁷³ İsv. İİK m. 149/IV/c: “O (alacaklı) borç ödemedен aciz vesikasına bağlanmış alacak için borçludan faiz talep edemez” (Öztekin, s. 83 dn. 94’ten naklen). Hemen belirtelim ki, söz konusu hükmün Almanca metnine bakıldığında eksik borç görüşünü savunmak zorlaşmaktadır. Zira hükmün Almanca metni “borçlu aciz vesikasında tespit edilmiş borç için faiz ödemeye mecbur değildir” şeklindedir. Doktrinde bu hükmün Fransızca metnine bakarak eksik borç görüşünü savunmanın mümkün olduğu; fakat Almanca metnine bakıldığında faizin kural olarak hiç doğmayacağını anlamak gerektiği ifade edilmektedir; bkz. Öztekin, s. 84.

²⁷⁴ Öztekin, s. 85.

143/VII hükmüne işaret etmektedir. Bu hüküm uyarınca, borçlu hakkında düzenlenen aciz belgesi aciz siciline kaydedildikten sonra bunun terkinin için borcun işlemiş faizleriyle beraber ödenmesi gerekir. Bu düzenleme karşısında faiz borcunun hiç doğmamış bir borç olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir²⁷⁵.

Kanaatimizce, bu son görüşe üstünlük tanımak ve borç ödemedен aciz belgesinde yer alan alacak bakımından faiz ödenmesi borcunun eksik borç niteliği taşıdığını kabul etmek gerekir. Bu tür durumlarda eksik de olsa hiçbir borcun doğmayacağı yönündeki aksi görüşe karşı İİK m. 143/V hükmü de gösterilebilir. Gerçekten de, bu hükümde “*kefiller, müşterek borçlular ve borcu tekeffül edenler bu miktar için vermeğe mecbur oldukları faizlerden dolayı borçluya rücu edemezler*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere, alacaklı sadece borçludan faiz talep edememekte; buna karşılık örneğin kefil ve müşterek borçlunun faiz ödeme yükümlülüğü devam etmekte, ancak onlar bu yükümlülüğünü yerine getirdikten sonra ödedikleri miktar için borçluya rücu edememektedir. Bu düzenleme ile borçlu sadece alacaklının faiz taleplerine karşı değil; kefil veya müşterek borçluların rücu taleplerine karşı da korunmuştur. Eğer borç ödemedен aciz belgesinde yer alan alacak bakımından faiz ödeme borcu hiç doğmasaydı, kefil veya müşterek borçlular bakımından da bu borcun doğmaması gerekirdi. Zira asıl borçlu bakımından hiç doğmamış bir borcun, kefil veya müşterek borçlu bakımından doğması mümkün değildir.

Sonuç olarak, İİK m. 143 hükmü bir bütün olarak göz önünde bulundurulduğunda, faiz ödeme borcunun eksik borç olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

²⁷⁵ Işık, s. 120-121.

III. Geçici Eksik Borçlar

743 sayılı eski Medeni Kanun'un m. 169 hükmünde, evlilik birliğinin devam ettiği süre içerisinde eşlerin birbirine olan borçları için cebrî icra yoluna gidemeycekleri öngörölmüştü. Bunun temelinde, eşlerin birbirine karşı icra takibi yapmasının evliliğin huzurunu bozabileceği düşüncesi yatmaktaydı. Fakat aynı zamanda eşlerin birbirlerine karşı olan alacaklarını tespit etmek için dava açmalarının önünde bir engel bulunmamaktaydı²⁷⁶. Evlilik birliği devam ettiği sürece bu alacaklar için icraya gidilmesi mümkün değilken, evlilik birliğinin sonlanmasıyla bu mümkün hale gelmekteydi²⁷⁷. Bu bağlamda geçici nitelikte bir eksik borcun mevcudiyeti söz konusuydu²⁷⁸. 4721 sayılı yeni Medeni Kanun'da ise bu kurala yer verilmemiştir. Dolayısıyla günümüzde Türk hukukunda eşlerin birbirine karşı olan borçları için icra yoluna başvurmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır²⁷⁹.

Doktrinde bazı yazarlar²⁸⁰, emeğini veya gelirini aileye özgüleyen altsoyun denkleştirme alacağını da geçici eksik borçlar başlığı altında incelemiştir. Fakat kanaatimizce bu alacak bir eksik borç teşkil etmemektedir. Bu husus ileride detaylı olarak incelenecektir²⁸¹.

²⁷⁶ Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 57.

²⁷⁷ Tekinay, bu hususa ilişkin olarak şunları yazmaktadır: "Ancak karı koca arasındaki cebrî icra yasağının yeri, Medeni Kanun'dan ziyade İcra ve İflas Kanunu olmalıydı. Zira, 165/I madde hükmü, mevcut bir hak veya alaktan dolayı icra takibi yapılmasına engel olmakta ve hukuk yargıcına değil icra memuruna ya da icra tetkik merciine hitap etmektedir. Sözü edilen yasa, mahiyeti itibarıyla, sadece bir Takip Hukuku kuralı olduğunda göre, karı kocanın herhangi bir hak veya alaktan dolayı birbirlerine karşı dava açmalarına asla engel olmaz. O halde, mesela koca, karısı aleyhinde alacak davası açabilecek; fakat mahkemeden aldığı ilamın zorla yerine getirilmesini icra memurundan isteyemeyecektir"; bkz. Selâhattin Sulhi Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990, s. 350 (Türk Aile Hukuku). Kanaatimizce, davada hükmedilmiş bir alacak hakkının cebrî icra takibine konu olamaması fikri çok da isabetli gözükmemektedir. Davada alacak hakkına hükmedilmişse bunun cebrî icra yoluyla ifaya zorlanması mümkün olmalıdır. Aksi takdirde dava açılmasının bir anlamı kalmayacaktır. Böyle bir durumda bir eksik borcun varlığı kabul ediliyorsa bunun sadece icraya koyulamayacağını değil; aynı zamanda bir davaya da konu edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Bu tür durumlarda alacaklı eşin alacağının zamanaşımına uğramaması için dava açmada menfaati bulunduğu da ileri sürülemeyecektir; zira evlilik devam ettiği sürece zamanaşımı duracaktır (TBK m. 153/I-b.3; eBK m. 132/I-b.3). Elbette ki günümüz için bu tartışmalar sadece teorik bir çerçevede kalmaktadır, zira 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre eşlerin birbirinden olan alacakları için dava açmasının veya cebrî icraya gitmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

²⁷⁸ Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 56-57.

²⁷⁹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 153; Erdem, **Aile Hukuku**, s. 266; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 247-248; Kılıçoğlu, **Aile**, s. 499; Şükran Şıpka, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, 3. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 54.

²⁸⁰ Cansel/Özel, s. 92; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 57-58.

²⁸¹ Bkz. İkinci Bölüm, IV/F.

Bazı yazarlara²⁸² göre, İcra ve İflas Kanunu'nun 4949 sayılı Kanun'la değişik 179 vd. hükümleri uyarınca mahkemece iflâsın ertelenmesine karar verilmesi halinde de geçici eksik borcun mevcudiyetinden söz edilecektir. Ancak iflâsın ertelenmesine ilişkin İİK m. 179/a-c hükümleri 28.2.2018 tarih ve 7101 sayılı Kanun'un 65. maddesiyle ilga edilmiştir.

IV. Eksik Borç Olup Olmadığı Tartışmalı Olan Durumlar

Eksik borç başlığı altında hangi borçların incelenmesi gerektiği hususunda doktrinde bir görüş birliği bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Çalışmamız kapsamında şu âna kadar eksik borç olduğunu kabul ettiğimiz borç türlerini incelemiş bulunmaktayız. Bu başlık altında da doktrinde kimi yazarlar tarafından eksik borç olarak değerlendirilen, fakat bu niteliği taşıyıp taşımadığı oldukça tartışmalı olan durumlar incelenecektir.

A) Ahlâkî Yükümlülüklerin İfası

1) Genel Olarak

Kanun koyucu TMK m. 364/I hükmüyle herkese, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka verme ödevi yüklemiştir²⁸³. Bu hükmün kapsamı dışında kalan kişilere yapılacak yardımlar ahlâkî bir yükümlülüğün ifasını teşkil edecektir. Örneğin bir kimsenin yaptığı işte kendisine yardım eden birine ödül vermesi halinde ahlâkî bir yükümlülüğün ifası söz konusu olacaktır. Keza yoksul bir şahsa yapılan yardım da ahlâkî bir ödevin yerine getirilmesi çerçevesinde kabul edilecektir.

²⁸² Antalya, C. 1, s. 85.

²⁸³ TMK m. 364/II hükmünde kardeşlerin nafaka yükümlülüklerinin, kendilerinin refah içinde bulunmaları halinde söz konusu olduğu belirtilmiştir.

2) Eksik Borç Olup Olmadığı Sorunu

TBK m. 78/II hükmünde ahlâkî ödevlerin yerine getirilmiş olmasından kaynaklanan zenginleşmelerin geri istenemeyeceği öngörülmüştür. TBK m. 285/III hükmünde ise ahlâkî bir ödevin yerine getirilmesinin bağışlama niteliğinde de olmayacağı belirtilmiştir. Kanunda yer alan bu düzenlemeler, ahlâkî yükümlülüklerin eksik borç niteliği taşıyıp taşımadığı sorusunun ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Zira, ahlâkî yükümlülükler yerine getirildiği takdirde bağışlama sayılmamakta ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre de geri istenememektedir. Dolayısıyla ortada ifa edildiği takdirde geçerli olan, bağışlama teşkil etmeyen ve dava edilemeyen bir yükümlülük vardır. Ahlâkî yükümlülüklerin bu yönüyle eksik borçlara benzemesi, bunların da birer eksik borç teşkil edip etmediği hususunda tartışmalara yol açmıştır.

Bir görüşe göre²⁸⁴ ahlâkî yükümlülüklerin ifası eksik borç ifası anlamına gelmez. Öncelikle ortada hukukî anlamda bir borç bulunmamaktadır. Halbuki eksik borçlarda ortada hukukî anlamda bir borç vardır. Her ne kadar borcu dava ve cebri icra yoluyla elde etme imkânı bulunmasa da, taraflar arasındaki hukukî işlemten doğan borç varlığını sürdürmektedir ve ifası mümkündür. Oysa ahlâkî ödevlerin yerine getirilmesinde kişi tamamen kendi isteğiyle herhangi bir şekilde hukuken borçlu olmadığı bir kimseye yardımda bulunmaktadır. Bu işlemin temelinde bir sözleşme bulunmadığı gibi, yapılan ifanın bağışlama niteliği taşımadığı da kanunda açıkça hükme bağlanmıştır. Ayrıca bu durumlarda kişi hukuken borçlu olduğu sâikiyle de hareket etmemektedir. Ahlâkî yükümlülüğünü ifa eden kişi, kendini sadece ahlâken borçlu kabul ederek bir kazandırmada bulunmaktadır. Dolayısıyla bu yükümlülüklerin ifasını bir eksik borç olarak değerlendirmek isabetli değildir. Bu durumda olsa olsa kanun koyucunun, kendisine yardımda bulunulan kişiyi koruma amaçlı öngördüğü bir iktisap hali söz konusu olabilir²⁸⁵.

²⁸⁴ Hatemi/Gökyayla, s. 21-22; Kocayusufpaşaoğlu, s. 57 ve orada dn. 50’de zikredilen yazarlar; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 28. Karş. Tandoğan, **Borçlar I**, s. 347.

²⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 57. Ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 379: “Burada kanun koyucu, ahlâkî bir ödevin ifası olarak yapılan kazandırmaların ortada bir borç bulunmamasına rağmen, bir kere yerine getirildikten sonra iadeye konu olmalarını uygun görmemiştir.”.

Başka bir görüş²⁸⁶ ise ahlâkî yükümlülüklerin ifasını eksik bir borcun ifası olarak değerlendirmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, kanun koyucu ahlâkî görevlerin ifasını da bir borcun ifası olarak değerlendirmiştir²⁸⁷. Ortada bir borç vardır ve kişi bu borcu ifa etme amacı gütmektedir. Başka bir ifadeyle, kişi kendini borçlu görerek ifada bulunmaktadır. Fakat bu borçlar dava ve icra ile elde edilme kabiliyetinden mahrum bırakılmıştır. Bu bağlamda kişinin borcun niteliği hakkında doğru bir tasavvur sahibi olması da aranmamaktadır. Bu sebeple kişi hataen hukukî bir borcu ifa ettiğini düşünerek ahlâkî bir ödevi yerine getirmişse de bunu geri istemeyecektir²⁸⁸. Hakimin de bu hususu re'sen göz önünde bulundurması gerekir. İfası geçerli olan, bağışlama teşkil etmeyen ve dava da edilemeyen bu borçları eksik borç olarak değerlendirmek gerekir; zira bu özellikler tam anlamıyla eksik borçların özellikleridir.

Kanaatimizce ahlâkî yükümlülüklerin eksik borç niteliği taşımadığı görüşü daha isabetlidir. Zira bir şahsın başka bir şahsa ahlâkî bir vazifeyi yerine getirmek amacıyla yardım etmesi halinde ortada hukukî anlamda bir borç yoktur. Hukukî anlamda bir borcun bulunmadığı durumlarda eksik borçtan söz edilemez. Ahlâkî ödevini yerine getiren kişi tamamen ahlâkî ve vicdanî sebeplerden ötürü bir başkasına kazandırmada bulunmaktadır. Örneğin bir kişiyi maddi olarak zor durumda olan ve TMK m. 364/I kapsamı dışında bulunan bir akrabasına yardım etmek zorunda bırakan herhangi bir hukukî yükümlülük bulunmamaktadır. Salt ahlâkî temele dayanan bir davranışın hukukî açıdan bir yükümlülük teşkil etmesi, bundan bir borç doğması kabul edilemez bir sonuçtur. Temelinde hukuken borç bulunmayan bir işlemde eksik borç doğması mümkün olmadığından, ahlâkî yükümlülüklerin ifası da eksik bir borcun ifası niteliği taşımayacaktır.

²⁸⁶ Akıncı, **Borçlar**, s. 37; Antalya, **C. 1**, s. 83; Cansel/Özel, s. 91; Çağlayan Aksoy, s. 135; Develioğlu, **Takas**, s. 154 dn. 632; Eren, **Borçlar Genel**, s. 95-96; İnan/Yücel, s. 97; Kaplan, s. 51; Kocaağa, s. 101; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 27; Reisoğlu Safa, **Borçlar**, s. 37; Reisoğlu Seza, **Sebepsiz İktisap**, s. 131; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 58-59; Sungurbey, **Borç Vaadi**, s. 197; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 56; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 45; von Tuhr, s. 35; Yıldırım Abdülkerim, **Borçlar**, s. 34.

²⁸⁷ Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 59.

²⁸⁸ Eren, **Borçlar Genel**, s. 1012; von Tuhr, s. 35.

Son olarak belirtelim ki, doktrinde savunulan bir görüşe²⁸⁹ göre ahlâkî yükümlülüğün bir “borç” olarak ifasının taahhüt edilmesi halinde tam bir borç meydana gelir. Bunun için TBK m. 288/I’deki (eBK m. 238) yazılı şekil şartının yerine getirilmesine de gerek yoktur; sözlü bir taahhüt bile yeterli olacaktır.

Buna karşılık başka bir görüşe²⁹⁰ göre, ahlâkî yükümlülüğün bağlayıcı olması ve bir tam borç niteliği kazanması için TBK m. 288/I hükmü uyarınca yazılı şekilde yapılması gerekir. Bu şekle uyulmadığı sürece, sözlü olarak taahhüt edilse bile ahlâkî yükümlülük, ahlâkî yükümlülük olarak kalmaya devam edecektir. Kanaatimizce bu ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir.

B) Hukuka veya Ahlâka Aykırı Bir Sonucun Gerçekleşmesi Amacıyla Yerine Getirilen Edimlerin İadesi Borcu

1) Genel Olarak

TBK m. 81 hükmünde, hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin geri istenemeyeceği öngörülmüştür. Hükmün devamında ise, açılan davada hakimin bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebileceği belirtilmiştir. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’nun m. 65 hükmünde sadece “*Haksız yahut ahlâka (adaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur*” şeklinde bir düzenleme yer almaktaydı. Dolayısıyla hakime söz konusu şeyin Devlete mal edilmesine karar verme yetkisi tanınmamıştı. Bunun sonucu olarak da, hukuka veya ahlâka aykırı bir amacın gerçekleşmesi amacıyla kendisine kazandırmada bulunan kişi, elde ettiği edimi muhafaza etme hakkına sahipti. Ancak zenginleşen kişinin davranışının da hukuka veya ahlâka aykırı olduğu hallerde bu sonuç kabul edilemez bir nitelik taşımaktaydı; zira iki tarafın da hukuka veya ahlâka aykırı amaç güttüğü bir işlemde ifada bulunan kişi bir nevi cezalandırılırken, bu durum

²⁸⁹ Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, **Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyetini Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 195-196 ve orada dn. 288’de zikredilen yazarlar; Kemal Fikret Arık, “Hibe Vaadi, Bağışlayanın Ölümü, Sukut, Ahlâkî Vazifinin İfası, Dâva İle İcbar İmkânının Yokluğu”, **AÜSBFD**, S. 4, 1949, s. 483; Tongsir, s. 931; von Tuhr, s. 35.

²⁹⁰ Eren, **Borçlar Genel**, s. 95-96. Ayrıca bkz. Mustafa Alper Gümüş, “Bağışlama Sözleşmesi, TBK m. 285-298”, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, (editörler: Rona Serozan/Turgut Öz/Faruk Acar/Emre Gökyayla/Hüseyin Murat Develioğlu), C. 2, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s. 1514.

zenginleşen kişinin ödüllendirilmesi sonucunu doğurmaktaydı. TBK m. 81 hükmüyle getirilen yeni düzenleme bu tür kabul edilemez sonuçların ortaya çıkmasına engel olmuştur.

TBK m. 81 hükmüyle getirilen yeni düzenlemenin lâfzından hareket edildiği takdirde, hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla yerine getirilen edimi Devlete mal etme konusunda hakime bir takdir yetkisi tanındığı sonucuna varılacaktır. Fakat doktrindeki bir görüşe²⁹¹ göre, hakimin burada bir takdir yetkisi mevcut değildir. Bu görüşe göre, kanun koyucunun bu hükmü eklemesi onun bu şeyin Devlete mal edilmesini amaçladığını göstermektedir. Bu durumda ancak açıkça hakkaniyet gerektiriyorsa hakim edimin zenginleşen kişide kalmasına hükmedebilir. Hakkaniyetin bunu açıkça gerektirmediği durumlarda hakim sözleşme konusu edimin Devlete mal edilmesine karar vermek zorundadır²⁹².

TBK m. 81 hükmünün temelinde yatan iki ilke olduğu ifade edilmektedir: Bunlardan bir tanesi *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ilkesidir. Bu ilkeye göre, hiç kimse kendi ahlâka aykırı davranışı sonucu başkasına karşı bir hak kazanamaz. Dolayısıyla hukuka veya ahlâka aykırı bir amaca ulaşmak için karşı tarafa ifada bulunan tarafın yerine getirdiği edimlerin iadesini talep edememesi gerekir²⁹³. Bir diğeri ise *in pari turpitudine causa melior est causa possidentis* ilkesidir. Bu ilkeye göre de iki taraf da haksız ise zilyet olan üstün tutulacaktır²⁹⁴.

Doktrindeki hâkim görüş²⁹⁵ TBK m. 81 hükmünün hukuka veya ahlâka aykırı kazandırmayı yapan kişiyi cezalandırmak için ihdas edildiğini kabul etmektedir. Bir

²⁹¹ Oğuzman/Öz, C. 2, s. 373.

²⁹² Aksi yönde bkz. Kılıçoğlu, Genel, s. 650.

²⁹³ Çağlayan Aksoy, s. 137: Yazar sadece ifada bulunan tarafın değil, karşı tarafın da hukuka veya ahlâka aykırı amaçla hareket ettiği durumlarda, bu düşüncenin iadenin neden talep edilemeyeceği hususunu açıklamada yetersiz kaldığını belirtmektedir.

²⁹⁴ Oğuzman/Öz, C. 2, s. 372 dn. 214; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 630; Turgut M. Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1990, s. 112 vd. (Sebepsiz Zenginleşme). Hükmün tarihsel sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi, s. 59 vd.

²⁹⁵ Çağlayan Aksoy, s. 136; Hatemi, s. 613; Öz, m. 65, s. 108 ve orada dn. 11’de zikredilen yazarlar; Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 628; von Tuhr, s. 430.

başka görüş²⁹⁶ ise söz konusu hükmün mahkemelerin bu tür işlerle uğraşmasının önüne geçmek için getirildiğini savunmaktadır.

Bu konuda öğretideki bir diğer tartışma da TBK m. 81 hükmünün uygulama alanına ilişkindir. Bir görüşe göre TBK m. 81 hükmü, hukuka veya ahlâka aykırılığın söz konusu olduğu bütün durumlarda uygulama alanı bulur. Bir başka deyişle, TBK m. 27 hükmüne göre bir sözleşmenin emredici kanun hükümlerine veya ahlâka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz sayıldığı bütün durumlarda yerine getirilmiş edimlerin iadesi talep edilemeyecektir²⁹⁷. İsviçre Federal Mahkemesi de eski tarihli kararlarında bu görüşü kabul etmekteydi²⁹⁸.

TBK m. 81 hükmünün uygulama alanının bu derece geniş tutulması eleştirilere uğramış ve hükmün amaca uygun bir sınırlamaya tâbi tutulması gerektiği savunulmuştur. Bu görüşe²⁹⁹ göre, TBK m. 81 hükmü bir sözleşmenin hukuka veya ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz sayıldığı bütün durumlarda uygulama alanı bulmaz. TBK m. 81 hükmünde öngörülen iade engeli sadece hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucu ödüllendirmek veya teşvik etmek amacıyla yerine getirilmiş edimler bakımından

²⁹⁶ Arsebük, s. 617 vd.

²⁹⁷ Hatemi, s. 543 vd. Karş. Kılıçoğlu, **Genel**, s. 649. Öz'e göre, hükmün uygulama alanı genellikle m. 27 bakımından geçersiz olan sözleşmeler olmasına rağmen, bu her zaman için böyle olmayabilir. Yazar TBK m. 27 ile m. 81 arasındaki ilişkiyi şu şekilde izah etmektedir: TBK m. 27 kapsamında bir geçersizlik söz konusu olmamasına rağmen TBK m. 81 hükmünün uygulanabileceği olayların da olması mümkündür. Zira m. 81 hükmünde, kazandırmada bulunan kişinin sâikinde hukuka ve ahlâka aykırılık aranmaktadır. Halbuki m. 27 hükmündeki hukuka veya ahlâka aykırılık sözleşmenin konusunda ve ortak amaçta aranmaktadır. Bazı durumlarda sözleşme m. 27 çerçevesinde geçersiz olabilir; fakat sözleşmeyi yapan kişinin sâiki hukuka veya ahlâka aykırı olmayabilir. Bu durumda m. 81 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır. Örneğin devlet dairesinde işinin görülmesi için rüşvet veren kişinin durumu böyledir. Bu kişinin vereceği rüşvet m. 27 kapsamında geçersiz olacaktır. Fakat ulaşmak istediği amaç zaten hakkı olan bir işinin görülmesi olduğu için m. 81 hükmü uygulanamayacaktır. Dolayısıyla kişi verdiği rüşveti geri isteyebilecektir. Buna karşılık bazen de sözleşmeyi yapan kişinin sâiki hukuka veya ahlâka aykırı olabilirken sözleşme geçersiz olmayabilir. Bu durumda da m. 81 hükmü uygulama alanı bulacaktır; fakat ortada m. 27 çerçevesinde geçersiz olan bir sözleşme bulunmayacaktır. Sonuç olarak TBK m. 27 ve m. 81 hükümlerinin uygulama alanları “kesişen iki daire” gibidir, yani her iki hükmün birlikte uygulandığı durumlar olduğu gibi, söz konusu hükümlerin bir arada uygulanmadığı haller de söz konusu olabilir. Bkz. Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 373-374; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 114; Öz, **m. 65**, s. 117 vd. Karş. ayrıca Çağlayan Aksoy, s. 151-152.

²⁹⁸ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 630 N. 1980'de zikredilen kararlar.

²⁹⁹ Eren, s. 1013-1014; Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 375 dn. 223'te zikredilen yazarlar; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016, s. 340 (İfa Engelleri); Rona Serozan, “Sebepsiz Zenginleşme, TBK m. 77-82”, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, (editörler: Rona Serozan/Turgut Öz/Faruk Acar/Emre Gökyayla/Hüseyin Murat Develioğlu), **C. 1**, 3. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019, s. 1257 (Şerh); Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 630 N. 1979; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 628. Karş. Öz, **m. 65**, s. 113-114

(Gaunerlohn) uygulama alanı bulur. İsviçre Federal Mahkemesi de 2008 tarihinde verdiği bir kararda bu görüşü kabul etmiştir³⁰⁰. Yargıtay'ın söz konusu hükmün uygulama alanını daha da sınırlandıran ve rüşvet olarak yerine getirilmiş edimlerin iadesine dahi hükmettiği kararları mevcuttur³⁰¹.

TBK m. 81 hükmünün uygulanabilmesi için sübjektif ve objektif iki koşulun varlığı gerekir. Sübjektif koşul, kişinin hukuka veya ahlâka aykırı bir amaca ulaşma sâikiyle hareket etmesidir. Dolayısıyla işlemi yapan kişi hukuka veya ahlâka aykırı bir amaç gütmüyorsa TBK m. 81 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır³⁰². Objektif koşul ise yapılan kazandırmanın hukuka veya ahlâka aykırı olmasını ifade eder³⁰³. Her ne kadar bir işlemde hukuka aykırılığın tespiti çok zor olmasa da, ahlâka aykırılığın tespiti çoğu zaman zordur. Hukuka aykırılıktan objektif nitelikteki bir hukuk kuralının ihlal edilmesi anlaşılır³⁰⁴. Fakat ahlâk kavramından ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Dolayısıyla hangi tür işlemlerin ahlâka aykırı olduğunun tespiti güçtür. Ahlâk kavramından ne anlaşılması gerektiğiyle ilgili doktrinde bazı görüşler ortaya atılmıştır³⁰⁵. Hâkim görüşe göre, toplum içinde makul ve dürüst kişilerin ahlâk anlayışına ters düşen işlemler ahlâka aykırı kabul edilmelidir³⁰⁶.

³⁰⁰ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 630 N. 1979'da zikredilen Federal Mahkeme kararı.

³⁰¹ Bkz. Serozan, *Şerh*, s. 1258 dn. 3.

³⁰² von Tuhr, s. 429-430.

³⁰³ Eren, **Borçlar Genel**, s. 1014; Çağlayan Aksoy, s. 140-141; Hatemi, s. 585 vd.; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 628. Ayrıca bkz. Yarg. 2. HD, T. 6.2.1996, E. 1995/12730, K. 1996/1228: "Kanunu yorumlarken tüm hükümlerini birden dikkate almak, yalın sözcüklerin arkasındaki amacı da gözetmek gerekir. Borçlar hukukumuzun genel prensibi ahde vefa ve akitlerden birinin edimi karşı taraf için sebepsiz iktisap niteliğinde kalırsa onun iade edilmesi yönündedir (BK m. 61-66). Borçlar Kanunu'nun 65. maddesi bu kuralın önemli bir istisnasıdır. Bu kuralla hukuka ve ahlâka aykırı sözleşme yapılması önlenmiş, aynı derecede kınanacak durumda olanlardan veren değil alan korunmuştur. Bu hükmü, kanunların imkân tanıdığı sözleşmelerin yerine getirilmesinden kaçınma aracı olarak yorumlamak amacını aşar. Kanunun bu hükmünün uygulanabilmesi için öngörülen unsurlar: a) Haksız (hukuka) veya ahlâka aykırı bir sonuç, b) Haksız (hukuka) veya ahlâka aykırı bir sonuç elde etme kastı, c) Tasarruf işleminin yapılmış olması, yani verme işlemi olarak belirlenmiştir..." (Kazancı).

³⁰⁴ Çağlayan Aksoy, s. 149; Kocayusufpaşaoğlu, s. 534.

³⁰⁵ Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 552 vd.

³⁰⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 552.

2) İade Borcunun Eksik Borç Olup Olmadığı Sorunu

TBK m. 81 hükmünde öngörülen iade yasağının niteliği tartışmalıdır. Doktrin-deki bir görüşe göre³⁰⁷ bu hüküm sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talebini ortadan kaldırmaktadır. Bir başka görüşe göre ise³⁰⁸ bu durumda dava hakkının ortadan kalkması söz konusudur.

İki görüş arasındaki fark zenginleşen kişinin zenginleşmeyi iade etmesi ihtimalinde ortaya çıkar. İlk görüş kabul edildiği takdirde zenginleşen kişinin zenginleşme konusu edimi iadesinin temelinde geçerli bir hukukî sebep bulunmayacaktır. Zira karşı tarafın iadeye ilişkin talep hakkı bulunmamaktadır. Hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun elde edilmesi için bir edimi yerine getiren kişinin bu edimin iadesine ilişkin bir talep hakkı bulunmadığı için de, onun iadeyi dava etmesi halinde hakim bu durumu re'sen göz önünde bulunduracak ve talebi reddedecektir. Eğer zenginleşen kişi bu edimi iade etmiş ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade ettiği edimi geri isteyebilecektir. Fakat ikinci görüşün kabulü halinde zenginleşen kişinin edimi iadesi bir eksik borcun ifası anlamına gelecektir. Zira sadece dava hakkı ortadan kalkmıştır. Hakim de bu durumu kendiliğinden göz önünde bulunduramayacaktır. Edimi iade eden kişi tıpkı zamanaşımına uğramış bir borcunu ifa eden kişi gibi bir eksik borcunu ifa etmiş olacaktır. Borç eksik de olsa varlığını sürdürdüğünden dolayı yapılan iade geçerlidir ve sebepsiz değildir³⁰⁹. Dolayısıyla zenginleşen kişi iade ettiği bu edimi sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak geri isteyemeyecektir. Doktrinde bazı yazarlar³¹⁰ dava hakkının ortadan kalkmasının bu borcun bir eksik borç olarak kabulü için yeterli olmadığını savunmaktadır. Bu yazarlara göre bir borcun eksik borç olarak kabul edilebilmesi için bunun kanuni bir dayanağı olması gerekir. TBK m. 81 kuralı ise eksik bir borcun kabulü için yeterli bir dayanak teşkil etmemektedir.

³⁰⁷ Yves Rüedi, **Die Entstehung aus ungerechtfertigter Bereicherung, Art. 62-67, Ausschluss der Rückforderung, Art. 66 OR**. Band VI, 1. Abteilung, 3. Teilband, 2. Unterteilband, Bern, 2011, N. 467'de zikredilen yazarlar (Çağlayan Aksoy, s. 140 dn. 25'ten naklen); Hatemi, s. 603 ve s. 604 dn. 10'da zikredilen yazarlar.

³⁰⁸ Hatemi, s. 599 dn. 3'te zikredilen yazarlar; Kenan Tunçomağ, "1962 Yılında Yayınlanmış Borçlar Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları Üzerinde Kısa İncelemeler", **BATİDER**, C. 2, S. 3, 1964, s. 423; Öz, **m. 65**, s. 115-116; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 119; Reisoğlu Safa, **Borçlar**, s. 270.

³⁰⁹ Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 377-378; Reisoğlu Safa, **Borçlar**, s. 270.

³¹⁰ Hatemi, s. 599.

Kanaatimizce bu tür durumlarda bir eksik borcun mevcudiyetinin kabulü son derece güç gözükmemektedir. Zira yukarıda da sıkça ifade ettiğimiz üzere, eksik borcun söz konusu olabilmesi için hukuken geçerli bir borcun mevcut olması gerekir. Oysa TBK m. 81 hükmünde hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun elde edilmesi için yerine getirilmiş edimlerin iadesinin talep edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Başka bir deyişle, hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun elde edilmesi amacıyla bir edimi elde eden kişinin iade borcu, böyle bir edimi yerine getiren tarafın da iade alacağı söz konusu değildir. Dolayısıyla eksik de olsa hukuken bir borçtan söz edilemez. Nihayet belirtelim ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 81. maddesine eklenen yeni hüküm karşısında, eksik borç görüşünün savunulması daha da güçleşmektedir. Gerçekten de, TBK m. 81 hükmünün ikinci cümlesinde, açılan davada hakim bu şeyin devlete mal edilmesine karar verebileceği ifade edilmiştir. Eğer bu hüküm uyarınca hakim yerine getirilmiş edimin devlete mal edilmesine karar verirse, eksik bir borcun mevcudiyetinden söz edilemeyecektir.

C) Şekle Aykırılık

1) Genel Olarak

Türk özel hukukunda şekil özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Bu husus TBK m. 12/I hükmünde “*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir*” şeklinde ifade edilmektedir³¹¹. Şekil özgürlüğü, tarafların herhangi bir şekli kalıba bağlı kalmadan, istediği şekilde sözleşme yapabileceklerini ifade eder³¹². Fakat TBK m. 12/I hükmünde yer alan “*aksi öngörülmedikçe*” ifadesinden de anlaşılabacağı üzere taraflara tanınmış olan bu özgürlük sınırsız değildir. Gerçekten de, kanun koyucu hem sözleşmenin taraflarını hem de üçüncü şahısları veya kamu menfaa-
tini korumak amacıyla bu özgürlüğe birtakım sınırlar getirebilir³¹³. Nitekim bazı ka-

³¹¹ Ayrıca bkz. Yarg. 10. HD, T. 14.4.2016, E. 2014/28117, K. 2016/5750: “Türk Borçlar Hukukunda sözleşmelerde şekil serbestisi geçerlidir. Yasada özel olarak bir şekle bağlanmayan sözleşmeler taraflar istedikleri şekilde yapabilirler.”. Aynı yönde başka kararlar için bkz. 11. HD, T. 3.11.2014, E. 2014/6567, K. 2014/16638; 8. HD, T. 14.10.2014, E. 2014/6935, K. 2014/18281; 10. HD, T. 26.5.2014, E. 2013/18757, K. 2014/12683; 10. HD, T. 26.5.2014, E. 2014/11151, K. 2015/4153; 10. HD, T. 25.11.2013, E. 2013/3807, K. 2013/22156 (Bu kararlar için bkz. Kazancı).

³¹² Arif Barış Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 28 (Şekil); Hüseyin Altaş, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998, s. 47.

³¹³ Altaş, s. 49.

nun hükümlerinde bazı sözleşmelerin belirli şekillerde yapılması öngörülmüştür. Taraflara belirli bir şekle uyma zorunluluğu getiren bu istisnai hükümlerin dar bir yoruma tâbi tutulması gerektiği kabul edilmektedir³¹⁴. TBK m. 12/I hükmünün lâfzından da anlaşılacağı üzere, şekle tâbi olan işlemlerin kanunda açıkça belirtilmiş olması gerekir. Dolayısıyla kanunda açıkça şekil şartı öngörülmemiş olan bir sözleşmeyi taraflar diledikleri şekilde yapabilirler. Bu bağlamda tüzük ve yönetmelikler vasıtasıyla veya örf ve adet hukukundan hareketle şekil şartı öngörülemeyeceği kabul edilmektedir³¹⁵.

Kanunda şekil şartı öngörülmüş olan sözleşmelerin şekle aykırı biçimde yapılması halinde bunun yaptırımının ne olacağı sorunu ortaya çıkacaktır³¹⁶. Alman hukukunda şekle aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğu açıkça BGB §125 hükmünde öngörülmüştür³¹⁷. Fakat Türk-İsviçre hukukunda kanundaki ifadeler çok açık olmadığı için konu tartışmalıdır. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun m. 11/II hükmünde *“kanunun emrettiği şeklin şümül ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz”* ifadesi yer almaktaydı. Şekle aykırılık durumunda sözleşmenin geçerli olmayacağını öngören bu hüküm, geçersizliğin türüne ilişkin bir nitelendirme ihtiva etmemekteydi. Keza 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda da bu hususun açıklığa kavuşturulduğu söylene-
mez. Zira TBK m. 12/II hükmünde, öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı belirtilmiştir. Yeni kanunda da geçersizliğin türüne ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı için şekle aykırılığın yaptırımının ne olacağı hususu Türk-İsviçre hukukunda bugün dahi henüz sonuçlanmamış büyük tartışmalara yol açmıştır³¹⁸.

³¹⁴ Özbilen, **Şekil**, s. 31 ve orada dn. 96'da zikredilen yazarlar.

³¹⁵ Özbilen, **Şekil**, s. 31-32.

³¹⁶ Özbilen, **Şekil**, s. 176-177.

³¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 309.

³¹⁸ Bu tartışmalar ve ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Altaş, s. 93 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 326 vd.; Gülden Mehmed Altın, **Türk Medeni Hukuku ve Tüketici Hukuku Çerçevesinde Taşınmaz Satışında Şekle Aykırılığın Sonuçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 70 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 309 vd.; Özbilen, **Şekil**, s. 177 vd.

Yargıtay³¹⁹ ve İsviçre Federal Mahkemesi³²⁰ tarafından da kabul edilen görüşe göre, şekle aykırılık halinde kesin hükümsüzlük söz konusu olur³²¹. Bu görüşe göre sözleşme ölü doğmuş sayılacak ve tarafların icazetiyle de geçerli hale gelmesi mümkün olmayacaktır. Şekle aykırılığı sadece taraflar değil, menfaati zarar gören üçüncü şahıslar da ileri sürebilecektir. Hakim de şekle aykırılığı re'sen göz önünde bulundurmak zorundadır.

Doktrinde bu görüşün dışında ayrıca şekle aykırılığın yaptırımını yokluk, kendine özgü geçersizlik, iptal edilebilirlik, eksik borç veya fiili sözleşme ilişkileri ile açıklamaya çalışan yazarlar da mevcuttur. Bu görüşlerin tamamının açıklanması ve değerlendirilmesi bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Bu görüşlerden sadece eksik borç görüşü çalışmamızın konusuyla doğrudan ilgili olduğu için aşağıda sadece bu görüş üzerinde durulacaktır.

2) Şekle Aykırı Sözleşmelerden Eksik Borç Doğduğu Görüşü

Fazla taraftar bulmayan bir görüşe göre, kanunda öngörölmüş olan şekle aykırı biçimde akdedilen sözleşmelerden eksik borç doğar. Avusturya Medeni Kanunu'nun m. 1432 hükmünde de şekle aykırı sözleşmelerden eksik borç doğacağı ve bu sebeple ifasının geri istenemeyeceği öngörölmüştür³²².

³¹⁹ Bkz. Yarg. İBGK, T. 12.4.1944, E. 1943/14, K. 1944/13: "...kanunun akdin sıhhatini şekle tâbi kıldığı hallerde kanunun gösterdiği şekilde yapılmayan akitler batıl olup, bir hüküm ifade etmeyeceğinden..."; İBGK, T. 30.9.1988, E. 1987/2, K. 1988/2: "Bu geçersizliğin hukukî mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen "butlan" görüşüne karşı son yıllarda "kendine özgü geçersizlik görüşü" de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça def'i olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hakim tarafından re'sen gözetilemeyeceği...) ileri sürölmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörölen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hakim şekil noksanlığını (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re'sen göz önüne almak zorundadır." (Kazancı).

³²⁰ ATF 92 II 324; ATF 86 II 398; ATF 112 II 330; ATF 87 II 28; ATF 106 II 146; ATF 104 II 99 (Özbilen, **Şekil**, s. 178 dn. 562'den naklen).

³²¹ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. A. Lâle Sirmen, **Eşya Hukuku**, 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 349 (Eşya Hukuku); Antalya, C. 1, s. 559; Aybay, s. 61; Cansel/Özel, s. 200; İnan/Yücel, s. 223; Kocayusufpaşaoğlu, s. 313; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 162; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 366; Özbilen, **Şekil**, s. 198; von Tuhr, s. 232; Yıldırım Abdülkerim, **Borçlar**, s. 86.

³²² Altaş, s. 118.

İsviçre’de de savunulan bu görüşe göre³²³, şekle aykırı akdedilmiş sözleşmelerden de bir eksik borcun doğacağına kabulü gerekir. Bu görüş taraftarlarına göre, şekle aykırılığın hukukî sonuçlarına ilişkin olarak doktrinde savunulan diğer görüşler de aslında farkında olmayarak da olsa eksik borcun mevcudiyetini kabul etmektedir. Zira, diğer görüşlere göre de, şekle aykırı sözleşmelerden doğan edimlerin ifası dava edilemez, ancak ifa gerçekleşmiş ise artık bunun iadesi talep edilemez. Bu hukukî sonuçlar eksik borçlar bakımından da söz konusu olan hukukî sonuçlardır³²⁴.

Aslında bu görüşe göre de, şekle aykırı yapılan işlem hukuken geçersizdir; ancak buradaki geçersizliği TBK m. 27 anlamında kesin hükümsüzlük ile bir tutmamak gerekir. Çünkü şekle aykırılık durumunda, işlem maddi açıdan herhangi bir eksiklik ihtiva etmemektedir; sadece öngörülen şekil kuralına uyulmadan yapılmıştır. Başka bir deyişle, şekle aykırılık durumunda geçersizliğin kaynağı sözleşmenin maddi olguları değil, buna ek olarak uyulması gereken şekil kurallarıdır. Bu nedenle şekle aykırı bir işlem, kesin hükümsüz bir hukukî işlem gibi değerlendirilemez. Bu tür bir sözleşmeden doğan bir borcun ifası halinde bunun eksik bir borcun ifası olarak değerlendirilmesi ve ifa edilen edimin geri istenememesi gerekir³²⁵.

Eksik borç görüşüne göre, şekle aykırı sözleşmeden doğan edimlerin aynen ifası dava edilemez. Bu görüşü savunan yazarlara göre, hileli davranışlarıyla şekle aykırılığa sebep olan tarafın ifadan kaçınması hakkın kötüye kullanılması da sayılamaz. Zira, TMK m. 2’den hareketle bir ifa talebi üretilmez. Bu tür hileli davranışların *culpa in contrahendo* çerçevesinde sorumluluğu çerçevesinde dikkate alınması gerekir³²⁶.

Bu görüşe göre, ihlal edilen şekil hükmü kamu menfaatini veya üçüncü şahısların menfaatini değil de, sadece tarafların menfaatini korumayı amaçlıyorsa, tarafların şekle aykırı sözleşmeden doğan edimlerini ifa etmeleri halinde sözleşmenin geçerli hale geldiğini kabul etmek gerekir. Bu durumda ifa edilen edimin iadesi istenemeye-

³²³ İsviçre’de Schmidlin tarafından savunulan bu görüş hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Altaş, s. 118 vd.

³²⁴ Altaş, s. 119 dn. 199.

³²⁵ Altaş, s. 120.

³²⁶ Bruno Schmidlin/Ernst August Kramer, **Berner Kommentar Band 6/1, Allgemeine Einleitung ins Obligationenrecht (Art. 1-18 OR)**, Bern: Stämpfli Verlag, 1986, Art. 11 N. 124-125 (Altaş, s. 122’den naklen).

cektir. Zira şekil eksikliği nedeniyle geçersiz bir sözleşme isteğe bağlı olarak ifa edilmiş ise, sözleşme geçerli hale gelmiştir ve artık ifanın geçerli bir hukukî sebebi vardır. Geçerli bir hukukî sebebe dayanan ifa da geri istenemeyecektir. Fakat sözleşmenin edimlerin ifasıyla geçerli hale gelmesi için ifanın iradî olması gerekir. Buna göre, taraflar edimlerini ifa ederken şekle aykırılığı bilerek ifa etmiş olmalıdırlar. Şekle aykırı bir sözleşme ancak bu durumda geçerli hale gelebilir. Şu halde iadenin talep edilememesi ise ancak eksik borç görüşünün kabulü halinde mümkün olur. Zira taraflar şekle aykırılığı bilmelerine rağmen edimlerini ifa etmişlerdir. Bunun geri istenememesi için şekle aykırı sözleşmeden bir eksik borç doğduğunu kabul etmek gerekecektir. Eğer taraflar şekle aykırılığı bilmeden ifada bulunmuşlarsa sözleşme geçerli hale gelmez. Dolayısıyla taraflar edimlerin iadesini talep edebileceklerdir. Bununla birlikte, eğer şekle aykırı olan sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ise edimini önce ifa eden taraf bununla bağlı olacaktır. Eksik borcunu ifa ettiği kabul edileceğinden dolayı, diğer tarafın edimini kendi isteğiyle ifa etmesini beklemek dışında bir çaresi bulunmayacaktır. Bir başka deyişle, kendi edimini ifa eden tarafın karşı edim için cebrî icra veya dava yoluna gitme imkânı olmayacaktır³²⁷.

3) Eksik Borç Görüşüne Yöneltilen Eleştiriler

Şekle aykırı sözleşmelerden eksik borç doğduğu görüşü doktrinde birçok yönden eleştirilmektedir.

Bu eleştirilerde ilk olarak, eksik borç kavramının tartışmalı bir kavram olduğuna işaret edilmektedir. Kanunda eksik borcun ne olduğuna dair bir düzenlemenin yer almadığı, doktrinde de bu kavramın tanımına ilişkin bir görüş birliği bulunmadığı, dolayısıyla kanunda açıkça eksik borç olarak düzenlenmeyen bir durumu eksik borç müeyyidelerine bağlamanın isabetli olmayacağı ifade edilmiştir³²⁸.

Bu görüşe yöneltilen bir diğer eleştiri ise tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimini önce ifa eden tarafı koruyamamasıdır. Gerçekten de, eksik borç görüşünün kabulü halinde, sinallagmatik bir sözleşme şekle aykırı yapılmışsa, edimini

³²⁷ Altaş, s. 122 vd.

³²⁸ Altaş, s. 125 dn. 243'te zikredilen yazarlar; Özbilen, *Şekil*, s. 195.

önce ifa eden taraf bunu geri isteyemeyecektir. Zira, bu görüşe göre edimini ifa eden taraf bir eksik borcunu ifa etmiş olacaktır. Karşı taraftan edimini kendi rızasıyla ifa etmesini beklemek dışında bir seçeneği de yoktur. Bu yüzden eksik borç görüşünün sadece tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki şekle aykırılığa bir çözüm getirebildiği ifade edilmiştir. Kanunda açıkça eksik borç müeyyidesine bağlanmamış bir işlemde, edimini önce ifa eden tarafı eksik borcunu ifa ettiği gerekçesiyle korumadan mahrum bırakmanın adaletsiz bir sonuç olduğuna işaret edilmektedir³²⁹.

Eksik borç görüşüne göre, tarafların ancak şekle aykırılığı bilerek ifada bulunmasıyla sözleşme geçerli hale gelir. Bu durumda edimler geri istenemez. Fakat eğer şekle aykırılık bilinmeden ifada bulunulmuşsa bunun geri istenmesi mümkündür. Eksik borç görüşü haklı olarak bu yönüyle de eleştirilmektedir. Zira eksik borcun söz konusu olduğu durumlarda edimlerin hataen veya bilmeden ifası da korunmaz³³⁰. Örneğin kumar ve bahisten doğan bir borcu bunların niteliğini bilmeden ifa eden kişi bunu geri isteyemeyecektir. Aynı şey zamanaşımına uğramış borçlar bakımından da söz konusudur. Bir kişi borcunu zamanaşımına uğramış olduğunu bilmeden ifa etse bile ifa ettiği edimi geri isteyemez (TBK m. 78/II). Dolayısıyla şekle aykırılığı bilinmeden borcunu ifa eden kişinin bunu geri isteyebileceğini kabul etmek, eksik borçların doğasıyla çelişkili bir durum teşkil edecektir³³¹.

Biz de çalışmamız kapsamında bu eleştirilere katılmakta ve şekle aykırı akdedilmiş sözleşmelerden eksik borç doğduğunu ileri süren görüşün isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

³²⁹ Altaş, s. 125-126 ve orada dn. 249 ve 250’de zikredilen İsviçreli yazarlar.

³³⁰ Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm, I/C/2.

³³¹ Altaş, s. 126 dn. 252’de zikredilen yazarlar. Ayrıca bkz. Mehmed Altın, s. 78.

D) Pactum de Non Petendo

1) Kavram

Pactum de non petendo, alacaklının alacağını dava etmeyeceğine dair bir taahhüt altına girdiği anlaşmadır³³². Bu kavram Roma hukukundaki ibra kurumuna kadar geriye gitmektedir. Roma hukukunda şekle tâbi ibra (*acceptilatio*) ile şekle tâbi olmayan ibra (*pactum de non petendo*) olmak üzere iki farklı ibra söz konusuydu³³³. Bunlardan *acceptilatio* sözlü bir şekilde yapılırken; *pactum de non petendo* herhangi bir şekle tâbi değildi. *Acceptilatio* ile taraflar arasındaki borç ifa edilmiş kabul edilmekteydi. *Pactum de non petendo* ise sadece borcun istenmeyeceğine yönelik bir anlaşmaydı³³⁴. *Pactum de non petendo* sayesinde borçlu, alacaklıya karşı bir def'i hakkına (*exceptio de non petendo/exceptio pacti conventi*) sahip olmaktaydı. Böylece alacaklı bu anlaşmaya rağmen dava yoluna giderse borçlu bu def'iyi ileri sürerek ifadan sürekli olarak kaçınabilmekteydi³³⁵.

Pactum de non petendo ile borç sona ermez. Sadece alacaklı borçluya karşı ifa talebinde bulunmayacağını taahhüt eder. Bu durumda borçlu bir def'i hakkına sahip olur. Taahhüdün süresi bakımından bu anlaşma iki türlü yapılabilir: Eğer anlaşma belirli bir zaman dilimi için yapılıyorsa *pactum de non petendo in tempus*; sürekli etkili olacak şekilde yapılıyorsa *pactum de non petendo in perpetuum* söz konusu olmaktadır³³⁶.

³³² Develioğlu, **Takas**, s. 35; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1407; Irmak Yörük, **Türk Borçlar Hukukunda İbra**, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 54; Kürşat Nuri Turanboy, **İbra Sözleşmesi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998, s. 30; Mustafa Alper Gümüş, **Türk-İsviçre Hukukunda İbra Sözleşmesi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, s. 50 (İbra); Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 580; Özlem Sibel Denizci, **Türk Borçlar Hukukunda İbra**, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 22; Paksoy, s. 7; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 182; Tahiroğlu, s. 102; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 507; von Tuhr, s. 650; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, İstanbul: BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2010, s. 330.

³³³ Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 181; Turanboy, s. 31.

³³⁴ Ahmet Akman, "İslam ve Türk Borçlar Hukukunda İbra", **EÜHFD**, C. 13, S. 2, 2018, s. 15; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 182; Şahin Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku**, Konya: Sayram Yayınları, 7. Baskı, 2017, s. 78 (Roma); Tahiroğlu, s. 102.

³³⁵ Akıncı, **Roma**, s. 78; Akman, s. 15-16; Di Marzo, s. 395-396; Rado, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 182; Tahiroğlu, s. 102; Umur, s. 330.

³³⁶ Gümüş, **İbra**, s. 50; Turanboy, s. 31; Yörük, s. 53-54.

Doktrinde bunlardan ilki günümüzdeki erteleme sözleşmesine benzetilmekten, ikincisi de ibra sözleşmesine benzetilmektedir³³⁷. İlkinde borcun istenmeyeceğine yönelik anlaşma sadece belirli bir süre için geçerli olacaktır. Bu süre boyunca borcun ifası ertelenmektedir. Alacaklı kararlaştırılan sürenin dolmasından sonra borcun ifasını talep edebilecektir. Dolayısıyla erteleme sözleşmesine benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu tür bir anlaşma yapılması durumunda bir eksik borcun söz konusu olup olmadığı tartışması ortaya çıkmayacaktır; zira eksik borçlarda alacağın dava veya icra marifetiyle elde edilebilmesi imkânı -günümüzde artık pek de bir örneği kalmayan geçici eksik borçlar bir tarafa bırakılacak olursa- sürekli olarak ortadan kalkmaktadır. İkincisinde ise dava hakkından daimi feragat söz konusudur³³⁸. Borcun ifası artık talep edilemeyeceği için ibra sözleşmesine benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu noktada alacaklının sürekli olarak alacağını talep edemeyeceği taahhüdünde bulunmasının ibra kavramıyla karşılaştırılması yararlı olacaktır:

Pactum de non petendo birkaç yönden ibra sözleşmesinden ayrılır. İlk olarak belirtelim ki *pactum de non petendo* borçlandırıcı işlem niteliği taşımaktadır. Bu anlaşma ile alacaklı, borçludan alacağını talep etmeyeceğine dair olumsuz bir edim yükümlülüğü altına girer. Oysa ibra bir tasarruf işlemidir. Alacaklı ibra sözleşmesiyle alacağından feragat etmekte, alacağı üzerinde bir tasarrufta bulunmaktadır³³⁹.

Bir başka fark ise borcun sona erip ermeyeceği noktasında ortaya çıkar. İbra ile borç sona erer. Buna karşılık *pactum de non petendo* ile borç ortadan kalkmaz. Borç varlığını devam ettirmekte, fakat bunu dava veya cibrî icra marifetiyle elde etme imkânı ortadan kalkmaktadır. Böyle bir anlaşmanın yapılması halinde alacağa bağlı yan (fer'î) haklar da mevcudiyetini devam ettirmektedir³⁴⁰.

³³⁷ Gümüş, **İbra**, s. 50.

³³⁸ Turanboy, s. 30.

³³⁹ Denizci, s. 23; Hatemi/Gökyayla, s. 314; Mustafa Aksu, "Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra", **YÜD**, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 104; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 578; Şakir Berki, "Borçların Sukutu", **AÜHFD**, C. 12, S. 1-2, 1955, s. 237 (Borçların Sukutu); Turanboy, s. 34. *Pactum de non petendo*'nun da bir tasarruf işlemi olduğunu savunan yazarlar için bkz. Gümüş, **İbra**, s. 52 ve orada dn. 216'da zikredilen yazarlar.

³⁴⁰ Aksu, s. 104; Denizci, s. 23; Gümüş, **İbra**, s. 51; Hatemi/Gökyayla, s. 314; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 581 dn. 2086; Paksoy, s. 7; Turanboy, s. 32; Yörük, s. 54. Karş. Di Marzo, s. 396.

İbra ile alacağı talep etmeme taahhüdünün ayrıldığı bir başka nokta ise hakimin ibrayı re'sen göz önünde bulundurmak zorunda olmasıdır; çünkü borcun sona erdiği hususu bir def'i değil, itiraz sebebidir. Oysa *pactum de non petendo* borçluya bir def'i hakkı sağlar. Borçlu bu def'i hakkını kullanarak borcu ifadan sürekli olarak kaçınabilecektir. Bir itiraz değil, bir def'i söz konusu olduğu için hakimin bu durumu kendiliğinden göz önünde bulundurması söz konusu olamaz. Halbuki ibra sözleşmesi yapılması halinde borç sona erdiği ve bu bir itiraz sebebi olduğu için açılacak davada bu husus hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulacaktır³⁴¹.

Öte yandan *pactum de non petendo*'nun üçüncü kişi lehine yapılması mümkündür. Alacaklı üçüncü bir kişiden olan alacağını talep etmeyeceğine dair bir taahhütte bulunabilir. Fakat ibra sözleşmesinin üçüncü kişi lehine yapılıp yapılamayacağı doktrinde tartışmalıdır³⁴².

Kıymetli evraka ilişkin ibralarda senedin iade edilmemesi halinde bir ibra sözleşmesi değil, *pactum de non petendo* söz konusu olur³⁴³. Fakat bu durum sadece anlaşmanın yapıldığı alacaklıya karşı ileri sürülebilir; kıymetli evrakın zilyetlerine veya bir sonraki hamiline karşı dermeyeran edilemez. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır³⁴⁴.

2) Eksik Borç Doğup Doğmadığı Sorunu

Pactum de non petendo sonrası borcun bir eksik borca dönüşüp dönüşmeyeceği, başka bir ifadeyle, tarafların sözleşmeyle eksik borç kararlaştırıp kararlaştıramayacağı hususu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre³⁴⁵ bu anlaşma sonrasında ortaya eksik borçlarınkine benzer bir sonuç çıkmaktadır. Zira alacak ve buna bağlı yan haklar korunmaktadır. Fakat aynı

³⁴¹ Aksu, s. 104; Denizci, s. 23; Gümüş, **İbra**, s. 51; Hatemi/Gökyayla, s. 314; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 580-581; Paksoy, s. 7; Turanboy, s. 34; Yörük, s. 54.

³⁴² Bu tartışma ve ileri sürülen görüşler için bkz. Turanboy, s. 34-35.

³⁴³ Denizci, s. 23-24; Turanboy, s. 33; von Tuhr, s. 651.

³⁴⁴ Bkz. Yarg. 11. HD, T. 17.6.1974, E. 1974/1916, K. 1974/1983 (Kazancı); 12. HD, T. 11.12.1986, E. 1986/3533, K. 1986/14114 (YKD, C. 13, S. 3, 1987, s. 436).

³⁴⁵ Antalya, **C. 1**, s. 83; Gümüş, **İbra**, s. 51; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 56 ve s. 507; Tongsir, s. 934; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 47; Turanboy, s. 34.

zamanda borçlu alacaklının ifa taleplerine karşı def'i hakkına sahiptir. Borç ortadan kalkmadığı için ifası da geçerli olacak, bağışlama veya sebepsiz zenginleşme teşkil etmeyecektir³⁴⁶. Ayrıca alacak hâlâ alacaklının malvarlığının aktifinde bulunmaktadı; ifası mümkündür, sadece dava ve takip edilmesi mümkün değildir. Bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda ortaya herhangi bir eksik borçtan farklı bir durum çıkmamaktadır. Bu sebeple tarafların *pactum de non petendo* ile bir eksik borç kararlaştırabileceğini söylemek mümkündür. *Pactum de non petendo*'dan doğan eksik borcun diğer eksik borçlardan tek farkı tarafların iradesiyle meydana gelmesidir. Oysa diğer eksik borçlarda dava veya icra yoluyla elde edilme imkânı kanun hükmüyle ortadan kaldırılmıştır.

Başka bir görüşe göre³⁴⁷ ise, *pactum de non petendo* sonrasında alacağın varlığını devam ettirmesi mümkün değildir. Zira dava hakkından feragat edilmiştir ve alacağın sürekli olarak talep edilmeyeceğine dair bir taahhüt altına girilmiştir. Dolayısıyla ortaya çıkan durumun ibradan hiçbir farkı yoktur. Bu durumda borçluya def'i hakkı tanınmaksızın borçtan ibra edildiği kabul edilmelidir. Fakat bu görüşü savunan yazarlar da istisnai durumlarda *pactum de non petendo*'nun ibradan ayrıldığını kabul etmektedirler. Bilhassa alacaklının borcun sona ermemesinde özel bir menfaati varsa *pactum de non petendo* ile alacak hakkı sona erdirilmeden, sadece dava hakkı ortadan kaldırılabilecektir³⁴⁸. Bu tür durumlara örnek olarak alacaklının rehin konusu şeyi muhafaza etmeye devam etmek istemesi, alacağını takasta kullanmak niyetinde olması veya alaktan vazgeçmesine rağmen faiz alacaklarından vazgeçmek istemesi gibi durumlar gösterilmektedir³⁴⁹.

Bazı yazarlar ise sözleşmeyle eksik borç yaratılmasının kesinlikle mümkün olmadığı kanısındadırlar. Bu görüş taraftarlarına göre talep ve dava hakkı kamu dü-

³⁴⁶ Gümüş, **İbra**, s. 51. Eren, **Borçlar Genel**, s. 97: Bu yazar sözleşme ile alacaklının dava ve cebrî icra yoluyla takip imkânının ortadan kaldırılabilmesinin mümkün olduğunu belirtmekte; bu görüşe gerekçe olarak ise tarafların tahkim şartı kararlaştırarak devlet mahkemelerinde dava imkânını bertaraf etmelerini göstermektedir. Güven bu gerekçeyi haklı olarak eleştirmekte, tahkimin alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğunu ve tahkim kaydının kararlaştırılmasının alacağın dava edilme imkânının ortadan kaldırılması anlamına gelmeyeceğini belirtmektedir; bkz. Kudret Güven, "Eksik Borçlar, Temel Özellikleri İle Hüküm ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme", **BÜHFD**, C. 2, S. 2, 2016, s. 47.

³⁴⁷ Turanboy, s. 32 dn. 31'de zikredilen yazarlar. Aynı yönde bkz. von Tuhr, s. 650.

³⁴⁸ Gümüş, **İbra**, s. 51; von Tuhr, s. 650-651.

³⁴⁹ Aksu, s. 105; Gümüş, **İbra**, s. 51; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 581 dn. 2086; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 1176; Turanboy, s. 32; von Tuhr, s. 650-651.

zenini ilgilendirdiği için emredici bir hukuk kuralıdır. Ayrıca sözleşme ile eksik borç yaratmak TMK m. 23/II çerçevesinde bir kişilik hakkı olan “hak arama özgürlüğünü” ortadan kaldıracığından, tarafların dava veya cibrî icra yoluyla takip imkânını bertaraf ettikleri sözleşmelerin TBK m. 27 hükmü uyarınca kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık sebebiyle geçersiz sayılması gerekir. Bu görüşü savunan yazarlara göre medenî yargılama hukukunda dava ve takip hakkını ortadan kaldıran bazı işlemler (örneğin davadan feragat) mevcuttur; ancak bu işlemler farklı işlev ve niteliğe sahip olup, sözleşme ile dava ve takip hakkının kaldırılmasına gerekçe oluşturmaz³⁵⁰.

Kanaatimizce, sözleşme ile eksik borç meydana getirilmesi mümkündür. Tarafların irade özgürlüğü çerçevesinde aralarındaki hukukî ilişkiden kaynaklanan bir borç veya borçlar bakımından dava veya cibrî icra yoluyla takip imkânını ortadan kaldırmalarının önünde bir engel mevcut değildir. Sözleşme ile dava ve takip imkânının bertaraf edilmesi borçluya bir def’i hakkı sağlayacaktır³⁵¹. Sözleşme ile dava ve takip imkânı bertaraf edilmesine rağmen alacaklının bu yollara başvurması halinde borçlu def’i hakkını kullanarak açılan davanın veya başlatılmış takibin reddedilmesini sağlayabilecektir. Dolayısıyla sözleşme ile eksik borç yaratılması durumunda, zamanaşımına uğramış borçlarınkine benzer bir hukukî durum ortaya çıkacaktır. Kanun koyucu, zamanaşımı halinde borçluya def’i hakkı tanımak suretiyle ona borcunu ifadan kaçınma yetkisi tanımıştır. Kanun koyucunun borçluya tanıdığı

³⁵⁰ Güven, s. 47. Ayrıca bkz. Vardar Hamamcıoğlu, s. 201: Yazara göre Kanun’da kumar, bahis ve evlenme simsarlığı gibi ilişkilerden doğan borçlara eksik borç yaptırımı öngörülmüş olmasının sebebi, hukuk düzeninin bu uyuşmazlıklarla meşgul edilmesini önlemektir. Yazara göre bu sebepten ötürü sözleşmeyle eksik borç yaratmak mümkün değildir ve kanun koyucunun eksik borç olarak öngördüğü haller dışında tarafların eksik borç yaratmalarına gerek yoktur. Kanaatimizce eksik borçların özellikleri fazla dikkate alınmadan yapılmış bu genelleşici bakış açısı isabetli değildir.

³⁵¹ Bu noktada akla tarafların tıpkı kumar ve bahis veya evlenme simsarlığından doğan borçlara benzer bir eksik borç kararlaştırıp kararlaştıramayacakları sorusu gelmektedir. Böyle bir eksik borcun kararlaştırılabileceği kabul edildiği takdirde, bu husus borçlunun def’i öne sürmesine gerek kalmadan hakim tarafından re’sen göz önünde bulundurulacaktır. Zira bu durumda bir def’iden değil; itirazdan söz edilecektir. Kumar ve bahis borçları ile evlenme simsarlığından doğan borçlar bakımından def’i çözümünün benimsenmemesinin temelinde bu tür işlemlerin kanun koyucunun hoş görmediği, kınadığı işlemler olması yatmaktadır. Örneğin kanun koyucunun kumar ve bahis borçlarına eksik borç niteliği tanımamasının sebebi, bunların malvarlığında tehlikeli değişimlere sebep olması ve korunmaya değer ekonomik bir amaçtan yoksun olmasıdır. Bunun bir sonucu olarak da kanun koyucu bu borçların öne sürülmesi bakımından bir def’i değil; itiraz öngörmüştür. Bu bağlamda tarafların sözleşmeyle kararlaştırdıkları bir eksik borcun, kumar ve bahisten veya evlenme simsarlığından doğan borçlar ile aynı çerçevede değerlendirilmemesi gerekir. Bu sebeple, bunlara benzer nitelikte bir eksik borcun sözleşme ile kararlaştıramayacağı kabul edilmelidir. Sonuç olarak, kanaatimizce, sözleşmeyle kararlaştırılan eksik borcun bu niteliği bir itiraz değil; def’i teşkil edecektir.

bu def'i hakkına benzer bir imkânın tarafların karşılıklı anlaşmasıyla borçluya tanınması da mümkün olmalıdır. Sözleşme ile böyle bir def'i hakkının tanınmasına kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle de karşı çıkılamayacağı kanaatindeyiz³⁵². Kanun bazı durumlarda (örneğin zamanaşımı) borçluya def'i hakkı tanımakta ve borçluya tanınan bu hak kamu düzenini ihlal etmemektedir. Aynı hakkın tarafların karşılıklı irade mutabakatı ile kararlaştırılması halinde de kamu düzenine aykırılıktan söz edilememesi gerekir.

Dava ve takip hakkı, borcu doğuran sözleşmeyle bertaraf edilmiş ise doğuştan eksik bir borçtan; buna karşılık borcun doğumundan sonra dava ve takip hakkı devre dışı bırakılmış ise sonradan eksik borçtan söz edilecektir. Dolayısıyla söz konusu eksik borcun hangi kategoriye gireceği, dava ve takip hakkını kaldıran anlaşmanın yapıldığı âna göre değişecektir. Bu sebeple bu eksik borç türünü en baştan doğuştan eksik borç veya sonradan eksik borç kategorisine sokmak mümkün değildir.

E) Malikin İyiniyetli Zilyet Karşısındaki Borcu

1) Genel Olarak

TMK m. 994/I hükmünde; iyiniyetli zilyedin, geri vermeyi isteyen kimseden şey için yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri tazmin etmesini isteyebileceği ve bu tazminat ödeninceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabileceği öngörülmüştür. Hükmün lâfzından da anlaşılacağı üzere, iyiniyetli haksız zilyet malikten şey için yaptığı zorunlu ve yararlı giderleri isteyebilir. Fakat zilyedin bu giderleri isteyebilmesi için malikin öncelikle şeyin iadesini talep etmiş olması gerekir. Malik şeyin iadesini talep etmediği sürece zilyedin bu şey için yaptığı zorunlu ve faydalı masrafları malikten talep etme hakkı doğmaz³⁵³. Lüks masraflar için zilyede bir talep hakkı tanınmamıştır³⁵⁴.

³⁵² Eğer sözleşme ile yaratılan eksik borcun bu niteliği tıpkı kumar ve bahisten doğan borçlarda olduğu gibi bir itiraz sebebi teşkil etseydi kamu düzenine aykırılık gerekçesi bazı açılardan isabetli olabilirdi. Fakat sözleşmeyle kararlaştırılan eksik borçlarda bir itiraz sebebi oluşturulmamakta; sadece bir def'i hakkı tanınmaktadır; bkz. dn. 351.

³⁵³ Burak Özen, **Haksız Zilyetlikte İade**, İstanbul: BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2003, s. 384 (Zilyetlik). Ayrıca bkz. Yarg. 4. HD, T. 1.3.1950, E. 1947/11, K. 1950/2: "Mal geri istenmedikçe masrafı tazmin alacağı doğmadığından ve malı geri isteyen kim olduğunu masraf alacaklısı en geç istek üzerine öğrenmiş olacağından, Borçlar Kanunu'nun 66. maddesindeki bir yıllık müruru-zaman diğer tarafın malını geri isteme davası açmış olduğunu masraf alacaklısının öğrendiği ta-

İyiniyetli zilyedin şey için yaptığı zorunlu ve yararlı giderler karşılanmadığı takdirde söz konusu şeyi iadedden kaçınma hakkı mevcuttur. Kanunda iyi niyetli zilyede, yaptığı bu masraflar karşılanmadığı sürece söz konusu şeyi alıkoyma hakkı tanınmıştır. Malik kendisinden şeyin iadesini talep ettiğinde zilyet, zorunlu ve yararlı giderlerin karşılanmadığını öne sürerek iadedden kaçınabilecektir. Kanun koyucunun iyiniyetli zilyet lehine tanıdığı bu iadedden kaçınma hakkının bir def'i niteliğinde olduğu kabul edilmektedir³⁵⁵. Her ne kadar zilyede tanınan şeyi alıkoyma hakkı hapis hakkına benzese de, burada zilyedin teknik anlamda bir hapis hakkı mevcut değildir. Zilyede tanınmış olan bu alıkoyma hakkının hapis hakkından ayrılan en önemli yönü, iade konusu olan şeyi satma imkânının bulunmamasıdır³⁵⁶. Kimi yazarlar burada bir "eksik hapis hakkı" olduğunu iddia etmektedir³⁵⁷. Bazı yazarlar ise zilyede tanınan bu hakkın hapis hakkıyla hiçbir ilgisi olmadığını, bu hakkın *sui generis* bir hak olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır³⁵⁸.

Bazı durumlarda zilyet, söz konusu şeyi yaptığı masrafları talep etmeden iade edebilir. Yahut malik bu masrafları karşılamadan söz konusu şey bir şekilde eline geçmiş olabilir. Bu durumda zilyedin şey için yaptığı yararlı ve zorunlu masrafları ayrı bir dava ile talep edip edemeyeceği hususu doktrinde tartışmalara sebep olmuştur.

rihte işlemeye başlar. Esas mala ilişkin olarak geri alma davası açılmadıkça masrafın ödetilmesi istenilemeyeceğinden ve muaccel olmayan bir alacak için BK m. 125 müruruzaman işlemeyeceğinden dolayı masrafın dava tarihine göre 10 yıldan önce yapılmış bulunması halinde, Borçlar Kanunu'nun 66. maddesindeki 10 yıllık müruruzaman doğmuş olmaz. Masraf alacağının muaccel olması ile beraber masraf alacaklısı, hem sebepsiz mal edinmeyi, hem de ondan istifade eden kimseyi öğrenmiş olacağından bir yıllık müruruzaman işlemeye başlar..." (AD. 1959, 228-230).

³⁵⁴ Zilyede lüks masraflar bakımından sadece ayırıp alma hakkı (*ius tollendi*) tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, **Zilyetlik**, s. 405 vd.

³⁵⁵ Eren, **Borçlar Genel**, s. 96; Özen, **Zilyetlik**, s. 393; von Tuhr, s. 37. Burada bir def'i hakkı değil, itiraz hakkı olduğunu savunan bir görüş için bkz. Rona Serozan, "Geçersiz Satım Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi", **İÜMHAD**, C. 3, S. 4'ten ayrı bası, 2011, s. 15 dn. 34.

³⁵⁶ Kemal Tahir Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1978, s. 177-178; Mehmet Ünal/Veyssel Başpınar, **Şekli Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2015, s. 219; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 111; Özen, **Zilyetlik**, s. 394; Safa Reisoglu, **Türk Eşya Hukuku**, 4. Baskı, Ankara: Sevinç Matbaası, 1973, s. 81; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 111; Şakir Berki, **Ayni Haklar**, Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1965, s. 203-204 (Ayni Haklar).

³⁵⁷ Ünal/Başpınar, s. 219. Bu ifadenin de isabetli olmadığı yönünde bir görüş için bkz. Berki, **Ayni Haklar**, s. 204.

³⁵⁸ Özen, **Zilyetlik**, s. 393 ve orada dn. 797'de zikredilen yazarlar.

2) Eksik Borç Olup Olmadığı Sorunu

Bir görüşe göre³⁵⁹ bu durumda malikin iyiniyetli zilyede olan masrafları karşılama borcu eksik borca dönüşür. Dolayısıyla eğer zilyet bu masrafları talep etmeden şeyi malike iade etmişse artık yaptığı masrafları dava veya cebrî icra yoluyla talep hakkı bulunmayacaktır. Fakat malik kendi rızasıyla bu masrafları zilyede öderse bu ödeme geçerli olacaktır ve bağışlama teşkil etmeyecektir. Zira malik zaten ifa etmesi gereken bir borcu ifa etmiş olacaktır. Yapılan ödemenin temelinde hukukî bir sebep bulunduğundan dolayı sebepsiz zenginleşme de teşkil etmeyecektir³⁶⁰.

Bu görüşü savunan yazarlara göre, zilyet masrafların karşılanmasını istiyorsa bunu sadece kendisine tanınmış olan alıkoyma hakkını kullanarak yapabilir. Zilyet bu hakkını kullanmadan iade etmeyi tercih ederse, iade esnasında masrafları talep hakkını saklı tutması gerekir. Ancak bu takdirde zilyedin masrafları talep hakkı devam edebilir ve malikin borcu bir tam borç olarak varlığını sürdürebilir. Zira malik bu durumu kabul ederek şeyi teslim alırsa, ileride bu masrafların ödeneceğine dair bir sözleşme teklifini örtülü bir beyanla kabul etmiş olacaktır.

Bazı yazarlara göre³⁶¹ zilyedin hakkını saklı tutmadan şeyi iade etmesi, onun bu hakkından feragat ettiğini gösterir. Bu durumda alacak hakkı tamamen sona erdiğinden dolayı eksik bir borcun varlığından da söz edilemeyecektir. Bu görüşü savunan yazarlara göre zilyede bağımsız bir talep hakkı tanınması bazen adaletsiz sonuçlar doğurabilir; zira malik masrafları ödeme yükümlülüğü altına gireceğini bilirse söz konusu şeyin iadesini istemeyebilir³⁶². Dolayısıyla örneğin zilyedin masrafları talep hakkını saklı tutmadan şeyi iade etmesi ve sonra masraflar için ayrı bir tazminat davası açması malik bakımından adaletsiz sonuçlar doğurabilir. Bu görüşü savunan yazarlardan bazıları³⁶³ ise söz konusu şeyin zilyedin iradesi dışında elinden çıkması

³⁵⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 111 dn. 289'da zikredilen yazarlar; Özen, **Zilyetlik**, s. 379 dn. 762'de zikredilen yazarlar; Sungurbey, **Borç Vaadi**, s. 198-199; Tongsir, s. 935; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 45; Vardar Hamamcıoğlu, s. 200; von Tuhr, s. 37.

³⁶⁰ Özen, **Zilyetlik**, s. 384-385.

³⁶¹ Özen, **Zilyetlik**, s. 377 dn. 754-755 ve s. 378 dn. 759'da zikredilen yazarlar.

³⁶² Carl Wieland, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, Band IV (Art. 641-977 ZGB)**, Zürich, 1909, Art. 939 N. 4 (Özen, **Zilyetlik**, s. 376-377'den naklen).

³⁶³ Emil Wilhelm Stark, **Berner Kommentar, Band IV, 3. Abteilung, 1. Teilband**, Bern, 1984, Art. 939 N. 25 (Özen, **Zilyetlik**, s. 378'den naklen).

halinde bu masrafların ayrıca talep edilebileceğini kabul etmektedir. Bir başka deyişle, malik şeyi zilyedin elinden onun rızası dışında bir yolla almış ise zilyedin giderleri talep hakkı varlığını devam ettirecektir. Zira bu olasılıkta zilyedin giderleri talep etmek için kullanması gereken alıkoyma hakkını kullanma fırsatı olmamıştır. Dolayısıyla bu masrafları isteyebilmesi için zilyedi kullanma imkânı olmayan bir hakkını kullanmak zorunda tutmak isabetli olmayacaktır.

Bizim de katıldığımız başka bir görüş ise³⁶⁴ bu durumda bir eksik borcun söz konusu olmadığını, bir tam borcun mevcut olduğunu savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre zilyedin masrafları talep etmeden şeyi malike iade etmesi malikin borcunu bir eksik borca dönüştürmediği gibi, zilyedin bu giderleri talep hakkından feragat ettiğini de göstermez³⁶⁵. Malikin zilyede olan masrafları karşılama borcu her halükarda bir tam borç olarak varlığını sürdürür. Dolayısıyla zilyet kendi rızasıyla şeyi iade etmiş olsa bile ayrı bir tazminat davası açarak bu giderleri talep edebilecektir. Bu görüşü savunan yazarlara göre malikin giderleri ödemek zorunda kalacağını bilseydi iadeyi istemeyeceği iddiası da isabetli değildir. Zira malik masrafları ödeme yükümlülüğünü öğrendiği anda malı zilyede iade ederek bu masrafları ödemekten kurtulma imkânına her zaman sahiptir³⁶⁶.

³⁶⁴ Eren, **Borçlar Genel**, s. 97 ve orada dn. 14'te zikredilen yazarlar; Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku**, C. 1, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 9. Baskı, Konya: Mimoza Yayınevi, 2013, s. 131; Halûk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 83-84; Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk, **Eşya Hukuku**, İstanbul: BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2009, s. 215; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 111; Özen, **Zilyetlik**, s. 379 vd.; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 110-111; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 229; Ünal/Başpınar, s. 220. Yargıtay da iyiniyetli haksız zilyedin yaptığı masrafları ayrı bir tazminat davası ile isteyebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Yarg. 13. HD, T. 17.11.1981, E. 1981/6775, K. 1981/7318: "Eğer, iyi inançlı zilyet, nesnenin geri verilmesi davasında zorunlu ya da yararlı giderler için kaçınma hakkını kullanmamış ve sonuçta nesne elinden alınmışsa, bu olasılıkta, zorunlu ya da yararlı giderlerden ötürü giderim için dava açabilme olanağına sahiptir" (YKD, C. 8, S. 7, 1982, s. 965-966); HGK, T. 1.10.2014, E. 2013/1-1117, K. 2014/745: " Bilindiği üzere, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 993 ve 994. maddeleri geri vermekle yükümlü iyiniyetli zilyedin hak ve borçlarını düzenlemiştir. Geçersiz sözleşme nedeniyle taşınmazı geri vermekle yükümlü olan iyiniyetli zilyedin, taşınmazı geri vermekten kaçınma ya da hapis (alıkoyma) hakkı TMK'nun 994/1. maddesi ile tanınmış bir haktır. İyiniyetli zilyet, el atmanın önlenmesi (geri verme) davası sırasında def'i (savunma) yoluyla zorunlu ve yararlı giderler harici satış bedelinin ödenmesini ileri sürebileceği gibi, taşınmazın geri verilmesinden sonra da, taşınmazı geri verirken açıkça veya örtülü olarak vazgeçmemiş (feragat etmemiş) olduğu hallerde, faydalı ve zorunlu giderler ile satış bedelini sonradan ve ayrı bir dava ile de istemesine engel bulunmamaktadır." (Kazancı). Aynı yönde başka bir karar için bkz. 1. HD, T. 17.2.2011, E. 2011/288, K. 2011/1635 (Kazancı).

³⁶⁵ Özen, **Zilyetlik**, s. 380 ve orada dn. 764-765'te zikredilen yazarlar.

³⁶⁶ Sungurbey, **Müruru Zaman**, s. 59 vd.

F) Emeğini veya Gelirini Aileye Özgüleyen Altsoyun Denkleştirme Alacağı

1) Genel Olarak

TMK m. 370 hükmünde, ergin olmasına rağmen ortak yaşamı terk etmeyerek emeğini veya gelirini, hizmet sözleşmesi bulunmaksızın, aileye özgülemeye devam eden çocuğa ve toruna uygun bir karşılık talep etme hakkı tanınmıştır. TMK m. 371 hükmünde ise söz konusu alacağın ne zaman talep edilebileceği düzenlenmiştir. Bu hükme göre çocuk veya torunun denkleştirme alacağı, kural olarak, borçlunun ölümüyle muaccel olur. Ancak yine aynı hükme göre, bu alacağın birlikte yaşamının sona ermesi veya işletmenin el değiştirmesi, borçluya karşı icra takibi yapılması veya onun iflâsı hallerinde denkleştirme borçlusunun sağlığında da talep edilmesi mümkündür.

Bu hükümlerde denkleştirme alacağı emeğini veya gelirini aileye özgüleyen ergin çocuğa veya toruna³⁶⁷ tanınmıştır. Bunun dışında kalan altsoyun (örneğin torunun çocuğu) veya diğer kan hısımlarının, ilgili hükümlerde öngörülen şartlar gerçekleşse bile, denkleştirme alacağına hak kazanması söz konusu olmaz. Aynı şekilde, üvey çocukların da denkleştirme alacağı bulunmaz³⁶⁸. Denkleştirme borçlusu ise altsoyun emeğinden veya gelirinden doğrudan doğruya yararlanan kişidir³⁶⁹. TMK m. 370 hükmünde, emeğini veya gelirini ailesine özgüleyen çocuğun veya torunun “uygun bir bedel” talep edebileceğinden söz edilmektedir. Dolayısıyla altsoyun tam bir karşılık talep etmesi mümkün olmayacaktır³⁷⁰.

³⁶⁷ 743 sayılı eski Medeni Kanun’un m. 321 hükmünde bu hak altsoydan sadece çocuğa tanınmış idi. Bazı yazarlar, bu hükmün torunları da kapsayacak şekilde geniş bir yoruma tâbi tutulması gerektiğini savunmaktaydı; bkz. Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, s. 611. Aksi yöndeki görüşe göre, torunun denkleştirme alacağı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile tanındığından, torun sadece bu kanunun yürürlüğe girmesinden (1.1.2002’den) sonraki emek ve gelirleri için talepte bulunabilecektir. Bkz. Serkan Ayan, “Emeğini veya Gelirini Aileye Özgüleyen Altsoyun Denkleştirme Alacağı ve Almanya Örneği”, **DEÜHFD**, C. 12, S. 1, 2010, s. 29 (Denkleştirme Alacağı).

³⁶⁸ Ayan Serkan, **Denkleştirme Alacağı**, s. 29-30.

³⁶⁹ Söz konusu alacağın doğması geniş anlamda bir aile ilişkisinin varlığını gerektirdiğinden, denkleştirme borçlusu genellikle aile başkanıdır. Ancak denkleştirme borçlusu altsoyun emeğinden veya gelirinden doğrudan doğruya istifade eden kişi olduğundan, bu kişinin aile başkanından farklı bir kişi olması durumunda iade borçlusu da aile başkanı değil; o kişi olacaktır. Bkz. Ayan Serkan, **Denkleştirme Alacağı**, s. 32; Nuşin Ayiter, “Türk Hukukuna Göre Aynı Çatı Altına Yaşama Vakıası”, **AÜHFD**, C. 17, S. 1, 1960, s. 361.

³⁷⁰ Söz konusu uygun bedelin nasıl belirleneceği hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan Serkan, **Denkleştirme Alacağı**, s. 45 vd.; Gençcan, s. 1684-1685; M. Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, **Aile Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1998, s. 410.

Eski Medeni Kanun'un yürürlükte olduğu dönemlerde altsoyun denkleştirme alacağının miras hukukundan doğan bir alacak mı, yoksa aile veya borçlar hukukuna özgü bir alacak mı olduğu hususu tartışmalara yol açmıştı. Eski Medeni Kanun'da altsoyun denkleştirme alacağının hem aile hukuku kitabında (MK m. 321), hem de miras hukuku kitabında mirasın denkleştirilmesine ilişkin hükümler arasında (MK m. 610) düzenlenmesi bu tartışmaların en önemli nedenini oluşturmaktaydı. Öğretideki hâkim görüş³⁷¹, bu talebin miras hukukundan doğan bir talep olmadığı, aile hukuku ve borçlar hukukundan doğan kendine özgü bir talep hakkı niteliğinde olduğu yönündeydi. Bu talebin mirastaki denkleştirme talebiyle bir ilgisi olmadığı belirtilmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, altsoyun denkleştirme alacağını aile hukuku kitabında (TBK m. 370-371) düzenleyerek bu tartışmaları büyük ölçüde sona erdirmiştir.

2) Eksik Borç Olup Olmadığı Sorunu

Doktrinde savunulan bir görüşe göre³⁷², emeğini veya gelirini aileye özgüleyen çocuğa veya toruna tanınan denkleştirme alacağı eksik borç niteliği taşır. Bu görüşü savunan yazarlar buna gerekçe olarak, altsoyun birlikte yaşamın sona ermesine kadar denkleştirme talebinde bulunamamasını ve birlikte yaşam devam ettikçe bu talebin sadece TMK m. 371'de (MK m. 321) belirtilen istisnai hallerde ileri sürülebilmesini göstermektedir. Eksik borç görüşünü savunan yazarlara göre burada alacaklının sıfatından değil, alacağın mahiyetinden kaynaklanan bir eksik borç söz konusudur³⁷³.

Öğretideki başka bir görüş³⁷⁴ ise altsoyun denkleştirme alacağının eksik borç niteliğinde olmadığını savunmaktadır. Kanaatimizce bu görüşe üstünlük tanımak gerekir. Denkleştirme talebinin ortak yaşam devam ettikçe ileri sürülememesinden

³⁷¹ Ayan Serkan, **Denkleştirme Alacağı**, s. 49-50; Ayiter Nuşin, s. 363; Seyfullah Edis, "Birlikte Yaşadığı Ailesine Emeğini veya Gelirlerini Tahsis Eden Reşit Çocuğun Muhik Tazminat Alacağı", **AÜHFD**, C. 21, S. 1, 1964, s. 375. Aksi görüşte bkz. Ayiter Nuşin, s. 363'te zikredilen Federal Mahkeme kararı ve yazarlar.

³⁷² Edis, s. 378; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 57-58; Sungurbey, **Borç Vaadi**, s. 198-199; von Tuhr, s. 38. Karş. Demiray, **Eksik Borç Kavramı**, s. 583-584.

³⁷³ Edis, s. 378.

³⁷⁴ Ayan Serkan, **Denkleştirme Alacağı**, s. 50 dn. 95 ve orada zikredilen diğer yazarlar; Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, s. 609-610.

hareketle bu talebe ilişkin alacağın bir eksik borç niteliği sonucuna varılamaz³⁷⁵. Bu gerekçe isabetli olsaydı, edinilmiş mallara katılma rejiminde diğer eşin katkı-katılma alacağının da eksik borç niteliği taşıdığına kabulü gerekecekti. Zira bu talep de evlilik birliği devam ettiği sürece ileri sürülemez. Altsoyun denkleştirme alacağının ancak ortak yaşamın sona ermesinden sonra veya TMK m. 371’de öngörülen hallerde ileri sürülebilmesi, söz konusu talebin ancak bu hallerde muaccel hale geldiği anlamını taşır³⁷⁶; yoksa söz konusu talebin eksik borç olarak nitelendirilmesine gerekçe oluşturamaz. Kaldı ki kanun koyucunun denkleştirme alacağı öngörmesinin sebeplerinden bir tanesi de gelirini aileye özgüleyen çocuğun miras paylaşımında haksızlığa uğramasının önüne geçmesidir³⁷⁷. Gerçekten de, gelirini aileye özgülemiş olan bir çocuğun üstsoyunun ölümü halinde kardeşlerle aynı payı alması adaletsiz bir sonuç doğurur. Bu tür borçlara dava edilemeyen bir borç niteliği atfetmek kanun koyucunun denkleştirme alacağını öngörme amacıyla da çelişkili bir sonuç doğuracaktır.

³⁷⁵ Tekinay’a göre burada şarta bağlı bir borç söz konusudur. Yazar eksik borç görüşünü savunan von Tuhr’u eleştirmektedir. Şöyle ki, von Tuhr’a göre burada ergin çocuğun birlikte yaşam devam ettiği sürece, kanunda öngörülmüş istisnai haller dışında herhangi bir karşılık isteyememesi, bu alacağın eksik borç niteliği taşıdığı anlamına gelir; bkz. von Tuhr, s. 38. Fakat Tekinay, haklı olarak, bu görüşü henüz doğmamış bir alacak hakkına eksik borç niteliği atfetmesi sebebiyle eleştirmektedir. Başka bir ifadeyle, von Tuhr’un eksik borcun mevcut olduğunu iddia ettiği zaman diliminde çocuğun alacak hakkı henüz doğmamıştır. Reşit çocuğun denkleştirme alacağı, birlikte yaşam devam ettiği sürece veya TMK m. 371’de öngörülmüş istisnai haller meydana gelmediği sürece doğmaz. Çocuğun denkleştirme alacağı ancak birlikte yaşamın sona ermesi veya TMK m. 371 hükmündeki özel durumların gerçekleşmesi halinde doğar. Bu sebeple burada geciktirici şarta bağlı bir borcun varlığından söz etmek gerekir. Bununla birlikte, gelirini kendilerine özgüleyen altsoylarına bunun için bir karşılık veren anne veya baba bunu geri isteyemez. Fakat yazara göre burada da bir bağışlama veya eksik borcun varlığından söz edilemez; olsa olsa anne babanın kendi lehlerindeki bir kanuni şarttan feragat etmeleri söz konusu olur. Bkz. Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, s. 610.

³⁷⁶ Kars. Ayan Serkan, **Denkleştirme Alacağı**, s. 50-51. Ayan, maddede denkleştirme talebinin ileri sürülebileceği hallerden biri olan ölüm durumunun muacceliyet anı olduğunu ifade etmektedir. Ancak yazar bu hususa söz konusu talebin eksik borç olup olmadığı tartışmasına ilişkin olarak değil; bu talebin miras hukukuna ilişkin bir talep niteliği taşımadığı görüşüne gerekçe olarak işaret etmektedir. Ayrıca bkz. dn. 375.

³⁷⁷ Sevgi Demir, **Aile Hukuku Alanında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunun Getirdiği Yenilikler**, Ankara: Kartal Yayınevi, 2004, s. 246.

G) Centilmenlik Anlaşmaları

1) Kavram

Türk hukukunda yapılan ve genel kabul gördüğü gözlenen bir tanıma göre centilmenlik anlaşmaları³⁷⁸ (*gentlemen's agreement*), tarafları hukukî yükümlülük altına sokmaksızın sadece karşılıklı “şeref sözü” verilmesi ve ahlâkî anlamda bir taahhüt altına girilmesi anlamını taşıyan anlaşmalardır³⁷⁹. Bu anlaşmalara rekabet hukukunda, kartel ve banka hukukunda ve hatta milletlerarası hukukta sıkça rastlanmaktadır³⁸⁰. Öğretide genellikle tarafların kendilerini “hukuk dışında” tutmak istedikleri durumlarda bu tür anlaşmalar yaptıklarına işaret edilmektedir³⁸¹. Şöyle ki, bu tür anlaşmalar yalnızca ahlâkî bir yaptırım gücüne sahiptir. Dolayısıyla taraflardan birinin bu anlaşmaya aykırı hareket etmesi halinde diğer tarafın onu dava yoluyla anlaşmaya uygun davranmaya zorlaması mümkün değildir. Centilmenlik anlaşmalarına uyulmamasının yaptırımını hukukî bir yaptırım olmayıp; ahlâkî açıdan kınanma, ticarî itibarın zedelenmesi ya da belirli bir maddi çıkarı veya fırsatı kaybetme tehlikesi şeklinde kendini gösterir³⁸².

2) Eksik Borç Doğup Doğmadığı Sorunu

Centilmenlik anlaşmasından doğan yükümlülüklerin hukukî niteliğinin ne olduğu, özellikle eksik borç niteliği taşıyıp taşımadığı oldukça tartışmalı bir husustur.

³⁷⁸ Doktrinde centilmenlik anlaşmaları yerine “centilmen anlaşmaları” terimini tercih eden yazarlar da vardır; bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 111-112; Pelin Işintan, **Sözleşme Müzakereleri**, İstanbul: Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009, s. 95. Bu terim sorununa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Metin İkizler, “Centilmenlik Anlaşmaları”, **DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertas’a Armağan**, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 417-418.

³⁷⁹ Antalya, C. 1, s. 232; Gül Doğan, **Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)**, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2006, s. 84; Hasan Ayrancı, **Ön Sözleşme**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, s. 95; Işintan, s. 95; Kocayusufpaşaoğlu, s. 111-112. Ayrıca bkz. İkizler, s. 419: Bu yazar centilmenlik anlaşmasını, “hukukî sonuç iradesi de taşısaydı bir sözleşmeyi kurabilecek nitelikteki karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kurulan, ifası tarafların karşılıklı sözlerine güvene dayalı ve bu nedenle yaptırımını da ahlâk, namus, şeref, tanrı korkusu ya da çıkar kaybı, karşı edimi elde edememe gibi temellerden alan anlaşmalar” olarak tanımlamaktadır.

³⁸⁰ Toplu bilgi için bkz. Doğan Gül, s. 50.

³⁸¹ Bkz. Işintan, s. 95 ve orada dn. 325’te zikredilen diğer yazarlar. Karş. Kocayusufpaşaoğlu, s. 112.

³⁸² İkizler, s. 421; Işintan, s. 96.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre³⁸³, centilmenlik anlaşmalarından doğan borçların eksik borç olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu görüş taraftarlarına göre, eksik borç doğuran sözleşmeler hukukî anlamda hak ve borç doğururlar. Dolayısıyla böyle bir borcu ifa eden borçlu, hukuken tanınan bir borcu ifa etmiş olur. Eksik borçların tam borçlardan tek farkı alacaklıya dava ve cebrî icraya başvurma hakkı vermemesidir. Buna karşılık centilmenlik anlaşmasında taraflar, anlaşmalarının hukukî sonuç doğurmasını istemezler. Taraflar hukuken bağlanma iradesine sahip olmadığı için de bu anlaşmadan hukukî anlamda bir alacak hakkı ve borç doğmayacaktır. Centilmenlik anlaşmalarından hukukî anlamda bir borç doğmadığı için de bu borcun eksik borç olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu görüş çerçevesinde, centilmenlik anlaşmasından doğan borçlar ahlâkî ödev niteliği taşır.

Başka bir görüş taraftarları ise bu konuda bir ayrım yapmaktadır: Taraf iradelelerinin objektif yorumu neticesinde, onların hukuken bağlanma iradesine sahip olduğu, ancak hukukî yollara başvurma imkânını bertaraf ettikleri sonucuna varılırsa, centilmenlik anlaşmasından doğan yükümlülükler eksik borç niteliği taşıyacaktır. Buna karşılık, yorum sonucunda tarafların hiçbir zaman hukukî bir bağlılık içine girmek istemedikleri neticesine varılırsa, bu anlaşmadan doğan yükümlülüklerin birer eksik borç değil; ahlâkî yükümlülük niteliği taşıdığı kabul edilmelidir³⁸⁴.

Nihayet başka bir görüşe göre³⁸⁵, tarafların centilmenlik anlaşmasından doğan yükümlülükleri her halükârda eksik borç niteliği taşır.

Kanaatimizce, bu görüşler arasında ilk bakışta görüldüğü kadar büyük bir fark mevcut değildir. Eğer bu anlaşmalarda tarafların hukuken bağlanma iradesinin mevcut olmadığı kabul edilecek olursa, bu anlaşmadan hukukî anlamda değil; sadece ahlâkî bir borç doğacaktır. Birinci ve ikinci görüş arasında bu noktada bir fark bu-

³⁸³ Ayranç, s. 94; İkizler, s. 421; Işintan, s. 119.

³⁸⁴ Bu görüş taraftarlarına göre esasen böyle bir ayrımın pratik açıdan önemli bir sonucu yoktur. Zira ister eksik borç ister ahlâkî yükümlülük niteliği taşısın, bu yükümlülüklerin ifa edilmesi halinde sonradan iadesi talep edilemeyecektir; Nicolas Kuonen, **La Responsabilité Précontractuelle**, Zürich: Schulthess Verlag, 2007, s. 303 (Işintan, s. 119'dan naklen). Benzer bir görüş de Herzog tarafından savunulmaktadır. Bu yazara göre, asıl olan centilmenlik anlaşmaları ile tarafların hukukî bir bağlılık altına girmemiş olmalarıdır. Sadece dava hakkının ortadan kaldırılması, tarafların bu yönde bir anlaşması bulunduğu anlaşılıyorsa kabul edilebilir; Nicolas R. Herzog, **Der Vorvertrag im Schweizerischen und Deutschen Schuldrecht**, Zürich: Schulthess Verlag, 1999, N. 163 (Kocayusufpaşaoğlu, s. 112 dn. 59'dan naklen).

³⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 112 dn. 59'da zikredilen yazarlar.

lunmamaktadır. Buna karşılık, centilmenlik anlaşmasıyla tarafların hukuken bağlanma iradelerinin mevcut olduğunun kabulü ve tarafların sadece dava ve takip imkânlarını bertaraf ettiğinin kabulü halinde ise, bu anlaşmadan doğan yükümlülüklerin eksik borç niteliğinde olacaklarının kabulü gerekir. Bu noktada ise ikinci görüş ile üçüncü görüş arasında bir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla sorun aslında centilmenlik sözleşmelerinde tarafların hukukî sonuç iradesine sahip olup olmadıklarıyla ilgilidir. Centilmenlik anlaşmalarının hukukî niteliğinin ne olduğunun incelenmesi çalışmamızın kapsamı dışındadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, genellikle bu tür bir anlaşma ile tarafların ilişkilerini hukuk dışı alana taşımak istedikleri, bu nedenle de hukukî anlamda hak ve borçlar doğmayacağı, tarafların bu anlaşmaya uyma hususunda ahlâkî bir yükümlülüğünün bulunduğu yönündeki hâkim görüşten hareket edilecek olursa, eksik borçtan söz edilemeyecektir. Zira, bu çalışmada kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde ahlâkî yükümlülükler eksik borç niteliği taşımamaktadır. Buna karşılık centilmenlik anlaşmalarında da, en azından bazı durumlarda, tarafların hukukî anlamda yükümlülük altına girdikleri, sadece dava ve takip imkânını ortadan kaldırdıkları kabul edilecek olursa, bu yükümlülüklerin eksik borç olarak nitelendirilmesi gerekir. Zira bu takdirde de *pactum de non petendo* benzeri bir durum ortaya çıkar. Çalışmamızda kabul ettiğimiz görüşe göre, tarafların sözleşme ile dava ve takip imkânını bertaraf etmelerinin, başka bir ifadeyle sözleşme ile eksik borç meydana getirmelerinin, önünde teorik açıdan bir engel bulunmamaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Eksik Borçların Hukukî Sonuçları

Eksik borçların tamamı bakımından geçerli olan ortak esaslardan söz etmek çoğu zaman güçtür; zira bu sınıfta incelenen borçlar birbirinden farklı özellikler göstermektedir. Fakat tüm eksik borçlar bakımından ortak olan bazı özellikler de mevcuttur. Başka bir ifadeyle, bir eksik borcun varlığından söz edilebilmesi için mevcudiyeti gereken birtakım olgular bulunmaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde tüm eksik borçlar bakımından ortak olan özellikler eksik borçların genel sonuçları başlığı altında; farklılık gösteren özellikler ise eksik borçların özel sonuçları başlığı altında incelenecektir.

I. Eksik Borçların Genel Sonuçları

Yukarıda eksik borçların türlerine ilişkin yaptığımız açıklamalardan da anlaşılabacağı üzere bu kategoride incelenen durumlar birbirlerinden farklı özelliklere sahiptir. Ancak her halükârda bir eksik borçtan söz edilebilmesi için üç temel unsurun bir arada mevcudiyeti gerekir. Bunlar, hukuken bir borcun mevcut olması, bu borcun ifasının dava ve cebrî icra yoluyla talep edilememesi ve borç ifa edildiği takdirde yerine getirilen edimin geri istenememesidir.

A) Hukuken Borç Niteliği Taşınması

1) Genel Olarak

Eksik borçların en önemli özelliklerinden biri hukuken borç niteliği taşımalarıdır. Bu husus eksik borçlara ilişkin kanun hükümlerinden de anlaşılmaktadır. Örneğin TBK m. 604 hükmü “*kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz*” şeklindedir. Görüleceği üzere söz konusu hüküm kumar ve bahis sözleşmelerinden bir alacak hakkı doğduğunu, fakat bunun dava ve icra edilme kabiliyetinden yoksun bulunduğunu ifade etmektedir. Keza TBK m. 524 hükmünde de evlenme simsarlığından bir ücret alacağı doğacağı, fakat bunun dava ve takip edile-

meyeceği öngörülmüştür. Bu örneklerden anlaşılacağı üzere, doğuştan eksik borçların hukuken borç niteliği taşıdığı kanun hükümlerinde açıkça kabul edilmektedir³⁸⁶.

Sonradan eksik borçların hukuken borç niteliği taşıdığı hususuna ilişkin zaten hiçbir tereddüt yoktur. Bu borçlar zaten bir tam borç olarak doğmuş borçlar olup; dava ve cebrî icra yoluyla elde edilme kabiliyetlerini sonradan yitirmişlerdir. Daha önceden de belirttiğimiz üzere, kanun koyucu sonradan eksik borçlara doğuştan eksik borçlara nazaran daha sıcak yaklaşmıştır. Dolayısıyla bu borçlara ilişkin alacak hakkının doğuştan eksik borçlara kıyasla daha güçlü bir nitelik taşıdığı söylenebilir. Şöyle ki, bu borçlar def'i hakkı öne sürülmediği sürece dava ve cebrî icra yoluyla elde edilme kabiliyetlerini korurlar. Borçlunun, kanun koyucunun kendisine tanıdığı def'i hakkından feragat etmesi bile mümkündür. Örneğin zamanaşımı def'inden feragat edilirse veya def'i hakkı kullanılmazsa, alacaklı bu borcu tıpkı zamanaşımına uğramamış bir borç gibi dava ve cebrî icra yoluyla takip edebilecektir. Oysa doğuştan eksik borçlar bakımından böyle bir şey söz konusu olamaz.

Eksik borçların hukuken borç niteliği taşımasının başka sonuçları da vardır. Öncelikle alacaklı ifa edilen edimi muhafaza yetkisine sahiptir. Roma hukukunda *obligatio naturalis* niteliği taşıyan borçların ifasında alacaklıya bir *soluti retentio* (edimi muhafaza yetkisi) tanınmıştı. Bu kuralın temelinde, her ne kadar dava ve icra yoluyla takip edilemese de, yerine getirilen edimin geçerli bir borç niteliği taşıdığı düşüncesi yatmaktaydı. Günümüzdeki eksik borçlar bakımından da bu durum değişmemiştir. Bir eksik borç ifa edildiği takdirde alacaklıya edimi muhafaza yetkisi tanınmaktadır. Borçlu ifa ettiği edimin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep edememektedir; zira yapılan kazandırmanın geçerli bir hukukî sebebi bulunmaktadır. Bu hukukî sebep geçerli bir borcun mevcudiyetidir.

Eksik borçlar, dava edilebilirlik hariç, alacak hakkının bütün özelliklerini taşımaktadır. Dolayısıyla eksik borçlara ilişkin alacaklar talep edilebilir, hatta borcun ifası için ihtarda da bulunulabilir; bunların önünde bir engel yoktur. Eksik borçlarda

³⁸⁶ 818 sayılı eski Borçlar Kanunu zamanında kumar ve bahisten bir alacak hakkı doğup doğmadığı hususu tartışmalıydı. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bu tartışmaları ortadan kaldırmıştır. Bu hususa ilişkin bkz. İkinci Bölüm, I/A/1.

“eksik” olan tek husus, devlet organları vasıtasıyla borçlunun ifaya zorlanması imkânıdır.

Eksik borçlarda ortada hukuken geçerli bir borç bulunduğu için bu borçlar ahlâkî ve sosyal vazifelerden de ayrılmaktadır. Gerçekten de, bir kişinin kendini ahlâken borçlu hissederek yaptığı bir kazandırmanın temelinde hukukî anlamda bir borç bulunmamaktadır. Oysa eksik borçların söz konusu olduğu durumlarda geçerli bir hukukî ilişki ve bu ilişkiden doğan hukukî anlamda bir borç mevcuttur. Her ne kadar doktrinde kanun koyucu ahlâkî görevlerin ifasını eksik borçlarla benzer sonuçlara bağladığı için bunlardan da hukukî anlamda bir borç doğduğunu savunanlar olsa da; kanaatimizce bu iddia isabetli değildir³⁸⁷.

Bu çalışmada benimsediğimiz anlayış gereği eksik borçlardan söz edilebilmesi için borcun konusunun bir malvarlığı değerine ilişkin olması gerekir. Bazı kanun hükümlerinde bir malvarlığı değerine ilişkin olmayan bazı yükümlülüklerin ifasının dava edilemeyeceğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin TMK m. 119/I hükmünde “*Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez*” denmektedir. Keza TMK m. 23/III hükmünde “... *biyolojik madde verme borcu altına girmiş olan-dan edimini yerine getirmesi istenemez*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Ancak dava imkânının mevcut olmadığı her durumda bir eksik borcun söz konusu olduğu sonucuna varılamaz. Dava imkânının bulunmaması veya zayıflatılmış olması eksik borçları karakterize eden tek unsur değildir; aşağıda ayrıntılı olarak izah edeceğimiz üzere, ayrıca söz konusu yükümlülüklerin ifası geçerli nitelik taşımakta ve sebepsiz zenginleşme teşkil etmemektedir. Eksik borçların bu özelliklerinin malvarlığı değeri niteliği taşımayan ve genellikle kişilik haklarının kapsamına giren hukukî değerler bakımından söz konusu olması, hatta bu değerlerle birlikte telâffuz edilmesi mümkün değildir. Örneğin nişanlıların nişanlanmadan doğan yükümlülüklerini ifa etmeleri ve evlenmeleri halinde bu evliliğin geçerli olduğundan, sebepsiz zenginleşme teşkil etmeyeceğinden ve iadesinin istenemeyeceğinden söz açılmaması gerekir; böyle bir şey evlilik kurumunun niteliği ile bağdaşmaz. Bu nedenle yukarıda da belirttiğimiz üzere³⁸⁸ nişanlanmadan doğan borcun eksik bir borç olarak nitelendirilme-

³⁸⁷ Ahlâkî görevlerin ifası, bunların niteliğine ilişkin tartışmalar ve bu hususa ilişkin değerlendirmemiz için bkz. İkinci Bölüm, IV/A.

³⁸⁸ Bkz. İkinci Bölüm, I/C.

si mümkün değildir. Aynı hususlar biyolojik madde verme borcu bakımından da geçerlidir ve kanaatimizce bu borcun da eksik borç olarak nitelendirilmesi mümkün değildir³⁸⁹.

2) Alacağın Temliki ve Borcun Üstlenilmesinin Mümkün Olması

TBK m. 183 hükmünde kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklının alacağını üçüncü bir kişiye devredebileceği öngörülmüştür. Söz konusu hükümden hareketle hangi kaynaktan doğduğuna bakılmaksızın, kural olarak, tüm alacakların temlik edilebileceği söylenebilir. Temlikin söz konusu olmadığı bir alaktan söz edebilmek için buna ilişkin bir düzenleme bulunması veya işin niteliğinin buna müsaade etmemesi gerekir³⁹⁰. Bu sebepten ötürü, söz konusu hüküm çerçevesinde eksik borçlara ilişkin alacakların devredilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Eksik borç olarak nitelenen durumlarda da hukukî anlamda bir borç bulunmaktadır ve kanunda bunların temlik edilmesine engel olan herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla taraflar aralarındaki sözleşmeyle aksini kararlaştırmadığı sürece eksik borçlara ilişkin alacakların temliki mümkündür³⁹¹. Bu durumda borçlu, TBK m. 188 çerçevesinde, borcun eksik borç niteliğine ilişkin olan savunmaları yeni alacaklıya karşı da yapabilecektir.

Eksik borçların hukuken geçerli bir borç olmasının bir diğer sonucu da bunların borcun üstlenilmesi işlemine de konu olabilmesidir. Eksik borçlara ilişkin alacak-

³⁸⁹ Biyolojik madde verme borcunun eksik borç teşkil ettiğini savunan yazarlar için bkz. Abdülgaffar Vural, **Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakli**, Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 21; Güven, s. 45; Şahin Akıncı, **Türk Özel Hukuku'nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ – Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s. 80 (Biyolojik Madde). Aksi görüşte bkz. Arif Barış Özbilen, **İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 143 vd. (Biyolojik Maddeler): Yazara göre biyolojik madde verme borcu altına giren kişinin bunu ifaya zorlanamamasının sebebi borcun konusunun biyolojik madde olması değil; borçlunun kişilik değeri ile doğrudan bağlantılı olmasıdır. Bu sebepten ötürü biyolojik madde verme borcunun bir eksik borç niteliği taşıdığından söz etmek mümkün değildir. Yazarın öne sürdüğü bir diğer argüman ise, kişinin yeniden kullanılmak üzere vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza göstermesinin temelinde bağışlama sebebi (*causa donandi*) bulunmasıdır. Oysa eksik borçların temelinde bağışlama sebebi bulunmaz. Biyolojik maddenin hukukî niteliğine ilişkin öne sürülen görüşler ve bunlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Özbilen, **Biyolojik Maddeler**, s. 40 vd. Biyolojik madde verme borcunun malvarlığına ilişkin bir borç olmadığına dair bkz. Akıncı, **Biyolojik Madde**, s. 81.

³⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özcan Günerkök, **Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, s. 25-26.

³⁹¹ Ayrıca bkz. Ali Şafak/Duygu Diren/Evren Baklacı Çakıroğlu/Tuğçe Öztürk Almaç, **Alacağın Temliki (Devri)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 39; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 579.

lar temlik edilebildiği gibi; bu borçlar TBK m. 195 vd. hükümleri çerçevesinde borcun üstlenilmesi işlemine de konu olabilirler³⁹². Bu durumda yeni borçlu, üstlendiği borcun eksik borç olduğuna ilişkin savunmaları tıpkı eski borçlu gibi öne sürme hakkına sahip olacaktır (TBK m. 199). Ancak borcun eksik borca dönüşmesinin borçlu ya tanınan def'inin ileri sürülmesi halinde söz konusu olduğu durumlarda, böyle bir borcun üstlenilmesi duruma göre söz konusu def'iden feragat niteliği taşıyabilir.

Eksik borçların bir tam borç gibi temlik edilebilmelerinin ve borcun üstlenilmesi işlemine konu olabilmelerinin sebebi eksik borçlara ilişkin alacakların dava edilebilirlik hariç herhangi bir alacaktan hiçbir farkı bulunmamasıdır.

3) Borçlu Temerrüdünün Mümkün Olup Olmadığı Sorunu

Eksik borçların hukuken borç niteliği taşıması, bunlar bakımından borçlu temerrüdünün mümkün olup olmadığı sorununu da akıllara getirmektedir. Bu hususun doğuştan eksik borçlar ve sonradan eksik borçlar bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir³⁹³.

a) Doğuştan Eksik Borçlar Bakımından

Doğuştan eksik borçlar bakımından borçlunun temerrüdü söz konusu olmaz³⁹⁴. Bu hususta doktrinde görüş birliği bulunmaktadır. Bunun en önemli sebebi doğuştan eksik borçların doğdukları andan itibaren hiçbir zaman dava ve takip yoluyla elde edilememesidir. Oysa borçlunun temerrüde düşmesi için gereken şartlardan bir tanesi alacağın muaccel olmasıdır (TBK m. 117/I). Doğuştan eksik borçlar herhangi bir şekilde dava yoluyla talep edilemediği için bunların hiçbir zaman muaccel olmadığı

³⁹² Bu bağlamda zamanaşımına uğramış borçların üstlenilebileceğine ilişkin bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 611 N. 1909. Bunun mümkün olmadığını savunan aksi yönde bir görüş için bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 1380 ve orada dn. 99'da zikredilen yazarlar.

³⁹³ Doktrinde herhangi bir ayırım yapmadan genel bir ifadeyle eksik borçlar bakımından temerrüdün söz konusu olamayacağı yönünde ifadeler kullanan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Akar Öçal, **Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi**, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1965, s. 45; Mahmut Tevfik Evren, **Faiz Hukuku**, İstanbul: Net Matbaacılık, 1987, s. 165.

³⁹⁴ Barlas, **Temerrüt**, s. 25; Mustafa Göktürk Yıldız, **Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları**, İstanbul: Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2017, s. 9-10 ve s. 10'da dn. 28; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 470.

söylenebilir³⁹⁵. Borç muaccel olmadığı sürece de temerrüdün zamana ilişkin şartı gerçekleşmez ve borçlu mütemerrit duruma düşmez³⁹⁶.

Borçlu, doğuştan eksik borçları ifa etmekten her zaman kaçınabilmektedir. Bu sebeple bu tür borçlar bakımından borçlunun temerrüde düşmesi mümkün değildir. Kaldı ki aksi yönde bir sonuç doğuştan eksik borçların doğasına da aykırı düşer. Zira kanun koyucu bu borçların doğduğu andan itibaren zorla ifasına yönelik her türlü vasıtayı işlevsiz bırakmıştır. Bunun sebebi bu borçların malvarlığında tehlikeli ve orantısız değişimlere sebebiyet vermesi, korunmaya değer ekonomik bir amaçtan yoksun bulunmasıdır. Böyle bir borcun borçlusunun temerrüde düşmesi ne temerrüt kurumunun amacıyla ne de kanun koyucunun bu borçlar için öngördüğü müeyyidelerle örtüşen bir sonuç doğurur.

b) Sonradan Eksik Borçlar Bakımından

Sonradan eksik borçlara bakıldığında onların bu niteliği borçlunun sahip olduğu def'i ileri sürmesi halinde kazandığı görülmektedir. Def'i hakkı kullanılmadığı sürece bu borçlara ilişkin alacaklar dava ve icra yoluyla elde edilebilmektedir; bu açıdan herhangi bir tam borçtan farksızdır. Dolayısıyla def'i hakkı kullanılmadığı sürece borçlunun temerrüde düşmesi mümkündür. Zira doktrindeki hâkim görüşe³⁹⁷ göre, borçlunun bazı def'ilere sahip olması onun temerrüde düşmesini engelleyen bir durum değildir; fakat borçlu bu def'ileri öne sürerek temerrüdün yaratabileceği olumsuz sonuçları bertaraf edebilir. Dolayısıyla borçlunun, örneğin, zamanaşımı def'ine sahip olması da tek başına temerrüdü engelleyen bir husus değildir; temerrüdün engellenmesi için bu def'i hakkının muhakkak ileri sürülmüş olması gerekir³⁹⁸. Başka bir ifadeyle, zamanaşımına uğramış bir borcun borçlusu eğer def'i hakkını kullanmamışsa temerrüde düşürülebilir; fakat def'i hakkını kullanan borçlunun bu aşamadan sonra temerrüde düşürülmesi mümkün olmayacaktır.

³⁹⁵ Akev, s. 322; Barlas, **Temerrüt**, s. 25 ve orada dn. 57'de zikredilen yazarlar.

³⁹⁶ Barlas, **Temerrüt**, s. 21; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1216; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 867-868; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 470; Yıldız, s. 5.

³⁹⁷ Barlas, **Temerrüt**, s. 26; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1216 ve orada dn. 271'de zikredilen yazarlar; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 491; Osman Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. V/1, 3, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 497; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 470 ve orada dn. 12'de zikredilen yazarlar; Tümerdem, s. 146; Yıldız, s. 10 ve s. 65.

³⁹⁸ Barlas, **Temerrüt**, s. 25 dn. 55; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 491; Yıldız, s. 65.

Def'i ileri sürüldükten sonra borçlunun temerrüde düşürülememesinin sebebi bu aşamadan sonra borcun dava ve cebrî icra yoluyla elde edilme imkânının ortadan kalkmasıdır. Borçlunun edimi ifadan kaçınma hakkı bulunuyorsa ve borçlu bu hakkını kullanmışsa, artık sözleşmeden doğan yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği söylenemez ve bu sebeple temerrüde düşmesi de söz konusu olamaz³⁹⁹.

Zamanaşımına uğramış bir borcun borçlusu def'i hakkını kullandıktan sonra temerrüdün etkileri de geçmişe yönelik olarak ortadan kalkar. Doktrindeki hâkim görüşe⁴⁰⁰ göre, böyle bir durumda temerrüdün etkileri def'i hakkının şartlarının gerçekleştiği andan itibaren ortadan kalkar. Bir diğer ifadeyle, bu durumda def'i hakkının kullanıldığı an esas alınmaz; doğduğu an esas alınır. Dolayısıyla eğer borçlu mütemerrit duruma düşmeden önce zamanaşımı def'i hakkı doğmuşsa ve temerrüde düştükten sonra bunu ileri sürmüşse, bu def'inin geriye yönelik etkisi sayesinde hiç temerrüde düşmemiş gibi olacaktır. Eğer borçlu temerrüde düştükten sonra def'i hakkı doğmuşsa, def'i hakkının doğduğu zamana kadar temerrüt hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır; ancak bundan sonrası için temerrütten söz edilemeyecektir⁴⁰¹.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bir borcun tek başına zamanaşımına uğramış olması onu eksik borca dönüştürmez. Zamanaşımına uğramış bir borcun eksik borca dönüşebilmesi için açılan davada usulüne uygun bir şekilde zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi gerekir. Dolayısıyla def'i kullanılmadan önceki aşamada zaten bir eksik borcun mevcudiyeti söz konusu değildir. Bu sebeple, sonradan eksik borçlarda temerrüdün mümkün olup olmadığı tartışması ancak def'i kullanıldıktan sonraki aşama için gündeme gelebilir.

Borç ödemedenden aciz belgesinde yer alan alacak faizleri bakımından da temerrüdün söz konusu olamayacağı kanaatindeyiz. Keza konkordato dışında kalan borçlar bakımından da temerrüdün mümkün olmayacağını kabul etmek gerekir; zira aksi yönde bir görüşün kabulü konkordato işleminin niteliğiyle ve doğurduğu sonuçla bağdaşmaz.

³⁹⁹ Gizem Kılıç Öztürk, **Türk Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü**, Bursa: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 42; Tümerdem, s. 146.

⁴⁰⁰ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 491; Yıldız, s. 65. Def'inin geçmişe yönelik etkisi ve bu hususa ilişkin öne sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tümerdem, s. 150 vd.

⁴⁰¹ Yıldız, s. 65.

B) Dava İmkânının Bulunmaması veya Zayıflaması

1) Genel Olarak

Eksik borçların karakteristik özelliklerinden bir tanesi dava ve takip edilme olanağının bulunmamasıdır. Doğuştan eksik borçlar bakımından bu durum borcun doğumundan itibaren söz konusudur. Bir diğer ifadeyle, doğuştan eksik borçlar doğdukları andan itibaren dava ve cibrî icra vasıtasıyla elde edilme imkânından yoksundurlar. Kanun koyucu bu borçların doğduğu andan itibaren ifaya zorlanabileceği her türlü yolu kapattığı için, bu durum açılan davada bir itiraz teşkil eder ve bu sebeple hakim bunu re'sen göz önünde bulundurur. Dolayısıyla doğuştan eksik borç sınıfına giren bir borcun borçlusunun açılan davada borcun bu niteliğini öne sürmesi şart değildir; dosya içeriğinden durumu fark eden hakim bu hususu re'sen göz önünde bulundurması ve davayı reddetmesi gerekir⁴⁰².

Sonradan eksik borçlar bakımından ise biraz farklı bir durum söz konusudur, zira bu borçların dava edilemezliği def'i hakkının kullanılmasına bağlıdır. Bu borçlar doğduğu anda eksik borç niteliğini haiz değildirler; birer tam borç olarak doğmuşlardır. Fakat sonradan, belirli sebeplerden ötürü, dava ve icra yoluyla elde edilme imkânını kaybederek eksik borç niteliği kazanmışlardır. Bu bağlamda bu borçların en yaygın örneği olan zamanaşımına uğramış borçlar ele alınacak olursa görülecektir ki, bir borcun salt zamanaşımına uğramış olması bile onun eksik borç niteliği kazanması için yeterli değildir⁴⁰³. Açılan bir davada veya yapılan bir cibrî icra takibinde bu def'inin usulüne uygun bir şekilde öne sürülmesiyle zamanaşımına uğramış borçlar eksik borç niteliği kazanır. Bu sebeple def'i hakkı kullanılana kadar bu borçların dava yoluyla elde edilmesinin önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Bu aşamada olsa olsa alacak hakkının def'i hakkının kullanılması riski karşısında zayıfladığı öne sürülebilir⁴⁰⁴. Bu husus diğer sonradan eksik borçlar bakımından da geçerlidir. Eğer bu borçlar bakımından bir dava açılır veya cibrî icra takibi yapılırsa, borçlu def'i hakkını öne sürmediği sürece hakim alacak hakkına hükmetmek zorundadır. Fakat def'i hakkı kullanıldığı andan itibaren bu borçlar devlet organları vasıtasıyla elde

⁴⁰² Bkz. İkinci Bölüm, I/A/2.

⁴⁰³ Bkz. İkinci Bölüm, II/A/2.

⁴⁰⁴ Erdem, *Zamanaşımı*, s. 354 ve orada dn. 1230'da zikredilen yazarlar.

edilme imkânını yitirirler. Burada bir itiraz değil, def'i söz konusu olduğundan ötürü hakim bunu re'sen göz önünde bulunduramaz.

Gerek doğuştan eksik borçlar, gerek sonradan eksik borçlar bakımından ortak olan bir nokta vardır: Borçlunun rızası olmadıkça alacaklının alacağını elde etmesi mümkün değildir. Kanun bu tür borçların bazıları bakımından dava hakkını tamamen ortadan kaldırmış; bazıları bakımından ise bu hakkı sadece zayıflatmıştır. Bu ikinci ihtimalde borçluya bir def'i hakkı tanınmakta ve borçlu kendisine tanınan def'iyi ileri sürerek davanın veya takibin reddedilmesini sağlayabilmektedir. Dolayısıyla her ne kadar sonradan eksik borçların bu niteliğe bürünmesi def'inin ileri sürülmesine bağlı olsa da, son tahlilde bunların da zorla elde edilemeyen borçlar olduğu söylenebilir. Borçlunun aleyhine açılan davada def'i hakkının varlığından haberdar olmaması veya bu hakkı kullanmayı ihmal etmesi nedeniyle ifaya mahkûm edilmesi halinde dahi onun ifaya zorlandığı tam olarak söylenemez; zira o def'i öne sürme hakkı bulunmaktayken bunu kullanmamıştır.

2) Eksik Borcun Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesinden Kaynaklanan Talepler

Eksik borçların dava ve cebrî icra yoluyla elde edilme imkânının bulunmaması bu borçlara ilişkin tâli yükümlülüklerle de sirayet eder. Başka bir ifadeyle, eksik borçlar bakımından aynen ifa menfaatini tatmin etmeye yarayan tâli nitelikteki yükümlülüklerin de dava veya cebrî icra yoluyla elde edilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, örneğin, borç ifa edilmediğinde alacaklı müspet zararının tazminini talep edemeyecektir. Zira, müspet zarar alacaklının aynen ifanın gerçekleşmemesi sebebiyle uğradığı zarar olduğu için, bu zararın tazmini alacaklının borcun ifasına olan menfaatinin karşılanması sonucunu doğuracaktır. Bu durum da eksik borçların dolaylı yoldan da olsa zorla ifa edilmesini sağlama anlamı taşıyacaktır. Keza hâkim görüş tarafından aynen ifa talebinin uzantısı niteliği taşıdığı kabul edilen aybın giderilmesini isteme veya yeni bir mal teslimi talep etme hakları da bu gerekçeyle kullanılamaz⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ Aybın giderilmesini isteme veya ayıpsız misliyle değiştirilmesini isteme hakkının bir yenilik doğuran hak değil; aynen ifa talebinin uzantısı niteliği taşıdığı yönündeki hâkim görüş ve bu konudaki tartışmalar için bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 170 vd.; Nafiye Yücedağ, **Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı (TBK ve CISG Uyarınca)**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 305 vd.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılıp kullanılamayacağı meselesine gelince: Kanaatimizce burada öncekilerden farklı bir durum söz konusudur, zira dönme hakkının kullanılması alacaklının ifaya ilişkin menfaatinin tatmin amacına yönelmez. Başka bir ifadeyle, dönme hakkının kullanılması herhangi bir şekilde alacaklının borcun ifasına yönelik menfaatinin karşılamamaktadır. Eksik borçlar bakımından kanun koyucunun yasakladığı yegâne şey borçlunun ifaya zorlanmasıdır. Yukarıda bahsettiğimiz hakların (müspet zararın tazminini talep etme, ayıbın giderilmesini veya ayıpsız misliyle değiştirilmesini isteme) kullanılması borçlunun dolaylı yoldan ifaya zorlanması anlamına gelirken; dönme hakkı bakımından böyle bir şey söz konusu değildir. Bu sebepten ötürü dönme hakkının eksik borçlar bakımından da kullanılmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz. Bu hakkı kullanarak daha önce yerine getirilmiş edimlerin karşılıklı iadesi talep edilebilir. Bu görüşe temel olarak TBK m. 605/II hükmü esas alınabilir. Söz konusu hükümde kumar ve bahis borcu için isteyerek yapılan ödemelerin geri alınamayacağı; ancak kumar veya bahsin usulüne göre yürütülmesi beklenmedik olayla veya diğer tarafın fiiliyle engellenmişse ya da diğer taraf kumar veya bahse hile karıştırmışsa, isteyerek yapılan ödemenin geri alınabileceği öngörülmüştür. Bu hükümden de anlaşılmaktadır ki, kanun koyucunun önüne geçmek istediği esas şey alacaklının ifaya yönelik menfaatinin zorla tatmin edilmesidir. Bunun dışında kanun koyucu belirli şartlar altında dönme hakkının kullanılmasına cevaz vermiştir. Kanaatimizce kumar ve bahisten doğan borçlar için öngörülen bu sonucu diğer eksik borçlara da kıyasen uygulamak gerekir. Bu sebeple, evlilik işlerine aracılık etmesi için bir kimsenin simsara ücreti peşin olarak ödemesi, ancak simsarin kendi yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde; ödemede bulunan tarafın dönme hakkını kullanarak ödediği paranın iadesini talep etmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Bu bağlamda TBK m. 81 hükmü de bu iade talebine bir engel teşkil etmez; zira ne kumar ve bahisten doğan borçlar ne de evlenme simsarlığından doğan ücret alacağı TBK m. 27 veya TBK m. 81 kapsamına girmektedir. Kanun koyucunun bu borçlara bir eksik borç niteliği atfetmesinin arkasındaki sebeplerden birinin bunların gayri ahlâkî niteliği olduğu hususunda tereddüt yoktur. Fakat kanun koyucu belli ki bu ahlâka aykırılık seviyesini TBK m. 27 veya m. 81 kapsamına sokacak düzeyde görmemiş ve bu borçlar bakımından sadece eksik borç yaptırımı öngörmüştür. Başka bir anlatımla, eğer bu borçlar TBK m. 27 ve m. 81 kapsamında iadesi talep edilemeyecek düzeyde gayri ahlâkî nitelik taşısaydı, kanun koyucu bunlar için özel olarak eksik borç yaptırımı öngörmezdi. Bu sebepten dolayı, bunlara ilişkin iade talebinin

TBK m. 81 kapsamına sokulması da mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak, eksik borçlar bakımından dönme hakkının gündeme geldiği durumlarda TBK m. 605/II hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz⁴⁰⁶.

Son olarak, eksik borçlar bakımından *culpa in contrahendo* sorumluluğunun söz konusu olup olmayacağı sorununun da incelenmesi yararlı olacaktır. Kanaatimizce bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Zira *culpa in contrahendo* sorumluluğunda tazmini talep edilebilecek zararlar menfi zararlardır⁴⁰⁷. Menfi zararın tazmini ise alacaklının ifaya ilişkin menfaatinin tatminine yönelik değil; alacaklının sözleşmeyi yaptığı için uğradığı, yapmasaydı uğramayacak olduğu zararların karşılanmasına yöneliktir. Yukarıda sıkça belirttiğimiz üzere, kanun koyucunun eksik borçlar bakımından yasakladığı asıl şey alacaklının ifaya yönelik menfaatinin zorla tatmin edilmesidir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunda bundan söz etmek güçtür⁴⁰⁸.

C) İfa Halinde İadenin Talep Edilememesi

1) Genel Olarak

Eksik borçlar ifa edildikleri takdirde geri istenemezler. İlk bakışta dava edilemeyen bir borcun ifasının sebepsiz zenginleşmeye neden olacağı düşünülebilir. Oysa eksik borçlar dava hakkından mahrum bırakılmakla birlikte, kanun koyucu bunların hukuken geçerli borç niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Eksik borçların söz konusu olduğu durumlarda hukukî anlamda bir borcun bulunması ve ifanın bu borcun ifası

⁴⁰⁶ TBK m. 605/II hükmünün kıyasen uygulanması şeklindeki önerimizin temelinde temerrüt hükümleri çerçevesinde dönme hakkının kullanılmasının genellikle mümkün olmayabileceği endişesi yatmaktadır. Gerçi TBK m. 524 hükmü sadece simsara ödenecek borcun eksik borç niteliğinde olduğunu düzenlemiştir. Fakat aynı şekilde simsarın sözleşmenin karşı tarafına olan “evlilik işlerine aracılık etme” borcunun da bir tam borç niteliğinde olmadığı ve bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen simsarın temerrüde düşürülmesinin mümkün olmayacağı kanaatindeyiz.

⁴⁰⁷ Bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, s. 514; Ümit Gezder, **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, İstanbul: BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2009, s. 192 vd. Hakim görüşün aksine *culpa in contrahendo* sorumluluğunda müspet zararın tazmininin de mümkün olması gerektiği görüşünde bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, s. 262 dn. 13.

⁴⁰⁸ Bu hususa ilişkin şöyle bir örnek verebiliriz: Evlenme simsarlığı yapan bir kişi, yurt dışında yaşayan birinde sözleşmenin kurulacağı yönünde haklı bir kanaat uyandırmış, fakat sonradan haklı bir sebep öne sürmeden sözleşmeyi yapmaktan vazgeçmiştir. Bu durumda sözleşmenin karşı tarafı yaptığı seyahat masraflarını *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde talep edebilmelidir. Zira aksi yönde bir görüşün kabulünün kanun koyucunun eksik borçlar için öngördüğü müeyyideyi (aynen ifanın dava ve takip yoluyla istenememesi) amacına aykırı bir şekilde genişleteceği ve adaletsiz olacağı kanaatindeyiz.

sebebiyle (*causa solvendi*) yapılmasından ötürü sebepsiz zenginleşmeden söz edilemez.

Belirtmek gerekir ki, bir eksik borcu ifa eden borçlunun yerine getirdiği edimlerin iadesini İİK m. 72/VII hükmü uyarınca talep etmesi de mümkün değildir. Söz konusu hüküm hukuken mevcut olmayan bir borcun icra tehdidi altında ifa edilmesi halinde iadenin talep edilebileceğini düzenlemektedir. Oysa eksik borçlarda geçerli bir borç mevcut olduğu için böyle bir borcu ifa eden borçlu İİK m. 72/VII hükmü anlamında “borçlu olmadığı bir parayı tamamen ödemek mecburiyetinde kalan şahıs” olarak değerlendirilemez.

Eksik borçların ifası bir tam borcun ifasından hiçbir farklılık göstermez. Bu sebeple bu borçlar borçlunun kendisi tarafından ifa edilebileceği gibi, bir temsilci aracılığıyla veya üçüncü bir kişi tarafından da ifa edilebilir. Örneğin çocuğunun kumar veya bahisten doğan borcunu ifa eden bir babanın daha sonradan iadeyi talep etmesi mümkün olmayacaktır.

2) Hata Sebebiyle İptalin Mümkün Olmaması

Eksik borçların hukuken borç niteliği taşımasının başka bir sonucu da, bunların hataen ifa edilmiş olmaları halinde bile geri istenememeleridir. Nitekim zamanaşımına uğramış borçların ifasına ilişkin olarak TBK m. 78/II hükmünde, borçlunun hataen ifa etmiş olup olmamasına göre bir ayırım yapılmaksızın, yerine getirilmiş edimlerin geri istenemeyeceği öngörülmüştür. Tekrar belirtelim ki, kanun koyucunun eksik borçlar bakımından yasakladığı şey bu borçların ifası değildir; borçlunun ifaya zorlanmasıdır. Bu sebeple borcunun eksik borç niteliğinde olduğunu bilmeden bunu ifa eden borçlu, iade talebinde bulunamaz; zira zaten borçlu olduğu bir edimi yerine getirmiştir.

Öte yandan, borcunun eksik borç niteliğinde olduğunu bilmeden bunu ifa eden kişinin hata hükümlerine dayanarak iptal hakkını kullanması ve yerine getirdiği edimlerin iadesini talep etmesi de mümkün olmamalıdır. Zira bu durumda kişi borcun mevcudiyetine, niteliğine veya konusuna ilişkin bir hataya düşmemiştir. Borçlunun hataya düştüğü husus, yerine getirdiği edimin dava hakkından mahrum bulun-

masıdır. Böyle bir durumun da hataya ilişkin kanun hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal etmek için geçerli bir sebep teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz. Kaldı ki aksi yönde bir görüşün kabulü eksik borç kavramının içinin boşaltılması anlamına gelirdi⁴⁰⁹.

3) Eksik Borcun İfasının Bağışlama Teşkil Etmemesi

Kişinin ifa etmekle mükellef kılınmadığı bir borcu ifa etmesi ilk bakışta bağışlama işlemiyle benzerlik gösterebilir. Fakat eksik borçların ifasının bağışlama ile hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Öncelikle belirtelim ki, bağışlama sözleşmesi ile yapılan kazandırmaların temelindeki hukukî sebep bağışlama sebebidir (*causa donandi*). Bağışlamadan söz edilebilmesi için bağışlayanın, bağışlama sâikiyle hareket etmesi ve bağışlananın da bu sâiki bilmesi gerekir⁴¹⁰. Oysa bir eksik borcu ifa eden kişi bağışlama sâikiyle hareket etmediği gibi, alacaklı da ifa edilen edimi bu sebeple kabul etmemektedir. Başka bir ifadeyle, borcunu ifa eden kişi eksik borçlar sınıfına giren hukukî işlemlerden doğmuş olan bir borcunu ifa etme sâikiyle hareket etmektedir. Dolayısıyla eksik borçların ifası bir bağışlama niteliği taşımamaktadır⁴¹¹.

Eksik borçların yerine getirilmesinin bağışlama teşkil etmemesinin bir diğer sonucu da bu borçların ifası amacıyla yerine getirilen edimlerin miras hukuku kurallarına göre tenkise tâbi olmamasıdır⁴¹².

⁴⁰⁹ Böyle bir durum aynı zamanda zamanaşımına uğramış bir borcun ifasından kaynaklanan zenginleşmelerin geri istenemeyeceğine ilişkin olan TBK m. 78/II hükmüne de aykırı bir sonuç doğurur.

⁴¹⁰ Eren, **Borçlar Özel**, s. 286 ve orada dn. 20'de zikredilen yazarlar; Vardar Hamamcıoğlu, s. 89-90; Zevkliler/Gökyayla, s. 178.

⁴¹¹ Eren, **Borçlar Özel**, s. 285. Ayrıca bkz. Vardar Hamamcıoğlu, s. 197 vd.: Yazar eksik borçları kumar ve bahisten doğan borçlar, evlenme simsarlığından doğan borçlar, zamanaşımına uğramış borçlar ve malikin iyi niyetli zilyet karşısındaki borcu olmak üzere dört ayrı sınıfta incelemiş ve hepsinde de yapılan ifanın *causa solvendi* ile yapıldığından hareketle bağışlama teşkil etmediğini ifade etmiştir.

⁴¹² Cansel/Özel, s. 88 ve s. 95.

II. Eksik Borçların Özel Sonuçları

Eksik borçların genel özellikleri bakımından kısa ve net sonuçlara varmak mümkün olsa da, bunların konu olduğu bazı işlemler bakımından aynı şeyi söylemek pek de mümkün değildir. Eksik borçların konu olduğu bazı hukukî işlemler bakımından borcun türüne göre çok farklı sonuçlara varılabilmektedir. Eksik borçların her biri bakımından farklı sonuçlar doğuran bazı hukukî işlemler çalışmamız kapsamında bu başlık altında incelenecektir. Bu bağlamda söz konusu işlemler bakımından önce genel nitelikte bilgi verilecek, sonrasında eksik borçların bu hukukî işlemlere konu olması durumunda doğacak hüküm ve sonuçlar incelenecektir.

A) Takas Bakımından

1) Genel Olarak

Türk hukukunda takas kurumu Borçlar Kanunu'nda "Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı" başlığı altında m. 139 – m. 145 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerde takasa ilişkin bir tanım yer almamaktadır. Doktrinde takas, "karşılıklı, muaccel ve aynı cins iki borcun, borçlulardan birinin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesi" olarak tanımlanmaktadır⁴¹³. Takasın gerçekleşmesiyle tarafların borçları az olan oranında karşılıklı olarak sona erer. Eğer bu borçlar eşit miktardaysa her ikisi de tamamen; eşit miktarda değilse daha az olan borç kadar sona erecektir. Bu durumda takas daha fazla olan borç için bir değişiklik sebebi teşkil ederken, az olan borç bakımından bir sona erme sebebi olacaktır⁴¹⁴.

Aşağıda takasın şartlarını incelerken de değineceğimiz üzere takas işleminde karşılıklı iki borç ve dolayısıyla karşılıklı iki alacak bulunur. Bunlardan ilki takas beyanında bulunan kişinin, takas muhatabından olan alacağıdır. Doktrinde bu alacak için "aktif alacak" veya "takas alacağı" ifadeleri kullanılmaktadır⁴¹⁵. Takas beyanında bulunan kişi, bu alacağına dayanarak takas hakkını kullanmaktadır. Diğeri ise

⁴¹³ Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, s. 21. Doktrinde yapılan daha farklı tanımlar için bkz. Aral, s. 21; Develioğlu, **Takas**, s. 5-6.

⁴¹⁴ Aral, s. 21-22; Eren, s. 1425.

⁴¹⁵ Aral, s. 22; Develioğlu, **Takas**, s. 6.

takas muhatabının takas beyanında bulunan taraftan olan alacağıdır. Bir başka deyişle, takas beyan eden tarafın takas muhatabına olan borcudur. Bu alacak için ise “pasif alacak” veya “esas alacak” ifadeleri kullanılmaktadır⁴¹⁶.

Takas beyan eden taraf, kanunun ona bahsettiği tek taraflı bir bozucu yenilik doğuran hakkını kullanmış olur⁴¹⁷. Türk-İsviçre hukukunda kural olarak beyana dayalı takas söz konusudur.

Takas hakkının kullanılabilmesi için mevcudiyeti gerekli şartlar TBK m. 139/I hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükümde takas hakkının kullanılabilmesi için üç şart öngörülmüştür. Bu şartların beyanın muhataba ulaştığı anda mevcut olması gerekir. Eğer takas ileri sürüldüğü anda bu şartlar mevcut değilse takas hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır⁴¹⁸.

Takas beyanında bulunulabilmesi için gereken ilk şart borçlarda karşılıklılık (mütekabiliyet) şartıdır⁴¹⁹. Buna göre, takas ileri sürülebilmesi için beyanda bulunan kişinin, muhatabın hem borçlusu hem de alacaklısı olması gerekir. Başka bir deyişle, takas hakkının kullanılabilmesi için karşılıklı iki alacağın mevcut olması gerekir. Bunlardan biri takas beyan edenin takas muhatabından olan alacağı; diğeri ise takas muhatabının takas beyan eden kişiden olan alacağıdır. Bu alacakların aynı borç ilişkisinden doğmuş olması aranmaz. Eğer beyanda bulunan kişi karşı tarafa hem herhangi bir borç ilişkisinden dolayı borçlu, hem de ondan herhangi bir sebeple alacaklı değilse takas beyanında bulunma hakkı doğmayacaktır.

⁴¹⁶ Aral, s. 22; Develioğlu, **Takas**, s. 6-7.

⁴¹⁷ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 193; Develioğlu, **Takas**, s. 12-13 ve s. 40; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1411; Günerkök, s. 207; Hatemi/Gökyayla, s. 312; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 1095 (Ancak yazar, yine aynı sayfada, takasın maddi hukuk açısından bir def’i niteliği taşıdığını ifade etmektedir); Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1012. Ayrıca bkz. Yarg. 23. HD, T. 19.11.2019, E. 2016/8075, K. 2019/4808: “Yenilik doğuran bir hak olan takasın, davadan önce ve dava sırasında ileri sürülmesi mümkün olduğu gibi...” (Kazancı). Yargıtay bazı kararlarında ise takasın def’i niteliği taşıdığını ifade etmiştir. Bu yöndeki kararlar için bkz. Yarg. 22. HD, T. 24.10.2019, E. 2016/19778, K. 2019/19819; 22. HD, T. 5.11.2019, E. 2017/25259, K. 2019/20247; 9. HD, T. 30.4.2009, E. 2008/37378, K. 2009/12271: “Takas ve mahsup bir def’idir.” (Kazancı).

⁴¹⁸ Develioğlu, **Takas**, s. 73.

⁴¹⁹ Karşılıklılık şartı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, s. 42 vd.; Develioğlu, **Takas**, s. 79 vd.

TBK m. 139/I hükmü çerçevesinde takas beyanında bulunabilmek için ikinci şart ise alacakların aynı cinsten (türdeş) olması şartıdır⁴²⁰. Bu şart söz konusu hükümde “*bir miktar para veya özdeş diğer edimler*” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, takas hakkı ileri sürüldüğü anda karşılıklı borçların aynı cinsten olması gerekir. Eğer her iki tarafın borcu da bir miktar para ise takas işlemi bu miktarların birbirinden mahsup edilmesinden ibaret olacaktır⁴²¹. Para borçları dışındaki borçlar için takas işlemi ancak aynı cinsten misli eşya için söz konusu olabilir. Bu durumda karşılıklı edimlerin sadece aynı cinsten olması yetmez, bu edimler arasında herhangi bir tür farkının da olmaması gerekir. Örneğin her iki tarafın borcu da belirli bir meyve türü ise bu meyvelerin aynı yöreden, aynı özelliklere sahip meyveler olması gerekir⁴²². Parça borçları bakımından ise türdeşlik şartı gerçekleşmediği için takas mümkün olmaz⁴²³.

Takas hakkının kullanılabilmesi için mevcudiyeti gereken bir başka koşul ise takas beyan eden tarafın alacağının (takas alacağı/aktif alacak) muaccel, takas muhatabının alacağının (esas alacak/pasif alacak) ise ifa edilebilir olmasıdır. Her ne kadar TBK m. 139/I hükmünde “her iki borç muaccel ise” denilmişse de, doktrinde sadece aktif alacağın muaccel olması gerektiği, pasif alacağın ifa edilebilir olmasının yeterli olduğu hususunda görüş birliği vardır⁴²⁴. Başka bir ifadeyle, takas beyanında bulunan kişinin borcunun muaccel olması şart değildir, ifa edilebilir olması yeterlidir. Fakat beyanın yöneltildiği kişinin, yani takas muhatabının, borcunun muaccel olması gerekir. Bir kimse henüz muaccel olmayan bir borcunu ifa etme yetkisine sahip ise, aynı yetkinin bir ifa ikamesi olan takas hakkı bakımından da kabul edilmesi gerekir. Bir başka anlatımla, borcunu fiilen ifa edebilme yetkisine sahip bir kişiyi takas hakkını kullanabilmesi için borcunun muaccel olmasını beklemeye zorlamak gereksizdir. Fakat bu durum takas muhatabı bakımından adaletsiz bir durum oluşturmamalıdır. Bu sebeple takasın hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için beyanda bulunan kişinin

⁴²⁰ Özdeşlik şartı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, s. 56 vd.; Develioğlu, **Takas**, s. 126 vd.

⁴²¹ Takas işlemine konu olan para borçlarından birinin farklı bir para birimiyle belirlenmiş olması halinde bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği husus hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, s. 61 vd.; Develioğlu, **Takas**, s. 129 vd.

⁴²² Develioğlu, **Takas**, s. 136.

⁴²³ Aral, s. 64; Develioğlu, **Takas**, s. 136; Feyzioğlu, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 495.

⁴²⁴ Aral, s. 65; Develioğlu, **Takas**, s. 141; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1415; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 615; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 529-530; von Tuhr, s. 670.

borcunun ifa edilebilir olması yeterli görülürken; karşı tarafın borcunun, yani beyanda bulunan kişinin alacağının, muaccel olması şartı aranmıştır⁴²⁵.

TBK m. 139/I hükmünde anılan bu şartların yanında, ilâve bazı şartların da mevcut olması gerektiği savunulmaktadır. İlk olarak kanunda buna ilişkin bir düzenleme bulunmamasına rağmen, doktrinde takas beyanında bulunan kişinin alacağının (aktif alacak/takas alacağı) dava edilebilir bir alacak olması gerektiği kabul edilmektedir⁴²⁶. Başka bir ifadeyle, eğer takas muhatabı bir def'i⁴²⁷ veya itiraz öne sürerek borcunu ifa etmekten kaçınma hakkına sahip ise takas hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır⁴²⁸. Zira böyle bir durumda takasın gerçekleşeceği kabul edilirse, takas muhatabı olan kişi borcu ifadan kaçınma hakkından sırf karşı taraf takas ileri sürdüğü için mahrum kalacaktır. Örneğin bir kişinin ödemelik def'i ileri sürme hakkı varken, sırf karşı taraf takas beyanında bulunduğu için borcun sona ermesi ve bu def'i hakkını kullanamayacak olması adaletsiz bir sonuç doğuracaktır. Bu sebeple takas muhatabının borcunun alacaklı açısından talep ve dava edilebilir bir borç olması gerekir. Bu bağlamda zamanaşımına uğramış borçlar bakımından istisnai bir durum söz konusudur. Bu duruma eksik borçların takası başlığı altında ayrıca değinilecektir.

⁴²⁵ Muacceliyet şartı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, s. 65 vd.; Develioğlu, **Takas**, s. 140 vd.

⁴²⁶ Akev, s. 322 ve orada dn. 6'da zikredilen yazarlar; Aral, s. 82; Develioğlu, **Takas**, s. 150; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1018; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 530; von Tuhr, s. 670. Ayrıca bkz. Yarg. 19. HD, T. 19.12.2019, E. 2018/2646, K. 2019/5613: "Açılan itirazın iptali davasında İlk Derece Mahkemesi'nce davalının takas def'isini dayandırdığı 2.1.2014 tarihli temlik sözleşmesinin muvazaalı olduğu ve takasa konu edilemeyeceği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi'nce, İlk Derece Mahkemesi kararı kaldırılıp davalının takas def'i kabul edilerek davanın reddine dair verilen karar taraf vekillerince temyiz edilmiştir...Açıklanan bu çerçevede içerisinde davalının dayandığı 2.1.2014 tarihli adî yazılı şekilde yapılan temlikin davacıya karşı takasa konu olabileceğini kabul eden Bölge Adliye Mahkemesi değerlendirmesinin doğru olmadığı anlaşılmaktadır. Bölge Adliye Mahkemesi'nce yapılması gereken iş, davalının takas def'ine dayanak yaptığı temlikin davacıya karşı ileri sürülmesinin mümkün olmadığı kabul edilip..."; 9. HD, T. 30.4.2009, E. 2008/37378, K. 2009/12271: "Takas hakkını ileri sürenin alacağı, dava edilebilir bir alacak olmalıdır. Takası ileri süren tarafın alacağının tartışmalı olması, takas ileri sürülmesine engel değildir. Alacağı tartışmasız olan taraf bu takasa itiraz edebilir ve kendi alacağını dava edebilir. Takası ileri süren tarafın bunun için dayandığı alacağın, talep ve dava edilebilir bir alacak olması gerekir"; HGK, T. 7.6.1969, E. 1966-4/1116, K. 1969/602: "Borçlar Kanunu'nun 118. maddesi, takası talep edilecek alacağın dava edilebilir bir mahiyette olması ve bu itibarla bu alacağa karşı kullanılabilecek bir def'i hakkının bulunmaması esasını kabul etmiştir." (Kazancı).

⁴²⁷ Takas muhatabı bir geciktirici def'ie dayanmakta ise bu durum takasın ileri sürülmesini sadece geçici olarak engeller. Takas muhatabının bu def'iyi ileri sürme hakkının ortadan kalkmasıyla takas mümkün hale gelecektir. Bkz. Aral, s. 83; Develioğlu, **Takas**, s. 151 dn. 620.

⁴²⁸ Bir görüşe göre bu durumda takas hüküm ve sonuçlarını doğurur. Fakat takas muhatabının def'i hakkını kullanması ile hükümsüz hale gelir. Bkz. von Tuhr, s. 671.

Son olarak da takasın hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için takas hakkından feragat edilmemiş olması gerekir⁴²⁹. TBK m. 145 hükmünde borçlunun takas hakkından önceden de feragat edebileceği öngörülmüştür. Bu feragat takas hakkı doğmadan yapılabileceği gibi, takas hakkı doğduktan sonra da yapılabilir. Fakat ikinci durumda feragatin mümkün olması için takas hakkının henüz kullanılmamış olması gerekir⁴³⁰. Doktrindeki hâkim görüşe göre bu feragat tarafların yapacağı bir sözleşme ile mümkün olabilir⁴³¹. Başka bir deyişle, bu görüşe göre takas hakkından tek taraflı bir irade beyanıyla feragat edilmesi mümkün değildir. Fakat takas hakkı bir bozucu yenilik doğuran hak olduğu için bundan feragatin de tek taraflı bir irade beyanıyla gerçekleşebileceğini savunan yazarlar da mevcuttur⁴³². Takas hakkından feragat edilmiş olması halinde diğer şartlar mevcut olsa bile takas hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır⁴³³.

Türk hukukunda takas işleminin geriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmiştir. TBK m. 143/I hükmünde “*her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer*” ifadesi bulunmaktadır. Buna göre takas işlemi, takas beyan edildiği andan itibaren değil, alacakların takas edilebileceği andan başlayacak şekilde geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur⁴³⁴.

⁴²⁹ Takas hakkından feragatle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, s. 102 vd.; Develioğlu, **Takas**, s. 163 vd.

⁴³⁰ Develioğlu, **Takas**, s. 165.

⁴³¹ Aral, s. 102-103; Develioğlu, **Takas**, s. 165 dn. 672’de zikredilen yazarlar; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1416; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 1094.

⁴³² Bkz. von Tuhr, s. 673.

⁴³³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda “Takastan Feragat Yasağı” başlığını taşıyan TBK m. 326 hükmüyle takastan feragate bir istisna getirilmiştir. İlgili hüküm uyarınca kiracı ve kiraya veren, kira sözleşmesinden doğan alacaklarını takas etme hakkından önceden feragat edemeyeceklerdir. Tarafların bu hükme aykırı bir şekilde feragat sözleşmesi yapması halinde bu feragat geçerli olmayacak ve takas hakkının kullanılması mümkün olabilecektir. Bkz. Develioğlu, **Takas**, s. 166.

⁴³⁴ Aral, s. 197; Develioğlu, **Takas**, s. 253; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 534-535; Vedat Buz, “Takas Beyanının Geriye Etkisi Üzerine”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 229 vd. TBK m. 143/I hükmünde yer alan bu düzenlemeye yönelik eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Develioğlu, **Takas**, s. 261 vd. Hukukun birleştirilmesi çabaları çerçevesinde ortaya çıkan metinlerde de geriye etki kabul edilmemiş, genellikle takas beyanının karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracağı öngörülmüştür. Bkz. PICC Art. 8.5; PECL Art. 13:106; DCFR Art. III-6:107.

2) Eksik Borçların Takası

Eksik borçların da takasa konu olabilmesi bazı durumlarda mümkündür. Bu bağlamda eksik borcun türüne ve takas beyanında bulunan kişinin borcunun eksik borç olup olmadığına göre bir ayırım yapılması gerekmektedir.

a) Zamanaşımına Uğramış Borçların Takası

Daha önce de belirttiğimiz üzere, takas ileri sürülebilmesi için gereken şartlardan bir tanesi, aktif alacağın dava edilebilir bir alacak olmasıdır. Takas muhatabının bir def'i veya itiraz öne sürme imkânı varsa takas beyanı hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır. Fakat zamanaşımına uğramış borçlar için kanun koyucu bir istisna getirmiştir. TBK m. 139/III hükmünde, zamanaşımına uğramış bir alacağın takasının bu alacağın takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olması koşuluyla mümkün olduğu kabul edilmiştir. Buna göre, eğer bir alacak takas hakkının kullanılması için gerekli şartların olduğu anda henüz zamanaşımına uğramamış ise, sonradan zamanaşımına uğramış olsa bile bu alacağa dayanarak takas ileri sürülebilecektir. Örneğin 1 Ocak 2020 tarihinde henüz zamanaşımına uğramamış olan ve takas edilmesi mümkün bir alacağa sahip olan bir kişi, bu alacak 20 Ocak 2020 tarihinde zamanaşımına uğrasa bile bu tarihten sonra buna dayanarak takas beyanında bulunabilecektir. Hemen belirtelim ki, bu tarihten sonra da takasın diğer şartlarının da mevcudiyetini devam ettirmesi gerekir.

TBK m. 139/III hükmü, takas işlemindeki aktif alacak bakımından uygulama alanı bulacak bir hükümdür. Zamanaşımına uğramış olan alacak eğer pasif alacak ise zaten bunun takasla sona erdirilmesinin önünde bir engel yoktur. Zamanaşımına uğramış bir borcun borçlusu dilerse bu borcu fiilen ifa etme yetkisine sahiptir. Zamanaşımı def'ini ileri süremeyerek borcu fiilen ifa etme yetkisine sahip olan borçlunun, bu borcunu takas hakkını kullanarak sona erdirmeye yetkisine sahip olması da doğaldır.

Kanun koyucu bu hükümle, takas ileri sürme imkânı varken bu hakkını kullanmayan ve sonrasında alacağı zamanaşımına uğrayan kişiyi koruma amacı gütmüştür. Gerçekten de, alacaklı takas hakkının varlığına güvenerek alacağını takip etmekte acele etmeyebilir. Bu durumda takas hakkına güvenerek alacağını takip etmeyen

kişinin, bu alacağını elde etmekten sürekli olarak mahrum bırakılması adil olmayacaktır⁴³⁵.

TBK m. 139/III hükmünün zamanaşımına uğramış borcun alacaklısını koruyucu etkisi kesin değildir. Zamanaşımına uğramış alacağın borçlusu (muhatap), bu alacaklıya karşı olan başka bir borcunu, sonradan doğmuş olsa bile kendi alacağı ile takas ederek, zamanaşımına uğramış alacağı izole edebilir, yani tek başına bırakabilir⁴³⁶. Bu ihtimalde geriye sadece zamanaşımına uğramış alacak kalacak ve karşılıklı alacaklılık şartı gerçekleşmeyeceği için zamanaşımına uğramış alacağın takası da mümkün olmayacaktır⁴³⁷. Böyle bir durumda zamanaşımına uğramış alacağına güvenerek takas beyanında bulunan kişinin, bu alacağını aktif alacak olarak kullanma imkânı elinden alınmış olur. Doktrinde bu tarz bir işlemin hakkın kötüye kullanılması olarak da nitelendirilemeyeceği savunulmaktadır⁴³⁸.

TBK m. 139/III hükmündeki takas hakkının oluştuğu anda alacağın zamanaşımına uğramamış olması şartı, doğduğu anda zamanaşımına uğramış olan alacaklar bakımından bir soru işareti yaratmaktadır. Doğduğu anda zamanaşımına uğramış alacak haklarına örnek olarak bir eser veya satım sözleşmesinde zamanaşımı süresinin dolmasından sonra iş sahibinin veya alıcının ayıba takip eden bir zarara uğraması gösterilmektedir. Keza ayıba karşı tekeffülden doğan hakların tâbi olduğu zamanaşımı süresinin (TBK m. 231 ve m. 478) dolmasından sonra dönme veya bedel indirim haklarının kullanılması halinde, bu hakların kullanılmasından doğan iade alacakları da daha doğduğu anda zamanaşımına uğramış alacaklara örnek verilmektedir⁴³⁹.

⁴³⁵ Aral, s. 87; Develioğlu, **Takas**, s. 156; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 1216 ve orada dn. 25'te zikredilen yazarlar. Doktrindeki başka bir görüşe göre bu hükmün temelindeki sebep, takasın geçmişe yönelik hüküm ve sonuç doğurmasıdır. Takas hüküm ve sonuçlarını beyan edildiği anda değil, takas hakkının doğduğu andan itibaren geçmişe etkili olarak doğuruyorsa, alacağın dava edilebilir olması şartı da bu anda aranmalıdır. Başka bir deyişle, bu görüşe göre, takas hüküm ve sonuçlarını takas şartlarının oluştuğu andan başlayarak doğurduğu için alacağın bu anda zamanaşımına uğramamış olması yeterli kabul edilmiştir. Bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 360; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1018.

⁴³⁶ Aral, s. 88; Develioğlu, **Takas**, s. 157.

⁴³⁷ Bununla birlikte takas işleminde takas beyan eden kişinin karşı taraftan birden fazla alacağı varsa hangi alacağını aktif alacak olarak kullandığını belirtmesi gerekir. Bkz. Aral, s. 186; Develioğlu, **Takas**, s. 219.

⁴³⁸ Develioğlu, **Takas**, s. 157. Karş. ayrıca Aral, s. 88.

⁴³⁹ Peter Gauch, **Le Contrat D'entreprise**, adaptation française par Benoît Carron, Zürich: Schulthess Verlag, 1999, s. 626 (Develioğlu, **Takas**, s. 158'den naklen).

TBK m. 139/III hükmü bu alacakların takasta kullanılmasına engel teşkil eder. Zira bu hüküm uyarınca, bir alacak hakkı zamanaşımına uğradıktan sonra takas hakkı doğmuşsa, bu alacağa dayanarak takas beyan etmek mümkün olmaz. Verilen bu örneklerde de alacak daha doğduğu anda zamanaşımına uğradığı için takasta kullanılamamaları gerekir. Fakat doktrinde savunulan bir görüşe göre⁴⁴⁰ böyle bir durumda takasın mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. Bu görüş taraftarlarına göre bir yandan eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülden doğan hakların tâbi olduğu zamanaşımı süresini düzenleyen TBK m. 478 hükmünün özellikleri; diğer yandan ayıbı zamanaşımı süresi içinde satıcıya bildiren alıcının zamanaşımı süresinin dolmasından sonra da söz konusu ayıpları def'i olarak ileri sürebileceğini öngören TBK m. 231 hükmü göz önünde tutulduğunda, böyle bir alacağın takasta kullanılamaması adil olmayacaktır. Bu nedenle söz konusu alacakların eserin teslimi sırasında veya en geç ayıp ihbarında bulunulduğu anda muaccel olduğunun kabul edilmesi ve takasta kullanılmasına izin verilmesi gerekir.

Federal Mahkeme de verdiği bir kararda⁴⁴¹, zamanaşımı süresi dolmadan önce eserin tamirini talep eden eser sahibinin, zamanaşımı gerçekleştikten sonra bu tamiri üçüncü kişiye yaptırmamasından dolayı müteahhitten olan tazminat alacağını takas işleminde kullanılabileceğine hükmetmiştir.

Doğduğu anda zamanaşımına uğramış alacakların takasında, takasın şartlarının ne zaman gerçekleştiği sorunu ortaya çıkar. Bu bağlamda alacağın ne zaman muaccel hale geldiği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür:

Gauch'a göre⁴⁴², bu durumda alacağın, eserin teslimi sırasında veya en geç ayıp ihbarının yapıldığı anda muaccel olduğunun kabulü gerekir. Bir başka deyişle, iş sahibinin takas hakkının, diğer şartların da gerçekleşmiş olması kaydıyla, eserin teslimi sırasında veya en geç ayıp ihbarının yapıldığı anda doğduğu kabul edilmelidir.

⁴⁴⁰ Gauch, s. 626 (Develioğlu, **Takas**, s. 158'den naklen). Ayrıca bkz. Aral, s. 91.

⁴⁴¹ BGE 107 II 54 vd. (Aral, s. 91 dn. 224'ten naklen).

⁴⁴² Gauch, s. 626 (Develioğlu, **Takas**, s. 158'den naklen).

Aepli'ye göre ise⁴⁴³, alacağın muaccel olduğu an olarak zamanaşımı süresinin dolduğu an esas alınmalıdır. Başka bir anlatımla, alacağın doğduğu ve aynı anda zamanaşımına uğradığı an, takasın şartlarının gerçekleştiği an kabul edilmelidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Türk-İsviçre hukukunda takas hakkı geriye etkili sonuçlar doğurmakta, karşılıklı alacakları takas beyanında bulunulduğu an değil, takasın şartlarının gerçekleştiği anda sona erdirmektedir (TBK m. 143/I). Bu nedenle bu görüşlerden birinin veya diğerinin kabul edilmesinin meydana getireceği sonuçlar da farklı olacaktır:

Gauch'un görüşü esas alındığı takdirde takas beyanı, eserin teslim edildiği veya ayıp ihbarının yapıldığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. *Aepli* bu sonucu iş sahibini daha avantajlı bir konuma soktuğu gerekçesiyle eleştirmektedir⁴⁴⁴. Yazara göre, *Gauch*'un görüşü kabul edilecek olursa, eğer pasif alacak/esas alacak (müteahhidin iş sahibinden herhangi bir sebeple sahip olduğu alacak) daha önceden muaccel olmuş, faiz işleyen bir alacak ise, iş sahibinin doğduğu anda zamanaşımına uğramış aktif alacağını takasta kullandığı takdirde, her iki alacak eserin teslimi veya en geç ayıbın ihbar edildiği anda sona erecek ve dolayısıyla bu andan itibaren pasif alacak için faiz işlemeyecektir. Oysa iş sahibi normal bir durumda zamanaşımının dolmasından çok kısa bir süre önce doğan alacağı için genel hükümlere göre takas hakkını kullanmış olsa idi karşılıklı alacaklar da o andan itibaren sona erecek, örneğin pasif alacak için de o andan itibaren faiz işlemesi duracaktı. Dolayısıyla burada incelediğimiz özel durumda kullanılan takas hakkı bakımından esas alacağın miktarı, normal bir durumda kullanılan takas hakkındaki asıl alacak miktarından daha düşük olacaktır. Bu da bu özel durumda takas hakkını kullanan iş sahibini, normal bir durumda takas hakkını kullanan iş sahibine oranla daha avantajlı bir konuma sokacaktır, ki bunun hukuken izah edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple *Aepli*, takasın şartlarının gerçekleştiği an olarak alacağın zamanaşımına uğradığı tarihin esas alınmasının daha isabetli olduğunu savunmaktadır.

Burada incelediğimiz hukukî soruna ilişkin olarak hukukun birleştirilmesi çabaları çerçevesinde ortaya çıkan metinlerde de ilginç düzenlemeler yer almaktadır.

⁴⁴³ Victor Aepli, **Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Teilband V 1h, Das Erlöschen der Obligationen, Erste Lieferung (Art. 114-126)**, Zürich: Schulthess Verlag, 1991, Art. 120 N. 169 (Aral, s. 91-92'den naklen).

⁴⁴⁴ Aepli, Art. 120 N. 169 (Aral, s. 92'den naklen).

Unidroit İlkeleri'nde (m. 10.10) hükmünde, borçlu zamanaşımı def'i ileri sürene kadar alacaklının takas beyan edebileceği öngörülmüştür. Söz konusu hüküm bir alacağın zamanaşımına uğramış olmasının onu kendiliğinden sona erdirmeyeceğine ilişkin olan m. 10.9 hükmü ile gerekçelendirilmektedir. Bir alacağın salt zamanaşımına uğramış olması onu kendiliğinden sona erdirmeyeceği için def'i hakkı kullanılmadığı sürece alacağın takasa konu olabileceği kabul edilmiştir⁴⁴⁵.

PECL m. 14:503 hükmü⁴⁴⁶ de buna ilişkin bir düzenleme içermektedir. İlgili hükümde, borçlu zamanaşımı def'ini daha önceden veya takas beyanından sonraki iki ay içinde kullanmamışsa, alacak zamanaşımına uğramış olsa bile takasın mümkün olacağı öngörülmüştür. Hemen hemen aynı düzenleme Ortak Referans Çerçevesi Taslağının (DCFR) III-7:503 maddesinde⁴⁴⁷ de yer almaktadır.

b) Diğer Eksik Borçların Takası

Her iki tarafın da borcunun eksik borç olduğu durumlarda bunların takas edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır⁴⁴⁸. Fakat böyle bir işlemin pratik açıdan fazla bir önemi yoktur. Zira ortada zaten her iki tarafın da dava veya cebrî icra yoluyla elde edemeyeceği bir alacağı vardır. Dolayısıyla bu durumda tarafların borçlarını takas etmesi hukukî açıdan önemli bir sonuç doğurmayacaktır.

Taraflardan birinin borcunun eksik borç, diğerinin borcunun tam borç olduğu durumlarda ise sadece borcu eksik borç olan taraf takas ileri sürebilir⁴⁴⁹. Zira böyle bir durumda takas beyanında bulunan taraf zaten ifa etmek zorunda olmadığı bir borcunu, karşı tarafı ifaya zorlayabileceği bir alacağıyla takas etmektedir. Takas hakkını

⁴⁴⁵ Develioğlu, **Takas**, s. 159.

⁴⁴⁶ PECL Article 14:503: Effect of Set-Off: “A claim in relation to which the period of prescription has expired may nonetheless be set off, unless the debtor has invoked prescription previously or does so within two months of notification of set-off” (Kaynak: www.trans-lex.org - Erişim: Eylül 2020).

⁴⁴⁷ DCFR III-7:503: “A right in relation to which the period of prescription has expired may nonetheless be set off, unless the debtor has invoked prescription previously or does so within two months of notification of set-off” (Kaynak: https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/01/dcfcr.pdf - Erişim: Eylül 2020).

⁴⁴⁸ Akev, s. 323; Aral, s. 83; Develioğlu, **Takas**, s. 155.

⁴⁴⁹ Akev, s. 323; Aral, s. 85 ve orada dn. 200'de anılan yazarlar; Develioğlu, **Takas**, s. 154; Hate-mi/Gökyayla, s. 330; Reisoğlu Safa, **Borçlar**, s. 405; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 897; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 1215-1216; von Tuhr, s. 670-671.

kullanan taraf böylece eksik borcunu ifadan kaçınma hakkından feragat etmiş olmaktadır⁴⁵⁰. Örneğin taraflardan birinin borcu kumar borcu, diğer tarafın borcu satım sözleşmesinden doğmuş bir borç ise sadece kumar borçlusu takas ileri sürebilir. Karşı tarafın borcu tam bir borç olduğu için bunu kumar alacağıyla takas etmesi mümkün değildir. Zira, kendisinin ifa etmek zorunda olduğu bir borç varken, karşı tarafın ifaya zorlanamayacağı bir borcu vardır. Bir kimsenin ifadan kaçınma yetkisine sahip olmadığı (tam) bir borcunu, karşı taraftan olan ve dava yoluyla elde edemeyeceği bir alacağıyla takas etmesi mümkün olamaz. Sonuç olarak, takas beyanında bulunma hakkı sadece kendi borcu eksik borç olan tarafa aittir.

Sürekli bir def'i hakkının varlığını bilmeden takas beyanında bulunan kişinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanabileceği kabul edilmektedir⁴⁵¹. Ancak bu görüşün eksik borçların borçlunun rızasıyla ifa edilmesi halinde bu ifanın geçerli olduğu ve iadenin talep edilemeyeceği esası ile bağdaştırılması son derece güçtür. Nasıl ki borçlu borcunun eksik borç olduğunu bilmesee dahi ifa ettiği edimlerin iadesini talep edemiyorsa, aynı esasın bir ifa ikamesi olan takas hakkının kullanılması bakımından da geçerli olması gerekirdi.

B) Kefalet Bakımından

1) Genel Olarak

Kefalet sözleşmesinin tanımı TBK m. 581 hükmünde yapılmıştır. Bu tanıma göre kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, bu sözleşmeyle kefil, esas borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde alacaklının uğradığı zararı karşılama yükümlülüğü altına girer⁴⁵².

⁴⁵⁰ Aral, s. 86; Develioğlu, **Takas**, s. 154-155. Bu hususa ilişkin bir diğer görüşe göre, burada kişinin eksik borcunu rızaen ifa etmesi söz konusu olur; bkz. Akev, s. 323 ve orada dn. 11'de zikredilen yazarlar. İki görüş arasında fazla bir fark bulunmasa da, kanaatimizce bu ikinci görüş durumu izah etmekte daha başarılıdır.

⁴⁵¹ Arsebük, s. 883; Develioğlu, **Takas**, s. 155; von Tuhr, s. 672.

⁴⁵² Haluk Tandoğan, **Garanti Mukavelesi**, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1959, s. 19 (Garanti Mukavelesi); Yavuz/Acar/Özen, s. 1395. Karş. Hüseyin Murat Develioğlu, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 32-33 (Garanti).

Kefalet borcunun hukukî sebebi teminattır⁴⁵³. Alacaklı, alacağını asıl borçludan alamazsa, uğradığı zararı karşılamak için kefile başvurma imkânına sahiptir. Fakat kefil, asıl borçludan farklı olarak, alacaklıya karşı sadece teminat borcu altına girer. Bu sebepten ötürü kefil aynen ifaya zorlanamaz⁴⁵⁴. Zira kefilin borcu, hukukî sebebi teminat olan ve asıl borçlunun borcundan ayrı bir borçtur⁴⁵⁵. Kefalet sözleşmesiyle kefil asıl borçlunun edimini değil, kendi edimini borçlanır. Bu sebeple kefilin, alacaklının sadece müspet zararını karşılamakla yükümlü olduğu söylenebilir⁴⁵⁶. Asıl borçlu borcunu ifa etmezse alacaklı kefinden aynen ifayı değil, sadece müspet zararını talep edebilecektir. Müspet zarar, alacaklının aynen ifanın gerçekleşmemesi sebebiyle uğradığı zarardır⁴⁵⁷. Kefilin aynen ifaya zorlanamaması ve alacaklının müspet zararını karşılamakla yükümlü olması, kefalet borcunun bir para borcu olması sonucunu doğurur⁴⁵⁸.

Kefalet sözleşmesinden fer'î bir borç doğar⁴⁵⁹. Fer'î borçlar asıl borcun amacına hizmet eden, onu genişleten veya teminat altına alan borçlardır. Kefalet sözleşme-

⁴⁵³ Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 364; Burak Özen, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi**, 4. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s. 68 (Kefalet); Eren, **Borçlar Özel**, s. 769-770; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 701 (Borçlar II); Senai Olgaç, **Kefalet**, Ankara: Olgaç Matbaası, 1978, s. 11; Seza Reisoğlu, **Türk Kefalet Hukuku**, Ankara: Cem Web Ofset San. Tic. Ltd. Şti., 2013, s. 24 (Kefalet); Tandoğan, **Garanti Mukavelesi**, s. 19; Zevkliler/Gökyayla, s. 702.

⁴⁵⁴ Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 365; Eren, **Borçlar Özel**, s. 770; Özen, **Kefalet**, s. 65; Reisoğlu Seza, **Kefalet**, s. 27. Kefalet sözleşmesinde kefilin aynen eda ile yükümlü olduğu öngörülürse kefalet sözleşmesi değil, müteselsil sorumluluk söz konusu olur. Bkz. Tandoğan, **Borçlar II**, s. 698 ve orada dn. 19'da zikredilen yazarlar.

⁴⁵⁵ Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 364; Eren, **Borçlar Özel**, s. 772; Gümüş, **Borçlar**, s. 284-285; Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 815; Nami Barlas, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI (9-10 Aralık 2005)**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2006, s. 43 (Kefalet); Necip Bilge, "Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler", **AÜHFD**, C. 11, S. 1, 1954, s. 281 (Kefil); Özen, **Kefalet**, s. 65; Reisoğlu Seza, **Kefalet**, s. 24 vd.; Yavuz/Acar/Özen, s. 1403.

⁴⁵⁶ Aydoğdu/Kahveci, s. 817; Eren, **Borçlar Özel**, s. 770; Gümüş, **Borçlar**, s. 285; Tandoğan, **Borçlar II**, s. 697; Yavuz/Acar/Özen, s. 1397.

⁴⁵⁷ Tandoğan, **Borçlar II**, s. 697.

⁴⁵⁸ Barlas, **Kefalet**, s. 43; Eren, **Borçlar Özel**, s. 773; Özen, **Kefalet**, s. 65-66; Reisoğlu Seza, **Kefalet**, s. 28; Tandoğan, **Borçlar II**, s. 697-698. Kefalet borcunun bir para borcu olduğu hususu TBK m. 583 hükmünden de anlaşılmaktadır. Söz konusu hükümde kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı azami miktarın belirtmemesi halinde sözleşmenin geçerli olmayacağı öngörülmüştür. Buradaki azami miktarın belirtilmesi şartından da kefalet borcunun para borcu olduğu sonucu çıkmaktadır. Zira kefalet sözleşmesinde öngörülen azami miktar ancak para borcu üzerinden belirlenebilir. Bkz. Eren, **Borçlar Özel**, s. 773.

⁴⁵⁹ Ali Çelik, **Müteselsil Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 7; Aydoğdu/Kahveci, s. 815; Barlas, **Kefalet**, s. 44; Bilge, **Kefil**, s. 281; Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 364-365; Develioğlu, **Garanti**, s. 107; Eren, **Borçlar Özel**, s. 774; Gümüş,

sinden de fer'î bir borç doğduğu için bu borcun bağımlı olacağı mevcut ve geçerli bir asıl borcun varlığı gerekir⁴⁶⁰. Asıl borcun doğduğu temel borç ilişkisi niteliğindeki sözleşme geçersiz ise kefalet borcu da doğmaz.

Fer'î niteliği gereği, kefalet borcu asıl borç ile aynı kaderi paylaşır. Bu durum kefalet borcunu her yönden asıl borca bağımlı kılar. Bunun bazı sonuçları vardır. Bunlardan biri, kefalet borcunun üst sınırının asıl borcun miktarını geçememesidir⁴⁶¹. Kefilin asıl borçlunun borcundan daha fazla borçlanması mümkün değildir⁴⁶². Bununla birlikte, asıl borcun sona ermesi kefalet borcunun da kendiliğinden sona ermesine yol açar. Yine fer'îlik ilkesinin başka bir neticesi de, kefilin asıl borçlunun öne sürebileceği def'i ve itirazları öne sürme hakkına da sahip olmasıdır⁴⁶³.

Kefalet sözleşmesinde fer'îlik ilkesi tavizsiz bir şekilde uygulanır. Dolayısıyla tarafların yapacakları bir anlaşmayla kefalet borcunun fer'î niteliğini herhangi bir şekilde değiştirmesi söz konusu olamaz⁴⁶⁴. Böyle bir değişikliğin yapılması durumunda akdedilen sözleşme artık kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Böyle bir

Borçlar, s. 286; Hüseyin Murat Develioğlu, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı”, **GSÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan**, C. 1, S. 1, 2004, s. 297; Kılıçoğlu, **Özel**, s. 655-656; Olgaç, s. 12; Özen, **Kefalet**, s. 88; Özlem Acar, **Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 10 vd.; Reisoğlu Seza, **Kefalet**, s. 22; Tandoğan, **Borçlar II**, s. 695; Tandoğan, **Garanti Mukavelesi**, s. 19; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 474; Yavuz/Acar/Özen, s. 1404; Zevkliler/Gökyayla, s. 703. Fer'îlik ilkesinin istisnaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 104 vd.

⁴⁶⁰ Gümüş, **Borçlar**, s. 286; Özen, **Kefalet**, s. 88; Kılıçoğlu, **Özel**, s. 645-646; Tandoğan, **Borçlar II**, s. 695; Tandoğan, **Garanti Mukavelesi**, s. 19-20; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 474.

⁴⁶¹ Barlas, **Kefalet**, s. 44; Gümüş, **Borçlar**, s. 287; Özen, **Kefalet**, s. 90; Zevkliler/Gökyayla, s. 732.

⁴⁶² Acar Özlem, s. 11; Çelik, s. 8; Olgaç, s. 12; Tandoğan, **Borçlar II**, s. 695. Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunun esas borçlununkini aştığı zaman ne olacağı hususu duruma göre farklı şekillerde değerlendirilebilir. Bu bağlamda ilk olarak tarafların kefaletten başka bir anlaşma yapmayı amaçladıkları öne sürülebilir. Bu olasılıkta tarafların başka bir teminat sözleşmesi yapmak istedikleri sonucuna varılır. Bu durumda sözleşmenin kefalet olarak nitelendirilmesi yapılmak istenen asıl teminat sözleşmesinin geçerliliğine zarar vermez (TBK m. 19). Bir başka yorum ise sözleşmenin esas borca kadar olan kısmının “kefalet sözleşmesi” olarak; kalan kısmının ise “başka bir sözleşme” olarak yorumlanmasıdır. Bu olasılıkta da iki ayrı sözleşme söz konusu olacaktır. Fakat tarafların iradelerinden mutlaka kefalet sözleşmesi yapmayı amaçladıkları anlaşılıyorsa, kısmî butlan gündeme gelir. Bu durumda kefalet sözleşmesi esas borcun üst sınırına kadar olan kısım için geçerli, bunu aşan kısım bakımından geçersiz olacaktır. Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 90.

⁴⁶³ Acar Özlem, s. 12; Çelik, s. 9; Eren, **Borçlar Özel**, s. 774; Olgaç, s. 12; Özen, **Kefalet**, s. 93; Zevkliler/Gökyayla, s. 703.

⁴⁶⁴ Eren, **Borçlar Özel**, s. 774-775; Gümüş, **Borçlar**, s. 287; Özen, **Kefalet**, s. 92; Zevkliler/Gökyayla, s. 704.

sözleşmenin olsa olsa bir garanti sözleşmesi veya müteselsil borçluluğun söz konusu olduğu bir sözleşme niteliği taşıyabileceği savunulmaktadır⁴⁶⁵.

Kefalet sözleşmesinin bir diğer özelliği ise bu sözleşmeden tâli (ikincil) bir borç doğmasıdır. Alacaklının kefile başvurabilmesi için öncelikle asıl borcun ifa edilmemiş olması gerekir. Bu durum da kefalet sözleşmesinden doğan borcun asıl borca nazaran tâli bir niteliğe sahip olduğu anlamına gelmektedir.

Geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için mevcudiyeti gerekli bazı şartlar vardır. Bunlara da, fazla detaya girmeden, ana hatlarıyla değinmeyi uygun görmektediriz.

İlk olarak mevcut ve geçerli bir asıl borcun varlığı gerekir. Daha önceden de belirttiğimiz üzere, kefalet sözleşmesinden fer'î nitelikte bir borç doğar. Kefalet sözleşmesinden doğan borcun bu niteliği, onun başka bir borcun (asıl borcun) amacına hizmet etmesi, onu teminat altına alması ve ona bağımlı olması anlamına gelir. Bu husus TBK m. 582/I hükmünde “*kefalet sözleşmesi ancak mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir*” şeklinde açıkça ifade edilmektedir. Asıl borcun doğduğu sözleşmenin gabin veya irade sakatlığı ile muallel olduğu durumlarda iptal hakkının kullanılmasıyla kefalet sözleşmesi de geçersiz hale gelir. İptal hakkı kullanılmadığı takdirde sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğuracağı için bunu teminat altına alan kefalet sözleşmesi de geçerliliğini koruyacaktır⁴⁶⁶.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği için mevcudiyeti gereken bir diğer şart ise kefil olan kişinin kefalet ehliyetine sahip olmasıdır⁴⁶⁷. Buna göre, sadece tam ehliyetli-ler kefil olabilirler. Tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizlerin kefalet sözleşmesi yapması mümkün değildir⁴⁶⁸. Sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızasıyla da

⁴⁶⁵ Eren, **Borçlar Özel**, s. 775; Reisoğlu Seza, **Kefalet**, s. 22.

⁴⁶⁶ Eren, **Borçlar Özel**, s. 779; Özen, **Kefalet**, s. 155-156. Bununla birlikte, esas borcunun iptal hakkından açıkça feragat etmiş olması da kefilin sorumluluğunu kesinleştirici bir etki doğurur. Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 156 dn. 10. Tandoğan’a göre iptal hakkı kullanılmadığı sürece kefil geçici olarak ifadan kaçınabilir. Fakat yenilik doğuran hakkın süresi içerisinde kullanılmaması halinde kefil artık sorumlu hale gelir. Bkz. Tandoğan, **Borçlar II**, s. 721-722.

⁴⁶⁷ Kefil olma ehliyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 177 vd.; Seda Seyman, **Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları**, İzmir: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013, s. 63 vd.

⁴⁶⁸ Eren, **Borçlar Özel**, s. 781.

olsa kefil olmaları mümkün değildir⁴⁶⁹. Sınırlı ehliyetlilerin ise yasal danışmanlarının izniyle kefil olması mümkündür⁴⁷⁰. Kanunda evli kişiler açısından ise özel bir durum öngörülmiştir: TBK m. 584/I hükmüne göre, eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır⁴⁷¹.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği şekil şartına tâbi tutulmuştur⁴⁷². TBK m. 583/I hükmünde, kefalet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe sözleşmenin geçerli olmayacağı öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, kefalet sözleşmesi bakımından nitelikli yazılı şekil şartı aranmıştır. Gerçekten de, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması yeterli olmayıp, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın ve kefalet tarihinin de bu sözleşmede belirtilmesi gerekmektedir. Yine aynı hükmün devamında, kefilin sorumlu olduğu azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefaletin söz konusu olması durumunda bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girildiğinin kefilin kendi el yazısıyla belirtilmiş olması gerektiği düzenlenmiştir⁴⁷³.

⁴⁶⁹ Eren, **Borçlar Özel**, s. 781; Özen, **Kefalet**, s. 177; Tandoğan, **Borçlar II**, s. 726 vd.; Zevkiler/Gökyayla, s. 712.

⁴⁷⁰ TMK m. 429/I hükmünün ilk cümlesinde, kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen ergin bir kişiye bu maddede sayılan işlerde görüşü alınmak üzere bir yasal danışman atanacağı öngörülmüştür. Yine aynı fıkranın dokuzuncu bendinde kefil olmanın da bu işlerden biri olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple TMK m. 429/I hükmünün dokuzuncu bendine göre sınırlı ehliyetli biri, yasal danışmanının izniyle kefalet sözleşmesi yapabilecektir.

⁴⁷¹ Fakat eşlerin birbirinin rızası olmadan kefil olamayacağını öngören TBK m. 583 hükmünün kapsamı da 28.3.2013 tarihli 6455 sayılı Kanunun 77. maddesiyle bu hükmeye eklenen bir fıkra ile daraltılmıştır. Söz konusu yeni fıkra şu düzenleme yer almaktadır: “Ticaret siciline kayıtlı ticarî işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2016 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarının kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.”.

⁴⁷² Şekil şartı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, **Kefalet**, s. 45 vd.; Özen, **Kefalet**, s. 218 vd.

⁴⁷³ Kefalet sözleşmesinde sadece kefilin imzasının bulunması yeterlidir. Zira kefalet sözleşmesi, daha önceden de belirttiğimiz üzere, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. TBK m. 14/I hükmünde de yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunmasının zorunlu olduğu öngörülmüştür. Dolayısıyla alacaklı herhangi bir borç altına girmeyeceğinden, onun imzasının bulunmaması kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir. Hatta alacaklının isminin de bulunmasına gerek yoktur. Fakat esas borçlunun isminin kefalet sözleşmesinde mutlaka yer alması gerekir. Bkz. Eren, **Borçlar Özel**, s. 783; Özen, **Kefalet**, s. 235; Reisoğlu Seza, **Kefalet**, s. 81-82; Seza Reisoğlu, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet**, Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1992, s. 52.

2) Eksik Borçların Kefaletle Güvence Altına Alınması

818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda eksik borçların kefalet ile güvence altına alınıp alınamayacağına dair net bir ifade bulunmaması, bunun mümkün olup olmadığına dair tartışmalara sebep olmuştu⁴⁷⁴. Fakat 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, kefaletle ilişkin hükümler arasında eksik borçlardan da bahsederek bu tartışmaları büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır. Yeni Türk Borçlar Kanunu'na göre eksik borçlar da kefaletle güvence altına alınabilmektedir. Fakat kanun bazı eksik borçlara kefaleti diğerlerinden farklı hüküm ve sonuçlara bağlamıştır. Bu sebeple kefaletle ilişkin olarak eksik borç türlerinin tamamı bakımından geçerli ortak bir sonuca varmak mümkün değildir; sorunu eksik borçların türlerine göre bir ayırım yaparak incelemek gerekmektedir.

a) Doğuştan Eksik Borçlara Kefalet

aa) Kumar ve Bahisten Doğan Borçlara Kefalet

818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda doğuştan eksik borçlar olan kumar ve bahisten doğan borçlar ile evlenme simsarlığından doğan borçlara kefaletle ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu durum da doktrinde tartışmalara sebep olmuştu.

Doktrindeki hâkim görüş⁴⁷⁵ bu tür borçlara kefaletin mümkün olmadığını kabul ediyordu. Bu görüşün temelinde, kefaletin caiz olmasının kumar ve bahsin eksik borç niteliğini anlamsız kılacağı düşüncesi yatmaktadır⁴⁷⁶. Zira kumar ve bahisten doğan borçlara kefaletin kabul edilmesi halinde, alacaklı esas borçluyu ifaya zorlayamasa bile alacağını kefilden tahsil edebilecektir. Bir başka deyişle, alacaklı bu borçlar için esas borçluyu dava edemese de bu borca teminat vermiş olan kişiyi dava edip ifaya

⁴⁷⁴ Emrah Aktürk, **Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 59-60; Mustafa Fadıl Yıldırım, “Kefalet Sözleşmelerindeki Yenilikler”, **Ankara Barosu Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu**, Ankara, 2011, s. 225; Serap Samancı, **Roma Hukukundan Günümüze Kefalet Sözleşmesi**, Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 51.

⁴⁷⁵ Akev, s. 356 dn. 6'da zikredilen yazarlar; Bilge, **Kumar ve Bahis**, s. 11; Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 409; Gülçin Elçin Grassinger, **Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları**, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996, s. 66 dn. 8'de zikredilen yazarlar.

⁴⁷⁶ Elçin Grassinger, s. 66-67.

zorlayabilecektir. Bu durum da kumar ve bahisten doğan borçlara tanınan eksik borç niteliğine aykırı düşmektedir. Zira eksik borçların karakteristik özelliği, alacaklının borçluyu ifaya zorlayamamasıdır. Borçlu borcunu kendi isteğiyle ifa etmediği sürece alacaklı alacağından mahrum kalacaktır. Bu sebeple, bu borçlar için asıl borçlu ifaya zorlanamıyorsa kefilin de zorlanamaması gerekir. Kaldı ki, kefaletin en başta fer'î niteliği bunu gerektirir. Alacaklının ifa etmek zorunda olmadığı bir borç için kefil zorlamak fer'îlik ilkesiyle çelişkili bir sonuç yaratır. Zira böyle bir durumda kefil, alacaklıdan daha ağır bir borç altına girmiş olur.

Eski Borçlar Kanunu'nun 504. maddesi “kumar ve bahis bir alacak haklı tevlit etmez” ifadesini içermekteyken, hükmün yan başlığı “alacağın dava edilememesi” idi⁴⁷⁷. Kumar ve bahisten alacak hakkının doğup doğmadığına dair net bir ifade bulunmaması, bu borçlara kefaletin mümkün olup olmadığına dair tartışmalara sebep olan bir başka husustu.

Doktrinde taraftar toplayan bir başka görüş⁴⁷⁸ ise kumar ve bahisten doğan borçlara da kefaletin mümkün olduğunu savunmaktaydı. Fakat bu görüşteki yazarlara göre böyle bir durumda kefilin de ifaya zorlanamaması kabul edilmelidir. Zira kefalet borcunun fer'îliği kefilin esas borçludan daha ağır bir borç altına girmesini engeller. Esas borçlunun kumar ve bahis itirazı ileri sürebilmesi, fakat bu borca kefil olan kişinin bu savunmayı yapamaması, kefilin durumunu esas borçluya kıyasla ağırlaştırır. Kefilin borcun eksik borç niteliğini bilerek kefalet sözleşmesi yapması ise bu itirazı öne sürme hakkından feragat ettiği anlamına gelmemelidir, esasen bu çeşit bir feragat de geçersiz olacaktır⁴⁷⁹. Dolayısıyla bu görüşe göre, kefilin borcu da asıl borç gibi eksik borç niteliğinde olacaktır⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Bkz. İkinci Bölüm, I/A/1.

⁴⁷⁸ Akev, s. 359; Elçin Grassinger, s. 67 dn. 9'da zikredilen yazarlar; Tandoğan, **Garanti Mukavelesi**, s. 25-26.

⁴⁷⁹ Elçin Grassinger, s. 67; Tandoğan, **Borçlar II**, s. 725; Tandoğan, **Garanti Mukavelesi**, s. 26.

⁴⁸⁰ Akev, s. 357. Hemen belirtelim ki, bu görüşü savunan yazarlar da kefilin borcun bu niteliğini bilip bilmemesine göre bir ayırım yapmaktadır. Bu bağlamda, sadece kefilin borcun niteliğini bilerek kefil olması halinde kefalet borcu eksik borç niteliği taşıyacaktır. Bu durumda kefil ifada bulunmuşsa, borcunun eksik borç niteliği sebebiyle, bunu geri isteyemeyecektir. Fakat kefil borcun kumar veya bahisten doğduğunu bilmeden kefil olmuşsa ve ifada bulunmuşsa bunu geri istemesi mümkündür; bkz. Akev, s. 359 ve orada dn. 24'te zikredilen yazarlar. Bu durumda kefilin temel hatası hükümlerine dayanabileceği kabul edilmelidir; bkz. Akev, s. 359-360 ve s. 360 dn. 25'te zikredilen yazarlar.

Doktrindeki üçüncü bir görüş taraftarları⁴⁸¹ ise kumar borcuna bilerek kefalette esasında bir garanti sözleşmesi kurulduğunu öne sürmekteydi. Bu görüşe göre, kişinin borcun kumar veya bahisten doğduğunu bilmesine rağmen kefil olmak istemesi, ancak bir garanti sözleşmesi kurmak istediği anlamına gelebilir. Zira burada kefil olmak isteyen kişi, asıl borçlunun bu borcunu ifa etmek zorunda olmadığını bilmesine rağmen ondan daha ağır bir sorumluluk üstlenmeyi kabul etmektedir. Dolayısıyla fer'îlik ilkesine aykırı olan bu durumda bir garanti sözleşmesi kurulmaktadır.

6098 sayılı Borçlar Kanunu ise bu tartışmalara son vermiştir. Her ne kadar kanunda evlenme simsarlığından doğan borçlara kefalete ilişkin bir düzenleme bulunmasa da, kumar ve bahisten doğan borçlara kefalete ilişkin TBK m. 591/IV hükmü getirilmiştir. Bu hükümde, kumar ve bahisten doğan bir borca kefalette kefilin, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebileceği öngörülmüştür.

TBK m. 591/IV hükmünden, kumar ve bahisten doğan bir borca geçerli bir kefaletin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar bu borçlara kefalet mümkün olsa da, böyle bir kefalet pratik açıdan önemli bir sonuç doğurmayacaktır; zira esas borçlunun öne sürebildiği kumar veya bahis itirazını kefil de öne sürebilmektedir. Dolayısıyla böyle bir borç için ne esas borçlu, ne de kefil ifaya zorlanabilmektedir. Her ne kadar kefil, kefalet sözleşmesiyle ayrı bir borç altına girse de, kendisine başvuran alacaklının talebini, esas borcun kumar veya bahisten doğduğunu öne sürerek etkisiz hale getirebilecektir. Kaldı ki, daha önceden de bahsettiğimiz üzere, borcun kumar veya bahisten doğmuş olduğunu hakim re'sen göz önünde bulundurur. Başka bir ifadeyle, bu tür durumlarda bir def'i değil, itiraz söz konusudur. Bunun doğal bir sonucu olarak bu husus kefil açısından da bir itiraz niteliği taşır⁴⁸². Dolayısıyla esas borcun kumar veya bahisten doğduğunu re'sen dikkate almakla yükümlü olan hakim, kefilin dava edilmesi halinde de kefil böyle bir savunma ileri sürmese bile bu hususu göz önünde bulundurması gerekir.

TBK m. 591/IV hükmünde dikkat çeken bir diğer nokta ise, kefilin borcun bu niteliğini bilerek kefil olması halinde bile esas borcun kumar veya bahisten doğdu-

⁴⁸¹ Pelet, s. 152 (Akev, s. 358'den naklen).

⁴⁸² Serkan Ayan, **Kefalet Sözleşmesi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 272 (Kefalet Sözleşmesi).

ğunu öne sürerek ifadan kaçınabilecek olmasıdır. Başka bir ifadeyle, kefilin borcun bu niteliğini bilip bilmemesi bir önem taşımamaktadır. Daha önce de bahsettiğimiz üzere, kefalet borcunun fer'î niteliği onu asıl borçla aynı kadere tâbi kılmaktadır. Bunun bir sonucu olarak da asıl borçlunun öne sürebildiği tüm def'i ve itirazları kefil de öne sürebilmektedir. Dolayısıyla kefilin de borcun kumar veya bahisten doğduğunu öne sürüp ifadan kaçınabilmesi, aslında kefalet borcunun fer'î niteliğinin doğal bir sonucudur.

Eğer kefil borcun kumar veya bahisten doğduğunu bilmesine rağmen ifadan kaçınmayıp alacaklıya ödemedede bulunmuşsa esas borçluya rücu edemeyecektir. Zira kefilin, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebileceği, hatta sürmek zorunda olduğu TBK m. 591/I hükmünde de açık bir şekilde ifade edilmiştir. Kanunun bu hükmüyle kefile bir külfet yüklenmiştir⁴⁸³. Zira, kefilin bu def'i hakkını varlığını bilmesine veya bilmesi gerekmesine rağmen kullanmaması, esas borçluya rücu hakkını kaybetmesiyle sonuçlanmaktadır⁴⁸⁴. Fakat kefil eğer def'inin varlığını bilmeden alacaklıya ifada bulunursa, esas borçluya rücu hakkını kaybetmeyecektir (TBK m. 591/III). Kefili koruma amacı taşıyan TBK m. 591/III hükmü, kumar veya bahisten doğan borçların dolaylı yoldan da olsa zorla ifasına yol açabilir. Zira bu hükme göre borcun niteliğini bilmeyen veya bilmesi beklenemeyen kefil, alacaklıya ödemedede bulunursa esas borçluya rücu hakkını kaybetmeyecektir. Bu durumda kefilin esas borçluya rücu edebilmesi, esas borçlunun bu kumar borcu için dolaylı yoldan da olsa ifaya zorlanması anlamına gelecektir.

bb) Evlenme Simsarlığından Doğan Borçlara Kefalet

Kanunda evlenme simsarlığından doğan borçlara kefaletin mümkün olup olmadığına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre⁴⁸⁵, kumar ve bahis için kabul edilen esasların evlenme simsarlığından

⁴⁸³ Özen, **Kefalet**, s. 573.

⁴⁸⁴ Acar'a göre kefilin böyle bir durumda hâlâ esas borçludan, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak, talepte bulunma hakkı vardır. Bkz. Acar Özlem, s. 350.

⁴⁸⁵ A. Özge Yenice, **Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 59; Aktürk, s. 62; Ayan Serkan, **Kefalet Sözleşmesi**, s. 273; Çelik, s. 51; Elçin Grassinger, s. 68; Özen, **Kefalet**, s. 160; Seyman, s. 109; Tandoğan, **Borçlar II**, s. 725 ve orada dn. 15'te zikredilen yazarlar; Tandoğan, **Garanti Mukavelesi**, s. 26.

doğın borçlar için de kabul edilmesinin önünde bir engel yoktur. Zira her iki borç da doğuştan eksik borç olup, hukukî açıdan aynı niteliği taşımaktadır. Bu sebeple evlenme simsarlığından doğın bir borca kefalet için de, kumar ve bahisten doğın borçlara kefaletle ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır⁴⁸⁶. Aynı sonucun evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya cezaî şart bakımından da söz konusu olacağı kanaatindeyiz.

b) Sonradan Eksik Borçlara Kefalet

aa) Zamanaşımı

Zamanaşımına uğramış borçlara kefalet mümkündür. Fakat kefil olunan borcun kefaletten sonra zamanaşımına uğramasıyla, zaten zamanaşımına uğramış olan bir borca kefalet farklı sonuçlar doğurmaktadır. Esasen sadece ikinci olasılıkta bir eksik borca kefalet söz konusu olur. İlk olasılıkta eksik bir borca kefalet yoktur, bir tam borca kefalet söz konusudur. Sadece kefil olunmuş bu tam borç sonradan eksik borca dönüşmektedir. Bu nedenle sorunun bu iki olasılığın birbirinden ayırt edilerek incelenmesi gerekmektedir.

aaa) Kefil Olunan Borcun Zamanaşımına Uğraması

Kefaletle teminat altına alınan borç (asıl borç) zamanaşımına uğramışsa, kefil alacaklıya karşı zamanaşımı def'ini öne sürerek ifadan kaçınabilir (TBK m. 591/I). Kefilin kendi borcu zamanaşımına uğramamış olsa bile bu böyledir. Asıl borcun zamanaşımına uğraması kefilin de zamanaşımı def'ini öne sürebilmesi için yeterlidir. Keza TBK m. 155/II hükmü uyarınca, zamanaşımı esas borçlu bakımından kesilince kefil bakımından da kesilmiş olacaktır⁴⁸⁷. Fakat yine aynı hükmün üçüncü fıkrasında, zamanaşımının kefil bakımından kesilmesinin, esas borçlu bakımından bir kesilme sebebi teşkil etmeyeceği öngörülmüştür. Bunlar aynı zamanda kefalet borcunun fer'i

⁴⁸⁶ Aksi yönde bkz. Gümüş, **Borçlar**, s. 300-301: Yazara göre kumar ve bahisten doğın borçlar kefaletle teminat altına alınabilirken; evlenme simsarlığından doğın borçları teminat altına almak için yapılan kefalet sözleşmesi geçersizdir. Yazar aynı zamanda ahlâkî görevlerin ifasını da eksik borcun ifası kapsamında değerlendirmekte ve bunların da kefaletle teminat altına alınamayacağını belirtmektedir.

⁴⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 345 vd.

niteliğinin birer sonucudur⁴⁸⁸. Dolayısıyla esas borç bakımından öne sürülebilecek tüm def'iler kefil tarafından da öne sürülebilir.

Esas borçlunun zamanaşımından feragat etmiş olması da kefilin bağlamayacaktır. Başka bir deyişle, alacaklının kefile karşı, esas borçlunun zamanaşımından feragat ettiğini öne sürmesi mümkün değildir. Bu durum TBK m. 160/III hükmünde öngörülmüştür. Kefili koruma amacı taşıyan bu hükme göre, asıl borçlunun zamanaşımından feragat etmiş olduğu kefile karşı öne sürülemez. Bu durumda bile kefil, zamanaşımı def'ini öne sürme hakkına sahip olacaktır. Bu husus TBK m. 591/II hükmünde de belirtilmiştir.

Esas borcun zamanaşımına uğramayan bir borç olduğu hallerde de kefilin borcu zamanaşımına tâbi olmaya devam eder⁴⁸⁹. Bu durumda her ne kadar esas borç bakımından zamanaşımı süresi işlemeyecek olsa da, kefilin borcu bakımından işleyecektir. Zira daha önceden de bahsettiğimiz üzere, kefalet sözleşmesiyle kefil, esas borçluyla aynı borcu üstlenmemektedir. Dolayısıyla bu halde kefil esas borcun zamanaşımına uğradığını öne sürme hakkına sahip olmayacaktır; fakat kendi borcu zamanaşımına uğradığı zaman bunu öne sürerek ifadan kaçınabilecektir. Borcun zamanaşımına uğramadığı hallere örnek olarak TMK m. 864 hükmü verilebilir. Bu hükümde, borcun taşınmaz rehni ile güvence altına alınması halinde zamanaşımının işlemeyeceği öngörülmüştür. Bu durumlarda kefil ancak kendi borcu zamanaşımına uğrarsa bunu öne sürebilir, aksi takdirde borcunu ifadan kaçınamaz.

Esas borcun zamanaşımına uğramayan bir borç olması durumunda zamanaşımını kesen olguların ortaya çıkmasının kefil açısından hüküm doğurup doğurmayaacağı hususu tartışmalıdır. Doktrinde savunulan ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da⁴⁹⁰ benimsenen bir görüşe⁴⁹¹ göre, zamanaşımına uğramayan esas borç bakımından zamanaşımını kesen sebeplerden birinin ortaya çıkması, kefilin borcu bakımından zamanaşımının kesilmesine yol açacaktır. Bu görüşe göre, örneğin, ortada zamanaşımına uğramayan bir esas borç varsa ve bu borç bakımından faize ilişkin bir

⁴⁸⁸ Özen, **Kefalet**, s. 404.

⁴⁸⁹ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 345; Özen, **Kefalet**, s. 404.

⁴⁹⁰ BGE 50 II 405 (Özen, **Kefalet**, s. 404 dn. 13'ten naklen).

⁴⁹¹ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 345-346; Özen, **Kefalet**, s. 404.

ödeme yapılmışsa veya ikrarda bulunulmuşsa (yani zamanaşımının kesilmesine sebep olacak herhangi bir olay gerçekleşmişse), kefilin borcu bakımından zamanaşımı süresi kesilecektir.

Alacaklı, kefile dava açmışken esas borcun zamanaşımına uğraması da mümkündür. Kefile açılmış olan dava, esas borç bakımından zamanaşımını kesen bir sebep teşkil etmez (TBK m. 155/III). Dolayısıyla kefile açılmış olan dava devam ederken esas borcun zamanaşımına uğraması mümkündür. Kefil bu durumda da, esas borcun zamanaşımına uğradığı andan itibaren zamanaşımı def'ini öne sürerek borcu ifadan kaçınabilecektir⁴⁹².

bbb) Zamanaşımına Uğramış Borçlara Kefalet

818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda zamanaşımına uğramış borçlara kefaletle ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu durum da, aynı doğuştan eksik borçlara kefalette olduğu gibi, doktrinde tartışmalara yol açmıştı⁴⁹³.

Doktrindeki hâkim görüş,⁴⁹⁴ bu borçları teminat altına almak için kefalet sözleşmesi yapılabileceğini kabul ediyordu. Bu görüşü savunan yazarlar eski Borçlar Kanunu'nun 485. maddesinin son cümlesine dayanmaktaydı. Bu hükümde, ehliyet-sizlik veya borçlunun sorumlu olmaması sonucunu doğuracak herhangi bir sebepten ötürü geçersiz olan bir borca kefil olunması halinde, kefil borcun bu niteliğini biliyorsa, kefaletin geçerli olacağı öngörülmüştü.

Bu hüküm kefaletin fer'iliği prensibiyle çatışmaktadır; zira burada esas borçlu borçtan sorumlu tutulmadığı halde, kefil sorumlu tutulmaktadır. Dolayısıyla kefilin durumu esas borçlununkinden daha ağırdır. Bu sebeple doktrinde m. 485 hükmünde belirtilen hallerde bir kefalet sözleşmesinin değil; kefalet hükümlerine tâbi bir garanti

⁴⁹² Dietrich Reinicke/Klaus Tiedtke, **Bürgschaftsrecht**, Neuwied-Kriftel-Berlin, 1995, s. 89 (Özen, **Kefalet**, s. 159 dn. 20'den naklen). Kanaatimizce böyle bir ihtimal adî kefalette değil; sadece müteselsil kefalette söz konusu olabilir. Zira adî kefalette alacaklının esas borçluya dava açmadan kefile karşı dava açması halinde kefil peşin (önce) dava def'ini ileri sürerek davanın reddini sağlayabilir.

⁴⁹³ Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 369; Seza Reisoğlu, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", **AÜHFD**, C. 19, S. 1, 1962, s. 348 (Muteberlik).

⁴⁹⁴ Elçin Grassinger, s. 32 dn. 63'te zikredilen yazarlar; Reisoğlu Seza, **Muteberlik**, s. 348; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 44-45.

sözleşmesinin söz konusu olduğu görüşü hâkimdi⁴⁹⁵. Zamanaşımına uğramış borçlara kefaletin mümkün olduğunu savunan yazarlara göre, irade sakatlığı veya işlem ehliyetsizliğine yönelik olarak öngörülmüş bu hükmün, zamanaşımına uğramış bir borca bilerek kefil olan kişi için de uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır⁴⁹⁶. Kanun koyucu m. 485 hükmünde kefil koruma amacı gütmüştür; zira bu tür durumlarda kefaletin mümkün olduğu belirtilmek suretiyle Borçlar Kanunu'nun kefil koruyan hükümlerinin uygulanmasının önü açılmıştır. Maddede belirtilen durumlarda kefil koruyan kanun koyucunun, zamanaşımına uğramış bir borca kefil olmuş kimseyi korumadığı düşünülemez. Bu sebeple zamanaşımına uğramış borçlara kefalette de kefilin bu hükme dayanarak korunmasının isabetli olacağı savunulmaktaydı.

Doktrinde bazı yazarlar⁴⁹⁷ ise, zamanaşımına uğramış bir borç bakımından kefalet hükümlerine tâbi bir garanti sözleşmesinin kurulabileceği iddiasını reddetmekteydi. Bu görüşe göre, kanunda buna dair bir hüküm öngörülmediği sürece, burada kefalet hükümlerine tâbi olmayan bir garanti sözleşmesinin kurulduğunu kabul etmek gerekir. Böyle bir garanti sözleşmesinde, özellikle şekle ve rücu ilişkin hükümler başta olmak üzere, kefaletle ilişkin hükümlerin kıyasen dahi uygulanamaması gerekir⁴⁹⁸. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu m. 485 hükmünün karşılığı olan İsviçre Borçlar Kanunu m. 492/III hükmüne 1942 yılında getirilen bir değişiklik ile kefalet hükümlerine tâbi garanti sözleşmesinin kurulması mümkün kılınmıştır. Bu görüşü savunan yazarlar, bizim kanunumuzda da böyle bir değişiklik yapılması gerektiğini; ancak bu takdirde kefalet kurallarına tâbi bir garanti sözleşmesinin kurulmasının mümkün olduğunu savunmaktaydı. Aksi takdirde ancak kefalet hükümlerine tâbi olmayan, normal bir garanti sözleşmesi söz konusu olabilirdi.

⁴⁹⁵ Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 370; Elçin Grassinger, s. 33; Reisoğlu Seza, **Muteberlik**, s. 348-349 ve s. 348 dn. 81'de zikredilen yazarlar; Tandoğan, **Borçlar II**, s. 722-723. İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatı da bu yöndedir; bkz. BGE 56 II 381 (Reisoğlu Seza, **Muteberlik**, s. 348 dn. 82'den naklen). Bununla birlikte mehz kanun İBK m. 492/III hükmünde böyle bir taahhütte bulunan kişinin kefaletin şartlarına ve ilkelerine göre sorumlu tutulacağı öngörülmüşken; 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda sadece kefaletin muteber olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Tandoğan, **Borçlar II**, s. 722.

⁴⁹⁶ Elçin Grassinger, s. 33. Yazar aynı sayfa dn. 64'te, İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1942'de yapılan değişiklik öncesinde de doktrinde bu görüşün savunulduğunu belirtmektedir.

⁴⁹⁷ Tandoğan, **Borçlar II**, s. 724; Tandoğan, **Garanti Mukavelesi**, s. 25.

⁴⁹⁸ Tandoğan, **Borçlar II**, s. 724; Tandoğan, **Garanti Mukavelesi**, s. 25.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise zamanaşımına uğramış borca kefaletle ilişkin açık bir düzenleme getirerek tartışmaları ortadan kaldırmıştır. Kumar ve bahisten doğan borçlara kefaletten farklı olarak, bu durumda kişinin borcun bu niteliğini bilip bilmemesi farklı sonuçlara bağlanmıştır:

Eğer kişi, borca kefil olurken onun zamanaşımına uğramış olduğunu bilmiyorsa, alacaklıya karşı zamanaşımı def'ini ileri sürebilir. Fakat kişi borcun bu niteliğini bilerek ona kefil olmuşsa zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkından mahrum kalacaktır. Bu husus TBK m. 582/II ve TBK m. 591/I hükümlerinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla bir borcun zamanaşımına uğramış olduğunu bilerek buna kefil olan kişinin, tıpkı bir tam borca kefil olmuş gibi sorumlu olacağını söylemek mümkündür.

Bir kimsenin zamanaşımına uğramış bir borca borcun bu niteliğini bilerek kefil olması durumunda ortada hâlâ bir kefalet sözleşmesinin bulunup bulunmadığı hususu, tıpkı eski kanun zamanında olduğu gibi, bugün de tartışmalıdır. Zira kanun, bu durumda kefilin esas borçlunun sahip olduğu bir def'iyi ileri sürme hakkından mahrum bırakmaktadır. Oysa kefalet sözleşmesinden doğan borç fer'î nitelikte olduğu için esas borçlunun öne sürebileceği tüm def'i ve itirazları kefilin de ileri sürebilmesi gerekir. Kanunun bu hükmü taviz verilmemesi gereken bir ilke olan kefaletin fer'îliği ile çelişen bir sonuç ortaya çıkartmaktadır. Bir görüşe göre⁴⁹⁹, bu durumda olsa olsa fer'îlik ilkesinin gündeme gelmediği, fakat diğer tüm hususlarda kefaletle ilişkin hükümlerin uygulanacağı "isimsiz bir teminat sözleşmesi" kurulmuş olur. Bir başka görüş⁵⁰⁰ ise burada aslında kefalet hükümlerine tâbi bir garanti sözleşmesi yapıldığını savunmaktadır.

Doktrindeki bir görüşe göre⁵⁰¹ kanunun zamanaşımına uğramış borçlara kefalet ile doğuştan eksik borçlara kefaleti farklı hükümlere tâbi tutması isabetli değildir. Zira kumar veya bahisten doğan borçlara kefalette kefilin borcun bu niteliğini bilip bilmemesi bir önem arz etmezken; zamanaşımına uğramış borçlar bakımından bu durum için farklı sonuçlar öngörülmüştür. Bu görüşe göre kanun koyucunun, kumar ve bahisten doğan borçlara kefalette kefilin korumayı amaçlarken, zamanaşımına uğ-

⁴⁹⁹ Özen, **Kefalet**, s. 159.

⁵⁰⁰ Elçin Grassinger, s. 32-33; Reisoğlu Seza, **Kefalet**, s. 52.

⁵⁰¹ Aktürk, s. 63.

ramış borçlar bakımından bilerek kefil olan kişiye bu korumayı sağlamaması doğru değildir. Fakat bu görüş isabetli değildir. Zira zamanaşımına uğramış borçlar ile kumar ve bahisten doğan borçlar aynı sınıfta değerlendirilemez. Her eksik borç türünün kendine has özellikleri vardır ve bunların hepsini tek bir sonuca bağlamaya çalışmak bunların doğasına aykırı sonuçlar doğurur. Gerçekten de, kumar ve bahisten doğan borçlar doğdukları andan itibaren eksik borçlar iken; zamanaşımına uğramış borçlar def'i hakkı kullanılmadıkça eksik borca dönüşmez. Zamanaşımına uğramış borçlar, borçlu def'i hakkını kullanmadığı sürece tıpkı bir tam borç gibi dava ve cebrî icra yoluyla takip edilebilir. Kumar ve bahisten doğan borçlar bakımından ise böyle bir durum söz konusu değildir. Borcun zamanaşımına uğramış olması kanun koyucunun kınadığı bir sonuç değilken; kumar ve bahis alacakları doğdukları andan itibaren icra edilebilirlikten yoksun bırakılmıştır. Keza daha önce de belirttiğimiz üzere, borcun kumar veya bahisten doğmuş olduğunu hakim re'sen göz önünde bulundurur. Bu durum bir def'i değil, itiraz niteliği taşır. Bu borçlar için, doğdukları andan itibaren, borçlu hiçbir zaman cebrî icra veya dava yoluyla ifaya zorlanamaz. Oysa bir borcun salt zamanaşımına uğraması onu eksik borca dönüştürmez. Zamanaşımına uğramış bir borç, zamanaşımı def'i kullanılmadığı sürece, icra edilebilirlik bakımından bir tam borçtan farksızdır. Borcun zamanaşımına uğramış olduğunu hakim de re'sen göz önünde bulundurmaz. Def'i hakkı kullanılmadığı sürece hakim alacak hakkına hükmetmesinin önünde bir engel yoktur. Bu sebeple kanaatimizce zamanaşımına uğramış borçlara kefaletin kumar ve bahisten doğan borçlara kefalet ile aynı hüküm ve sonuçlara bağlanması gerektiğini savunan bu görüş isabetli değildir.

bb) Diğer Sonradan Eksik Borçlara Kefalet

Zamanaşımına uğramış borçlara kefaletin ne gibi sonuçlar doğuracağı düzenlenmişken, diğer sonradan eksik borçlara kefalete ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kanaatimizce, zamanaşımına uğramış borçlara kefalete ilişkin olan bu hükümlerin, konkordato dışında kalan borçlara da uygulanmasının önünde bir engel yoktur. Bu sonuca TBK m. 596/VI hükmünden hareketle de varmak mümkündür. Gerçekten de bu hükümde, kefilin, dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için ödemedede bulunduğu takdirde, asıl borç-

luya karşı rücu hakkına sahip olmayacağı öngörülmüştür. Görüldüğü üzere bu hükümde “dava hakkı vermeyen” şeklinde diğer eksik borçları da kapsayan bir ifade kullanılmıştır. Bu hüküm uyarınca, dava hakkı vermeyen bir borç için ödemede bulunan kefil asıl borçluya rücu edemez. Kefaletteki rücu hakkı, ancak kefilin geçerli bir kefalet sözleşmesine dayanarak alacaklıyı tatmin etmesi halinde doğar⁵⁰². Dolayısıyla TBK m. 596/VI hükmünden, zamanaşımına uğramış borçlar dışındaki diğer sonradan eksik borçlara da kefaletin mümkün olduğu sonucuna varılabilir. Zira bu hükümde zamanaşımına uğramış borçlardan bahsetmeden, sadece “dava hakkı vermeyen borçlar” ifadesi kullanılmakta ve rücu hakkının doğmayacağı öngörülerek bunlara geçerli bir kefaletin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Bu sebepten ötürü diğer sonradan eksik borçlar için de geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulabileceğini, fakat alacaklıya ifada bulunan kefilin esas borçluya rücu hakkının doğmayacağını kabul etmek gerekir.

Eksik borçlara kefalete ilişkin diğer kanunlardaki düzenlemelere bakıldığında İcra İflas Kanununun m. 143 hükmü dikkat çekmektedir. Hükmün dördüncü fıkrasında, borç ödemedenden aciz vesikasında yazılı alacak miktarı için faiz istenemeyeceği öngörülmüştür. Beşinci fıkrada ise kefilin bu alacak miktarı için ödemeye mecbur olduğu faizden dolayı borçluya rücu edemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, esas borçlu hakkında aciz vesikası düzenlenmişse burada yazılı alacak miktarı için faiz istenemeyecek; eğer bu alacak kefaletle teminat altına alınmışsa bu faizler için kefile başvurulabilecektir. Ancak kefil yaptığı ödemeler için esas borçluya rücu edemeyecektir.

⁵⁰² Özen, **Kefalet**, s. 472-473; Yenice, s. 56. Kefilin rücu hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 472 vd.; Yenice, s. 23 vd.

C) Rehin Bakımından

1) Genel Olarak

Rehin hakkı TMK m. 850 ile m. 972 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Aynî teminatlardan biri olan rehin hakkı, alacaklıya borcun ifa edilmemesi halinde rehnedilen şeyi paraya çevirerek alacağını öncelikle tahsil etme olanağı sağlar⁵⁰³.

Rehin hakkı, kural olarak, fer'î bir haktır⁵⁰⁴. Rehin hakkının bu niteliği, onu asıl alacağa bağlı kılar. Bunun sonucu olarak rehin hakkının doğumu, geçerliliği ve sona ermesi asıl alacağa bağlıdır. Geçerli bir alacak mevcut değilse rehin hakkı doğmaz. Asıl alacağın sona ermesi rehin hakkının da sona ermesiyle sonuçlanır. Fakat rehin hakkının fer'î niteliği mutlak değildir. Örneğin, taşınmaz rehni çeşitlerinden olan irat senedi ve ipotekli borç senedinden fer'î bir rehin hakkı doğmaz.

Rehnin mutlaka esas borçlu tarafından verilmesi şart değildir; üçüncü bir kişinin de kendisinin tarafı olmadığı bir borç ilişkisindeki alacaklı için kendi eşyası üzerinde rehin hakkı tesis etmesi mümkündür⁵⁰⁵. Bu durumda rehin veren üçüncü kişi, borcun ifa edilmemesi halinde rehinli şeyin paraya çevrilmesine katlanmak zorunda kalır. Fakat rehin veren üçüncü kişi, asıl borçludan farklı olarak, malvarlığının kalanıyla sorumlu olmaz⁵⁰⁶. Başka bir deyişle, rehin veren üçüncü kişinin sorumluluğu sadece üzerinde rehin hakkı kurduğu şey ile sınırlıdır. Alacaklı bunun paraya çev-

⁵⁰³ Bedia Güleş, **Türk Hukukunda Yapı İpoteği**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s. 17; Burcu Karakuş, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninde Rehin Alacaklısının Koruması**, Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 7; Faruk Acar, **Rehin Hukuku Dersleri**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, s. 2; Fırat Bayezit, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehin Sözleşmesi ve Hükümleri**, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 6-7; Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku, C. 3, Sınırlı Aynî Haklar**, 4. Baskı, Konya: Mimoza Yayınevi, 2012, s. 133 (Aynî Haklar); Korkmaz, s. 5-6; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 626; Turhan Eşer/Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012, s. 439; Zevkiler/Gökyayla, s. 746.

⁵⁰⁴ Acar Faruk, s. 9 vd.; Aslı Makaracı Başak, **Taşınır Rehni Sözleşmesi**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 92; Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 297; Bayezit, s. 12; Ferit Hakkı Saymen/Halid Kemal Elbir, **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1963, s. 628 (Eşya Hukuku Dersleri); Karakuş, s. 8; Korkmaz, s. 12; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 628-629.

⁵⁰⁵ Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 629. Bu durumun istisnasını irat senedi oluşturur. Bu husus TMK m. 907/I'de "irat senedinin borçlusu yüklü taşınmazın malikidir" ifadesiyle hükme bağlanmıştır.

⁵⁰⁶ Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 629.

rilmesiyle alacağını tam olarak elde edemezse, kalanı için asıl borçluya başvurmak zorundadır.

Rehin hakkının konusunu genellikle eşya oluşturur. TMK m. 954 hükmünde başkasına devredilebilen alacakların ve diğer hakların da rehnedilebileceği öngörülmüştür. Rehin haklarının geçerli bir şekilde kurulabilmesi için rehinle teminat altına alınan alacağın belirli veya belirlenebilir olması gerekir⁵⁰⁷.

Medeni Kanun, rehin hakkını “*taşınır rehni*” (TMK m. 939-972) ve “*taşınmaz rehni*” (TMK m. 850-938) başlıkları altında iki ayrı kısımda düzenlenmiştir.

Taşınır rehminin farklı türleri mevcuttur. TMK m. 939/I hükmü uyarınca, bir taşınır üzerinde rehin hakkı kural olarak teslim bağli şekilde kurulabilir. Buna göre rehin hakkının tesis edilebilmesi için rehin konusu şeyin zilyetliğinin alacaklıya veya kararlaştırılan bir üçüncüye kişiye geçirilmesi gerekir. Bir taşınırın rehnedilebilmesi için parasal bir değere sahip olması ve devredilebilir nitelikte olması yeterli görülmektedir⁵⁰⁸.

Taşınır ve taşınmaz rehminin yanı sıra, alacaklar üzerinde de rehin kurulabilir⁵⁰⁹. TMK m. 954 vd. hükümleri alacak rehnine ilişkindir. Bu durumda bir alacak, başka bir alacak üzerinde rehin kurulması suretiyle teminat altına alınmış olur. TMK m. 954/I hükmü uyarınca bir alacak hakkının rehin konusu olabilmesi için bu alacağın devredilebilir nitelikte olması gerekir. Kanunun devrini yasakladığı hakların da rehin konusu yapılamayacağı kabul edilmektedir⁵¹⁰. Alacak rehnine de kural olarak teslim bağli taşınır rehnine ilişkin hükümler uygulanır (TMK m. 954/II).

⁵⁰⁷ Rehin sözleşmesinde teminat altına alınan alacak belirli veya belirlenebilir değilse yokluk yaptırımının söz konusu olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Makaracı Başak, s. 93.

⁵⁰⁸ Makaracı Başak, s. 31.

⁵⁰⁹ Alacak rehni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. A. Lâle Sirmen, **Alacak Rehni**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1990, s. 3 vd. (Alacak Rehni); Ayan Mehmet, **Aynî Haklar**, s. 281 vd.; Aybay/Hatemi, s. 301 vd.; Seda İrem Çakırca, **Adi Alacakların Rehni**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s. 1 vd.; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 746 vd.

⁵¹⁰ Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 747.

2) Eksik Borçlar ve Rehin

Eksik borçların tamamı aynı özelliklere sahip olmadığı için diğer başlıklarda olduğu gibi rehin sorununu incelerken de eksik borçların türlerine göre bir ayırım yapmak gerekir. Öte yandan eksik borçların rehinle teminat altına alınıp alınamayacağı sorununun yanında, ayrıca, eksik borçlara ilişkin alacaklar üzerinde rehin kurulup kurulamayacağı sorununun da incelenmesi önem taşımaktadır.

a) Eksik Borçların Rehinle Güvence Altına Alınması

aa) Doğuştan Eksik Borçların Rehinle Güvence Altına Alınması

Ne Medeni Kanun'da ne de Borçlar Kanunu'nda doğuştan eksik borçların rehinle güvence altına alınıp alınamayacağına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Doktrindeki hâkim görüşe⁵¹¹ göre bu çeşit borçların rehinle güvence altına alınması mümkün değildir. Bu durumda rehin veren kişinin borcun bu niteliğini bilip bilmemesi de bir önem arz etmez. Böyle bir durumda rehnin teminat fonksiyonunu icra etmesi mümkün olmadığı gibi, rehin kurulması doğuştan eksik borçların doğasıyla da çelişir. Bu hususların biraz daha yakından incelenmesi yararlı olacaktır:

Rehin hakkı, alacaklıya borcun ifa edilmemesi halinde alacağını elde edebilmesi için bir güvence sağlar. Borç ifa edilmezse alacaklı rehinli şeyin paraya çevrilmesini sağlayarak alacağını elde etme şansına sahip olur. Fakat doğuştan eksik borçların, örneğin kumar ve bahisten doğan borçların, rehinle teminat altına alınması halinde rehnin paraya çevrilmesi mümkün olmayacaktır. Zira borcun kumar veya bahisten doğmuş olması bir itiraz sebebi teşkil eder ve hakim bunu re'sen göz önünde bulundurur. Dolayısıyla dava edilemeyen bir borcu teminat altına almak için tesis edilmiş rehin de cebrî icra yoluyla paraya çevrilemez⁵¹². Oysa rehin kurulmasının

⁵¹¹ A. Tahir Ögütçü/M. Edip Doğrusöz, **Rehin Hukuku**, Ankara: Ulucan Matbaası, 1982, s. 71; Akev, s. 364 dn. 5'te zikredilen yazarlar; Ali Haydar Karahacıoğlu/M. Edip Doğrusöz/Mehmet Altın, **Türk Hukukunda Rehin**, Ankara: Üçbilek Matbaası, 1996, s. 11; Bilge, **Kumar ve Bahis**, s. 11; Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 409; Eren, **Borçlar Genel**, s. 94; Eren, **Borçlar Özel**, s. 812; Erol Cansel, **Türk Menkul Rehni Hukuku, C. I, Teslim Şartlı Menkul Rehni**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1967, s. 76; Kocayusufpaşaoğlu, s. 55; Makaracı Başak, s. 82-83; Serkan M. Ergüne, **Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002, s. 113; Sirmen, **Alacak Rehni**, s. 12.

⁵¹² Akev, s. 370 ve orada dn. 40'ta zikredilen yazarlar.

amacı alacaklıya borcun ifa edilmemesi olasılığı için güvence sağlamaktır. Alacaklının rehinli şeyi paraya çevirme imkânına sahip olmadığı durumlarda rehnin teminat fonksiyonu yerini getirdiğinden söz edilemez.

Doğuştan eksik borçları teminat altına almak için rehin verilmesi bu borçların doğasıyla da çelişir. Bu borçlar doğdukları andan itibaren dava veya cebrî icra yoluyla elde edilemez niteliktedirler. Kanun koyucu bu tür borçların borçlunun mahvına yol açabileceği endişesiyle bunların ifaya zorlanabileceği tüm yolları kapatmıştır. Bu borçları güvence altına almak için rehin kurulabileceğinin kabulü, borçlunun dolaylı yoldan ifaya zorlanması anlamına gelecektir. Örneğin kumar borcunun alacaklısı dava yoluyla elde edemeyeceği kumar alacağını, rehinli şeyi paraya çevirtmek suretiyle elde etmeyi deneyecektir. Borçlunun dolaylı olarak da olsa ifaya zorlanması kanun koyucunun bu borçlar için öngördüğü hükümlerin amacına ters düşer. Bu bağlamda rehni üçüncü kişinin vermiş olması da bir şeyi değiştirmez; zira kanun koyucunun bu borçlar bakımından yasakladığı şey alacaklının ifaya yönelik menfaatinin zorla tatmin edilmesidir⁵¹³. Rehni üçüncü kişinin vermesi durumunda esas borçlu doğuştan eksik borcunu ifaya zorlanmış gibi gözükmese de, alacaklının bu borç bakımından ifaya yönelik menfaati zorla sağlanmış olacaktır. Böyle bir sonucun doğmasına göz yumulması kanun koyucunun öngördüğü müeyyidelerin kolaylıkla dolanılmasına imkân sağlayacaktır⁵¹⁴.

Doğuştan eksik borçların rehinle teminat altına alınması halinde söz konusu olacak yaptırımın türünün ne olacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁵¹⁵ kurulan rehin geçersiz olur. Başka bir görüş⁵¹⁶ ise burada tesis edilen rehnin aynı teminat altına alınan alacak gibi eksik nitelikte olduğunu savunmaktadır. Buna göre rehnin

⁵¹³ Bkz. Üçüncü Bölüm, I/B/2.

⁵¹⁴ Bu noktada borcun doğuştan eksik borç niteliğini bilmeden rehin veren üçüncü kişinin, malını rehinden kurtarmak amacıyla, borçlunun borcunu ifa etmesi halinde ortaya çıkacak hukukî duruma kısaca değinmek yararlı olacaktır: Rehnin paraya çevrilmesinden endişe ederek borçlunun borcunu ifa eden üçüncü kişi, TBK m. 127/I – b. 3 hükmü uyarınca alacaklının haklarına halef olacaktır. Bu olasılıkta borçlunun, alacaklının haklarına halef olan üçüncü kişiye eksik borç savunmasında bulunması mümkün olmamalıdır. Zira, üçüncü kişinin borcun eksik borç niteliğini bilmeden rehin vermesi ancak borçlunun bu durumu ondan gizlemesi halinde söz konusu olabilir. Dolayısıyla bu durumu kasten gizleyen borçlunun, halef sıfatıyla kendisinden ifa talebinde bulunan üçüncü kişiye karşı eksik borç savunmasında bulunması TMK m. 2/II hükmü çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır.

⁵¹⁵ Ergüne, s. 114.

⁵¹⁶ Akev, s. 364 vd.; Bilge, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 409.

geçerli olarak kurulduğu kabul edilse bile paraya çevrilmesi talep edilemeyecektir. Bazı yazarlar, haklı olarak, her iki görüş arasında pratik sonuçları itibariyle bir fark olmadığını belirtmektedir⁵¹⁷.

Kumar ve bahisten doğan alacakların rehinle teminat altına alınamayacağı esasının, bir diğer doğuştan eksik borç türü olan evlenme simsarlığından doğan borçlar bakımından da geçerli olduğu kanısındayız⁵¹⁸. Zira nitelik bakımından iki borç arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Keza, evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya cezaî şart bakımından da aynı durum söz konusudur.

Ahlâkî yükümlülüklerle gelince: Bu tür yükümlülükleri eksik borç olarak değerlendiren yazarlar arasında bunların rehinle teminat altına alınıp alınamayacağına ilişkin bir görüş birliği yoktur. Bazı yazarlar bu borçların rehinle teminat altına alınamayacağı görüşündeyken⁵¹⁹; bunun mümkün olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur⁵²⁰. Kanaatimizce ahlâkî yükümlülükler hukuken bir borç niteliği taşımadığından bunların rehinle teminat altına alınması da söz konusu olamayacaktır⁵²¹.

bb) Sonradan Eksik Borçların Rehinle Güvence Altına Alınması

Kanunda sonradan eksik borçların rehinle güvence altına alınmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Doğuştan eksik borçlardan farklı olarak, bu borçları teminat altına almak için rehin kurulmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bunun sebebi sonradan eksik borçların def'i hakkı kullanılmadığı sürece dava ve cibrî icra yoluyla elde edilebilir olmasıdır⁵²². Başka bir deyişle, sonradan eksik borçlar bir itiraz sebebi teşkil etmez ve hakim borcun bu niteliğini re'sen göz önünde bulundur-

⁵¹⁷ Makaracı Başak, s. 83 dn. 257.

⁵¹⁸ Aynı yönde bkz. Ergüne, s. 113; Sirmen, **Alacak Rehni**, s. 12.

⁵¹⁹ Sirmen, **Alacak Rehni**, s. 12.

⁵²⁰ Eren, **Borçlar Genel**, s. 96; Ergüne, s. 113. Bu görüşü savunan yazarlar ahlâkî görevlerin ifasının taahhüdünün bir tam borç meydana getireceği düşüncesinden hareket etmektedir. Bu görüş taraftarlarına göre bu borçların ifasını taahhüt bir tam borç niteliği taşıyorsa, bunlar için rehinle teminat verilmesi de mümkün olmalıdır; bkz. Ergüne, s. 113.

⁵²¹ Bu görüşte bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 28. Bu hususa ilişkin ayrıca bkz. İkinci Bölüm, IV/A/2, son paragraf.

⁵²² Cansel, s. 76; Ergüne, s. 113; Makaracı Başak, s. 84 ve orada dn. 262'de zikredilen yazarlar; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 1264.

maz. Dolayısıyla def'i hakkı kullanılmadığı sürece bu borçlar da dava ve icra edilebilirlik açısından bir tam borçtan farksız niteliktedirler.

Sonradan eksik borçlar denildiğinde akla ilk olarak zamanaşımına uğramış borçlar gelmektedir. Zamanaşımı süresi işlerken rehin verilmesi borcun ikrarı anlamına gelir ve zamanaşımının kesilmesine sebep olur (TBK m. 154). Fakat zamanaşımı süresi dolduktan sonra bir borca rehin verilmesi halinde zamanaşımının kesilmesi söz konusu olmaz; zira zamanaşımı süresinin dolduktan sonra kesilmesi mümkün değildir. Bu olasılıkta eksik bir borcun rehinle teminat altına alınması gündeme gelir. Doktrinde zamanaşımına uğramış alacaklar için geçerli bir şekilde rehin kurulabileceği görüşü hâkimdir⁵²³. Bu görüşe göre, borcun zamanaşımına uğramış olması hukuk düzeninin kınadığı, borçlunun ifaya zorlanma yollarının tamamen kapatıldığı bir sonuç olmadığından, bunlar için rehin verilmesi mümkündür⁵²⁴. Bu durumda rehin veren kişinin borcun bu niteliğini bilip bilmemesine göre bir ayırım yapmak gerekir:

Zamanaşımına uğramış bir borç için rehin veren kişi, rehin sözleşmesinin yapıldığı anda borcun bu niteliğini bilmiyorsa bu durum onu zamanaşımı def'ini ileri sürmekten alıkoymaz⁵²⁵. Rehlin veren üçüncü kişi ise, bu kişinin de TMK m. 901/II hükmüne dayanarak zamanaşımı def'ini öne sürmesi mümkündür⁵²⁶. Fakat rehin veren kişi borçlunun kendisi ise rehlin paraya çevrilmesini zamanaşımı def'ini ileri sürerek önlemesi mümkün değildir. Doktrinde bu durumda borçlunun esaslı sâik hatası hükümlerine dayanarak rehin sözleşmesini iptal edebileceği savunulmaktadır⁵²⁷.

⁵²³ Ergüne, s. 113; Saymen/Elbir, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 629-630; Sirmen, **Alacak Rehni**, s. 12 ve orada dn. 27'de zikredilen yazarlar; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 44-45.

⁵²⁴ Bu görüş aynı zamanda TBK m. 159 hükmüne de dayanmaktadır. Bu hükümde bir borç zamanaşımına uğramadan önce rehin ile güvence altına alınmışsa, zamanaşımı gerçekleşikten sonra da rehlin paraya çevrilme imkânının devam edeceği öngörülmüştür. Kanun koyucu alacaklıya zamanaşımı süresi geçtikten sonra bile rehlinli şeyi paraya çevirme imkânı tanıyorsa, zamanaşımına uğramış bir borç için rehin verilmesi de mümkün olmalıdır. Bkz. Sirmen, **Alacak Rehni**, s. 12.

⁵²⁵ Makaracı Başak, s. 84.

⁵²⁶ Ergüne, s. 115; Makaracı Başak, s. 85. Bu durumda rehlin verenin hata hükümlerine de dayanabileceği yönünde bir görüş için bkz. Saymen/Elbir, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 630.

⁵²⁷ Ergüne, s. 115 dn. 58; Gülen Sinem Tek, **Ulaşım Araçlarının İpoteği**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 238; Makaracı Başak, s. 84-85.

Borçlunun borcun zamanaşımına uğradığını bilerek rehin vermesi halinde ise def'i hakkından zımnen feragat ettiği kabul edilmelidir⁵²⁸. Zira bu durumda borçlu def'i hakkını kullanarak ifadan kaçınma imkânı varken, rehin vererek alacaklının alacağını elde etme imkânlarını güçlendirmek niyetindedir. Bu durumdan borçlunun artık zamanaşımı def'inin arkasına saklanmak istemediği sonucu çıkar. Rehlin veren kişinin üçüncü kişi olması halinde de aynı sonuç söz konusu olur. Başka bir ifadeyle, zamanaşımına uğramış bir borç için borcun bu niteliğini bilerek rehin veren üçüncü kişi, TMK m. 901/II'de kendisine tanınmış olan def'i öne sürme hakkından zımnen feragat etmiş olur⁵²⁹.

Konkordato sürecinin başlamasından önce kurulmuş rehin hakları konkordato-dan etkilenmezler. Rehlin konusu şeyin değeri teminat altına aldığı borcu karşıladığı takdirde, alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibi mümkündür⁵³⁰. Buna karşılık, rehin konusu şeyin değeri teminat altına aldığı borcu karşılamadığı takdirde, alacağın rehinle karşılanmayan kısmı konkordato kurallarına tâbi olacak ve konkordato dışında kalan kısım eksik borca dönüşecektir. Konkordato dışında kalan ve eksik borç niteliği taşıyan kısım bakımından bir rehin hakkı kurulup kurulamayacağı sorunu doktrinde fazla incelenmemiştir. Bazı yazarlar⁵³¹ bu borçlar için de rehin verilmesinin mümkün olduğu kanaatindedir. Kanaatimizce üçüncü şahıslar tarafından verilen rehinler bakımından bu görüş savunulabilir. Ancak borçlu tarafından verilen rehinler bakımından İİK m. 297/II hükmünün göz önünde bulundurulması gerekir. Bu hükme göre geçici mühlet kararının verilmesinden itibaren borçlu, mahkemenin

⁵²⁸ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 389 ve orada dn. 1362'de zikredilen yazarlar; Ergüne, s. 114; Makaracı Başak, s. 85; Saymen/Elbir, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 629. Karş. Tek, s. 237-238. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, bu durumda feragat sadece rehnin paraya çevrilmesine ilişkindir ve borçlunun teminat altına alınan borç bakımından zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkı hâlâ mevcuttur. Bkz. Ali Eskiocak, **Teslime Bağlı Taşınır Rehninde Alacaklının Hukuki Durumu**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 66 dn. 154.

⁵²⁹ Makaracı Başak, s. 85.

⁵³⁰ Ancak İİK m. 295 hükmüne göre, "Mühlet sırasında rehinle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez." Rehlin verenin üçüncü kişi olduğu durumlarda, borçlu hakkında konkordato mühleti verilmesi halinde, rehin veren üçüncü kişiye karşı takip yasağı öngören bir hüküm İcra İflas Kanunu'nda yer almamaktadır. Bu nedenle, üçüncü kişiye karşı takip başlatılıp muhafaza ve satış istenmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Anıl Köroğlu, "Rehinli Malın Konkordato Mühleti İçinde Paraya Çevrilmesi Yasağı (İİK m. 295)", **İÜHFEM**, C. 78, S. 1, 2020, s. 148 vd.

⁵³¹ Ergüne, s. 113 dn. 54: Yazar konkordato dışında kalan borçların hukukî niteliğinin tartışmalı olduğunu belirtmekte, fakat eksik borç olarak kabul edilmesi halinde bunlar için rehin verilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir.

izni olmaksızın rehin tesis edemez; mahkemenin izni alınmadan kurulan rehin hükümsüz olacaktır.

b) Eksik Borçlara İlişkin Alacakların Rehnedilmesi

Alacaklar üzerinde rehin hakkı kurulmasının mümkün olması, akıllara eksik borçlara ilişkin alacakların da rehin konusu olup olamayacağı sorusunu getirmektedir. Acaba eksik borç niteliği taşıyan bir alacak üzerinde alacak rehni kurulması mümkün müdür? Tespit edebildiğimiz kadarıyla Türk doktrinde bu sorun üzerinde fazla durulmamıştır.

TMK m. 954/I hükmünde, devredilebilen alacakların da rehne konu olabileceği öngörülmüştür. Aynı zamanda bu alacağın parayla değerlendirilebilen bir alacak olması da gerekir⁵³². Zira alacak parayla değerlendirilemiyorsa rehin hakkı kurulması da anlamsız olacaktır. Doktrinde alacak rehni kısmen alacağın temlik işlemine benzediği ifade edilmektedir⁵³³. TMK m. 955 hükmü uyarınca, bu rehin sözleşmesinin yazılı bir şekilde yapılması ve alacak senede bağlıysa bu senedin de teslimi gerekir⁵³⁴.

Doktrindeki bir görüşe göre⁵³⁵, TMK m. 954 hükmü göz önünde bulundurulduğunda, eksik borçlara ilişkin alacakların da devredilebildikleri takdirde rehnedilebileceği sonucu çıkartılabilir. Örneğin kumar ve bahisten doğan alacakların devredilmesi mümkündür⁵³⁶. Dolayısıyla kumar ve bahisten doğan alacak üzerinde alacak rehni kurulmasının önünde kanuni bir engel bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu hu-

⁵³² Çakırca, s. 29 ve orada dn. 100'de zikredilen yazarlar; Makaracı Başak, s. 66; Sirmen, **Alacak Rehni**, s. 27; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 747. Makaracı Başak'a göre, alacak hakkının rehnedilebilmesi için devredilebilir olması yeterlidir ve doğduğu borç ilişkisi herhangi bir önem taşımamaktadır. Bkz. Makaracı Başak, s. 44-45. Hatta yazara göre, hakkın kaynağı olan hukukî ilişkide bu hakkın devredilemeyeceği kararlaştırılmış olsa bile, hak devredilebilir nitelik taşıdığı sürece yapılan rehin sözleşmesi geçerli olacaktır. Bkz. Makaracı Başak, s. 70.

⁵³³ Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 748.

⁵³⁴ Burada söz konusu olan senet, borç ikrarı içeren ve devri alacak rehni kurulması bakımından zorunlu olan bir senettir. Bkz. Sirmen, **Alacak Rehni**, s. 43 vd.; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 748-749.

⁵³⁵ Akev, s. 388 ve orada dn. 8'de zikredilen yazar.

⁵³⁶ Akev, s. 387. Kumar ve bahisten doğan alacakların yanında, diğer eksik borçlara ilişkin alacakların da devri mümkündür. Bkz. Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 579; Şafak/Diren/Baklacı Çakıroğlu/Öztürk Almaç, s. 39. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm, I/A/2.

susta başlangıçtaki eksik borçlar ile sonradan eksik borçlar arasında bir ayırım yapmak gerekir:

Başlangıçtaki/doğuştan eksik borçlara ilişkin alacaklar üzerinde rehin kurulması genellikle pratik açıdan anlamsızdır. Zira bir rehin sözleşmesinde alacaklının çıkarı, asıl borcun ifa edilmemesi halinde rehin konusu şeyi paraya çevirerek alacağını elde etmekte yatar. Baştan itibaren eksik borç niteliği taşıyan bir alacak üzerinde rehin kurulması olasılığında ise alacaklı bunu paraya çevirmeye çalıştığında engellerle karşılaşacaktır. Örneğin kumar ve bahis alacağı için bu alacağın borçlusunu dava veya cebrî icra yoluyla ifaya zorlayamayacaktır. Başka bir deyişle, rehin konusu alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tahsil edilmesi de mümkün olmayacaktır⁵³⁷. Dolayısıyla tesis edilen rehin hakkı teminat işlevini yerine getiremeyecek, alacaklıyı tatmin etme amacına ulaşamayacaktır.

Böyle bir rehin hakkı sadece çok sınırlı bir alanda anlam ifade edebilir. Şöyle ki; doktrinde alacak rehninin söz konusu olduğu durumlarda rehin alacaklısına bu alacağı tahsil yetkisi de verilebileceği ifade edilmektedir⁵³⁸. Bir başka deyişle, alacaklıya icra yoluyla paraya çevirme yetkisinin yanında alacağı tahsil yetkisi de verilmiş olabilir⁵³⁹. Doğuştan eksik borçlara ilişkin alacakların rehin konusu olması ancak böyle bir olasılıkta anlamlı bir sonuç doğurabilir. Bu durumda örneğin kumar veya bahisten doğan bir alacak rehnedilmişse, borçlu bu borcunu rehin hakkı sahibi alacaklıya ifa ettiğinde bu ifa geçerli olacak ve bunu geri istemesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda ifa yoluyla yapılan kazandırma da sebepsiz zenginleşme teşkil etmeyecektir. Zira temelinde bu ifayı geçerli kılan bir hukukî sebep (alacak rehni) bulunmuş olacaktır.

Buna karşılık sonradan eksik borç niteliği taşıyan alacak, örneğin zamanaşımına uğramış bir alacak, üzerinde rehin hakkı kurulmuş ise böyle bir rehin bir önceki

⁵³⁷ Taşınır rehninin paraya çevrilmesinde izlenecek usul İİK m. 150/g hükmünde öngörülmüştür. Bu hususa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 289 vd. Alacak rehniinde rehin konusu alacakların paraya çevrilmesinde de, İİK m. 150/g hükmü uyarınca taşınırın haciz yoluyla satışına ilişkin İİK m. 112 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekir. Bkz. Sirmen, **Alacak Rehni**, s. 120 vd.

⁵³⁸ Sirmen, **Alacak Rehni**, s. 118; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 751.

⁵³⁹ Hemen belirtelim ki, ifasının başka biri tarafından talep edilmesi konusu veya amacıyla bağdaşmayan alacaklar üzerinde rehin kurulması mümkün değildir. Bkz. Sirmen, **Alacak Rehni**, s. 28.

ihtimale nazaran daha fazla anlam ifade edecektir. Zira bu tür durumlarda borçlu def'i hakkını ileri sürmediği takdirde rehnin paraya çevrilmesi ihtimali de mevcuttur. Hemen belirtelim ki, tüm bu tartışmalar daha ziyade teorik bir nitelik taşır; zira uygulamada bir alacak üzerinde rehin kurulması sık rastlanan bir durum değildir. Üzerinde rehin kurulan alacağın bir de eksik borç niteliği taşıyan bir alacak olduğu durumlar daha da istisnai nitelik taşıyacaktır.

D) Cezaî Şart Bakımından

1) Genel Olarak

Bir sözleşmede borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde tazminat talebinde bulunan alacaklı, uğradığı zararı kendisi ispat etmek zorundadır (TBK m. 50, m. 114/II). Uğranılan zararı ispat yükünün alacaklıda olması nedeniyle, onun zararının karşılanması çoğu zaman kolay olmayacaktır. Sözleşmede cezaî şart kararlaştırılması bir yandan alacaklının hukukî konumunu iyileştirmekte, yani onu zararı ispat külfetinden kurtarmakta ve hatta herhangi bir zarara uğramasa bile ona kararlaştırılan ceza bedelini talep etme imkânı sağlamakta; diğer yandan da üstlendiği borcu ifa etmesi için borçlu üzerinde baskı yaratmaktadır⁵⁴⁰.

Cezaî şart TBK m. 179 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Ne 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda ne de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda cezaî şarta ilişkin bir tanıma rastlanmaktadır. Doktrinde çeşitli tanımlar yapılmış olmakla birlikte, cezaî şart, "borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi olasılığı için borçlunun alacaklıya vaat ettiği ekonomik değeri olan bir edim" olarak tanımlanabilir⁵⁴¹. Cezaî şart, gecik-

⁵⁴⁰ Doktrinde aynı zamanda ceza koşulu, akdi ceza, ceza şartı, cezaî akit kaydı gibi terimler de kullanılmaktadır; bkz. Kenan Tunçomağ, **Türk Hukukunda Cezaî Şart**, İstanbul: Baha Matbaası, 1963, s. 3 (Cezaî Şart). 818 sayılı Borçlar Kanunu cezaî şart ifadesini tercih etmişken; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ceza koşulu ifadesi kullanılmıştır. Cezaî şart terimi iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan bir tanesi yaptırım içeren hukukî işleme, yani sözleşmeye ilişkin iken; diğeri de bu hukukî işlemten doğan borcu, yani edimi ifade etmektedir. Bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 1311-1312; Kocaağa, s. 33-34; Mustafa Kağan İzmirli, **Cezai Şart**, Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 7; Necip Bilge, **Cezaî Şart**, Esat Arsebük Armağanından Ayı Bası, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1957, s. 39 (Cezaî Şart); Tunçomağ, **Cezaî Şart**, s. 1-2; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 853.

⁵⁴¹ Benzer tanımlar için bkz. Akev, s. 353; Bilge, **Cezaî Şart**, s. 39; Burcu Yağcıoğlu, **Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 20-21 (Ceza Koşulu); Eren, **Borçlar Genel**, s. 1311; Hatemi/Gökayla, s. 345; İzmirli, s. 6 vd.; Kamil Haluk Gökçeoğlu, **Cezai Şart ve Güncel İctihatlar**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 2007, s. 19;

tirici şarta bağlı bir taahhüt niteliği taşı⁵⁴². Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilme-
mesi halinde cezaî şart alacağı muaccel olacaktır.

Cezaî şartın da, rehin ve kefalet gibi, alacağı teminat altına alan bir işlevi var-
dır. Bu sebeple cezaî şart da fer'î niteliktedir⁵⁴³. Bu niteliği onu her yönden asıl borç-
la aynı kadere tâbi kılar. Bu yüzden cezaî şartın varlığı için öncelikle geçerli bir asıl
borcun varlığı gerekir⁵⁴⁴. Bunun sonucu olarak teminat altına alınan borcun doğduğu
sözleşmenin geçersiz olması halinde cezaî şart da geçersiz olacaktır. Asıl borcun
herhangi bir şekilde sona ermesi cezaî şartın da ortadan kalkmasıyla sonuçlanacaktır.

Cezaî şartın en önemli işlevi, borçlu üzerinde borcunu ifa etmesi yönünde bir
baskı oluşturmaktır. Tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları cezaî şart genellikle
uğranılan zararın miktarından daha yüksektir. Borçlu bu yüksek meblağı ödememek
için sözleşmeden doğan borcunu ifa etmek için daha fazla çaba sarf edecektir. Dola-
yısıyla borçlunun borcunu ifada özensiz davranmasının da önüne geçilmiş olur. Ce-
zaî şart ayrıca, uğradığı zararı ispat külfetinden kurtarmak suretiyle, alacaklının uğ-
radığı zararının tazminini de kolaylaştırmaktadır⁵⁴⁵. Kısaca, cezaî şart ile hem borcun

Kocaağa, s. 33; Murat Tiryaki, **Özel Hukuk Alanında Cezai Şart**, İstanbul: Yayınlanmamış
Yüksek Lisans Tezi, 2005, s. 7 vd.; Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 535; Özmen, s. 5-6; Reisoğlu Safa,
Borçlar, s. 455; Salter Uçar, **Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması**, İstanbul: Alfa Basım Yayım
Dağıtım, 1993, s. 12; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 834; Şevket Pekdemir, **Sözleşmeler-
de Cezai Şart**, Samsun: Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013, s. 34-35; Teki-
nay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 341; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 475; Tuba Birinci Uzun,
Götürü Tazminat, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s. 137; Tunçomağ, **Cezaî Şart**, s. 5-6; Tun-
çomağ, **Genel Hükümler**, s. 853-854; von Tuhr, s. 763.

⁵⁴² Eren, **Borçlar Genel**, s. 1313; Kocaağa, s. 36; Özmen, s. 10; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.
476; Vedat Buz, "Genel Olarak Cezai Şart", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hu-
kukunda Güncel Sorunlar Semineri (28 Mayıs 2011)**, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayın-
ları, 2012, s. 7 (Cezai Şart).

⁵⁴³ Akev, s. 353; Bilge, **Cezaî Şart**, s. 67; Buz, **Cezai Şart**, s. 8-9; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1312;
Gökçeoğlu, s. 36; Hatemi/Gökyayla, s. 346; Kocaağa, s. 83; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 983; Oğuz-
man/Öz, **C. 2**, s. 542; Özmen, s. 9; Pekdemir, s. 105; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 835;
Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 342 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 476; Tiryaki, s.
31; Tunçomağ, **Cezaî Şart**, s. 15-16; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 859; Uçar, s. 13; von Tuhr,
s. 763; Yağcıoğlu, **Ceza Koşulu**, s. 46 ve orada dn. 88'de zikredilen yazarlar; Yasemin Arslanyü-
rek Kabaklıoğlu, **Ceza Koşulu Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi**, İstanbul: On İki Levha
Yayıncılık, 2018, s. 13.

⁵⁴⁴ Bu borcun cezaî şartın kararlaştırıldığı esnada mevcut olması şart değildir. Gelecekte doğacak bir
borç için de cezaî şart kararlaştırılabilir. Bkz. Kocaağa, s. 83; Tiryaki, s. 26.

⁵⁴⁵ Birinci Uzun, s. 137-138; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1311; Gökçeoğlu, s. 20 ve s. 46; Kocaağa, s.
43; Mehmet Erdem, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", **Gazi Üniversitesi Sorumluluk
ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28 Mayıs 2009)**, Ankara, 2009, s. 123 (Tazminat); Oğuz-
man/Öz, **C. 2**, s. 536; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 837; Tiryaki, s. 10; Ter-
cier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 476; Tunçomağ, **Cezaî Şart**, s. 21 ve s. 48-49; von Tuhr, s. 763;
Yağcıoğlu, **Ceza Koşulu**, s. 38 vd.

ifası güvence altına alınır, hem de bunun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde doğacak zarar önceden ve maktu surette tespit edilmiş olur⁵⁴⁶.

Alacaklının cezaî şart bedelini talep edebilmesi için zarara uğramış olması gerekmez (TBK m. 180). Alacaklının bunu talep edebilmesi için borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması yeterlidir⁵⁴⁷; bir zarara uğraması şart değildir. Cezaî şart bu yönüyle götürü tazminattan ayrılır⁵⁴⁸.

Cezaî şartın konusunun ne olması gerektiği hususu doktrinde tartışmalara sebebiyet vermiştir. Cezaî şart ile bir miktar paranın ödenmesi dışında bir edimin, hatta bir hak kaybının öngörülüp öngörülemediği hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrindeki hâkim görüşe göre⁵⁴⁹ cezaî şart ile bir miktar paranın ödenmesinin kararlaştırılması şart değildir. Para dışında herhangi bir edimin ifası da kararlaştırılabilir⁵⁵⁰. Federal Mahkeme verdiği bir kararda⁵⁵¹ cezaî şart olarak bir hak kaybının dahi öngörülebileceğine hükmetmiştir.

Geçerli bir cezaî şarttan söz edilebilmesi için bazı şartların mevcudiyeti gerekir. Öncelikle, cezaî şartın fer'î niteliğinin bir gereği olarak, teminat altına alınacak bir asıl borcun varlığı gerekir. Bu bağlamda tarafların fiil ehliyetlerinin bulunması,

⁵⁴⁶ Bilge, **Cezaî Şart**, s. 81; Kocaağa, s. 45-46; Tunçomağ, **Cezaî Şart**, s. 48.

⁵⁴⁷ Hemen belirtelim ki, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde borçlunun kusurunun olması gerekir. Başka bir deyişle, borçlunun kusuru yoksa cezaî şart da talep edilemeyecektir. Alacaklının borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmesi gerekmez; cezaî şartı ifa etmek istemeyen borçlunun kendi kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir. Bkz. Buz, **Cezai Şart**, s. 10 ve orada dn. 22 ve dn. 23'te zikredilen yazarlar; Hatemi/Gökyayla, s. 351-352; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 995; Tiryaki, s. 62-63; Tunçomağ, **Cezaî Şart**, s. 100 vd.; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 868 vd.; Uçar, s. 21.

⁵⁴⁸ Birinci Uzun, s. 144 vd.; Kocaağa, s. 50. Cezaî şartın götürü tazminattan farklılık teşkil eden bir diğer özelliği ise ceza fonksiyonu bulunmasıdır. Götürü tazminatın borçlu üzerinde baskı kurmak, onu cezalandırmak gibi bir işlevi olmaz. Bkz. Birinci Uzun, s. 146 ve orada dn. 49'da zikredilen yazarlar; Buz, **Cezai Şart**, s. 10; Erdem, **Tazminat**, s. 102; Kocaağa, s. 53 ve orada dn. 107'de zikredilen yazarlar; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 476.

⁵⁴⁹ Buz, **Cezai Şart**, s. 8 dn. 8'de zikredilen yazarlar; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1312; Hatemi/Gökyayla, s. 345; Kocaağa, s. 107 ve orada dn. 107'de zikredilen yazarlar; Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 541-542; Reisoğlu Safa, **Borçlar**, s. 455; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 475; Tiryaki, s. 34; Tunçomağ, **Cezaî Şart**, s. 65; Uçar, s. 12.

⁵⁵⁰ Tunçomağ'a göre, bu edimin para ile ölçülebilir bir değere sahip olması gerekir. Dolayısıyla mali bir değeri olmayan bir edim cezaî şartın konusunu oluşturamaz. Zira parasal bir değeri olmayan bir edimin icra yoluyla elde edilmesi mümkün olmadığından, borçlu üzerinde borcunu ifa etmesi yönünde bir baskı oluşturacağı düşünülemez. Bkz. Tunçomağ, **Cezaî Şart**, s. 68-69; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 858. Aynı görüşte bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 1312; Hatemi/Gökyayla, s. 345-346; Kocaağa, s. 106-107; Tiryaki, s. 34.

⁵⁵¹ BGE 135 III 433 (Buz, **Cezai Şart**, s. 8 dn. 9'dan naklen).

cezaî şart ile taahhüt edilen belirli bir edimin olması ve bu edimin hukuka ve ahlâka aykırı olmaması gerekir⁵⁵².

2) Eksik Borçlar İçin Cezaî Şart Kararlaştırılması

Eksik borçlar için cezaî şart kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığına dair herhangi bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Doktrinde sorunu inceleyen yazarlar da, eksik borçların her birinin farklı niteliklere sahip olması sebebiyle, bütün durumlar için geçerli olacak ortak sonuçlara varamamışlardır. Başka bir ifadeyle, eksik borçlar için cezaî şart kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığı sorusu, eksik borçların türüne göre farklı şekillerde cevaplandırılmıştır. Bu sebeple çalışmamızda da bu sorun doğuştan eksik borçlar ve sonradan eksik borçlar bakımından ayrı ayrı incelenecektir.

a) Doğuştan Eksik Borçlar İçin Cezaî Şart Kararlaştırılması

Doktrinde doğuştan eksik borçlar için cezaî şart kararlaştırılması halinde bunun doğuracağı hükmün ne olacağına dair bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu meseleye ilişkin değerlendirmeler genellikle kumar ve bahisten doğan alacaklar üzerine yapılmıştır. Daha önceden de belirttiğimiz üzere kumar ve bahisten doğan borçlar ile evlenme simsarlığından doğan borçlar arasında nitelik bakımından hiçbir fark bulunmadığı için, kanaatimizce kumar ve bahis üzerine yapılan değerlendirmeler evlenme simsarlığından doğan borçlar için de geçerli kabul edilmelidir.

Bu husustaki bir görüşe⁵⁵³ göre, bu tür borçların cezaî şart ile güvence altına alınması mümkün değildir. Zira kanun koyucu, doğuştan eksik borçların doğduğu andan itibaren, borçlunun ifaya zorlanabileceği her türlü yolu kapatmıştır. Dolayısıyla bu tür borçların geçerli bir şekilde cezaî şartla teminat altına alınabileceğinin kabulü, kanunun bu borçlar için öngördüğü müeyyidelere aykırı bir sonuç teşkil eder. Kaldı ki kanun koyucu kumar ve bahis borçlarının talep ve dava edilebilir hale gel-

⁵⁵² Bilge, **Cezaî Şart**, s. 49-50.

⁵⁵³ Bilge, **Cezaî Şart**, s. 71 dn. 48a'da zikredilen yazarlar; Buz, **Cezai Şart**, s. 8; İzmirli, s. 16; Kocaağa, s. 100 dn. 80'de zikredilen yazarlar; Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 539; Özmen, s. 32; Tunçomağ, **Cezaî Şart**, s. 12 ve orada dn. 17'de zikredilen yazarlar; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 854; von Tuhr, s. 765.

mesinin önüne geçmek için, alacaklının elinde adı borç senedi veya kambiyo senedi bulursa bile bu alacağın dava edilemeyeceğini öngörmüştür. Dolayısıyla bu alacaklar için kararlaştırılan cezaî şartın da geçersiz olacağını kabul etmek gerekir.

Diğer bazı yazarlar ise⁵⁵⁴, bu durumda cezaî şart öngörülebileceğini, fakat bunun da bir eksik borç niteliği taşıyacağını savunmaktadır. Başka bir ifadeyle, borçlu bu tür borçlar için öngörülmüş olan cezaî şartın ifasına da zorlanamayacaktır. Borçlu kendi rızasıyla cezaî şartı ifa ederse bu ifa geçerli olacak; fakat borçlu bunu ifa etmediğinde, tıpkı asıl borç gibi, bunlar için de cebrî icra veya dava yoluna gidilemeyecektir. Bu görüşü savunan yazarlar cezaî şartın fer'î niteliğine dayanmaktadırlar. Buna göre, asıl edim eksik borç niteliği taşıyorsa bunu takviye eden, güçlendiren bir edim de bu niteliği taşımalıdır; zira böyle bir sonuç cezaî şartın fer'î niteliğine daha uygun düşer⁵⁵⁵.

İki görüş arasındaki fark, ifa edilen edimin iadesinin istenmesi olasılığında ortaya çıkar. İlk görüşün kabulü halinde cezaî şart ifa edilirse sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iadesi talep edilebilecektir. Zira ilk görüş doğuştan eksik borçları teminat altına almak için öngörülen cezaî şartın batıl olduğunu savunmaktadır. Fakat cezaî şartın da eksik borç niteliğinde olduğuna ilişkin ikinci görüş kabul edilirse, iade talebi ileri sürülemeyecektir. Zira eksik borçlar ifa edildiği takdirde ifa olunan edim geri istenemez. Bunun sebebi ifa edilen edimin eksik de olsa bir borç niteliği taşımasıdır. Yapılan ifanın hukukî bir sebebi bulunduğu için yerine getirilen edimin sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında geri istenmesi söz konusu olmaz.

Daha önceden de incelediğimiz üzere, doğuştan eksik borçların rehinle teminat altına alınması da mümkün değildir. Bu borçlar kefaletle teminat altına alındığında da kefil, borcun bu niteliğini bilerek kefil olmuş olsa bile, eksik borç olduğunu öne sürerek borcu ifadan kaçınabilmektedir. Başka bir anlatımla, bu tür borçlar için verilecek tüm aynî ve şahsî teminatlar işlevsiz kalmaktadır. Kanun koyucu borçlunun

⁵⁵⁴ Akev, s. 354-355; Arslanyürek Kabaklıoğlu, s. 28; Bilge, **Cezaî Şart**, s. 71 ve orada dn. 48b'de zikredilen yazar; Eren, **Borçlar Özel**, s. 812; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 984; Kocağa, s. 100; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 344; Tiryaki, s. 25; Yağcıoğlu, **Ceza Koşulu**, s. 121 ve orada dn. 395'te zikredilen yazarlar.

⁵⁵⁵ Bilge, **Cezaî Şart**, s. 71; Kocağa, s. 100; Yağcıoğlu, **Ceza Koşulu**, s. 121.

mahvına yol açabileceği ve kişinin malvarlığında tehlikeli değişikliklere sebebiyet verebileceği düşüncesiyle, bu borçların ifaya zorlanabileceği her türlü vasıtayı işlevsiz kılmıştır. Bu sebeple bu tür borçlar için cezaî şart kararlaştırılması da kanun koyucunun bunlar için öngördüğü müeyyidelere aykırı düşecektir.

Doğuştan eksik borçlar için öngörülen cezaî şartın eksik borç niteliği taşıdığını kabul eden görüş isabetli gözükmemektedir. Zira böyle bir görüşün kabulü halinde kararlaştırılan cezaî şartın ifası geçerli olacaktır ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenemeyecektir. Oysa burada cezaî şart ile güçlendirilmeye çalışılan alacak, borçlunun ifaya zorlanabileceği her türlü yolun kapatılmış olduğu bir alacaktır. Cezaî şartın en önemli işlevi ise borçlu üzerinde borcunu ifa etmesi için bir baskı oluşturmaktır. Hatta borçlu üzerindeki bu baskının tam anlamıyla oluşabilmesi için, taraflar cezaî şartı genellikle mahkemelerde hükmedilen tazminatlardan daha ağır olacak şekilde kararlaştırırlar. Şu halde kanun koyucunun borçlunun ifaya zorlanmasını yasakladığı bir alacak için, borçluyu baskı altına sokacak bir yaptırımın ifasını geçerli saymak, cezaî şartın işlevine uygun düşmediği gibi eksik borçların doğasıyla da bağdaşmaz.

Eksik borç görüşünü savunan yazarlara göre, asıl borç geçersiz değilken ona bağlı olan cezaî şartı geçersiz saymak, cezaî şartın fer'î niteliğine aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla asıl borç hangi mahiyetteyse, ona bağlı olan borç da aynı mahiyette olmalıdır. Cezaî şartın geçersiz olduğu görüşünün kabulü halinde, ifa edilen edimi geri isteme imkânı doğacaktır. Bu görüşü savunan yazarlara göre bu durum, kanun koyucunun cezaî şart için öngördüğü hükümlerin doğasına aykırıdır⁵⁵⁶. Fakat kanaatimizce fer'îliği temel alan bu savunmalar ikna edici değildir. Zira, cezaî şart her ne kadar fer'î nitelik taşısa da, işlevi diğer teminatlardan daha farklıdır. Fer'î nitelik taşıyan aynî ve şahsî teminatların hiçbirinin borçluyu baskı altına sokma veya cezalandırma işlevi yoktur; bu vasıtalar alacaklının alacağını elde edebilmesi için sadece bir güvence teşkil eder. Oysa cezaî şart öngörüldüğü halde borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen borçlu bu davranışı sebebiyle cezalandırılmaktadır. Doğuştan eksik borçlar için öngörülen cezaî şartın geçerli olup olmadığına karar verirken onun salt fer'î niteliğine dayanıp, cezalandırıcı fonksiyonunu göz ardı etmek adaletsiz sonuçlar doğurabilir. Zira kanun koyucu borçluyu korumak amacıyla doğuştan eksik borçları

⁵⁵⁶ Akev, s. 354-355.

dava hakkından yoksun kılınıştır. Böyle bir alacağı ceza fonksiyonu olan bir yaptırım ile, eksik borç niteliğiyle de olsa, güçlendirmek cezaî şartın fer'îliğiyle de savunulamayacak gibi gözükmeştir. Bu durumda cezaî şartın ifası geçerli sayılırsa, kanun koyucunun borçluyu korumak amacıyla dava hakkından yoksun kıldığı bir alacak için borçlu cezalandırılmış olur. Böyle bir sonuç isabetli değildir. Kaldı ki asıl borcunu ifadan kaçınmak için eksik borç itirazı öne sürebilen birinin kendisini cezalandıran bir edimi ifa etmesi de zaten muhtemel değildir. Bu sebeplerden ötürü, kanaatimizce, öngörülen cezaî şartın geçersiz kabul edilmesine ilişkin görüş hem eksik borçların doğasına hem de cezaî şartın mahiyetine daha uygun düşmektedir.

Bu çalışmada kabul ettiğimiz görüşe göre ahlâkî yükümlülükler birer eksik borç niteliği taşımamaktadır⁵⁵⁷. Bu tartışmadan bağımsız olarak, ahlâkî yükümlülüklerin ifasının cezaî şart kararlaştırılarak güvence altına alınabileceği genellikle kabul edilmektedir⁵⁵⁸. Ahlâkî yükümlülüklerin eksik borç olduğunu savunan bazı yazarlara⁵⁵⁹ göre, bu borçların ifasının taahhüt edilmesi bunları bir tam borca dönüştüreceği için kararlaştırılan cezaî şart da icra ve dava edilebilir nitelik taşır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanaatimizce, ahlâkî yükümlülüklerin taahhüdünün bir tam borç niteliği taşıyabilmesi için TBK m. 288/I'de (eBK m. 238) öngörülen yazılı şekil şartına uyulması gerekir⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ Bkz. İkinci Bölüm, IV/A/2.

⁵⁵⁸ Akev, s. 354 ve orada dn. 7'de zikredilen yazarlar; Bilge, **Cezaî Şart**, s. 71; Buz, **Cezai Şart**, s. 8; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1313; Hilal Gülseven, **Türk Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 19; İzmirli, s. 16-17; Kocaağa, s. 101 ve orada dn. 84'te zikredilen yazarlar; Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 539; Özmen, s. 33; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 344; Tunçomağ, **Cezaî Şart**, s. 12 ve orada dn. 19'da zikredilen yazarlar; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 854; von Tuhr, s. 765; Yağcıoğlu, **Ceza Koşulu**, s. 122.

⁵⁵⁹ Bilge, **Cezaî Şart**, s. 71 ve orada dn. 48d'de zikredilen yazarlar; Kocaağa, s. 101; von Tuhr, s. 765; Yağcıoğlu, **Ceza Koşulu**, s. 122.

⁵⁶⁰ Bkz. İkinci Bölüm, IV/A/2.

b) Sonradan Eksik Borçlar İçin Cezaî Şart Kararlaştırılması

Tıpkı doğuştan eksik borçlar bakımından olduğu gibi, sonradan eksik borçların da cezaî şart ile teminat altına alınmasının mümkün olup olmadığına dair kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır.

Doktrindeki hâkim görüşe göre⁵⁶¹, zamanaşımına uğramış borçlar için cezaî şart kararlaştırılması mümkündür. Bu görüşün temelinde, bu tür borçların kanun koyucunun kınadığı bir nitelik taşıması yatmaktadır. Başka bir ifadeyle, bu borçlar doğdukları andan itibaren cebrî icra veya dava yoluyla talep hakkından mahrum değildirler; sonradan bu hale gelmişlerdir. Bu bağlamda zamanaşımına uğramış borçlar ele alınacak olursa, def'i hakkı kullanılmadığı sürece bir tam borç gibi dava edilebilmekleri görülecektir. Dolayısıyla bunların cezaî şart ile güçlendirilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Kaldı ki zamanaşımına uğramış alacağın borçlusu zamanaşımı def'inden feragat etme hakkına da sahiptir. Def'iden feragat edilmesi halinde de borcun icra edilebilirlik bakımından bir tam borçtan hiçbir farkı kalmayacaktır. Kanun koyucu borçluya zamanaşımı def'inden feragat etme imkânı tanıdığına göre, zamanaşımına uğramış borçların cezaî şart ile teminat altına alınmasının mümkün olması gerekir. Zira zamanaşımına uğramış bir borç için cezaî şart kararlaştırılması aynı zamanda zamanaşımı def'inden feragat anlamına gelir⁵⁶².

Kanaatimizce de bu görüşe katılmak gerekir. Cezaî şart alacaklının tek taraflı bir irade beyanıyla kurulamaz. Bunun için hem alacaklının hem de borçlunun mutabakatı gerekir. Zamanaşımına uğramış alacağın borçlusu, def'i hakkını kullanarak borcunu ifadan kaçınma imkânı varken bunun için cezaî şart kararlaştırma yoluna gidiyorsa; bundan borçlunun artık zamanaşımı def'inin koruyucu etkisinden yararlanmak istemediği anlaşılmalıdır. Bu durumda borçlu, zamanaşımına uğramış borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde kendisini cezalandıracak bir yaptırım

⁵⁶¹ Arslanyürek Kabaklıoğlu, s. 27-28; Bilge, **Cezaî Şart**, s. 72 ve orada dn. 51'de zikredilen yazarlar; Buz, **Cezai Şart**, s. 8; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1313; Gülseven, s. 19; Kocaağa, s. 102; Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 539; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 344; Tunçomağ, **Cezaî Şart**, s. 12 ve orada dn. 18'de zikredilen yazar; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 854; Yağcıoğlu, **Ceza Koşulu**, s. 122. Karş. İzmirli, s. 17.

⁵⁶² Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Bern: Stämpfli Verlag, 2009, s. 1334 (Buz, **Cezai Şart**, s. 8 dn. 7'den naklen); Bilge, **Cezaî Şart**, s. 72 ve orada dn. 51'de zikredilen yazarlar; Kocaağa, s. 102.

kabul etmektedir. Bu sebepten ötürü zamanaşımına uğramış bir borç için cezaî şart kararlaştırılmışsa borçlunun artık def'i hakkını kullanamayacağı kabul edilmelidir.

Konkordato dışında kalan borçlar için cezaî şart kararlaştırılmasının ise konkordato işleminin niteliğiyle bağdaşmayacağı kanaatindeyiz. Aynı şey borç ödeme-den aciz belgesine bağlanan alacağın faizleri bakımından da söz konusudur.

E) Yenileme Bakımından

1) Genel Olarak

Mevcut bir borcun yeni bir borç tesis etmek suretiyle sona erdirilmesi işlemine yenileme adı verilmektedir⁵⁶³. Bu işlem için eski Borçlar Kanunu'nda kullanılan "tecdit" ifadesi, 6098 sayılı TBK'da "yenileme" ile değiştirilmiştir.

Yenileme işlemi TBK m. 133 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi, ancak tarafların bu yöndeki açık iradesiyle gerçekleşecektir. Hükümden de anlaşılacağı üzere, yenilemenin yapılabilmesi için üç unsurun mevcudiyeti gerekir. Bunlardan ilki sona erdirilecek bir borcun varlığıdır. İkincisi ise kurulacak olan yeni bir borçtur. Üçüncüsü ise tarafların yenileme işlemi yapma yönündeki açık iradeleridir⁵⁶⁴.

Yenileme, hukukî niteliği itibariyle bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin doğurduğu etki iki yönlüdür: Yenileme sözleşmesi hem tasarruf işlemi hem de borçlandırıcı işlem niteliği taşır⁵⁶⁵. Zira yenilemeyle mevcut bir borç sona ererken, aynı zamanda yeni bir borç doğmaktadır. Bu durum da bir alacak hakkının üzerinde tasarruf edile-

⁵⁶³ Akev, s. 324; Berki, **Borçların Sukutu**, s. 227; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1399; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 1067; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 451; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 583; Önay, s. 49-50; Tennur Koyuncuoğlu/Hikmet Koyuncuoğlu/Ömrüncügül İçöz Koyuncuoğlu, **Borcun ve Sözleşmenin Yenilenmesi (Novatio – Yenileme)**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2017, s. 74 vd.; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 858; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 499; von Tuhr, s. 653.

⁵⁶⁴ Akev, s. 324.

⁵⁶⁵ Önay, s. 51; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 1189.

rek⁵⁶⁶ sona erdirilmesi ve borçlunun da borçlandırıcı işlemle yeni bir borç altına girmesiyle meydana gelir.

Yenileme işlemi, bir borcun sona erdirilip sonrasında başka bir işlemle yeni bir borcun tesis edilmesinden farklıdır. Zira yenileme işleminde iki yönlü bir etki doğuran tek işlem ile eski borç sona ermekte ve yeni bir borç kurulmaktadır. Oysa ayrı bir işlemle yeni bir borcun kurulması olasılığında iki ayrı işlem söz konusudur⁵⁶⁷. Yenileme işlemi borç ikrarından da farklı bir nitelik taşır. Zira borç ikrarında borcun hukukî sebebi aynı kalmaktadır. Oysa yenileme işleminde eski borç ile yeni borcun hukukî sebepleri birbirinden farklıdır⁵⁶⁸.

Yenileme sözleşmesi ivazlı kazandırmalar içeren bir sözleşmedir⁵⁶⁹. Bu işlemin yapılması ile alacaklı, yeni bir alacak hakkının kurulması karşılığında eski alacağın-
dan feragat etmektedir. Borçlunun menfaati ise yeni bir borç kurulma karşılığında eski borcundan kurtulmak şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Yenileme işlemiyle sadece borcun konusunda değişiklik yapılmışsa objektif yenileme; borcun konusuyla birlikte taraf değişikliği de yapılmışsa subjektif yenileme söz konusu olur⁵⁷⁰.

a) Yenilemenin Şartları

Yenilemenin yapılabilmesi için öncelikle geçerli bir borcun mevcudiyeti gerekir. Bu sebeple bir borç hukuka veya ahlâka aykırılık veya başka herhangi bir sebepten ötürü geçersizse, yenileme işlemine konu olamaz⁵⁷¹.

⁵⁶⁶ Alacaklının tasarruf yetkisine sahip olmaması halinde meydana gelecek hükümsüzlüğün türü hakkındaki tartışmalar için bkz. Önay, s. 52 dn. 235.

⁵⁶⁷ Önay, s. 54-55.

⁵⁶⁸ Eren, **Borçlar Genel**, s. 1401; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 1068-1069.

⁵⁶⁹ Önay, s. 55 vd.

⁵⁷⁰ Akev, s. 324; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 863-864. Doktrinde, tespit edebildiğimiz kadarıyla, Saymen/Elbir tarafından yapılan bu ayırmada söz konusu olan subjektif yenileme, alacağın temliki veya borcun nakli işlemleriyle karıştırılmamalıdır. Zira alacağın temliki ve borcun nakli işlemlerinde borç sona ermemektedir; sadece taraf değişikliği söz konusu olmaktadır. Borcun mevcudiyeti devam etmektedir. Oysa subjektif yenilemede taraf değişikliği olmakla beraber, aynı zamanda mevcut borç sona ermekte ve bunun yerine yeni bir borç tesis edilmektedir. Bkz. Akev, s. 324 dn. 4; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 864.

⁵⁷¹ Eren, **Borçlar Genel**, s. 1400; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 587.

Yenileme işleminden söz edilebilmesi için aynı zamanda yeni bir borcun da tesis edilmesi gerekir. Bir diğer ifadeyle, yenileme işlemiyle mevcut borç sona ererken, borçlunun yeni bir edimi üstlenmesi gerekir. Borçlunun üstlendiği yeni borcun da tıpkı eski borç gibi geçerli olması gerekir. Dolayısıyla örneğin bir kişinin yenileme ile hukuka aykırı, ahlâka aykırı veya imkânsız bir borcu üstlenmesi mümkün değildir. Yeni borç geçersiz ise yenileme işlemi hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağından mevcut borç da sona ermez⁵⁷².

Yenileme için gereken bir diğer şart ise tarafların açık iradesidir. Başka bir ifadeyle, tarafların yenileme sözleşmesi yapmak istediklerine dair açık iradeleri bulunmadığı sürece yenilemeden söz edilemez. Bu irade yeni bir borç tesis etmek suretiyle mevcut bir borcun sona ermesine ilişkindir. Bu bağlamda tarafların hal ve davranışlarından zımnen yenileme iradesinin bulunduğu anlaşılması yetmez; bu iradenin mutlaka açık ve kesin bir şekilde ortaya koyulması gerekir⁵⁷³.

b) Yenilemenin Hüküm ve Sonuçları

Geçerli bir yenileme işleminin yapılması halinde mevcut borç sona erer ve bundan bağımsız yeni bir borç meydana gelir.

Tesis edilen yeni borcun niteliği eski borcun niteliğinden farklıdır. Bu bağlamda eski borcun doğduğu hukukî işlem ile yeni borcunki aynı değildir. Örneğin haksız fiilden doğan bir borç, yenileme işlemi ile sözleşmeden doğan borç mahiyeti kazanabilir⁵⁷⁴.

Yenileme işleminin doğurduğu bir diğer sonuç ise eski borca ilişkin tüm def'ileri ve fer'î hakları ortadan kaldırmasıdır⁵⁷⁵. Şöyle ki, borçlu eski borç bakımın-

⁵⁷² Berki, **Borçların Sukutu**, s. 231; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1400-1401; Koyuncuoğlu/Koyuncuoğlu/İçöz Koyuncuoğlu, s. 122; Önay, s. 96; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 991; von Tuhr, s. 656.

⁵⁷³ Akev, s. 324 dn. 3; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1401; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 1069-1070; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 451-452; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 585; Önay, s. 110; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 859.

⁵⁷⁴ Eren, **Borçlar Genel**, s. 1403.

⁵⁷⁵ Berki, **Borçların Sukutu**, s. 227; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1403-1404; Kılıçoğlu, **Genel**, s. 1071; Koyuncuoğlu/Koyuncuoğlu/İçöz Koyuncuoğlu, s. 146; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 587; Önay, s. 137

dan sahip olduğu hiçbir def'iyi yeni borç bakımından öne süremeyeceği gibi; eski borca bağlı olan yan haklar açısından da bir iddiada bulunamayacaktır. Bu bağlamda örneğin alacaklı eski borç için verilmiş rehin, kefalet gibi teminatlara başvuramayacaktır. Yenileme işlemi eski borçtan bağımsız yeni bir borcun doğmasını sağladığı için, eski borcun fer'ileri de sona erecektir.

2) Eksik Borçların Yenilemeye Konu Olması

Yenileme işlemi sonucunda eski borç sona erip bundan bağımsız yeni bir borç kurulduğu için bu işlemin eksik borçlar için de mümkün olup olmadığının incelenmesi büyük önem taşımaktadır. Zira eksik borçlar dava ve icra kabiliyetinden yoksun borçlar olduğundan, alacaklı yenileme işlemi ile eksik borcu bir tam borca dönüştürerek borçluyu ifaya zorlamak isteyebilir.

Eksik borçların yenilemeye konu olup olamayacağına dair tüm durumlar bakımından geçerli olacak ortak bir sonuca varmak mümkün değildir⁵⁷⁶. Bu sebepten ötürü burada da eksik borçların türüne göre bir ayırım yapılması gerekmektedir.

a) Doğuştan Eksik Borçlar Bakımından

Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde doğuştan eksik borçların yenilenmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde kumar ve bahisten doğan borçların yenilenmesi hususuna ilişkin birtakım görüşler ileri sürülmüştür. Farklı noktalardan hareket eden bu görüşler genellikle kumar ve bahisten doğan borçların yenilenemeyeceği sonucuna varmaktadır.

Doktrindeki hâkim görüşe göre⁵⁷⁷, kumar ve bahisten doğan borçlar yenilenebilir⁵⁷⁸. Zira bu borçların yenilenmesi kanun koyucunun bunlar için öngördüğü mü-

vd.; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 865; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 500; von Tuhr, s. 653.

⁵⁷⁶ Ancak bazı yazarlar, herhangi bir ayırım yapmadan, eksik borçların yenileme konusu olabileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre eksik borçların yenilemeye konu olabilmesinin sebebi bunların ifasının mümkün olmasıdır. Bkz. Kılıçoğlu, **Genel**, s. 1068. Kanaatimizce, salt ifa edilebilirlikten hareketle eksik borçların türlerine göre bir ayırım yapmadan yenilemenin mümkün olduğunu savunmak isabetli değildir. Kaldı ki bu bağlamda doğuştan eksik borçların yenilemeye konu olabileceğini kabul etmek kanun koyucunun bunlar için öngördüğü müeyyidelerin kolaylıkla aşılması sonucunu doğurur.

eyyidelere aykırı bir sonucun doğmasına sebep olur. Kumar ve bahisten doğan borçlar, doğduğu andan itibaren dava edilemez veya icra yoluyla takip edilemez. Bu borçların geçerli bir şekilde yenilenebileceğinin kabulü, bunların dava ve icra edilebilir olmasına yol açar. Yenileme işlemiyle mevcut borç sona ereceğinden, buna ilişkin tüm def'i ve itirazlar da ortadan kalkar. Dolayısıyla eski borç bir eksik borç iken, ortaya çıkacak yeni borç bir tam borç mahiyetinde olacak ve borçlunun bunlar için ifaya zorlanması mümkün olacaktır. Bu durumda da taraflar borcu yenileyerek kanun koyucunun eksik borçlar için öngördüğü yaptırımları kolaylıkla aşmış olurlar. Bu sebepten ötürü kumar ve bahisten doğan borçların yenilenmesi mümkün değildir⁵⁷⁹.

Bazı yazarlar⁵⁸⁰, kumar ve bahisten doğan alacakların yenilemeyeceğine ilişkin bir sonucun kanundan çıkartılabileceğini savunmaktadır. TBK m. 133/II hükmü uyarınca, mevcut bir borç için kambiyo taahhüdünde bulunulması veya yeni bir alacak senedi ya da yeni bir kefalet senedi düzenlenmesi, tarafların açık yenileme iradeleri olmadıkça yenileme sayılmaz. Hükmün zıt anlamından, tarafların açık bir yenileme iradesi bulunduğu takdirde mevcut bir borç için kambiyo taahhüdünde bulunulmasının veya yeni bir alacak senedi düzenlenmesinin borcun yenilenmesi sonucu doğurabileceği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda kumar ve bahisten doğan borçların bu şekilde yenilenip yenilenemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, kumar ve bahisten doğan borçlara ilişkin TBK m. 605 hükmü ile kanun koyucu, bu tür borçların TBK m. 133/II'de öngörülen şekilde, yani soyut borç ikrarıyla veya kambiyo senedi düzenlenerek, yenilenmesinin önüne geçmiştir. Zira TBK m. 605 hükmünde, kumar oynayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adı borç veya kambiyo senedinin, üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa bile, dava ve takip edilemeyeceği öngörülmüştür. Her ne kadar kanun koyucu burada yenileme işleminden

⁵⁷⁷ Akev, s. 330 dn. 35'te zikredilen yazarlar ve s. 332; Bilge, **Kumar ve Bahis**, s. 12; Eren, **Borçlar Özel**, s. 812; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, "Cezaî ve Hukukî Cepheleriyle Kumar ve Bahis", **Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan**, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1958, s. 156; Koyuncuoğlu/Koyuncuoğlu/İçöz Koyuncuoğlu, s. 115-116; Önay, s. 92.

⁵⁷⁸ Doktrindeki bir görüşe göre subjektif yenileme söz konusuysa kumar ve bahisten doğan borçlar dahi yenilenebilir, zira tarafların değişmesi halinde eski borç yeni borç için bir sâik teşkil eder ve bu sâik de, TBK m. 27 en geniş biçimde yorumlansa bile, hukuka aykırılık teşkil etmez; bkz. Hugo Oser/Wilhelm Schönerberger, **Kommentar zum Obligationenrecht, 3. Teil (Art. 419-529)**, 2. Auflage, Zürich: Schulthess Verlag, 1945, Art. 513 N. 63 (Akev, s. 331'den naklen).

⁵⁷⁹ Kumar ve bahisten doğan borçların eksik borç olmadığını savunan istisnai bir görüş de aynı sonuca bu borçların ahlâka aykırı niteliğine dayanarak varmaktadır. Bu görüşe göre kumar ve bahisten doğan borçlar yenilenemez, zira ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz olan bir borcun yenilenerek geçerli bir mahiyet kazanması mümkün değildir; bkz. Akev, s. 328 dn. 25'te zikredilen yazarlar.

⁵⁸⁰ Akev, s. 327; Bilge, **Kumar ve Bahis**, s. 12; Feyzioğlu, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 445-446.

bahsetmese de, bir borç için kambiyo taahhüdünde bulunulması veya yeni bir alacak senedi düzenlenmesi, TBK m. 133/II gereği, tarafların bu yönde açık iradesi bulunuyorsa yenileme sayılacaktır. Bu görüşü savunan yazarlar, bu düzenlemeden kumar ve bahisten doğan borçların sadece alacak veya kambiyo senedi düzenlemesi suretiyle yenilemeyeceği sonucu çıkarıldığını; fakat bu borçların başka bir şekilde yenilenip yenilemeyeceğine dair bir hüküm bulunmadığını ifade etmektedir. Kanaatimizce, kanun koyucunun kumar ve bahisten doğan borçların yenilenmesinin önüne bu şekilde geçtiği kabul edildiği takdirde, bu borçların başka bir şekilde yenilenmesi de söz konusu olmamalıdır.

Doğuştan eksik borçların yenilenmesi hususu, akıllara TBK m. 134 hükmü bakımından durumun ne olacağı sorunu getirmektedir. İlgili hükmün ilk fıkrasında, çeşitli kalemlerin bir carî hesaba kaydedilmesinin borcun yenilenmesi sonucunu doğurmayacağı öngörülmüştür. Fakat ikinci fıkra bu duruma bir istisna getirilmiştir. TBK m. 134/II uyarınca, hesap kesilmiş ve hesap sonucu diğer tarafça kabul edilmişse borç yenilenmiş sayılacaktır. Bu durumda bir carî hesap sözleşmesindeki kalemlerden biri kumar veya bahisten doğan bir borç ise durumun ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır⁵⁸¹.

Kumar ve bahisten doğan borçların carî hesaba geçirilmesi bunların yenilenmesi sonucunu doğurmaz⁵⁸². Zira Türk-İsviçre hukukunda bir borcun carî hesaba kaydedilmesi, tek başına, o borcun yenilenmesi sonucunu doğurmaz (TBK m. 134/I). Fakat TBK m. 134/II’de hesap kesilmiş ve sonucu diğer tarafça kabul edilmişse borcun yenilenmiş olacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda hesaptaki kalemlerden biri kumar veya bahisten doğan bir alacak ise ortaya çıkacak sonuç önem arz etmektedir. Doktrinde hâkim olan görüşe⁵⁸³ göre, hesaba geçirilen alacak kumar veya bahisten

⁵⁸¹ En basit anlamıyla bir kumar veya bahis alacağının carî hesapta yer almasının kolay kolay rastlanan bir durum olmadığı ve bu tartışmanın pratik bir değeri olmadığı düşünülebilir. Ancak, TBK m. 604/II hükmünde “kumar ve bahis niteliğinde oldukları takdirde, borsada işlem gören malların, yabancı paraların ve kıymetli evrakın fiyat farkı esası üzerine yapılan vadeli satışlar hakkında” da kumar ve bahis hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla bu hükümde zikredilen türden bir işlemten kaynaklanan alacakların bir carî hesapta yer alması söz konusu olabilir.

⁵⁸² Akev, s. 334.

⁵⁸³ Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/Nedret Füsün Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 657; Ramazan Durgut, **Cari Hesap Sözleşmesi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 171 ve orada dn. 728’de zikredilen yazarlar; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 25. Baskı, Ankara: Banka ve Ticaret Hu-

doğmuş bir alacak ise, bakiye kabul edilmiş olsa bile bu alacağa ilişkin kalemin hesaptan çıkartılması talep edilebilir. Dolayısıyla böyle bir durumda kumar veya bahse ilişkin bir alacağın yenilenmesinden söz edilemeyecektir.

Başka bir görüşe göre ise bu hüküm açısından iki yönlü bir ayırım yapmak gerekir:

Eğer carî hesaptaki tüm alacaklar kumar ve bahisten doğan alacaklar ise bu durum bir sorun teşkil etmeyecektir⁵⁸⁴. Zira carî hesaptaki alacaklar takas edilir. İki tarafın borcu da kumar veya bahis borcuysa, daha önceden de incelediğimiz üzere, bunların takası mümkündür. Fakat böyle bir takasın pratik açıdan önemli bir sonuç doğurmayacağı da açıktır.

Eğer carî hesaptaki kalemlerin sadece bir kısmı kumar veya bahisten doğmuşsa durumun ne olacağı hususu tartışmalıdır⁵⁸⁵. Doktrinde kabul edilen bir görüşe göre⁵⁸⁶, böyle bir durumda, kumar borçları ayrı bir hesaba tâbi tutulmalıdır. Kumar veya bahis borçları bakımından, doğal olarak, bir taraf borçlu kalacaktır. Eğer hesabın tamamı kumar veya bahis borçları bakımından borçlu kalan taraf lehine çıkar ve bu taraf bakiyeyi tanır, kumar borcunu takas etmek istediği sonucuna varılmalıdır ve bu takas geçerli sayılmalıdır. Buna karşılık, kumar veya bahis borçlarından dolayı borçlu çıkan taraf carî hesabın tamamı bakımından da borçlu ise kumar borçlarının sona erdiği sonucuna varılamayacaktır.

Evlenme simsarlığından doğan borçlar da nitelik bakımından kumar ve bahisten doğan borçlardan farklı olmadığından bunların da yenilenmesi mümkün olmayacaktır⁵⁸⁷. Aynı durumun evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı

kuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2019, s. 408; Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticarî İşletme**, 3. Baskı, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1968, s. 589.

⁵⁸⁴ Akev, s. 336-337 ve s. 337 dn. 64'te zikredilen yazarlar; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 861.

⁵⁸⁵ Bu hususa ilişkin öne sürülen çeşitli görüşler ve mahkeme içtihatları için bkz. Akev, s. 337 vd.

⁵⁸⁶ Akev, s. 338-339 ve s. 339 dn. 72'de zikredilen yazarlar.

⁵⁸⁷ Gül, s. 2813; Koyuncuoğlu/Koyuncuoğlu/İçöz Koyuncuoğlu, s. 116. Ayrıca bkz. Önay, s. 93: Yazar bir önceki sayfada kumar ve bahisten doğan borçların yenilenmesine izin verilmemesi gerektiğini belirtmiş; fakat bir sonraki sayfada evlenme simsarlığından doğan borçların yenilenmesi durumunda "kumar ve bahis borçlarında olduğu gibi" yeni bir borç doğacağını, fakat bunun da bir eksik borç niteliği taşıyacağını ifade etmiştir. Hemen ardından ise evlenme simsarlığından doğan

veya cezaî şart bakımından da söz konusu olduğu kanaatindeyiz. Ahlâkî bir görevin ifasını eksik borç olarak kabul eden yazarlar arasında ise bu borçların yenilenebileceğine dair bir görüş birliği bulunmamaktadır⁵⁸⁸.

b) Sonradan Eksik Borçlar Bakımından

Doktrinde bu husus zamanaşımı bakımından incelenmiş olsa da, tespit edebildiğimiz kadarıyla, diğer sonradan eksik borçların yenilenmesi hususu üzerinde fazla durulmamıştır.

Hâkim görüşe⁵⁸⁹ göre zamanaşımına uğramış borçların yenilenmesi mümkündür. Bu görüşün temelinde zamanaşımına uğramış borçların def'i hakkı kullanılmadığı sürece dava ve icra edilebilirlik açısından bir tam borçtan farksız olması düşüncesi yatar.

Eksik borçların yenilenmesi hususunun tartışmalı olmasının en önemli sebebi bu borçların dava edilemez olmalarıdır. Bu tür borçların yenilenmesi borçluyu ifaya zorlamanın önünü açacaktır. Fakat bu hususta zamanaşımına uğramış borçlar ve diğer sonradan eksik borçlara ilişkin ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir. Zira ka-

borçların yenilenmesinin, kanunun bu borçlar için öngördüğü müeyyidelerin aşılması anlamına geleceğini savunmuştur. Kanaatimizce, eksik bir borcun yenilenmesi suretiyle tekrar bir eksik borç kurulması söz konusu olamaz. Zira bu ihtimalde kurulacak yeni borç, eski borca ilişkin bir itirazı taşıyacak şekilde kurulmuş olmaktadır. Oysa yenileme işlemi ile eski borçtan bağımsız, yeni bir borç kurulmaktadır. Dolayısıyla böyle bir sonuca ulaşmak ne yenileme işleminin, ne de doğuştan eksik borçların doğasına uygun düşer. Ayrıca, kumar ve bahisten doğan borçlar ile evlenme simsarlığından doğan borçları yenileme bakımından farklı sonuçlara bağlamak da isabetli değildir. Yazar her ne kadar evlenme simsarlığından doğan borçların yenilenmesini kumar ve bahisten doğan borçların yenilenmesiyle aynı sonuca bağlamış gibi gözüke de; kumar ve bahisten doğan borçların yenilenemeyeceğini ifade ederken evlenme simsarlığından doğan borçların yenilenebileceğini fakat doğacak borcun eksik borç olacağını ifade etmiştir.

⁵⁸⁸ Bu hususta öne sürülen bazı görüşler için bkz. Arık, s. 486 vd. Yenilenebileceğine ilişkin bazı görüşler için bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 1400; Koyuncuoğlu/Koyuncuoğlu/İçöz Koyuncuoğlu, s. 117; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 588; von Tuhr, s. 656. Karş. Önay, s. 94.

⁵⁸⁹ Arsebük, s. 867; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1400 ve orada dn. 5'te zikredilen yazarlar; Koyuncuoğlu/Koyuncuoğlu/İçöz Koyuncuoğlu, s. 117; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 588; Önay, s. 88; Saymen/Elbir, **Umumî Hükümler**, s. 863; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 990; von Tuhr, s. 656. Karşıt görüşte bkz. Berki, **Borçların Sukutu**, s. 228: Yazar zamanaşımına uğramış borçların sona ermiş olduğunu, sona eren bir borcun da yenileme ile tekrar sona erdirilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır. Zamanaşımı borcun sona ermesine sebep olmadığından dolayı bu görüşe katılmamaktayız. Bir borcun zamanaşımına uğramış olması onun sona ermesi sonucunu doğurmaz. Zamanaşımına uğramış borç varlığını devam ettirmektedir; sadece kanun koyucu tarafından borçluya def'i öne sürerek borcunu ifadan kaçınma imkânı bahşedilmiştir. Bu sebeple zamanaşımına uğramış bir borcun yenilenmesi, sona ermiş bir borcun yenilenmesi anlamına gelmeyecektir.

nun koyucu zamanaşımına uğramış borçlara, doğuştan eksik borçlara nazaran daha olumlu yaklaşmış ve bunların dava ve takip edilebilmesi için her yolu kapatmamıştır. Şöyle ki, kanun koyucu zamanaşımından feragate bile belirli sınırlar çerçevesinde müsaade etmiştir (TBK m. 160). Borçlu def'i hakkını kullanmadığı sürece ifaya da zorlanabilmektedir.

Borçlu def'i hakkından feragat ederek alacaklının kendisini dava etmesinin önünü açabiliyorsa, yenileme suretiyle borca dava edilebilir bir mahiyet kazandırması da mümkün kabul edilmelidir. Zira, belirttiğimiz üzere, yenileme işleminin eksik borçlar bakımından tartışmalı olmasının sebebi bu işlem sayesinde tarafların dava edilemeyen bir borca dava edilebilir mahiyet kazandırmasının mümkün olmasıdır. Kanun koyucu zamanaşımına uğramış borçları, borçlunun mutlak suretle ifaya zorlanamayacağı borçlar olarak değerlendirmemiştir. Dolayısıyla zamanaşımına uğramış borçların bu özellikleri bir arada değerlendirildiğinde, bunların yenilenme işlemine konu olmasının önünde bir engel bulunmadığı görülmektedir.

Zamanaşımına uğramış bir borç yenilendiği zaman, yenilemenin bir sonucu olarak, eski alacağa ilişkin tüm def'i ve itiraz haklarıyla birlikte fer'î haklar da son bulur. Kurulan yeni borç için yeni bir zamanaşımı süresi işlemeye başlar ve, doğal olarak, eski borca ilişkin zamanaşımı def'i artık ileri sürülemez.

Zamanaşımına uğramış borçların yenilenmesi hususuna ilişkin doktrinde fazla tartışma bulunmasa da, borcun zamanaşımına uğradığını bilmeden yenileme yapan borçlunun, bu işlemi irade sakatlığı hükümlerine dayanarak iptal edip edemeyeceği hususu tartışmalıdır:

Bu hususa ilişkin bir görüşe göre⁵⁹⁰, böyle bir durumda borçluya iptal imkânı tanımamak gerekir. Bu görüşü savunan yazarlar iddialarını TBK m. 78/II hükmüne dayandırmaktadır. Bu hükümde zamanaşımına uğramış bir borcun ifasından kaynaklanan zenginleşmenin geri istenemeyeceği öngörülmüştür. Başka bir deyişle, zamanaşımına uğramış bir borç ifa edildiği takdirde ifa olunan edim geri istenemeyecektir. Dolayısıyla borcun zamanaşımına uğradığını bilmeden ifada bulunan borçlu da, irade sakatlığı hükümlerine dayanarak bunu geri isteyemeyecektir. Esasında bu durum

⁵⁹⁰ Önay, s. 89 dn. 371'de zikredilen yazarlar.

eksik borçların hepsi bakımından geçerli olan bir sonuçtur⁵⁹¹. Eksik borçların karakteristik özelliklerinden bir tanesi ifa edildikleri takdirde geri istenememeleridir. Borçluya iptal hakkı tanınmaması gerektiğini savunan görüş ise zamanaşımına uğramış borçların bu özelliğine dayanmaktadır. Tıpkı diğer eksik borçlar gibi zamanaşımına uğramış borçların da ifa edildiğinde geri istenememesinin sebebi mevcut bir borcun ifa edilmiş olmasıdır. Yapılan kazandırmanın temelinde geçerli bir hukukî sebep bulunduğundan ötürü geri istenememektedir. Bu noktadan hareket eden yazarlar, borcun zamanaşımına uğradığını bilmeden yenileme işlemi yapan borçluya bu işlemi iptal imkânı verilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre burada borçlu ifa etmek zorunda olmasa da, zaten borçlu olduğu, sona ermemiş olan bir borcu yenilemiştir. Dolayısıyla borçluya iptal hakkı tanınmamalıdır⁵⁹².

Başka bir görüş⁵⁹³ ise, zamanaşımının farkında olmadan yenileme işlemi yapan borçlunun irade sakatlığı hükümlerine dayanarak işlemi iptal edebileceğini savunmaktadır. Bu görüş taraftarlarına göre, TBK m. 78/II hükmüne dayanarak borçluya iptal hakkı tanımayan görüş, yenileme ile borcun ifasını bir tuttuğu için isabetli değildir. TBK m. 78/II çerçevesinde ifa edilen edimin geri istenememesinin sebeplerinden bir tanesi zaten mevcut olan bir borcun ifa edilmiş olmasıdır. Oysa yenileme işlemi ile önceki borç sona erdirilerek yeni bir borç yaratılmaktadır. Dolayısıyla alacaklı ifa suretiyle tatmin edilmemektedir. Yenileme işleminde yeni bir borç ilişkisi kurulmaktadır. Alacaklı eski alacağından feragat etmekte ve ona yeni bir alacak hakkı kazandırılmaktadır. Oysa TBK m. 78/II’de alacaklının borcun ifasıyla tatmin edilmesi söz konusudur. Bu sebeple borcun ifası ile yenileme işlemi aynı kefeye koyan ilk görüşün savunulması mümkün değildir⁵⁹⁴.

Kanaatimizce bu hususa ilişkin ikinci görüş daha isabetlidir. Borcun zamanaşımına uğradığını bilmeden yenileme işlemi yapan borçluya bunu iptal hakkı tanımak

⁵⁹¹ Bkz. Üçüncü Bölüm, I/C/2.

⁵⁹² Hermann Becker, **Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183 OR)**, 2. Auflage, Bern: Stämpfli Verlag, 1941/45, Art. 116 N. 4 (Önay, s. 89-90’dan naklen).

⁵⁹³ Önay, s. 90 ve orada dn. 372’de zikredilen yazarlar. Karş. Erhan Kanişlı, **İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 254 vd.

⁵⁹⁴ Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Bern: Stämpfli Verlag, 2009, §64 N. 47 (Önay, s. 90’dan naklen).

gerekir. Zira zamanaşımına uğramış bir borcun, bu niteliğı bilinmeden, ifa edildiğı takdirde geri istenememesinin temelinde zaten geçerli bir borcun ifa edilmiş olması yatmaktadır. Bu esası borcun ifasının söz konusu olmadığı bir işlem olan yenileme işlemine uygulamak isabetli değildir.

Zamanaşımına uğramış borçlar için kabul edilen esasın diğer sonradan eksik borç türleri için de uygulanabileceğı görüşündeyiz. Bu bağlamda örneğın konkordato dışında kalan bir borcun veya borç ödemeden aciz belgesinde yer alan alacak faizlerinin yenilenmesinin önünde de bir engel bulunmamaktadır⁵⁹⁵.



⁵⁹⁵ Aynı yönde bkz. Koyuncuoğlu/Koyuncuoğlu/İçöz Koyuncuoğlu, s. 118.

SONUÇ

Eksik borçlara ilişkin bu çalışmamızda eksik borçların tarihî gelişimi, türleri ve doğurdukları hukukî sonuçlar incelenmiştir. Bu bağlamda aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

Kökenleri Roma hukukuna dayanan bir kavram olan eksik borçlar, borçlunun ifaya dava ve cebrî icra yoluyla zorlanmadığı, fakat ifa edildiği takdirde geçerli bir ifanın tüm hüküm ve sonuçlarını doğuran borçları ifade etmektedir. Roma hukukundaki *obligatio naturalis* türleriyle günümüzdeki dava edilmesi mümkün olmayan fakat ifası geçerli olan borçlar arasında fazla bir benzerlik kalmamıştır. Bu sebeple eksik borç kavramı bu tür borçları tanımlamakta Roma hukukundan kalma bir tabir olan tabiî borç kavramına kıyasla daha isabetlidir. Doktrinde eksik borç kavramına gerek olup olmadığı da tartışmalı bir husustur. Fakat günümüzde doktrindeki hâkim görüş eksik borç kavramını hukukî bir kurum olarak kabul etmekte ve incelemektedir.

Eksik borçlar, doğuştan eksik borçlar ve sonradan eksik borçlar olmak üzere ikiye ayrılır. Doğuştan eksik borçlar dava ve cebrî icra yoluyla elde edilme kabiliyetinden yoksun olarak doğan borçlar iken; sonradan eksik borçlar ise bir tam borcun zamanla dava ve cebrî icra kabiliyetiyle elde edilme olanağını kaybetmesi halinde söz konusu olur. Doğuştan eksik borçlar sınıfına kumar ve bahisten doğan borçlar, evlenme simsarlığından doğan borçlar ve evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya cezaî şart girmektedir. Sonradan eksik borçlar ise zamanaşımına uğramış borçlar, konkordato dışında kalan borçlar ve borç ödemediği belgesinde yer alan alacak faizleridir. Sonradan eksik borçların bu niteliği def'îye tâbidir. Başka bir ifadeyle, def'î hakkı kullanılmadığı sürece bu borçların dava ve icra edilebilirlik bakımından bir tam borçtan hiçbir farkı yoktur. 743 sayılı eski Medeni Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde eşlerin evlilik devam ettiği sürece birbirine karşı icra takibi başlatamaması öngörüldüğü için geçici eksik borçların varlığından da söz edilmekteydi. 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'unda bu kural benimsenmediğinden, günümüzde Türk hukuku için geçici nitelikte eksik borçların varlığından söz edilemez.

Eksik borçlar kanunda öngörülen işlemlerden doğabileceği gibi taraflarca da kararlaştırılabilir. *Pactum de non petendo* olarak adlandırılan bir sözleşme ile tarafların, alacak hakkının varlığını korurken bunu dava ve cebrî icra yoluyla elde edilme olanağından yoksun bırakması mümkündür. Bu durumda *pactum de non petendo*'nun yapıldığı âna göre doğuştan eksik borç veya sonradan eksik borçtan söz edilecektir.

Doktrinde eksik borç olup olmadığı tartışmalı olan birçok durum söz konusudur. Bunlardan tespit edebildiklerimizin belli başlıları; ahlâkî yükümlülüklerin ifası, hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla yerine getirilen edimlerin iadesi borcu, şekle aykırılık sonucu doğan borç, *pactum de non petendo*'dan doğan borç, malikin iyiniyetli zilyet karşısındaki borcu, emeğini veya gelirini aileye özgüleyen altsoyun denkleştirme alacağı ve centilmenlik anlaşmalarından doğan borçlardır. Kanaatimizce, *pactum de non petendo* ve centilmenlik anlaşmaları hariç, bu durumlardan eksik borç doğduğunu söylemek mümkün değildir. Centilmenlik anlaşmaları bakımından da, tarafların hukukî anlamda yükümlülük altına girdikleri, fakat sadece dava ve takip imkânını ortadan kaldırdıkları kabul edilecek olursa eksik borçtan söz edilebilir; zira bu takdirde de *pactum de non petendo* benzeri bir durum ortaya çıkar. Kanaatimizce sadece malvarlığı değerlerine ilişkin borçlar bakımından eksik borçlardan söz edilebilir. Bu sebeple doktrinde kimi yazarlar tarafından eksik borç olarak kabul edilen biyolojik madde verme borcu gibi malvarlığına ilişkin olmayan borçların eksik borçlar çerçevesinde incelenemeyeceği kanaatindeyiz.

Eksik borçların doğurduğu hukukî sonuçlar birbirinden farklıdır. Fakat tüm eksik borçlar bakımından ortak sonuçlar da vardır. Bunlar hukuken borç niteliği taşımaları, dava imkânının bulunmaması veya zayıflaması, ifa halinde iadenin talep edilememesidir.

Eksik borçların hepsinin temelinde hukukî anlamda bir borç bulunmaktadır. Kanun koyucunun bunlar bakımından yasakladığı yegâne şey alacaklının ifaya yönelmiş menfaatinin devlet organları vasıtasıyla tatmin edilmesidir. Bu bağlamda eksik borçlar da alacağın temliki ve borcun üstlenilmesi işlemine konu olabilir. Bununla birlikte, doğuştan eksik borçlar bakımından temerrüt söz konusu olamaz; zira bu borçlar hiçbir zaman muaccel olmaz. Sonradan eksik borçlar sınıfına giren durum-

larda ise def'i hakkı kullanılana kadar temerrüt mümkün olabilir; fakat def'i hakkının kullanılmasıyla borçlunun temerrüde düşürülme imkânı ortadan kalkar.

Eksik borçların dava yoluyla elde edilme olanağının bulunmaması bu borçlara ilişkin tâli yükümlülöklere de sirayet eder. Bu sebeple eksik borcunu ifa etmeyen birinden müspet zararın tazmini talep edilemeyecektir, zira aksi yönde bir görüşün kabulü eksik borçların zorla ifasına yol açar. Buna mukabil, eksik borç doğuran sözleşmelerde dönme hakkının kullanılmasının önünde bir engel bulunmadığı kanaatindeyiz, zira dönme hakkının kullanılması alacaklının ifaya yönelik menfaatini tatmin sonucu doğurmaz.

Eksik borçlar ifa edildiğı takdirde geri istenememektedirler. Bunun temelinde yapılan ifanın geçerli ve mevcut bir borcun ifası olması yatmaktadır. Bu bağlamda sebepsiz zenginleşme gündeme gelemeyeceğı gibi; bir bağışlamadan da söz edilemez, zira yapılan ifa bağışlama sebebiyle yapılmamaktadır. Eksik borçları ifa eden kişinin borcun bu niteliğine ilişkin doğru bir tasavvur sahibi olması da aranmaz. Başka bir ifadeyle, eksik borcunu ifa eden kişi borcun bu niteliğini bilmeden ifada bulunmuşsa bile bunu geri isteyemez.

Eksik borçlar çeşitli hukukî işlemlere konu olmaları durumunda farklı sonuçlar doğurmaktadır. Çalışmamız kapsamında eksik borçların takas, kefalet, rehin, cezaî şart ve yenileme işlemleri bakımından doğurduğu hüküm ve sonuçlar incelenmiştir.

Eksik borçların takası hususunda zamanaşımına uğramış borçlar özel bir konuma sahiptir. Kanunda takas hakkının doğduğu anda zamanaşımına uğramamış olması koşuluyla, zamanaşımına uğramış borçların takasta aktif alacak olarak kullanılmasının mümkün olduğu öngörülmüştür. İki tarafın borcunun da eksik borç teşkil ettiği durumlarda ise takas işlemi pratik açıdan önemli bir sonuç doğurmayacaktır. Zamanaşımına uğramış borçlar dışındaki eksik borçlara gelince, bunlara ilişkin alacaklar takasta aktif alacak olarak kullanılamazlar. Zira aksi yönde bir görüşün kabulü alacaklının borçluyu ifaya zorlayamayacağı bir alacağı yönelik menfaatini takas yoluyla elde etmesi sonucunu doğurur. Bu durum kanun koyucunun eksik borçlar için öngördüğü müeyyidelere aykırı düşer.

Eksik borçlara kefalet bakımından da doğuştan eksik borçlar ve sonradan eksik borçları ayırarak incelemek gerekir. Kanunda doğuştan eksik borçlara kefaletin mümkün olacağı öngörülmüştür. Fakat bu durumda kefil de asıl borcun eksik borç niteliğinde olduğu savunmasını yapabilecektir. Hatta kefil, borcun bu niteliğini bile- rek kefil olsa bile bu hakkını kaybetmez. Sonradan eksik borçlar bakımından ise farklı bir durum söz konusudur: Zamanaşımına uğramış borca bilerek kefil olan kişi- nin zamanaşımı def'ini ileri süremeyeceği öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme kefaletin fer'î niteliğine aykırı düştüğü için doktrinde burada bir kefalet sözleşmesin- den söz edilip edilemeyeceği hususu hayli tartışmalıdır.

Eksik borçlar ve rehin kurumunu iki yönlü olarak incelemek gerekir: İlk olarak eksik borçların rehinle teminat altına alınıp alınamayacağı; ikinci olarak da eksik borçlara ilişkin alacaklar üzerinde alacak rehni kurulup kurulamayacağı hususu üze- rinde durulması gerekir. Eksik borçların rehinle teminat altına alınması hususunda da doğuştan ve sonradan eksik borçlar bakımından bir ayırım yapmak gerekir: Doğuştan eksik borçların rehinle teminat altına alınması mümkün değildir, zira aksi yönde bir sonuç eksik borçların zorla ifasının sağlanmasına yol açacaktır. Sonradan eksik borç- ların ise rehinle teminat altına alınması mümkündür, zira bu borçlar def'i hakkı kul- lanılmadığı sürece tam anlamıyla eksik borca dönüşmemektedirler. Eksik borçlara ilişkin alacakların rehnedilmesi sorunu üzerinde ise doktrinde fazla durulmamıştır. Kanaatimizce eksik borçlara ilişkin alacakların rehnedilmesi mümkündür; zira ka- nunda bir alacağın rehnedilebilmesi için devredilebilir olması yeterli görülmüştür. Eksik borçların da devri mümkün olduğundan bunlara ilişkin alacaklar üzerinde re- hin hakkı kurulması mümkün olmalıdır. Fakat böyle bir işlemin pratik açıdan önemli bir sonuç da doğurmayacağı da açıktır, zira rehinli alacaklı söz konusu alacağı para- ya çevirme yoluna gittiğinde kanun koyucunun eksik borçlar için öngördüğü engel- lerle karşılaşacaktır.

Eksik borçlar için kararlaştırılacak cezaî şart da eksik borcun türüne göre farklı hüküm ve sonuçlar doğuracaktır. Doğuştan eksik borçlar için cezaî şart kararlaştırıl- ması mümkün değildir. Cezaî şartın borçluyu cezalandırıcı işlevi bunun önündeki en büyük engeldir. Kanun koyucunun borçlunun ifaya zorlanabileceği her türlü yolu kapattığı bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmediği için borçluyu cezalandırmak, ne eksik borçların doğasıyla ne de cezaî şart kurumunun işleviyle örtüşür. Sonradan

eksik borçlar bakımından ise bir ayırım yaparak zamanaşımına uğramış borçları ve diğer sonradan eksik borçları ayrı ayrı incelemek gerekir. Zamanaşımına uğramış borçlar için cezaî şart kararlaştırılması mümkündür. Zamanaşımına uğramış alacağın borçlusu, def'i hakkını kullanarak borcunu ifadan kaçınma imkânı varken bunun için cezaî şart kararlaştırma yoluna gidiyorsa; bundan artık zamanaşımı def'inin koruyucu etkisinden yararlanmak istemediği anlaşılmalıdır. Fakat konkordato dışında kalan borçlar ve borç ödemeden aciz belgesinde yer alan alacak faizleri bakımından cezaî şart kararlaştırılması mümkün değildir; zira aksi yönde bir sonucun kabulü bu işlemlerin niteliğine aykırı düşer.

Eksik borçların yenilenmesi hususuna ilişkin de bir ayırım yapmak gerekir: doğuştan eksik borçların yenilenmesi mümkün değilken, sonradan eksik borçların yenilenmesi mümkündür. Yenileme işlemiyle bir borç sona erdirilip bundan bağımsız yeni bir borç kurulmaktadır. Bu sebepten ötürü doğuştan eksik borçların yenilenebileceğinin kabulü kanun koyucunun bunlar için öngördüğü yaptırımların kolaylıkla aşılması sonucunu doğurur. Buna karşılık sonradan eksik borçlar bakımından def'i hakkı kullanılmadığı sürece böyle bir sonuç söz konusu değildir. Dolayısıyla bunların yenileme işlemine konu olmaları mümkündür.

BİBLİYOGRAFYA

- Abik Yıldız “Nişanlanma ve Nişanlılık”, **AÜHFD**, C. 54, S. 52, 2005, s. 65-152
- Acar Faruk **Rehin Hukuku Dersleri**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015
- Acar Özlem **Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015
- Akçay Ergin **Türk Borçlar Kanununa Göre Zama-naşımı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010
- Akev Sahir Talat **Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis**, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1964
- Akıncı Şahin **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hü-kümler**, Konya: Nobel Yayın Dağıtım, 2000 (Borçlar)
- Akıncı Şahin **Roma Borçlar Hukuku**, Konya: Say-ram Yayınları, 7. Baskı, 2017 (Roma)
- Akıncı Şahin **Türk Özel Hukuku’nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ – Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hu-kuki Sonuçlar**, Ankara: Yetkin Yayınla-rı, 1996 (Biyolojik Madde)

Akıntürk Turgut

Müteselsil Borçluluk,

Ankara: Sevinç Matbaası, 1971

Akıntürk Turgut

Aile Hukuku, C. 2, 16. Baskı,

Ateş Karaman Derya

İstanbul: BETA Basım Yayım Dağıtım
A.Ş., 2014

Akipek Jale G.

Eşya Hukuku,

Akıntürk Turgut

İstanbul: BETA Basım Yayım Dağıtım
A.Ş., 2009

Akman Ahmet

“İslam ve Türk Borçlar Hukukunda İbra”, **EÜHFD**, C. 13, S. 2, 2018, s. 1-96

Aksu Mustafa

“Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra”, **YÜD**, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 97-130

Aktürk Emrah

Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020

Altaş Hüseyin

Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998

Altay Sümer

Konkordato Hukuku,

İstanbul: Birsal Hukuk Bürosu Yayınları, 1993

Antalya Osman Gökhan

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 1, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019 (C. 1)

Antalya Osman Gökhan

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019 (C. 2)

Antalya Osman Gökhan

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 3, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019

Aral Fahrettin

Türk Borçlar Hukukunda Takas, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010

Aral Fahrettin
Ayrancı Hasan

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015

Arat Ayşe

“Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanasımı”, **SÜHFD**, C. 12, S. 3-4, 2004, s. 193-228

Arık Kemal Fikret

“Hibe Vaadi, Bağışlayanın Ölümü, Sukut, Ahlâkî Vazifenin İfası, Dâva İle İcbar İmkânının Yokluğu”, **AÜSBFD**, S. 4, 1949, s. 482-493

Arkan Sabih

Ticarî İşletme Hukuku, 25. Baskı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2019

Arsebük Esat

Borçlar Hukuku, 3. Baskı, Ankara: Güney Matbaacılık, 1950

Arslanyürek Kabaklıoğlu Yasemin

Ceza Koşulu Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018

Atalı Murat
Ermenek İbrahim

İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı,
Ankara: Seçkin Yayınları, 2019

Atalı Murat
Ermenek İbrahim

Medenî Usul Hukuku,
Ankara: Seçkin Yayınları, 2019

Ayan Mehmet

Eşya Hukuku, C. 1, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 9. Baskı, Konya: Mimoza Yayınevi, 2013

Ayan Mehmet

Eşya Hukuku, C. 3, Sınırlı Aynî Haklar, 4. Baskı, Konya: Mimoza Yayınevi, 2012 (Aynî Haklar)

Ayan Serkan

“Emeğini veya Gelirini Aileye Özgüleyen Altsoyun Denkleştirme Alacağı ve Almanya Örneği”, **DEÜHFD**, C. 12, S. 1, 2010, s. 25-83 (Denkleştirme Alacağı)

Ayan Serkan

Kefalet Sözleşmesi,
Ankara: Adalet Yayınevi, 2018
(Kefalet Sözleşmesi)

Aybay Aydın

Borçlar Hukuku Dersleri,
İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016

Aybay Aydın
Hatemi Hüseyin

Eşya Hukuku, 3. Baskı,
İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012

Aydoğdu Murat
Kahveci Nalan

Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019

Ayiter Mehmet Kudret

Klasik Roma Hukukunda Dos'un Tesisi, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1958 (Dos)

Ayiter Mehmet Kudret

Roma Hukuku Dersleri – Aile Hukuku, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1960

Ayiter Nuşin

“Türk Hukukuna Göre Aynı Çatı Altına Yaşama Vakıası”, **AÜHFD**, C. 17, S. 1, 1960, s. 351-371

Ayrancı Hasan

Ön Sözleşme, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006

Barlas Nami

“Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI (9-10 Aralık 2005)**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2006, s. 41-67 (Kefalet)

Barlas Nami

Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1992 (Temerrüt)

Bayezit Fırat

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehin Sözleşmesi ve Hükümleri, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019

- Berki Şakir **Ayni Haklar**,
Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1965
(Ayni Haklar)
- Berki Şakir “Borçların Sukutu”, **AÜHFD**, C. 12, S. 1-2, 1955, s. 216-267 (Borçların Sukutu)
- Berki Şakir “Müruruzaman”, **AD**, S. 10, 1955, s. 948 vd.
- Berki Şakir **Roma Hukuku**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949 (Roma Hukuku)
- Berki Şakir “Romada Aile Hukuku”, **AÜHFD**, C. 14, S. 1, 1957, s. 111-121 (Roma Aile)
- Berkin Necmeddin M. **İflas Hukuku**,
İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972
- Bilge Necip **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1971 (Özel Borç Münasebetleri)
- Bilge Necip **Cezaî Şart**, Esat Arsebük Armağanından Ayrı Bası, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1957 (Cezaî Şart)
- Bilge Necip “Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler”, **AÜHFD**, C. 11, S. 1, 1954, s. 281-295 (Kefil)

- Bilge Necip “Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar”, **İÜMHAD**, C. 3, S. 1, 1958, s. 7-15
(Kumar ve Bahis)
- Bilgen Mahmut **Özel Hukukta Zamanaşımı**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010
- Birinci Uzun Tuba **Götürü Tazminat**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015
- Buckland William Warwick **Roman Law and Common Law**, 2. Baskı, Cambridge: Cambridge University Press, 1952
- McNair Arnold Duncan
- Burcuoğlu Haluk “Çağdaş Aile ve Sorunları”, **MBD**, C. 3, S. 7, 1983, s. 4-49
- Ünan Samim
- Altıp Atilla
- Buruloğlu Enver **Konkordato Hukuku ve Tatbikat**, İstanbul: Yörük Matbaası, 1968
- Reyna Yuda
- Buz Vedat “Genel Olarak Cezai Şart”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri (28 Mayıs 2011)**, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 7-18
(Cezai Şart)
- Buz Vedat **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005
(Yenilik Doğuran Haklar)

Buz Vedat

“Takas Beyanının Geriye Etkisi Üzerine”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 229-255

Büyüktanır Tahir
Özcan Büyüktanır Burcu Gülseren
Büyüktanır Oğuz

Kanunlarımızda Süreler, 3. Baskı,
Ankara: Adalet Yayınevi, 2017

Canbolat Ferhat

“Müteselsil Borcun Sona Erme Sebepleri, Borçlar Kanunu Tasarısındaki İlgili Hükümlerin Değerlendirilmesi ile Birlikte”, **ABD**, C. 66, S. 3, 2008, s. 68-81

Cansel Erol

Türk Menkul Rehni Hukuku, C. I, Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara: Sevinç Matbaası, 1967

Cansel Erol
Özel Çağlar

Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
C. 1, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017

Canyürek Murat

Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003

Çağlayan Aksoy Pınar

“Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engelleyen TBK Madde 81 Hükmü Üzerine Bir İnceleme”, **BATİDER**, C. 31, S. 4, 2015, s. 131-180

Çakırca Seda İrem

Adi Alacakların Rehni,
İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006

Çelebican Özcan

“Roma Egemenliği: Yurttaşlık ve Kölelik”, **AÜHFD**, C. 43, S. 1, 1993, s. 299-311

Çelik Ali

Müteselsil Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016

Çukadar Neslihan

Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013

Dağdelen Ahmet Hakan

818 Sayılı ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nda Borçlular Arasında Teselsül, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011

Deliduman Seyithan

İcra ve İflas Hukukumuzda Borç Ödemeden Aciz Belgesi, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1995

Demir Sevgi

Aile Hukuku Alanında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunun Getirdiği Yenilikler, Ankara: Kartal Yayınevi, 2004

Demiray Mustafa

“İslâm Hukuku Tabiî Borçları Tanıyor mu?”, **Genç Akademisyenler İlahiyat Araştırmaları Sempozyumu (1-2 Mayıs 2008)**, İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2009, s. 221-233
(Tabiî Borçlar)

Demiray Mustafa

“Roma Hukukundan Türk Hukukuna Eksik Borç Kavramı”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, İstanbul, 2009, s. 561-587 (Eksik Borç Kavramı)

Denizci Özlem Sibel

Türk Borçlar Hukukunda İbra, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009

Develioğlu Hüseyin Murat

“İsviçre Federal Mahkemesi’nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı”, **GSÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan**, C. 1, S. 1, 2004, s. 293-322

Develioğlu Hüseyin Murat

Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009 (Garanti)

Develioğlu Hüseyin Murat

Takas, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012 (Takas)

Di Marzo Salvatore

Roma Hukuku, Çeviren: Ziya Umur, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1959

Dinçer Berkin Erol

Türk Borçlar Kanununa Göre Zama-naşımının Hükümleri, Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019

Doğan Buket

Genel Olarak Türev Araç Sözleşmeleri ve Vadeli İşlem Sözleşmesine Genel Bir Bakış, Kocaeli: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008

Doğan Gül

**Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaa-
di)**, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hu-
kuk Fakültesi Yayınları, 2006

Doğan Güzide Burcu

**Roma Hukukunda Eksik Borç (Obli-
gatio Naturalis)**, İstanbul: Yayınlan-
mamış Yüksek Lisans Tezi, 2006

Doğancı Kamil
Kocakuşak Fulya

“Eski Roma Ailesinde ‘Pater Familias’
ve ‘Patria Potestas’ Kavramları”, **Ulu-
dağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakül-
tesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 16, S.
27, 2014, s. 233-250

Dural Mustafa
Öğüz Tufan
Gümüş Mustafa Alper

**Türk Özel Hukuku, C. III, Aile
Hukuku**, 14. Baskı, İstanbul: Filiz
Kitabevi, 2019

Durgut Ramazan

Cari Hesap Sözleşmesi,
İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012

Edis Seyfullah

“Birlikte Yaşadığı Ailesine Emeğini
veya Gelirlerini Tahsis Eden Reşit Ço-
cuğun Muhik Tazminat Alacağı”,
AÜHFD, C. 21, S. 1, 1964, s. 369-419

Elçin Grassinger Gülçin

**Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Ala-
cakhya Karşı Sahip Olduğu Savunma
İmkanları**, İstanbul: Alfa Basım Yayım
Dağıtım, 1996

Emiroğlu Haluk

“Roma Hukuku’nda Eksik Borç (Obligatio Naturalis) Olarak Doğan Borçlar”, **AÜHFD**, C. 51, S. 4, 2002, s. 73-82 (Obligatio Naturalis)

Emiroğlu Haluk

“Roma Klasik Hukuk Dönemi’nde Mal Rejimi”, **AÜHFD**, C. 50, S. 3, 2001, s. 175-183 (Mal Rejimi)

Eranıl Mehmet Akif

Borçlar ve Medeni Kanunda Müruru-zaman ve Sükutu Hak Hükümleri ve Tatbikatı, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1958

Erdem Mehmet

Aile Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018 (Aile Hukuku)

Erdem Mehmet

“Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, **Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28 Mayıs 2009)**, Ankara, 2009, s. 97-124 (Tazminat)

Erdem Mehmet

Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010 (Zamanaşımı)

Eren Fikret

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020 (Borçlar Genel)

- Eren Fikret **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020 (Borçlar Özel)
- Erdoğan İhsan **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi, 2017
- Erdoğan Belgin **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul: DER Yayınları, 2014
- Ergüne Serkan M. **Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002
- Eroğlu Orhan **Uygulamada Konkordato**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018
- Esener Turhan **Eşya Hukuku**, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012
- Güven Kudret
- Eskiocak Ali **Teslime Bağlı Taşınır Rehninde Alacaklının Hukuki Durumu**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009
- Evren Mahmut Tefik **Faiz Hukuku**, İstanbul: Net Matbaacılık, 1987
- Feyzioğlu Feyzi Necmettin **Aile Hukuku**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979

Feyzioğlu Feyzi Necmettin

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 2. Baskı, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977
(Borçlar Genel Hükümler)

Feyzioğlu Feyzi Necmettin

“Cezaî ve Hukukî Cepheleriyle Kumar ve Bahis”, **Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hatırasına Armağan**, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1958, s. 129-214

Fontaine Martin Jr

“Natural Obligations”, **Tulane Law Review**, V. 15, No. 4, 1941, s. 497-520

Gençcan Ömer Uğur

Aile Hukuku,
Ankara: Yetkin Yayınları, 2011

Gezder Ümit

Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul: BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2009

Goudy Henry

“Capitis Deminutio in Roman Law”, **Juridical Law Review**, V. 9, No. 2, 1987, s. 132-142

Gökçeoğlu Kamil Haluk

Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayımevi, 2007

Gönenç Fulya İlçin

Roma Hukukunda Kadın,
İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010

Gönensay Samim

Borçlar Hukuku,
İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1948

- Gül Neytullah “Simsarın Ücret Hakkı”, **AÜHFD**, C. 65, S. 4, 2016, s. 2795-2820
- Güleş Bedia **Türk Hukukunda Yapı İpoteği**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018
- Gülseven Hilal **Türk Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015
- Gümüş Mustafa Alper “Bağışlama Sözleşmesi, TBK m. 285-298”, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, (editörler: Serozan Rona/Öz Turgut/Acar Faruk/Gökyayla Emre/Develioğlu Hüseyin Murat), C. 2, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018
- Gümüş Mustafa Alper **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. 2, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012 (Borçlar)
- Gümüş Mustafa Alper **Türk-İsviçre Hukukunda İbra Sözleşmesi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015 (İbra)
- Güenal Ahmet Nadi **Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti)**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996
- Günerkök Özcan **Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014

Günveren Güzide Burcu

“*Ius Civile*’nin Tanıdığı Azat Etme Muameleleri ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları”, **İÜHFM**, C. 76, S. 2, 2018, s. 529-557

Gürdoğan Burhan

“İcra – İflas Takiplerinde Borçlunun Tamamen veya Kısmen Aczini Tesbit Eden Vesikalar”, **BATİDER**, C. 2, S. 1, 1963, s. 15-37

Gürsoy Kemal Tahir

Eren Fikret

Cansel Erol

Türk Eşya Hukuku,

Ankara: Sevinç Matbaası, 1978

Güven Kudret

“Eksik Borçlar, Temel Özellikleri İle Hüküm ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme”, **BÜHFD**, C. 2, S. 2, 2016, s. 37-72

Havutçu Ayşe

“Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı”, **DEÜHFD**, C. 12, Özel Sayı, 2010, s. 579-605

Hatemi Hüseyin

Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976

Hatemi Hüseyin

Gökyayla K. Emre

Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015

Hatemi Hüseyin

Kalkan Oğuztürk Burcu

Aile Hukuku, 2. Baskı,

İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013

Hatemi Hüseyin
Serozan Rona

Aile Hukuku,
İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993

Işık Melih

**İcra ve İflas Hukukunda Borç Öde-
meden Aciz Belgesi,** Antalya: Yayın-
lanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018

Işıntan Pelin

Sözleşme Müzakereleri, İstanbul: Ya-
yınlanmamış Doktora Tezi, 2009

İkizler Metin

“Centilmenlik Anlaşmaları”, **DEÜHFD,**
Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.
19, Özel Sayı, 2017, s. 415-444

İnan Ali Naim
Yücel Özge

Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık,
2014

İzmirli Mustafa Kağan

Cezai Şart, Ankara: Yayınlanmamış
Yüksek Lisans Tezi, 2010

Kale Serdar

Sorularla Konkordato,
İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017

Kanışlı Erhan

**İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre
Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma,**
İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018

Kapancı Kadir Berk

**Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası
İlişkiler,** İstanbul: Vedat Kitapçılık,
2015

Karadeniz Özcan

“Roma Hukukunda Peculium Müessesesi”, **AÜHFD**, C. 25, S. 3-4, 1968, s. 179-194

Karahacıoğlu Ali Haydar
Doğrusöz M. Edip
Altın Mehmet

Türk Hukukunda Rehin,
Ankara: Üçbilek Matbaası, 1996

Karakuş Burcu

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninde Rehin Alacaklısının Koruması, Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017

Karashahin Yasin Alperen

“İflasın Açılmasının, İflasın Ertelenmesinin ve Konkordatoda Verilen Mahkeme Kararlarının Zamanaşımı Yönünden Etkileri”, **BATİDER**, C. 34, S. 2, 2018, s. 217-298

Karayalçın Yaşar

Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticarî İşletme, 3. Baskı, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1968

Kaplan İbrahim

Borçlar Hukuku Dersleri,
Ankara: İmaj Yayınevi, 2012

Karlı Özlem

Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanınması, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007

Karslı Abdurrahim

İcra ve İflas Hukuku,
İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2014

- Kayak Sevgi “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, **HÜHFD**, C. 8, S. 2, 2018, s. 249-302
- Kendigelen Abuzer
Çonkar M. Halil “Zamanaşımına Uğrayan Kâr Payı Alacağı Konusundaki Özel Düzenleme”, **İÜHFM**, C. 71, S. 2, 2013, s. 205-224
- Kılıç Öztürk Gizem **Türk Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü**, Bursa: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015
- Kılıçoğlu Ahmet Mithat **Aile Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015 (Aile)
- Kılıçoğlu Ahmet Mithat **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2020 (Genel)
- Kılıçoğlu Ahmet Mithat **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019 (Özel)
- Kılıçoğlu Ahmet Mithat “Zamanaşımının Durması, Kesilmesi, Hüküm ve Sonuçları”, **Prof. Dr. Metin Günday Armağanı**, C. 1, Ankara, 2020, s. 807-831 (Zamanaşımı)
- Kırca İsmail **Hukukî Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2000
- Kocaağa Köksal **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003

Kocayusufpaşaoğlu Necip

Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017

Koç Nevzat

Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2002

Kodakoğlu Mehmet

İcra ve İflas Hukuku, Ankara: Savaş Yayınevi, 2016

Korkmaz Nurdan D.

İcra Hukukunda Rehin Açığı Belgesi, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019

Koschaker Paul
Ayiter Mehmet Kudret

Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Anahatları, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993

Koyuncuoğlu Tennur
Koyuncuoğlu Hikmet
İçöz Koyuncuoğlu Ömrüncgül

Borcun ve Sözleşmenin Yenilenmesi (Novatio – Yenileme), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017

Köroğlu Anıl

“Rehinli Malın Konkordato Mühleti İçinde Paraya Çevrilmesi Yasağı (İİK m. 295)”, **İÜHFM**, C. 78, S. 1, 2020, s. 139-160

Kuru Baki

İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013

Kuru Baki

İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, İstanbul: Legal Yayınevi, 2016
(İcra Ders Kitabı)

- Kuru Baki **İflas ve Konkordato Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul: Evrim Yayınevi, 1988
- Kuru Baki **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016
- Kuru Baki **Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2015
- Makaracı Başak Aslı **Taşınır Rehni Sözleşmesi**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014
- Mehmed Altın Gül den **Türk Medeni Hukuku ve Tüketici Hukuku Çerçevesinde Taşınmaz Satışında Şekle Aykırılığın Sonuçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019
- Nomer Halûk Nami **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, İstanbul: BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2020 (Borçlar Genel)
- Nomer Halûk Nami “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler**, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 53-60
- Nomer Halûk Nami **Eşya Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017
- Ergüne Mehmet Serkan
- Oğuzman M. Kemal **Aile Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1998
- Dural Mustafa

Oğuzman M. Kemal
Barlas Nami

Medenî Hukuk, 26. Baskı,
İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020

Oğuzman M. Kemal
Öz M. Turgut

Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
C. 1, 18. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020 (C. 1)

Oğuzman M. Kemal
Öz M. Turgut

Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
C. 2, 15. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020 (C. 2)

Oğuzman M. Kemal
Seliçi Özer
Oktay Özdemir Saibe

Eşya Hukuku, 21. Baskı,
İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018

Oktay Saibe

Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması, İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1990

Olgaç Senai

Kefalet,
Ankara: Olgaç Matbaası, 1978

Öçal Akar

Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1965

Öğütçü A. Tahir
Doğrusöz M. Edip
Önay Işık

Rehin Hukuku,
Ankara: Ulucan Matbaası, 1982
Yenileme,
İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016

Öz Turgut M.

Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1990
(Sebepsiz Zenginleşme)

Öz Turgut M.

“BK m. 65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m. 20 Kuralı ile İlişkisi Rüşvet-Başlık Parası”, **İBD**, C. 59, S. 1-2-3, 1985, s. 105-130 (m. 65)

Özbay Ümit Vefa

Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketim Öduncü (Karz) Sözleşmesi, Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015

Özbilen Arif Barış

İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011
(Biyolojik Maddeler)

Özbilen Arif Barış

Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016 (Şekil)

Özcan Büyüktanır Burcu G.
Okyar Karaosmanoğlu Dila

“Evlenmeye Zorlamak İçin Öngörülen Cayma Tazminatı ya da Cezai Şart Dava Edilemez; Ancak Yapılan Ödemeler de Geri İstenemez – TMK m. 119/f.2 Üzerine Bir Değerlendirme”, **HÜHFD**, C. 7, S. 1, 2017, s. 215-232

Özen Burak

Haksız Zilyetlikte İade, İstanbul: BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2003 (Zilyetlik)

Özen Burak

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017 (Kefalet)

Özkaya Eraslan

Özel Hukukta Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016

Özmen Adem

Borçlar Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011

Öztan Bilge

Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara: Turhan Yayınevi, 2015

Öztek Selçuk

İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1994

Paksoy Meliha Sermin

Zamanaşımından Feragat, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012

Paribeni Roberto

“Roma Hukukunda Aile Kurumu”, Çeviren: Ş. Talip, **İÜHFM**, C. 1, S. 2, 1935, s. 232-246

Pekcanıtez Hakan

İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı,

Atalay Oğuz

İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018

Sungurtekin Özkan Meral

Özekes Muhammet

Pekdemir Şevket

Sözleşmelerde Cezai Şart, Samsun: Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013

Postacıoğlu İlhan E.

Konkordato,
İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1965

Pugliese Giovanni

“Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış”, Çeviren: Ziya Umur, **İÜHFM**, C. 22, S. 1-4, 1957, s. 339-349

Rado Türkan

Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, 11. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014 (Roma Borçlar Hukuku)

Rado Türkan

Senatus Consultum Macedonianum ve Roma Hukuku’nda Filius Familias’ların Para Ödünçleri, İstanbul: Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, 1944 (Macedonianum)

Reisoğlu Safa

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2013 (Borçlar)

Reisoğlu Safa

Türk Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara: Sevinç Matbaası, 1973

Reisoğlu Seza

“Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları”, **AÜHFD**, C. 19, S. 1, 1962 (Muteberlik)

Reisoğlu Seza

Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1961 (Sebepsiz İktisap)

Reisoğlu Seza,

Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1992

Reisoğlu Seza

Türk Kefalet Hukuku, Ankara: Cem Web Ofset San. Tic. Ltd. Şti., 2013 (Kefalet)

Samancı Serap

Roma Hukukundan Günümüze Kefalet Sözleşmesi, Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015

Sarı Mehmet

Takip Hukukunda Zamanaşımı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016

Sayın Baha Yiğit

Roma Hukukundan Günümüze Obligatio Naturalis, İstanbul: Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009

Saymen Ferit Hakkı

Elbir Halid Kemal

Türk Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1966 (Umumî Hükümler)

Saymen Ferit Hakkı

Elbir Halid Kemal

Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1963 (Eşya Hukuku Dersleri)

Schulz Fritz

“Auctoritas”, Çeviren: Havva Karagöz, **İÜHF**, C. 55, S. 4, 1997, s. 341-353

Serozan Rona

Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016 (İfa Engelleri)

Serozan Rona

“Geçersiz Satım Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi”, **İÜMHAD**, C. 3, S. 4’ten ayrı bası, 2011, s. 187-213

Serozan Rona

“Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Değişikliklerinin, Özellikle Yabancı Para Borçlarına ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi”, **İBD**, C. 65, S. 1-2-3, 1991, s. 194-222

Serozan Rona

“Sebepsiz Zenginleşme, TBK m. 77-82”, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, (editörler: Serozan Rona/Öz Turgut/Acar Faruk/Gökyayla Emre/Develioğlu Hüseyin Murat), C. 1, 3. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019 (Şerh)

Seyman Seda

Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları, İzmir: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013

Sherman Charles Phineas

“Acquisitive Prescription – Its Existing World-Wide Uniformity”, **The Yale Law Journal**, V. 21, No. 2, 1911, s. 147-156

Sirmen A. Lâle

Alacak Rehni, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1990 (Alacak Rehni)

Sirmen A. Lâle

Eşya Hukuku, 8. Baskı,
Ankara: Yetkin Yayınları, 2020
(Eşya Hukuku)

Snyder David V.

“The Case of Natural Obligations”, **Lou-
isiana Law Review**, V. 56, No. 423,
1995, s. 423-436

Sungurbey İsmet

“Borç İkrarı ve Borç Vaadi”, **İÜHF**,
C. 22, S. 1-4, 1957, s. 167-234
(Borç Vaadi)

Sungurbey İsmet

**İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabi
Müruru Zaman**, İstanbul: İsmail Akgün
Matbaası, 1956 (Müruru Zaman)

Susuz Kağan

Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı,
İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008

Sütken Elvan

“Roma Mülkiyetinde Mancipatio’nun
Yeri ve Önemi”, **TAAD**, C. 7, S. 27,
2016, s. 467-492

Şafak Ali

Diren Duygu

Baklacı Çakıroğlu Evren

Öztürk Almaç Tuğçe

Alacağın Temliki (Devri),

Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017

Şenol Ömer Faruk

**Hukuki Açıdan Bankaların Tezgahüs-
tü Piyasada Taraf Olduğu Türev İş-
lemler**, İstanbul: On İki Levha Yayıncı-
lık, 2017

Şıpka Şükran

Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 3. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013

Tahiroğlu Bülent

Roma Borçlar Hukuku, İstanbul: DER Yayınları, 2014

Tandoğan Haluk

Aile Hukuku Ders Notları, Ankara, 1965

Tandoğan Haluk

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008 (Borçlar I)

Tandoğan Haluk

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010 (Borçlar II)

Tandoğan Haluk

Garanti Mukavelesi, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1959 (Garanti Mukavelesi)

Tandoğan Haluk

Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010 (Mes'uliyet Hukuku)

Tanrıver Süha

Konkordato Komiseri, Ankara: Yetkin Yayınları, 1993

Tanrıver Süha
Deynekli Adnan

Konkordatonun Tasdiki, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996

Tek Gülen Sinem

Ulaşım Araçlarının İpoteği,

İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012

Tekinay Selâhattin Sulhi

“Başlık Parasına İlişkin Uygulamalar Hakkında”, **Prof. Dr. Ü. Doğanay Anısına Armağan**, İstanbul, 1982, s. 79 vd. (Başlık Parası)

Tekinay Selâhattin Sulhi

“Müteselsil Borçlarda Zamanaşımının Rolü”, **İBD**, C. 38, S. 1-4, 1964, s. 168-177

Tekinay Selâhattin Sulhi

Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990 (Türk Aile Hukuku)

Tekinay Selâhattin Sulhi

Borçlar Hukuku Genel Hükümler,

Akman Sermet

7. Baskı, İstanbul: Filiz Yayınevi, 1993

Burcuoğlu Haluk

Altop Atilla

Tercier Pierre

Borçlar Hukuku Genel Hükümler,

Pichonnaz Pascal

2. Baskı, İstanbul: On İki Levha

Develioğlu Hüseyin Murat

Yayıncılık, 2020

Tiryaki Murat

Özel Hukuk Alanında Cezai Şart, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2005

Tongsir Ferih Bedii

“Bağışlama”, **İÜHFM**, C. 18, S. 3-4, 1952, s. 903-987

Tunçomağ Kenan

Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul: Baha Matbaası, 1963 (Cezai Şart)

Tunçomağ Kenan

Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 6. Baskı, İstanbul: Sermet Matbaası, 1976
(Genel Hükümler)

Tunçomağ Kenan

“1962 Yılında Yayınlanmış Borçlar Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları Üzerinde Kısa İncelemeler”, **BATİDER**, C. 2, S. 3, 1964, s. 417-450

Turanboy Kürşat Nuri

İbra Sözleşmesi,
Ankara: Yetkin Yayınları, 1998

Tutumlu Mehmet Akif

Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması,
Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008

Tümerdem Murat

Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları (TBK mad.126), Ankara: Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2018

Türkoğlu Özdemir Gökçe

“Roma Hukukunda Actio de Peculio”, **DEÜHFD**, C. 7, S. 2, 2005, s. 103-136

Tüzüner Özlem

“Kumar ve Bahis Borcu Hakkında de Lege Ferenda Düşünceler”, **TBBD**, C. 26, S. 107, 2013, s. 245-272

Uçar Salter

Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması,
İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1993

- Ulukapı Ömer “Konkordatonun Sonuçları”, **SÜHFD**, C. 8, S. 1-2, 2000, s. 9-61
- Umur Ziya **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, İstanbul: BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2010
- Uyar Talih “Takip Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası (İİK m. 143)”, **TBBD**, C. 20, S. 70, 2007, s. 345-358 (Aciz Vesikası)
- Uyar Talih **Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri**, Ankara: Bilge Yayınevi, 2018
- Ülgen Hüseyin
Helvacı Mehmet
Kendigelen Abuzer
Kaya Arslan
Nomer Ertan Nedret Füsün **Ticari İşletme Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015
- Ünal Mehmet
Başpınar Veysel **Şekli Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2015
- Üstündağ Saim **İflâs Hukuku Dersleri: İflâs, Konkordato, İptâl Davaları**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975
- Vardar Hamamcıoğlu Gülşah **Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyetini Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020

Villers Robert

“Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar, Kadının Hukuki Durumu”, Çeviren: Bülent Tahiroğlu, **İÜHF**, C. 39, S. 1-4, 1974, s. 427-438

Visky Karoly

“Roma Hukukunda Kölelik ve Serbest Meslekler”, Çeviren: Bülent Tahiroğlu, **İÜHF**, C. 40, S. 1-4, 1974, s. 689-700

von Tuhr Andreas

Borçlar Hukuku, 1-2, Çeviren: Cevat Edege, Ankara: Olgaç Matbaası, 1983

Vural Abdülgaffar

Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakli, Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017

Yağcıoğlu Burcu

Kazandırıcı Zamanaşımı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014 (Kazandırıcı Zamanaşımı)

Yağcıoğlu Burcu

Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019 (Ceza Koşulu)

Yavuz Cevdet

Acar Faruk

Özen Burak

Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul: BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2014

Yavuz Kılıç İlksen

Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Alacaklı Arasındaki İlişki, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018

Yenice A. Özge

Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009

Yıldırım Abdulkerim

Türk Aile Hukuku,
Ankara: Savaş Yayınevi, 2014

Yıldırım Abdulkerim

Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Monopol Yayınları, 2018 (Borçlar)

Yıldırım Mustafa Fadıl

“Kefalet Sözleşmesindeki Yenilikler”,
Ankara Barosu Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu (24-25 Mart 2011), Ankara, 2011, s. 225-233

Yıldız Mustafa Göktürk

Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, İstanbul: Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2017

Yılmaz Ejder

İcra ve İflas Kanunu Şerhi,
Ankara: Yetkin Yayınları, 2016

Yılmaz Merve

Yargıtay Kararları Çerçevesinde Kıymetli Evrakta Şahsi Defiler, Isparta: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007

Yörük Irmak

Türk Borçlar Hukukunda İbra, İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018

Yücedağ Nafiye

**Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde
Yenisiyle Değişirme Hakkı (TBK ve
CISG Uyarınca)**, İstanbul: On İki Levha
Yayıncılık, 2018

Zevkliler Aydın
Gökyayla K. Emre

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,
20. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık,
2020

Zimmermann Reinhard

The Law of Obligations,
Oxford: Clarendon Press, 1996

ÖZGEÇMİŞ

24 Ekim 1995 tarihinde Ankara’da doğan Ahmet Gökhan Buz, 2013 yılında Kırkkonaklar Anadolu Lisesi’nden, 2018 yılında Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun oldu. Mezun olduğu sene İstanbul Barosu’nda avukatlık stajına başlarken aynı zamanda Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde Özel Hukuk alanında yüksek lisans eğitimine başladı. İstanbul Barosu’na kayıtlı bir avukat olan Ahmet Gökhan Buz lisans üstü eğitimine devam etmektedir.

