



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

EKSİK BORÇ

Fatma Begüm YEŞİLLER

Doktora Tezi

Ankara, 2024

EKSİK BORÇ

Fatma Begüm YEŞİLLER

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Ankara, 2024

KABUL VE ONAY

Fatma Begüm YEŞİLLER tarafından hazırlanan “EKSİK BORÇ” başlıklı bu çalışma, 14.12.2023 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR (Başkan)

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Danışman)

Doç. Dr. Yıldız ABİK (Üye)

Doç. Dr. Burcu Gülseren ÖZCAN BÜYÜKTANIR (Üye)

Dr. Öğr. Üyesi Ayça ZORLUOĞLU YILMAZ (Üye)

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. Uğur ÖMÜRGÖNÜLŞEN
Enstitü Müdürü

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kağıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinleri yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayınlanan “*Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge*” kapsamında tezim aşağıda belirtilen koşullar haricince YÖK Ulusal Tez Merkezi / H.Ü. Kütüphaneleri Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

- Enstitü / Fakülte yönetim kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir. ⁽¹⁾
- Enstitü / Fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren ay ertelenmiştir. ⁽²⁾
- Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir. ⁽³⁾

05/01/2024

Fatma Begüm YEŞİLLER

¹ “*Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge*”

(1) Madde 6. 1. Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez danışmanının önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulu** iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.

(2) Madde 6. 2. Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulunun** gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.

(3) Madde 7. 1. Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, **tezin yapıldığı kurum** tarafından verilir *. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, **ilgili kurum ve kuruluşun önerisi** ile **enstitü** veya **fakültenin** uygun görüşü üzerine **üniversite yönetim kurulu** tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.

Madde 7.2. Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.

* Tez danışmanının önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulu** tarafından karar verilir.

ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında zgn olduğunu, **Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığını beyan ederim.

Fatma Begüm Yeşiller

ÖZET

YEŞİLLER, Fatma Begüm. *Eksik Borç*, Doktora Tezi, Ankara, 2024.

Borç ilişkilerinde ilke olarak sorumluluğun da meydana gelmesi söz konusudur. Zira borçlu, borcunu ifa yükümlülüğünden kaçındığında sorumluluğu doğmakta, bu hâlde ise alacaklının devletin yetkili organlarına başvurmak suretiyle yaptırım uygulatabilme imkânı mümkün olmaktadır. Bu nitelikteki borçlar öğretide “*medeni*”, “*tam*” borçlar olarak adlandırılmaktadır. Borç ile sorumluluk kavramlarının ilişkili olduğu kabul edilen bir gerçektir. Ancak öyle bazı borçlar vardır ki bunlar, borç ile sorumluluğun birlikte var olacağı genel anlayışına istisna teşkil etmektedir. Tam borçların karşıtı niteliğinde kabul edilen eksik borçlar öğretide “*davasız*”, “*mesuliyetsiz*” borçlar olarak da adlandırılmaktadır. Eksik borcun borçlusu borcunu ifa etmediğinde alacaklının yaptırım uygulatabilme imkânından mahrum olması dolayısıyla bu borçlar eksik, davasız ya da mesuliyetsiz olarak nitelendirilmektedir. Geçmişten günümüze ulaşan bu ayrımın kökeni Roma hukukuna dayanmaktadır. Zira eksik borçları ifade eden *obligatio naturalis*’in ilk olarak Roma Klasik Hukuk Dönemi’nde öncelikle kölelerin borçlandırıcı işlemleri neticesinde doğan borçlarını ifade edebilmek amacıyla kullanıldığı anlaşılmaktadır. Eksik borçların hukuki anlamda borç niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Nitekim alacaklı, zayıf da olsa gerçek bir alacak hakkına sahiptir. Buna bağlı olarak borçlu da mevcut ve geçerli bir borcun borçlusudur. Bu nedenle, borçlu zorunda olmasa da borcunu ifa ettiğinde tıpkı tam bir borç ifa edilmiş gibi sonuç doğmaktadır. Genellikle bir eksik borcun varlığına, yaptırımsız oluşuna bir kanun hükmünde işaret edilse de kanun koyucunun yaptırımsız kıldığı ya da eksik borçların bir etkisini tanıdığı her borcun eksik borç teşkil ettiği söylenememektedir. Eksik borç olarak nitelendirilen hâllerde ise kesin etkiler bu borçların tümü bakımından geçerlidir. Öğretide fazla sayıda tartışma olsa da olası etkiler ise eksik borç türleri bakımından farklılık gösterebilmektedir. Ancak eksik borçların olası etkiler bakımından farklılık göstermesi borcun niteliğinde bir değişikliğe neden olmamaktadır.

Anahtar Sözcükler

Tam Borç, Eksik Borç, *Obligatio Naturalis*, Yaptırım, Sorumluluk

ABSTRACT

YEŞİLLER, Fatma Begüm. *Natural Obligation*, Ph. D. Dissertation, Ankara, 2024.

In principle, it is accepted that debt relations cause liability of the debtor. When the obligation is not fulfilled by the debtor, liability arises and in this case, it is possible for the creditor to impose sanctions by applying to the authorized institutions of the state. In the doctrine these obligations are usually expressed as “civil” or “enforceable” obligations. It is an accepted fact that obligation and liability are closely related. However some obligations constitute an exception to the general understanding of obligation and liability coexist. Natural obligations, which are accepted as the opposite of civil obligations are also known as “unenforceable” obligations. Since obligation can be fulfilled only if the debtor wishes to fulfill it. The origin of the distinction between civil obligation – natural obligation is based on Roman law. It is known that in the Roman Classical Period, Romans initially used the term “*obligatio naturalis*” in order to express the obligations of the slaves arising from their legal transactions. Natural obligations occur due to a legal relationship between the creditor and debtor. For this reason, when the obligation is fulfilled by the debtor, the performance will be valid. The non - enforcement of an obligation is usually indicated in the codes. However it should be stated that not every obligation without a sanction accepted by the legislator constitutes a natural obligation. While the absolute effects are valid for all natural obligations; the possible effects may differ according to the types of natural obligations. Additionally, there are many different opinions in the doctrine about the possible effects of natural obligations. However, the difference between natural obligations in terms of possible effects does not cause any change on the nature of the obligation.

Keywords

Civil Obligation, Natural Obligation, *Obligatio Naturalis*, Sanction, Liability

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI.....	ii
ETİK BEYAN.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR DİZİNİ	x
GİRİŞ	1
1. BÖLÜM: KONUYA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR, EKSİK BORCUN TANIMI, TARİHÇESİ VE GELİŞİMİ	4
1.1. BORÇ VE BORÇ İLİŞKİSİ.....	4
1.2. ALACAK HAKKI VE ALACAK HAKKININ TALEP HAKKIYLA İLİŞKİSİ.....	10
1.2.1. Alacak Hakkı	10
1.2.2. Alacak Hakkı ile Talep Hakkı Arasındaki İlişki	13
1.3. SORUMLULUK VE YAPTIRIM.....	17
1.4. TAM BORÇ KAVRAMI	25
1.5. EKSİK BORÇ KAVRAMI.....	26
1.6. EKSİK BORCUN TARİHSEL KÖKENİ.....	33
1.6.1. Roma Hukukunda <i>Obligatio Civilis</i> ve <i>Obligatio Naturalis</i> Ayırımı	33
1.6.2. <i>Obligatio Naturalis</i> 'in İki Anlamı	36
1.6.3. Roma Hukukunda <i>Obligatio Naturalis</i> Olarak Nitelendirilen Bazı Borçlar	43
1.6.3.1. Genel Olarak	43
1.6.3.2. Kölelerin Borçları	45
1.6.3.3. Aile Üyelerinin Birbirlerine Karşı Borçları	50
1.6.3.4. <i>Senatus Consultum Macedonianum</i> 'a Aykırı Olarak Verilen Ödünçler.....	52

1.6.3.5. Küçüğün Vasisinin <i>Auctoritas</i> 'ı Olmaksızın Yüklendiği Borçlar.....	55
1.6.3.6. Şekil Eksikliğinin Borçlara Etkisi.....	57
1.6.3.7. <i>Dos</i> Niteliğindeki Şeylerin İadesi	58
1.6.3.8. Azat Edilen Kölenin Efendisine Karşı Yükümlülükleri	60
1.6.3.9. Nafaka Alacaklısı Olmayan Kimselere Ahlaki Görev Olarak Yapılan Nafaka Ödemeleri.....	63
1.6.3.10. <i>Pactum</i> 'dan Doğan Faiz (<i>Usurae</i>) Borcu	64
1.6.3.11. <i>Fideicommissum</i> 'u Yerine Getirme Borcu	65
1.6.3.12. Borcun Zamanaşımına Uğraması (Uzun Zamanaşımı Defi)	67
1.6.3.13. <i>Capitis Deminutio</i> 'ya Uğrayanların Borcu	68
1.6.3.14. <i>Litis Contestatio</i> 'nın Borca Etkisi.....	71
1.6.3.15. <i>Confusio</i> Hâlinde Meydana Gelen <i>Obligatio Naturalis</i>	74
1.6.3.16. Hâkimin Hatalı Hükmü.....	75
1.6.3.17. Kadının Başkası Lehine Borç Yüklenmesi	76
1.6.3.18. <i>Pactum de non Petendo</i>	77
1.6.4. Roma Hukukunda <i>Obligatio Naturalis</i> 'in Etkileri	79
1.6.4.1. <i>Obligatio Naturalis</i> 'in Kesin Etkileri	79
1.6.4.1.1. Yaptırımsızlık	79
1.6.4.1.2. Geçerli İfanın Bağışlama ve Sebepsiz Zenginleşme Teşkil Etmemesi.....	80
1.6.4.2. <i>Obligatio Naturalis</i> 'in Olası Etkileri	81
1.6.4.2.1. <i>Novatio</i>	82
1.6.4.2.2. <i>Compensatio</i>	83
1.6.4.2.3. <i>Obligatio Naturalis</i> ve Teminat.....	84
1.6.5. Roma Hukukundan 19. Yüzyıla Avrupa'da <i>Obligatio Naturalis</i> Üzerine Görüşler.....	86
1.6.6. BGB Kanun Tasarısı Müzakerelerinde <i>Obligatio Naturalis</i>	96
1.6.7. <i>Obligatio Naturalis</i> 'e İlişkin Objektif Teori ve Sübjektif Teori	97

2. BÖLÜM: EKSİK BORÇLARIN SINIFLANDIRILMASI VE ÇEŞİTLERİ	99
2.1. GENEL OLARAK.....	99
2.2. BAŞLANGIÇTAN İTİBAREN (DOĞUŞTAN) EKSİK BORÇLAR.....	102
2.2.1. Kumar ve Bahis Faaliyetlerinden Doğan Borçlar.....	102
2.2.2. Evlenme Aracılığından (Simsarlığından) Doğan Borçlar	116
2.2.3. TMK m. 119/I Hükmü ve Evlenmeden Kaçınma İçin Kararlaştırılan Cayma Tazminatı ya da Ceza Şartı.....	122
2.3. SONRADAN EKSİK BORÇLAR.....	129
2.3.1. Konkordato Haricinde Kalan Borçlar.....	129
2.3.2. Zamanaşımına Uğrayan Borçlar	133
2.4. NİTELİĞİ TARTIŞMALI OLAN BORÇLAR.....	145
2.4.1. Ahlaki Ödevlerden Doğan Borçlar	145
2.4.2. Hukuka veya Ahlaka Aykırı Amacın Gerçekleştirilmesi İçin Verilen Şeylerin İadesi	152
2.4.3. Sözleşme ile Eksik Borç Kararlaştırılabilmesi ve Centilmenlik Anlaşmaları.....	158
2.4.4. TMK m. 122 ve Manevi Nitelikteki Hediyeleşmelerin İadesi.....	168
2.4.5. Malikin İyiniyetli Zilyede Karşı Borcu	170
2.4.6. Sınırlı Sorumlulukta Borçlunun Borcunu Aşan Borçlar.....	173
2.4.7. İşçinin Rekabet Sözleşmesinden Doğan Borcu	175
2.4.8. İnsan Kökenli Biyolojik Madde Verilmesine İlişkin Borç.....	178
2.4.9. Şekle Aykırı Sözleşmelerden Doğan Borçlar.....	181
2.4.10. Emek ya da Gelirini Aileye Özgüleyen Altsoyun Denkleştirme Alacağı.....	188
2.4.11. Borç Ödemedenden Aciz Belgesinde Yer Alan Alacak Faizleri	191
2.5. ÖNCEKİ MEDENİ KANUN'DA ve İCRA ve İFLAS KANUNU'NUN YÜRÜRLÜKTEN KALKAN BAZI HÜKÜMLERİNDE YER ALAN TARTIŞMALI BORÇLAR	197
2.6. İSVİÇRE HUKUKUNDA MEVCUT OLAN FARKLI EKSİK BORÇ ÖRNEKLERİ.....	199

3. BÖLÜM: EKSİK BORÇLARIN ETKİLERİ	201
3.1. EKSİK BORÇLARIN KESİN VE OLASI ETKİLERİ.....	201
3.1.1. Genel Olarak.....	201
3.1.2. Eksik Borçların Kesin Etkileri.....	202
3.1.2.1. Yaptırımsızlık	202
3.1.2.2. İfanın Bağışlama Teşkil Etmemesi	204
3.1.2.3. İfanın Geçerliliği ve Sebepsiz Zenginleşme Teşkil Etmemesi.....	205
3.1.3. Eksik Borçların Olası Etkileri.....	208
3.1.3.1. Savunma Vasıtaları Açısından Eksik Borç	208
3.1.3.2. Eksik Borcun Miras Hukukundaki Yeri	213
3.1.3.3. Eksik Borç ve Ceza Koşulu (Cezai Şart)	220
3.1.3.4. Eksik Borç ve Bağlanma Parası.....	227
3.1.3.5. Eksik Borç ve Cayma Parası.....	229
3.1.3.6. Eksik Borçların Sebebi Gösterilmeyen Soyut Borç Tanınmasına Konu Olması	232
3.1.3.7. Eksik Borçların Kefalet ile Teminat Altına Alınması.....	234
3.1.3.8. Eksik Borçların Rehin ile Teminat Altına Alınması.....	256
3.1.3.9. Eksik Borçlarda Takas	267
3.1.3.10. Eksik Borçlarda Yenileme	275
3.1.3.11. Eksik Borçlardan Doğan Alacakların Devri	289
3.1.3.12. Eksik Borçların Üstlenilmesi	294
3.1.3.13. Eksik Borçlarda Borçlunun Temerrüdü	300
SONUÇ.....	305
KAYNAKÇA	343

KISALTMALAR DİZİNİ

AATUK.	: 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun
ABGB.	: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie
Abs.	: Absatz
AJP.	: Aktuelle Juristische Praxis
ALR.	: Allgemeines Landrecht vom 5. Februar 1794 für die Preussischen Staaten
Art.	: Artikel
ATF.	: Arrêts du Tribunal Fédéral
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
Beck'sche KuKo.	: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare
BernerK.	: Berner Kommentar
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE.	: Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Bkz./ bkz.	: Bakınız/ bakınız
BMÇÇAMTHK.	: 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun
BSK.	: Basler Kommentar
BUB.	: Bankrecht und Bankpraxis
c.	: cümle
C.	: Cilt
CCVD.	: Code civil du 11 juin 1819 du canton de Vaud
Çev.	: Çeviren
dp.	: Dipnot

D.	: <i>Digesta</i>
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Diss.	: Dissertation
E.	: Esas
EBK.	: 818 Sayılı (mülga) Borçlar Kanunu
EDS.	: Editors
f.	: fıkra
ff.	: folgende
<i>Gai. Ins.</i>	: <i>Gaius Institutiones</i>
HandK.	: Hand Kommentar
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK.	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	: Herausgeber
Ikomm.	: Institutionenkommentar
<i>Ius. Ins.</i>	: <i>Iustinianus Institutiones</i>
İİK.	: 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu
JURA.	: Juristische Ausbildung
JuS.	: Juristische Schulung
K.	: Karar
Karş./ karş.	: Karşılaştırınız/ karşılaştırınız
KK.	: 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu
K SZO.	: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht
M./ m.	: Madde/ madde
M.Ö.	: Milattan Önce
M.S.	: Milattan Sonra
MünchenerK.	: Münchener Kommentar
N.	: Nummer
No.	: Numara
OLG.	: Oberlandesgericht
OR.	: Obligationenrecht

ÖMK.	: 743 Sayılı Önceki Türk Kanunu Medenisi
ÖZJ.	: Österreichische Juristen - Zeitung
PECL.	: Principles of European Contract Law
PGBZ.	: privatrechtliches Gesetzbuch vom 28. Christmonat 1853/ 19. April 1854/ 16. April 1855/ 21. Christmonat 1855 für den Kanton Zürich
pr.	: <i>principium</i>
RG.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SBF.	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
SchKG.	: Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs
SET.	: Son Erişim Tarihi
TBK.	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK.	: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK.	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK.	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
UNIDROIT.	: International Institute for the Unification of Private Law
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
VUK.	: 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
Yön.	: Yönetmelik
yy.	: Yüzyıl
ZBJV.	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB.	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907

GİRİŞ

Eksik borçlar uzun yıllar boyunca tabii borçlar, yaptırımsız borçlar, mesuliyetsiz borçlar gibi isimlerle anılmıştır. Bu çalışmada tarihi kısım dışında günümüz yaygın kullanımına uygun olarak “*eksik borç*” terimi tercih edilmiştir. Tarihsel kısımda ise *obligatio naturalis* kavramı kullanılmıştır. Her ne kadar terimler çoğu zaman birbiri yerine kullanılsa da bu borç türünün ortaya çıktığı dönem ve günümüzde eksik borç olarak nitelendirilen hâller birbirinden farklılık göstermektedir. Roma’da *obligatio naturalis* kavramının Klasik Hukuk Dönemi’nden bu yana kullanıldığı biliniyor olsa da bu tabirin Klasik Hukuk Dönemi’ne ait olmayıp Bizans Dönemi’nde *interpolatio* yolu ile metinlerde yer almaya başladığı ileri sürülmüştür. Fakat kavramın Klasik Hukuk Dönemi’nden itibaren başlangıçta kölelerin hukuki işlemlerinden doğan borçları için kullanılmaya başlandığı tespit edilebilmektedir. Bununla birlikte Roma’da *obligatio naturalis* sadece kendisine *actio* tanınmamış borçları ifade etmemekteydi. *Obligatio naturalis* olarak adlandırılan diğer borçlar ise *Ius Gentium*’dan kaynaklanan dava edilebilen nitelikte borçlardı. Esasında kavramın bu yöndeki kullanımının anlaşılmasında güçlük oluşturduğu açıktır. Ancak kavramın hangi anlama geldiğinin tespiti içeriğinde yer aldığı metnin bağlamından çıkarılmaktadır.

Grotius’a göre insanların bazı borçları meydana getirme arzu ve kuvvetleri azaltılmalıdır. Bunun bir yolu da eksik borç kurumunun kabulüyle mümkün olabilmektedir. Öğretide bir görüşe göre doğal hukuk ürünü eksik borçlar pozitif hukuk tarafından tanınmayan yükümlülüklerdir. Bu görüş, borç ile sorumluluğun birbirinden ayrılacağı varsayımını da reddetmektedir. Öğretide bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre ise borç ile sorumluluğun birbirinden ayrılması mümkündür. Bununla birlikte yine katıldığımız görüşe göre, yaptırımsız olsalar da eksik borçlar da hukuki anlamda mevcut ve geçerli borçlardır. Türk Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu’nda tıpkı borç ve borç ilişkisi kavramlarının biliniyor oldukları faraziyesine dayanılarak tanımlamalarının yapılmadığı gibi eksik borcun da tanımı bulunmamaktadır. Geçmişteki eksik borçlar ile günümüz eksik borçları büyük ölçüde farklılık göstermektedir. Geleceğin eksik borçları da günümüzdekilerden farklılık

gösterecektir. Zira; eksik borçlar her zaman o dönemin toplumsal kaygılarının bir ürünü olmuştur. Günümüzde eksik borçlara ilişkin öğretide çeşitli sınıflandırmalara rastlamak mümkündür. Bu niteliğin borcun doğduğu andan itibaren söz konusu olması durumunda, “*başlangıçtan itibaren eksik borç*”, bir defî ileri sürülmek suretiyle sonradan gerçekleşmesi hâlinde ise “*sonradan eksik borç*” olarak adlandırıldıkları ayrım öğretide en sık karşılaşılan ayrımdır. Eksik borçların etkileri ise kesin ve olası etkiler olarak iki şekilde gruplandırılabilir. Eksik borçlara ilişkin kesin etkiler başlangıçtan itibaren eksik borçlar ya da sonradan eksik borçlar farketmeksizin ortak olan, haklarında öğretide de görüş birliği bulunan etkileri ifade etmektedir. Olası etkiler ise eksik borç türleri bakımından öğretide tartışmalı olarak nitelendirilebilecek ve bu borçlar açısından ortak olmayabilen etkileri ifade etmektedir.

Üç bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde konuyla ilgili temel kavramlar açıklanmış olup, eksik borcun tanımı, tarihçesi ve gelişimi ele alınmıştır. İlk bölümde borç ve borç ilişkisi, alacak hakkı ve talep hakkı, sorumluluk ve yaptırım kavramları incelenmiş olup, takiben tam borç ve eksik borç ayrımına ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur. Sonrasında eksik borcun Roma hukukuna dayanan geçmişinden 19. yüzyıl Avrupası’na hukukçuların eksik borç kurumu hakkındaki görüşlerine ve Alman Medeni Kanunu’nun taslağının müzakerelerinde eksik borç kurumuna ilişkin yapılan değerlendirmelere değinilmiştir.

İkinci bölümde eksik borçların, başlangıçtan itibaren eksik borç ve sonradan eksik borç olmalarına ilişkin sınıflandırma esas alınarak bu nitelikteki borçların Türk, İsviçre ve Alman hukuklarındaki özellik arz eden hususları incelenmiştir. Takiben eksik borç teşkil edip etmediği öğretide tartışmalı olan borçların durumlarına ilişkin karşıt görüşler de dikkate alınarak değerlendirmelerde bulunulmuştur. Son olarak İsviçre hukukunda mevcut olan farklı eksik borç örneklerine değinilerek ikinci bölüm tamamlanmıştır.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünü oluşturan kısımda eksik borçların etkileri incelenmiştir. Eksik borçların geneli bakımından söz konusu olan ve haklarında görüş birliği bulunan kesin etkiler; yaptırımsızlık, ifanın bağışlama teşkil etmemesi, ifanın geçerliliği ve sebepsiz zenginleşme teşkil etmemesidir. Eksik borçların olası etkileri

bakımından öğretide fazla sayıda tartışma bulunmakla birlikte, bu etkiler eksik borç türleri bakımından da farklılık gösterebilmektedir. Eksik borçların olası etkileri; savunma vasıtaları bakımından, eksik borçların miras hukukundaki yeri, ceza koşulu, bağlanma parası, cayma parası, soyut borç tanımalarına konu olabilmeleri yönünden, kefalet veya rehin ile teminat altına alınabilmeleri bakımından, takas, yenileme, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi bakımından, son olarak da eksik borçta borçlunun temerrüdünün söz konusu olup olmaması açısından incelenmiştir.

1. BÖLÜM

KONU YA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR, EKSİK BORCUN TANIMI, TARİHÇESİ VE GELİŞİMİ

1.1. BORÇ VE BORÇ İLİŞKİSİ

Latince “*nectere*” ya da “*obligare*” kelimesi¹ fiil olarak “*borçlu kılmak*”, isim olarak “*obligatio*” kelimesi² ise “*borç*”, “*borç ilişkisi*” anlamlarına gelmektedir³. Roma hukukuna ilişkin kaynaklarda “*-ligare*” ekinin bir şeyin ya da bir kimsenin bağlı olmasını veya başka bir deyişle bağlılığını ifade ettiği belirtilmektedir⁴. *Obligatio* teriminin bir yansıması *Iustinianus*’un *Institutiones*’inde borçlar hukukunun anlamının

¹ **Hägerström**, Axel: Der Römische Obligationsbegriff – im Lichte der Allgemeinen Römischen Rechtsanschauung II, Otto Harrassowitz, Leipzig, 1941, s. 360 – 361; “*Obligare*” kelimesinin kullanımının tespit edildiği en eski kaynak *Titus Maccius Plautus*’un *Truculentus* adlı eseridir. Bkz. **Zimmermann**, Reinhard: The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press, United Kingdom, 1996, s. 1. Eserde borç için evlerin ve arazinin rehnedildiği ifade edilmektedir. Bkz. **Nixon**, Paul: Plautus: With an English Translation – In Five Volumes, William Heinemann Ltd., Great Britain, 1952, s. 247; *Nectere*, zamanla kullanımını *obligare*’ye bırakmıştır. Bkz. **Rabel**, Ernst: Grundzüge des Römischen Privatrechts, Benno Schwabe und Co. Verlag, Basel, 1955, s. 89.

² “*Obligatio*” kelimesinin *Marcus Tullius Cicero*’nun “*Epistulae ad Brutum I*” adlı eserindeki bir kullanımına ilişkin Latince metin CMX (BRUT. I, 18, 3) için bkz. <https://www.thelatinlibrary.com/cicero/adbrutum1.shtml>; İngilizce çevirileri için bkz. <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/>; <https://anastrophe.uchicago.edu/perseus/Latin.html> (SET.: 16.03.2022); **Zimmermann**, s. 1.

³ **Honsell**, Heinrich: Römisches Recht, Springer – Verlag, Heidelberg, 2010, s. 81; Karş. **Lüdicke**, Klaus: Kanonistenlateinisch – deutsches Lexikon, Münster, 2015, s. 77. Bkz. <https://www.unimuenster.de/imperia/md/content/fb2/dpraktischetheologie/kanonischesrecht/service/lexikon.pdf> (SET.: 19.01.2022); **Schulz**, Fritz: Classical Roman Law, Oxford University Press, London, 1961, s. 455.

⁴ **Birks**, Peter: The Roman Law of Obligations, Oxford University Press, United Kingdom, 2014, s. 3; **Mietke**, Oswald: Die Abweichungen von der grundsätzlichen Auffassung von der Obligation als vinculum juris im römischen Recht und die Weiterentwicklung unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts, (Diss.), Universitätsverlag von Robert Noske, Borna, 1928, s. 2; Köken olarak “*-lig*” ekinin anlamı, Tanrı’ya bağlılık ve “*Re - ligio*” kavramı için bkz. **Zimmermann**, s. 1.

ifade edildiği metinde tespit edilebilmektedir⁵. Metnin dilimizdeki karşılığı “*Borç (obligatio) öyle bir hukukî bağıdır ki, onunla sitemizde⁶ câri olan hukuk gereğince, bir kimseye karşı bir şeyi ifa ile yükümlü tutuluruz*” olarak ifade edilmektedir⁷. Söz konusu metinde belirtildiği üzere borç, yürürlükteki hukuk gereğince bir kimseye karşı ifa yükümlülüğü altına girilmesi sonucunu doğuran hukuki bir bağı ifade etmektedir.

Roma hukukunun ülkemiz hukuk yapısı üzerindeki etkisini en belirgin şekilde görebileceğimiz alanın borçlar hukuku olması dolayısıyla günümüz borçlar hukuku kapsamında bulunan temel kurallar, kavramlar ve ilkeler Roma borçlar hukuku kaynaklıdır⁸. Ancak Roma hukukundan bu yana kullanılan borç ve borç ilişkisi kavramlarının biliniyor olduğu faraziyesine dayanılarak Türk Borçlar Kanunu’nda tanımlanmamış olduğu görülmektedir⁹. Öğretide ise borç ilişkisini ifade eden “*geniş anlamda borç ilişkisi*” ve borcu karşılayan “*dar anlamda borç*” ayrımı bulunmakta, kavramlar da bu ayrım üzerinden açıklanmaktadır¹⁰.

Günümüzde “*borç*” kelimesi yaygın olarak bir tarafın yani alacaklının isteme hakkına sahip olduğu diğer tarafın başka bir ifade ile borçlunun ise bunu bir görev olarak yerine getirmesinin gerekli olduğu çift yönlü bir hâli ifade edecek şekilde kullanılmaktadır¹¹. Başka bir tanıma göre ise alacaklı tarafın borçlu taraftan istemek yetkisini haiz olduğu

⁵ *Ius. Ins. 3.13.pr.: “Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.”*

⁶ Fransızca kökenli bir kelime olup; diğer karşılıklarına ilaveten şehir, devlet anlamlarına da gelmektedir. Bkz. <https://sozluk.gov.tr> (SET.: 16.03.2022).

⁷ **Honsell**, Römisches Recht, s. 81; **Leage**, Richard William: Roman Private Law: Founded on the Institutes of Gaius and Justinian, Third Edition, Macmillan and Co. Ltd., London, 1961, s. 307; Çeviri için bkz. **Rado**, Türkân: Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 5; **Thomas**, Joseph Anthony Charles: Textbook of Roman Law, North Holland Publishing Company, Amsterdam, 1976, s. 214.

⁸ **Söğütü**, Özlem: Roma Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 363.

⁹ **Söğütü**, s. 367.

¹⁰ **Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, Temel Kavramlar - Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 57; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem - Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 5.

¹¹ **Zimmermann**, s. 1.

borçlunun ise yerine getirmek zorunluluğu altında bulunduğu tek bir edimi yani bir tek alacağı ya da borcu kapsayan hukuki bağ “*borç*” ya da “*dar anlamda borç ilişkisi*” olarak adlandırılmaktadır¹². Söz konusu bu hukuki bağın bir tarafını “*alacaklı*” diğer tarafını ise “*borçlu*” oluşturmaktadır¹³. Alacaklı ile borçlu taraf arasındaki hukuki bağ “*dar anlamda borç*”, borcun konusu ise “*edim*” olarak ifade edilmektedir.

Borç, yükümlülük açısından borçluyu alacaklıya bir edimi yerine getirme yani bir şey verme, yapma ya da yapmama yükümlülüğü altında bırakan hukuki bağıdır¹⁴. Alacak hakkı açısından ise borç, alacaklıya borçludan bir edimi yerine getirmesini yani bir şey vermesini, yapmasını ya da yapmamasını talep etme yetkisini tanıyan hukuki bağıdır¹⁵.

Tüm bu tanımlamalara istinaden borcun, geniş anlamdaki borç ilişkisinden doğan tek bir alacak hakkını ve dolayısıyla tek bir edim yükümlülüğünü içerdiği söylenebilmektedir. Örneğin hizmet sözleşmesinde tek başına işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu bu niteliktedir. Alım – satım sözleşmesinde alıcının satılan şeyin bedelini satıcıya verme borcu da bu anlamda borç niteliği taşımaktadır.

¹² **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 57; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 22 – 23; **Gernhuber**, Joachim: Das Schuldverhältnis – Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989, s. 63 – 64.

¹³ Alacaklı ve borçlu arasındaki ilişki tarafların eş konumda bulunduğu, hukuki bir ilişkidir. Babanın özne ve otoritesinin ön planda olduğu herhangi bir otorite ilişkisi gibi değildir. Söz konusu benzetme için bkz. **Kipp**, Theodor: Das römische Recht, Stilke, Berlin, 1930, s. 243.

¹⁴ **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 57; Roma’da ifası mümkün olabilen ve Romalı hukukçuların benimsediği başlıca üç edim tipinden bahsedilmektedir. Bunların ilki, genellikle mülkiyetin ya da zilyetliğin nakli borcunu içeren *dare*, ikincisi yapmaya ya da yapmamaya dair borçları kapsayan *facere/ non facere* ve son olarak mahiyeti tartışmalı olan ancak *dare*, *facere* edimlerinin yanı sıra zarar ziyan ödemek ya da teminat borcu altına girmek gibi edimleri de kapsayan ve daha geniş bir anlama sahip olan *praestare*’ydi. Bkz. **Rado**, s. 11 – 12.

¹⁵ **Çetiner**, Bilgehan/ **Furrer**, Andreas/ **Müller – Chen**, Markus: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 18.

Roma hukukunda borç ilişkisi *obligatio* ve *debitum* kavramları ile ifade edilmiştir¹⁶. *Debitum* yükümlülüğün her türü için, *obligatio* ise önceleri *Ius Civile*'den¹⁷ doğan edim yükümlülüğünü, daha sonra Klasik Hukuk Dönemi'nde ise *praetor* hukuku kaynaklı edim yükümlülüklerini de kapsayacak şekilde genişletilerek kullanılmıştır¹⁸.

İnsanları birbirine bağlayan bazı fiiller, hukuk düzenleri tarafından tanınan bir ilişkiyi oluşturmaktadır. Bu ilişki ise Roma'da *iuris vinculum* adı verilen hukuki bir zincir ya da bağ¹⁹ olarak ifade edilmekteydi²⁰. Borç ilişkisi borçluyu alacaklıya bağlamakla birlikte *solvere* ya da *solutio* yani borcun ifası söz konusu olduğunda bu zincir çözülmekte ve borçlu borcundan kurtulmaktaydı²¹.

¹⁶ Detaylı bilgi için bkz. **Buckland**, William Warren: The Main Institutions of Roman Law, Cambridge University Press, New York, 1931, s. 237; İlk dönemlerde aynı anlamı ifade edecek şekilde kullanılmaktaydı. Bkz. **Honsell**, Römisches Recht, s. 81; **Jörs**, Paul/ **Kunkel**, Paul/ **Wenger**, Leopold: Römisches Privatrecht, Springer – Verlag, Heidelberg, 1949, s. 163; **Leage**, s. 307; **Söğütü**, s. 368.

¹⁷ *Ius Civile*, Roma vatandaşlarına ait özel hukuka verilen ad olmakla birlikte dar anlamıyla, örf - âdetin ve *comitia* (askerlik yapabilecek yaştaki Roma vatandaşlarının oluşturduğu ilk dönemlerde kral, sonraları ise *imperium*'a sahip *magistra* 'lar tarafından toplantıya davet edilen halk meclisleri) düzenlemelerinin, hukukçular tarafından yorumlanması sonucunda doğmuş olan hukuktur. Bkz. **Berger**, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, American Philosophical Society, Philadelphia, 1953, s. 526 – 527; Geniş anlamıyla ise tüm kavimlere müşterek olan hukuk anlamındaki *Ius Naturale*'nin karşılığında kullanılan, sadece Roma Devleti'nde uygulanan Roma hukukunu ifade etmekteydi. Bu anlamıyla *Ius Civile*, hem eski vatandaşlar hukukunu hem *magistra* 'lar hukukunu (*Ius Honorarium*) hem de kavimler hukukunu (*Ius Gentium*) içermekte idi. Bkz. **Umur**, Ziya: Roma Hukuku Lüğatı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 100.

¹⁸ **Kaser**, Max/ **Knütel**, Rolf/ **Lohsse**, Sebastian: Römisches Privatrecht, C. H Beck, München, 2021, s. 243 - 244; **Söğütü**, s. 368.

¹⁹ **Buckland**, William Warren: A Manual of Roman Private Law, Scientia Verlag, Aalen, 1981, s. 248; **Leage**, s. 307; **Lee**, Robert Warden: The Elements of Roman Law, Sweet & Maxwell, London, 1956, s. 282; Bir görüşe göre zincir benzetmesinin yapılmasının nedeni, eski zamanlarda borcunu ifa etmeyen borçluyu alacaklının zincire vurmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir. Bkz. **Rado**, s. 5.

²⁰ **Buckland**, MRPL, s. 248; **Jörs**/ **Kunkel**/ **Wenger**, s. 163; **Lee**, s. 282; **Schwanert**, Hermann August: Die Naturalobligationen des Römischen Rechts, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1861, s. 1.

²¹ *Solvendae* terimi de yine ilişkinin sona ermesi, zincirin yahut bağın kopması anlamlarına gelmekteydi. Bkz. **Jörs**/ **Kunkel**/ **Wenger**, s. 163; **Leage**, s. 308.

Klasik Hukuk Dönem'i hukukçularından *Paulus*'a ait *Digesta*'da yer alan bir metin²², “*Borç ilişkilerinin özü bunların bize bir şey üzerinde bir mülkiyet veya irtifak hakkı temin etmelerinde değil, fakat bir kimseyi bize karşı bir şey vermeye veya yapmaya veya bir edayı ifaya mecbur edişlerinde görülür*” şeklindedir²³. Metin, borçlu ile alacaklı arasındaki nispi ilişkiyi ele almaktadır²⁴. Nitekim günümüz borçlar hukukuna hâkim olan ilkelerden birisi de nispilik ilkesidir. Aynı hakların aksine bu ilkenin sonucu olarak borç ilişkisinden doğan ve nispi bir hak olan alacak hakkı, yalnızca borçluya karşı ileri sürülebilmektedir.

Geniş anlamda borç ilişkisi; borç, diğer bir ifadeyle dar anlamda borç ilişkisinden daha geniş ve kapsamlı bir bütünü ifade etmektedir. Nitekim borç ilişkisi, borçlu ve alacaklı arasındaki mevcut hukuki durumu ve ilişkiler bütünü oluşturur²⁵. Farklı bir deyişle borç ilişkisi, borçlu ile alacaklı arasında bir ya da daha çok alacak hakkı ile bazı ikincil yani tali hakları ve borçları içeren hukuki ilişkidir²⁶. Bu ilişkide bahsi geçen alacak hakları; asıl alacak hakkı ve yan alacak hakları olmakla birlikte ikincil yani tali haklar ise; defî haklarıyla yenilik doğuran haklardır. Borç ilişkisi ifade edildiği üzere alacak haklarının yanı sıra borçları da içermektedir. Borçlar ise asıl borçlar, yan borçlar ve yan yükümler olarak üçe ayrılmaktadır. Asıl borç olarak ifade edilen borç asli edim yükümlülüğünü, yan borç ise yan edim yükümlülüğünü karşılamaktadır. Bunların dışındaki yan yükümler ise koruma yükümlülüğünü ve ifaya yardımcı yükümlülükleri

²² D. 44.7.3.pr. (*Paulus*): “*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*”

²³ **Rado**, s. 15; **Thomas**, s. 214.

²⁴ “*Borç ilişkisinin nisbîliği (göreceliliği), sadece alacaklı ile borçlu arasında bir bağ oluşturması ve üçüncü kişileri etkilememesidir... Borç ilişkisi alacaklıya hâkimiyet hakkı vermez... Digesta'da Paulus'a ait metinde (D. 44.7.3.pr.)... borç ilişkisinin bir mal üzerinde egemenlik kurmak olmadığı, bir şahsın diğer bir şahsa karşı belli bir davranışta bulunma yükümlülüğü olduğu belirtilmektedir.*” Bkz. **Söğütü**, s. 370.

²⁵ **Brox**, Hans/ **Walker**, Wolf – Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, Verlag C. H. Beck München, 2013, s. 7 vd.; Borç ilişkisi istisnai olarak tek bir alacak ve borçtan ibaret olabilmektedir. Haksız fiillerden doğan tazminat alacağı ya da faizsiz ödünç sözleşmesi bu istisnai duruma örnek oluşturabilmektedir. Böyle bir hâlde hukuki ilişki ifade edildiği üzere tek bir alacak ve borcu ihtiva etmektedir. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 23.

²⁶ Bu paragraftaki haklar ve borçlar hakkındaki açıklamalar için bkz. **Eren**, Fikret/ **Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi: Cilt I, m. 1 – 48, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, Borç ve Borç İlişkisi Kavramı, N. 3 vd., s. 32 vd.

ifade etmektedir. Borç ilişkilerinin varlığından bahsedebilmek için mutlak surette asli edim yükümlülüklerinin bulunması şart değildir. Asli edim yükümlülüğü içermeyen, bu yükümlülüklerden bağımsız borç ilişkilerinden de bahsetmek mümkündür. Örneğin *culpa in contrahendo* yani sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkilerinde durum böyledir²⁷. Zira böyle bir hâlde koruma yükümlülüklerinden oluşan bir borç ilişkisi mevcuttur.

Borç ilişkisi “*sürekli bir ilişki*” niteliğinde ve aynı zamanda bir “*organizma*” veya “*zaman içinde cereyan eden bir süreç*” olarak ifade edilmektedir²⁸. Borç ilişkisi, kapsamında yer alan edim yükümlülüklerinden bağımsız bir yapıya sahiptir. Bu sebeple ilişkinin içerdiği yükümlülüklerden birinin ifa edilmiş olması durumunda ya da yenilik doğuran bir hak kullanılmak suretiyle borç sona erdirildiğinde veya bir defa ileri sürüldüğünde dahi borç ilişkisi varlığını sürdürmektedir²⁹. Borç ilişkisinin içeriğinin ya da taraflarının değişmesi de mümkündür. Bu anlamda ilişki bütünüyle başka bir kişi tarafından üstlenilebilmekte ya da devredilebilmekte veya bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanan asli yani birincil yükümlülükler sona erse bile borç ilişkisi sözleşme sonrası yükümlülükler ile devam edebilmektedir³⁰.

Kısaca borç ile borç ilişkisi arasındaki farklara değinmek gerekirse³¹; öncelikle borç, borç ilişkisi ile farklı zamanlarda doğabileceği gibi aynı zamanda da doğabilmektedir. Borç, her zaman tek bir alacak hakkı ile tek bir edim yükümlülüğünü yani borcu

²⁷ Sözleşme görüşmelerine başlanmasıyla birlikte karşı tarafı zarara uğratmamaya ve aynı zamanda tarafların güveninin korunmasıyla yükümlü oldukları kabul edilir. Dolayısıyla bu andan itibaren tarafların birbirlerine karşı özen yükümlülüklerinin de doğduğu söylenebilmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 8; **Schanze**, Erich: “Culpa in Contrahendo bei Jhering”, Ius Commune VII, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1978, s. 327.

²⁸ **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 58; **Brox/ Walker**, AS, s. 7; **Eren/ Dönmez**, Şerh I, Borç ve Borç İlişkisi Kavramı, N. 5, s. 34; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 5 - 6; **Medicus**, Dieter/ **Lorenz**, Stephan: Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 20. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2012, s. 4.

²⁹ **Eren**, BHGH, s. 24; **Larenz**, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 13. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1982, s. 27.

³⁰ **Eren**, BHGH, s. 24; Miras yoluyla, sağlararası bir hukuki işlemle borç ilişkilerinin öğeleri değiştiğinde bile borcun temel yapısı korunmaktadır. Bkz. **Larenz**, s. 27.

³¹ **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 58 vd.; **Eren**, BHGH, s. 25 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 6.

içerirken borç ilişkisi daha kapsamlıdır ve kural olarak birden çok alacağı ve borcu bünyesinde barındırmaktadır. İstisnai olarak borç ilişkisinin tek bir alacak hakkından ve tek bir edim yükümlülüğünden oluşması da mümkündür. Bazı borç ilişkilerinin örneğin sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin devri karşı tarafın rızası olmaksızın yapılamayacağı hâlde; dar anlamda borcu talep yetkisini haiz olan alacaklının alacağını başkasına devri rıza aranmaksızın yapılmaktadır. Borç ilişkisi ile borcun sona erme nedenleri de farklılık göstermektedir. Her borç sona erdiğinde o borç ilişkisinin de mutlaka sona ereceğini söyleyebilmek mümkün değildir. Prensip olarak borç ilişkisinden doğan tüm borçların ifa edilmesi suretiyle borç ilişkisi sona ermektedir.

1.2. ALACAK HAKKI VE ALACAK HAKKININ TALEP HAKKIYLA İLİŞKİSİ

Özellikle modern hukuk sistemlerinde alacak hakkı, talep hakkı ve dava hakkının birbiriyle ilişkili ancak farklı kavramlar olduğu kabul edilmektedir³². Kavramların bağımsız olarak tanımlamalarının yapılması ve birbirleriyle ayrılan noktalarının tespit edilmesi önem taşımaktadır.

1.2.1. Alacak Hakkı

Bir borç ilişkisinde asli hakkı alacak hakkı oluştururken bunun karşıt kavramını ise asli yükümlülük diğer bir ifade ile edim yükümlülüğü yani borç oluşturmaktadır³³. Borçlanılan davranış borçlu tarafından “*borcu*”, alacaklı tarafından ise “*alacağı*” ifade etmektedir³⁴. Bir yararlanma hakkı olan alacak hakkı sahibine, borçludan belirli bir davranışta bulunmayı istemek, yerine getirilmediği yani borcun ifa edilmediği hâlde ise

³² **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 82; İsviçre hukukunda özellikle alacak hakkı ve talep hakkının açıklayıcı bir tanımlaması yapılmamıştır. Çoğu zaman bu kelimelerin birbiri yerine kullanılmış olduğu görülse de aralarında bir ayrım yapıp yapılmadığının tespit edilebilmesi güçtür. Bkz. **von Tuhr**, Andreas/ **Peter**, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band – Erste Lieferung, Dritte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG., Zürich, 1974, s. 13, dp. 33.

³³ **Eren/ Dönmez**, Şerh I, Hak Kavramı, Hakların Çeşitleri ve Özellikle Alacak Hakkı, N. 11, s. 74.

³⁴ **Eren/ Dönmez**, Şerh I, Hak Kavramı, Hakların Çeşitleri ve Özellikle Alacak Hakkı, N. 11, s. 74.

dava ve cebri icra yoluna başvurmak suretiyle borçlunun malvarlığına el koyma yetkisini tanıyan haktır³⁵. Başka bir deyişle, borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu edim, yerine getirilmediği takdirde alacaklıya hukuk düzeninin organları vasıtasıyla dava ve cebri icra yoluyla cebir kullanma yetkisi veren hakka³⁶, alacak hakkı denilmektedir.

Ekonomik bir değere sahip olan ve değeri para ile ölçülebilen haklar malvarlığı hakları olarak adlandırılmaktadır³⁷. Parasal değere sahip olan bu haklar kişinin malvarlığında yer almakta ve malvarlığının bir kısmını oluşturmaktadır. Alacak hakkı da niteliği itibarıyla bir malvarlığı hakkıdır³⁸. Para ile ölçülebilen hakların yanı sıra borçlar da malvarlığına dahildir. Malvarlığı hukukunun başlıca iki kolunu borçlar hukuku ve eşya hukuku oluşturmaktadır³⁹. Borçlar hukuku kapsamındaki borç ilişkilerinden doğan borç ve alacaklar, ilke olarak para ile ölçülebilir olduklarından malvarlığının aktif ve pasifini oluştururlar⁴⁰.

³⁵ **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 70; **Brox/ Walker**, AS, s. 14; **Eren**, BHGH, s. 52; Borçlunun ifa yükümlülüğü alacaklının alacak hakkına tekabül etmektedir. Bkz. **Larenz**, s. 14 – 15.

³⁶ *Immanuel Kant* hakkı, kişinin zor kullanmak amacıyla yetkilendirilmesi, buna ek olarak hem yapabilme hem de engellenememe gücü olarak ifade etmektedir. *Friedrich Carl von Savigny* ise iradi yetki ya da güç olarak tanımlamaktadır. *Bernhard Windscheid* ise hakkı, hukuk tarafından tanınan irade gücü ya da hâkimiyet olarak açıklamaktadır. *Rudolf von Jhering*'e göre, hakkın özü menfaattir ve bu nedenle de hak, hukuken korunan bir menfaat olarak tanımlanmalıdır. Menfaat teorisi, hakların amacının hak sahibinin çıkarlarını korumak olduğu fikrini esas almaktadır. Öğretide genel kabul gören karma teoriye göre ise hak, hukuken korunan yarara ilişkin dava edilebilen yetkililerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Antalya**, Gökhan: Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, Cilt I, Hukuk Teorisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 402 - 403.

³⁷ **Dural**, Mustafa/ **Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku, Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 172.

³⁸ **Eren/ Dönmez**, Şerh I, Hak Kavramı, Hakların Çeşitleri ve Özellikle Alacak Hakkı, N. 17, s. 77 vd.

³⁹ **Eren/ Dönmez**, Şerh I, Hak Kavramı, Hakların Çeşitleri ve Özellikle Alacak Hakkı, N. 17, s. 78.

⁴⁰ Borç ilişkisinin konusu istisnai olarak ekonomik değer taşımayan bir edimden de oluşabilir. Borçlunun gürültü yapmama ediminde bulunması bu duruma örnek olarak verilebilmektedir. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 53; **Esser**, Josef: Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1968, s. 3 vd.; **Fikentscher**,

Alacak hakkının diğ er bir özelliği ise nispi nitelikte olmasıdır⁴¹. Borç ilişkisi sadece alacaklı ile borçlu arasında kurulan bir hukuki bağdır. Diğ er kimseleri yani     nc  kişileri etkilememektedir. Bu sebeple, borç ilişkisinden meydana gelmiş bir alacak hakkı, ancak borçlu kimseye karşı ileri s r lebilmekte ve sadece borçlunun bu hakka uygun davranmaya ilişkin sorumluluğu bulunmaktadır. Sadece borçluya karşı ileri sürülebilmesi alacak hakkına nispi hak özelliği kazandırmaktadır. *Eren*’e göre nispilik ilkesinin temelini ise sözleşmeler hukukuna hâkim olan ilkelerden birisi olan sözleşme  zg rl đ nde⁴² aramak gerekmektedir⁴³. İrade  zerkliği prensibinin bir sonucu olarak alacak hakları sınırsız sayıda ve türde meydana gelebilmektedir⁴⁴. Türk Borçlar Kanunu’nun 26. maddesindeki “*Taraşlar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*” ifadesinden irade özerkliği prensibinin bir sonucu olarak sözleşme özgürlüğü ilkesinin benimsendiği açıkça görülmektedir. Buna göre kişiler, sözleşme özgürlüğü sınırları içerisinde diledikleri kimselerle arzu edilen tür ve içerikte sözleşme kurabilmektedir. Alacak hakkını kuran borç ilişkisi, belirli bir amacın gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir⁴⁵. Bu sebeple alacak hakkı geçicidir; amacın gerçekleşmesi sonucunda borç ilişkisi ve de alacak hakkı sona ermektedir.

Wolfgang/ **Heinemann**, Andreas: Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Auflage, Walter de Gruyter GmbH., Berlin, 2017, s. 36.

⁴¹ **Eren/ Dönmez**, şerh I, Hak Kavramı, Hakların  eşitleri ve özellikle Alacak Hakkı, N. 18 vd., s. 78 vd.

⁴² Cermen hukukunun özünde sözleşme özgürlüğünün varlığı kabul edilmekteydi. Ancak ahlaka ve emredici hükümlere aykırılık hâlleri ve bunun dışında laik düzene geçilinceye kadarki din kaynaklı kısıtlamalar bu özgürlüğün sınırlarını oluşturmakta idi. Günümüzdeki anlamıyla sözleşme özgürlüğü kavramının yükselişi ve uygulanması ise 18. ve 19. yüzyıllara uzanmaktadır. Modern hukuk sistemleri de sınırsız bir sözleşme özgürlüğü fikrini benimsemekten kaçınmış ve bazı sınırlar öngörmeyi tercih etmiştir. Sözleşme  zg rl ğ  başlı başına korunmaya değer, sınırsız bir özgürlük olarak kabul g r memektedir. Bu  zg rl k, daha ziyade bireylerin hukuki ilişkilerinde kendi kaderlerini tayin etme hakkı ve yalnızca yaşam alanlarında gelişimleri için bir im  n tanımaktadır. Bkz. **Arnold**, Stefan: Vertrag und Verteilung – Die Bedeutung der iustitia distributiva im Vertragsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, s. 193 vd.

⁴³ Nispilik ilkesinin en önemli istisnası TBK m. 129’da düzenlenmiş bulunan tam     nc  kişı yararına sözleşmedir. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 53, 60 vd.

⁴⁴ **Eren/ Dönmez**, şerh I, Hak Kavramı, Hakların  eşitleri ve özellikle Alacak Hakkı, N. 28, s. 85.

⁴⁵ **Eren/ Dönmez**, şerh I, Hak Kavramı, Hakların  eşitleri ve özellikle Alacak Hakkı, N. 29, s. 86.

1.2.2. Alacak Hakkı ile Talep Hakkı Arasındaki İlişki

Romalıların usul hukuku ile maddi hukuk arasında mutlak bir ayırım yapmadığı bilinmekle birlikte Pandekt hukukçusu *Windscheid*, *actio* kavramını usule ilişkin unsurlardan ayırmak suretiyle talep hakkı kavramını ortaya koymuştur⁴⁶. Maddi hukuk açısından tanınmış hakkın tespitine ve gerçekleşmesine usul hukukunun tanıdığı dava hakkı olanak sağlamaktadır⁴⁷. *Windscheid*⁴⁸, “*talep*” terimini “*başkasından bir şey isteme hakkı*” olarak tanımlamıştır. *Actio*, hakkın dışı karşı ifadesidir⁴⁹. Talep, her ne kadar dava hakkı ile benzerlik gösterse de dava, talebin sadece bir sonucudur ve bu iki kavram birbirinden ayırt edilmelidir⁵⁰. *Kunzte*’ye göre bu ayrımı yapabilmek için, başka bir deyişle talep ile dava hakkını birbirinden ayırt edebilmek için talebin süreç içerisinde dava yolu olmaksızın ileri sürülebilmesinin mümkün olduğunu ifade etmek gerekir⁵¹. Örneğin eksik borçlarda talebin dava dışı ileri sürülmesinde yani ödeme için ihtar çekildiğinde ya da alacağın teminat altına alınmış olduğu hâllerde durumun bu şekilde olduğu ileri sürülmektedir⁵². Eksik borçları, normal dışı ve istisnai olarak değerlendiren *Windscheid*, yaptığı sınıflandırmada eksik borçlar için uygun bir yer belirleyememiştir⁵³. Bununla birlikte *Kunzte*, Romalıların günlük yaşantısında önemli

⁴⁶ **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 75; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 39 - 40; **Windscheid**, Bernhard: Die Actio des römischen Zivilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts, Scientia Verlag, Aalen, 1856, s. 5; **Winkelmann**, Thomas: Der Anspruch – Funktion, Entstehung, Anknüpfungen, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, s. 67.

⁴⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 40.

⁴⁸ *Windscheid’a göre ise actio talebin bir sonucudur. Bkz. Kunzte*, Johannes Emil: Die Obligation im Römischen und Heutigen Recht und das Jus Extraordinarium der Römischen Kaiserzeit, J. C. Hinrichs’sche Buchhandlung, Leipzig, 1886, s. 56 - 59; **Winkelmann**, s. 67 - 68; Bu paragraftaki örneğe ilişkin bkz. **Kunzte**, s. 86 vd.; Eksik borçlara ilişkin *Windscheid’in yaklaşımı ve Kunzte’nin ayrımı için bkz. Kunzte*, s. 86 – 88.

⁴⁹ **Windscheid**, s. 5.

⁵⁰ **Regelsberger**, Ferdinand: Pandekten, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1893, s. 214; *Neuner* ise talep kavramının devletin yetkili organlarını kullanmak suretiyle uygulandığını, bu anlamda Roma hukukundaki *actio*’dan farklı olmadığını çünkü talebin yetkili organların huzurunda kullanılma anlamını taşıdığı görüşüne sahiptir. Bkz. **Kunzte**, s. 60.

⁵¹ **Kunzte**, s. 86.

⁵² **Lehmann**, Heinrich/ **Hübner**, Heinz: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Erster Band, Walter de Gruyter & CO., Berlin, 1966, s. 95; **Kunzte**, s. 86.

⁵³ **Kunzte**, s. 86.

bir rol oynayan bu borç türünü göz ardı etmekten kaçınmış ve talep haklarını, dava yoluyla ileri sürülen talep hakları ve dava dışı ileri sürülen talep hakları olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutmuştur⁵⁴.

Alacak hakkı ile talep hakkı kavramları karşılaştırıldığında ise bir bakıma talep hakkının alacak hakkından daha geniş ve kapsamlı olduğu düşünülebilir. Zira alacak haklarının kaynağı sadece borç ilişkileri, talep haklarının kaynağı ise borç ilişkileri ya da kişilik hakları veya ayni haklar gibi mutlak haklar da olabilmektedir⁵⁵. Bu ihtimalde alacak hakkının talep hakkının sadece bir türü olduğu değerlendirilmesinin yapılabilmesi mümkündür⁵⁶. Bir başka görüşe göre⁵⁷, alacak hakkı talep hakkını kapsayacak şekilde

⁵⁴ Bkz. **Kunzte**, s. 86 - 87; Tartışmalı olduğunu önemle vurgulamakla birlikte *Lehmann/Hübner*, dava edilebilirliğin talebin önemli bir özelliği olduğu ve dava edilemeyen taleplerden bahsedilememesi gerektiği görüşüne sahiptir. Bu nedenle öğretilde yer alan eksik borçlar için “*dava edilemeyen talepler*” nitelendirmesini talep kavramını genişletmesi gerekçesiyle eleştirmektedir. Bkz. **Lehmann/Hübner**, s. 95 - 96.

⁵⁵ **Esser**, AT, s. 12; **Kunzte**, s. 57 vd.; **von Tuhr**, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Verlag von Duncker & Humboldt, Berlin, s. 242; **Wendelstein**, Christoph: Pflicht und Anspruch, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, s. 50.

⁵⁶ Öğretilde konuları açısından talep haklarının dar anlamda (bağımlı) ve geniş anlamda (bağımsız) talep hakları olarak ikili bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir. Buna göre dar anlamda talep hakları mutlak hakların korunmasına ve gerçekleştirilmesine hizmet ederler. Böylece talep hakkının doğabilmesi için mutlak hakka ilişkin bir ihlalin yahut ihlal tehlikesinin gerçekleşmesi gerekir. TMK m. 683/II hükmü buna örnek olarak gösterilmektedir. İstihkak, el atmanın durdurulması yahut önlenmesi talepleri alacak hakkı teşkil etmemekte; aksine ayni bir talep hakkını oluşturmaktadır. Fakat, malik, failin kusurlu davranışıyla zarara uğradığında ve bunun tazminini istediğinde, bu hakkı ayni nitelik teşkil etmeyecek, burada haksız fiilden doğan bir alacak hakkı söz konusu olacaktır. Yine kişilik haklarına ilişkin TMK m. 25 hükmü uyarınca, kişilik hakkı hukuka aykırı şekilde saldırıya uğrayan yahut saldırı tehlikesi ile karşı karşıya kalan bir kimse, saldırıya son verilmesi yahut saldırının önlenmesi davası açtığında, bu talepler de bir alacak hakkı teşkil etmemekte, dar anlamda talep hakkını oluşturmaktadır. Dernek, vakıf ya da aileye mensup olmak nedeniyle meydana gelen birlik hakları da sahibine dar anlamda talep hakkı vermektedir. Derneğin genel kuruluna katılma yahut çocuğun belirli bir eğitim düzeyini isteyebilmesi dar anlamda talep haklarını oluşturur. Bunun yanı sıra derneğe ödenmek zorunda olunan aidat yahut çocukların ihtiyaç sahibi ana ve babalarına karşı yerine getirmek zorunda oldukları nafaka yükümlülüğü nitelik itibarıyla bir borç teşkil ettiğinden bu gibi durumlarda üye ya da çocuğa karşı sahip olunan hak dar anlamda talep hakkı değil, alacak hakkıdır. Geniş anlamda talep hakları ise başka bir hakka hizmet etmez, özerktirler. Hakkın konusunu borç ilişkisi yani dar anlamda talep hakkı ve diğer hukuki ilişkilerden doğan talep hakları oluşturur. Dar anlamda talep hakları ile geniş anlamda talep hakları arasındaki temel farklılık, mutlak haklar söz konusu olduğunda kendisini göstermektedir. Dar anlamda talep hakları mutlak haklara bağımlı olduklarından, bağımsız olarak varlık sürdüremezler. Geniş anlamda talep hakları ise subjektif hakka bağlı değildir. Geniş anlamda talep hakkında hakkın konusunu hem borçlunun hem de üçüncü kişilerin belirli bir

geniş bir anlama da sahip olabilir. Zira talep hakkı aslında alacak hakkının özünü ve alacaklının alacağını elde edebilme yolunu oluşturmaktadır. Ne var ki alacak hakkının hak sahibine sağladığı tek yetki talep hakkı değildir. Yine bu görüşe göre⁵⁸, örneğin borcun ifa edilmemesi durumunda alacaklının alacağını tazminata dönüştürme, yenilik doğuran haklar ya da defî hakları, alacak hakkı üzerinde tasarruf edebilme yetkileri, hatta cebrî icra yolu ile takip⁵⁹ ve yan haklar da alacak hakkı dahilinde fakat talep hakkı teşkil etmeyen yetkiler olarak nitelendirilmektedir. Bir başka görüşe göre⁶⁰, cebrî icrada talep devlet zoruyla yerine getirildiğinden cebrî icra, talebin bir uzantısını teşkil etmekte; talep mahkeme yoluyla ileri sürüldüğünde ise dava söz konusu olmaktadır⁶¹. Kanaatimizce de alacaklının alacağını elde etmek üzere başvurduğu yollarda talebin ileri sürülmesi söz konusudur. Ancak eksik borçlar söz konusu olduğunda ise talep, alacaklının alacağını elde etmesinde devletin yetkili organlarının kullanılması hâlinde karşılıksız kalacaktır.

Alacak hakkının talep hakkından daha kapsamlı bir anlama sahip olduğunu düşündüren bir başka gerekçe ise alacak hakkı ile talep haklarının doğum anlarıdır⁶². Alacak hakkı, borçlunun alacaklıya karşı borç altına girdiği anda doğmakta, ancak talep hakkının doğabilmesi için borçludan istenebilir yani muaccel olması gerekir. O hâlde muaccel

davranışta bulunmalarını isteme yetkisi oluşturur. Geniş anlamda talep hakkı hem dar anlamda talep hakkını hem de alacak hakkını kapsadığından, yani sadece borç ilişkilerine dair olmadığından alacak hakkı ile aynı anlamı taşımamaktadır. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 80 vd.; Bağimli ve bağımsız talep hakları için ayrıca bkz. **Winkelmann**, s. 165 vd.

⁵⁷ **Eren**, BHGH, s. 83 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 42 – 43; **von Tuhr**, AT DBR, s. 242.

⁵⁸ **Eren/ Dönmez, Şerh I, N. 12 vd., s. 128 vd.**; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 42 – 43.

⁵⁹ *Eren/ Dönmez'e göre*, talep hakkı borçludan istenen bir davranış biçimi olduğundan cebrî icra yolu ile takip yetkisi talep hakkı teşkil etmemektedir. Bu görüşe göre cebrî icrada borçlunun bir davranış söz konusu olmamaktadır. Bkz. **Eren/ Dönmez, Şerh I, N. 13, s. 129.**

⁶⁰ **Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 16 – 17.**

⁶¹ Bu ifadenin eda davaları için geçerli olduğu, tespit ve yenilik doğuran davaların bu tarifi kapsama girmeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. **Oğuzman/ Öz, Cilt I, s. 16; Karş. Antalya, Temel Kavramlar, s. 75 - 76.**

⁶² Talep hakkında açılacak ifa (eda) davalarının yanında maddi hukuk anlamında olmasa da usul hukuku anlamında talepten bahsedilebilecek tespit ve yenilik doğuran davaların açılması da mümkündür. Bkz. **Antalya, Temel Kavramlar, s. 77; Kocayusufpaşaoğlu, s. 43; von Tuhr, AT DBR, s. 262 vd.**

olmayan alacaklarda henüz talep hakkından bahsedilememekte; ancak muaccel alacaklar açısından ise talep hakkı ile alacak hakkının aynı şeyi ifade edeceği söylenebilmektedir⁶³. Nitekim Türk Borçlar Kanunu’nun 90. maddesinde “*İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur*” denilmek suretiyle süreye bağlanmamış borcun doğduğu anda muaccel olacağı belirtilmektedir. Böylece söz konusu hâlde alacak hakkı aynı zamanda talep hakkını da teşkil edecektir.

Talep kavramı Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu’nda tanımlanmış değildir. Bunun aksine Alman Medeni Kanunu BGB § 194 Abs. 1’de “*Talep, bir başkasından bir şey yapmasını veya yapmamasını isteme hakkı*” olarak ifade edilmiştir⁶⁴. Alman hukuk öğretisine göre borç ilişkilerinden kaynaklanan talep hakları, alacak haklarını ifade etmektedir⁶⁵. Ancak bir görüşe göre borç ilişkisinden doğan talep haklarının alacak hakkını karşılayacağı muaccel alacaklar bakımından kabul edilmelidir⁶⁶. Bununla birlikte Alman hukukunda dikkat çeken bir başka görüşe göre ise muaccel olmayan örneğin vadeye yahut geciktirici şarta bağlanmış talep haklarından da bahsedilebilmesi mümkündür⁶⁷.

⁶³ **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 77; **Eren**, BHGH, s. 79; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 43 vd.

⁶⁴ **Ellenberger**, Jürgen: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck’sche Kurz Kommentare, 76. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2017, § 194, s. 215 vd.

⁶⁵ **Gernhuber**, s. 34 – 35; **Medicus/ Lorenz**, SR AT, s. 3; Aynı talepler alacak hakkı teşkil etmemekle birlikte, alacak hakkı teşkil eden taleplerin yasal dayanaklarını mülkiyet hukuku, aile ve miras hukuku oluşturabilmektedir. Yardım nafakasına ilişkin BGB § 1601, mülkiyet hukukunda zarar söz konusu olması hâlinde zararın giderilmesine ilişkin BGB § 902, keza miras hukukunda BGB § 2174 hükümleri bu konuda örnek olarak verilmektedir. Türk Medeni Kanunu’nda m. 600/I hükmünden maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardan biri olarak vasiyet, lehine yapıldığı kişiye alacak hakkı tanımaktadır. Bkz. **Taşatan**, Caner: “Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi ve Bu İlkenin Türk Medeni Kanunu’na Yansımaları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 1, Y. 2021, s. 593 – 594; **Winkelmann**, s. 166; Karş. **Esser**, AT, s. 12.

⁶⁶ **Enneccerus** ve **Nipperdey**’e göre alacak hakkı ve talep hakkı birbirinin aynısı ifade etmektedir. Bkz. **Enneccerus**, Ludwig/ **Nipperdey**, Hans Carl: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Halbband, Verlag J. C. B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1960, s. 1365; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 43 - 44.

⁶⁷ **Enneccerus/ Nipperdey**, s. 1366; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 44.

Borcun talep edilebilirliği ile ifa edilebilirliği kavramlarını da açıklamakta fayda vardır. Zira bu iki kavram birbirinden farklıdır. Borcun talep edilebilirliği, muaccel olmasından başlayarak zamanaşımı def'i ileri sürülünceye kadar söz konusu olabilirken; ifa edilebilirlik, borç muaccel olmadan başlamakta ve zamanaşımı süresi aşıldıktan sonra dahi borcun ifa edilebilmesi mümkün olmaktadır⁶⁸.

1.3. SORUMLULUK VE YAPTIRIM

Sorumluluk, “*kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi*” olarak tanımlanmaktadır⁶⁹. Borç, borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmeyi üstlendiği edimi ifade ederken buna ilişkin hukuki sorumluluk, ifa yükümlülüğü yerine getirilmediği takdirde, borçlunun alacaklının zorla erişimine tabi olduğu anlamına gelmektedir⁷⁰. Sorumluluk, ifanın hiç ya da gereğine uygun olarak gerçekleşmediği zamanlarda kendisini göstermektedir. Bu sayede zorla da olsa ifanın yerine getirilmesi ya da onun yerine başka bir “*ikame*” yoluyla alacaklının hakkına ilişkin tatmin edilmesi sağlanmaktadır. Yani sorumluluğun esas amacı borcun ifasında gerçekleşen olumsuzluklarda alacaklının menfaatini korumaktır. Günlük hayatta kişilerin dahil olduğu ilişkilerde hukuki sorumluluk doğuran olayların yaşanması ve bu sorumlulukların hukuki güç tarafından takip edilmesi toplum içinde yaşayan insanlara hem güven vermekte hem de insanların huzur içinde yaşamalarına sebep olmaktadır. Bu nedenle hukuk düzenleri, en eski zamanlardan bu yana alacaklının, sorumlu borçluya erişebilmesine imkân sağlayarak tatmin olmasına olanak vermiştir. Eski çağlarda bu erişim gücü malvarlığına olduğu kadar şahıslara da yöneltilebilmekteydi. Bu anlamda sorumluluk, borcun ifa edilmemesi durumunda borçlunun ne ile sorumlu olacağını ifade etmektedir. Öğretide sorumluluğun bu türü “*-ile sorumluluk*” olarak adlandırılmaktadır⁷¹. Bu kapsamda sorumluluğun şahsa yöneltildiği “*şahıs ile*

⁶⁸ Ateş, Derya: Borçlunun Temerrüdünde Aynen İfa, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 96.

⁶⁹ <https://sozluk.gov.tr/> (SET.: 01.04.2022).

⁷⁰ İfade edilen anlamının yanı sıra hukuki sorumluluğun birden fazla anlama gelecek şekilde kullanıldığı görülmektedir. Örneğin sorumluluğun, tek başına “*borçlu olmayı*” ifade ettiği kullanımlara ya da çoğu kez verilen zararların sorumluluğunun üstlenilmesi anlamını taşıyan kullanımlara rastlanmaktadır. Bkz. Brox/ Walker, AS, s. 15.

⁷¹ Söğütü, s. 384 vd.

sorumluluk” Roma’nın en eski dönemlerinde de uygulama alanı bulan bir sorumluluk çeşidiydi⁷². Modern hukuk sistemlerinin aksine eski hukuk sistemlerinde edimi ifa yükümlüsü borçlunun, borcun ifasını gerçekleştirmediği durumlarda köle hâline gelmesi ve hatta öldürülmesi dahi söz konusu olabilmekteydi⁷³. Bizzat borçlunun kişiliğine el koyulması dolayısıyla bu sorumluluk türü, şahıs ile sorumluluk olarak adlandırılmıştır.

Günümüzde borç için hapis yahut para cezası istisnai olarak bazı kıymetli evraklarda veya cebrî icrayı sağlamak amacıyla öngörülmüştür⁷⁴. 4709 sayılı kanun ile 03.10.2001 tarihinde Anayasa’da yapılan değişiklik ile 38. maddeye ek bir fıkra eklenmiştir. Söz konusu maddede “*Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz*” ifadesi yer almaktadır. Alacaklının borcun ifa edilmemesi durumunda borçlu kimsenin kişiliğine el koyması, onu köle hâline getirebilme olanağına sahip olması, hapsedebilmesi insanın onuru ve haysiyetiyle bağdaşmayacak ve kişilik haklarına aykırılık teşkil edecek niteliktedir⁷⁵. Bunların yanı sıra, başka bir açıdan değerlendirildiğinde böyle çözümler ekonomik açıdan da alacaklının aleyhinedir⁷⁶. Zira borçlunun borcunu yerine getirebilmesi için her şeyden önce hayatta ve özgür olması gerekmektedir. Aksi bir durumda alacaklının alacağını elde edebilmesi kimi zaman tamamen imkânsız hâle geleceğinden bu sonucun

⁷² **Borkowski**, Andrew/ **Plessis**, Paul J. du: Textbook on Roman Law, Oxford University Press, New York, 2005, s. 251; *Gellius* tarafından aktarılan şahıs ile sorumluluğa ilişkin XII Levha Kanunu’nda bulunan bir icra kuralına göre bir miktar borcu ödemeye mahkûm edilmiş borçluya borcunu ifa edebilmesi için otuz günlük bir süre verilmekteydi. Borçlu süre dolmadan borcunu ödeyemediğinde, alacaklı borçluyu *magistra*’nın huzuruna götürerek onun izni doğrultusunda borçlunun şahsına el koyardı (*manus iniectio*). Alacaklı, borçlusunu altmış gün boyunca, ağırlığı on beş *libre*’yi geçmeyen zincirlerle bağlı şekilde evinde hapsederdi. Altmış günlük süre içerisinde alacaklı, borçlusunu üç kere forum meydanına götürür ve burada borçlunun durumunu ilan ederdi. Sürenin sonunda borçlu borcunu ödeyemezse o hâlde alacaklı borçluyu öldürme ya da *Tiber* nehrinin diğer tarafında köle olarak satabilme imkânına sahip olurdu. Birden fazla alacaklı olduğunda ise her alacaklının borçludan bir parça kesebilmesi mümkündü. Bunun alacaklının borçlunun vücudundan bir *libre* et talep edebileceğine ilişkin eski bir hikâyeye dayandığı, hatta *Shakespeare*’in de “*Venedik Taciri*” adlı romanında bu hikâyeyi kullandığı ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Söğütü**, s. 385 - 387.

⁷³ **Söğütü**, s. 385.

⁷⁴ 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m. 76, 344/I.

⁷⁵ **Eren/ Dönmez**, Şerh I, Borç ve Sorumluluk, N. 10, s. 134 vd.

⁷⁶ **Eren**, BHGH, s. 89; **İnan**, Ali Naim/ **Yücel**, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 119.

alacaklının da aleyhine olacağı aşikârdır. Buna ek olarak Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" başlıklı 17. maddesinin ilk fıkrasında yer alan "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir...*" hükmü ile de bireylerin insan olarak yaşama, varlığını sürdürme ve kişiliklerinin maddi ve manevi yönlerini geliştirme haklarının olduğu açıkça ortaya koyulmaktadır. İnsanların tutsak edildiği, öldürüldüğü bir toplum demokratik ve insan haklarına saygılı olarak nitelendirilemez⁷⁷. Bu sebeple modern hukuk sistemlerinde şahıs ile sorumluluk özellikle Avrupa'da 19. yüzyıl, ülkemizde ise 1929 yılında ortadan kaldırılmıştır⁷⁸. Şahıs ile sorumluluğun yerine ise "*ile sorumluluğu*"nın günümüzdeki anlamıyla tek çeşidini oluşturan malvarlığı ile sorumluluk esası benimsenmiştir.

Modern hukuk sistemlerinin, zaman içerisinde şahıs ile sorumluluk esasından vazgeçerek borcun yaptırımı anlamında malvarlığı ile sorumluluk esasını benimsemelerinin en önemli nedeni, bu sorumluluk esasının kişi varlığına saygılı ve ekonomik bir sorumluluk türü olmasından kaynaklanmaktadır⁷⁹. Bu türlü sorumlulukta, sorumluluğun konusunu teşkil eden borçlunun şahsı değil, malvarlığıdır. Zira modern borç teorisinde kişiler, ancak malvarlığı ile sorumlu olabilmektedir⁸⁰. Malvarlığı ile sorumluluk kendi içerisinde, sınırsız malvarlığı sorumluluğu ve sınırlı malvarlığı sorumluluğu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Sınırsız malvarlığı sorumluluğu öğretide "*kişisel sorumluluk*" veya "*sınırsız kişisel sorumluluk*" ya da "*tam sorumluluk*" olarak da adlandırılmaktadır⁸¹. Sorumluluğun bu türünde borçlu borçlandığı edimi yerine getirmediğinde alacaklıya karşı bütün malvarlığı ile sorumlu olmaktadır. İlke olarak borcunu ifa etmeyen borçlunun bütün

⁷⁷ Eren, BHGH, s. 89.

⁷⁸ Günümüzde borç için hapis istisnai durumlarda söz konusudur. Bkz. Ataay, Aytekin: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, Üçüncü Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, s. 77; Feyzioğlu, Feyzi Necmettin: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt I, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2171, İstanbul, 1976, s. 21.

⁷⁹ Eren/ Dönmez, Şerh I, Borç ve Sorumluluk, N. 10, s. 134 - 135.

⁸⁰ Cansel, Erol/ Özel, Çağlar: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt I, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 84; Eren, BHGH, s. 89; İnan/ Yücel, s. 120.

⁸¹ Ataay, s. 78; Cansel/ Özel, BHGH, s. 85 vd.; Eren, BHGH, s. 90; Feyzioğlu, Genel Hükümler I, s. 21 vd.; İnan/ Yücel, s. 121; Kocayusufpaşaoğlu, s. 29.

malvarlığına el koyulabileceği kabul edilse de kanun koyucu ekonomik ve sosyal hassasiyetleri göz önünde bulundurarak kişilerin en azından insanca yaşamlarını sürdürebilmelerini sağlayacak miktarda bazı mallarına el koyulamayacağını İİK m. 82 – 83'te ifade etmiştir⁸². Gerçekten de borcunu yerine getirememiş olsa da borçlu bir insandır ve asgari yaşam standartlarının sağlanması, mesleki faaliyette bulunabilmesi imkânlarının borçludan esirgenmemesi gerekir. Ekonomik faaliyette bulunabilmek başka bir ifade ile mal ve hizmet üretebilmek ve asgari yaşam standartlarını sağlayabilmek adına borçlunun bazı mallarının sorumluluk dışı bırakılması gerekmektedir⁸³. Böylece borçlu kendisine bırakılan mallar sayesinde geçimini sağlama imkânından yoksun kalmamış olmaktadır.

Sınırlı malvarlığı ile sorumluk, kendi içerisinde konu itibariyle sınırlı malvarlığı sorumluluğu ve miktar itibariyle sınırlı malvarlığı sorumluluğu olmak üzere iki alt türe ayrılmaktadır⁸⁴. Konu itibariyle sınırlı malvarlığı sorumluluğunda borçlunun sorumluluğu belirli bir konu ya da başka bir deyişle malvarlığının bir parçası ile sınırlandırılmıştır⁸⁵. Miktar itibariyle sorumlulukta ise borçlu borcu dolayısıyla bütün malvarlığı ile sorumlu olmakta ancak bu sorumluluk borcun miktarı ile sınırlandırılmıştır⁸⁶. Konu yahut miktar itibariyle sınırlı malvarlığı sorumluluğu, tarafların iradesi doğrultusunda yani alacaklı ve borçlu tarafın yapacağı bir hukuki işlem

⁸² **Eren/ Dönmez**, Şerh I, Borç ve Sorumluluk, N. 11, s. 135.

⁸³ **Akyol**, Şener: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 28, 31; **Ataay**, s. 78; **Birsen**, Kemaleddin: Borçlar Hukuku Dersleri: Borçların Genel Hükümleri, Dördüncü Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967, s. 23; **Eren**, BHGH, s. 90; **Feyzioğlu**, Genel Hükümler II, s. 22.

⁸⁴ **Eren/ Dönmez**, Şerh I, Borç ve Sorumluluk, N. 13, s. 136.

⁸⁵ TMK m. 631/I'e göre devletin mirasçı olduğu bir durumda, tereke devlete intikal ettikten sonra devletin mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu, mirasbırakanın aktifı kadar olacaktır.

⁸⁶ Örneğin kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu miktar rakam olarak gösterilmekte ve kefil sadece bu miktar ile sorumlu olmaktadır. Bkz. **Akyol**, s. 34; **Cansel/ Özel**, BHGH, s. 87; **Eren**, BHGH, s. 90; **İnan/ Yücel**, s. 124; Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre bu hâllerde sorumluluğun değil borcun sınırlandırılması söz konusudur. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 31 – 32.

ile kararlaştırılabilmekte ve taraflar sorumluluğu sadece belirli mallarla da sınırlandırabilmektedirler⁸⁷.

Borcun yaptırımı anlamında sorumluluktan bahsettiğimize göre bir de kısaca kaynağına göre sorumluluğa değinmek yerinde olacaktır. Kaynağına göre sorumluluk, bir kimsenin zarar meydana getiren bir sebepten dolayı tazminatla yükümlü tutulmasını ifade etmektedir⁸⁸. Borcun kaynaklarına karşılık gelen ve borçluya zararın tazmini yükümlülüğünü yükleyen sorumluluğun bu türü “-den sorumluluk” olarak da ifade edilmektedir⁸⁹. Bu sorumlulukta, örneğin bir kimsenin daha önceden yüklenmiş olduğu bir borca yahut genel davranış kuralına aykırı davranması nedeniyle meydana gelen zararı tazmin etme yükümlülüğü söz konusu olmaktadır⁹⁰.

Sorumluluğun niteliklerine ilişkin açıklanan bilgiler ışığında sorumluluğa hâkim olan temel ilkeleri de tespit edebilmekteyiz. Bu ilkeler uyarınca⁹¹, borcun ifa edilmemesinden dolayı borçlunun sadece malvarlığı ile sorumlu olması, yani borç dolayısıyla borçlunun şahsına başvurulamaması aynı sorumluluk ilkesinin sonucudur. Bireysel sorumluluk ilkesi, borç dolayısıyla kişinin sadece kendisinin sorumlu tutulabileceğini, başka bir deyişle bir kimsenin borcu için başka kimselerin sorumluluğunun söz konusu olamayacağını ifade etmektedir. Tam sorumluluk ilkesi, borçlunun borcu dolayısıyla bütün malvarlığı ile sorumlu olmasını konu edinir. Son olarak kıymet itibarıyla sorumluluk ilkesi, alacaklının borçlunun malvarlığının aktif kısmının paraya çevrilerek tatmin edilmesini ifade etmektedir. İcra organlarınca borçlunun borcuna yeterli gelecek miktarda mallarının satılması suretiyle alacaklı alacağına kavuşmaktadır. Söz konusu bu ilke gereğince, alacaklı borcunu ifa etmeyen

⁸⁷ Akyol, s. 35; İnan/ Yücel, s. 122 - 123; Kocayusufpaşaoğlu, s. 30 - 32.

⁸⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 26; Söğütlü, s. 390.

⁸⁹ Söğütlü, s. 390.

⁹⁰ Akyol, s. 66; Antalya, Temel Kavramlar, s. 117; Cansel/ Özel, BHGH, s. 87 - 88; İnan/ Yücel, s. 124; Nomer, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 31.

⁹¹ Sorumluluğa hâkim olan ilkeler hakkındaki açıklamalar için bkz. Eren/ Dönmez, Şerh I, Borç ve Sorumluluk, N. 5 vd., s. 133 vd.

borçlunun mallarını aynen kazanamamaktadır⁹². Bu sebeple sorumluluk nihayetinde parayla ifaya dönüşmektedir. Paraya çevrilmesi mümkün olmayan alacaklarda ise aynen icra başka bir ifade ile aynen ifa söz konusu olmaktadır⁹³.

Hukuk, toplumsal düzeni sağlamak için kişilerin hukuka aykırı davranışlarına engel olma görevini üstlenmektedir. Hukuka aykırı davranmak suretiyle bu düzenin bozulmasına neden olan kişiler için ise yine hukuk düzeni tarafından öngörülen yaptırımlar uygulanmaktadır⁹⁴. Yaptırım, hukukun emir ve yasaklarına aykırı davranılması durumunda karşılaşılabilecek olan tepkiyi ya da sonucu ifade etmektedir⁹⁵. Yaptırımlar sadece kamu gücünü kullanma yetkisini haiz kişi yahut kurumlar, nihayetinde devlet gücü tarafından uygulanarak toplumsal düzen yeniden sağlanmaktadır⁹⁶. Bu sebeple zarar gören kimse bizzat, zarar verene karşı yaptırım uygulayabilme yetkisini haiz değildir. Zarar gören kimsenin yaptırımın uygulayıcılarına başvurusu gerekmektedir. İstisnai olarak bazı durumlarda kişinin kendi hakkını koruyabilmesi ise sıkı şartlara tabi tutulmuştur⁹⁷.

İhlalin niteliğine göre yaptırımlar çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. Devlet, hangi davranışlara hangi yaptırımın uygulanacağını bizzat belirlemektedir. Örneğin hukuk sistemimizde borcunu yerine getirmeyen borçlu aleyhinde alacaklının alacağını elde

⁹² **Eren**, BHGH, s. 88.

⁹³ İİK m. 343 uyarınca aynen ifa ya da aynen icra; ceza tehditi ya da polis zorlamasıyla gerçekleştirilmektedir. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 88.

⁹⁴ Öğretide yaptırımın sadece hukuk kurallarına aykırı davranışlara bağlanan sonuçlar olmadığı, hukuka uygun davranışlara bağlanan olumlu sonuçların da yaptırım niteliğinde olduğuna ilişkin bir görüş bulunmaktadır. Örneğin küçüğün yasal temsilcisinin rızasıyla yaptığı evliliğin geçerli olmasında, kanun koyucunun hukuk kuralına uygun davranışa olumlu sonuç bağladığı ve bunun da bir yaptırım teşkil ettiği ileri sürülmektedir. Bkz. **Öztan**, Bilge: Medenî Hukuk'un Temel Kavramları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 28.

⁹⁵ **Dural/ Sarı**, s. 7.

⁹⁶ **Dural/ Sarı**, s. 7; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 28.

⁹⁷ Kişinin kendi hakkını kendisinin koruyabilmesi kural olarak mümkün değildir. Bunun aksi nitelikteki davranışlar hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Kişiler, haklarını devletin yetkili organları vasıtasıyla koruyabilmektedir. Kural bu olsa da istisnai hallerde kişi kendisi kendi hakkını koruyabilmektedir. Meşru müdafaa ve kişinin hakkını korumak için kuvvet kullanması, bu duruma verilebilecek örneklerdendir. Bkz. **Dural/ Sarı**, s. 276.

edebilmesi açısından başlıca üç yol söz konusudur. Bunlar; aynen ifa ve cebrî icra, tazminat davası ve sözleşmeden dönmedir⁹⁸.

Hukuk düzeni, ifaya zorlama görevini devletin resmî organlarına vermiştir⁹⁹. Bunun için alacaklının alacağını elde etmek üzere borçluya karşı bir eda davası açarak onu borçlandığı edimi ifa etmeye mahkûm ettirmesi gerekmektedir. Mahkemenin ifa yönündeki verdiği karara rağmen borçlu kendi iradesiyle ifayı yerine getirmekten kaçınmaya devam ediyorsa, bu durumda alacaklının icraya başvurması mümkündür¹⁰⁰. Alacaklının, borçluyu ifaya mahkûm ettirmek üzere; yani bir şeyi vermeye, bir işi yapmaya yahut yapmamaya ilişkin bir hüküm elde etmek üzere açtığı dava, ifa (eda) davası olarak adlandırılmaktadır¹⁰¹. İfa davası, ancak edimin yerine getirilebilmesinin hâlen mümkün olduğu durumlarda açılacak bir davadır¹⁰². Borçluyu borcunu ifa etmeye mahkûm eden mahkemenin ifa hükmüne rağmen borçlu kendi iradesiyle borcunu ifa etmezse alacaklı borcun zorla yerine getirilmesini sağlamak amacıyla ifa hükmünün icrasını talep edebilmektedir. Bu şekilde borcun zorla yerine getirilmesi için devletin yetkili organlarına başvurulması yolu cebrî icra olarak adlandırılmaktadır¹⁰³. Cebrî icra, icra takibi ve iflas takibi olarak ikiye ayrılmaktadır. İcra takibinde cüz'î icra söz konusu olmakta ve bir ya da daha fazla alacaklının talebi üzerine borçlunun malvarlığındaki bazı mallar cebrî icraya konu olmaktadır¹⁰⁴. Böylece alacaklılar, icra dairesi tarafından haczedilip, satılarak edinilen para sayesinde alacaklarını elde etmiş

⁹⁸ **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 398; **von Tuhr**, Andreas/ **Escher**, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Schulthess Polygraphischer Verlag AG., Zürich, 1974, s. 86.

⁹⁹ Alacaklının kendi gücüyle malvarlığına el koymasını ifade eden ihkak-ı hak modern hukuk düzenlerinde istisnai durumlar haricinde mümkün değildir. Bkz. **Eren/ Dönmez**, Şerh I, Borç ve Sorumluluk, N. 2, s. 132.

¹⁰⁰ **Eren**, Fikret/ **Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi: Cilt III, m. 83 – 206, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, TBK md. 112 – 126'nın Takdimi, N. 5, s. 2213.

¹⁰¹ **Eren**, BHGH, s. 1165; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 399; **von Tuhr/ Escher**, s. 86.

¹⁰² **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 400; **von Tuhr/ Escher**, s. 87; İfa davası, ilke olarak verme, yapma yahut yapmamaya ilişkin her çeşit borç için açılabilir. Ancak ifa davasının açılması, borcun niteliğine ya da dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa bu davanın açılması mümkün değildir. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 1165.

¹⁰³ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, TBK md. 112 – 126'nın Takdimi, N. 9, s. 2215.

¹⁰⁴ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, TBK md. 112 – 126'nın Takdimi, N. 9, s. 2216.

olmaktadır. İcra, ilamlı ve ilamsız icra olacak şekilde ikiye ayrılmaktadır¹⁰⁵. Para ve teminat borçları açısından söz konusu olan ilamsız icrada, alacaklının bir mahkeme ilamına sahip olması gerekmezken, ilamlı icrada alacaklı borçlu aleyhine bir mahkeme hükmüne sahip olmalıdır. İlamsız icrada, borçlunun itiraz etmesi durumunda, alacaklının mahkemeye başvurması gerekmektedir. Külli icrada yani iflas takibinde ise borçlunun paraya çevrilmesi mümkün mallarının hepsi cibrî icraya tabidir¹⁰⁶. Borçlunun tüm alacaklıları satılan mallardan elde edilen parayla alacaklarına sahip olmuş olur. Görülmektedir ki her iki şekilde de borç ilişkisinden doğan yükümlülük yerine getirilmemişse borçlunun malvarlığı ile sorumluluğu gündeme gelmektedir¹⁰⁷. Borçlu, alacaklının alacak hakkına itiraz ve defi olarak adlandırılan savunma araçları ile karşılık verebilmektedir¹⁰⁸. Borcun ifa edilmemesi durumunda meydana gelen zararlar için tazminat davasının açılması da mümkündür¹⁰⁹. Bazı hâllerde ise borcunu yerine getirmeyen borçluya karşı alacaklının sözleşmeden dönme yetkisi de bulunmaktadır¹¹⁰.

Hukuk düzeni, borçlunun borcunu yerine getirmesi hususunda alacaklının bir zorlayıcı güce sahip olma imkânını sağlamalıdır. Aksi hâlde borç ilişkilerinde ifa sadece borçlunun insafına bırakılmış olacaktır. Bu sebeple alacağını elde etmek isteyen alacaklının başvurabileceği hukuki yollar mevcut değilse hukuk dışı yollarla ifanın yerine getirilmesinin sağlanması tehlikesiyle karşılaşılması söz konusu olabilecektir. Alacaklının hukuki zorlama imkânından yoksun bırakılmış olması hukuki korumanın da sağlanamayacağı anlamına gelmektedir. Bu durumda alacak hakkı, borçlunun insafına

¹⁰⁵ Bir şeyin yapılmasına ilişkin edimlerin icrası, söz konusu şeyin aynen yapılmasını gerektirir. İlâmdaki yapma alacağı para alacağına dönüşmez. Ancak borçlu belirli sürelerde işe başlamaz ya da bitirmezse ve işin başkasına yaptırılması yönünde bir karar alınırsa son aşamada borçlunun yeterli miktarda malının haczedilerek işin yaptırılması söz konusu olabilmektedir. TBK m. 113/I'e göre alacaklının masrafları borçluya ait olmak üzere edimi kendisinin gerçekleştirmeyi talep etmesi de mümkündür. Yapmama ya da katlanma edimlerinde icra emirine uymayan borçlu için borçlunun tetkik mercii tarafından üç aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılması söz konusudur. Borçlu cezayı göze aldığı takdirde, yapmama borçlarında zorla icra söz konusu olmamaktadır. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 1169 vd.; Karş. **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 404 vd.

¹⁰⁶ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, TBK md. 112 – 126'nın Takdimi, N. 9, s. 2216.

¹⁰⁷ **Çetiner/ Furrer/ Müller – Chen**, s. 27.

¹⁰⁸ **Çetiner/ Furrer/ Müller – Chen**, s. 27.

¹⁰⁹ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, TBK md. 112 – 126'nın Takdimi, N. 16, s. 2219.

¹¹⁰ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, TBK md. 112 – 126'nın Takdimi, N. 17, s. 2219.

bırakılmış eksik bir haktan öteye geçememektedir¹¹¹. Bu sebeple borç ilişkisinde ilke olarak borcun yanında bir de borcun yaptırımını teşkil eden sorumluluk unsuru zorunlu olarak aranmaktadır¹¹². Borçların, ifa edilmemeleri ihtimaline karşı yaptırımlarıyla birlikte bulunmaları esastır. Ancak istisnai olarak öyle bazı borçlar vardır ki bu borçlar toplumun düzeninin korunması, ahlaki nedenler ya da adalet anlayışı gibi çeşitli gerekçelerle yaptırımsız olarak nitelendirilmiş, borçlunun sorumluluğu ise bertaraf edilmiştir¹¹³. Yaptırım unsurundan yoksun bırakılmış borçların en önemli türünü ise “*eksik borçlar*” oluşturmaktadır.

1.4. TAM BORÇ KAVRAMI

Sosyal ilişkilerin aksine borç ilişkilerinde ilke olarak sorumluluğun da meydana gelmesi söz konusudur¹¹⁴. Nitekim borçlunun ifa yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâlinde sorumluluğu söz konusu olacak; alacaklının ise devletin yetkili organlarına başvurarak yaptırım uygulatabilme imkânı doğacaktır. İşte bu tür borçlar, yani borçlunun borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi durumunda sorumluluğuna başvurulabilen borçlar öğretilde “*medeni borç*” ya da “*tam borç*” olarak adlandırılmaktadır¹¹⁵. Günümüze kadar ulaşan bu ayrımın kökeni de yine Roma hukukuna dayanmaktadır. Zira Roma hukukunda tam borçları ifade eden *obligatio civilis*’in yanında yaptırımdan yoksun bırakılmış *obligatio naturalis* olarak adlandırılan eksik borçlar yer almaktadır¹¹⁶.

¹¹¹ Eren, BHGH, s. 86.

¹¹² Eren, BHGH, s. 86.

¹¹³ Eren/ Dönmez, Şerh I, Eksik (Tabiî) Borçlar, N. 2, s. 138.

¹¹⁴ Ünğan, Büşra: Medenî Hukukta Eksik Borç Kavramı, T.C. Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 3.

¹¹⁵ Akyol, s. 39; Berki, kanuni borç olarak da adlandırmıştır. Bkz. Berki, Şakir: Borçlar Hukuku: Umumi Hükümler, Üçüncü Tab’ı, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1962, s. 304; Tunçomağ, Kenan: Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Genel Hükümler, İkinci Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1128 – Hukuk Fakültesi Yayın No. 242, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1965, s. 26.

¹¹⁶ Bekker’a göre, *obligatio*’yu *civilis* ve *naturalis* olmak üzere iki ana türe ayırmak doğru değildir. Gerçek anlamda borçların hepsi *civilis* niteliğindeyken; bunların haricindekiler borç değildir. Tam borçlarla benzerlik göstermesinden ötürü “*obligatio naturalis*” olarak

*Glossator Accursius*¹¹⁷, hazırladığı *Corpus Iuris Civilis*'in *Glossa Ordinaria* olarak adlandırılan şerhinde, *obligatio*'yu *civilis* ve *naturalis* olmak üzere iki köke ayırarak incelemiştir¹¹⁸. *Accursius*, kavramsal olarak *obligatio naturalis*'i daima iade mükellefiyetinden yoksun ve yaptırımsız borçlar olarak nitelemiştir¹¹⁹. *Obligatio civilis* ise *Ius Civile* tarafından kabul gören, yaptırıma sahip borçlardır¹²⁰. Ancak *Accursius*'a göre, her *obligatio*'nun hem *civilis* hem de *naturalis* unsuru bulunmaktaydı; bu sayede belirli şartlar altında *obligatio*, *civilis* unsurundan ayrılabilir böylece geriye sadece *obligatio naturalis tantum* kalabilirdi¹²¹.

1.5. EKSİK BORÇ KAVRAMI

Borç ve sorumluluk kavramlarının iç içe geçmiş, birbiriyle ilişkili kavramlar olduğu kabul edilen bir gerçektir. Ancak öyle bazı borçlar vardır ki bunlar sorumlulukla ilişkilendirilmemiş, sorumluluktan bağımsızlaşmış ya da sorumluluğu mevcut olmayan borçlardır. Söz konusu bu borçlar, borç ile sorumluluğun birlikte var olacağı anlayış ve genel kuralına istisna teşkil etmektedir¹²².

adlandırılmıştır. Bkz. **Bekker**, Ernst Immanuel: Die Aktionen des Römischen Privatrechts, Erster Band, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1871, s. 6; Tam borçlar ile eksik borçlar kavramsal olarak tarihi öneme sahiptir. Sonradan dava edilebilen yahut edilemeyen borçlar olarak da nitelendirildikleri görülmektedir. Bkz. **Sintenis**, Carl Friedrich Ferdinand: Das Practische Gemeine Civilrecht, Zweiter Band: Das Obligationenrecht, 2. Auflage, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1861, s. 5.

¹¹⁷ Roma'da *Digesta* metinlerinin sayfa kenarlarına düşülen açıklayıcı notlara *glossa*, bu çalışmaları yapan hukukçulara ise *glossator* denilmekteydi. *Accursius* ise *Corpus Iuris Civilis*'in *Glossa Ordinaria* adı verilen şerhini hazırlamıştır. Bkz. **Türkoğlu**, Halide Gökçe: “*Glossator*’lar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 3, Y. 2017, s. 56, 63.

¹¹⁸ **Scharr**, Erwin: Römisches Privatrecht, Artemis Verlag, Zürich, 1960, s. 839 vd.; **Schulze**, Götz: Die Naturalobligation: Rechtsfigur und Instrument des Rechtsverkehrs einst und heute- zugleich Grundlegung einer zivilrechtlichen Forderungslehre, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, s. 87 – 88.

¹¹⁹ **Balmer**, Dominik: Die Naturalobligation: Von Rome bis Heute – unter besonderer Berücksichtigung der kantonalen Zivilgesetzbücher, Schulthess Medias Juridiques SA., Zürich, 2018, s. 52 – 53.

¹²⁰ **Balmer**, s. 4.

¹²¹ **Schulze**, s. 88.

¹²² **Schulze**, s. 155.

Roma’da borç denildiğinde asıl olan *obligatio civilis* anlaşıldığından borç ile sorumluluk arasında önemli bir ayrım gözetilmemişti¹²³. Zamanla borç ile sorumluluk kavramları üzerine farklı görüşler ileri sürülmüştür. Günümüz borçlar hukukunun temel dogmasını şekillendiren ve kökeni 19. yüzyılın ikinci yarısına¹²⁴ ve dolayısıyla ortak hukuktan Alman Medeni Kanunu’na (BGB) geçiş dönemine denk gelen öğretilerde borç ve sorumluluğa ilişkin yapılan değerlendirmelerde özellikle eksik borç kavramı üzerinde fazla durulmamıştır¹²⁵. Ancak borç ve sorumluluk kavramlarının iki ayrı ve birbirinden bağımsız unsur olmasına ilişkin öne sürülen görüşlerde¹²⁶ doğrudan eksik borç kavramı gerekçe olarak gösterilmiştir¹²⁷. Alacaklıyı ifaya zorlama yetkisinden mahrum bırakan eksik borç kavramı zamanla birçok hukukçu tarafından tanınır olmuş, borcun alacaklıya her zaman ifaya zorlayıcı yetkiyi vermeyebileceği görüşü öğretide hâkimiyet kazanmıştır¹²⁸. Böylelikle hukukçular arasında eksik borcun sıradan bir hukuki borç niteliğini haiz olduğu fikri benimsenir olmuştur¹²⁹.

Sorumluluğu olmayan borç olarak eksik borcu tespit etmek, tanımlamak ve sorgulamak aslında *obligatio*’yu yani borç, borç ilişkisi kavramlarının tam anlamıyla idrak

¹²³ **Honsell**, Römische Recht, s. 81; Bu ayrım Alman hukukçular tarafından önemsenmişti. Bkz. **Schwind**, Fritz: Römische Recht: Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechts, Erster Band, Springer Verlag, Wien, 1950, s. 251.

¹²⁴ **Savigny**, borç bağlamında bir anlamda herhangi bir kimse üzerinde sahip olunan sınırlanabilir “egemenlik” şeklinde açıklamalarda bulunmuştur. Bkz. **von Savigny**, Friedrich Carl: Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts, Erster Band, Bei Veit und Comp., Berlin, 1851, s. 4 vd.; **Schulze**, s. 155 vd.

¹²⁵ **Schulze**, s. 155.

¹²⁶ **Heitz**, Karl: Die unvollkommene Obligation im schweizerischen Recht, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1940, s. 43; Sorumluluk ihtiva etmeyen borçların mevcut olduğuna ilişkin bkz. **von Schwerin**, Claudius Freiherr: Schuld und Haftung im geltenden Recht, Schweitzer Verlag, München, 1911, s. 11.

¹²⁷ **Schulze**, s. 155.

¹²⁸ **Schulze**, s. 157.

¹²⁹ *Obligatio naturalis*’in *obligatio* teşkil ettiği konusunda şüpheye yer yoktur. Bkz. **Schulze**, s. 157; *Obligatio naturalis*’lerin doğasında *obligatio*’ya aykırılık teşkil eden hiçbir unsur yoktur ve onlar da hukukun bir ürünüdür. **Schwanert**’e göre *obligatio naturalis*’in ne olduğu sorusundan çok neden *obligatio civilis*’ten ayrıldığı sorusu çok daha önemliydi. Bkz., Karş. **Schwanert**, s. 2 vd.; **Wendt**, Otto: Lehrbuch der Pandekten, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1888, s. 441.

edilebilmesinde temel mihenk taşı görevini üstlenmiştir¹³⁰. İfası mümkün ancak sorumluluk ihtiva etmeyen borçlar olarak nitelendirilen¹³¹ eksik borçlar için borç ve sorumluluk bağlamında başlıca üç özelliğe dikkat çekilmektedir¹³²; bunlar, borcun alacaklıya bir egemenlik ya da güç sağlamaması, her borcun alacaklısına doğal olarak ifaya zorlayabilme yetkisini vermemesi ve son olarak da borcun sorumluluktan bağımsızlaşmasıdır.

Yaptırım uygulanabilme imkânından mahrum olunması dolayısıyla öğretide bu borçlar “*eksik borç*” olarak adlandırılmaktadır. Eksik borçlar aynı zamanda “*tabii borç*” olarak da ifade edilmektedir. Tabii borç ifadesinin kökeni ise Roma hukuku kaynaklarına dayanmaktadır¹³³. Zira Roma hukukunda, kendilerine dava hakkı tanınmayan, ancak ifa edildikleri takdirde alacaklıya borçlunun iadeye ilişkin talebine direnme imkânı veren borçlar “*obligatio naturalis*” yani “*tabii borç*” olarak adlandırılmaktaydı¹³⁴.

Tam borcun karşıtı niteliğinde kabul edilen eksik borcun öğretide; “*nakıs borç*”, “*davasız borç*”, “*mesuliyetsiz borç*”, “*kusurlu borç*” olarak farklı şekillerde adlandırıldığı görülmektedir¹³⁵. Modern hukuk sistemlerinde “*obligatio naturalis*” ya da “*tabii borç*” terimleri hâlâ kullanılmaya devam etse de “*eksik borç*” veya “*yaptırımsız borç*” terimlerinin bu borç türünü ifade ederken azımsanamayacak kadar çok kullanıldığı anlaşılmaktadır¹³⁶. Tarihsel gelişim içerisinde bu borcu belirtmede farklı

¹³⁰ **Schulze**, s. 157.

¹³¹ **Weiss**, Egon: Institutionen des römischen Privatrechts, Franz Mittelbach Verlag, Stuttgart, 1948, s. 267.

¹³² **Schulze**, s. 158.

¹³³ **Buckland**, William Warren: A Text – Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge University Press, New York, 2007, s. 552; **Eren**, BHGH, s. 91.

¹³⁴ **Berger**, s. 604; **Umur**, Lügat, s. 145.

¹³⁵ **Saymen**, Ferit H./ **Elbir**, Halid K.: Türk Borçlar Hukuku: Umumi Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1966, s. 54; “*Melez borçlar*” olarak da adlandırıldığı görülmektedir. Bkz. **Levy**, Ernst: “Natural Law in the Roman Period”, University of Notre Dame Natural Law Institute Proceedings, Vol. 2, 1949, s. 62; **von Tuhr**, Andreas/ **Peter**, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band – Erste Lieferung, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG., Zürich, 1974, s. 32 - 33.

¹³⁶ **Bucher**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht), 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1988, s. 67 vd.

kavramlar kullanılması dolayısıyla günümüzde hangi kavramın tercih edilmesi gerektiği sorusu gündeme gelebilmektedir. Esasında *obligatio naturalis* tabiri ile anılmaya başlanan ve günümüze kadar varlığını kabul ettirmeye devam eden bu borç türünü ifade etmek için kullanılan bütün tabirler genellikle aynı kavramı karşılamaktadır¹³⁷. Bu nedenle öğretide ve yargı kararlarında büyük ölçüde kavramların eş anlamlı olarak kullanıldığı görülmektedir¹³⁸. Ne var ki bazı yazarlar öğretideki bu yönelimin dışına çıkarak farklı bakış açıları geliştirmişlerdir. Örneğin *Fuchs*, yaptığı sınıflandırmada bir grubu, ahlaki yükümlülükleri dahil ederek “*Naturalobligation*” olarak adlandırmış, diğer grubu ise evlenme simsarlığından doğan borçları ve kumar ve bahisten doğan borçları dahil ederek “*unvollkommene Verbindlichkeit*” olarak ifade etmiştir¹³⁹. *Gauch/Schluep* tarafından yapılan sınıflandırmada; tabii borçlar, ahlaki yükümlülükler ve defileri sürülebilir borçlar, “*unvollkommene Obligation*” çatısı altında toplanmıştır¹⁴⁰. *Bucher* de yaptığı sınıflandırmada “*sanktionslose (unvollkommene) Obligationen*” çatısı altına, tabii borçları, ahlaki yükümlülükleri ve İsviçre Borçlar Kanunu Art. 66 OR

¹³⁷ *Schulze*, “*naturalobligation*” ve “*unvollkommene Verbindlichkeit*” kavramlarının genellikle aynı anlamda kullanıldığını ifade etmektedir. Bkz. *Schulze*, s. 262.

¹³⁸ *Akyol*, tabii borç ve eksik borç terimlerini eş anlamlı olarak kullanmayı tercih etmemiştir. Bkz. *Akyol*, s. 40; *Brox/ Walker*, AS, s. 17; *Medicus/ Lorenz*, SR AT, s. 10; *Schulze*, s. 262 vd.; Bir görüşe göre ise Roma hukukunda kabul edilen *obligatio naturalis* türleri ile günümüzdeki eksik borçlar farklılık gösterdiğinden eksik borç terimi tercih edilmelidir. Bkz. *von Tuhr/ Peter*, I.I, s. 33; *Tunçomağ*, Borçlar Hukuku, s. 26.

¹³⁹ *Fuchs*, Maximilian: “*Naturalobligation und unvollkommene Verbindlichkeiten im BGB*”, Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1999, s. 139; *Fuchs*’un sınıflandırmasına yönelik eleştiriler hakkında bkz. *Dorn*, Franz: Historisch - kritischer Kommentar zum BGB, Band III, Schuldrecht: Besonderer Teil, 2. Teilband, §§ 657 - 853, Hrsg. Schmoeckel, Mathias/ Rückert, Joachim/ Zimmermann, Reinhard, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013 *Unvollkommene (natürliche) Verbindlichkeiten im Allgemeinen*, N. 20, s. 2168; *Savigny*, ahlaki yükümlülükleri tabii borç (*obligatio naturalis*) olarak nitelendirmemekteydi. Ancak ona göre eksik borçlar Roma hukuku tabii borç anlayışıyla eşti. Bkz. *Schulze*, s. 263.

¹⁴⁰ Ahlaki yükümlülüklerden hukuki borç doğmamakta ve ifa yükümlülüğünden de bahsedilemeyeceğine göre alacak hakkından da bahsedilmesi mümkün değildir. Bkz. *Gauch*, Peter/ *Schluep*, Walter R.: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Band I, 6. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1995, s. 15.

hükmünü¹⁴¹ bir arada tutmuş, zamanaşımına uğramış borçlara ise bu nitelemenin dışında yer vermiştir¹⁴².

Almanya’da 2001 yılında borçlar hukukunun modernizasyonu kapsamında “*Unvollkommene Verbindlichkeiten*” tabiri yasama organı tarafından ele alınmış ve kumar, bahis ve benzeri faaliyetlere ilişkin ikinci kitabın sekizinci bölümüne on dokuzuncu başlık “*Unvollkommene Verbindlichkeiten*” olarak eklenmiştir¹⁴³. Öğretiye farklı bakış açılarıyla katkı sağlayan sınıflandırmaların yasama organları tarafından bir nebze dikkate alınmış olabileceği düşünülebilir. Ancak hâlihazırda kavram karmaşası varlığını sürdürürken bir de yasama organının bu yöndeki takdiri yanlış anlaşılmaya mahal vermeye pek müsaittir¹⁴⁴. Zira bu başlık altında sadece bir tip içeriğe sahip işlemlerden bahsedilmemesi gerekir. Bunun dışında oyun faaliyetleri devlet tarafından onaylı ya da lisanslı yerlerde oynanmışsa başka bir deyişle devletin onay verdiği oyunlardan ise doğacak borçlar, tam borç niteliğinde olmaktadır¹⁴⁵.

Birbirinden farklı terimlerin bu borç türünü ifade ederken kullanılmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak bu terimlerin yaygın olarak özellikle yabancı kaynaklarda eş anlamlı kullanımı ve yapılan sınıflandırmalar sonuçta anlaşılması güç bir kavram karmaşasıyla karşı karşıya kalınmasına neden olmaktadır¹⁴⁶. Kanaatimizce en başta yaygın olarak kullanılmayan “*tam borç*” kavramından yola çıkarak eksik borcun kavramsal tanımı, kapsamı ve yeri belirlenmelidir. Böylece sorumluluk doğurmayan borçların, eksik borçlar ve diğerleri olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulması kanaatindeyiz. Örneğin ileride görüleceği gibi eksik borç gibi görünen bazı borçlar ya

¹⁴¹ TBK m. 81: “*Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak, açılan davada hâkim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir.*”

¹⁴² *Bucher*, tabii borçların önüne bir de “*sözde*” ifadesini eklemeyi tercih etmiştir. Bkz. **Bucher**, SOR AT, s. 68 vd.

¹⁴³ **Schulze**, s. 264.

¹⁴⁴ Benzer şekilde bkz. **Schulze**, s. 264.

¹⁴⁵ Örneğin halka açık kumarhanelerde oynanan oyunlar bu niteliktedir. Bkz. **Brox**, Hans/**Walker**, Wolf - Dietrich: *Besonderes Schuldrecht*, 38. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2014, s. 427.

¹⁴⁶ **Schulze**, s. 267.

hukuki anlamda borç dahi teşkil etmemekte ya da daha farklı gerekçelerle eksik borç olarak nitelendirilememektedir. Bu borç türünü ifade ederken kaynağını tabii (doğal) hukuktan aldığı görüşüne istinaden Roma hukukunda adlandırıldığı şekliyle “*tabii borç*” veya Türk hukukunda da yaygın olarak tercih edilen “*eksik borç*” tabirinin kullanılması kanaatimizce uygun olacaktır. Zira Roma hukuku ile kıyaslandığında günümüz eksik borç türleri ile o zamanki eksik borç türleri arasında önemli farklılıklar olsa da geçmişten günümüze borcun temel yapısı değişmemiştir¹⁴⁷. Bu sebeplerle çalışmamızda tarihsel kısım dışında “*eksik borç*” tabirinin kullanımı tercih edilmiştir¹⁴⁸.

İlke olarak alacak hakkı, sahibine borçludan borçlanılan edimi dava ve cebrî icra yoluyla talep ve takip yetkisi vermektedir. Fakat eksik borçlardan doğan alacaklar için alacaklının bu imkânları bulunmamaktadır¹⁴⁹. Yine de böyle bir borç söz konusu olduğunda borçlunun borcunu ifa edebilmesi mümkündür. Ancak ifade edildiği üzere eksik bir borcun borçlusunun borcunu ifa etmemesi hâlinde, alacaklının devletin yetkili organları vasıtasıyla borçlunun malvarlığına başvurabilmesi imkânı bulunmamaktadır. Borcun yaptırımdan mahrum olduğu bu hâllerde, borç ilişkisi dolayısıyla meydana gelen geçerli bir borç bulunmasına rağmen sorumluluk unsurunun eksikliği söz konusudur¹⁵⁰. Borcun ifa edilmemesinin sonucu olarak devlet gücünün harekete geçirilmesi mümkün değildir.

¹⁴⁷ Roma hukukundaki “*obligatio naturalis*” ve BGB’de yeri bulunan “*unvollkommene Verbindlichkeit*” kavramlarının aynı çizgide olduğuna ilişkin bkz. **Langheineken**, Paul: Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1903, s. 184.

¹⁴⁸ Tabii borç (*obligatio naturalis*) tabiri çalışmanın sadece tarihsel kökenine ilişkin bölümünde kullanılmıştır.

¹⁴⁹ Eksik borçların yaptırımsız olmasının temel nedenleri; emeksiz kazanç sağlamanın önüne geçilmek istenmesi, toplumun barış ve düzeninin sağlanması ve bu durumu muhafaza etme isteği, son olarak da adalet ve genel ahlak düşünceleri olarak belirtilmektedir. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 91; *Hatemi*’ye göre dava hakkının engellendiği her borçtan eksik borç olarak bahsedilemez. Bir konuda eksik borçtan bahsedilebilmesi için bunun kanunda bir dayanağının olması gerektiği aksi takdirde örneğin *condictio indebiti* şartlarının sağlanmadığı her durumun eksik borç olarak nitelendirileceğine ilişkin bkz. **Hatemi**, Hüseyin: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle B.K. 65 Kuralı), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976, s. 599.

¹⁵⁰ **Eren/ Dönmez**, Eksik (Tabii) Borçlar, N. 2, s. 137 – 138.

Yaptırımsız olması nedeniyle eksik borcun, hukuki anlamda borç olmadığı düşünülebilmektedir. Zira öğretilerde yer alan bir görüşe göre hukuki anlamda bir borçtan bahsedebilmek için, borç rıza ile ifa edilmediğinde zorla yerine getirilebilmesi mümkün olmalıdır¹⁵¹. Öğretilerde, bazı kaynaklarda eksik borcu tam borçtan ayırt etmek için tarafları açısından “*sözde*” ifadesi de kullanılmaktadır¹⁵². Örneğin alacaklı taraf “*sözde alacaklı*” olarak ifade edilmekte böylelikle kanaatimizce bir tam borç alacaklısının yetkilerinden farklılık taşıdığı belirtilmek istenmektedir. Öğretilerde bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre, eksik borçlar hukuken geçerli borçlardır ve alacaklıya zayıflamış da olsa gerçek bir alacak hakkı sağlamaktadır¹⁵³. Zira tıpkı tam borçlardaki gibi eksik borcun da unsurlarını, alacaklı ile borçlu ve edim oluşturmaktadır¹⁵⁴. Eksik bir borç ifa edildiğinde, söz konusu ifa borç olmayan bir şeyin ifasını meydana getirmeyeceğinden sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca ifanın geri istenebilmesi mümkün olmamaktadır¹⁵⁵. Eksik borcun ifa edilmesi durumunda bir bağışlamadan da bahsedilmesi söz konusu değildir¹⁵⁶. Zira yapılan ifa hiçbir zaman bağışlama sebebiyle gerçekleşmemektedir. Böylece bağışlamanın geri alınmasına ilişkin kurallar da yine

¹⁵¹ **Entenza-Escobar**, Pedro F.: “Natural and Moral Obligations”, The Journal of Catholic Legal Studies (The Catholic Lawyer), Vol. 8, S. 4, Y. 1962, s. 311; Bu unsurdan yoksun olanlar hukuki anlamda alacak hakkı olarak nitelendirilemez. Bu anlamda eksik borç kavramının tamamen reddedilmesi gerekir. Bkz. **von Büren**, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Schulthess & CO. AG, Zürich, 1964, s. 11 – 12; **Grüneberg**, Christian: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck’sche Kurz Kommentare, 76. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2017, Einleitung vor BGB § 241, N. 12, s. 261; Sorumluluk ve borcun birbirinden ayıramayacağına ilişkin görüş için de bkz. **Heitz**, s. 47 vd.; Bu husus eksik borç kavramının tamamen reddedilmesi gerektiği sonucunu doğurmaz. Hukuki anlamda alacağın bulunmadığını belirtmek üzere bu kavrama ihtiyaç bulunmaktadır. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 46 – 47.

¹⁵² **Tekinay**, Selahattin/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Altıp**, Atilla: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 27.

¹⁵³ **Balmer**, s. 7, 189; Eksik borçlar, icap ve kabul anlamında borç niteliğindedir. Borçlu eksik borcunu ifa ettiğinde, borcundan kurtulur ve pasifinde bir azalma meydana gelir. Bkz. **Cansel/ Özel**, BHGH, s. 88; **Heitz**, s. 49 – 50; Karş. **Schönenberger**, Wilhelm/ **Jäggi**, Peter: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht, Teilband V 1a, Schulthess Polygraphischer Verlag AG., Zürich, 1973, Vorbemerkungen vor Art. 1, N. 75 - 76, s. 174 - 175.

¹⁵⁴ **Engel**, Pierre: Traité des Obligations en Droit Suisse, Éditions Ides et Calendes, Neuchatel, 1973, s. 42; **Eren/ Dönmez**, Eksik (Tabii) Borçlar, N. 2, s. 137 – 138.

¹⁵⁵ **Brox/ Walker**, AS, s. 17; **Bucher**, SOR AT, s. 67.

¹⁵⁶ **Balmer**, s. 189.

uygulama alanı bulmamaktadır¹⁵⁷. Hukuk düzeni bu borç türünü tamamen engellemekten ya da yok saymaktan kaçınmış, bilakis bu borçları bazı hükümlerle donatmış ve pasif yaptırımla korumak istemiştir¹⁵⁸. Tam borçlarda aktif yaptırım borcun yerine getirilmesini sağlarken, eksik borç için öngörülen pasif yaptırım, bir kere elde edilmiş alacağın muhafaza edilebilme ve hak sahibine borçlu kimsenin iade taleplerine karşı direnebilme imkânını tanımaktadır¹⁵⁹.

1.6. EKSİK BORCUN TARİHSEL KÖKENİ

1.6.1. Roma Hukukunda *Obligatio Civilis* ve *Obligatio Naturalis* Ayrımı

Klasik Hukuk Dönemi'nde Roma hukukçuları, borçlara ilişkin; dava ile yaptırıma bağlanmış olan tam borçlar (*obligatio civilis*)¹⁶⁰, hukuki sonuçlar doğuran fakat davası olmayan tabii borçlar (*obligatio naturalis*) ve hukuk alanının dışında kalan yani hem hukuki sonuçlar meydana getirmeyen hem de bir davası olmayan manevi borçlar, bir başka ifade ile vicdani borçlar olacak şekilde üçlü bir ayrım yapmışlardır¹⁶¹. Bu

¹⁵⁷ **Bucher**, SOR AT, s. 67.

¹⁵⁸ **Demiray**, Mustafa: Hak Zail Olmaz: Roma, Türk ve İslâm Hukuklarında Eksik Borç, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 107; **Demiray**, Mustafa: “Roma Hukukundan Türk Hukukuna Eksik Borç Kavramı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 2009, s. 582.

¹⁵⁹ **Demiray**, Eksik Borç, s. 107; İade istenememesinin ifa anlamına gelmeyeceği ve hukuki yükümlülüğe sahip olunduğu sonucuna ulaşılamayacağı görüşü için bkz. **Heitz**, s. 50 vd.

¹⁶⁰ *Obligatio civilis* olarak kabul edilmeyen, dolayısıyla bir *actio* ile desteklenmeyen ancak *praetor*'un vasıtasıyla korunan borçlar da zaman içerisinde yaptırıma bağlanmıştır. Klasik Sonrası Dönem'de, *Ius Civile* tarafından tanınanların yanı sıra *praetor* hukuku tarafından korunan ilişkiler *obligatio civilis* - *obligatio praetoriae* ayrımının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bkz. **Leage**, s. 312; *Iustinianus* Hukuku'nda bu ayrım önemini kaybetmiş, her iki tür borç da *obligatio civilis*'i oluşturmuştur. Bkz. **Di Marzo**, Salvatore: Roma Hukuku, Çev.: Ziya Umur, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1954, s. 311; **Mayer – Maly**, Theo: Römisches Recht, Springer - Verlag, Wien, 1999, s. 105 – 106.

¹⁶¹ **Tahiroğlu**, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 34; Aksi yönde: *Obligatio civilis* terimindeki “civilis”, “hukuki” anlamını taşımaktaydı. *Ius Civile*'ye göre “hukuki” niteliği haiz olmayan *obligatio naturalis*, doğal hukuk egemenliğinde ve bu hukuk kaynaklı adalet anlayışı dolayısıyla fiili olarak borç niteliğini taşımaktaydı. Hukuki niteliği kabul görme de fiili olarak borç kabul edilmesi dolayısıyla da yapılmış olan bir ödeme geçerli kabul edilmekteydi. Bkz. **Söğütü**, s. 382.

durumda hukuki olarak sonuç doğuran borç anlamında *obligatio*'yu, *obligatio civilis* ve *obligatio naturalis* olacak şekilde ikiye ayırmak mümkündür.

Kural olarak her tam borcun (*obligatio civilis*), sorumlusu olan borçluya yöneltilebilen bir dava hakkı bulunmaktadır¹⁶². Tam borçların (*obligatio civilis*) esaslı bir unsuru da borçluyu alacaklıya karşı borcunu yerine getirmesi için zorlamak amacıyla kullanılan cebir ve yaptırımdır¹⁶³. Bu yaptırım, alacak hakkı sahibinin hakkını elde edebilmek için açacağı bir davada (*actio*) ortaya çıkmaktadır¹⁶⁴. Romalılar borç ilişkilerinden meydana gelen davaları şahsi dava (*actio in personam*) olarak adlandırmaktaydı¹⁶⁵. Şahsi dava (*actio in personam*), yalnızca edimi yerine getirmekle yükümlü olan borçluya karşı açılabilirdi¹⁶⁶.

Roma hukukunda tüm hakları koruyan genel nitelikli bir dava (*actio*) bulunmamaktaydı. Borç ilişkilerini muhafaza eden şahsi davaların (*actio in personam*) sayısı ise son derece fazlaydı; zira Roma hukukunda her borç ilişkisi ayrı ayrı, özel davalarla (*actio*) korunmaktaydı¹⁶⁷. Netice itibarıyla de yıllar boyunca sayıları gittikçe artan bu davalar kendi içerisinde bir bütün teşkil ederek Roma özel hukukunu oluşturmuştu¹⁶⁸.

¹⁶² Hukuk düzeni bazen bir borcun var olduğunu yani bir kimsenin borçlanmış olduğunu kabul eder, ancak söz konusu bu borçluya karşı dava (*actio*) yoluyla bir zorlama kullanılması gerektiğini kabul etmez. Bkz. **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 35.

¹⁶³ **Honsell**, Römische Recht, s. 82 – 83; **Mousourakis**, George: Fundamentals of Roman Private Law, Springer – Verlag, Heidelberg, 2012, s. 186; **Rado**, s. 15.

¹⁶⁴ **Leage**, s. 313; **Mousourakis**, s. 186.

¹⁶⁵ **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 244; **Weiss**, s. 261; *Gai. Ins. 4. 2.*: “*In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE.*” “*Actio in personam (şahsi dava) bir sözleşmeden ya da haksız fiilden dolayı borçlu konumunda bulunan, başka bir ifade ile bir şey vermeye, yapmaya veya bir edimi ifaya yükümlü olduğunu iddia ettiğimiz kimseye karşı açılan davadır.*” Metin ve çeviri için bkz. **Rado**, s. 15.

¹⁶⁶ Ayni davalar (*actio in rem*), hakkı ihlal eden herkese karşı açılabilirdi. Bkz. **Bekker**, Die Aktionen, s. 200 – 201; **Honsell**, Römische Recht, s. 83; **Lee**, s. 282 – 283.

¹⁶⁷ **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 244 – 245.

¹⁶⁸ **Rado**, s. 15.

Roma’da alacaklı, borç ilişkisinden doğan alacağını elde edememiş, başka bir ifade ile borçlu borcunu ifa etmemişse, alacaklı *actio*’sunu kullanmak suretiyle, hâkimin borçluyu ifaya mahkûm etmesini talep ederdi¹⁶⁹. Hâkim hükmünün, borçluyu zorlama açısından yeterli olmaması dolayısıyla borçlunun hâkim kararına rağmen borcunu ifa etmemesi ihtimal dahilindeydi. Bu ihtimal gerçekleştiğinde ise borçluya karşı uygulanabilecek cebir unsuru kararın icra yoluyla zorla yerine getirilmesini sağlamaktı¹⁷⁰.

Romalı hukukçuların *obligatio*’ya ilişkin yaptığı ayrımında *obligatio civilis*’in yanında *obligatio naturalis* de bulunmaktaydı¹⁷¹. İfade edildiği üzere Roma hukukunda *obligatio civilis* niteliğini haiz borçların özel birer davası yani bir *actio*’su bulunmaktaydı. Bunun dışında Roma’da, ifası bir *actio* ile talep edilemeyen borçlar ise *obligatio naturalis* olarak adlandırmıştı. Borcun bu türü de alacaklı ile borçlu arasında bir zincir ya da bağ meydana getirmekte, bağın dayanağını ise bir görüşe göre hakkaniyet (*vinculum aequitatis*) oluşturmaktaydı¹⁷². Söz konusu bu bağ alacaklıya alacağını elde edebilmek için yaptırım gücü sağlamazdı. Davasız borç olarak da ifade edilen bu borçlarda borcun varlığı kabul edilmekle birlikte, dava ve icra olanağı tanınmamaktaydı¹⁷³.

¹⁶⁹ *Ius Civile*’nin tanıdığı bir borç ilişkisinde borçluluk *oportere* olarak ifade edilirdi. Bkz. **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 246; **Rado**, s. 16.

¹⁷⁰ **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 243; **Kipp**, s. 254; **Rado**, s. 16.

¹⁷¹ **Leage**, s. 313 - 314; **von Savigny**, Das Obligationenrecht I, s. 22; Klasik Hukuk Dönemi’nde dahi *obligatio* kavramından öncelikle dava edilebilir borç anlaşılmaktaydı. Bkz. **Siber**, Heinrich: Römisches Privatrecht II, Hermann Sack Verlag, Berlin, 1928, s. 159; Bir görüşe göre Roma’da *obligatio naturalis*, hukuken sözleşme niteliğini kazanamamış çeşitli işlemlerden kaynaklanmaktaydı. Bkz. **Sze**, Ping - fat: “*Obligatio Naturalis*: A Concept or a Fallacy?”, Business Law Review, July 2007, s. 209.

¹⁷² **Arndts von Arnesberg**, Karl Ludwig: Lehrbuch der Pandekten, Verlag der J. G. Cotta’schen Buchhandlung, Stuttgart, 1877, s. 369; **Balmer**, s. 38; **Quaritsch**, August: Institutionen und Rechtsgeschichte: Kompendium des Römischen Privatrechts und Zivilprozesses, Verlag: Weber, Berlin, 1912, s. 174; Karş. **Schwanert**, s. 2, 230.

¹⁷³ **Balmer**, s. 7; Karş. **Schwanert**, s. 3 – 4.

1.6.2. *Obligatio Naturalis*'in İki Anlamı

Obligatio naturalis kavramının Roma hukukuna dayanan geçmişi bilinse de köken itibariyle açıklığa kavuşmuş bir bilgi elde edilememiştir¹⁷⁴. *Obligatio naturalis* kavramının Klasik Hukuk Dönemi'nden beri kullanıldığı biliniyor olsa da bazı romanist hukukçular tarafından bu tabirin Bizans Dönemi'nde *interpolatio*¹⁷⁵ yolu ile metinlerde yer almaya başladığı ileri sürülmüştür¹⁷⁶. Ancak *obligatio naturalis* teriminin Klasik Hukuk Dönemi'den itibaren başta kölelerin borçları için kullanıldığı tespit edilebilmektedir¹⁷⁷. Bunun yanı sıra Roma hukukunda *obligatio naturalis* denildiğinde sadece, *Ius Civile* tarafından kendisine karşı bir *actio* tanınmamış olan borçlar kastedilmemektedir. *Obligatio naturalis* olarak adlandırılan diğer borçlar ise *Ius Gentium*'dan kaynaklanan dava edilebilir nitelikteki borçlardı¹⁷⁸. Esasında *obligatio naturalis* tabirinin bu yöndeki kullanımının anlaşılma güçlüğü oluşturduğu açıktır. Zira Roma hukuku kaynaklarında *obligatio*, *obligatio civilis* ve *obligatio naturalis* olacak şekilde ikili bir ayrıma tabi tutulmakta ve buradaki *obligatio naturalis* kendisine karşı *actio* tanınmamış olan ve dolayısıyla yaptırımsız bırakılan borçları ifade etmektedir¹⁷⁹. Ancak *Ius Gentium*'dan *Ius Civile*'ye dahil edilen *obligatio naturalis* dava edilebilir nitelikteki borçları belirtmekteydi. Başka bir deyişle *obligatio naturalis* teriminin bu anlamı *Ius Civile*'ye *Ius Gentium*'dan geçen ve yaptırım uygulanması mümkün borçlar

¹⁷⁴ **Koschaker**, Paul/ **Ayiter**, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir, 1993, s. 191.

¹⁷⁵ *Iustinianus* Dönemi'nde *Corpus Iuris Civilis*'in günün hukuk anlayış ve adaletine uyarlanması amacıyla Klasik Hukuk Dönemi'nin metinlerinde ve imparator emirnamelerinde yapılan değişikliklere *interpolatio* adı verilmekteydi. Bkz. **Umur**, Lügat, s. 95.

¹⁷⁶ **Buckland**, Text Book, s. 554; **Rado**, s. 19.

¹⁷⁷ *Gai. Ins. 3.199*'da *obligatio civilis* ve *obligatio naturalis* terimlerinin açıklandığı şekilde algılanarak kullanıldığı görülmektedir; **Rado**, s. 19.

¹⁷⁸ **Kipp**, s. 254; **Landolt**, Philip Louis: *Naturalis Obligatio* and Bare Social Duty, Böhlau Verlag, Wien, 2000, s. 209; **Siber**, Heinrich: *Naturalis Obligatio*, Verlag von Theodor Weicher, Leipzig, 1925, s. 1; **Zimmermann**, s. 9.

¹⁷⁹ Bakınız, başlık: “*Roma Hukukunda Obligatio Civilis ve Obligatio Naturalis Ayrımı*”.

için kullanılmaktaydı¹⁸⁰. Böylece aynı kavramın hangi anlama geldiğinin tespiti içeriğinde yer aldığı metnin bağlamından çıkartılmalıdır¹⁸¹.

Gaius'un *Institutiones*'inde *natura*, insanların kendiliğinden uymakla yükümlü olduğu bir güç olarak ifade edilmektedir¹⁸². *Ius Gentium*'dan *Ius Civile*'ye geçmiş olan *mutuum*, *emptio venditio*, *locatio conductio* gibi yaptırımı olan sözleşmeler ise *natura*'dan kaynaklanmakta, bunun sebebi ise bu akitlerin kendiliğinden oluşmaları ve her toplumda var olmalarıdır¹⁸³. Böylece bu türlü sözleşmelerden doğan borçlar da *obligatio naturalis* olarak ifade edilmiştir¹⁸⁴.

Roma hukukunda *Ius Gentium*'un doğuşu, yabancılar için özel bir *praetor*'luk makamının¹⁸⁵ oluşturulmasına dayanmaktadır¹⁸⁶. Bu makam faaliyetleri sonucunda yabancılar hukuku ya da kavimler hukuku olarak da adlandırılan *Ius Gentium* doğmuştur¹⁸⁷. *Ius Gentium*, *praetor peregrinus*'un beyanname ve yargısal faaliyetlerine dayansa da örf ve âdet şeklinde kendisini gösteren kuralların da etkisiyle, bu alanda

¹⁸⁰ **Buckland**, MRPL, s. 336; *Paulus*'a ait *D. 50.17.84.1*'de *Ius Gentium*'dan doğan borç ilişkileri için tabii olarak doğmuş, borçlanılmış olma (*natura debet*) düşüncesinin yer aldığı görülmektedir. Bkz. **Erdoğan**, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları, 2005, s. 22, dp. 50; **Honsell**, Heinrich: "Naturalis Obligatio", *Iuris Vincula – Studi in onore di Mario Talamanca*, Vol. 4, Napoli, 2001, s. 375.

¹⁸¹ **Voggenesperger**, René: *Der Begriff des "Ius naturale" im Römischen Recht*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1952, s. 50.

¹⁸² *Gaius*'un *Institutiones*'inde *natura*'nın diğer anlamı ise doğal hukukun kendi kendine var olduğu, insanlar vasıtasıyla oluşturulmamış olduğuydu. Bkz. **Landolt**, s. 206 – 207.

¹⁸³ *D. 45.1.126.2 (Paulus)*, *D. 4.5.8 (Gaius)*, *D. 46.3.95.4 (Papinian)*. Bkz. **Landolt**, s. 208 vd.

¹⁸⁴ **Demiray**, Eksik Borç, s. 27; **Landolt**, s. 208 vd.; *Obligatio naturalis*'in bu anlamıyla *natura debere* ile eş kavram olduğuna ilişkin bkz. **Siber**, *Naturalis Obligatio*, s. 1 vd.; **Voggenesperger**, s. 48 vd.

¹⁸⁵ **Lee**, s. 36 - 37; *Praetor Peregrinus*, M.Ö. 242 yılında, Romalılarla yabancılar ve yabancıların kendi aralarındaki uyuşmazlıkları gidermekle görevlendirilmiş *praetor*'luk makamıdır. Bkz. **Berger**, s. 647 – 648; **Umur**, *Lügat*, s. 168.

¹⁸⁶ **Emiroğlu**, Haluk: *Ius Gentium: Kavimler Hukuku*, Değişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 23.

¹⁸⁷ **Emiroğlu**, *Ius Gentium*, s. 23; **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 60.

çıkarılan kanunları da bünyesinde barındırmaktaydı¹⁸⁸. *Ius Civile*'nin aksine *Ius Gentium*, esnek, ileriye dönük ve toplum ihtiyaçlarına açık hukuk kurallarından oluşmaktaydı¹⁸⁹. Zaman içerisinde *Ius Gentium* bünyesinde yer alan kurallar *Ius Civile*'ye dahil edilmişti¹⁹⁰. M.S. 212 senesinde İmparator *Antonius Caracalla*'nın *Antoniniana* Emirnamesi ile tüm imparatorluk uyruklarına Roma vatandaşlığı tanınmış ve böylelikle de *Ius Gentium*, *Ius Civile*'ye katılarak hem Roma vatandaşlarına hem de yabancılara uygulanmaya başlanmıştı¹⁹¹.

Ius Gentium'un eşitlik, adalet ve ahlak kavramlarının insan doğasının bir sonucu olarak oluşan ve ideal düşünceyi ifade eden *Ius Naturale*'nin (doğal hukuk) içerisinde değerlendirilmesi özellikle Yunan felsefesi ile ilişkilendirilmektedir¹⁹². Bu hususta *Cicero* “gerçek hukuk, doğa ile uyumlu olan doğal akıldır” ifadesini kullanmıştır¹⁹³. Romalıların *Ius Naturale*'ye ilişkin yaklaşımlarının bir neticesi olarak değerlendirilen *Ius Gentium*, aynı zamanda *Ius Naturale*'ye felsefi bir zemin niteliğini taşımaktadır¹⁹⁴. *Ius Naturale* ile *Ius Gentium* arasındaki ilişki tarihsel dönemlerde farklılıklarla kendisini göstermiştir¹⁹⁵. Buna göre, *Ius Gentium* kavramı, doğal hukuktan ziyade evrensel hukuk

¹⁸⁸ *Ius Gentium*, yabancılarla kurulan hukuki ilişkilerin neticesinde ortaya çıkan ihtiyaçlar sebebiyle geliştirildiği için özellikle ticari hayatın gereksinimlerini karşılamak amaçlı kuralları kapsamaktaydı. Bkz. **Emiroğlu**, *Ius Gentium*, s. 23.

¹⁸⁹ **Emiroğlu**, *Ius Gentium*, s. 23; **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 60; **Thomas**, s. 63.

¹⁹⁰ **Emiroğlu**, *Ius Gentium*, s. 24; *Ius Civile*, hem *magistra* 'lar hukukunu (*Ius Honorarium*) hem de kavimler hukukunu (*Ius Gentium*) içermekte idi. Bkz. **Kaser**, Max: *Das Römische Privatrecht*, Erster Abschnitt, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971, s. 201; **van Warmelo**, Paul: *An Introduction to the Principles of Roman Civil Law*, Juta and Co., Johannesburg, 1976, s. 9.

¹⁹¹ **Emiroğlu**, *Ius Gentium*, s. 24; **Honsell**, *Römisches Recht*, s. 20; **Mitteis**, Ludwig: *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Verlag von Duncker und Humblot, Leipzig, 1908, s. 62.

¹⁹² **Buckland**, *MRPL*, s. 28; **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 60; **Lee**, s. 39.

¹⁹³ **Bix**, Brian: “The Natural Law Tradition: Natural Law Theory”, *A Companion to Philosophy and Legal Theory*, Oxford: Blackwell Publishers Ltd., New York, 1996, s. 9.

¹⁹⁴ **Honsell**, *Ius Naturale*'nin insanlar tarafından yaratılan hukukların aksine sonsuz ve değiştirilemez olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Honsell**, *Römisches Recht*, s. 21; **Nicholas**, Barry: *An Introduction to Roman Law*, Oxford University Press, New York, 2010, s. 55.

¹⁹⁵ **Buckland**, *Text Book*, s. 53; **Nicholas**, s. 55.

kavramına yakınlık göstermektedir¹⁹⁶. Romalılara göre bunun sebebi *Ius Gentium*'un akıl kuralları ile doğa kurallarının bir araya gelmesi suretiyle oluşturulmuş olmasıydı¹⁹⁷.

Ius Naturale anlayışı temeline dayanarak gelişim gösteren Antik Yunan ve Roma felsefesi, *Ius Naturale*'ye uygun olmayan kuralların meşru olmadığını, meşru kuralların ise geçerliliklerini insanın da bir parçasını teşkil ettiği doğanın evrensel yasalarından ve *ratio*'dan¹⁹⁸ aldığını kabul etmektedir¹⁹⁹. Bununla birlikte *ratio naturalis*, doğa kanunlarının tüm insanlar açısından evrensel ve geçerli sonuçlar meydana getirmesini sağlayan doğal aklı ifade etmektedir²⁰⁰. Günümüzde ise *ratio naturalis*, sağduyu sahibi ve hukuki mantığa sahip olabilen insan zihniyeti olarak açıklanmaktadır²⁰¹.

¹⁹⁶ **Buckland**, MRPL, s. 29; **Emiroğlu**, *Ius Gentium*, s. 25.

¹⁹⁷ Hukuk alanında da etkisini gösteren Orta Çağ Kilise ve Hristiyan öğretisi, M.S. 13. yüzyılda dönemin önemli teologlarından *St. Thomas Aquinas*'ın doğal hukuku dini bir temele dayandırması ile dikkat çekmektedir. *Aquinas*, *Ius Gentium*'u pozitif hukuk ile doğal hukuk çerçevesinde kıyaslamış ve *Ius Gentium*'u doğal hukuka yapılmış bir katkı olarak değerlendirmiştir. *Aquinas* bunun sebebini şöyle açıklamaktadır: Ona göre bir davranışın yasaklanmasının sebebi, o davranışı kanun koyucunun yasaklaması değil, davranışın doğal akla aykırı olmasından kaynaklanmaktadır. Tanrı'nın ilahi düzeninin doğal hukuka eş görülmesi, doğal hukuku pozitif hukuktan ayırmaktadır. Ancak *Ius Gentium* pozitif hukuk ile doğal hukuk arasında bir yerde olmakla birlikte doğal hukuka daha yakındır ve hatta doğal hukukun kapsamında değerlendirilmelidir. Katolik, Protestan ve Yahudi hukukçular da *Ius Gentium*'u, insan neslinden önce var olmuş ve insanlardaki adalet ve eşitlik duygusunun kaynağı olarak tüm hukuk düzenlerinde yer edinmiş, ilahi ve doğal hukukun ayrılmaz bir parçası olarak görmüşlerdir. Bkz. **Emiroğlu**, *Ius Gentium*, s. 25.

¹⁹⁸ *Ratio*, hukuk kurallarının temelini teşkil eden akli sebeptir. *Ratio naturalis* ya da *naturalis ratio* ise doğa kanunlarının insanlar arasında ortak olarak tespit ettiği kuralları ve tabii aklı ifade etmektedir. Bkz. **Berger**, s. 592, 667; **Umur**, Lügat, s. 179.

¹⁹⁹ **Lee**, s. 38; Karş. **Schwanert**, s. 21; **Thomas**, s. 64; **Uçaryılmaz**, Talya Şans: Bona Fides (Dürüstlük Kuralı), Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 39 - 40.

²⁰⁰ Karş. **Stein**, Peter: "The Development of the Notion of *Naturalis Ratio*", Daube Noster – Essays in Legal History for David Daube, edited by Alan Watson, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1974, s. 315; **Umur**, Lügat, s. 179.

²⁰¹ **Finnis**, John: Natural Law and Natural Rights, Oxford University Press, 2. Edition, New York, 2001, s. 194; **Kreller**, Hans: Römisches Recht, Grundlehren des Gemeinen Rechts – Romanistische Einführung in das Geltende Privatrecht, Springer – Verlag, Wien, 1950, s. 34; **Uçaryılmaz**, s. 45.

Teknik olarak *obligatio naturalis* teriminin ortaya çıkışı Romalı hukukçuların Yunan filozoflar ile etkileşimleri sonucunda gelişen ahlaki ve felsefi nedenlere dayanıyordu²⁰². Bununla birlikte temelinin *ratio naturalis* olduğu kabul edilen *obligatio naturalis*'in tüm insanlar açısından mevcut ve geçerli olması dolayısıyla *Ius Gentium*'dan kaynaklandığı ileri sürülmüştür²⁰³.

Obligatio naturalis; *Ius Civile*'nin sıkı şekilciliği, *natura* etkisindeki *Ius Gentium*'un *Ius Civile* ile olan ilişkisi ve *Proculianus* ile *Sabinianus* okullarının²⁰⁴ bu meseleye dair farklı görüşlerinden etkilenmiştir²⁰⁵. Özellikle bu okulların temelde hukukun kaynakları ile örf ve âdete verilen önem dolayısıyla birbirinden farklılaştığı görülmektedir²⁰⁶. Örneğin *Sabinianus* okulu örf âdet, geleneğe yönelirken, *Proculianus* okulu ise ahlak felsefesi ve *ratio naturalis* temelinde *bonum et aequum*'u yasal otorite olarak benimsemeyi uygun görmüştür²⁰⁷.

Yaptırımsız borç anlamındaki *obligatio naturalis* terimindeki *naturalis*'in de bir görüşe göre hem terimsel olarak hem de özü itibariyle *Ius Naturale*'den²⁰⁸ geldiği düşünülmektedir²⁰⁹. İdeale yakınlığı esas kabul eden *Ius Naturale* yani diğer bir deyişle

²⁰² **Emiroğlu**, *Ius Gentium*, s. 166; **Hägerström**, Axel: Der Römische Obligationsbegriff: Im Lichte Der Allgemeinen Römischen Rechtsanschauung I, Otto Harrassowitz, Leipzig, 1927, s. 598.

²⁰³ **Zimmermann**, s. 9 – 10.

²⁰⁴ *Proculianus* okulunun kurucusu *Labeo*, *bonum et aequum*'a (iyi ve adil) vurgu yaparken; kurucusu *Capito* olan *Sabinianus* okulu ise *natura*'ya geniş bir bakış açısıyla yaklaşmaktaydı. Bkz. **Landolt**, s. 178 vd.

²⁰⁵ **Demiray**, Eksik Borç, s. 25.

²⁰⁶ **Landolt**, s. 11.

²⁰⁷ *Sabinianus* okulu konunun özellikle ahlak felsefesiyle hiçbir ilgisi olmadığı gerekçesiyle bu görüşü reddetmektedir. Bkz. **Landolt**, s. 11 – 12.

²⁰⁸ **Nicholas**, s. 55; İdeal hukuk olarak kabul edilen ve yaratıcının eseri olarak da nitelendirilen *Ius Naturale*, bazı kesimce *Ius Gentium*'a eş görüldü. Bkz. **Jolowicz**, H. F.: Historical Introduction to the Study of Roman Law, Cambridge University Press, Great Britain, 1939, s. 103 – 104.

²⁰⁹ **Buckland**, MRPL, s. 336; Bir görüşe göre, *obligatio naturalis*'lerin *Ius Naturale*'den etkilendiği kabul edilse de edilmese de bu borçların İmparatorluk Dönemi'ne kadar hukuki önem taşıdığı söylenemez. Bkz. **Leage**, s. 314; **Schwanert**, s. 7 – 8; **Siber**, RP, s. 167; **Söğütü**, s. 381.

tabii hukuk, tüm insanların dünyaya özgür olarak geldiği ve bu sebeple de birbirlerine karşı yükümlülükler altına girebilecekleri özüne doğal olarak sahiptir²¹⁰. Ancak bu yükümlülükleri tanımayan hukuk *Ius Civile* idi²¹¹. Başta *praetor*²¹² olmak üzere *iurisdictio*²¹³ yetkisini haiz *magistra*’ların²¹⁴ tanıdığı davalar *actiones honorariae* olarak adlandırılmakta ve bu davaların tanındığı borç ilişkilerinden doğan borçlar ise tam borç niteliği taşımaktaydı²¹⁵.

Obligatio naturalis, *Ius Civile* tarafından yaptırımsız bırakılmış, özellikle köleler tarafından akdedilen sözleşmeler dolayısıyla ortaya çıkmış borçlara hukuki sonuçlar bağlama ihtiyacı doğmuş olması dolayısıyla söz konusu bu kavramı kullanan hukukçular tarafından geliştirilmiştir²¹⁶. Yaptırımdan yoksun olmasına rağmen *obligatio naturalis* borçlusu ve alacaklısı birbirlerine bir borç ilişkisi kapsamında bağlıdır²¹⁷. *Obligatio naturalis*’i dogmatik olarak ele alan²¹⁸ ilk hukukçunun ise *Iulianus* olduğu

²¹⁰ *Aristoteles*, insanlar tarafından oluşturulan hukukun devletlere has olduğunu, tabii hukukun ise evrensel olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Jolowicz**, H. F.: Historical Introduction to the Study of Roman Law, Spottiswoode, Ballantyne and Co. Ltd., Colchester, 1952, s. 103; **Nicholas**, s. 54; **Söğütü**, s. 381; **Thomas**, s. 64.

²¹¹ **Söğütü**, s. 381.

²¹² *Praetor*, *imperium* yetkisini haiz olan ve daha ziyade Roma şehrinde bulunan Romalılar arasındaki hukuki anlaşmazlıkları tetkik ederek hâkime gönderen bir *magistra*’dır. Zaman içerisinde ihtiyaçların karşılanabilmesi amacıyla *praetor*’luk sayısı arttırılmıştır. Bkz. **Berger**, s. 647; **Umur**, Lügat, s. 168.

²¹³ *Magistra*’nın yargı yetkisine genellikle *iurisdictio* denilmekteydi. Bkz. **Schulz**, s. 13.

²¹⁴ Latince *Magistratus* kelimesi, Roma’nın çeşitli dönemlerinde devletin önemli memurlarına verilen isimdir. Bkz. **Berger**, s. 571 – 572; **Umur**, Lügat, s. 131; *Magistra* ise hem görevli memuru hem de onun temsil ettiği makamı ifade etmektedir. Sadece adli işlerle ilgilenebilen hâkimlerin aksine *magistra*’lar devletin hem idari hem de adli işleriyle ilgilenebilirlerdi. Milattan önce 367 yılında *Licinia Sextia* kanunu ile sadece yargı işleriyle ilgilenebilmesi için oluşturulan *magistra* ise *praetor*’du. Bkz. **Kocaoğlu**, N. Kağan: “Roma Hukukunda Adli Teşkilatlanma”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2013/1, Yıl. 71, 2013, s. 191 - 195.

²¹⁵ **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 20; **Mousourakis**, s. 186.

²¹⁶ **Demiray**, Eksik Borç, s. 26.

²¹⁷ **Schulze**, s. 82.

²¹⁸ *Obligatio naturalis* terimi ilk olarak muhtemelen *Priscus Iavolenus* (M.S. 53 – 120) tarafından kullanıldı (*D. 35.1.40.3*). Öğrencisi *Iulianus* (M.S. 98 – 178) ise onu dogmatik olarak ele aldı ve geliştirdi. Bkz. **Schulze**, s. 59.

düşünülmektedir²¹⁹. Bu bağlamda *Iulianus*'a ait *Digesta*'da karşımıza çıkan bir metinde *obligatio naturalis*, yalnızca dava edilememesiyle değil, aynı zamanda ödenen paranın geri alınamaması ile de tanınmaktadır²²⁰. Böylece *Iulianus*, *obligatio naturalis*'e ait iki temel özelliği bir arada ifade etmiştir. Zira söz konusu bu borç hukuken geçerli bir borç olduğu için ifa edildiğinde geri istenebilmesi mümkün olmayacak²²¹, ifa edilmediği hâlde ise bu duruma karşı uygulanabilecek herhangi bir dava hakkı söz konusu olmayacaktır²²². İfa edilen borcun alacaklı tarafından muhafaza edilebilmesini ifade eden *soluti retentio*, önceleri sadece *obligatio naturalis*'lerde değil başka borçlar açısından da söz konusu olabilirken, *Iustinianus* Hukuku'nda bu sonucu doğuran borçlar genellikle *obligatio naturalis* olarak nitelendirilmeye başlanmıştır²²³. Böylece *obligatio naturalis* alacaklısı borcun bu niteliğinden ötürü ifa edilmiş edimi muhafaza edebilme yetkisine sahip olmaktadır. Roma hukukunda *obligatio naturalis*'e yönelik herhangi bir teori geliştirilmemişti; zira günümüzdeki anlamıyla kavramsal soyutlama yapma veya sözleşme ve tip özgürlükleri bilinmemekteydi. Hukuka, ahlaka aykırı olmayan, taraf iradelerine uygun ifalar, geçerli kabul edilmekte ve *causa praeteria* teşkil etmekteydi²²⁴.

²¹⁹ **Schwanert**, s. 3; Etkili bir hukukçu ve devlet insanı olan *Salvius Iulianus*, *praetor* beyannemesine nihai hâlini vermesi nedeniyle önemli bir yere sahiptir. Bkz. **Tellegen – Couprens**, Olga: A Short History of Roman Law, Routledge, London, 1990, s. 89; **Di Marzo**, s. 354, dp. 80; **Landolt**, s. 226.

²²⁰ *D. 46.1.16.4 (Iulianus)*: “*Naturales obligationes non eo solo aestimantur si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest...*” Benzer bir ifade *Ulpianus*'a ait bir metinde de yer almaktadır (*D. 44.7.10*). Bkz. **Balmer**, s. 5; **Honsell**, *Naturalis Obligatio*, s. 376.

²²¹ İfade istenememesinin ifa anlamına gelmeyeceği ve hukuki yükümlülüğe sahip olduğu sonucuna ulaşılamayacağı görüşü için bkz. **Heitz**, s. 50 vd.

²²² **Balmer**, s. 36 – 37.

²²³ *Obligatio naturalis* niteliğinde olmayıp ifa edilmeleri hâlinde *soluti retentio*'nun söz konusu olduğu durumlar için bkz. **Cornioley**, Pierre: *Naturalis Obligatio*, Essai Sur L'origine et L'évolution de la Notion en Droit Romain, Imprimerie du Journal de Genève, Genève, 1964, s. 255; **Di Marzo**, s. 355; **Schulze**, s. 72.

²²⁴ **Honsell**, *Naturalis Obligatio*, s. 377 – 378; **Schulze**, s. 74; *Causa praeteria*, hukuki işlemin yapılmasında uzak sebebi oluşturur. Örneğin alım satım sözleşmesi dolayısıyla malın teslim edilmesinin hukuki sebebinin *causa solvendi* teşkil ederken, uzak sebebi ise alım satım sözleşmesidir. Bkz. **Umur**, Lügat, s. 33.

Obligatio naturalis'lerin yaptırımdan yoksun bırakılmış olmaları, alacak hakkının doğmadığını ifade etmemektedir; zira borç varsa, alacak da var olmalıdır²²⁵. Belirtmek gerekir ki *obligatio naturalis*'lerin, alacaklının malvarlığında aktif, borçlunun malvarlığında ise pasif kısımda yer aldığı kabul edilmekteydi²²⁶.

1.6.3. Roma Hukukunda *Obligatio Naturalis* Olarak Nitelendirilen Bazı Borçlar

1.6.3.1. Genel Olarak

Öğretide Roma'da kabul edilen *obligatio naturalis* türlerinin bazı yazarlar tarafından, borcun doğumundan (başlangıçtan) itibaren ya da bu niteliği sonradan kazanmasına göre bir ayrım yapıldığı görülmektedir²²⁷. Her ne kadar bu ayrım günümüz hukuk sistemlerinde eksik borçların ele alınmasında kabul gören ayrımla birlik gösterse de Roma hukukunda *obligatio naturalis* olarak nitelendirilen hâller ile günümüz hukuk sistemlerinde eksik borç olarak nitelendirilen hâller arasında önemli farklılıklar söz konusudur. Günümüzde olduğu gibi Roma'da da bu borçların bir sistem oluşturduğu söylenemez. Toplumların kendi değerleri doğrultusunda bazı borçlar dava hakkından mahrum bırakılmak suretiyle bu nitelik tanınmaktadır²²⁸. Roma hukukundaki *obligatio naturalis* çeşitleri ile günümüz hukuk sistemlerinde öngörülen eksik borç hâlleri ve

²²⁵ **Balmer**, s. 7; **Zimmermann**'a göre dar anlamıyla *obligatio naturalis*, yaptırımsız olması dolayısıyla *obligatio* teşkil etmemekteydi. Ancak diğer taraftan *obligatio naturalis*'in önemsiz olduğu da söylenemezdi. Zira *obligatio*'nun yan sonuçlarına sahipti. Bu sebeple de geçersizlikleri söz konusu değildi. Bkz. **Zimmermann**, s. 7.

²²⁶ Terekenin hesabında ve *peculium*'un değerinin belirlenmesinde *obligatio naturalis*'in dikkate alınacağına ilişkin bkz. *D. 35.2.1.17 (Paulus)*, *D. 15.1.17 (Ulpianus)*. Mirasın geçişinde terekede yer alan *obligatio naturalis*'in de geçeceğine ilişkin bkz. *D. 36.1.66.pr. (Maecianus)*. Bkz. **Balmer**, s. 7, dp. 67, 74; **Windscheid**, Bernhard/ **Kipp**, Theodor: *Lehrbuch des Pandektens*, Zweiter Band, 9. Auflage, Verlag Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1906, s. 182.

²²⁷ **Emiroğlu**, Haluk: Roma Hukuku'nda Eksik Borç (*Obligatio Naturalis*) Olarak Doğan Eksik Borçlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 51, S. 4, Y. 2002, s. 74.

²²⁸ **Söğütü**, s. 293.

borçlara bu niteliğin atfedilmesinin gerekçeleri arasında önemli farklılıklar söz konusu olsa da geçmişten günümüze borcun niteliği ve temel özellikleri aynı kalmıştır²²⁹.

Roma hukukunda *obligatio naturalis* niteliğindeki borçların günümüz hukukundaki eksik borç çeşitlerine nazaran bariz ve üzerinde durulması gereken farklarından birisi, Roma hukukunda kişilerin hukuki ehliyetleri nedeniyle bazı borçlarına *obligatio naturalis* niteliğinin tanınmasıydı²³⁰. Bununla birlikte *obligatio naturalis* teşkil eden borçlar Roma’da sadece kişilerin ehliyetlerinden kaynaklanan durumlarla sınırlı değildi.

Roma Klasik Hukuk Dönemi’nde, *obligatio naturalis*’e ilişkin ifade edilen temel ilkelerden ayrılma, Klasik Sonrası Hukuk Dönemi ya da *Iustinianus* Hukuku ile birlikte gerçekleşmiştir. Zira bu dönemlerde, ahlaki yükümlülüklerden doğan borçlar da *obligatio naturalis* olarak nitelendirilmiş ve borç ilişkisinin hukuki olmaksızın, ahlaki bir ilişki olarak da vasıflandırılması söz konusu olmuştur²³¹. Bir başka deyişle bu dönemlerde *obligatio naturalis* kabul edilen hâllere ahlaki yükümlülüklerden doğan bazı borçlar da dahil edilmiş, böylece Klasik Hukuk Dönemi’nde esas kabul edilen ilkelerinden ayrılma söz konusu olmuştur²³². Kaynağı örf ve âdete ya da ahlaka dayanan, tabii borçlara yakın öyle bazı borçlar vardır ki bunlar “*tabii borç benzerleri*” olarak ifade edilmiş ve bunların da hata ile dahi olsa ifa edilmeleri hâlinde geri istenebilmeleri mümkün görülmemiştir²³³. *Siber*’e göre kaynağı örf âdet ya da ahlaka dayanan borçların ifası *soluti retentio* sağlamakta, ancak bu borçlara ilişkin aynı yahut şahsi teminat söz konusu olmamaktadır²³⁴. Buna ek olarak bu nitelikteki borçlar, teknik anlamda bir alacak hakkı vermemekte, nakledilebilme, takas edilebilme gibi

²²⁹ *Balmer*, bu hususta Roma hukukunun günümüze sirayet eden önemine vurgu yapmaktadır. Bkz. **Balmer**, s. 165.

²³⁰ **Schulze**, s. 637; **Schwanert**, s. 244.

²³¹ **Balmer**, s. 34; Söz konusu bu ayrılmanın Klasik Sonrası Hukuk Dönemi’nde olduğunu ifade eden yazarlar: **Kaser**, Max: Das Römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1975, s. 335; **Schulze**, s. 69; **Zimmermann**, s. 9.

²³² Hukuki ilişkinin yanında ahlaki nedenlerden kaynaklanan ilişkiler de kabul edilir olmuştur. Bkz. **Balmer**, s. 34; **Kaser**, DRP II, s. 335, **Schulze**, s. 69; **Zimmermann**, s. 9.

²³³ **Demiray**, Eksik Borç, s. 55; **Di Marzo**, s. 356.

²³⁴ **Siber**, RP, s. 168.

özelliklerden de mahrumdur²³⁵. Azat edilen kölenin efendisine karşı yükümlülükleri bu nitelikteki borçlara örnek olarak verilmektedir²³⁶.

Roma hukukunda *obligatio naturalis* olarak kabul gören borçlar, öğretide bazı kesim tarafından bu niteliğe doğuştan ya da sonradan sahip olmalarına göre bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur²³⁷. Örneğin²³⁸; kölelerin borçları, aile üyelerinin birbirlerine karşı olan borçları, *Senatus Consultum Macedonianum*'a aykırı olarak verilen ödünçler doğuştan (başlangıçtan itibaren) *obligatio naturalis* sayılmaktadır. Buna karşın örneğin zamanaşımına uğramış borçların, *capitis deminutio*'ya uğrayanların borçlarının, *litis contestatio*'nun etkisi hâllerinde ise borçların sonradan *obligatio naturalis* niteliğine sahip olduğu değerlendirilmektedir.

Roma'da bir kadının başkası lehine borç yüklenmesi ve *pactum de non petendo* hâlleri özellik arz eden durumları dolayısıyla bu başlık kapsamında ele alınmıştır. Roma hukuku kaynakları incelendiğinde başlangıçtan itibaren ya da sonradan *obligatio naturalis* ayrımının kanaatimizce bir sistem oluşturma amacının olmamasından olsa gerekir ki fazla dikkate alınmadığından *obligatio naturalis* olarak nitelendirilen borçlar bu başlık altında sıralı bir şekilde incelenecektir.

1.6.3.2. Kölelerin Borçları

Obligatio civilis ile *obligatio naturalis* ayrımı Klasik Hukuk Dönemi'nde ilk olarak kölelerin borçlarını ifade edebilmek amacıyla ortaya konulmuştur²³⁹. Özgür olmayan ve

²³⁵ Bu özellikler *obligatio naturalis*'lerin hukuki nitelikte olmaları dolayısıyla söz konusu olabilmektedir. Bkz. **Balmer**, s. 35.

²³⁶ **Balmer**, s. 34.

²³⁷ **Buz**, Ahmet Gökhun: Eksik Borçlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 12 vd.; **Demiray**, Eksik Borç, s. 33 vd.

²³⁸ Başlangıçtan ve sonradan eksik borç ayrımını esas alan bazı yazarlar: **Buz**, Eksik Borçlar, s. 12 vd.; **Demiray**, bazı borçların geçici nitelikte eksik borç teşkil ettiği görüşüne sahiptir. Bkz. **Demiray**, Eksik Borç, s. 33 vd.

²³⁹ *Gai. Ins. 3.119a, Ius. Ins. 3.20.1*. Bkz. **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 74 – 75, dp. 7; Roma'da en sık karşılaşılan *obligatio naturalis* çeşidinin kölelerin borçları olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Gradenwitz**, Otto: "Natur und Sklave bei der Naturalis Obligatio",

bununla birlikte Roma vatandaşı da kabul edilmeyen köleler²⁴⁰, *res mancipi*²⁴¹ sınıfında bir mal olarak görülmekte, dolayısıyla başta alım satım sözleşmesi gibi borç ilişkilerine konu oluşturabilmekteydi²⁴².

Kölelerin hukuki işlemlerinden doğan borçlarının *obligatio naturalis* olarak nitelendirilmesinin sebebi, borç ilişkisine giren kölelerin hak ehliyetine sahip olmamasından kaynaklanmaktadır²⁴³. Hak ehliyetinden mahrum olan ve *Ius Civile* tarafından kendisine aktif ve pasif dava ehliyeti tanınmamış olması dolayısıyla kölelerin hukuki işlemleri neticesinde doğan borçları *obligatio naturalis* olarak nitelendirilmekteydi²⁴⁴.

Festgabe der Juristischen Fakultät zu Königsberg für ihren Senior Johann Theodor Schirmer, Hartungsche Verlagsdruckerei, Königsberg, 1900, s. 177.

²⁴⁰ *Gai. Ins. 1.52*: “*In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est, nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae ve necisque potestatem esse...*” *Gaius*’a ait metinde, efendilerinin köleleri üzerinde *Ius Gentium*’dan kaynaklanan bir hâkimiyetlerinin olduğu ve bu hâkimiyetin kölelerin ölüm ve hayat haklarını da kapsadığı ifade edilmektedir. Bununla birlikte tabiat gereği tüm insanların eşit olduğuna ilişkin *Digesta*’da yer alan bir metin de dikkat çekmektedir (*D. 50.17.32 (Ulpianus)*): “*Quod attinet ad Ius Civile, servi pro nullis habentur; non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.*” Metinde kölelerin *Ius Civile*’ye göre bir hiç olarak kabul edilmesine rağmen tabii hukuk bakımından bütün insanların birbirine eşit olduğu açıkça ifade edilmektedir. Ancak bu fikirler, düşünce dünyasından çıkarak hukuki zeminde yer edinememiş, köleler ile özgür insanlar arasında hukuki nitelikte önemli ayrımlar yapılmıştır. Bkz. **Tahiroğlu, Bülent/ Erdoğan, Belgin**: Roma Hukuku Meseleleri, Der Yayınları, İstanbul, 2003, s. 16 - 17.

²⁴¹ Bu sebeple, *mancipi, servi* ya da en basit tabirle *homines* olarak da adlandırılmaktaydılar. Bkz. **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 146; Kölelerin hem insan hem mal olduğu yönünde yapılan değerlendirme için bkz. **Lee**, s. 49; Kölelerin akıllı hayvanlara benzetilmesine ilişkin bkz. **Roby**, Henry John: Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines, Volume I, Cambridge University Press, London, 1902, s. 19.

²⁴² **Emiroğlu, Obligatio Naturalis**, s. 75; **Tahiroğlu/ Erdoğan, Meseleler**, s. 16; Kölelerin mülkiyetine *mancipatio* ile sahip olunabilmekteydi. Bkz. **Tamer**, Diler: Roma Hukuku, Cilt I, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 95.

²⁴³ *D. 12.6.13.pr. (Paulus)*: “*Naturaliter etiam servus obligatur...*”, *D. 44.7.14 (Ulpianus)*: “*...ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant...*” Her iki metinde de kölenin borç altına girmesi durumunda borcun niteliğinin *obligatio naturalis* olmasından bahsetmektedir. Bkz. **Balmer**, s. 10; **Buckland**, MRPL, s. 39; **Rabel**, s. 92; **Schwanert**, s. 244; **Siber**, Naturalis Obligatio, s. 17; **Söğütü, s. 381 - 382.**

²⁴⁴ *D. 50.17.107 (Gaius)*: “*Cum servo nullu actio est.*” İlgili metin, köleye karşı açılacak hiçbir davanın olmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Emiroğlu, Obligatio Naturalis**, s. 76;

Roma’da köleler mal olarak nitelendirilse de başka bir açıdan kendi iradeleriyle hareket edebilen insanlardı, bu sebeple de eğer şartlarını taşıyorlarsa fiil ehliyetine sahip olup hukuki işlem yapabilir, haksız fiil işleyebilirlerdi²⁴⁵. Ancak kölelerin haklara sahip olması mümkün olmadığından hukuki işlemleriyle hak kazanabilmeleri de mümkün değildi. Köleler bu tür bir işlem ile ancak efendileri için bir iktisapta bulunabilirdi²⁴⁶. *Ius Civile*’ye göre köleler hukuki işlem ile efendileri için iktisapta bulunabilse de yaptıkları hukuki işlemlerle efendilerini borç altına sokamazlardı²⁴⁷. Ancak zamanla Roma’da ekonomi tarımdan ticarete doğru yönelince ihtiyaçlar doğrultusunda *praetor*’lar *peculium*²⁴⁸ kavramını kabul etti²⁴⁹. Hukuken *peculium*, aile babalarının ya da efendilerin, aile evlatlarına veya kölelere işletmek ve yönetmek için verdikleri mamelektir²⁵⁰. Yasal olarak *peculium*’un sahibi köleler değildir; ancak fiilen (*de facto*) *peculium* olarak verilen şey kimin hâkimiyetindeyse o kişinin mameleki olduğu kabul

Gamauf, Richard: Handbuch des Römischen Privatrechts: Band I, §§ 1 – 58, Hrsg. Babusiaux, Ulrike/ Baldus, Christian/ Ernst, Wolfgang/ Meissel, Franz - Stefan/ Platschek, Johannes/ Rübner, Thomas, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023, s. 943; **Leage**, s. 69; **Lee**, s. 285; **Pernice**, Alfred: Römisches Privatrecht im Ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, 3. Band, 1. Abteilung, Max Niemeyer, Halle, 1892, s. 257; **van Zyl**, Deon Hurtel: History and Principles of Roman Private Law, Butter Worth Publishers Ltd., England, 1983, s. 251.

²⁴⁵ **Koschaker/ Ayiter**, s. 76; **Tamer**, s. 76 – 77.

²⁴⁶ **Borkowski/ Plessis**, s. 96; **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 148; Roma hukukunda doğrudan temsil kurumu kabul edilmemekle birlikte, köleler doğrudan temsil ilişkisindeki temsilciye benzer bir konumda yer almaktaydı. Kölelerin efendileriyle ilişkileri hâkimiyet esasına dayanmaktaydı. Böylelikle bu durum için temsilcinin iradesinden bağımsız olarak kurulan bir ilişki yorumu yapılabilmektedir. Bkz. **Koschaker/ Ayiter**, s. 76 – 77; **Thomas**, s. 395; **Watson**, Alan: Roman Law and Comparative Law, University of Georgia Press, Georgia, 1991, s. 39.

²⁴⁷ **Buckland**, William Warren: The Roman Law of Slavery – The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Julian, Cambridge University Press, London, 1908, s. 165; Özgür olmayan bir kimsenin temsili ancak iktisaplar için söz konusu olabilmekteydi, taahhütler ya da temlikler açısından geçerliliği bulunmamaktaydı. Bkz. **Koschaker/ Ayiter**, s. 77; **Watson**, RLCL, s. 40.

²⁴⁸ *Peculium*, az miktarda para ya da küçük mamelek anlamına gelmektedir. Bkz. **Karadeniz**, Özcan: “Roma Hukukunda *Peculium* Müessesesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 3, Y. 1968, s. 179.

²⁴⁹ **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 76; Kölelerin ticari işlemlerde işlevsel hâle gelmesini sağlamak amaçlanmaktaydı. Bkz. **Schulze**, s. 637.

²⁵⁰ **Buckland**, Institutions, s. 44; *Peculium*, bağımsız olarak yönetilebilen ve gelirlerinden faydalanılabilen malvarlığı olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 420; **Roby**, Henry John: Roman Private Law in the Times of Cicero and the Antonines, Volume II, Cambridge University Press, London, 1902, s. 238.

edilmekteydi²⁵¹. Yine de kölelerin hak ehliyetlerinin olmaması dolayısıyla *peculium*'un efendilerine ait olduğunu²⁵², kölelerin ise bu sermayeyi işletme ve bunun için gerekli hukuki işlemleri yapma yetkisini haiz olduğunu ifade etmek gerekmektedir²⁵³. Söz konusu bu hukuki işlemlerden edinilen haklar efendilere aitti; ancak borçlardan efendiler sorumlu tutulamıyordu²⁵⁴. Bu durumun hak ve adalete aykırı görülmesi neticesinde *praetor*, efendi aleyhine açılacak bir dava hakkı tanımış ancak sorumluluk, *peculium*'un parasal değerini geçemeyecek şekilde sınırlandırmıştı²⁵⁵. Bu demek oluyor ki borcun *peculium*'u aşan kısmı yine *obligatio naturalis* olarak varlığını sürdürmekteydi²⁵⁶.

Praetor tarafından efendi aleyhine hakkaniyet gereği açılacak bu tür davalar “*ek nitelikte davalar*” (*actiones adiecticiae qualitatis*) olarak adlandırılmış²⁵⁷ ve hukuki işlemleri neticesinde *obligatio naturalis* borcu altına giren kölelerin hukuken borçlu olmayan efendilerinin aleyhlerine dava açılarak alacaklıların hak arama yolları açılmıştı²⁵⁸. Bir diğer deyişle, *Ius Civile* tarafından borçlu olarak nitelendirilmeyen

²⁵¹ **Karaaslan**, Muzaffer: “*Peculium*’un Roma Ekonomik Hayatındaki Rolü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı 2017, s. 2259; **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 420; Halk arasında *peculium*’un sahibinin köle olduğu düşünülürdü. Bkz. **van Zyl**, s. 83.

²⁵² **Borkowski/ Plessis**, s. 97; **Karadeniz**, s. 183.

²⁵³ **Karadeniz**, s. 183; **Karadeniz Çelebican**: Özcan: Roma Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 137; **Watson**, RLCL, s. 40.

²⁵⁴ **Karadeniz**, s. 180 – 181.

²⁵⁵ **Buckland**, MRPL, s. 37; **Buckland**, Slavery, s. 208; **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 357; **Roby**, Vol. II, s. 239; **Thomas**, s. 396; **von Savigny**, Friedrich Carl: Das Obligationenrecht als Teil des heutigen Römischen Rechts, Zweiter Band, Bei Veit und Comp., 1853, s. 28; **Watson**, RLCL, s. 40.

²⁵⁶ **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 76; **Karadeniz**, s. 186 vd.; **Koschaker/ Ayiter**, s. 277.

²⁵⁷ *Actiones adiecticiae qualitatis* aile evlatları, köleler ve nadiren özgür kimseler tarafından gerçekleştirilen bazı hukuki işlemlerden meydana gelen borçlardan dolayı, aile babasını veya efendileri sorumlu tutan davaların tamamına *Glossator*’lar tarafından verilen isimdi. Bkz. **Berger**, s. 600 – 601; **Umur**, Lügat, s. 13.

²⁵⁸ **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 355 – 356.

efendiler, kölelerin *obligatio naturalis*'leri için belirli durumlarda dava edilebilir hâle gelmişti²⁵⁹.

Kölelerin borçları, azat edilmelerinden sonra kendileri veya üçüncü kişilerce geçerli bir biçimde ifa edilebilirdi²⁶⁰. Ancak alacaklı kimsenin azat edilmiş olsa dahi kölelere karşı sahip olduğu bir *actio* bulunmamaktaydı²⁶¹.

Kölenin hâkimi olduğuna göre efendinin, köleye varsayımsal bir borcu nedeniyle dava açma ihtiyacının olmayacağı açıktır. Ancak yine de hâkimiyet ilişkisi dolayısıyla böyle bir borcun da *obligatio naturalis* niteliğinde olacağı kabul edilmekteydi²⁶². Efendinin kendisi ölünce kölesinin azat edilmesine ve ona belirli miktarda para bırakılmasına vasiyet etmesi *natura deberi* olarak nitelendirilmiştir²⁶³. Kölelerin efendilerine karşı

²⁵⁹ **Karadeniz Çelebican**, s. 137; **Thomas**, s. 396.

²⁶⁰ *D. 12.6.13.pr. (Paulus): "Naturaliter etiam servus obligatur: et ideo si quis nomine eius solvat, vel ipse manumissus, repeti non poterit; et ob id et fideiussor pro servo acceptus tenetur et pignus pro eo datum tenebitur"* Paulus'a ait metinde kölenin *obligatio naturalis* olarak borçlandığını ve eğer bir kimsenin onun adına yahut azat edilmesinden sonra borcunu ödediğinde, ödenenin geri istenemeyeceği bu sebeple de borç için gösterilen kefaletin yahut rehnin geçerli olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Tahiroğlu/ Erdoğan**, Meseleler, s. 30, dp. 55.

²⁶¹ **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 76; **Rado**, s. 20.

²⁶² **Balmer**, s. 22; *D. 12.6.64 (Tryphonus): "Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum: ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in conductione naturaliter intellegenda est."* Tryphonus'a ait metinde efendinin kölesine bir borcu olduğu varsayılmış ve köle azat edildikten sonra bu borcun ifa edildiği ifade edilmiştir. Böyle bir hâlde sonradan ödenen borcun iadesinin *obligatio naturalis* olması dolayısıyla talep edilemeyeceği, özgürlüğün doğal hukuka ait bir durum olduğu ve *Ius Gentium* gereği bunun herkes için geçerli olduğu belirtilmiştir. Bkz. **Emiroğlu**, *Ius Gentium*, s. 77.

²⁶³ *D. 35.1.40.3 (Iavolenus): "Dominus servo aureos quinque eius (rationis) legaverat: "heres meus sticho servo meo, quem testamento liberum esse iussi, aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato". nihil servo legatum esse namusa servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset: ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum esse, et eo iure utimur."* "Bir efendi kölesine beş altın verilmesini şu şekilde vasiyet etti: Mirasçılarımın kölem Stichus'a vasiyetimde belirttiğim gibi özgürlüğünü ve hesabımdan beş altın vermelerini istiyorum. Namusa bunu Servius'a bildirince, kendisi köle için vasiyetle bir şey bırakamayacağını, çünkü efendinin kölesine borçlu olamayacağı şeklindeki görüşünü bildiriyor. Bence katı kurallara değil, doğaya, miras bırakanın arzusuna bakmalıyız ve bizim uyduğumuz hukuk budur." Bkz. **Emiroğlu**, *Ius Gentium*, s. 171. Metinde efendinin vasiyetini öğrenen Servius, efendinin köleye borçlu

borç altına girmeleri mümkündür; ancak bu borçları da diğer kimselere olan borçları gibi *obligatio naturalis* teşkil etmekteydi²⁶⁴.

Kölelerin yapmış oldukları hukuki işlemlerden meydana gelen borçları *obligatio naturalis* teşkil etse de haksız fiillerinden doğan borçları hukuki işlemlerden doğan borçlarının aksine *obligatio naturalis* değil; aksine tam borç niteliğini haizdi²⁶⁵. Başka bir ifade ile böyle bir hâlde dava açılabilmesi mümkündür. Ancak haksız fiilden zarar gören kimsenin köleye dava açabilmesi için kölenin önce azat edilmesi gerekirdi²⁶⁶. Fakat efendinin köle üzerindeki hâkimiyet hakkı dolayısıyla kölenin hiçbir zaman azat edilmemesi ihtimalinde zarar gören kişinin hakkı engelle karşılaşıyordu. Bu sebeple haksız fiilden zarar görenin fiili işleyen kölenin efendisine açabileceği bir dava²⁶⁷ kabul edilmişti²⁶⁸.

1.6.3.3. Aile Üyelerinin Birbirlerine Karşı Borçları

Roma vatandaşları olarak aile evlatlarının *Ius Civile*'ye göre eğer şartlarını taşıyorsa hukuki işlem ve haksız fiil ehliyetleri bulunmaktaydı²⁶⁹. Ancak Roma ailesinde sadece

olamayacağını belirterek vasiyetin geçerli olmadığını ileri sürmektedir. Durumu değerlendiren *Iavolenus* ise katı kurallardan sıyrılarak, doğaya bakılmasının ve mirasbırakanın son arzusunun dikkate alınmasının gerektiğini bir hak olarak belirtiyor. Ona göre efendi bir borcun doğmasını istemiştir. *Servius*'a göre, efendinin köleye olan borcu hukukten kabul göremezken, *Iavolenus*, *Ius Civile* hükümlerinden bağımsız olarak bu borcun doğacağını savunmuştur. Bkz. **Emiroğlu**, *Ius Gentium*, s. 170 - 171; **Gradenwitz**, s. 162 - 163; **Waldstein**, Wolfgang: "Natura debere, ius gentium und natura aequum im klassischen römischen Recht", *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, 52, 2007 - 2008, s. 449.

²⁶⁴ *Gai. Ins. 3. 119a*. Bkz. **Balmer**, s. 20, 21; **Emiroğlu**, *Ius Gentium*, s. 173.

²⁶⁵ **Karadeniz Çelebican**, s. 138; **Roby**, Vol. II, s. 258; **Siber**, *Naturalis Obligatio*, s. 36; **Tahiroğlu/ Erdoğmuş**, *Meseleler*, s. 32.

²⁶⁶ **Karadeniz Çelebican**, s. 138; **Siber**, *Naturalis Obligatio*, s. 36.

²⁶⁷ **Buckland**, *MRPL*, s. 38; **Borkowski/ Plessis**, s. 96; **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 148; **Lee**, s. 49; *Actio noxalis*, haksız fiil neticesinde hükmedilen paranın ödenmesini yahut para kölenin ederinden fazla ise efendisinin köleyi suçtan zarar gören kişiye teslim etmek suretiyle sorumluluktan kurtulması imkânını tanıyan bir davaydı. Bkz. **Berger**, s. 600 - 601; **Umur**, *Lügat*, s. 15.

²⁶⁸ **Karadeniz Çelebican**, s. 138; **Mousourakis**, s. 270; **van Zyl**, s. 82.

²⁶⁹ **Koschaker/ Ayiter**, s. 86.

pater familias hak kazanmaya yetkili olduğundan ve aile evlatlarının hak ehliyetlerinin bulunmaması dolayısıyla hak sahibi olabilmeleri mümkün değildi²⁷⁰. Aile evlatlarının *inter vivos* yahut *mortis causa*²⁷¹ ile kazandıkları haklar, aile içindeki hak ehliyetinin tek sahibi kabul edilen aile babasının (*pater familias*) olmaktadır²⁷². Aile evlatlarının kendilerini borç altına sokan hukuki işlemler yapabilmeleri mümkündü ve bu işlemler de *obligatio civilis* niteliğinde olmaktadır²⁷³. Ancak her ne kadar aile evlatları kendilerini borç altına sokan işlemleri yapabilseler de hak ehliyetlerinin bulunmaması dolayısıyla kendilerine karşı açılan bir davada *pater familias* hayatta olduğu sürece alacaklının alacağını elde edebilmesi mümkün olmamaktaydı²⁷⁴. Aile evladı *peculium* sahibi olduğunda borcun tamamından, *pater familias* açısından ise *peculium* miktarınca sorumluluğunun doğması söz konusu olabilirdi²⁷⁵. *Peculium* müessesesi tarihi süreçte köleler açısından fazla bir değişiklik göstermemiş olsa da aile evlatları açısından sürekli gelişim göstermiş, zamanla aile evlatlarının mamelek ehliyeti kazanmalarına sebep olmuş ve böylelikle aile mamelekinin parçalanması sonucunu doğurmuştur²⁷⁶.

Malvarlığı sadece *pater familias*'a ait olduğundan, *pater familias* ile aile evladı yahut aile evlatları kendi aralarında birbirlerine karşı borç altına girdiklerinde *obligatio naturalis* meydana geldiğinden birbirlerine karşı açabilecekleri dava hakları bulunmamaktaydı²⁷⁷. *Pomponius, Digesta*'da yer alan bir metninde aile evladının *patria potestas*'a tabi olduğu müddetçe babası aleyhine dava açamayacağını ifade etmiştir²⁷⁸.

²⁷⁰ **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 77.

²⁷¹ *Inter vivos*, sağlararası hukuki işlem, *mortis causa* ise ölüme bağlı tasarruf anlamına gelmekteydi. Bkz. **Berger**, s. 506, 588; **Umur**, Lügat, s. 95, 138.

²⁷² **Schulz**, Fritz: "Auctoritas", Çev.: Havva Karagöz, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 4, Y. 1997, s. 342.

²⁷³ **Buckland**, MRPL, s. 336; **Leage**, s. 125; **Roby**, Vol. II, s. 244; **von Savigny**, Das Obligationenrecht I, s. 61.

²⁷⁴ **Balmer**, s. 14; **Koschaker/ Ayiter**, s. 87; **Rado**, s. 20.

²⁷⁵ *D. 15.1.44 (Ulpianus)*. Bkz. **Balmer**, s. 15; **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 77; **Roby**, Vol. II, s. 244; **von Savigny**, Das Obligationenrecht II, s. 28 – 29; **Schulz**, s. 156.

²⁷⁶ **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 291; **Karadeniz**, s. 182.

²⁷⁷ **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 77; **Rado**, s. 20; **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 36 – 37; **Zimmermann**, s. 7.

²⁷⁸ *D. 44.7.7 (Pomponius)*, karş. *Gai. Ins. 4. 47*. Bkz. **Balmer**, s. 23 – 24.

Bununla birlikte *Digesta*'da *Africanus*'a ait bazı metinlerde aile babasının durumu da ele alınmıştır. Buna göre, *pater familias* aile evladına borçlanmışsa, aile evladı egemenlikten kurtulduğunda ödenenin geri istenebilmesi mümkün olmayacak, aile evladı *pater familias*'a borçlanıp, egemenlikten kurtulduğunda da aynı durumdan bahsedilecek, zira bu hâllerde bir *obligatio naturalis* hâli söz konusu olmaktadır²⁷⁹.

Aile evlatlarının haksız fiillerinden doğan borçlar ise *obligatio naturalis* niteliğinde olmayıp tam borç olarak kabul edilmekteydi²⁸⁰. Roma'da efendilerin kölelerin haksız fiillerinden doğan sorumluluğundaki düzenlemeye paralel olarak aile babalarının aile evlatlarının haksız fiilleri neticesinde doğan sorumluluğu “*noxal sorumluluk*” olarak adlandırılmaktaydı²⁸¹.

1.6.3.4. *Senatus Consultum Macedonianum*'a Aykırı Olarak Verilen Ödünçler

Roma'da İlk İmparatorluk Dönemi'nde aile evlatlarına ödünç para (*mutuum*) verilmesine engel olan ve verilmesi hâlinde ise aile evlatlarının bu borcu yerine getirmesi zorunluluğunu ortadan kaldıran *senatus* kararı, *Senatus Consultum Macedonianum* olarak adlandırılmaktaydı²⁸².

İmparator *Vespasianus* Dönemi'nde çıkarılan *Senatus Consultum Macedonianum* tarafından korunan aile evladına karşı alacaklının açacağı davanın kabul edilmeyeceği

²⁷⁹ D. 12.6.38.1 (*Africanus*) ve D. 12.6.38.2 (*Africanus*). Bkz. **Balmer**, s. 24.

²⁸⁰ **Karadeniz Çelebican**, s. 165; **Roby**, Vol. II, s. 258.

²⁸¹ *Iustinianus* Dönemi'nde haksız fiili gerçekleştiren aile evlatlarının kölelik kurumunda olduğu şekilde haksız fiilden zarar görene bırakılabilmesi imkânının ortadan kalktığı kaynaklardan anlaşılmaktadır. Zira *Iustinianus* zamanında aile evlatları hak ehliyetine sahip olabilmiş bu sebeple dava edilerek mahkûm olmaları hâlinde para cezası ödeyebilmeleri mümkün olmuştur. Bkz. **Karadeniz Çelebican**, s. 166; **Mousourakis**, s. 270; **Thomas**, s. 381.

²⁸² **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 78; *Senatus* kararları halka değil *magistra*'lara yöneliktir. Zira bu kararların muhatabı onlardır ve tavsiyeler de yine onlara yöneliktir. Bu tavsiyeler önemli üyeler tarafından yapıldığı için *magistra* bunlara uygun davranırdı. Halk meclisi kanunlarında olduğu şekilde *senatus* kararları da sosyal meselelerin çözülmesi amacıyla çıkarılmaktaydı. Bkz. **Erdoğan**, Belgin: Roma Hukuku (Tarihi Giriş - Hukuk Tarihi - Genel Kavramlar), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 60; **Honsell**, *Römisches Recht*, s. 119; **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 221; **Roby**, Vol. II, s. 267.

Iustinianus'un *Institutiones*'inde ayrıntılı şekilde ele alınmıştır²⁸³. Böylece aile evlatlarına ödünç para verilmesi hâlinde alacaklıların alacaklarını elde etmeye yönelik girişimlerinin önü kapatılmıştır. *Senatus* kararıyla dava yolunun kapatılmasının amacının, aile evlatlarına ödünç para verilmesi hususunda bir caydırıcılık oluşturmak olduğu anlaşılmaktadır²⁸⁴.

Senatus kararı, aile evlatlarına ödünç para verilmesini yasaklamakla birlikte aynı zamanda, bir defî hakkı da tanımaktaydı²⁸⁵. *Senatus* kararının ödünç para verilmesini yasaklaması, kararın ihlali hâlinde hükümsüzlük sonucunu doğurmamakta, bu hâllerde *praetor* ya davayı reddetmekteydi ya da ifade edildiği üzere aile evladına bir defî hakkı

²⁸³ *Ius. Ins. 4.7.7: "Illud proprie servatur in eorum persona, quod senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis qui in parentis erunt potestate: et ei qui crediderit denegatur actio, tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem neptemve, sive adhuc in potestate sunt, sive morte parentis vel emancipatione suae potestatis esse coeperint, quam adversus patrem avumve, sive habeat eos adhuc in potestate sive emancipaverit. quae ideo senatus prospexit, quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumeabant, vitae parentum insidiabantur."* *Iustinianus*'a ait metinde baba egemenliği altında bulunan ve *Senatus Consultum Macedonianum* tarafından kendilerine para ödünç verilmesi yasaklanan kimselere ödünç verilmiş ise hiçbir şekilde yani egemenlik altında olsalar da olmasalar da ya da baba ölse veya *emancipatio* ile egemenlikten çıkmış olsa bile kız, erkek aile evladı yahut toruna karşı dava hakkı verilmediği, bununla birlikte aile evlatları egemenlik altında bulunsalar ya da egemenlik altından çıkarılsa da aile babasına yahut büyük babaya karşı da dava açma hakkının verilmediği ifade edilmektedir. Aile evlatları aldıkları ödünç paraları harcayarak yüklendikleri borçlar yüzünden babaların yaşamlarını tehlike altına sokmaları nedeniyle bu karar alınmıştır. Bkz. **Balmer**, s. 16; Metin ve çeviri için bkz. **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 78 – 79; **Roby**, Vol. II, s. 268.

²⁸⁴ *D. 14.6.1.pr. (Ulpianus): "Verba senatus consulti macedoniani haec sunt: "cum inter ceteras sceleris causas macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri."* *Ulpianus*'a ait metinde *Macedo*'nun, insan doğasında bulunan kendisini suç işlemeye azmettiren sebepler içerisinde para borcunu da gösterdiği ifade edilmektedir. Söz konusu metinde karakteri suç işlemeye meyilli olan kimselere ödünç para verenlerin onları suça teşvik ettiği belirtilmektedir. Bundan dolayı bir aile evladına ödünç olarak bir miktar para verildiğinde, aile evladının hâkimiyeti altında bulunduğu babası ölmüş olsa bile dava hakkı verilmeyeceği, böylelikle aile evladına yüksek faizle borç verenlerin bu borcun babanın ölümüyle de düzelmeyeceğini bilmeleri gerektiği ifade edilmektedir. Çeviri için bkz. **Tahiroğlu/ Erdoğmuş**, *Meseleler*, s. 144 - 145.

²⁸⁵ **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 221; **Leage**, s. 325; **Weiss**, s. 267.

tanımaktaydı²⁸⁶. Alacaklı dava açtığında *praetor* davayı reddetmekte, ancak *praetor* bir sebeple davanın açılmasına imkân vermişse, aile evladı hak ehliyetine sahip olduktan sonra bile bu defiyi ileri sürebilmekteydi²⁸⁷. Aile evladı *sui iuris*²⁸⁸ durumuna geldikten sonra borcunu ifa etmişse, söz konusu bu ifa geçerli olacağından sebepsiz zenginleşme (*condictio indebiti*) ile geri istenemezdi ve alacaklı edimi muhafaza edebilirdi (*soluti retentio*)²⁸⁹. Bu sebeplerle de verilen ödünçlerden bir *obligatio naturalis* doğduğu yönünde bazı metinlere ve değerlendirmelere rastlanabilmektedir²⁹⁰. Ancak aile evladı *sui iuris* olmadan, kendisine ait malvarlığı olmadığından bu durumdayken borcu ifa ettiğinde paranın mülkiyeti alacaklıya geçmeyeceğinden *pater familias*'ın alacaklıya karşı istihkak davası (*rei vindicatio*) açması söz konusu olabilirdi²⁹¹. Ayrıca aile evladı karara aykırı olarak borcu ödediğinde, aile babasının ölümüyle onun mirasçısı olarak ödediğini iade talep ederse ona karşı ileri sürülebilecek bir defi hakkı (*exceptio doli generalis*) bulunmaktaydı²⁹².

²⁸⁶ Dava *pater familias*'a yöneltilmişse, *pater familias* da defi ileri sürme hakkına sahip olmaktadır. Bkz. **Balmer**, s. 17 - 18.

²⁸⁷ **Rado**, s. 54; **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 164.

²⁸⁸ Roma'da *sui iuris*, bir aile babasının egemenliği altında bulunmayan, hak sahibi olabilen, kendi adına iktisapta bulunabilen kimse olarak tanımlanabilir. Bkz. **Berger**, s. 723; **Umur**, Lügat, s. 206.

²⁸⁹ **Rado**, s. 54.

²⁹⁰ *D. 14.6.10 (Paulus)*. Bkz. **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 79; **Kipp**, s. 255; **Landolt**, s. 215; **Rado**, s. 54; Karş. **Siber**, *Naturalis Obligatio*, s. 52 vd.; **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 164.

²⁹¹ *D. 12.1.14 (Ulpianus)*. Aile evladının borcunu aile babası hayattayken üçüncü bir kişiden aldığı bağışla ödemesi durumunda, eğer ki bağış borcun ödenmesi maksadıyla yapılmışsa, borç bağış yapan tarafından ödenmiş sayılmaktaydı. Zira *obligatio naturalis* başka bir kimse tarafından yerine getirilebilirdi. Ancak bağış bu amaçla yapılmadığında bağış konusu aile babasının malvarlığına dahil olacağından, aile babasının ödenen miktarı geri isteyebilmesi mümkündü. Bkz. **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 79 - 80.

²⁹² *D. 12.6.26.9 (Ulpianus)*: “*Filius familias contra macedonianum mutuatus si solverit et patri suo heres effectus velit vindicare nummos, exceptione summovebitur a vindicatione nummorum.*” *Ulpianus*'a ait metinde *Senatus Consultum Macedonianum*'a aykırı şekilde aldığı ödünçü ödeyen aile evladının aile babası öldüğünde mirasçısı olarak parayı geri almak istemesi hâlinde istihkak iddiasına karşı ileri sürülebilecek bir definin dermeyeran edilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 80.

Aile evladı *sui iuris* hâle gelmiş ve sonradan para borcu sebebiyle borçlu olduğunu kendisi açık yahut örtülü bir şekilde bildirmişse, *Senatus Consultum Macedonianum*'un korumasından yararlanması mümkün olamazdı²⁹³.

1.6.3.5. Küçüğün Vasisinin *Auctoritas*'ı Olmaksızın Yüklendiği Borçlar

Roma'da sonraki dönemlerde tartışmalı olsa da küçüğün, vasisinin *auctoritas*'ı²⁹⁴ olmadan yüklendiği borçların da *obligatio naturalis* niteliğinde olduğu kabul edilir olmuştur²⁹⁵.

Roma'da reşit olma yaşının ne olması gerektiği konusunda, *Proculianus* ve *Sabinianus* okullarında farklı görüşler benimsenmekteydi. *Iustinianus* Dönemi'nde hâkimiyet kazanan *Proculianus* okulunun görüşüne göre erkeklerde on dört ve kız çocuklar için on iki yaşın tamamlanması, *Sabinianus* okuluna göre ise bireysel cinsel olgunluğa erişmiş olmanın gerektiği savunulmaktaydı²⁹⁶.

Roma'da küçük kavramı iki tür yaş grubunu kapsayacak şekilde kullanılmaktaydı. 0 - 7 yaş arasındakiler *infans* olarak adlandırılmakta ve bu gruba girenler mutlak ehliyetsiz olduklarından hukuki işlem ehliyetleri de bulunmamaktaydı²⁹⁷. Diğer grubu oluşturan küçükler ise kızlar 7 - 12, erkekler 7 - 14 yaş aralığında olup *impubes* (*impuberes*

²⁹³ **Balmer**, s. 18; **Demiray**, Eksik Borç, s. 50; Borcunun bir kısmını ödemişse, geri kalanı için borç dava edilebilir nitelik kazanırdı. Bkz. **Roby**, Vol. II, s. 268.

²⁹⁴ *Auctoritas*, vesayet altındaki kişinin hukuki işlemi sırasında vasisinin hazır bulunmak suretiyle iradeyi tamamlaması olarak açıklanmaktadır. Bkz. **Berger**, s. 368 – 369; **Umur**, Lügat, s. 26 - 27; *Auctoritas*'ın izin ve icazet kavramlarına benzediği ancak daha geniş bir anlamı ifade ederek farklılıklarının da olduğu görülmektedir. **Erdoğan**, Tarihi Giriş, s. 148; **Güneş Ceylan**, Seldağ: Roma Hukukundan Günümüze Velayet – Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 109; **Lee**, s. 285; **Weiss**, s. 268.

²⁹⁵ Kısıtlanmış kimselerin de yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın yaptığı işlemlerde *obligatio naturalis* meydana gelmekteydi. Bkz. **Buckland**, Text Book, s. 553; **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 82.

²⁹⁶ *Gai. Ins. 1.196, Iust. Ins. 1.22.pr.* Bkz. **Balmer**, s. 18 – 19; 14 yaş erkek, 12 yaş ise kız çocuklar için reşit olma yaşı olarak belirlenmiştir. Bkz. **Söğütü**, s. 279.

²⁹⁷ **Güneş Ceylan**, s. 109; **Kühlenbeck**, Ludwig: Entwicklungsgeschichte des Römischen Rechts, II. Band, J. F. Lehmann's Verlag, München, 1913, s. 49; **Söğütü**, s. 278.

infantia maiores) olarak adlandırılmaktaydı²⁹⁸. Bu yaş aralığındaki küçükler, baba egemenliği altındalarsa kendilerine hukuki işlem yapma konusunda yetki verilebilirdi (*iussum*)²⁹⁹. Baba egemenliği altında bulunmayan küçüklere ise bir vasi atanmakta ve böylece *sui iuris* küçükler bazı hukuki işlemleri bizzat yapabilirken bazılarını ise vasilerinin *auctoritas*'ı ile yapabilmekteydiler³⁰⁰. Vasi tarafından yerine getirilmesi gereken bu *auctoritas* işlemi *auctoritas tutoris* olarak da adlandırılmaktaydı³⁰¹. *Impubes*'ler, iktisap muamelelerini bizzat yapabilirken borçlandırıcı işlemleri söz konusu *auctoritas*'ın varlığı ile gerçekleştirebilirlerdi³⁰². Vasinin bizzat işleme katılmamış olması hâlinde bir görüşe göre küçük açısından *obligatio naturalis* söz konusu olmaktadır³⁰³.

Roma'da vasisinin *auctoritas*'ı olmadan küçüğün yüklenmiş olduğu borcun *obligatio naturalis* niteliğinde olup olmadığı konusunda farklı metinler de mevcuttur³⁰⁴. Bazı metinlerde ise bu nitelikte bir işlemde hiçbir borç doğmayacağı ifade edilmektedir³⁰⁵.

²⁹⁸ Güneş Ceylan, s. 109; Kühlenbeck, Entwicklungsgeschichte, s. 49 vd.

²⁹⁹ Söğütlü, s. 279.

³⁰⁰ Söğütlü, s. 279.

³⁰¹ Berger, s. 369; Kaser/ Knütel/ Lohsse, s. 141; Umur, Lügat, s. 27.

³⁰² Güneş Ceylan, s. 109; Hausmaninger, Herbert/ Selb, Walter: Römisches Privatrecht, 8. Auflage, Böhlau Verlag, Wien, 1997, s. 138.

³⁰³ Emiroğlu, *Obligatio Naturalis*, s. 82; Roma'da vasisinin *auctoritas*'ı olmadan küçüğün yüklenmiş olduğu borcun ifa edilmesi hâlinde geri istenemeyeceğine ilişkin *Digesta*'da *Paulus*'a ait bir metnin olduğu görülmektedir: *D. 12.6.13.1 (Paulus)*: “*Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit.*” *Paulus*'a ait metinde ergen olmayan küçüğün vasisinin *auctoritas*'ı olmadan ödünç almak suretiyle zenginleşmiş olması durumunda, ergen olduktan sonra bunu ödemişse geri isteyemeyeceği ifade edilmektedir. Bkz. **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 22; **Thomas**, J. A. C.: “Naturalis obligatio pupilli”, Sein und Werden im Recht: Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970, Hrsg. Becker, Walter G./von Carolsfeld, Ludwig Schnorr, Duncker & Humblot, Berlin, 1970, s. 479.

³⁰⁴ Örneğin: *D. 12.6.41 (Neratius)* ve *D. 44.7.58 (Licinius)*. Bkz. **Balmer**, s. 20; **Puchta**, Georg Friedrich: Pandekten, 8. Auflage, Verlag von Johann Ambrosius Barth, Leipzig, 1856, s. 365, dp. g; **von Savigny**, Das Obligationenrecht I, s. 66; **Sohm**, Rudolph/ **Mitteis**, Ludwig/ **Wenger**, Leopold: Institutionen – Geschichte und System des Römischen Privatrechts, Verlag von Duncker und Humblot, München, 1923, s. 386; Böyle bir borcun tabii borç teşkil etmeyeceğine ilişkin görüşün *Julianus*'a ait bir metinde de yer aldığı görülmektedir: *D. 12.1.19.1 (Julianus)*: “*Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit aut solvendi causa dederit, consumpta conductionem habet.*” *Digesta*'daki metinde vesayet

Vasi, kendisinin bir işi için vesayeti altında bulunan kişiye *auctoritas* verememekte, bu tür bir işlem söz konusu olduğunda vasiinin işlemin her iki tarafını da oluşturacağı değerlendirilmekteydi³⁰⁶. Bir görüşe göre bu amaçla verilen *auctoritas*'ın geçersiz, borcun ise *obligatio naturalis* olacağı kabul edilmekteydi³⁰⁷.

1.6.3.6. Şekil Eksikliğinin Borçlara Etkisi

Roma'da bir görüşe göre bazı sözleşmelerden, şekil şartına uyulmadığında *obligatio naturalis* meydana gelmekteydi. Roma hukukunda tanınan sözleşme grupları; sözlü, yazılı, reel ve rızai sözleşmeler olmak üzere dörde ayrılmaktaydı³⁰⁸. Şekil şartına aykırılık hâlinde, ifa amacıyla yapılan edimlerin geri istenmesi söz konusu olmadığından, böyle sözleşmelerden *obligatio naturalis* meydana geleceği bazı kaynaklarda ifade edilmektedir³⁰⁹. Ancak ne tür sözleşmelerde şekle aykırılık durumunda borcun *obligatio naturalis* teşkil edeceği de açık değildir. Örneğin ifade

altındaki küçüğün vasisinin *auctoritas*'ı bulunmadan borç veya ifa amacıyla para vermiş olması durumunda ve paranın tüketilmiş olması halinde *condictio* açılabilceği ifade edilmektedir. Bkz. **Tahiroğlu/ Erdoğmuş**, Meseleler, s. 14.

³⁰⁵ *Stipulatio*, Roma'da sözlü şekilde yapılan ve borç doğuran basit, genel bir sözleşme türü idi. Bkz. **Berger**, s. 716; **Umur**, Lügat, s. 202; *Impubes*, vasisinin *auctoritas*'ı olmadan *stipulatio* yapmışsa *stipulatio*, geçersiz olduğundan taraflar arasında borç meydana gelmemekteydi. Bkz. **Korkmaz**, Fırat: Roma Hukukunda Stipulatio, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 68; *Stipulatio*'ya ilişkin *Neratius*'a ait bir metin şu şekildedir: *D. 12.6.41 (Neratius): "Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulandi promiserit, solverit, repetitio est, quia nec natura debet."* *Digesta*'da yer alan metinde vesayet altındaki küçüğün vasisinin *auctoritas*'ı olmaksızın *stipulatio* ile borç altına girmesi sonucunda; bu borcu ödemesi hâlinde, ödediğini geri isteyebileceği, zira bu durumda tabii borcun bile doğmayacağı ifade edilmektedir. Başka bir ifadeyle bu hâlde ifa gerçekleşmişse, sebepsiz zenginleşme davasının açılması mümkündü. Bkz. **Tahiroğlu/ Erdoğmuş**, Meseleler, s. 10, 14.

³⁰⁶ **Güneş Ceylan**, s. 112.

³⁰⁷ *Ius. Ins. 1.21.pr., D. 26.8.9 (Gaius)*. Bkz. **Güneş Ceylan**, s. 112.

³⁰⁸ *Gai. Ins. 3.89, Ius. Ins. 3.13.2*'de Roma'da sözleşmelerin sınıflandırılmasına ilişkin bilgilere rastlanmaktadır. Bkz. **Tamer**, Diler: Roma Hukuku, Cilt II, Borçlar Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 144 vd.

³⁰⁹ **Dernburg**, Heinrich: Pandekten, Zweiter Band, 5. Auflage, Verlag von H. W. Müller, Berlin, 1897, s. 14 – 15; **Honsell**, Naturalis Obligatio, s. 377; **von Savigny**, Das Obligationenrecht I, s. 53; **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 37.

edilen bir görüşe göre *stipulatio* ile bir borcun taahhüt edilmesi gerektiği hâllerde *pactum nudum* söz konusu ise bu sonucun gerçekleşmesi mümkündür³¹⁰.

1.6.3.7. *Dos* Niteliğindeki Şeylerin İadesi

Roma'da evlilik bazı yazarlara göre *manus*'lu ve *manus*'suz³¹¹ olacak şekilde ayrılmaktaydı³¹². *Manus*'lu evliliklerde kadın, kocasının hâkimiyeti altında olduğundan şahıs olarak malvarlığına sahip değildi³¹³. *Manus*'suz evliliklerde ise kadın koca hâkimiyetinde değildir³¹⁴. Kadının evlilik öncesinde *sui iuris* olduğu *manus* evliliklerinde kadına ait olan malvarlığı ile erkeğin malvarlığı *manus* dolayısıyla karışmakta; koca hâkimiyetine giren kadının hukuki durumu da *alieni iuris*'e dönüşmekteydi³¹⁵. Kadının *manus*'lu evlilikte kendi ailesindeki miras hakkını

³¹⁰ **Honsell**, *Naturalis Obligatio*, s. 377; Karş. **Lee**, s. 279; **von Savigny**, *Das Obligationenrecht I*, s. 53; Bazı kaynaklarda genel olarak şekil bozukluğu sonucu kurala aykırı yükümlülüklerden oluşan borçlar ifadesi kullanılmıştır. Bkz. **Tahiroğlu**, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 37; Aksi yönde bkz. **Buckland**, *MRPL*, s. 336; *Corpus Iuris Civilis*'de *pactum nudum*, doğal hakkaniyetle ilişkilendirilmektedir. Bu sebeple bir *obligatio naturalis* için temel oluşturabileceği düşünülmektedir. Bkz. ve Krş. **Zimmermann**, s. 530, dp. 147.

³¹¹ Evlenirken kadının kocası, eğer ki koca *patria potestas* altında ise onun aile babasının hâkimiyet hakkına sahip olması durumu *manus* olarak adlandırılmaktaydı. **Söğütü Erişgin**, Özlem: “Roma Toplumunda Kadının Konumu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Y. 2013, s. 3; Roma'da *manus*'lu evlilikler için, çocuklar üzerinde hâkimiyet oluşturma anne üzerinde hâkimiyet kurmaya bağlı olduğu anlayışı bulunmaktaydı. Bkz. **Tahan Orhan**, Duygu: *Roma Hukukunda Manus Kurumu*, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 31.

³¹² **Berki**, Şakir: *Roma Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1949, s. 161, 164; **Borkowski/ Plessis**, s. 125; **Honig**, Richard: *Roma Hukuku Dersleri*, Çev.: Dr. Şemseddin Talip, Ahmed İhsan Matbaası, İstanbul, 1935, s. 80; Bazı yazarlara göre ise *manus* evliliğe ilişkin bir kavram değildi ve bu sebeple de böyle bir ayırım yapmak doğru olamazdı. Bkz. **Koschaker/ Ayiter**, s. 303.

³¹³ **Borkowski/ Plessis**, s. 125; **Doğan**, Güzide Burcu: *Roma Hukukunda Eksik Borç (Obligatio Naturalis)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s. 77; **Mousourakis**, s. 102.

³¹⁴ **Borkowski/ Plessis**, s. 126; *Manus*'lu evliliklerde ise tam tersine kadın hakimiyet altındaydı. Bkz. **McGinn**, Thomas A. J.: *Obligations in Roman Law: Past, Present and Future*, The University of Michigan Press, United States of America, 2012, s. 222.

³¹⁵ **Aksaray**, Burcu: *Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 51; *Manus* altındaki evli kadın, kız çocuğu (*filiae loco*) statüsündedir. Bkz. **Kayak**, Sevgi: “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, Y. 2018, s. 274; **Paribeni**, Roberto: “Roma Hukukunda Aile

kaybediyor olması, evlilik birliği masraflarının karşılanması amacıyla ve miras hakkının karşılığını oluşturması için kadına bir şey verilmesi ihtiyacını doğurmuştur³¹⁶. Kadının evin masraflarına katılması gerekli olmasa da kocanın yahut *pater familias*'ın aile birliği masraflarını tek başına yüklenmesinin hakkaniyete aykırı kabul edilmesi dolayısıyla kadının bu masraflara katılması söz konusuydu³¹⁷.

Evlilik ile aile kuran kadının ailenin masraflarına katılması örf ve âdete dayanmaktadır³¹⁸. Kadının bu görevini yerine getirebilmesi yahut evlenmek suretiyle alamayacağı mirasa ikame edilmesi amacıyla *dos* denilen bir miktar mal verilmekte ve bu da aile geçimini sağlayan kişiye teslim edilmekteydi³¹⁹.

Dos olmaksızın bir evlilik yapılabilirdi³²⁰, ancak *dos* olmadan bir kadının evlenmesi toplum nazarında hoş karşılanmamakta bu sebeple de *dos* vermek, ahlaki veya manevi bir borç teşkil etmekteydi³²¹. Roma'da Klasik Hukuk Dönemi'nde *dos* vermek hukuki bir yükümlülük teşkil etmemekte, bu yükümlülük ifade edildiği üzere ahlaki ve manevi olarak kendini göstermekteydi³²². Ancak *Iustinianus* Hukuku'nda getirilen bir

Kurumu" Çev.: Ş. Talip, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 1, S. 2, Y. 1935, s. 235.

³¹⁶ **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 284; **Nicholas**, s. 82; **Weiss**, s. 462 vd.

³¹⁷ **van Warmelo**, s. 51.

³¹⁸ **Ayiter**, Kudret: Roma Aile Hukuku Dersleri, İkinci Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1963, s. 16.

³¹⁹ **Buckland**, MRPL, s. 64 – 65; *Dos*, kadının kendisi, *pater familias*'ı ya da üçüncü bir kişi tarafından verilmekteydi. Bkz. **Serim**, Gökçe: Roma İmparatorluk Dönemi'nde Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler, Lykeion Yayınları, Ankara, 2018, s. 52.

³²⁰ *Dos*'un yokluğunun evliliği geçersiz kılmayacağına ilişkin bkz. **Buckland**, MRPL, s. 65.

³²¹ **Kühlenbeck**, Ludwig: Von den Pandekten bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweiter Theil, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1899, s. 9; **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 284; **Mousourakis**, s. 104.

³²² *Dos*'un ahlaki nitelikte bir yükümlülük olmadığı, sadece genel bir âdet olduğuna ilişkin bkz. **van Zyl**, s. 106.

düzenleme ile bu yükümlülük ahlaki bir yükümlülükten hukuki bir yükümlülük hâline dönüştürülmüştür³²³.

Kadının³²⁴ önceden hukuki yükümlülüğünü yerine getirdiği düşüncesiyle verdiği *dos*'u geri isteyememesine yönelik *Digesta*'da yer alan bir metinde şu ifadelere yer verilmiştir³²⁵: “*Karı kendisini borçlu hissederek bir şeyi (kocasına) dos olarak vermişse, onu geri alamaz. Yanlış fikri zail olduktan sonra “pietatis (muhabbet) causa” devam ettiğinden, onu geri alamaz.*” Söz konusu metin nedeniyle birçok yazar bahsi geçen borcun bir *obligatio naturalis*'in ifasını teşkil ettiğini kabul etmektedir³²⁶. Bir başka görüşe göre ise burada *obligatio naturalis*'ten bahsedilememesi gerekir; zira bu nitelikteki borçlar münferit hâllerde kabul edilmiştir³²⁷.

1.6.3.8. Azat Edilen Kölenin Efendisine Karşı Yükümlülükleri

Azat edilmiş bir köle hak ehliyeti edinip Roma vatandaşlığı kazansa da özgür Roma vatandaşları ile eş değer bir statü kazanamazdı³²⁸. Bir köle azat edildiğinde azat edilmeden önceki efendisine karşı devam eden bazı ahlaki yükümlülükleri bulunurdu³²⁹.

³²³ **Emiroğlu**, Haluk: Roma Hukukunda Kadının Durumu, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2003, s. 94 – 95; *Dos* vermeye ilişkin yükümlülüğün hukuki bir yükümlülük hâline getirilmesinin Klasik Sonrası Dönem’de gerçekleştiğine ilişkin bkz. **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 284.

³²⁴ Kadın *sui iuris* değilse o hâlde *dos, pater familias*’ı tarafından; kadının *sui iuris* olması durumunda ise kendisi tarafından getirilmekteydi. Bkz. **van Warmelo**, s. 51.

³²⁵ *D. 12.6. 32. 2 (Iulianus): “Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.”* Metin ve çevirisi için bkz. **Ayiter**, Kudret: Klâsik Roma Hukukunda *Dos*’un Tesisi, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1958, s. 53.

³²⁶ **Di Marzo**, s. 356; **Kaser**, RPR II, s. 335, dp. 25; **Kühlenbeck**, Pandekten, s. 9; **Bonfante**, “düzensiz ya da kurlsız *obligatio naturalis*” olarak adlandırmaktaydı. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Landolt**, s. 125 vd.; **Siber**, *Naturalis Obligatio*, s. 76.

³²⁷ “*Condictio indebiti*’nin kabul edilmediği bütün yerlere *obligationes naturalis*’in teşmili kompilâtörlerin eseridir.” Bu borcun Klasik Hukuk’ta “*pietas*” borcu olduğu yönündeki değerlendirme için bkz. **Ayiter**, s. 53 - 54 ve dp. 98’de adı geçen yazarlar.

³²⁸ **Çelebican**, Özcan: “Roma Egemenliği: Yurttaşlık ve Kölelik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1, Y. 1993, s. 308 - 310.

Bu yükümlülüklerden ilki³³⁰, efendi ve mirasçılarına karşı azat edilen kölenin hürmet borcudur³³¹. Diğerisi ise azat edilen kölenin efendisine emeğini belirli şekillerde arz etmek (*operae*) suretiyle ortaya koymasıydı³³².

Operae borcu, köle azat edilmeden veya sonradan yemin ederek (*iusiurandum*) veya efendisi ile yaptığı bir *stipulatio* ile kurulmaktaydı³³³. Bu işlemler gerçekleştirilmeden de azat edilen köle efendisi için *operae*'de (*operae libertorum*) bulunabilmekteydi³³⁴. Bu hâlde yeminle borç altına girmemiş azat edilmiş kölenin, kendisinin borçlu olduğu düşüncesiyle efendisine karşı ifa ettikleri *obligatio naturalis*'in ifası olarak değerlendirilmekteydi³³⁵. Zira önceki efendiye köleyi azat etmesi dolayısıyla tanınan haklardan birisini kölenin *operae* yükümlülüğü oluşturmakta; ancak yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde ona karşı dava açılabilmesi ancak azatlının bu hususta bir taahhüdünün olmasına bağlıydı³³⁶.

Kölenin efendisine hizmeti *operae officiales* ve *operae fabriles* şeklinde de gerçekleşebilirdi³³⁷. *Operae* borcunun bir türü olan *operae officiales*, azat edilmiş

³²⁹ Azatlı ile önceki efendisinin ilişkisi *fides* temeline dayanırdı. Bkz. **Günveren**, G. Burcu: "Ius Civile'nin Tanındığı Azat Etme Muameleleri ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 76, S. 2, Y. 2018, s. 543.

³³⁰ Söz konusu yükümlülükler için bkz. **Günveren**, s. 544.

³³¹ *Obsequium*, azat edilen kölenin efendisine ve onun çocuklarına göstermesi gereken hürmetini ve itaatini ifade etmekteydi. Azat edilen kölenin efendisini *praetor*'un izni olmaksızın dava edebilmesi, şerefsizlik (*infamia*) doğuran davaları açabilmesi, ona karşı hile ve tehditten dolayı def'i ileri sürebilmesi mümkün değildi. *Reverentia*, azat edilen kölenin *patronus*'una, karının kocasına, çocuğun babasına göstermesi gereken hürmeti belirtmekteydi. Bkz. **Berger**, s. 605, 684; **Umur**, Lügat, s. 145, 188.

³³² **Roby**, Vol. I, s. 85.

³³³ **Günveren**, s. 548 - 549; **Waldstein**, Wolfgang: *Operae Libertorum – Untersuchungen Zur Dienstpflicht Freigelassener Sklaven*, Franz Steiner Wiesbaden GMBH., Stuttgart, 1986, s. 239.

³³⁴ *D. 38.1.31 (Modestinus)*. Bkz. **Günveren**, s. 548.

³³⁵ **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 82; **Siber**, *Naturalis Obligatio*, s. 76; **Zimmermann**, s. 9.

³³⁶ **Günveren**, s. 548.

³³⁷ **Roby**, Vol. I, s. 85; **Waldstein**, s. 223.

kölenin efendisi lehine yapmış olduğu ödevleridir³³⁸. *Iustinianus* Hukuku'nda azat edilmiş kölenin kendi arzusu ile ahlaki bir görev olarak efendisine sunduğu dava ile takibi mümkün olmayan vazifelerdi³³⁹.

³³⁸ **Hägerström**, Zweiter Band, s. 286; Köle tarafından yerine getirilmesi önem arz eden ödevlerdi. Örneğin efendisine çıktığı seyahatinde eşlik etmek, efendisinin evini koruyup kollamak bu nitelikte ödevlerdendi. Bkz. **Berger**, s. 609; **Roby**, Vol. I, s. 85.

³³⁹ **Umur**, Lügat, s. 147; *D. 12.6.26.12 (Ulpianus)*: “*Libertus cum se putaret operas patrono debere, solvit: condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, iulianus libro decimo digestorum scripsit: natura enim operas patrono libertus debet. sed et si non operae patrono sunt solutae, sed, cum officium ab eo desideraretur, cum patrono decidit pecunia et solvit, repetere non potest. sed si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles, veluti pictorias vel alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere. et celsus libro sexto digestorum putat eam esse causam operarum, ut non sint eadem neque eiusdem hominis neque eidem exhibentur: nam plerumque robur hominis, aetas temporis opportunitasque naturalis mutat causam operarum, et ideo nec volens quis reddere potest. sed hae, inquit, operae recipiunt aestimationem: et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus: ut puta fundum indebitum dedi et fructus condico: vel hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes: vel meis sumptibus pretiosorem hominem feci, nonne aestimari haec debent? sic et in proposito, ait, posse condici, quanti operas essem conducturus. sed si denegatus sit a patrono officiales operas, apud Marcellum libro vicensimo digestorum quaeritur. et dicit Marcellus non teneri eum, nisi forte in artificio sint (hae enim iubente patrono et alii edendae sunt): sed si solverit officiales delegatus, non potest condicere neque ei cui solvit creditori, cui alterius contemplatione solutum est quique suum recipit, neque patrono, quia natura ei debentur.*” “Bir azatlı borçlu olduğu düşüncesiyle patronus'u için operae'de bulunur. Iulianus'a göre azatlı borçlu olduğunu zannederek ifade bulunmuş olmasına rağmen bir *condictio*'ya sahip değildir; zira azatlı operae'leri patronus'una natura gereğince borçludur. Buna karşın şayet ifa edilen operae değil de azatlıdan bir *officium*'u yerine getirmesi istenir ve o da patronus'u ile belli bir bedel karşılığı anlaşır ve bunu öderse, yaptığı ödemeyi geri alamaz. Ancak azatlının borçlu olduğunu düşünerek patronus'una ifade 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, zaten 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 tabi tutulmalıdır. Celsus der ki; bazı durumlarda verdiğimiz yerine başka bir şey için *condictio*'da bulunmamıza hukuken izin verilir. Bu durumlara örnek olarak mesela, sahibi olmadığım bir çifliği geri verip semereleri için bir *condictio* ileri sürmem veya aslında borçlu olunmadığı hâlde 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 harcamalarımınla daha değerli hale getirmişsem, bu harcamalar bir değerlendirmeye tabi tutulmalı mıdır? Mevcut durum için Celsus, operae *officium* için ödeyeceğimi *condictio* ile geri isteyebileceğimi düşünmektedir. Buna karşılık Marcellus, *Digesta*'nın yirminci kitabında şu soruyu yöneltir: Patronus bu operae'yi yerine getirmesi için azatlıyı görevlendirmesi halinde durum ne olacaktır? Marcellus'a göre operae el yeteneği gerektiren bir özellikte değilse azatlı sorumlu tutulamaz (çünkü patronus'un taleplerine

Operae fabriles ise azat edilmiş kölenin mesleki yeteneği ile icra ettiği, emeğin para ile ölçülmesi mümkün hizmetleri ifade etmekte³⁴⁰, ifa edilmemesi hâlinde ise bir *actio*'su bulunmaktaydı³⁴¹.

1.6.3.9. Nafaka Alacaklısı Olmayan Kimselere Ahlaki Görev Olarak Yapılan Nafaka Ödemeleri

Roma'da nafaka vermekle yükümlü olanlar sadece üstsoy ve altsoy kan hısımları olmaktaydı; civar kan hısımlığı için nafaka yükümlülüğü kabul edilmemişti³⁴². Roma'da nafaka verme borçlusu olmadığı hâlde ahlaki bir görev olarak nafaka veren kimse bunu merhamet nedeniyle (*pietatis respectu*) vermiş ise verilen geri istenemezdi, böylece bu durumda bir *obligatio naturalis*'in ifa edilmiş olmasının söz konusu olacağı savunulmaktaydı³⁴³.

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 ifade bulunduğu ve kendisine ait olanı elde eden alacaklıdan ne de *patronus*'undan geri isteyemez. Çünkü yerine getirilenler zaten tabii borç nedeniyle yapılmıştır.” (Sayın, Baha Yiğit: Roma Hukukundan Günümüze *Obligatio Naturalis* (Tabii Borç), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2009, s. 170 – 172'den naklen); Metne ilişkin öğretide yer alan tartışmalar hakkında bkz. **Waldstein**, s. 363 vd.

³⁴⁰ *Operae fabriles*, mutlaka köle tarafından yerine getirilmesi gerekli olmayan hizmetlerdi. Bkz. **Berger**, s. 609; **Roby**, Vol. I, s. 85 - 86; **Umur**, Lügat, s. 146; **Waldstein**, s. 224.

³⁴¹ **Demiray**, Eksik Borç, s. 57; Karş. **Söğüt**, İpek Sevda: “A General Outlook on the Issue of Trade Restrictions In Roman Law”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, Y. 2019, s. 322.

³⁴² “Nitekim *Digesta* metinlerinde kardeşlerden; dayı, hala, teyze ve onların alt soylarından bahsedilmediği gibi eşlerden de söz edilmez.” Bkz. **İpek**, Nurcan: “Roma Hukukunda Yardım Nafakası Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 3, Y. 2013, s. 282.

³⁴³ **Demiray**, Eksik Borç, s. 58; *D. 3.5.26.1 (Modestinus)*. Bkz. **Di Marzo**, s. 356; Bir aile babasının hâkimiyet altında olmayan evladını da desteklemesi ve aynı şekilde aile evladının da ebeveynini desteklemesi gerekir. Ebeveynin aile evlatları tarafından desteklenmesi gerektiği kabul edilse de *Digesta*'da yer alan bir metinde erkek çocuğun ebeveyninin borçlarını ödemek zorunda olmamasına ilişkin “*naturali debeat*” ifadesi kullanılmıştır. Bkz. **İpek**, s. 281 – 282, dp. 16; **Rado**, s. 21; **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 37.

1.6.3.10. *Pactum*'dan Doğan Faiz (*Usurae*) Borcu

Roma'da *contractus*, *Ius Civile* tarafından kendisine *actio* tanınan sözleşme tiplerini ifade eden bir kavramdı³⁴⁴. *Pactum* ise dava hakkına sahip olmayan anlaşmalardı³⁴⁵. Ancak zaman içerisinde bazı *pactum*'lar teamül, *praetor* ve imparatorluk hukuklarınca korunmaya değer görülmüş ve böylelikle dava hakkına sahip olmuşlardır³⁴⁶. Hukuki koruma kazanamamış yani davası olmayan anlaşmalar ise *pacta nuda* (çıplak anlaşma) olarak adlandırılmıştır³⁴⁷. Bir başka ifade ile *pactum* neticesinde ortaya çıkan borçların *obligatio civilis* yahut *obligatio naturalis* niteliğinde olabilmesi mümkündür³⁴⁸.

Roma'da günlük yaşamda fazlaca uygulama alanı bulan, faizsiz olması dolayısıyla dostane bir nitelik taşıyan ve kredi sağlamak amacıyla kurulan sözleşme, tüketim ödünç sözleşmesi (*mutuum*) diğer bir ifade ile karz sözleşmesidir³⁴⁹. Karzın konusunu bir miktar para yahut misli bir eşyanın kullanımı oluşturmaktadır. Bu sebeple sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin mülkiyeti sözleşmenin karşı tarafını oluşturan yani ödünç alana geçer ve ödünç alan da aynı miktarda parayı ya da aynı miktarda misli malı geri verme borcu altına girerdi³⁵⁰. Roma'da karz sözleşmesi faizsiz şekilde yapılmaktaydı yani başka bir deyişle ödünç sözleşmesinde faiz kararlaştırılamazdı³⁵¹.

³⁴⁴ **Mayer – Maly**, s. 110; **Weiss**, s. 285.

³⁴⁵ **Honig**, s. 205.

³⁴⁶ Teamül hukukuna göre koruma altına alınan *pactum*'lar *pacta adiecta*; *praetor* hukuku tarafından koruma altına alınan *pactum*'lar *pacta praetoria*; imparatorluk hukukuna göre koruma altına alınan *pactum*'lar *pacta legitima* ve *pacta vestita* olarak adlandırılan dava hakkını haiz anlaşmalardır. Bkz. **Demiray**, Eksik Borç, s. 60; **Koschaker/ Ayiter**, s. 244 vd.; **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 269; **Umur**, Ders Notları, s. 377 vd.; **Umur**, Lügat, s. 149.

³⁴⁷ **Levy**, Ernst: Weströmisches Vulgarrecht das Obligationenrecht, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1956, s. 40; **von Savigny**, Das Obligationenrecht I, s. 53; **Umur**, Lügat, s. 149.

³⁴⁸ **Leage**, s. 324; **Lee**, s. 285; **Levy**, s. 40; **Mayer – Maly**, s. 112; **Thomas**, s. 220; **Weiss**, s. 268; *Buckland*'a göre *pactum* ile kararlaştırılan faiz dışında, *pactum*'lardan *obligatio naturalis* meydana gelmemekteydi. Bkz. **Buckland**, MRPL, s. 336.

³⁴⁹ **Hausmaninger/ Selb**, s. 285; **Honsell**, Römisches Recht, s. 118; **Söğütlü**, s. 482.

³⁵⁰ **Söğütlü**, s. 482 – 483.

³⁵¹ Ödünç sözleşmesinde faizin kararlaştırılamayacağının istisnasını *Iustinianus* Dönemi'nde bankerlerle yapılan ödünç sözleşmeleri oluşturmaktaydı. Bkz. **Söğütlü**, s. 484.

Mutuum'da faizin var olması isteniyorsa bunun *stipulatio* ile taahhüt edilmesi icap etmekteydi³⁵². *Pactum* ile kararlaştırılmış faiz şartının dava edilebilmesi mümkün olmamaktaydı³⁵³. Klasik Hukuk Dönemi'nde, *pactum* sebebiyle faiz ödemesini gerçekleştiren borçlunun ödemesi dikkate alınmakta ve anaparadan mahsup edilmekteydi³⁵⁴. *Iustinianus* Dönemi'nde *stipulatio* ile yapılmamış, *pactum*'dan doğan faiz ödeme borcunun³⁵⁵ niteliğinin ise *obligatio naturalis* olduğu kabul edilmekteydi³⁵⁶.

1.6.3.11. *Fideicommissum*'u Yerine Getirme Borcu

Fideicommissum, bir tür belirli mal vasiyetidir³⁵⁷. *Fideicommissum*, mirasbırakanın mirasçıya yahut ölüme bağlı tasarruftan faydalanan kimseye ölümünden sonra gerçekleşmesini istediği bir arzusunu yerine getirmesi hususunda ilettiği bir ricasıdır³⁵⁸. Bu işleme *fideicommissum* denilmesi, işlemin hukuki bir bağa değil de kendisinden bir ricada bulunan kişinin şeref ve dürüstlüğüne itibar edilmesinden kaynaklanmaktadır³⁵⁹.

³⁵² **Buckland**, MRPL, s. 273; **Hausmaninger/ Selb**, s. 285; **van Warmelo**, s. 153.

³⁵³ **Buckland**, MRPL, s. 336 - 337; **Söğütlü**, s. 484.

³⁵⁴ **Söğütlü**, s. 484.

³⁵⁵ Ancak bir hüsnüniyet sözleşmesi olan satım sözleşmesiyle beraber faiz ödeneceğine ilişkin bir *pactum* yapılmışsa bu *pactum* geçerliydi ve alım satımdan kaynaklanan *actio venditi* ile faiz alacağı talep edilebilirdi. Bkz. **Akıncı**, Şahin: Roma Borçlar Hukuku, 7. Baskı, Sayram Yayıncılık, Konya, s. 2017, s. 179; **Buckland**, MRPL, s. 273; **Hausmaninger/ Selb**, s. 338.

³⁵⁶ **Buckland**, MRPL, s. 337; **Leage**, s. 326; **Söğütlü**, s. 484; **Thomas**, s. 220; **van Warmelo**, s. 153.

³⁵⁷ **Küçükgüngör**, Erkan: Roma Hukukunda Vasiyet (*Testamentum*), Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 230; **Küçükgüngör**, Erkan: "Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 1, Y. 1996, s. 520; **Umur**, Lügat, s. 72 - 73.

³⁵⁸ **Berger**, s. 470, 471; **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 355; **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 489; Mirasbırakanın ricası, bir kölenin azat edilmesi ya da üçüncü bir kişiye bir şey verilmesiyle ilgili olabilirdi. Bkz. **Hausmaninger/ Selb**, s. 478; **Küçükgüngör**, AÜHFD, s. 520; **van Warmelo**, s. 141.

³⁵⁹ **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 489; **Küçükgüngör**, AÜHFD, s. 520; *Fides*, verilen söze itibar edilmesi, yükümlülüklerin zorlama olmaksızın kendiliğinden ifa edilmesi yahut kendilerine güven duyulan kimselerin bu güvene layık olduklarını gösterecek şekilde dürüst davranmaları anlamlarını içeren bir kelimedir. Bkz. **Umur**, Lügat, s. 74.

Fideicommissum işlemi hukuki bir mükellefiyet yüklediğinden kendisinden ricada bulunulan kimse bu yükümlülüğü yerine getirmediğinde işlemde fayda sağlayacak kimsenin, ricanın gereğini yerini getirmeyene karşı dava açma olanağı bulunmamaktaydı³⁶⁰. Öğretideki bir görüşe göre *fideicommissum*, hukuki koruma sağlanamayan ancak ahlaki bir mükellefiyet olarak yerine getirilmesi gereken bir *obligatio naturalis*'e neden olmaktadır³⁶¹. Ancak zaman içerisinde şeref ve dürüstlük kurallarına uymayarak bu işlemin gereğini yapmayan insanların sayısındaki artış nedeniyle *Augustus*³⁶² zamanında *cognitio extra ordinem*³⁶³ usulü ile ileri sürülebilen bir dava hakkı (*persecutio fideicommissoria*) tanınmıştı³⁶⁴. Bu davalara *praetor fideicommissarius* adı verilen özel *praetor*'ların baktığı ve böylelikle *fideicommissum*'un sözleşme benzerleri türünde bir borç kaynağı hâline geldiği kaynaklardan anlaşılmaktadır³⁶⁵.

³⁶⁰ **Buckland**, MRPL, s. 218; **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 355; **Küçükgüngör**, AÜHFD, s. 520.

³⁶¹ **Demiray**, Eksik Borç, s. 61; *Legatum*'a ilişkin bkz ve karşı. **Kühlenbeck**, Pandekten, s. 9.

³⁶² *Julius Ceasar*'ın evlat edindiği, yeğeni ve mirasçısı olan *Augustus* Cumhuriyet Dönemi'nden İmparatorluk Dönemi'ne geçişin en önemli katkı sağlayıcısıdır. Roma yönetiminde, hukuki ve siyasi düzenlemelerde yer almıştır. *Augustus* hakkında bkz. **Edmondson**, Jonathan: *Augustus*, Edinburgh University Press Ltd., Edinburgh, 2009, s. 1 - 29.

³⁶³ Sistem Dışı Yargılama, Son İmparatorluk Dönemi'nde hakların korunması konusunda uygulanan yargılama usulü idi. Özel mahkemelerde (*ordo iudiciorum privatorum*) dava iki aşamada gerçekleşirdi. Önce *magistra* huzurunda sonrasında ise özel hâkim önünde karara bağlanırdı. Nizam harici usul yani sistem dışı yargılamada ise dava tek aşamada bir *magistra* önünde incelenir ve karara bağlanırdı. *Principatus* Dönemi'nde istisnai olarak kabul edilen nizam harici usul, Klasik Sonrası Dönem'den itibaren istisnai olmaktan çıkmış ve normal usul niteliğini kazanmıştır. **Umur**, Lügat, s. 38; **Mousourakis**, s. 334 – 335.

³⁶⁴ **Berger**, s. 470 – 471; **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 356; **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 490; **Küçükgüngör**, AÜHFD, s. 520; **Nicholas**, s. 267; **Rüfner**, Thomas: Handbuch des Römischen Privatrechts: Band II, §§ 59 – 112, Hrsg. Babusiaux, Ulrike/ Baldus, Christian/ Ernst, Wolfgang/ Meissel, Franz - Stefan/ Platschek, Johannes/ Rüfner, Thomas, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023, s. 2693; *Fideicommissum* ile yapılmış belirli mal vasiyetinin yerine getirilmesi için fayda sağlayacak kimseye tanınan bir dava hakkıdır. Bu dava nizam harici usul (*cognitio extra ordinem*) ile ve *praetor fideicommissarius* önünde cereyan etmekteydi. Bkz. **Umur**, Lügat, s. 156.

³⁶⁵ **Küçükgüngör**, AÜHFD, s. 520 - 521.

1.6.3.12. Borcun Zamanaşımına Uğraması (Uzun Zamanaşımı Defi)

Alacaklar üzerindeki zamanaşımı Roma Klasik Hukuku'na yabancıydı; ancak Son İmparatorluk Dönemi'nde, milattan sonra 424 yılında İmparator II. *Theodosius* tarafından bir emirname çıkarılmış ve bu emirname ile önceden sadece aynî davalar için söz konusu olabilen uzun zaman geçtiği defi için geçerli olan süre otuz yıla çıkarılmış ve bu prensip bütün davalar için uygulanır olmuştu³⁶⁶. Bu husus borç ilişkilerinden kaynaklanan şahsi davaları da kapsayacak şekilde, daimî nitelikteki tüm davalara (*actiones perpetaue*) uygulanmış, böylelikle vadesi gelmiş olmasına rağmen otuz sene takip edilmemiş borç açısından dava açma hakkının sona ereceği kabul edilmişti³⁶⁷. Bu süre geçtikten sonra alacaklının dava açması hâlinde borçlu, bir *exceptio (praescriptio longi temporis)* yani uzun zaman geçtiği defini (*praescriptio triginta annorum*) ileri sürme imkânına sahip olmaktaydı³⁶⁸. Öğretide zamanaşımının etkisi konusunda birbirinden farklı görüşlere rastlanmaktadır. Bir kesim, zamanaşımıyla birlikte hakkın ortadan kalktığı; fazla sayıda taraftar bulan diğer kesim ise talep edilebilirliğin sona ermesi dolayısıyla borcun, *obligatio naturalis*'e dönüşeceği görüşünü benimsemiştir³⁶⁹. İfade edilen ikinci görüşe göre, borçlu, zamanaşımına uğramış borcunu defi ileri sürmeyerek ifa etmiş olduğunda bir *obligatio naturalis* ifa etmiş sayılmaktaydı³⁷⁰. Zira

³⁶⁶ **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 138; **Kaser**, DRP II, s. 286; **Nicholas**, s. 128; **Puchta**, Georg Friedrich: Vorlesungen über das heutige römische Recht, Erster Band, Verlag von Bernh. Tauchnitz jun., Leipzig, 1847, s. 184 - 185; **Rado**, s. 190; **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 104.

³⁶⁷ **Nicholas**, s. 128; **Kaser**, DRP II, s. 72, dp. 64.

³⁶⁸ Roma'da söz konusu bu defi'yi ileri sürmekle borç, defi yoluyla sona ermekteydi (*ope exceptionis*). İfade etmek gerekir ki günümüz hukukunda kabul edilen hâkim görüşten farklı olarak Roma hukukunda tek başına zamanaşımı süresinin dolması borcu *obligatio naturalis*'e dönüştürmekteydi. Bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 32; **Kaser**, DRP II, s. 72, dp. 64; **Rado**, s. 190.

³⁶⁹ **Balmer**, *obligatio naturalis*'lerin zamanaşımına tabi olup olmadığı meselesi üzerinde de durmuştur. Kendisine göre zamanaşımı hakkı sona erdirmemelidir. Zira bu alacaklıyı alacak hakkından tamamen yoksun bırakacaktır. Zamanaşımı sadece alacağın dava yolu ile talep edilebilirliğine etki eder, oysa bir *obligatio naturalis* için bu durum zaten söz konusu değildir. Bkz. **Balmer**, s. 47 - 48.

³⁷⁰ **Tahiroğlu** ve **Weiss**'in aksine Roma'da bu nedenle *obligatio naturalis* doğmayacağını, bunun bir dayanaktan yoksun olduğunu ifade eden görüş için bkz. **Buckland**, Text Book, s. 554; **Kipp**, s. 255; **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 37; **Weiss**, s. 268.

böyle bir hâlde borç *obligatio naturalis*'e dönüşmek suretiyle varlığını sürdürmekte ve ifa edildiğinde de geri ödemenin istenebilmesi mümkün olamamaktaydı.

1.6.3.13. *Capitis Deminutio*'ya Uğrayanların Borcu

Roma'da *status* bir kimsenin hak ehliyeti bağlamında hukuki durumunu belirtmekteydi³⁷¹. Romalılar *persona* terimini kişi kelimesinin karşılığını teşkil edecek şekilde hukuki role sahip kimse anlamında kullanmaktaydı³⁷². Ancak Roma'da hak ehliyetini haiz olabilmek için sadece *persona* olmak yetmemekte buna ek olarak belirli *status*'lara da sahip olmak gerekmektedir³⁷³. Söz konusu bu *status*'ler ise; hürriyet durumunu ifade eden *status libertatis*, vatandaşlık durumunu ifade eden *status civitatis* ve aile durumunu ifade eden *status familiae* olmak üzere üçe ayrılmaktaydı³⁷⁴. Her üç *status*'e birden sahip olan kimse, haklara ehil bir şahıs olabilmekteydi³⁷⁵. Ehil olan bir kimsenin bu hukuki durumunun ise değişim gösterebilmesi mümkündü. İşte bu değişim Roma'da *capitis deminutio* olarak adlandırılmıştır³⁷⁶. Önceki *status*'un değişmesini

³⁷¹ **Berger**, s. 714 – 715; **Umur**, Lügat, s. 202.

³⁷² **Buckland**, MRPL, s. 34; *Persona* kelimesinin kullanımına ilişkin çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe göre *persona* sadece insanı ifade etmekte; başka bir görüşe göre ise hukuki role sahip kimseyi ifade etmektedir. Kavrama ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Duff**, Patrick William: *Personality in Roman Private Law*, Cambridge University Press, London, 1938, s. 8; **Erdoğan**, Tarihi Giriş, s. 105; **Thomas**, s. 387.

³⁷³ **Erdoğan**, Tarihi Giriş, s. 106; **Thomas**, s. 387.

³⁷⁴ **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 72; *Status libertatis*, hürriyet durumunu ifade etmektedir. Roma'da insanlar hür (*liberi*) veya köle (*servus*) olacak şekilde iki ana gruba ayrılırdı. *Status civitatis* ise vatandaşlık durumunu ifade etmekteydi. Vatandaşlık durumu açısından Roma vatandaşları ve yabancılar ayrımı söz konusuydu. Bu *status* hür kimsenin Roma vatandaşı olduğunu gösterirdi. *Status familiae* ise aile durumunu ifade ederdi. Özel hukuk yönünden hak ehliyeti açısından en önemli hukuki durum *status familiae* idi. *Status familiae* açısından Romalılar *sui iuris* ve *alieni iuris* olarak ikiye ayrılırdı. Baba egemenliği altında bulunanlar *persona alieni iuris* (başkasının hukukuna tabi olanlar), baba egemenliği altında bulunmayanlar ise *persona sui iuris* (kendi hukukuna tabi olanlar) olarak adlandırılırdı. Roma'da başkasının hukukuna tabi olmayanlar hak ehliyetinin sahibi olanlardır. Bkz. **Berger**, s. 360, 628, 714 – 715, 723; **Umur**, Lügat, s. 202.

³⁷⁵ **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 72; **Umur**, Lügat, s. 202.

³⁷⁶ **Buckland**, MRPL, s. 85; **Erdoğan**, Tarihi Giriş, s. 114; *Caput* kelimesi, baş anlamına gelmekle birlikte, bireyi ve buna ek olarak bireyin devlet ve ailedeki özgürlüğünü ifade etmek için de kullanılmaktaydı. Kökensel olarak *capitis deminutio* ifadesi de belirtilen anlama sahip *caput*'un kaybedilmesidir. *Caput* ile ilişkilendirilebilen diğer iki terim ise *status* ve *existimatio*'dur. *Status* basitçe bireyin bulunduğu durumu ya da şartı ifade etmektedir. Klasik hukukçular tarafından *caput* ile aynı anlama gelecek şekilde kullanılırdı.

ifade eden *capitis deminutio*, üç şekilde gerçekleşebilmekteydi; *capitis deminutio maxima*, *capitis deminutio media* ve *capitis deminutio minima*³⁷⁷.

Status kaybının en ağır türü olan *capitis deminutio maxima*, hürriyet kaybını ifade etmekte ve bu durum diğer iki *status*'ün da kaybedilmesi sonucunu doğurmaktaydı³⁷⁸. Örneğin bir Roma vatandaşının savaş nedeniyle düşman kuvvetlerine esir düşmesi yahut Roma hudutları dışında köle olarak bir satış işlemine konu olması hâlinde bu *status*'ün kaybedildiği ifade edilmektedir³⁷⁹.

Roma vatandaşlığının kaybedilmesini ifade eden *status* değişikliği, *capitis deminutio media*'dır³⁸⁰. Kişinin hürriyet durumunda bir değişiklik olmamakla birlikte kişi adeta bir yabancı hâline gelmektedir. Örneğin hakkında sürgün cezası verilmiş bir kişinin Roma vatandaşlığını da kaybettiği kaynaklardan anlaşılmaktadır³⁸¹.

Kişinin aile durumundaki değişikliği ifade eden *capitis deminutio minima*, *status* değişikliğinin bir diğer türünü oluşturmaktadır³⁸². Kişinin, bu hâlde hürriyet ve vatandaşlık durumu muhafaza edilirken, örneğin bir aile babasının başka bir aile babasının hâkimiyeti altına girmesi yahut bir aile babası hâkimiyeti altındaki aile

Existiamo ise kimi zaman genel itibarıyla *caput* ve *status* ile aynı anlamlara gelecek şekilde kullanılsa da aslında saygınlık ve onuru ifade etmekte ve hukuki zeminde vatandaşların sahip olduğu hakların ve ayrıcalıkların bütününe kapsayan bir anlam taşımaktaydı. Bkz. **Goudy**, Henry: “*Capitis Deminutio* in Roman Law”, *Juridical Review*, Vol. 9, No. 2, 1897, s. 132 - 135, (HeinOnline SET.: 13.05.2022); **Lee**, s. 76; **Thomas**, s. 387.

³⁷⁷ **Buckland**, MRPL, s. 85; **Erdoğan**, Tarihi Giriş, s. 114; **Goudy**, s. 134; **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 72 – 73; **Schulz**, s. 72.

³⁷⁸ **Erdoğan**, Tarihi Giriş, s. 114; **Goudy**, s. 134; **Lee**, s. 76; **Nicholas**, s. 96; **Sayın**, s. 149.

³⁷⁹ **Erdoğan**, Tarihi Giriş, s. 114; **Lee**, s. 76.

³⁸⁰ **Buckland**, MRPL, s. 85; **Erdoğan**, Tarihi Giriş, s. 114; **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 73.

³⁸¹ **Nicholas**, s. 96; **Erdoğan**, Tarihi Giriş, s. 114; Bu durumda *status familiae*'nin de kaybedildiği kabul edilmekteydi. Bkz. **Sayın**, s. 149.

³⁸² **Buckland**, MRPL, s. 85 – 86; **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 73.

evladının hâkimiyet altından çıkarılıp başka bir aile babasının hâkimiyeti altına girmesi durumlarında olduğu gibi aile *status*'ünde değişiklik olurdu³⁸³.

Romalılar *capitis deminutio*'ya uğrayan bir kimseyi ölü olarak değerlendirmektedir³⁸⁴. Buradaki ölü tabiri mecazi anlamda yani hukuken, *Ius Civile* nezdinde hukuki işlemlerde bulunamayacak bir hâle gelinmesi nedeniyle oluşan yeni durumu ifade etmekteydi³⁸⁵. Nitekim özgürlüğünü kaybetmiş bir kimse artık köle niteliğini haizdir ve haklara ehil olabilmesi, yükümlülük altına girebilmesi mümkün değildir³⁸⁶. Roma vatandaşlığının kaybedilmesi durumunda aynı sonuç ortaya çıkardı³⁸⁷. Çünkü özgür ve Roma vatandaşı olan kimseler *status civitatis*'e sahip olurdu³⁸⁸. *Status familiae*'nin kaybedilmesi ise kişinin esas ailesinden çıkması dolayısıyla onların nezdinde ölü kabul edilmesiydi³⁸⁹.

Roma'da *capitis deminutio*'ya uğrayan bir kimsenin *status*'ündeki değişikliğin taraf olunan borç ilişkilerine etkisi hususunda, bir kesimce *capitis deminutio*'ya uğramanın neticesinde borçların *obligatio naturalis*'e dönüşeceği kabul edilmekteydi³⁹⁰. Ancak

³⁸³ Goudy, s. 134; Lee, s. 76; *Manus*'lu evlilik için bkz. Nicholas, s. 98; Umur, Lügat, s. 32.

³⁸⁴ Sayın, s. 149; *Status* ayrımları günümüz hukukuna yabancıdır, zira insanlar arasında eşitsizlik meydana getiren bu anlayış antik dünyaya özgüdür. Bkz. Söğütlü, s. 210.

³⁸⁵ Nicholas, s. 97; Sayın, s. 149.

³⁸⁶ Sayın, s. 149.

³⁸⁷ Sayın, s. 149 – 150.

³⁸⁸ Berger, s. 715; Sayın, s. 150; Umur, Lügat, s. 202.

³⁸⁹ Sayın, s. 150.

³⁹⁰ D. 4.5.2.2 (Ulpianus): “*Hi qui capite minuuntur ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter.*” Ulpianus’a ait metinde *capitis deminutio*'ya uğrayan kimselerin bu değişikliklerinden önceki durumlarla ilgili olarak *obligatio naturalis* altında kalmaya devam edeceği ifade edilmektedir. Bkz. Sayın, s. 150. Söz konusu bu metne ilişkin farklı görüşler bildirilmiş ve metnin orijinal hâlinin bu olmadığı *Siber* tarafından öne sürülmüştür. *Siber*'e göre metin, *interpolatio*'ya uğramış, metindeki *naturalis*, *iure honoraria* ile değiştirilmiş, böylece *Ius Honorarium* borcundan *obligatio naturalis* meydana getirilmiştir. *Siber*'e göre *capitis deminutio* durumunda *praetor* alacaklıya bir *actio utilis* olan “*actio utilis rescissa capitis deminutio*” vermekte olup, metinde değişiklikten önce anlatılmak istenen de budur. *Siber* için *capitis deminutio*'ya uğrayanın borcu *obligatio naturalis* değil, *praetor* kaynaklı bir *Ius Honorarium* borcudur. Bkz. Sayın, s. 150 - 151; *Siber*, *Naturalis Obligatio*, s. 10 vd. Cornioley, *Siber*'in bu yorumuna istinaden *actio utilis*'in hiç meydana gelmediği faraziyesine dayanıldığını ileri

ifade etmek gerekir ki öğretide hangi *capitis deminutio* çeşidinin söz konusu olması durumunda borçların *obligatio naturalis*'e dönüşeceği konusunda görüş birliği bulunduğu söylenemez. Zira bazı yazarlar bu konuda hiçbir ayırım yapmaksızın borcun *obligatio naturalis*'e dönüştüğü görüşündedir³⁹¹. Bazıları ise bu sonucun ya *capitis demunitio maxima* ya *media* ya da *minima* için geçerli olduğunu ifade etmektedir³⁹².

1.6.3.14. *Litis Contestatio*'nun Borca Etkisi

Roma usul hukuku tarihine bakıldığında bir davanın görülmesinin iki şekilde gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Bunlardan ilkinde özel yargılama sistemi (*ordo iudiciorum privatorum*) diğerine ise sistem dışı yargılama (*cognitio extra ordinem*) isimleri verilmekteydi³⁹³. Özel yargılama sisteminin önemli bir özelliği davanın iki aşamada görülmesiydi³⁹⁴. Birinci aşama *magistra* önünde gerçekleşir ve “*magistra önünde*”

sürer ve görüşünü *Gaius*' ait bir metne istinaden belirtir: *Gai. 1.4.3: “Praeterea aliquando fingimus aduersarium nostrum kapite deminutum non esse. nam si ex contractu nobis obligatus obligataue sit et kapite deminutus deminutaue fuerit, uelut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure ciuili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamue oportere; sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamue actio utilis rescissa kapitis deminutione, id est, in qua fingitur kapite deminutus deminutaue non esse.” “Ve gene bazı durumlarda karşı tarafın bir *capitis deminutio*'ya uğramadığı düşüncesi ile dava açarız. Zira bize bir akit sebebiyle bağlı olan karşı taraf bir *capitis deminutio*'ya uğramış ise (kadın olan *coemptio*, erkek olan bir *adrogatio* ile) artık bizim *Ius Civile* uyarınca borçlumuz (*iure civile debere*) olmaz ve ondan bize olan borcunu ifa etmesi için talepte bulunamayız. Ama bizim hakkımızı (*ius nostrum*) ortadan kaldıracak bir güce (*potestas*) haiz olmamaları için onlara karşı *capitis deminutio*'yu geride bırakan (etkilerini kaldıran) bir *actio utilis* verilmiştir. Bu öyle bir *actio*'dur ki, *capitis deminutio*'nun hiç olmadığını farz eder.” Bkz. **Sayın**, s. 151. *Cornioley*'e göre *Gaius*'un bu metninde *praetor* araya girerek yeni bir borç yaratmamakta, verdiği *actio utilis* ile zaten var olan borcu devam ettirmektedir. *Actio utilis rescissa capitis demunitio* ile borç bir tazyik konusu haline getirilmemektedir. *Praetor edictum*'unda öngörülen durumlara özel olarak borcun *capitis deminutio* hiç gerçekleşmemiş gibi devamı sağlanmaktadır. Bkz. **Cornioley**, s. 120 vd.; **Sayın**, s. 151; **Thomas**, s. 220.*

³⁹¹ **Kaser**, RPR I, s. 403; **Schulze**, s. 73; **Thomas**, s. 220; **Zimmermann**, s. 9, dp. 40.

³⁹² Örneğin *Di Marzo*, *Balmer* ve *Rein*, *capitis demunitio minima* söz konusu ise borcun *obligatio naturalis*'e dönüşeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Balmer**, s. 28 – 29; **Di Marzo**, s. 355; **Rein**, Wilhelm: *Das Privatrecht und der Zivilprozeß der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinian*, Scientia Verlag, Aalen, 1964, s. 610; İfade edilen diğer görüşler için bkz. **Balmer**, s. 29, dp. 293.

³⁹³ **Schulz**, s. 14; **Umur**, Ders Notları, s. 223.

³⁹⁴ **Umur**, Ders Notları, s. 223; **van Warmelo**, s. 280.

anlamını taşıyan “*in iure*” ismi ile adlandırılırdı³⁹⁵. İlk aşamada taraflar ve *magistra* hazır bulunur, iddialar dinlenir, ancak bir karara varılmazdı³⁹⁶. *In iure* safhası, *litis contestatio*, yani davanın tespiti ile sona ermekteydi³⁹⁷. Davanın tespiti işleminde uyuşmazlığı giderecek hâkim belirlenir, uyuşmazlığın sınırları çizilir ve hâkime neye dayanarak karar vereceği bildirilmek suretiyle uyuşmazlığın tarafları hâkime yönlendirilirdi³⁹⁸. Böylelikle de hâkimin önünde gerçekleşen (*apud iudicem*) davanın ikinci safhası başlardı³⁹⁹. *In iure* safhası sonunda hazırlanan *formula*⁴⁰⁰, tarafların iddialarını içeren, *magistra* tarafından söylenmiş gibi düzenlenen, davanın karara bağlanması için hâkime talimat ve yetki veren yazılı bir belgeydi⁴⁰¹. Mahkeme kararı, tarafların *formula*’yı ve mahkemenin yetkisini kabul etmesi⁴⁰², yani *litis contestatio* (davanın tesbiti) ile bağlayıcı olmaktadır⁴⁰³.

³⁹⁵ **Kaser**, Max: Das Römische Zivilprozessrecht, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck), München, 1966, s. 31; **Leage**, s. 448; **Schulz**, s. 13.

³⁹⁶ *In iure* safhasında davacıya bir *actio* verilip verilmeyeceği incelenirdi. Bkz. **Tahiroğlu**, Bülent/ **Erdoğan**, Belgin: Roma Usul Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 1997, s. 12; **Umur**, Ders Notları, s. 223.

³⁹⁷ **Leage**, s. 448; **Nicholas**, s. 25; **Schulz**, s. 14; Roma’da özel yargılama sisteminin ağırlık merkezini birinci safha ile ikinci safha arasında yer alan ve davanın tespiti anlamını taşıyan *litis contestatio* oluşturmaktaydı. *Ordo iudiciorum privatorum* iki ayrı safhaya ayrılmaktadır. En eski şekil *legis actio*’lar yani kanuni dava şekilleri usulüdür. *Legis actio*’lar zamanla yerini özel yargılama sisteminin yeni şekli olan *formula*’ya bırakmıştır. Bütün Klasik Hukuk Dönemi boyunca *formula* usulü uygulanmış, M.S. 4. yüzyıldan itibaren yerini uygulaması gittikçe yaygınlaşan sistem dışı yargılamaya bırakmıştır. Bkz. **Umur**, Ders Notları, s. 223 – 224.

³⁹⁸ **Umur**, Ders Notları, s. 223.

³⁹⁹ **Kaser**, Zivilprozessrecht, s. 31; **Schulz**, s. 14.

⁴⁰⁰ *Formula* usulünde uyuşmazlığın konusunun mutlaka para ile tespit edilmesi gerekmektedir. Bunun bir neticesi olarak *actiones arbitraria* davaları dışındaki tüm davalarda davacının isteyebileceği şey *formula*’da gösterilen paradır. Bkz. **Günal**, Nadi: Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 57.

⁴⁰¹ **Tahiroğlu/ Erdoğan**, Roma Usul Hukuku, s. 25.

⁴⁰² Hâkimlerin, *formula*’da belirtilen olaylara sıkı sıkıya bağlı olduğu davalar, dar hukuk davaları (*iudicia stricta*); *praetor*’un *formula*’ların *intentio* kısmında “*ex fide bona*” yani iyiniyetin gereklerine göre ibaresi koyduğu ve hâkime geniş takdir yetkisi tanınan davalara ise iyiniyet davaları (*iudicia bonae fidei*) denilmekteydi. Bkz. **Bekker**, Die Aktionen, s. 168; **Borkowski/ Plessis**, s. 252; **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 164 – 165; **Schulz**, s. 35 - 36; **Umur**, Lügat, s. 96 – 97; Defilerin dar hukuk davalarında hâkim tarafından dikkate alınabilmesi için *formula*’ya dahil edilmesi gerekmektedir. Ancak iyiniyet davalarında

Litis contestatio aşamasına geçildiğinde dava konusu borç ilişkisi yerini bir usul hukuku ilişkisine bıraktı⁴⁰⁴. Böylelikle borçlunun hâkimin kararına uyma yükümlülüğü altına gireceği ifade edilmektedir⁴⁰⁵. Burada bir görüşe göre borcun yenilendiği⁴⁰⁶, yani bu aşama neticesinde borcun sona erdiği ve yerine yenisinin olduğu öğretide ileri sürülmektedir⁴⁰⁷. Bir başka görüşe göre, borcun sona ereceği ve yerine yenisinin oluşacağı doğrudur ancak bu yargılamanın yürütülmesi ve sonuçlanması hâlinde söz konusu olurdu⁴⁰⁸. *Litis contestatio* aşamasında yerine bir başkası geçirilmek üzere eski borç olumsuz anlamda değişime uğramakta, eğer herhangi bir sebeple yargılama yapılmaz ya da yürütülemezse, borcun bu değişime uğramış hâli ile yani *obligatio naturalis* olarak varlığını sürdüreceği ifade edilmektedir⁴⁰⁹. Bir görüşe göre yargılama

formula'ya eklenen "*ex fide bona*" ibaresi bunların *formula*'ya eklenmiş olmaksızın hâkim tarafından dikkate alınmasına sebep olurdu. Dar hukuk davalarında hâkimin takdir yetkisi söz konusu olmazken; iyiniyet davalarında hâkimin takdir yetkisi mevcuttur. Bkz. **Berki**, Roma Hukuku, s. 87; **Demiray**, Eksik Borç, s. 75 – 76; *Obligatio naturalis*'ler iyiniyet davalarında ileri sürülebilirdi. Bkz. **Tahiroğlu/ Erdoğmuş**, Meseleler, s. 11; **Villey**, Michel: Roma Hukuku Güncelliği, Çev.: Bülent Tahiroğlu, Der Yayınları, İstanbul, 2003, s. 77, dp. 9.

⁴⁰³ **Tahiroğlu/ Erdoğmuş**, Roma Usul Hukuku, s. 25.

⁴⁰⁴ **Kaser**, Zivilprozessrecht, s. 224.

⁴⁰⁵ **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 81; **Platschek**, Johannes: Handbuch des Römischen Privatrechts: Band I, §§ 1 – 58, Hrsg. Babusiaux, Ulrike/ Baldus, Christian/ Ernst, Wolfgang/ Meissel, Franz - Stefan/ Platschek, Johannes/ Rüfner, Thomas, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023, s. 381; **Schutz**, Hugo: Litis Contestatio und Klageerhebung, Benedikt Hiltz, Nürnberg, 1909, s. 66; **Tahiroğlu/ Erdoğmuş**, Roma Usul Hukuku, s. 26.

⁴⁰⁶ *Litis contestatio*, borcun yenilenmesi (*novatio*) işlemi ile benzerlik göstermektedir. Fakat *litis contestatio*, *novatio*'dan farklı olarak borcun teminatlarını sona erdirmez, bununla birlikte faizler de işlemeye devam ederdi. Bkz. **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 81; **Sayın**, borcun yenilenerek, *naturalis* hâle geldiğini ifade etmiştir. Bkz. **Sayın**, s. 163; **Schwind**, s. 296 – 297.

⁴⁰⁷ **Buckland** bu durumu *novatio* olarak ifade etmemektedir. Bkz. **Buckland**, MRPL, s. 337; *Litis contestatio* ile borcun yenilendiğine ilişkin görüş için bkz. **Schutz**, s. 66; **Schwind** ise her *litis contestatio*'dan bir *novatio* meydana geldiğini ancak *litis contestatio* ile borcun teminatlarının ortadan kalkmadığını ifade etmiştir. Yazar, bu hususun *Iustinianus* Hukuku'nda değiştiğini, eski borcun sona erdiği düşüncesinden vazgeçildiğini ifade etmiştir. Bkz. **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 82; **Schwind**, s. 297.

⁴⁰⁸ **Buckland**, Text Book, s. 553.

⁴⁰⁹ **Buckland**, MRPL, s. 337; **Jahr**, Günther: Litis Contestatio – Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisationsverfahren und im Formularverfahren, Böhlau Verlag, Köln, 1960, s. 146; **Kaser**, Zivilprozessrecht, s. 228.

devam ederken yapılmış ifa söz konusu olduğunda bu ifanın da *obligatio naturalis*'in ifası niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁴¹⁰.

1.6.3.15. *Confusio* Hâlinde Meydana Gelen *Obligatio Naturalis*

Roma'da *Ius Civile* nezdinde borcu *ipso iure* sona erdiren nedenlerden birisi *confusio*'ydu⁴¹¹. *Confusio*⁴¹², borcun alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi suretiyle sona ermesi anlamına gelmekteydi⁴¹³. Rehinli borçlu aynı zamanda mülkiyet hakkının sahibi ise bu sıfatı ile rehinli alacaklı sıfatı birleştiğinde rehin hakkı da sona ermekteydi⁴¹⁴. Böyle bir hâlde günümüzde de mevcut olan “*rei suae pignus non consistit*”, yani hiç kimsenin mülkiyet hakkına sahip olduğu bir şey üzerinde rehin hakkına sahip olamayacağı kuralı söz konusu olmaktadır⁴¹⁵. Ancak alacaklının menfaatlerinin korunmasının gerekli olduğu bazı hâllerde farklı sonuçların doğduğunu ifade etmek gerekir. Buna göre borçlu, rehinli alacaklısını mirasçı olarak atadığında

⁴¹⁰ Balmer, s. 32.

⁴¹¹ Kaser/ Knütel/ Lohsse, s. 380; Zimmermann, s. 759; Eksik borçların TBK m. 135/I'e göre birleşme uyarınca sona erebileceğine ilişkin bkz. Aepli, Viktor: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 1h: Das Erlöschen der Obligation, Erste Lieferung, Art. 114 - 126 OR, Hrsg. Gauch, Peter, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1991, Art. 118, N. 12, s. 77; Atamulu, İsmail/ Köroğlu, Emre: “Türk Borçlar Hukukunda Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi Sebebiyle Borcun Sona Ermesi (TBK m. 135)”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, Y. 2018, s. 157; Türk Borçlar Kanunu'nun 135. maddesinde yeri bulunan ve kural olarak borcu sona erdiren bir neden olarak kabul edilen birleşmenin etkileri hususunda ileri sürülen görüşlerden biri de eksik borç görüşüdür. Buna göre, eksik borçlar sona ermiş borçlar olmadığından birleşme hâlinde de borcun sona ermesi değil alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesiyle borcun dava edilemeyen bir borç hâline gelmesi söz konusudur. Bkz. Ayçiçek, Zehra: Birleşme Sebebiyle Borcun Sona Ermesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2022, s. 63; Wacke, Andreas: “Die Konfusion: Schuldtilgungsgrund oder nur Ausschluss der Klagbarkeit? Zur Vornahme der Erfüllung mit sich selbst”, Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, Carl Heyman's Verlag, Köln, 2009, s. 582.

⁴¹² *Confusio* ve Kefalet hakkında bkz. Kunzte, Johannes Emil: Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts, Hermann Mendelssohn, Leipzig, 1856, s. 217 vd.

⁴¹³ Buckland, MRPL, s. 343; Kaser, RPR II, s. 448; Kretschmar, Paul: Die Theorie der Confusion, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1899, s. 37.

⁴¹⁴ Söğütlü, s. 793.

⁴¹⁵ D. 50.17.45.pr. (Ulpianus). Bkz. Söğütlü, s. 793.

sonrasında onu mirası kabul etmeye ve bir üçüncü kişiye devretmeye zorladığında, alacak hakkı varlığını sürdürmeye devam etmekteydi⁴¹⁶. Ancak bu hâlde borçlunun geçici varisi durumuna gelen alacaklının alacak hakkının tamamen sona ermesine engel olmak adına yani alacaklının menfaatinin korunması gerektiği gerekçesiyle, bir *obligatio naturalis*'in varlığından söz edilmektedir⁴¹⁷. *Paulus*'a ait metinde rehin hakkının varlığının *obligatio naturalis*'e yol açtığı ifade edilmektedir⁴¹⁸. Ancak bu ifade özünde doğru kabul edilmekle birlikte esasında rehnin sona ermemesinin nedeninin mevcut bir *obligatio naturalis* olduğu ileri sürülmektedir⁴¹⁹.

1.6.3.16. Hâkimin Hatalı Hükümü

Roma hukukunda yargılamada hâkimin davayı hatalı bir karar alarak reddettiği hâller söz konusu olduğunda, bu durum görmezden gelinmez; borçlunun borcunu sonradan ifa etmesine imkân verilirdi⁴²⁰. Bir görüşe göre sonradan yapılan ifa *obligatio naturalis*'in yerine getirilmesi niteliğinde olacağından, ifanın geçerli olduğu ve bunun bir bağışlama da teşkil etmeyeceği kabul edilmekteydi⁴²¹. Ancak bu *obligatio naturalis*, türünün en zayıf hâlini yansıtırdı; zira varsa kurulmuş rehinler mahkeme kararı ile birlikte sona

⁴¹⁶ D. 36.1.61.pr. (*Paulus*): “*Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris: cum nollet adire ut suspectam, coactus iussu praetoris adit et restituit...*” Metne göre, borçlu, rehinli alacaklısını mirasçı olarak atamış, aynı zamanda mirası kızına devretme yükümlülüğünü yüklemiştir. Rehinli alacaklı kendisine şüpheli görüldüğü için mirası geri çevirmek istemiş, ancak *praetor*, onu kabul etmeye zorlamıştır. Bkz. **Balmer**, s. 30, dp. 301.

⁴¹⁷ **Cornioley**, s. 236 vd.; **von Savigny**, Das Obligationenrecht I, s. 79; **Schwanert**, s. 406.

⁴¹⁸ D. 36.1.61.pr. (*Paulus*). Bkz. **Balmer**, s. 30, dp. 309; Karş. **Schwanert**, s. 406.

⁴¹⁹ Rehin hakkı, ferî hak niteliğindedir. Bkz. **Balmer**, s. 31, dp. 310; **Kretschmar**, s. 126 vd.; D. 20.1.14.1 (*Ulpianus*) bkz. **Wacke**, s. 574, dp. 157.

⁴²⁰ D. 12.6.28 (*Paulus*), D. 12.6.60 (*Paulus*). Bkz. **Balmer**, s. 33; **Sayın**, s. 163.

⁴²¹ **Balmer**, s. 33; **Dernburg**, 1897, s. 14; *Kaser*, alacak hakkının ceza olarak kaybında *decretum divi marci* örneğini vermektedir. Bkz. **Kaser**, RPR I, s. 403; **Kipp**, s. 255; *Decretum divi marci*, alacaklıların alacaklarını kendi kuvvetlerini kullanmak suretiyle elde etmelerini yasaklamak adına çıkarılmış kararı ifade etmektedir. Bkz. **Umur**, Lügat, s. 55.

ermekte, kefalet söz konusu ise kendisine başvurulmuş kefil, karara bağlanan davayı savunma olarak ileri sürebilmekteydi⁴²².

1.6.3.17. Kadının Başkası Lehine Borç Yüklenmesi

Roma'da kocanın zoru ile kadının borç altına girmesine engel olabilmek amacıyla evli kadının koca lehine borç yüklenmesine engel olan bir ehliyetsizlik hâli (*intercessio pro marito*) düzenlenmişti⁴²³.

Milattan önce 46 yılında çıkan *Senatus Consultum Vellaeum*⁴²⁴ sayesinde, kadınların hukuki işlem ehliyetleri kısıtlanmış, üçüncü kişiler lehine karz almaları, kefalet ve rehin vermeleri durumunda borçlardan sorumlu tutulmayacakları kabul edilmişti⁴²⁵. *Senatus Consultum Vellaeum*'un yasak getirdiği işlemlerden birisini yapan kadının borcunu ödemekten geri durmasını sağlamak amacıyla kadının bir defî hakkı; defî ileri sürmeksizin borcunu ödeyen kadının ise ödediğini geri isteyebilmesi imkânı bulunmaktaydı⁴²⁶.

Senatus Consultum Vellaeum kararının *praetor* tarafından kadınlara defî ile koruma sağlamış olması, söz konusu borçların öğretilde *obligatio naturalis* teşkil ettiği yönünde değerlendirmelerin yapılmasına neden olmuştur⁴²⁷. Ancak defîye rağmen borcunu ifa

⁴²² D. 20.6.13 (Tryphoninus), D. 44.1.7.1 (Paulus). Bkz. **Balmer**, s. 33, dp. 351 – 352; Günümüzde alacağın ispat edilememesi yahut bir sebeple alacaklı aleyhine kesin hüküm verildiğinde borcun ortadan kalkmayacağı, eksik borç olarak varlığını sürdürmeye devam edeceği görüşü için bkz. **Birsan**, s. 340; **Demiray**, Eksik Borç, s. 138.

⁴²³ **Berki**, Roma Hukuku, s. 165.

⁴²⁴ Roma'da *Senatus Consultum Vellaeum*, kadınların üçüncü kişiler için aracılık etmelerini (*intercessio*) engelleyen bir *senatus* kararı idi. Bu karara göre, kadınların başkalarına kefil olabilmeleri, başkaları adına ödünç alabilmeleri, mallarını başkası lehine rehin verebilmeleri mümkün değildi. Söz konusu kararın uygulanması *praetor*'un bir *exceptio*'su (*Exceptio senatus consulti Vellaeani*) ile yürütülmekteydi. Bkz. **Umur**, Lügat, s. 195.

⁴²⁵ **Aksaray**, s. 97 – 98.

⁴²⁶ **Aksaray**, s. 98; Söz konusu bu defî muhtemelen *praetor* tarafından resen verilmişti. Bkz. **Zimmermann**, s. 150, dp. 226.

⁴²⁷ **Demiray**, Eksik Borç, s. 54.

eden kadın ödediğini geri isteyebilmekteydi⁴²⁸. Ayrıca *Buckland*, defî var olsa da burada bir *obligatio naturalis*'ten dahi söz edilemeyeceği ifade etmektedir⁴²⁹.

1.6.3.18. *Pactum de non Petendo*

Kelime anlamı itibariyle “anlaşma” olarak tercüme edilen *pactum*⁴³⁰, sözleşmeden (*contractus*) ayrılan özellikler taşımaktadır. Roma hukukunda sözleşme (*contractus*), borç doğuran ve belli tipleri gösteren bir tabiri ifade etmektedir⁴³¹. *Pactum* ise anlaşma anlamını taşımakla birlikte, borç doğurma imkânına sahip değildi⁴³². *Pactum*, zaman içerisinde *contractus* niteliği kazanamasa da çeşitli şekillerde koruma sağlayabilen bir teknik terim hâline gelmiştir⁴³³.

Roma’da *pactum de non petendo*, dilimizdeki karşılığıyla alacağı talep etmeme anlaşması ya da alacağı talep etmeme taahhüdü olarak ifade edilebilmektedir⁴³⁴. *Pactum de non petendo*, borçlu ile alacaklı arasında alacağın istenmeyeceğine dair yapılan şekle tabi olmayan bir anlaşmadır⁴³⁵. Bu anlaşma ile alacaklı geçici ya da daimî olarak alacağı talep etme hakkından feragat etmekte, aksi bir durumda yani anlaşmanın ihlal edilmesi hâlinde ihlal eden tarafa karşı borçluya bir defî ileri sürebilme imkânı tanınmaktaydı⁴³⁶.

⁴²⁸ Aksaray, s. 98.

⁴²⁹ *Buckland*, MRPL, s. 359; Bir görüşe göre, yasağın yaptırımı anlaşmanın geçersizliği değil, kadına alacaklının ifa talebine karşı gelebileceği bir defî hakkı tanınmasıydı. *Iustinianus*, kadınların bu nitelikteki borçlarının kesinlikle geçersiz sayılması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. *Hausmaninger/ Selb*, s. 378.

⁴³⁰ *Umar*, Lügat, s. 149.

⁴³¹ *Mayer – Maly*, s. 110; *Weiss*, s. 285.

⁴³² *Pactum* kelimesinin eski bir kullanım olduğu, barış sağlamak anlamındaki *pacisci* ve barışa tekabül eden *pax* kelimesinden geldiğine ilişkin bkz. *Mayer – Maly*, s. 111; *Umar*, Lügat, s. 149.

⁴³³ *Umar*, Lügat, s. 149 - 150; *Pactum*’ların dava konusu olabilen türlerine ilişkin bkz. *Mayer – Maly*, s. 112; *Weiss*, s. 285.

⁴³⁴ *Özdemir*, Mehmet Mert: Roma Hukukunda İbra İşlemi (*Acceptilatio*) ve Alacağı Talep Etmeme Taahhüdü (*Pactum De Non Petendo*), Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 147.

⁴³⁵ *Leage*, s. 379; *Roby*, Vol. II, s. 61.

⁴³⁶ *Jörs/ Kunkel/ Wenger*, s. 198; *Özdemir*, s. 147; *Söğütlü*, s. 456; *Umar*, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s. 330.

Alacağın geçici bir süreliğine talep edilemediği *pactum*, “*pactum de non petendo tempus*”, haktan tamamen vazgeçilen ise “*pactum de non petendo in perpetuum*” olarak adlandırılmaktaydı⁴³⁷. Roma’da ibranın da temelini oluşturan *acceptilatio* işlemi ile *pactum de non petendo in perpetuum*’un benzerlik gösterdiği açıktır. Ancak *pactum de non petendo*, herhangi bir nedenle meydana gelmiş olan borcu sona erdirmek amacıyla kullanılan bir anlaşma olsa da bu husus *praetor*’lar tarafından kabul edilmekte, borç defî yoluyla (*ope exceptionis*) *Ius Honorarium* kapsamında sona ermekteydi⁴³⁸. Fakat *Ius Civile*’nin *pactum de non petendo*’yu borcu hukuken sona erdiren bir neden olarak kabul etmemesi dolayısıyla, borç *Ius Civile*’ye göre geçerli şekilde varlığını sürdürmekteydi⁴³⁹. Bu sebeple anlaşmanın varlığına rağmen ve bu anlaşmaya aykırı da olsa alacaklının borcunu dava yoluyla talep edebilmesi mümkündü⁴⁴⁰. İşte bu nedenle de zaman içerisinde *praetor edictum*’ları ile davalıya anlaşmanın varlığını yargılama esnasında defî (*exceptio pacti*) yoluyla dermeyan edebilme imkânı verilmişti⁴⁴¹.

Roma’da bir görüşe göre *pactum de non petendo* işlemi dolayısıyla bir *obligatio naturalis* meydana gelmesinin mümkün olmayacağı kabul edilmektedir⁴⁴². Ancak, Roma’da dava edilebilir bir borcun *novatio* ile *obligatio naturalis*’e dönüşmesine ilişkin bazı görüşler de ileri sürülmüştür. Bu durumda bir değerlendirmeye göre *pactum de non petendo*’nun varlığından bahsedilebilirdi⁴⁴³.

⁴³⁷ **Bucher**, SOR AT, s. 400, 404.

⁴³⁸ **Özdemir**, s. 148; Günümüz hukukunda da *Larenz*, alacağı geçici olarak talep etmemeye ilişkin *pactum*’u erteleme sözleşmesine, süresiz olarak talep edememeye ilişkin *pactum*’u ise ibra sözleşmesine benzetmiştir. Bkz. **Larenz**, s. 248 – 249.

⁴³⁹ **Özdemir**, s. 148.

⁴⁴⁰ **Özdemir**, s. 148; **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 104.

⁴⁴¹ **Leage**, s. 393; **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 104.

⁴⁴² *Berki*’ye göre bir borç ancak kanun koyucunun iradesi ile *obligatio naturalis* olabilirdi. Bkz. **Berki**, Roma Hukuku, s. 318; *Buckland*’a göre *pactum* ile kararlaştırılan faiz dışında, *pactum*’lardan *obligatio naturalis* meydana gelmemekteydi. Bkz. **Buckland**, MRPL, s. 336; Aksi yönde bkz. **Demiray**, Eksik Borç, s. 54; Karş. **Vering**, Friedrich H.: Geschichte und Institutionen des Römischen Privatrechtes, Verlag von Franz Kirchheim, Mainz, 1870, s. 369, 371.

⁴⁴³ Bkz. *D. 46.2.1.pr. (Ulpianus)*, *D. 46.2.1.1.pr. (Ulpianus)*, karşı. *Gai. Ins. 4.121 vd.*, *D. 2.14.7.13 (Ulpianus)*. Bkz. **Balmer**, s. 45, dp. 494 – 495.

Digesta'da yer alan bir metne göre ise *obligatio naturalis*, "...ifanın yapılmasıyla ya da *pactum* veya *iusiurandum* ile *ipso iure* olarak sona erdirilebilir. Çünkü hakkaniyet bağı anlaşmanın getirdiği hakkaniyet ile ortadan kalkar..." Söz konusu bu metin uyarınca *pactum de non petendo*'nun *obligatio naturalis* bakımından diğer bir öneminin bu borçların *pactum de non petendo* ile yani basit bir anlaşma ile *ipso iure* olarak sona erdirilebilmeleri olduğu ileri sürülmektedir⁴⁴⁴.

1.6.4. Roma Hukukunda *Obligatio Naturalis*'in Etkileri

1.6.4.1. *Obligatio Naturalis*'in Kesin Etkileri

Her *obligatio naturalis* için geçerli olan kesin etkiler konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır. Bu etkilerin ilki *obligatio naturalis*'in yaptırımsız olmasıydı. Diğerleri ise yapılan bir ifa söz konusu olduğunda ifanın bağışlama ve sebepsiz zenginleşme teşkil etmemesiydi.

1.6.4.1.1. Yaptırımsızlık

Roma'da *Ius Civile* yahut *Ius Praetoria* (*Praetor* hukuku) tarafından korunmaması dolayısıyla dava hakkı verilmemiş olması veya bir dava hakkı tanınmış olmasına rağmen *paretor*'un tanıdığı bir def'i (*exceptio*) ile davanın reddi sağlanarak borçlu borcunu ifadan kaçınabilmekteydi⁴⁴⁵. Borç zorlama ile yerine getirilemeyeceğine göre, borcu ifa edip etmemek borçlunun inisiyatifine kalmıştı. Böylelikle ifadan geri duran borçluya karşı herhangi bir sorumluluk yüklenememekteydi. *Obligatio naturalis* dava edilememesi nedeniyle borçlunun temerrüde düşmesi de mümkün değildi⁴⁴⁶. Zira

⁴⁴⁴ **Mousourakis**, s. 186; *D. 46.3.95.4 (Papinianus)*: "*Naturalis obligatio; ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur...*" Metin ve çeviri için bkz. **Özdemir**, s. 157.

⁴⁴⁵ **Demiray**, Eksik Borç, s. 71; **Umur**, Ders Notları, s. 304 - 305.

⁴⁴⁶ **Kayak**, Sevgi: Roma Hukukunda Borçlu Temerrüdü (*Mora Debitoris*), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2003, s. 53; **Rado**, s. 179; **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 93; **Umur**, Ders Notları, s. 331.

obligatio naturalis'in borçlusu edimi ifadan her zaman geri durabilmekteydi. Başka bir ifadeyle borçlu ifadan istediği kadar hatta sonsuza dek kaçınma imkânına sahipti. Bu sebeple dava ile korunmadıkları için *obligatio naturalis*'lerde temerrüt gerçekleşmemektedir⁴⁴⁷.

1.6.4.1.2. Geçerli İfanın Bağışlama ve Sebepsiz Zenginleşme Teşkil Etmemesi

Obligatio naturalis başta *Papinianus* tarafından *vinculum aequitatis* ile ilişkilendirilse⁴⁴⁸ de bu nitelikteki borçlar hukuk düzeni tarafından kabul gören, kendisine hukuki sonuçlar bağlanabilen borçlardır⁴⁴⁹. Yaptırımsız olmasına rağmen *obligatio naturalis* ifa edildiği takdirde bu ifa geçerli sayılmaktaydı; zira ifanın, bağışlama sebebiyle (*causa donandi*) değil; ifa sebebiyle (*causa solvendi*) ve alelade bir borcun yerine getirilmesi (*solutio debiti*) amacıyla yapıldığı kabul edilmekteydi⁴⁵⁰. *Obligatio naturalis* ifa edildiğinde geçerli bir borcun ifa edilmesi söz konusu olduğu için ifa, sebepsiz zenginleşme (*condictio indebiti*) teşkil etmemekteydi⁴⁵¹. Bu sebeple

⁴⁴⁷ Roma hukukunda bir görüşe göre *obligatio naturalis* niteliğindeki borçların muaccel olmaları mümkün olmadığından borçlunun da temerrüde düşmesi de mümkün değildi; zira muacceliyet temerrüdün bir ön şartıydı. Bkz. *D. 45.1.127 (Scaevola)*, karş. *D. 50.17.88 (Scaevola)*. Bkz. **Balmer**, s. 39. Ancak *obligatio naturalis*'i dogmatik olarak ele alan ilk hukukçu olan *Iulianus*'a göre *obligatio naturalis* niteliğindeki borçların hukuken mevcut ve geçerli olmaları dolayısıyla, bu borçlar da muaccel olurdu. Bkz. *D. 46.1.16.4 (Iulianus)*, ayrıca bkz. *D. 45.1.41.1 (Ulpianus)*. Bkz. **Balmer**, s. 39, dp. 418.

⁴⁴⁸ **Frenzel**, Georg: Über die Entstehung des römischen Rechtsbegriffs naturalis obligatio, Druck und Verlag Breit und Härtel, Leipzig, 1897, s. 26.

⁴⁴⁹ *Obligatio naturalis*'ler ahlaki yükümlülüklerden çoğu konuda ayrılırlar da bu durum *Iustinianus*'un zamanında dikkate alınmamıştır. Bkz. **Balmer**, s. 38; Karş. **Schwanert**, s. 2, 230.

⁴⁵⁰ *Solutio Indebiti* (olmayan borcun ifası) söz konusu olmazdı. Bkz. **Honsell**, Römisches Recht, s. 83; **Rado**, s. 19 – 20; **Umur**, Lügat, s. 200.

⁴⁵¹ **Buckland**, MRPL, s. 336; **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 248; **Lee**, s. 284; **McInnes**, Mitchell: “Natural Obligations and Unjust Enrichment”, Exploring Private Law, EDS. Elise Bant & Matthew Hardings, Cambridge University Press, 2010, s. 178; **Rado**, s. 19 – 20; *D. 12.6.13.pr. (Paulus)*: “Naturaliter etiam servus obligatur: et ideo, si quis nomine eius solvat vel ipse manumissus, ..., repeti non poterit: et ob id et fideiussor pro servo acceptus tenetur et pignus pro eo datum tenebitur et, si servus, qui peculii administrationem habet, rem pignori in id quod debeat dederit, utilis pignoratitia reddenda est.” *Paulus*'a ait metinde kölenin *obligatio naturalis* borcu altına girebileceği, eğer bir kimsenin onun adına bu borcu öderse yapılan ifanın var olmayan bir borcun ifası olmadığı için geri istenemeyeceği, bu nedenle köle için gösterilen kefilin yahut borcu için verilmiş olan rehnin geçerli olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Günel**, Nadi: Roma Hukukunda

geri istenememekte ve alacaklı tarafından muhafaza edilmekteydi (*soluti retentio*)⁴⁵². *Obligatio naturalis*'in varlığı hukuk düzeni tarafından kabul edilmiş olmakla birlikte bu nitelikteki borçların yaptırımsız ve bu sebeple ifaya zorlama yetkisi vermemesi dolayısıyla ifa, borçlunun kendi inisiyatifine kalmaktaydı⁴⁵³. *Obligatio naturalis* borçlusu, borcunun dava konusu edilemeyeceğini bilmemesi dolayısıyla ifayı yerine getirmiş olsa bile ifa geçerli kabul edilir ve sebepsiz zenginleşme (*condictio indebiti*) nedeniyle iade talep edilemezdi⁴⁵⁴. Zira neticede borçlu, mevcut ve geçerli bir borcunu ifa etmiş olurdu⁴⁵⁵.

1.6.4.2. *Obligatio Naturalis*'in Olası Etkileri

Obligatio naturalis niteliğindeki borçların hepsi için geçerli olan kesin etkilerinin yanında bir de bu borçların olası etkileri söz konusuydu. Olası etkiler ortak olmayan, tartışmalı sonuçları karşılamaktaydı. İfade etmek gerekir ki bir borcun *obligatio naturalis* niteliği taşıması olası etkilerin tümünü sağlamasına bağlı değildi. Zira bu borçlar olası etkiler konusunda birlik göstermemekteydi⁴⁵⁶. *Obligatio naturalis*'lerin

Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (*Condictio Indebiti*), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 504, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları No: 20, 1996, s. 38; D. 12.6.51 (*Pomponius*): “*Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus.*” *Pomponius*'a ait metinde muhafaza etmeye hakkımızın olduğu ancak dava açmak suretiyle talep etme hakkımızın olmadığı şeylerin ifa edilmesi hâlinde iadesinin istenemeyeceği ifade edilmektedir. Bkz. **Emiroğlu**, *Obligatio Naturalis*, s. 74; D. 46.1.16.4 (*Iulianus*): “*Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.*” *Iulianus*'a ait metinde *obligatio naturalis*'lerin sadece dava edilebilir olmamalarına değil aynı zamanda ödenmiş paranın da geri istenememesine dikkat çekilmektedir. Söz konusu metinde tabii olarak borçlananların görünüşte borçlu oldukları ve onlardan parayı alanların alacaklarını aldığı ifade edilmektedir. Bkz. **Erdoğan**, *Borçlar Hukuku*, s. 22.

⁴⁵² **von der Trenck**, Siegfried: *Die naturalis obligatio im B. G. B.*, Druck von H. Hermann, Kneiph., Königsberg, 1905, s. 10.

⁴⁵³ **Tahiroğlu**, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 34 – 35; **Umur**, *Ders Notları*, s. 304.

⁴⁵⁴ **Balmer**, s. 37; **Jörs/ Kunkel/ Wenger**, s. 167; **Umur**, *Ders Notları*, s. 304.

⁴⁵⁵ **Balmer**, s. 36 – 37.

⁴⁵⁶ **Balmer**, s. 38.

olası etkiler bakımından bir birlik göstermemesi ise borcun niteliğinde herhangi bir değişikliğe neden olmamaktaydı⁴⁵⁷.

1.6.4.2.1. *Novatio*

Novatio yani yenileme, *Ius Civile*'ye göre *stipulatio* yolu ile oluşturulan yeni bir borçla eski borcun ortadan kaldırılmasıdır⁴⁵⁸. *Novatio* ile eski borcun yeni bir borca tahvili söz konusu olmaktaydı⁴⁵⁹. Yenilemenin gerçekleşmesi için gerekli bazı şartlar⁴⁶⁰; eski borcun varlığı, yeni bir borcun meydana getirilmesi, iki borcun konusunun aynı olması ve yeni borca eski borçta mevcut olmayan bir yeniliğin (borcun içeriğinde, kapsamında ya da taraflarında) dahil edilmesi idi. *Novatio* ile eski borç ortadan kaldırıldığından sona eren eski borç ile ona bağlı olan ferî borçlar da ortadan kalkmaktaydı⁴⁶¹. Eski borcun, dava edilebilir bir borç yahut *obligatio naturalis* olmasının bir önemi bulunmamaktaydı⁴⁶². *Obligatio naturalis*, bu işlemin konusunu oluşturabilmekte, böylece tam borç niteliğini kazanabilmekteydi⁴⁶³. Roma'da prensipte tüm borçların

⁴⁵⁷ **Balmer**, s. 38.

⁴⁵⁸ **Koschaker/ Ayiter**, s. 286; *D. 46.2.1 (Ulpianus)*: “*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur. Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione.*” *Ulpianus*'a ait metinde, *civilis* yahut *naturalis* olsa da önceki borç yerine yenisinin konulduğu ifade edilmektedir. **Di Marzo**, s. 389, dp. 61; **Mousourakis**, s. 275; **Rabel**, s. 146; **Roby**, Vol. II, s. 38; **Römer**, Robert: Die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen gemeinen Recht, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1863, s. 3; **Weiss**, s. 398 – 399.

⁴⁵⁹ **Rabel**, s. 146; **Rado**, s. 183; **Roby**, Vol. II, s. 38; **van Zyl**, s. 358.

⁴⁶⁰ **Rado**, s. 183; Klasik Hukuk Dönemi'nde, borcu yenileme iradesinin (*animus novandi*) varlığı önem arz etmeksizin borç doğrudan sona ermekteydi. *Iustinianus* Hukuku'nda ise eski borcun sona ermesi için tarafların borcu yenilemeye dair niyet ve iradelerini açıkça belirtmeleri gerekmekteydi. Buna ek olarak, *Iustinianus* Hukuku'nda, Klasik Hukuk Dönemi'nin aksine yeni ve eski borç arasında özdeşlik prensibi aranmamaktaydı. Bkz. **Rado**, s. 184; Terminolojik olarak *animus novandi* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Apathy**, Peter: *Animus novandi*, Springer Verlag, Wien, 1975, s. 31 vd.

⁴⁶¹ **Rado**, s. 184; **Schwind**, s. 295.

⁴⁶² **Koschaker/ Ayiter**, s. 287; **Roby**, Vol. II, s. 38; **von Savigny**, Das Obligationenrecht I, s. 50; **van Warmelo**, s. 237; **van Zyl**, s. 252.

⁴⁶³ **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 342; **Lee**, s. 284; **Mahler**, Max: Die natürlichen Verbindlichkeiten im Bürgerlichen Gesetzbuch, Buchdruckerei Johann Nagengast, Bamberg, 1904, s. 8; **Mousourakis**, s. 186; **Roby**, Vol. II, s. 38; **Thomas**, s. 220; **Umur**, Ders Notları, s. 304; **Weiss**, s. 399; **Willems**, Constantin: Handbuch des Römischen

yenilenebilmesi mümkündü. Ancak bazı *obligatio naturalis*'lerin yenilenerek dava edilebilir hâle gelebilmesi Roma hukukunun temel ilkelerine uygun görülmemekteydi; örneğin kölelerin borçlarında, yahut *impubes*'lerin *auctoritas* olmadan yaptıkları borçlandırıcı işlemlerde *novatio* ile borcun tam borca dönüşmesi kişilerin ehliyet durumlarıyla çelişecek bir sonuca neden olmaktaydı⁴⁶⁴.

1.6.4.2.2. *Compensatio*

Takas (*compensatio*), borçlu ve alacaklının karşılıklı olarak talep haklarının birbirinden çıkarılmasıdır⁴⁶⁵. Bu işlem, Klasik Hukuk Dönemi'nde tarafların kendi aralarında anlaşmak suretiyle *pactum* yolu ile yapmış oldukları bir işlem idi ve buna rağmen borç için dava açıldığında kişi kendisini bir defî ile savunup borcundan kurtulabilmekteydi⁴⁶⁶. *Iustinianus* Hukuku'nda ise takasın borcu *ipso iure* (hukuken) sona erdiren bir neden hâline geldiği kaynaklardan anlaşılmaktadır⁴⁶⁷.

Takasın gerçekleşmesi için gerekli olan şartlar; karşılıklı borçların taraflarının aynı olması, takası istenen borçların ikisinin de muaccel olması, alacak konularının aynı türden ve misli nitelikte mallar olmasıydı⁴⁶⁸. *Iulianus*'a göre geçerli borç olmaları dolayısıyla *obligatio naturalis*'ler de muaccel hâle gelirdi bu sebeple dava edilebilen bir borç ile takas edilmeleri mümkündü⁴⁶⁹. *Obligatio naturalis* alacaklısının sahip olduğu

Privatrechts: Band II, §§ 59 – 112, Hrsg. Babusiaux, Ulrike/ Baldus, Christian/ Ernst, Wolfgang/ Meissel, Franz - Stefan/ Platschek, Johannes/ Rüfner, Thomas, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023, s. 1992.

⁴⁶⁴ **Balmer**, s. 46; Roma'da dava edilebilir bir borcun *novatio* ile *obligatio naturalis*'e dönüşmesine ilişkin bazı görüşler de ileri sürülmüştür. Bu durumda bir değerlendirmeye göre *pactum de non petendo*'nun varlığından bahsedilebilirdi. Bkz. *D. 46.2.1.pr. (Ulpianus)*, *D. 46.2.1.1.pr. (Ulpianus)*, karşı. *Gai. Ins. 4.121* vd., *D. 2.14.7.13 (Ulpianus)*. Bkz. **Balmer**, s. 45, dp. 494 – 495.

⁴⁶⁵ **Honsell**, Römische Recht, s. 109; **Mousourakis**, s. 274; **Roby**, Vol. II, s. 363; **Schwind**, s. 293; **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 101; **van Zyl**, s. 356.

⁴⁶⁶ **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 102; **van Warmelo**, s. 240.

⁴⁶⁷ **Honsell**, Römische Recht, s. 109; **Mousourakis**, s. 275; **Schwind**, s. 293; **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 102; **van Warmelo**, s. 241; **Weiss**, s. 440; **van Zyl**, s. 357.

⁴⁶⁸ **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 102; **van Warmelo**, s. 238 – 239.

⁴⁶⁹ *D. 46.1.16.4 (Iulianus)*'ta *obligatio naturalis*'lerin de muaccel hâle geleceği, zira ortada geçerli bir borcun var olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Balmer**, s. 39, dp. 418; **Honsell**,

bu avantajlı durum bazı *obligatio naturalis* türlerinde fayda sağlamazdı. Örneğin, *senatus* kararına aykırılık teşkil eden verilmiş ödünçler yahut *impubes*'lerin vasilerinin *auctoritas*'ı olmadan yaptıkları borçlandırıcı işlemlerden doğan alacakların takasa konu oluşturabilmeleri mümkün değildi⁴⁷⁰. Bununla birlikte, Roma hukukuna ilişkin bazı kaynaklardan anlaşıldığı üzere *obligatio naturalis*'lerin temerrüde düşmeyeceği kabul edildiğinden, bununla ilişkili olarak bu nitelikteki borçların muaccel olamayacakları ve bu sebeple takas edilemeyecekleri de ileri sürülmüştür⁴⁷¹.

1.6.4.2.3. *Obligatio Naturalis* ve Teminat

Teminat; Roma'da da şahsi ve ayni teminat olmak üzere iki şekilde söz konusu olmaktadır⁴⁷². Ayni teminat olarak rehin kurumunun Roma'da sonradan kabul edilmiş olması şahsi teminatın ayni teminata nazaran daha çok tercih edilmesinin sebebi olmuştur⁴⁷³. Şahsi teminat niteliğini haiz kefalette kefil, borcun ifa edilmesinde borçlunun yanında sorumluluk altına girmekteydi⁴⁷⁴. Klasik Hukuk Dönemi'nde ve *Iustinianus* Dönemi'nin ilk yıllarında alacaklı dilerse borçluyu dilerse de kefil takip edebilirdi⁴⁷⁵. *Iustinianus*'un 4. *Novella*'sı ile bu durum değiştirilmiş, kefile bir defî hakkı⁴⁷⁶ tanınmış böylelikle de alacaklı önce kefile başvurduğunda defiyi dermeyen

Römisches Recht, s. 83; **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 248; **Mousourakis**, s. 186; **Rado**, s. 188; **von Savigny**, Das Obligationenrecht I, s. 4; **Siber**, Heinrich: Compensation und Aufrechnung: Ein Beitrag zur Lehre des deutschen bürgerlichen Rechts, Verlag von C. L. Hirschfeld, Leipzig, 1899, s. 34; **Thomas**, s. 220; **van Zyl**, s. 252.

⁴⁷⁰ **Balmer**, s. 39.

⁴⁷¹ *D. 45.1.127 (Scaevola)*, *D. 50.17.88 (Scaevola)*; Kölelerin borçlarından doğan alacaklar ve *litis contestatio* açısından takasın mümkün olduğuna ilişkin bkz. *D. 40.7.20.2 (Paulus)*, karş. *D. 19.1.30.pr. (Africanus)*; Bkz. *D. 16.2.18.pr. (Papinianus)*. Bkz. **Balmer**, s. 39 - 40.

⁴⁷² **Tahiroğlu**, Bülent: "Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 42, S. 1 - 4, Y. 1976, s. 323.

⁴⁷³ **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 136; **Honsell**, Römisches Recht, s. 114; **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 145.

⁴⁷⁴ **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 136.

⁴⁷⁵ **Koschaker/ Ayiter**, s. 215; **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 150.

⁴⁷⁶ Kefile tanınan bu defî hakkı *beneficium excussionis* olarak adlandırılmaktaydı. Bkz. **Gürten**, Kadir: Roma Hukuku'nda Kefalet Akdi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 84; **Honsell**, Römisches Recht, s. 114.

etmek suretiyle kefil, önce asıl borçluya başvurması talebini ileri sürme imkânını elde etmişti⁴⁷⁷.

Roma’da kefalet sözleşmesi, *stipulatio* işlemi ile yapılmaktaydı⁴⁷⁸. Söz konusu bu sözleşmenin *sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio* olmak üzere üç farklı türü bulunmaktaydı⁴⁷⁹. *Sponsio* türünde teminat altına alınan borç bir *stipulatio* ile meydana getirilmeliydi ve bu tür kefalet ancak Roma vatandaşları arasında gerçekleşebilirdi⁴⁸⁰. *Fidepromissio* da yine aynı şekilde *stipulatio* ile taahhüt edilen borçlar için geçerliydi; ancak bu tür kefalet sözleşmesi yabancılar tarafından da yapılabilmekteydi⁴⁸¹. *Fideiussio* olarak adlandırılan kefaletin bir diğer türü, diğer iki türün aksine *Iustinianus* Hukuku’na da geçmişti ve her türlü borç için kullanılabilmekteydi⁴⁸². Kefaletin sayılan ilk iki türünde kefilin yüklendiği sorumluluk iki yılla sınırlandırılmış olup, mirasçılara intikal etmezdi; ancak *fideiussio* türünde sorumluluk süre ile sınırlandırılmamıştı ve mirasçılara intikal ederdi⁴⁸³.

Obligatio naturalis’lere *fideiussio* ile kefil olunabilmesi mümkün görülmekteydi⁴⁸⁴. Ancak kefilin, asıl borçlunun sahip olduğu borcun *obligatio naturalis* olmasına ilişkin

⁴⁷⁷ **Gürten**, s. 84; **van Warmelo**, s. 165.

⁴⁷⁸ **Buckland**, MRPL, s. 268; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 137; **Honsell**, Römische Recht, s. 114; **Mousourakis**, s. 248; **Nicholas**, s. 193; **Rabel**, s. 154.

⁴⁷⁹ **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 137; **Mousourakis**, s. 248; **Nicholas**, s. 204; **Rabel**, s. 154; **Watson**, Alan: The Law of Obligations in the Later Roman Republic, Oxford University Press, Great Britain, 1965, s. 6.

⁴⁸⁰ **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 137; **Mayer – Maly**, s. 172; **Mousourakis**, s. 248 – 249; **Nicholas**, s. 204; **Weiss**, s. 326.

⁴⁸¹ **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 137; **Mayer – Maly**, s. 172; **Mousourakis**, s. 249; **Watson**, LRR, s. 6.

⁴⁸² **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 137; **Mousourakis**, s. 249.

⁴⁸³ **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 137; **Mousourakis**, s. 249 – 250; **Weiss**, s. 327.

⁴⁸⁴ **Di Marzo**, s. 353; *D. 41.1.16.3 (Iulianus)*: “*Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur.*” *Iulianus*’a ait metinde *obligatio civilis* ya da *obligatio naturalis*’e kefil olunabileceği ifade edilmektedir. Bkz. **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 22 - 23; **Gürten**, s. 98; **Honsell**, Römische Recht, s. 114; **Lee**, s. 284; **Mousourakis**, s. 186; **von Savigny**, Das Obligationenrecht I, s. 49; **Weiss**, s. 326; **van Zyl**, s. 252.

defiyi alacaklıya karşı ileri sürerek ifadan kaçınabilmesi mümkündür⁴⁸⁵. *Obligatio naturalis*, aynı teminat olarak rehin konusunu da oluşturabilmekteydi⁴⁸⁶. Ancak ifade etmek gerekir ki *Senatus Consultum Macedonianum*'a aykırı olarak verilen ödünçlerin ne aynı teminatla ne de şahsi teminatla güvence altına alınabilmeleri mümkün görülmemekteydi⁴⁸⁷.

1.6.5. Roma Hukukundan 19. Yüzyıla Avrupa'da *Obligatio Naturalis* Üzerine Görüşler

Orta Çağ ve Erken Modern Çağ'da dönemin önde gelen İtalya, Hollanda, Almanya ve Fransa kökenli hukukçuları *obligatio naturalis*'e ilişkin aydınlatıcı değerlendirmelerde bulunmuştur.

⁴⁸⁵ D. 46.1.32 (Ulpianus), D. 44.1.19 (Marcianus), *Ius. Ins.* 4.14.4. Bkz. **Balmer**, s. 44, dp. 477.

⁴⁸⁶ **Kaser/ Knütel/ Lohsse**, s. 248; **Mousourakis**, s. 186; **Rado**, s. 20; D. 20.1.5.pr. (Marcianus): “*Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos, sive emptio vel venditio contrahatur vel etiam locatio conductio vel mandatum, et sive pura est obligatio vel in diem vel sub condicione, et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari possunt: sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte eius: et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali. Sed et in condicionali obligatione non alias obligantur, nisi condicio exstiterit.*” “Aydın; karz, cihaz, alım satım, mandatum, ya da locatio conductio gibi ister hemen ister vadeye veya şartı bağlı olarak yapılacak yahut hâlihazırda yapılmış herhangi bir akitten doğan borç için teminat altına alınabilir. Aydın; civiles, praetorian veya naturalis borçlarla gelecekte doğacak bir borç için de (gerek bir bölümü gerekse de tamamı bakımından) teminat altına alınabilir. Aydın, şartı bağlı bir obligatio için sadece şart yerine getirilirse teminat teşkil eder.” Naklen, **Sayın**, s. 193; D. 20.1.14.1 (Ulpianus): “*Ex quibus basibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit.*” Ulpianus’a ait metinde bağlı olduğu *obligatio naturalis*’in ortadan kalkması hâlinde rehnin de ortadan kalkacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Sayın**, s. 193; D. 12.6.13 (Paulus): “*Naturaliter etiam servus obligatur: et ideo, si quis nomine eius solvat vel ipse manumissus, ut pomponius scribit, ex peculio, cuius liberam administrationem habeat, repeti non poterit: et ob id et fideiussor pro servo acceptus tenetur et pignus pro eo datum tenebitur et, si servus, qui peculii administrationem habet, rem pignori in id quod debeat dederit, utilis pigneraticia reddenda est.*” Paulus’a ait metinde kölenin *obligatio naturalis* borcuna sahip olabileceği, bu nedenle bir kimsenin onun adına ödemedede bulunması durumunda ya da Pomponius’un ifade ettiği şekilde kendisi azat edildikten sonra yönetiminde yetkili olduğu *peculium* ile bu borcu öderse ödenen geri istenemez. Bunun yanında köle için kefilin borçlu hâle gelmesi mümkündür. Kendisi için verilen rehin de geçerlidir. Ayrıca *peculium*’u yönetme yetkisini haiz köle borcu için rehin verdiğinde kendisine rehin dolayısıyla bir *actio utilis*’in verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Sayın**, s. 193 – 194; **van Zyl**, s. 252.

⁴⁸⁷ D. 20.3.2 (Gaius), D. 14.6.9.3 (Ulpianus). Bkz. **Siber**, RP, s. 168; **Weiss**, s. 267.

1185 – 1263 yılları arasında Bologna’da yaşamış İtalyan hukukçu *Accursius*, her borcun biri *naturalis* diğeri ise *civilis* olmak üzere iki kökünün bulunduğunu, *naturalis* köke *civilis* kökün eklenmesi hâlinde ise sözleşmenin yüzünün, biçiminin yahut elbisesinin ortaya çıktığını ve böylelikle de bu sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi durumunda talep edilebilir hâle geleceğini ifade etmiştir⁴⁸⁸. *Accursius*, bu borç türünün Roma hukukunda kabul edilmiş özelliklerinin orta çağ hukukunda da benimsenmesinin temel taşlarını bazı niteliklere vurgu yaparak ortaya koymuştur. Buna göre *obligatio naturalis*, hukuken mevcut ve geçerli olmasına rağmen yaptırımsız bir borçtur; yani alacaklıya dava açma hakkı vermese de borç borçlu tarafından ifa edildiği takdirde alacaklıya ifayı muhafaza edebilme yetkisini sağlamaktadır⁴⁸⁹.

Fransız hukukçu *Hugo Donellus* (1527 – 1591), en önemli çalışmasını oluşturan “*Commentarii de Iure Civili*” adlı eserinde özellikle *Digesta*’nın 12. kitabı üzerine *obligatio naturalis*’e ilişkin bir teori geliştirmiş ve bu teorisinde, *obligatio naturalis*, *obligatio civilis nuda* ve *obligatio civilis* olmak üzere borç kavramını üç gruba ayırmak suretiyle incelemiştir⁴⁹⁰. *Obligatio naturalis* dava hakkı tanınmayan borçları ifade etmekte, *obligatio civilis nuda* dava hakkı tanınmakla birlikte bu tür borçlarda borçlunun ileri sürebileceği bir defa hakkı bulunmakta ve son olarak *obligatio civilis* ise tam yaptırım gücünü haiz borçları ifade etmektedir⁴⁹¹. Sonradan yaptığı sınıflandırmada borçları; vollkommene – unvollkommene olarak sınıflandırmış olmasına rağmen, eksik (unvollkommene) borçlarda da bağın oluştuğunu bu sebeple de hata ile dahi olsa ifa edildiklerinde bu ifanın geçerli olacağını ifade etmiştir⁴⁹².

Doğal hukuk öğretisi ile ün kazanmış Hollandalı hukukçu – düşünür *Hugo Grotius* (1583 – 1645), hayatının bir döneminde ömür boyu hapis cezasına çarptırılmış sonra da

⁴⁸⁸ **Dorn**, Unvollkommene (natürliche) Verbindlichkeiten im Allgemeinen, N. 5, s. 2142; **Scharr**, s. 839 vd.; *Obligatio naturalis*, her zaman iade yükümlülüğünden muafiyeti ifade eder. Bkz. **Schulze**, s. 87 – 88.

⁴⁸⁹ **Balmer**, s. 52 – 53.

⁴⁹⁰ **Balmer**, s. 53; *Obligatio*’ya ilişkin bu ayrım; *naturalis*, *civilis nuda* ve *civilis cum re* olarak da ifade edilmekteydi. Bkz. **Schulze**, s. 88 – 89.

⁴⁹¹ **Balmer**, s. 53.

⁴⁹² **Balmer**, s. 54.

bir sandık içerisine saklanmak suretiyle firar etmiştir⁴⁹³. *Grotius*'a göre bir kimse alacak hakkına sahip olduğunda, borçlu üzerinde bir çeşit mülkiyet hakkı da elde etmektedir⁴⁹⁴.

Grotius'un *obligatio naturalis*'e ilişkin yaptığı yorum ise dikkat çekicidir. *Grotius*'un *obligatio naturalis*'e ilişkin değerlendirmesi şu şekildedir⁴⁹⁵; yasaların insanlar üzerinde, onların hakları ve malları üzerinde herhangi bir insanın kendi üzerinde sahip olduğundan çok daha fazla gücü bulunmaktadır. Böylece hukuk düzenleri tecrübeler neticesinde bazı borçların yaptırımdan arındırılmasını gerekli görmüştür. İnsanların aceleci davranmak suretiyle, yeterince düşünmeksizin bazı borç ilişkilerine girmelerine engel olabilmek amacıyla çeşitli borçlar yaptırım gücünden yoksun bırakılmıştır. Böylelikle insanların bu borçları meydana getirme arzu ve kuvvetleri zayıflatılmak istenmiştir. *Grotius* aynı zamanda, ahlaki ödevlerden doğan borçların, hukuki borç kapsamı dışında değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yaparak ahlaki ödevlerden doğan borçlarla eksik borçlar arasındaki sınırı da belirlemiştir. Ona göre herkes ahlaki ödevlerin borçlusudur ve iyilik yapmakla yükümlüdür; ancak bu bir şahsi hakka neden olmamaktadır.

Hollandalı hukukçu *Arnold Vinnius* (1588 – 1657) borçlar hukuku alanında önemli çalışmalar ortaya koymuş, bu çalışmalara istinaden borçlara ilişkin *obligatio naturalis pura*, *obligatio civilis mera* ve *obligatio mixta* olmak üzere üçlü bir ayırım yapmıştır⁴⁹⁶. *Obligatio naturalis pura* bilindiği anlamıyla *obligatio naturalis*'i karşılamakta, yaptırım gücü bulunmamakta ancak ona göre adalet duygusu bu tür borçlunun borcunu ifa etmesini gerektirmektedir⁴⁹⁷. *Obligatio civilis mera*, yaptırım gücüne sahip borçları ifade etmekte, ancak burada *praetor* tarafından borçluya tanınmış defî hakkı söz konusu

⁴⁹³ **Grotius**, Hugo, Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis), Seçmeler, Çev.: Seha L. Meray, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 222 – 204, Ankara, 1967, s. V - VI.

⁴⁹⁴ **Balmer**, s. 57.

⁴⁹⁵ **Balmer**, s. 57, Alacak hakkı vermemesine ilişkin ayrıca bakınız s. 203.

⁴⁹⁶ **Vinnius**, Arnold: Institutionenkommentar: Schuldrecht, Text und Übersetzung (von Kalus Wille), C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2005, *Ius. Ins.* 3.13, N. 4, s. 7.

⁴⁹⁷ **Vinnius**, I Komm, *Ius. Ins.* 3.13, N. 5, s. 7.

olduğundan borçlunun davayı reddettirebilme gücü bulunmaktadır⁴⁹⁸. *Obligatio mixta* ise *civilis* ve *naturalis* niteliğini haiz borçların adaletin sağlanabilmesi açısından bir araya getirilmesini ifade etmektedir⁴⁹⁹.

Vinnius'un yaptığı bu sınıflandırma, yukarıda ifade edilen *Hugo Donellus*'un yaptığı sınıflandırmaya benzemektedir. *Vinnius*, yaptığı sınıflandırmaya istinaden *obligatio naturalis pura*'ya birtakım sonuçlar bağlamıştır⁵⁰⁰: *Vinnius*'a göre bu tür borcun ahlaki yükümlülükler ile bir ilgisi bulunmakta, bir kimse yasaların bile ilgilenmediği ahlaki yükümlülüğünü yerine getirdiğinde doğru olan bir işi yapmış sayılmaktadır. Buna ek olarak *Vinnius*'un açıklamaları yine *Donellus*'u takip ederek şu şekilde devam etmektedir; *obligatio naturalis*, medeni borçların yaptırım gücü haricindeki tüm özelliklerini içermekte, buna göre hata ile ifa edilmiş olsa bile muhafaza edilmesi, takas edilebilmesi, yenileme işlemine konu olabilmesi, teminat ile güvence altına alınabilmesi mümkündür⁵⁰¹.

Roma hukukunun önemli bir destekçisi olan Fransız hukukçu *Jean Domat* (1625 – 1696), *obligatio naturalis* kavramının tüm özelliklerinin Romalı hukukçular tarafından ortaya koyulduğunu savunmuş, *obligatio naturalis* borçlusunun ancak kendisi gönüllü ise borcunu ifa edebileceğini, aksi takdirde hiçbir gücün borçluyu ifaya zorlayamayacağını vurgulamıştır⁵⁰².

⁴⁹⁸ **Vinnius**, *Ikkomm, Ius. Ins. 3.13*, N. 9, s. 11.

⁴⁹⁹ **Vinnius**, *Ikkomm, Ius. Ins. 3.13*, N. 10, s. 11 – 13.

⁵⁰⁰ **Vinnius**, *Ikkomm, Ius. Ins. 3.13*, N. 8, s. 9 – 11.

⁵⁰¹ *Savigny, obligatio naturalis*'e ilişkin olarak, *Vinnius*'un açıklamalarına benzer bir yorumda bulunmuştur. Buna göre *Savigny, obligatio naturalis*'lere ilişkin olası etkilerin *obligatio civilis* ile aynı olduğunu ifade etmiştir. Zira ifayı dolaylı zorlama imkânları, yenileme ve takas *obligatio naturalis*'lerde söz konusu olabilmektedir. Tüm bu nedenlerle *Savigny*, her *obligatio civilis*'in aslında bir *obligatio naturalis* olduğu görüşündedir. Bkz. **Schulze**, s. 142.

⁵⁰² **Balmer**, s. 61.

16. yüzyılda ortak Alman özel hukuku, bilhassa Roma özel hukukundan resepsiyon yolu ile oluşturulmuş, böylelikle Pandekt hukuku kavramı ortaya çıkmıştır⁵⁰³. Pandekt hukuku, Roma özel hukuku ile birebir örtüşmüyordu. Zira bin yıl sonra altıncı yüzyılın hukuk kurallarını tamamen değişen günün yeni şartlara uygulamak imkânsız olurdu⁵⁰⁴.

Hukukun teorik olarak incelenmesinden ve kavramlaştırma faaliyetlerinden uzak durmalarıyla bilinen Romalı hukukçular somut meselelerle tek tek uğraşmaktaydılar. Bir sistem oluşturma eğiliminin olmaması *obligatio naturalis* konusunda da kendisini göstermiş, bu sebeple Roma hukukunda *obligatio naturalis* kurumu tam anlamıyla gelişmemiştir⁵⁰⁵. İfade edildiği üzere bunun en önemli nedeni Romalıların soyut kavramlaştırma faaliyeti yapmaktan uzak durmaları ve bir borç teorisi oluşturmamalarından kaynaklanmaktadır⁵⁰⁶.

Benimsenen anlamıyla sözleşme serbestisinin Roma hukukunda kabul edilmemiş olması dolayısıyla Roma’da dava edilebilen bir borç ancak tanınan hukuki hâllerde doğabilirdi⁵⁰⁷. *Buckland*, hayatın olağan akışı içerisinde meydana gelen bu borç türünün özünde ahlaki yükümlülüklerin var olduğu, ancak Romalıların ahlaki yükümlülük olarak niteleyebileceği her olgunun *obligatio naturalis*’e yol açmadığı görüşüne sahiptir⁵⁰⁸.

⁵⁰³ **Brinz**, Alois: Lehrbuch der Pandekten, Erster Band, Zweite Auflage, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1873, s. 1; **Küçük**, Eşref: “XII. Yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden Doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 56, S. 4, Y. 2007, s. 114 vd.; Pandekt hukukunun oluşturulmasında az miktarda Kilise hukukunun da etkisine yönelik bkz. **Regelsberger**, s. 3 – 4; **Sohm/ Mitteis/ Wenger**, s. 2 – 3.

⁵⁰⁴ **Sohm/ Mitteis/ Wenger**, s. 3.

⁵⁰⁵ **Honsell**, Naturalis Obligatio, s. 377.

⁵⁰⁶ **Honsell**, Naturalis Obligatio, s. 377.

⁵⁰⁷ **Honsell**, Naturalis Obligatio, s. 378.

⁵⁰⁸ **Buckland**, MRPL, s. 336; *Obligatio naturalis*’in temelinde yasal, ahlaki ya da sosyal alanda kişiler arasındaki karşıt düşünceler yer almaktadır. Bkz. **Sohm/ Mitteis/ Wenger**, s. 385.

16. yüzyılın ortalarından itibaren farklı perspektiflere göre *obligatio naturalis*, hem Roma hukuk geleneğinde doğal akıldan kaynaklanan *Ius Gentium* yükümlülüğünü, hem de Kilise hukuku anlamındaki doğal hukuka ilişkin vicdani bir bağı ifade ederdi⁵⁰⁹.

1794 tarihli Prusya Umumi Memleket Kanunu (ALR) §§ 85 ve devamı maddelerine göre hak ve yükümlülükler ancak kanunla belirlenebilmekte; kanun tarafından öngörülmeleyen haklar ise “*eksik*” olarak nitelendirilmekteydi⁵¹⁰. Bu sebeple eksik nitelikteki haklar ihlalleri durumunda sahibine dava hakkı vermezdi. ALR’ye göre eksik borçlar ayni yahut şahsi teminat yoluyla güvence altına alınamazdı⁵¹¹ ve alacakların takas işlemine konu oluşturabilmesi de mümkün değildi⁵¹². Böylece ALR’nin yürürlükte olduğu zamanda tam borçlar ile eksik borçlar arasındaki tek farklılığın sadece yaptırımsızlık konusunda kendisini gösterdiği kabul edilmekte; tam borçlar ile eksik borçların diğer sonuçlar bakımından ise birbirine benzer olduğu görüşü benimsenmemekteydi⁵¹³.

Pandekt hukukçuları ya da başka bir deyişle pandektist akım, *obligatio naturalis*’i romanist hukuka ve doğal hukuka göre bir ayrıma tabi tutmuştur⁵¹⁴. Romanist hukuk *obligatio naturalis*’e ilişkin olarak, şerefli bir yaşam ya da şeref görevleri⁵¹⁵ ile bağ

⁵⁰⁹ Kilise hukukuna göre *obligatio naturalis*, vicdanın doğal hukuk kaynaklı ahlaki yükümlülüğünü karakterize etmekteydi. Bkz. **Schulze**, s. 91.

⁵¹⁰ **Dorn**, Unvollkommene (natürliche) Verbindlichkeiten im Allgemeinen, N. 7, s. 2148.

⁵¹¹ **Dorn**, Unvollkommene (natürliche) Verbindlichkeiten im Allgemeinen, N. 7, s. 2148.

⁵¹² **Bornemann**, Friedrich Wilhelm Ludwig: Von den Rechtsgeschäften überhaupt und von Verträgen insbesondere, nach Preußisches Privatrecht, 2. Auflage, Jonas Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1833, s. 215.

⁵¹³ **Dorn**, Unvollkommene (natürliche) Verbindlichkeiten im Allgemeinen, N. 7, s. 2149 - 2150.

⁵¹⁴ **Hartung**, Gerald: Die Naturrechts- debatte, Geschichte der Obligatio vom 17. bis 20. Jahrhundert, 2. Auflage, Verlag Karl Alber, München, 1999, s. 53 - 54; **Schulze**, s. 91.

⁵¹⁵ *D. 1.1.10.1 (Ulpianus): “Praecepta iuris sunt haec: honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere.”* Ulpianus’a ait metinde hukukun prensiplerinin, şerefli yaşam, kimseye zarar vermemek ve herkese hakkını vermek olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Erdoğan**, Belgin: Hukukta Latince Teknik Terimler – Özlü Sözler, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 57; **Georgesco**, A.: “Roma Hukuku ve Modern Dünya Düşüncesi”, Çev.: Bülent Tahiroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 42, S. 1 - 4, Y. 1976, s. 589.

kurarken; kilise ve cermen düşüncesi başta doğal hukuku Hristiyan dini temelinde ahlaki değerlerle ve vicdani görevlerle ilişkilendirmiştir⁵¹⁶. Bu anlamda doğal hukuk öğretilerinin özü, *obligatio naturalis*'i insanın dine, ilahi güce olan borçluluğuna dayandırmıştır⁵¹⁷. Zaman içerisinde söz konusu bu ahlaki veya vicdani yükümlülüklerin yaptırımı olmaması aynı zamanda tabii borç (*obligatio naturalis*) terimini karşılayan eksik borç (*unvollkommene Verbindlichkeit*⁵¹⁸) kavramının ortaya atılmasında neden olmuş, bu kavramın özü ise aydınlanmanın ana fikrinin etkisiyle dini etkiden bağımsızlaştırılmış bir doğal hukuk idesine dayandırılmıştır⁵¹⁹. Böylelikle bu terim, akılcı hukukçuların⁵²⁰ *obligatio naturalis*'i olarak benimsenir olmuştur⁵²¹. Romalı hukukçuların ortaya koyduğu somut olaylara dayanan *obligatio naturalis*'in aksine doğal hukukun "*unvollkommene Verbindlichkeit*"ı teoriye ilişkindi⁵²².

Aydınlanma çağıının en önemli temsilcilerinden *Immanuel Kant* (1724 - 1804) hukuku ve ahlaki kurallara riayet açısından değerlendirmiş ve ahlaki yükümlülüklerin yasalara uyma iradesi ile desteklenmesi gerektiğini savunmuştur⁵²³. *Kant*, eksik borcun karşılığında "*vollkommene Verbindlichkeit*" olarak adlandırılan tam borcun olduğunu ve

⁵¹⁶ Doğal hukukun pozitif hukuk üzerindeki kanıtlanabilir etkilerinin tarihsel olarak ilk kez 11. yüzyıldan itibaren gelişen Kilise hukukunda bulunduğu ilişkin bkz. **Rosenbaum**, Wolf: *Naturrecht und positives Recht*, Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt, 1972, s. 224; **Schulze**, s. 91.

⁵¹⁷ **Schulze**, s. 91; İnsan ve ilahi güç arasındaki yükümlülük ilişkisi hakkında bkz. **Hartung**, s. 19 vd.

⁵¹⁸ *Verbindlichkeit*; borç, yükümlülük ve bağlayıcılık anlamlarını taşımaktadır. Bkz. **Köbler**, Gerhard: *Rechtstürkisch Deutsch - türkisches und türkisch - deutsches Rechtswörterbuch für jedermann*, Verlag Franz Vahlen München, 2002, s. 108.

⁵¹⁹ Doğal hukuka ait daha yeni öğretilerde hukuku, ahlaki ve dini değerleri birbirinden ayırma, başka bir deyişle soyutlama görevi üstlenilmiştir. Bkz. **Schulze**, s. 91 - 92.

⁵²⁰ Aydınlanma Çağı'nın etkisiyle akıl hukuku, doğal hukukun temelini insan olduğu kanısına varmıştır. Buna göre mantık ve insan aklı hukukun kaynağı kabul edilmelidir. Yükümlülükler de akli kriterlere göre oluşur. Bkz. **Schulze**, s. 115 - 116.

⁵²¹ **Hattenhauer**, Hans: *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2000, s. 89.

⁵²² **Schulze**, s. 92.

⁵²³ **Schulze**, s. 120; *Kant*, etik ve ahlaki yükümlülükler olmadan yasal yükümlülüklerden bahsedilemeyeceğini ifade eder. Bkz. **Hartung**, s. 197.

onu tamamlanmış kılanın ise zorlayıcı güç ve yaptırım olduğunu ifade etmektedir⁵²⁴. Ayrıca *Kant*; ister tabii ya da medeni isterse de tam ya da eksik olarak ifade edilsin hepsinin borç kavramını oluşturduğu düşüncesini benimsemiştir⁵²⁵. *Kant*, zorlayıcı gücün hukuki bağlayıcılığın zorunlu bir unsuru olmadığı görüşüne sahiptir⁵²⁶.

Alman hukukçu *Adolph Dietrich Weber* (1753 – 1817) *obligatio naturalis*'e ilişkin yaptığı değerlendirmede hangi durumlarda bir *obligatio naturalis*'in varlığından bahsedilebileceğine ilişkin görüş bildirmiştir. *Weber*'e göre⁵²⁷, dava hakkının sınırlandırılmasının, kişilerin ve onların malvarlıklarının aşırı ve anlamsız borçlanmaya karşı korunmasının gerekli olduğu bununla birlikte alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinin uygunsuzluğunun söz konusu olduğu durumlarda *obligatio naturalis*'in varlığından bahsedilebilmektedir. Tüm bu durumlarda *obligatio* dava edilebilir nitelikte değildir. Ancak *obligatio*'nun diğer etkileri varlığını korumaya devam etmektedir.

19. yüzyıl ortak hukuk (common law) öğretilerinde⁵²⁸ *obligatio naturalis* ile ilgili bazı görüşler ileri sürülmüştür⁵²⁹. Tarihçi hukuk okulu ve onun en önemli temsilcisi *Friedrich Carl von Savigny* (1779 - 1861) Roma hukukunu baz alarak bu borç türünün *Ius Gentium*'dan kaynaklandığını ve *Ius Gentium*'a tabi tüm yükümlülüklerin bu

⁵²⁴ *Kant*, *obligatio naturalis*'leri aynı zamanda erdem yükümlülüğü anlamına gelen *officium ethicum* olarak da adlandırır. Bkz. **Schulze**, s. 120, 122; Minnet duygusu ya da dostluk ilişkilerinden kaynaklanan yükümlülüklerin icra edilememesinin nedeni, onların *officium ethicum* teşkil etmelerinden kaynaklanmaktadır. Bkz. **Rommen**, Heinrich: Die Ewige Wiederkehr des Naturrecht, Verlag Jakob Hegner, Leipzig, 1936, s. 210.

⁵²⁵ **Schulze**, s. 128.

⁵²⁶ **Kersting**, Wolfgang: Kant über Recht, Mentis Verlag, Paderborn, 2004, s. 43.

⁵²⁷ **Dorn**, Unvollkommene (natürliche) Verbindlichkeiten im Allgemeinen, N. 6, s. 2147; **Weber**, Adolph Dietrich: Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung, Bödnische Buchhandlung, Schwerin, 1800, s. 168 vd.

⁵²⁸ Ortak hukuk (common law); aşama aşama Roma hukuku (özellikle Orta Çağ hukukçuları tarafından detaylandırılan *Iustinianus* Hukuku), Kilise hukuku ve Cermen hukuku temellerinde oluşturulmuştur. Bu oluşum içerisinde baskın olan hukuku Roma hukuku oluşturuyordu. Ancak Roma hukukunun kendisi de yerel örf, adet ve Kilise hukuku etkisi altında önemli ölçüde dönüştürülmüştü. Bkz. **Mousourakis**, s. 84.

⁵²⁹ **Schulze**, s. 139 vd.

nitelikte olduğunu ileri sürmüştür⁵³⁰. Diğer görüşün sahipleri, özellikle pozitivist farklılıkların öncüsü *Alois von Brinz* (1820 - 1887) *obligatio naturalis* – *obligatio iure gentium* denklemini haklı bulmadığını ve bir *obligatio naturalis*'in doğurabileceği hukuki sonuçları ifade etmiştir⁵³¹. *Obligatio naturalis*'in ayrı bir *obligatio* türü olmadığını, *obligatio naturalis* borçlarına *obligationes ex iure civilis*'in de neden olabileceğini, bu borçların doğuştan ya da sonradan meydana gelebileceğini, yükümlülüklerin dava edilemez niteliğinin akla (*ratio*) ve hakkaniyete (*aequitas*) dayandığını, bu türlü yükümlülüğün ifa edilebileceğini ancak ifa edilmezse dava edilemeyeceğini, noksanlığının ise bu noktada kendini gösterdiğini ifade etmiştir⁵³². Ona göre *obligatio naturalis*, en nihayetinde özü akla ve hakkaniyete dayanan bir borçtur⁵³³. *Brinz*, *obligatio* ile *officium*'u birbirinden ayırmaktadır. *Officia* ahlakın ürünüdür, *obligatio naturalis* ile ilgisi bulunmamaktadır⁵³⁴. *Ernst Immanuel Bekker* (1827 - 1916), *obligatio naturalis* olarak ifade edilen borçların hepsinin aynı şekilde oluşmadığını yani hepsinin kaynağının *ius naturale* ya da *ius gentium* olmadığını ancak hepsinde yaptırım eksikliğinin ortak olarak kendisini gösterdiğini ifade etmiştir⁵³⁵. *Heinrich Dernburg* (1829 – 1907) *obligatio naturalis*'in yaptırımsız olmasına rağmen, hukuki etkiden yoksun olmadığını ve bu borçları hukuki borç olarak nitelendirdiğini ifade etmektedir⁵³⁶. *Dernburg*'a göre, *obligatio naturalis* toplum ve devlet arasındaki

⁵³⁰ **Schulze**, s. 143; Karş. **von Savigny**, Das Obligationenrecht I, s. 38 vd.; Karş. **von Vangerow**, Karl Adolph: Leitfaden für Pandekten – Vorlesungen, 3. Auflage, fünftes Buch: Die Obligationen, Druck und Verlag der Elwert'schen Universitäts – Buchhandlung, Marburg, 1847, s. 5.

⁵³¹ **Schulze**, s. 143 vd.

⁵³² **Brinz**, Alois: Lehrbuch der Pandekten, Zweiter Band, Erste Abteilung, Zweite Auflage, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1879, s. 51; Karş. **Klingmüller**, Fritz: Die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit: Eine historisch-dogmatische Untersuchung, Berlin, 1905, s. 145 – 146; **Schulze**, s. 144 - 145.

⁵³³ *Brinz*, bu borçların dava edilebilirlik dışında borcun tüm etkilerini taşıdığını da ifade etmiştir. Bkz. **Schulze**, s. 145.

⁵³⁴ **Brinz**, Alois: Lehrbuch der Pandekten, Dritter Band, Zweite Abteilung, Zweite Lieferung, Zweite Auflage, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1889, s. 589 vd.; *Brinz*'in *officium* hakkındaki görüşüne yönelik eleştiri için bkz. **Schulze**, s. 145 – 146.

⁵³⁵ **Bekker**, Ernst Immanuel: Über die Naturalobligationen, Jahrbuch des Gemeinen deutschen Rechts, Vierter Band, 1860, s. 386 - 389; **Klingmüller**, s. 148 vd.

⁵³⁶ **Dernburg**, Heinrich: Pandekten, Zweiter Band, 7. Auflage, Verlag von H. W. Müller, Berlin, 1903, s. 8 – 9.

bir karşıtlık meselesidir⁵³⁷. *Bernhard Windscheid* (1817 - 1892) daha ılımlı bir ifade olduğunu düşündüğü için sahici olmayan borç anlamında “*uneigentliche Verbindlichkeiten*” terimini kullanmayı tercih etmiştir⁵³⁸. Ayrıca *Windscheid*, süregelen bir tartışma konusu olan “*zamanaşımı*” meselesine ilişkin önemli bir görüşün savunucusu olmuştur. Bu konuda *Windscheid*, zamanaşımının hakkı imha edeceğini başka bir ifade ile ortadan kaldıracağını ifade etmiştir⁵³⁹. Ancak *Savigny* ve onun görüşüne katılanlar zamanaşımının alacak hakkını sadece zayıflattığını, alacaklıyı bir *obligatio naturalis* ile baş başa bıraktığını savunmuştur⁵⁴⁰.

Obligatio naturalis’in pozitif hukuktaki önemine ilişkin tartışmalar bu borçların tanınmasının gerekli olup olmadığına ilişkin karşıt görüşleri de kapsamaktaydı. *Windscheid*’a göre hiçbir hukuk düzeni *obligatio naturalis* niteliğindeki borçları göz ardı edemezdi⁵⁴¹. Ancak karşıt görüş ve özellikle *Savigny*, bu borçların modern hukuk sistemlerinin bir parçası olmaması gerektiği fikrindeydi⁵⁴². Zira borçları bu şekilde nitelendirmek anlamsız ve yararsızdı. Bununla birlikte *Savigny*, Roma hukukundaki en önem arz eden *obligatio naturalis* türlerinin modern hukuk sistemlerinde yerinin olmaması, bir başka deyişle geçerliliklerini neredeyse tamamen yitirmesi dolayısıyla da ileri sürdüğü görüşünü desteklemişti⁵⁴³.

⁵³⁷ **Dernburg**, 1903, s. 9; **Dorn**, Unvollkommene (natürliche) Verbindlichkeiten im Allgemeinen, N. 10, s. 2154.

⁵³⁸ **Windscheid/ Kipp**, s. 179.

⁵³⁹ **Windscheid**, s. 41.

⁵⁴⁰ **von Savigny**, Friedrich Carl: System des heutigen römischen Rechts, Band 5, Bei Veit und Comp., Berlin, 1841, s. 379; *Bernhard Windscheid*’ın BGB tasarısı aşamasında ileri sürdüğü görüşü ve meseleye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Schulze**, s. 148 - 151.

⁵⁴¹ **Windscheid/ Kipp**, s. 180, dp. 5.

⁵⁴² **Dorn**, Unvollkommene (natürliche) Verbindlichkeiten im Allgemeinen, N. 11, s. 2155.

⁵⁴³ **Dorn**, Unvollkommene (natürliche) Verbindlichkeiten im Allgemeinen, N. 11, s. 2155.

Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 1 Ocak 1900 yılında yürürlüğe girmesinden önce Alman İmparatorluk Mahkemesi ise *obligatio naturalis*'i hukuki bir kurum olarak nitelendirmiştir⁵⁴⁴.

1.6.6. BGB Kanun Tasarısı Müzakerelerinde *Obligatio Naturalis*

Alman Medeni Kanunu'nun borçlar hukukuna ilişkin kısmının taslağının redaktörü ve aynı zamanda Dresden komisyonunun da bir üyesi olan *Franz Philipp von Kübel*, *obligatio naturalis* niteliğindeki borçlara karşı muhalif bir yaklaşıma sahipti⁵⁴⁵. *Kübel*'e göre⁵⁴⁶, dava yolu ile yerine getirilemeyen yükümlülükler kanun tarafından da tanınmamalıdır. Zira borçlunun iradesinin alacaklının iradesine tabi olması borcun doğasının bir parçasıdır ve alacaklı da edimin ifasını isteyebilmelidir. Bu nedenle alacaklının alacak hakkı her zaman dava açma hakkını da içermelidir. 03.10.1877 tarihinde gerçekleşen toplantıda komisyon üyelerinden *Windscheid*'ın etkisi olduğu düşünülmektedir ki *obligatio naturalis*'in tanınmasına ilişkin olumlu görüşler bildirilmiş; ancak “*obligatio naturalis*” teriminin kullanılmasından kaçınılması gerektiğine karar verilmiştir⁵⁴⁷. Bununla birlikte komisyonda dava edilemeyen borçların “*borç*” olarak nitelendirilmesinin doğru olup olmadığı konusunda da fikir ayrılıkları gündeme gelmiş, az bir farkla (beşe karşı altı oyla) borç niteliğinde sayılmaması görüşü üstün gelmiştir⁵⁴⁸.

Kübel'e göre⁵⁴⁹, hukuk ve ahlak alanları ayrıdır. Ahlaki yükümlülükleri korunmaları gerektiği ölçüde hukuki yükümlülük mertebesine yükseltmek hukukun görevidir. Ahlaki

⁵⁴⁴ Mahkemenin kavramı karşılayan tek bir ifade kullanmadığı ancak, Naturalobligationen, natürlichen Verbindlichkeiten, sittlichen Pflichten, unvollkommenen Verbindlichkeiten kavramları arasında bir farklılık gözetmediği de ifade edilmiştir. Bkz. **Schulze**, s. 152.

⁵⁴⁵ **Dorn**, Unvollkommene (natürliche) Verbindlichkeiten im Allgemeinen, N. 17, s. 2159.

⁵⁴⁶ **Dorn**, Unvollkommene (natürliche) Verbindlichkeiten im Allgemeinen, N. 17, s. 2159.

⁵⁴⁷ **Schulze**, s. 163 – 164.

⁵⁴⁸ **Dorn**, Unvollkommene (natürliche) Verbindlichkeiten im Allgemeinen, N. 18, s. 2160.

⁵⁴⁹ **Dorn**, Unvollkommene (natürliche) Verbindlichkeiten im Allgemeinen, N. 18, s. 2161; Aynı yönde bkz. **Geiger**, Theodor: Über Moral und Recht, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, s. 183; Hukukilik ve ahlakilik kavramları arasındaki ilişki için bkz. **Kaulbach**,

yükümlülükler bu nitelik verilmediği müddetçe onlara hukuki etkiler tanımak için kayda değer bir neden bulunmamaktadır. Komisyonda ahlaki yükümlülüklerin eksik borç olarak nitelendirilmesi açıkça reddedilmişti⁵⁵⁰. 1877 kararları doğrultusunda “*unvollkommene Verbindlichkeiten*” kavramı BGB’nin o zamanki hâlinde yer almamıştı; ancak sonradan yapılan reformlar ile BGB’de “*Unvollkommene Verbindlichkeiten*” başlığı altında sadece oyun – bahis faaliyetlerinin düzenlenmiş olması başka tartışmaları da beraberinde getirmiştir⁵⁵¹. Diğer taraftan eleştirilerin farklı bir odak noktasını da kanunda “*Unvollkommene Verbindlichkeiten*” olarak ele alınan durumlarda bir yükümlülüğün doğmayacağına ifade edilmesi oluşturmaktadır⁵⁵².

1.6.7. *Obligatio Naturalis*’e İlişkin Objektif Teori ve Sübjektif Teori

Öğretide *obligatio naturalis*’e ilişkin Avrupa’daki kodifikasyonlarda etkisi olduğu düşünülen iki teoriden bahsedilmektedir. Bunlar, Roma Klasik Hukuku temelli objektif/klasik teori ve doğal hukuka dayalı sübjektif/ modern teoridir⁵⁵³. Objektif teoriye göre, *obligatio naturalis* niteliğindeki borçlar yaptırımı olan borçlarla aynı yasal niteliğe sahiptir; ancak borçlunun borca ve ifayı yerine getirmeye yönelik bilinci önem arz etmemektedir. Dolayısıyla borçlunun ifada yanlıya düşülmüş olması dahi ifanın geçerliliğine etki etmemektedir⁵⁵⁴. Sübjektif teoride ise borçlunun ifada bulunmasının saikleri önem arz etmektedir. Bu hâlde borcun niteliği ya da ifaya ilişkin borçlunun tam anlamıyla bilgi sahibi olması gerekmektedir⁵⁵⁵.

Friedrich: “Moral und Recht in der Philosophie Kants”, Recht und Ethik: Zur Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1970, s. 50 vd.

⁵⁵⁰ **Schulze**, s. 164.

⁵⁵¹ **Dorn**, Unvollkommene (natürliche) Verbindlichkeiten im Allgemeinen, N. 19, s. 2162.

⁵⁵² **Dorn**, Unvollkommene (natürliche) Verbindlichkeiten im Allgemeinen, N. 19, s. 2162.

⁵⁵³ Bu teoriler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Schulze**, s. 206, 646 vd.

⁵⁵⁴ **Schulze**, s. 207.

⁵⁵⁵ **Schulze**, s. 207 vd. İtalyan hukukunda sübjektif teori takip edilirken; Alman, İsviçre hukuklarında Roma hukuku temelinde objektif yani klasik teorinin genel esaslarının daha çok etki gösterdiği kabul edilmektedir. Bkz. **Schulze**, s. 648 vd.

Ahlaki yükümlülüğün hukuk dışı alandan hukuk alanına dahil edilmesi de bazı kesimce bu teorilerle açıklanmaktadır. Örneğin bu yaklaşım uyarınca objektif teoriye göre ahlaki yükümlülüğün varlığının mahkeme tarafından *ex post* olarak belirlenmesi ve böylece mahkeme tarafından yapılan tespitle yükümlülüğün hukuk alanına dahil olması söz konusu olabilmektedir⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ **Schulze**, s. 647; İfade etmek gerekir ki ahlaki yükümlülüklerin *obligatio naturalis* teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Ahlaki yükümlülüklerin hukuki niteliğine ilişkin günümüzdeki görüşler ve kendi değerlendirmemiz için bkz. Bölüm II, başlık: “*Ahlaki Ödevlerden Doğan Borçlar*”.

2. BÖLÜM

EKSİK BORÇLARIN SINIFLANDIRILMASI VE ÇEŞİTLERİ

2.1. GENEL OLARAK

Roma hukukundan bu yana kabul görmüş eksik borç kurumu tanım ve özellikleri bakımından modern hukuk sistemlerinde de benimsenmiştir. Hatırlamak gerekirse, bu borçlar, ifa edilmediği takdirde devletin yetkili organları vasıtasıyla yaptırım uygulanamayan, hatayla ifa edilse de ifanın geçerli olduğu, alacaklının hukuken geçerli bir alacak hakkına sahip olduğu bir borç türüdür⁵⁵⁷. Türk Borçlar Kanunu'nda tıpkı borcun ya da borç ilişkisinin tanımlaması yapılmadığı gibi eksik borcun da tanımına yer verilmemiştir. Hatta kanun koyucu eksik borç türleri için kanun metinlerinde bu tabiri dahi kullanmayı tercih etmemiştir⁵⁵⁸. Kavramın bilindiği varsayımından hareket etmek bu nitelikteki borçlar için bazı tartışmaların gündeme gelmesine zemin hazırlamıştır. Öğretide bir kesim, Roma Klasik Hukuk Dönemi'nin aksine *Iustinianus* Hukuku'ndan yola çıkarak, kanaatimizce bu dönemden kalan bir alışkanlıkla ahlaki yükümlülükleri eksik borç olarak nitelemeyi uygun görmüştür⁵⁵⁹. Bizim de katıldığımız diğer bir kesim ise eksik borçların hukukun; ahlaki yükümlülüklerin ise örf ve âdetin gereği olduğunu kabul etmektedir⁵⁶⁰. Eksik borçlara ilişkin yapılan bir başka değerlendirme ise bu

⁵⁵⁷ **Balmer**, s. 7; Ayrıca bkz. Bölüm I, başlık: “*Eksik Borcun Tarihsel Kökeni*”.

⁵⁵⁸ Alman hukukunda farklı bir durum söz konusudur. Zira Alman Medeni Kanunu BGB § 762, 763 hükümleri eksik borçlar başlığı altında kumar, bahis ve benzeri faaliyetleri ele almaktadır. Bunun yanı sıra Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu PGBZ § 1217 maddesinde bu borçlardan bahsedilmektedir. Keza Vaud Kantonu için de aynı durum geçerlidir (Art. 921 CCVD). Bkz. **Balmer**, s. 71 - 72, dp. 728, 729.

⁵⁵⁹ **Balmer**, s. 164; **von Büren**, SOR AT, s. 12; **Honsell**, *Naturalis Obligatio*, s. 367; **Riedl**, Krzysztof: “Natural Obligations in Comparative Perspective”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches internationales Privatrecht*, 85, 2021, s. 409; Aksi yönde bkz. **Koller**, Alfred: *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts*, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG., Bern, 2017, s. 14.

⁵⁶⁰ **Balmer**, s. 204; **Becker**, Hermann: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen*, Art. 1 - 183, Hrsg. Becker, Hermann, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1941, *Allgemeine Bestimmungen*, N. 7, s. 7; **Engel**, s. 41; Karş. **Dorn**, *Unvollkommene (natürliche) Verbindlichkeiten im Allgemeinen*, N. 18, s. 2161.

borçların sadece bir sözleşme ilişkisinden meydana gelebileceği yönündedir⁵⁶¹. Kanaatimizce bu görüşe katılabilmek mümkün değildir. Zira örneğin haksız fiilden kaynaklanan borçların da tıpkı sözleşmeden doğan borçlar gibi zamanaşımına uğraması ve borçlunun defî hakkını kullanarak borcunu eksik borç hâline getirebilmesi mümkündür⁵⁶².

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre⁵⁶³, ahlaki yükümlülükler, tabii borçlar ve haklarında defî ileri sürülebilen borçlar “*unvollkommene Obligation*” üst başlığı altında toplanmaktadır. Buna göre ahlaki yükümlülükler hukuki anlamda yükümlülük doğurmazlar, böylece söz konusu bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi talep edilememektedir. Tabii borçlar ise sosyal ya da ekonomik gerekçelerle veya konunun niteliği/ doğası gereği hukuki korumadan yoksun bırakılmıştır. Ancak bu borçların ifası her zaman mümkündür. Hukuk düzeni sadece bu nitelikteki borçların, kendi vasıtasıyla elde edinilebilmesine engel olmak istemiştir. Meydana geldikleri anda eksik borç olarak nitelendirilen kumar ve bahis borçları ya da evlenme simsarlığından doğan borçlar, bu borçların önde gelen örneklerini teşkil etmektedir. Haklarında defî ileri sürülebilen borçlar, defî ileri sürülünceye kadar tam borç olarak kabul edilmekte, defî ileri sürüldüğü takdirde ise bu borçların yaptırımdan yoksun kalacağı ve devletin yetkili organları vasıtasıyla elde edilebilmelerinin mümkün olamayacağı değerlendirilmektedir⁵⁶⁴.

Öğretide ileri sürülen benzer bir başka görüş ise⁵⁶⁵ dar anlamda borcu ifade eden “*yüküm*” kavramının sorumluluktan ayrılmasının mümkün olmadığını; zira ifa edilmediği takdirde dava yolu ile ifası istenemeyen yüküm olamayacağını ifade etmektedir. Ancak bizim de katıldığımız diğer görüşe göre⁵⁶⁶, sorumluluktan

⁵⁶¹ **Balmer**, s. 165; **Schulze**, s. 265.

⁵⁶² **Balmer**, s. 165.

⁵⁶³ **Balmer**, s. 165; **Gauch/ Schlupe**, SOR AT I, s. 15.

⁵⁶⁴ **Gauch/ Schlupe**, SOR AT I, s. 15.

⁵⁶⁵ **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 63 vd.

⁵⁶⁶ **Gümüş**, BHGH, s. 63 vd.

arındırılmış yükümler mevcuttur ve bunlar doğal yüküm teşkil etmektedir. Hatta tıpkı kumar ve bahis borçlarında olduğu gibi bunlara mevzuatta çeşitli hükümlerde rastlayabilmek mümkündür. Bu noktada eksik yüküm ve doğal yüküm kavramlarının birbirinden ayırt edilmesi önem arz etmektedir. Dava edilebilirliği etkisiz hâle getirilmiş olanlar, eksik yükümü ifade ederken; doğal yüküm kavramı, bütünüyle sorumluluktan arındırılmış yükümü ifade etmektedir⁵⁶⁷. Alacağın dava edilebilirliğinin hukuk düzeni tarafından uygun görülmediği hâllerde yüküm ve sorumluluk gerçek anlamda birbirinden ayrılmıştır. Ancak eksik yükümde dava edilebilirliği etkisiz kılınmış bir alacak hakkından bahsedilmektedir. Bunun en temel örneği zamanaşımına uğramış borçlarda zamanaşımı definin ileri sürüldüğü hâllerdir⁵⁶⁸.

Eksik borçlar öğretide, başlangıçtan itibaren eksik borçlar (doğuştan eksik borçlar) ve sonradan eksik borçlar; sürekli eksik borçlar ve geçici eksik borçlar olmak üzere birtakım ayrımlara tabi tutulmaktadır. Kanaatimizce başlangıçtan itibaren eksik borç ve sonradan eksik borç ayrımının özü doğal ve eksik yükümler ile benzerdir. Zira başlangıçtan itibaren eksik borçlardan doğan alacakların hukuk düzeni tarafından hoş görülmemeleri dolayısıyla meydana geldikleri andan itibaren devletin yetkili organları vasıtasıyla elde edilebilmeleri mümkün değilken; sonradan eksik borçların def'i ileri sürülmek suretiyle var olan dava edilebilirlik özellikleri etkisiz hâle getirilmektedir⁵⁶⁹. Öğretide bir kesim ise eksik borç olarak nitelendirdikleri bazı borçları bu niteliklerinin geçici olup olmamasına göre de bir ayrıma tabi tutmaktadır⁵⁷⁰. Bazı eksik borçların bu özelliği süreklilik teşkil etmekte, kısmen ifa edilmiş olsalar bile kalan kısım için eksik borç olma niteliği korunmaktadır⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ **Gümüş**, BHGH, s. 63 vd.

⁵⁶⁸ **Gümüş**, BHGH, s. 63 vd.

⁵⁶⁹ **Balmer**, s. 166; **Cansel/ Özel**, BHGH, s. 93; Sonradan eksik borçların kamu yararı için bir tehlike oluşturmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **Koller**, SOR AT, s. 14.

⁵⁷⁰ **Ayan**, Mehmet: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 100; **Eren**, BHGH, s. 96 - 97.

⁵⁷¹ **Güven**, Kudret: "Eksik Borçlar, Temel Özellikleri ile Hüküm ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Y. 2016, s. 52.

Genellikle bir eksik borcun varlığına, yaptırımsız oluşuna bir kanun hükmünde işaret edilmektedir⁵⁷². Ancak kanun koyucunun yaptırımsız kıldığı yahut eksik borçların bir etkisini tanıdığı her borcun eksik borç teşkil etmediği de ifade edilmelidir. Zira öğretilde bizim de katıldığımız bir görüşe göre örneğin ahlaki ödevlerden doğan borçlar yahut insan kökenli biyolojik madde verilmesine ilişkin borçlar eksik borç teşkil etmemektedir⁵⁷³. Bununla birlikte öğretilde tarafların bir sözleşme ile borcun eksik borç teşkil edeceğini kararlaştırabilmelerinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir⁵⁷⁴. Bu hâlde ise borca yaptırımsızlık özelliğinin tanınması tarafların kendi iradelerinden kaynaklanmaktadır. Nihayet, önemle belirtilmelidir ki geçmişteki eksik borç hâlleri ile günümüzdeki eksik borçlar farklılık göstermektedir. Gelecekte eksik borç olarak nitelendirilecek hâller de günümüzdekinden farklılık gösterecektir. Zira eksik borçlar, her zaman o dönemin toplumsal kaygılarının bir ürünü olmuştur⁵⁷⁵.

2.2. BAŞLANGIÇTAN İTİBAREN (DOĞUŞTAN) EKSİK BORÇLAR

2.2.1. Kumar ve Bahis Faaliyetlerinden Doğan Borçlar

Arapça bir kelime olan kumar⁵⁷⁶, para ortaya konulmak suretiyle oynanan talih oyunudur⁵⁷⁷. Sıradan bir oyundan farklı olarak kumarda şans kriteri, özellikle maddi değer kazanmak ya da kaybetmek anlamında tesadüfi olarak kendisini

⁵⁷² Balmer, s. 209; Karş. Engel, s. 42.

⁵⁷³ Bkz. Bölüm II, başlıklar: “Ahlaki Ödevlerden Doğan Borçlar”, “İnsan Kökenli Biyolojik Madde Verilmesine İlişkin Borç”.

⁵⁷⁴ Bkz. Bölüm II, başlık: “Sözleşme ile Eksik Borç Kararlaştırılabilmesi ve Centilmenlik Anlaşmaları”.

⁵⁷⁵ Balmer, s. 213.

⁵⁷⁶ Roma’da *obligatio naturalis* ile kumar ve bahis borcu arasında ilişki kurulmamıştır. Bununla birlikte Romalılar paralı talih oyunlarını yasaklamıştı ve söz konusu faaliyetlere ilişkin *stipulatio* taahhüt edilmesi durumunda bu hukuki işlem batıl sayılmaktaydı. Bkz. Tahiroğlu/ Erdoğmuş, s. 12.

⁵⁷⁷ <https://sozluk.gov.tr> (SET.: 03.12.2022); Tüzüner, Özlem: “Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege Ferenda Düşünceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 107, Y. 2013, s. 246.

göstermektedir⁵⁷⁸. Dilimize yine Arapçadan geçen bahis ise iddiasında haklı çıkan tarafa bir şey verilmesini ifade etmektedir⁵⁷⁹. İkisinin arasında temel bir fark vardır; o da kumarda katılanların faaliyetleriyle kâr elde etmek veya güzel vakit geçirmek amaçlanırken, bahiste ise tesadüfe bağlı olarak ortaya atılan iddiaların haklı çıkarılması istenmektedir⁵⁸⁰. Yalnızca amaçları itibariyle birbirinden ayrılan bu iki işlem, hukuki neticeleri konusunda fark göstermemektedir⁵⁸¹.

Kumar ve bahis⁵⁸² hukuken kumarı oynayan yahut bahse giren taraflar arasında kurulan birer sözleşmedir. Bu sözleşmelerin her ikisi de tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı

⁵⁷⁸ **Ennecerus**, Ludwig/ **Lahmann**, Heinrich: Recht der Schuldverhältnisse, Verlag J. C. B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1958, s. 777; **Tüzüner**, s. 246.

⁵⁷⁹ **Fisch**, Hermann: Verträge mit Spielcharakter nach schweizerischem Obligationenrecht, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1928, s. 36; **Tüzüner**, s. 246.

⁵⁸⁰ **Fisch**, s. 33; **Kaplan**, İbrahim: Türk Borçlar Hukuku: TBK. Madde 1 – 206 (Genel Hükümler), Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 53.

⁵⁸¹ Ortak hukukta bahisten yaptırımı olan bir tam borç doğduğu, kumardan doğan borçların ise eksik borç niteliğini haiz olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. **Bilge**, Necip: “Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 1, Y. 1958, s. 7; **Ennecerus/ Lahmann**, s. 777 – 778.

⁵⁸² Kumar oynatma ceza hukuku açısından suç (TCK m. 228), kumar oynama ise Kabahatler Kanunu uyarınca bir kabahat kabul edilmiştir. Kabahatler Kanunu’nun amaç ve kapsamını ifade eden ilk maddesi “*Bu Kanunda; toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla; a) Kabahatlere ilişkin genel ilkeler, b) Kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idarî yaptırımların türleri ve sonuçları, c) Kabahatler dolayısıyla karar alma süreci, d) İdarî yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolu, e) İdarî yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esaslar, Belirlenmiş ve çeşitli kabahatler tanımlanmıştır*” şeklindedir. KK’nın 2. Maddesinde ise “*kabahat*” tanımlanmıştır. Buna göre “*kabahat* deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.” Aynı kanunun 34. Maddesinde kumar oynama için öngörülen idarî para cezası yer almaktadır. İlgili hüküm “*kumar oynayan kişiye, bin Türk lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, kumardan elde edilen gelire el konularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir. Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına ve el koymaya kolluk görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülkî amir karar verir*” şeklindedir. Yasa koyucu tarafından bir kabahat olarak ifade edilen kumar, haksızlık olarak nitelendirilmektedir. Suç ve kabahat arasında ise haksızlığın niceliği açısından bir fark bulunmaktadır. Bkz. **Hatipoğlu Aydın**, Duygu: “Hukuk – Ahlak İlişkisi Bağlamında Türk Hukukunda Kumar”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 2, Y. 2021, s. 1487 – 1488; Anayasa m. 58/II’de “*Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır*” hükmü yer almaktadır. Söz konusu hükümde kumarın kötü bir alışkanlık olarak nitelendirildiği görülmektedir. Türk Ticaret Kanunu m. 1401/II’de “*Ruhsatsız bir şirket ile onun bu durumunu bilerek yapılan sigorta sözleşmeleri hakkında Türk Borçlar Kanununun 604 ve 605 inci maddeleri uygulanır. Türkiye’de yerleşik olmayan sigorta şirketleriyle kurulan sigorta*

sözleşmelerdir⁵⁸³. Söz konusu bu borç ilişkileri TBK m. 604 - 606 arasında düzenlenmiştir. TBK m. 8'e göre bir neticenin elde edilmesi amacıyla ilan yoluyla ödül sözü verme kumar ve bahis niteliğinde değildir; zira bu bir tek taraflı hukuki işlemdir⁵⁸⁴.

Talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler sınıfında sayılan kumar sözleşmesi, kişilerin kazanç elde etmek, eğlenmek, zihinsel ve bedensel ustalıklarını geliştirmek amacıyla ustalığa ya da talihe bağlı zıt şartlar altında ve karşılıklı şekilde aralarında kazanacak olana bir edim yerine getirmeyi üstlendikleri bir sözleşmedir⁵⁸⁵. Kumar borcu, tarafların iradesine bağlı olmayıp, bilakis gerçekleşmesi tamamen şüpheli bir olayın, tesadüfi bir şartın meydana gelmesine bağlıdır⁵⁸⁶. Yine talih ve tesadüfe bağlı olan bahis sözleşmesinde

sözleşmelerinde bu hüküm uygulanmaz” hükmü yer almaktadır. İlgili hükümde ruhsatsız sigortacıyla kumar ve bahis kazananı benzetilmiştir. Kumar ve bahiste kaybeden ile ruhsatsız sigortacıyla sözleşme yapan sigortalı da benzer şekilde mağdur kabul edilmiştir. Bu iki faaliyet benzerlik gösterdiği için aynı hükümlere tabi tutulmuştur. Bkz. Tüzüner, s. 265 – 266; Önceden Türkiye’de Turizmi Teşvik Kanunu’na (RG. 16.03.1982, S. 17635) dayanarak çıkarılmış olan Talih Oyunları Yönetmeliği (RG. 18.01.1983, S. 17992) ile kumarhanelere izin verilmekteydi. Ancak sonrasında kumar borcu dolayısıyla meydana gelen ölüm vakalarındaki artışlar dikkate alınarak 1996 yılında Bakanlar Kurulu kararıyla kumarhaneler kapatılmıştır. Bkz. Tüzüner, s. 268, dp. 89.

⁵⁸³ **Eren**, Fikret/ **Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi: Cilt V, m. 393 – 646, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, M. 604 – 605, N. 2, s. 1962; Kumar ve bahis sözleşmelerinin kuruluşunda her iki tarafın da edim vaadinde bulunmasından dolayı bu sözleşmelerin sinallagmatik olduğu kabul edilmektedir. Bu akitlere ilişkin kuruluşlarında iki taraflı olduğu ancak ifalarında tek taraflı olduğu da söylenebilmektedir. Kumar ve bahse ilişkin sözleşmelerin taraflardan yalnız birinin edim vaadinde bulunması durumunda tek taraflı olabilmesi de mümkündür. Talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelerin tarafların şanslarını denemesi, risk almaları söz konusu olduğundan bu sözleşmelerin ivazlı olduğu kabul edilir. Yalnız bir taraf edim ile yükümlü olduğunda dahi bu sözleşmelerin ivazlı olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Akev**, Sahir Talat: Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1964, s. 127 – 129.

⁵⁸⁴ **Bauer**, Thomas/ **Bauer**, Christoph: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 513, N. 2, s. 3289; İlan yoluyla ödül sözü vermenin bahis şeklinde yapılabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 797 – 798.

⁵⁸⁵ **Eren**, BHÖH, s. 798; **Hochstrasser**, Michael: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Vertragsverhältnisse, Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Hrsg. Huguenin, Claire/ Müller – Chen, Markus, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2016, Art. 513 – 514, N. 4, s. 862; **Looschelders**, Dirk: Schuldrecht: Besonderer Teil, 10. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2015, s. 341.

⁵⁸⁶ **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 513 – 515a, N. 1, s. 3285; **Hochstrasser**, HandK, Art. 513 – 514, N. 1, s. 862.

ise taraflar birbirlerine karşılıklı ve zıt iddialarda bulunmakta, iddiası yanlış çıkanın diğer tarafa bir edimi yerine getirmeyi üstlenmesi söz konusu olmaktadır⁵⁸⁷.

Alacağın dava edilememesi başlıklı EBK m. 504'te "*Kumar ve bahis, bir alacak hakkı tevhit etmez. Kumar yahut bahis için bilerek yapılan avanslar ve ödünç verilen akçeler hakkında ve kumar ve bahis vasfını haiz olduğu takdirde borsaya dahil olan emtia ve kıymetli evrakın fiyat farkı esaslı üzerine yapılan vadeli alışverişlerde dahi, hüküm böyledir*" hükmü yer almaktaydı. Hükümden anlaşıldığı üzere kenar başlığı alacağın dava edilememesi olarak ifade edilse de madde içeriğinde kumar ve bahisten bir alacak hakkı doğmayacağı belirtilmektedir. Öğretide bu çelişkili duruma ilişkin ileri sürülen bir görüşe göre, söz konusu faaliyetlerden borç ve alacak hakkı doğmakta ancak alacak dava yolu ile talep edilememektedir⁵⁸⁸. Başka bir görüşe göre ise dava hakkı tanınmaması dolayısıyla borcun da doğmamış olduğu savunulmuştur⁵⁸⁹. 6098 sayılı TBK m. 604/I'de "*Alacağın dava ve takip edilememesi*" başlığı altında yer alan "*Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz*" düzenlemesi ile anlam karmaşası giderilmiştir⁵⁹⁰. Zira madde metninden anlaşıldığı üzere kumar ve bahis faaliyetlerinden bir alacak hakkının meydana geldiği ancak dava ve takibinin mümkün olmadığı tartışmaya yer vermeyecek şekilde ifade edilmiştir. Esasında bu tartışmaların temel dayanağı mehz İsviçre Borçlar Kanunu Art. 513 Abs. 1 OR hükmüdür. Zira söz konusu hükmün başlığı "*Alacağın dava edilememesi*" olsa da hükmün içeriğinde kumar ve bahisten alacak hakkı doğmayacağı ifade edilmektedir⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ **Eren**, BHÖH, s. 798; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmettin: "Cezai ve Hukuki Cepheleriyle Kumar ve Bahis", Ahmet Esat Arsebük'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 124, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958, s. 161; **Looschelders**, SR BT, s. 341.

⁵⁸⁸ **Akev**, Kumar ve Bahis, s. 121; **Bilge**, Kumar ve Bahis, s. 10 vd.

⁵⁸⁹ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 55; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 27.

⁵⁹⁰ TBK m. 604 hükmünün bu hâliyle borcun eksik borç niteliği açıkça ortaya konulmuştur. Bkz. **Helvacı**, İlhan: Gerekçeli – Karşılaştırmalı – İçtihatlı – Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 1059.

⁵⁹¹ Alman Medeni Kanunu BGB § 762 hükmü kumar ve bahisten herhangi bir yükümlülük doğmayacağını ifade etmektedir. Bkz. **Habersack**, Mathias: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Schuldrecht, Besonderer Teil IV, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina, 8. Auflage, Verlag C. H.

Hükmün sözünden herhangi bir alacağın oluşmayacağı anlaşılmaktadır. Ancak bunun asıl amaçlananı yansıtmadığı, dolayısıyla alacak hakkının doğduğu ancak ifa edilmediği takdirde talep edilemeyeceği değerlendirilmektedir⁵⁹².

Kumar ve bahis faaliyetlerinden doğan borçların yaptırımı olmasa da ifasının titizlikle yerine getirilmek istenmesinin sebebi yerleşmiş ve yaygın olarak kullanılan kumar borcu “*namus borcu*” ya da “*şeref borcu*” söylemlerinden kaynaklanmaktadır⁵⁹³. Hatta sırf bu nedenle kumar ve bahis borçlarının yerine getirilmesi konusunda ahlaki bir görevin söz konusu olduğu ve TBK m. 78/II uyarınca ahlaki bir ödevin ifa edilmiş olmasından ileri gelen zenginleşmelerin geri istenemeyeceği de ileri sürülmüştür⁵⁹⁴. Bu nitelikteki borçların yerine getirilmesinde ahlaki bir ödevin söz konusu olduğu görüşüne kanaatimizce katılmak mümkün değildir. Zira borçlunun ekonomik mahvına neden olması kuvvetle muhtemel bu faaliyetlerin “*ahlaki ödev*” olarak değerlendirilememesi gerekir.

Kanaatimizce kumar ve bahis faaliyetlerinden doğan borçların niteliği konusundaki anlamsal karmaşıklık giderilmiştir. Zira TBK m. 604/I hükmünden anlaşıldığı üzere kumar ve bahisten bir alacak hakkının doğduğu ancak dava ve takibinin mümkün olmadığı şüpheye yer vermeyecek şekilde ifade edilmiştir. Kumar ve bahis sözleşmesinden meydana gelen borçlar eksik borç niteliği taşıdığından belirtildiği üzere alacak hakkı sahibine dava ve takip hakkı vermemektedir. Bunun anlamı, bir alacak

Beck oHG., München, 2020, § 762, N. 3, s. 849; **Sprau**, Hartwig: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare, 76. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2017, § 762, N. 5, 5a, s. 1293.

⁵⁹² **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 513, N. 13, s. 3294; **Koller**, SOR AT, s. 13; Karş. **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 33.

⁵⁹³ **Akev**, Kumar ve Bahis, s. 23 – 24, şeref borcu olarak nitelendirilen farklı durumlar için bakınız s. 111 - 112; **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 513, N. 13, s. 3294; Kumar borcunun namus borcuna dayandığı söylemi bir centilmenlik anlaşmasına değil; olsa olsa kumarbaz anlaşmasına karşılık geleceği söylemine ilişkin bkz. **Hatemi**, Hüseyin/ **Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 22; **Tüzüner**, s. 252.

⁵⁹⁴ **von Büren**, SOR AT, s. 11; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 55; Görüşün eleştirisi için bkz. **Akev**, Kumar ve Bahis, s. 110 vd.

hakkı değil, bilakis dava ve cebri icra yoluyla talep hakkı sağlamamasıdır⁵⁹⁵. Kanun koyucu, emeksiz kazancı kınamak, israfı önlemek ve bireylerin ekonomik kayıp yaşamalarına engel olmak amacıyla bu niteliği haiz borçları yaptırımsız bırakmak istemiştir⁵⁹⁶.

Bilge'ye göre⁵⁹⁷, kumar ve bahis borçları, kaybeden açısından tehlikelidir çünkü önemli ekonomik kayıplara neden olabilmektedir. Kazananın kazancı ise ahlaki açıdan tam anlamıyla meşru olmadığından bu borçlar eksik borç olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte yazar, kumar ve bahis borcunun mutlak surette ahlaka ve adaba aykırı olmadığını zira öyle kabul edilmesi durumunda sözleşmenin TBK m. 27⁵⁹⁸ (818 sayılı EBK m. 20) gereğince batıl olacağını ve isteyerek de olsa ödenmiş bir şeyin iadesinin TBK m. 77⁵⁹⁹ (818 sayılı EBK m. 61) uyarınca geri istenebileceğini ifade etmiştir. Bir başka görüşe göre, kumar ve bahisten meydana gelen borçların ahlaka aykırılık teşkil etmesi dolayısıyla ifanın geri istenememesi TBK m. 81 hükmünden⁶⁰⁰ kaynaklanmakta dolayısıyla bu borçların dava ve takibinin mümkün olmaması onların bir eksik borç olmalarından ileri gelmemektedir⁶⁰¹. Zira ilgili hüküm, hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen bir şeyin iadesinin istenemeyeceğini belirtmektedir. Kanaatimizce TBK m. 81 hükmü uyarınca hukuka veya ahlaka aykırı bir neticenin meydana gelmesi için verilenlerin geri istenememesi, hükmün amacı dikkate

⁵⁹⁵ **Eren**, BHGH, s. 92; **Schwander**, Ivo: Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG., Zürich, 2009, Art. 513, N. 1, s. 1109; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 33.

⁵⁹⁶ **Schwander**, Art. 513, N. 1, s. 1109; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 33.

⁵⁹⁷ **Bilge**, Kumar ve Bahis, s. 11.

⁵⁹⁸ TBK m. 27/I: “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*”

⁵⁹⁹ TBK m. 77: “*Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur.*”

⁶⁰⁰ TBK m. 81: “*Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak, açılan davada hâkim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir.*”

⁶⁰¹ Kumarın teşvik edici olmaması açısından eksik borç olarak nitelendirilmemesi gerektiği görüşü için bkz. **Hatemi/ Gökyayla**, s. 22.

alındığında davranışın cezalandırılmasına ilişkindir⁶⁰². Her ne kadar kumar ve bahis faaliyetlerinden doğan alacakların dava ve takip edilememesi hüküm altına alınsa da bu durum borçlunun mahvına neden olabilecek faaliyetleri teşvik etmemek adınadır. Yoksa kumar ve bahis borçlusunu bulunduğu durum dolayısıyla borcunu ifa etmesi nedeniyle cezalandırılması değildir. Bununla birlikte kumar ve bahis borçları için istenerek yapılan ödemelerin geri alınamaması TBK m. 605/II hükmünden⁶⁰³ ileri gelmektedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 604/II’de “*Kumar veya bahis için bilerek verilen avanslar ve ödünç paralar ile kumar ve bahis niteliğinde oldukları takdirde, borsada işlem gören malların, yabancı paraların ve kıymetli evrakın fiyat farkı esaslı üzerine yapılan vadeli satışlar hakkında da aynı hüküm uygulanır*” düzenlemesi yer almaktadır. Anlaşıldığı üzere kumar ve bahis için bilerek verilmiş olan avans ve ödünç paralar yine bu nitelikteki borsada işlem gören malların, yabancı paraların ve kıymetli evrakın fiyat farkı esaslı üzerine yapılan vadeli satışlar hakkında da ilgili hüküm uygulama alanı bulmaktadır. Kanun koyucu kumar ve bahis faaliyetleri için verilen avans ve ödünç hakkında hukuki neticeleri itibariyle hiçbir fark gözetmemiştir. Kanun koyucunun amacı, bu faaliyetlerin yapılmasını mümkün olduğunca zorlaştırmak ve hatta yapılmasına engel olmaya çalışmaktır. Böylece kumar ve bahse ilişkin faaliyetlerin

⁶⁰² Ateş, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 326.

⁶⁰³ TBK m. 605/II: “*Kumar ve bahis borcu için isteyerek yapılan ödemeler geri alınamaz. 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 ödeme geri alınabilir.*”; Bir görüşe göre TBK m. 605/II hükmünün dikkat çeken bir yönü de sözleşmeden dönme imkânı meydana getirmesi ve hükmün diğer eksik borç ilişkilerine de kıyasen uygulanabilmesidir. Bir başka deyişle eksik borçlar bakımından sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının ve böylece ifa edilen edimlerin karşılıklı olarak iade edilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Yine aynı görüşe göre evliliğe aracılık edilmesi amacıyla simsara ücreti peşin verildiği hâlde, simsar yükümlülüklerini yerine getirmediyse ödeme yapan tarafın parasının iadesini talep edebilmesi mümkün olmalıdır. Yazar, kıyasen TBK m. 605/II hükmünün diğer eksik borçlar bakımından uygulanması önerisini temerrüt hükümleri çerçevesinde dönme hakkının kullanılamayacağı endişesine dayandırmaktadır. Ayrıca yazar, her ne kadar TBK m. 524 hükmü dolayısıyla borçlu açısından eksik borç doğsa da simsarın evliliğe aracılık etme faaliyetinin de tam borç teşkil etmeyeceği ve bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi dolayısıyla temerrüde düşmesinin söz konusu olamayacağı görüşüne sahiptir. Bu görüş, öneri ve TBK m. 81 hükmünün iade talebine engel teşkil etmeyeceğine ilişkin olarak bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 134 – 135, dp. 406.

geniş yorumlandığı kolaylıkla anlaşılmaktadır⁶⁰⁴. Avans ve ödünç paraların başka bir oyuncu ya da bahiste bulunan ya da üçüncü bir kişi tarafından verilmesi ise meydana gelen sonuçlar bakımından herhangi bir farklılık oluşturmamaktadır⁶⁰⁵.

Avans ve ödünç niyetine verilmiş paranın söz konusu kumar ve bahse ilişkin hükümlere tabi tutulabilmesi için bazı şartlar aranmaktadır⁶⁰⁶; öncelikle avans ve ödünç olarak verilmiş olan para, borçlunun henüz kumar ya da bahse karar vermediği bir zamanda verilmelidir. Bir diğer şart ise avans ve ödünç para verenin bu paranın kumar ve bahis için verildiğinin bilincinde olması gerekliliğidir. Dolayısıyla verilen ödünç paranın ya da avansın bunları veren tarafından kumar ve bahis için kullanılacağına bilinmemesi hâlinde verilen avans ya da ödünç para eksik borcun konusunu oluşturmayacaktır. Nihayet, son şart ise verilmiş olan avans ya da ödünç paranın kumar veya bahis için kullanılmasıdır. Sayılan şartların birlikte sağlanması durumunda verilen avans ve ödünç para TBK m. 604/II gereğince kumar ve bahis borcuyla bir tutulmaktadır⁶⁰⁷.

Türk Borçlar Kanunu TBK m. 604/II hükmü uyarınca yine kumar ve bahis niteliğinde olduğu takdirde⁶⁰⁸ borsada işlem gören mallar, yabancı para ve kıymetli evrakın fiyat

⁶⁰⁴ **Amonn**, Kurt: Spiel und Spielartige Verträge, Schweizerisches Privatrecht VII/2, Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG., Basel, 1979, s. 470 - 471; **Hochstrasser**, HandK, Art. 513 - 514, N. 6, s. 863; **Schwander**, Art. 513, N. 2, s. 1109.

⁶⁰⁵ **Amonn**, s. 471; **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 513, N. 14, s. 3294.

⁶⁰⁶ *Amonn*'a göre, sadece oyunun amacının anlaşılması yeterli değildir. Bu faaliyetin yapılması avans ve ödünç para veren tarafından desteklenmelidir. Bkz. **Amonn**, s. 471; **Eren**, BHÖH, s. 799; **Hochstrasser**, HandK, Art. 513 - 514, N. 7, s. 863.

⁶⁰⁷ Yarg. 13. HD., 28.09.1998, E. 1998/6023, K. 1998/7127: "...kumar ve bahis oyununa katılmamış olsa dahi kumar ve bahis oynayan bir kişiye kumar ve bahis oynayacağını bilerek verilen avans ve ödünç paralardan dolayı alacak talep edilemeyeceğinin kabulünde duraksanmamalıdır. Nitekim, kökleşen Yargıtay uygulamaları da bu doğrultudadır." Bkz. Hukuk Türk İhtihat Bilgi Bankası.

⁶⁰⁸ Kumar ve bahis niteliğinde olduğunun kabul edilebilmesi için, tesadüfi unsurların iş yapma niyetini arka planda bırakması gerekir. Burada işlem yapanın gerçek yani oyun oynama niyetinin tespit edilebilmesi ise oldukça güçtür. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre her somut olay kendi özellikleri doğrultusunda ayrı ayrı değerlendirilmelidir (BGE 65 II 21, 29; BGE 78 II 61, 65). Ancak karine vadeli işlemlerin kumar amacıyla yapılmadığı yönündedir. Bkz. **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 513, N. 10, s. 3292.

farkı esası üzerine yapılan vadeli satışlar hakkında da söz konusu hüküm uygulama alanı bulmaktadır⁶⁰⁹.

Türk Borçlar Kanunu m. 605/I uyarınca kumar ve bahse ilişkin imzalanmış adi borç senedi yahut kambiyo senedi mevcutsa, bunlara dayanarak dava açılması yahut takip yapılması mümkün değildir⁶¹⁰. Bu sonuç senedin üçüncü bir kişiye devredilmiş olması hâlinde de söz konusudur. Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmayacağı ve takip yapılamayacağına ilişkin TBK m. 604/I hükmü emredici nitelikte olduğundan, taraflarca bertaraf edilememektedir. Kanun koyucu TBK m. 605/I hükmü ile bu sonucun başka yollarla gerçekleştirilebilme ihtimaline engel olmak istemiştir⁶¹¹. Bu sonuca muhtemelen TBK m. 605/I hükmü olmasaydı da ulaşılabilirdi; ancak hüküm, kambiyo senedinin soyut niteliğinin yol açabileceği tüm şüpheleri ortadan kaldırmaktadır⁶¹². TBK m. 605/I'nin son cümlesinde ise kıymetli evrakın üçüncü kişilere sağladığı hakların saklı olduğu ifade edilmektedir. Hükümden kambiyo senedinin iyiniyetli alıcılarının korunacağı anlaşılmaktadır⁶¹³. Buna göre ifadan geri

⁶⁰⁹ **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 513, N. 7 vd., s. 3291 vd.; **Honsell**, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil, 9. Auflage, Stämpfli Verlag AG., Bern, 2010, s. 426 vd.; Kumar ve bahse ilişkin hükümler borsaya dahil taşınır mal ve kıymetli evrakın (tahvil hisse senedi) fiyat farkı esasına göre yapılmış vadeli menkul değer satışlarına ek olarak yetkili makamlar tarafından izin verilmemiş piyasalarda da uygulanmaktadır. Bkz. **Kaplan**, s. 53.

⁶¹⁰ Tarafların mevcut alacak ve borçlarının kumar ve bahisten kaynaklandığını gizlemek suretiyle kanuna karşı hile ile soyut bir borç senedi düzenleyerek yaptırımını olmayan bir eksik borcu tam borç hâline getirmelerine engel olmak amaçlanmıştır. Bkz. **Bilge**, Kumar ve Bahis, s. 12.

⁶¹¹ **Amonn**, s. 473; **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 514, N. 1, s. 3296.

⁶¹² **Giovanoli**, Silvio: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Hrsg. Meier - Hayoz, Arthur, 7. Teilband, Verlag Stämpfli & Cie. AG., Bern, 1978, Art. 514, N. 1, s. 296.

⁶¹³ Kambiyo senetlerine ilişkin iyiniyetin koruyucu etkisi, senedi devralan üçüncü kişinin senedin kumar karşılığı alındığını bilmemesi yahut bilebilecek durumda olmaması hâlinde söz konusu olur. Bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 711.

durmaya ilişkin savunma, kambiyo senedine iyiniyetle sahip olmuş üçüncü kişilere karşı ileri sürülememektedir⁶¹⁴.

Türk Borçlar Kanunu m. 605/II uyarınca kumar ve bahis borcu için istenerek yapılmış ödemeler geri alınamamaktadır. Bir görüşe göre kumar oynayan oyuncuların oyun bitmeden, oyunun başında yapmış oldukları ödeme, oyunun kazananının belirsiz olması nedeniyle oyunun sonuna kadar geri alınabilmektedir⁶¹⁵. Bir başka görüşe göre ise oyun bitmeden yahut oyunun kazananının belirsiz olduğu herhangi bir anda yapılan ödemeler “*avans*” niteliğindedir⁶¹⁶. Dolayısıyla bunların da geri istenebilmesi mümkün değildir. Ödemenin gönüllü olması borçlunun serbest iradesi ile yapılmış olmasına bağlıdır. Herhangi bir zorlama, gerçekleşmiş yahut devam eden baskı ya da tehdit altında yapılmış bir ifade gönüllülükten bahsedilemez⁶¹⁷. Ancak borçlu, kumar borcunun anlamını bildiği hâlde ödeme yükümlüsü olduğunu düşünerek ödemedede bulunduğu burada, ifanın gönüllülük esası çerçevesinde gerçekleştiği kabul edilmektedir⁶¹⁸. Başka bir deyişle ödemenin bir kumar borcunun kapatılacağına bilinerek yapılması yeterli iken borçlunun eksik borcun hukuki sonuçlarını biliyor olması gerekli değildir. TBK m. 605/II’nin son cümlesinde istenerek yapılan ödemenin geri alınamamasına ilişkin istisnai durumlar öngörülmüştür. Buna göre kumar ve bahsin usulüne göre yürütülmesi beklenmedik olayla veya diğer tarafın eylemleriyle engellendiğinde yahut diğer taraf

⁶¹⁴ **Amonn**, s. 473; **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 514, N. 1, s. 3296; **Giovanoli**, BernerK, Art. 514, N. 2, s. 296; **Schwander**, Art. 514, N. 1, s. 1110.

⁶¹⁵ **Fisch**, s. 60; **Giovanoli**, BernerK, Art. 514, N. 5, s. 297.

⁶¹⁶ **Fisch**, s. 59 vd.; İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre oyun hiç oynanmamışsa yapılan ödeme geri alınabilir. Bkz. **Hochstrasser**, HandK, Art. 513 - 514, N. 19, s. 866.

⁶¹⁷ **Amonn**, s. 475; **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 514, N. 3, s. 3296; **Fisch**, s. 61; İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararına göre (BGE 39 II 1529) borçlunun iradesi dışında kurulmuş olan rehinden alacağın elde edilmesi hâlinde ödemenin iradi olduğundan bahsedilemez. Bkz. **Giovanoli**, BernerK, Art. 514, N. 6, s. 297; **Hochstrasser**, HandK, Art. 513 - 514, N. 19, s. 866.

⁶¹⁸ Karş. **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 514, N. 3, s. 3296; **Giovanoli**, BernerK, Art. 514, N. 6, s. 297; **Hochstrasser**, HandK, Art. 513 - 514, N. 19, s. 866; Aksi yönde bkz. **Amonn**, s. 475; Kumar borcunun kapatılmasına ilişkin bilince sahip olunmasının gerekli olmadığı hakkında bkz. **von Tuhr**, Andreas/ **Peter**, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band mit den Registern zu beiden Bänden (2. Lieferung), 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG., Zürich, 1979, s. 482, dp. 62.

kumar veya bahse hile karıştırdığında ödeme istenerek yapılmış dahi olsa geri alınabilmektedir⁶¹⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nda kumar ve bahse ilişkin bir başka düzenleme de 606. maddede bulunmaktadır. İlgili madde “*Düzenlenmesine kanun veya yetkili makamlarca izin verilmiş olmadıkça, piyango ve diğer şans oyunlarından doğan alacaklar hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz. İzin verilmemiş olan durumlarda, piyango ve diğer şans oyunları için de kumara ilişkin hükümler uygulanır. Yabancı ülkelerde kendi kurallarına uygun olarak düzenlenen piyango ve diğer şans oyunları, Türkiye’de yetkili makamlarca bunlara ait biletlerin satılmasına izin verilmiş olmadıkça, yasal korumadan yararlanamazlar*” şeklindedir. Kanun hükmünde ifade edildiği üzere ancak düzenlenmesine kanun ya da yetkili makamlar tarafından izin verildiğinde piyango ve diğer şans oyunlarından doğan alacaklar hakkında dava açılması yahut takip yapılması mümkündür. Düzenlenmesine izin verilmeyen piyango yahut diğer şans oyunlarından doğan alacaklar için kumara ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Yine aynı hükme göre, yabancı ülkelerde kendi kurallarına uygun olarak düzenlenen piyango ve diğer şans oyunlarına ilişkin biletler, Türkiye’de satışlarına izin verilmiş olmadıkça yasal korumadan faydalanamamaktadır.

Özel kanunlar istisnai olarak kumar ve bahis faaliyetlerinden kaynaklanan bazı borçları tam borç niteliğinde kabul etmekte, bu sebeple alacaklıya dava ve takip hakkı tanımaktadır. Bunlar özellikle millî piyango, spor toto, spor loto ve at yarışlarına ilişkindir⁶²⁰.

⁶¹⁹ **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 514, N. 5, s. 3297; **Schwander**, Art. 514, N. 3, s. 1110.

⁶²⁰ Söz konusu istisnalar şu düzenlemelerde yer almaktadır: 3670 sayılı Milli Piyango Teşkiline Dair Kanun ve 320 sayılı Milli Piyango Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Bilet Satış, Çekiliş ve İkramiye Yönetmeliği, Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Hemen - Kazan Oyunu Yönetmeliği, 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlemesi Hakkında Kanun, Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunları Uygulama Yönetmeliği, 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun ve At Yarışları Müşterek Bahisler Yönetmeliği. Bkz. **Eren**, BHÖH, s. 800.

Kumar ve bahis ilişkisinden doğan alacak hakkı, sahibine normal bir alacak hakkının sağladığı alacağını dava yolu ile talep ve cebri icra ile takip yetkisini sağlamamaktadır. Bu sebeple de bu ilişkinin borçlusu tam borç altına girmezken alacaklı da tam bir alacak hakkı sahibi olmamaktadır. Diğer eksik borçlarda olduğu gibi kumar ve bahis borçlarında dava ve takip imkânı olmamasına rağmen ifa edilmesi hâlinde bu ifa geçerli olmaktadır. Zira borç eksik de olsa mevcut ve geçerlidir. Bu sebeple de yapılan ifa sebepsiz zenginleşme teşkil etmediğinden verilen şeyin iadesi talep edilememektedir⁶²¹. Eksik bir borcun borçlusu borcunu ifa ettiğinde borcun alacaklısına bir bağışlamada bulunmuş olmamaktadır. Zira burada borç bağışlama sebebiyle değil, ifa sebebiyle yerine getirilmektedir⁶²². Bu sebeple bağışlamanın geri alınmasıyla ilgili kurallar (TBK m. 295 - 296) ve bağışlamanın tenkisine (TMK m. 565) ilişkin kural burada uygulama alanı bulmamaktadır⁶²³.

Kumar ve bahis faaliyetlerinin ortak özelliği kazanmanın veya kaybetmenin tesadüfe bağlı olmasıdır. Bu türlü faaliyetlerde bulunanların kazanma ihtimalinin yanı sıra kaybetme riskini de göze almış olmaları, tarafların sözleşme yapma sebeplerini oluşturmaktadır.⁶²⁴ İsviçre’de Vaud, Bern ve Zürih Kantonlarındaki yasal düzenlemelerde bu nitelikteki borçların hem geçersiz sayılması hem de teşvik edilmesi istenmediğinden, kumar ve bahis faaliyetlerden eksik borcun meydana geldiği kabul edilmektedir⁶²⁵. İsviçre Borçlar Kanunu’nda ise kumar ve bahis faaliyetlerinden kanunun lafzı dikkate alındığında herhangi bir alacak hakkının doğmayacağı anlaşılrsa

⁶²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm III, başlık: “*Eksik Borçların Kesin Etkileri*”.

⁶²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm III, başlık: “*Eksik Borçların Kesin Etkileri*”.

⁶²³ **Eren**, BHÖH, s. 803.

⁶²⁴ Kumar ve bahis faaliyetlerinde kaybetme riskinin göze alınması kolay kazanç elde etme ihtimalinin olmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. **Esser**, Josef: Schuldrecht, Band II: Besonderer Teil, 3. Auflage, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1969, s. 261.

⁶²⁵ İsviçre’de Kantonlar sahip oldukları yetkiye dayanarak özel hukukta kanunlaştırma faaliyetleri yapabilmektedir. Bu yetkiyi kullanan Kantonlar ve kanunlarının kaynağı üç gruba ayrılabilir. Batı ve güneyde yer alan Kantonlardan oluşan Fribourg, Ticino, Vaud, Valais, Neuenburg ve Cenevre Fransız Medeni Kanunu’na yakın kanunlara sahiptir. Bern grubu olarak da adlandırılabilir ikinci grupta ise Bern’in dışında Luzern, Solothurn, Aargau da bulunmakta ve bu Kantonlar ise büyük ölçüde Avusturya Medeni Kanunu’nun etkisindedir. Üçüncü grup ise Zürih özel hukukunu esas almaktadır. Bu grupta Zürih’in yanı sıra Glarus, Zug, Schaffhausen ve Graubünden Kantonları yer almaktadır. Bkz. **Balmer**, s. 63 – 64, 87.

da hâkim görüşe göre bu faaliyetlerden dava edilemeyen bir alacak hakkı ve eksik borç meydana geldiği değerlendirilmektedir⁶²⁶.

İsviçre’de 1929 yılından bu yana kumarhane yasağı bulunmamaktadır⁶²⁷. İsviçre Borçlar Kanunu’na kumarhanelere ilişkin yasa ile Art. 515a OR hükmü eklenerek, kumarhanelerde oynanan şans oyunlarına ilişkin kumarın sosyal açıdan zararlı etkilerini önleyebilmek ve özellikle kumarhanelerde kara para aklanmasının önüne geçebilmek adına bir düzenleme öngörülmüştür⁶²⁸. Söz konusu hükümde yetki sahibi kumarhanelerde oynanan şans oyunlarından meydana gelen alacakların devletin yetkili organları vasıtasıyla elde edilebileceği ifade edilmektedir. Art. 515a OR hükmüne göre dava edilebilir alacaklar ancak yetkili makam olan devlet tarafından verilen izinle işletilen kumarhanelerde oynanan şans oyunları neticesinde meydana gelmelidir.⁶²⁹ Bu sonuç ancak ifade edilen yerlerde gerçekleştirilen şans oyunları faaliyetlerinden doğan alacaklar için geçerli olup, şans oyunları için verilen avans ya da ödünç paralar hakkında söz konusu olmamaktadır⁶³⁰. Şans oyunlarının lisanslı kumarhaneler dışında oynanması, örneğin yetkilendirilmeksizin internet ortamında bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesi yasaktır⁶³¹. Kazancın beceriye dayandığı oyunlar ise şans

⁶²⁶ **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 513, N. 13, s. 3294; **Becker**, K SZO I, Allgemeine Bestimmungen, N. 11, s. 8; **Huguenin**, Claire: Obligationenrecht: Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2008, s. 198; Karş. **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 33.

⁶²⁷ **Hochstrasser**, HandK, Art. 515a, N. 1, s. 869.

⁶²⁸ **Hochstrasser**, HandK, Art. 515a, N. 1, s. 869.

⁶²⁹ **Huguenin**, BT, s. 199.

⁶³⁰ Kumarhanelerin avans ya da ödünç para veremeyeceğine ilişkin bkz. **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 515a, N. 5a, s. 3300; **Hochstrasser**, HandK, Art. 515a, N. 4, s. 870.

⁶³¹ Kişilerin arkadaşları arasında kumarhaneler dışında para için şans oyunları oynaması yasak kapsamında değildir (BGE 136 II 291 E. 4). Art. 515a OR hükmü ancak lisanslı kumarhanelerde oynanan oyunlara ilişkindir. Lisanslı kumarhanelerin yetkilendirildikten sonra çevrimiçi oyunlar sunabilmesi mümkündür. Bkz. **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 515a, N. 4, s. 3299 - 3300; **Hochstrasser**, HandK, Art. 515a, N. 5, s. 870.

oyunlarından ayrılarak yetkili kumarhaneler dışında oynanabilmekte ve yasak kapsamı dışında tutulmaktadır⁶³².

Almanya’da 2001 yılında Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak “*eksik borçlar*” başlığı kumar, bahis ve benzeri faaliyetlere ilişkin düzenlemeler için Alman Medeni Kanunu’na ilave edilmiştir⁶³³. Alman Medeni Kanunu BGB § 762 hükmü kumar ve bahisten herhangi bir yükümlülük doğmayacağını ifade etmektedir. Alman hukuk öğretisinde bir görüşe göre bu faaliyetlerden doğan borçlar ne geçersiz ne de geçerli borçlar olarak nitelendirilmelidir⁶³⁴. Ancak hükümden anlaşılması gerekenin aslında söz konusu faaliyetlerden eksik borç doğduğu da ifade edilmektedir⁶³⁵. Söz konusu hukuk sisteminde BGB § 762 hükmünün sadece tesadüfün belirleyici olduğu şans oyunlarında değil, ayrıca kişisel becerilerin kullanılmasının gerekli olduğu ve oyuncuların yeteneklerine de dayalı olan oyunlarda da uygulama alanı bulacağı savunulmaktadır⁶³⁶. Oyunun diğer oyuncuları haksız şekilde dezavantajlı duruma düşürmek için tasarlanmış

⁶³² Karş. **Bucher**, Eugen: Obligationenrecht: Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1988, s. 312; Oyun, slot makineleri gibi hem şansa hem de beceriye dayanıyorsa bu duruma ilişkin öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Tartışmaların esasını becerinin şansın önüne geçmediği oyunlar oluşturmaktadır. Zira hükümde sadece “*şans oyunları*” olarak ifade edilmektedir. Şans oyunları ise oyun sonucunun beceriye bağlı olmadığı oyunlardır. Bkz. **Hochstrasser**, HandK, Art. 515a, N. 6, s. 870, Poker oyununa ilişkin detaylı bilgi için bkz. s. 871; **Schwander**, Art. 515a, N. 1, s. 111.

⁶³³ **Schulze**, s. 264.

⁶³⁴ **Hirsch**, Christoph: Schuldrecht: Besonderer Teil, 4. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden - Baden, 2016, s. 360; **Medicus**, Dieter/ **Lorenz**, Stephan: Schuldrecht II: Besonderer Teil, 16. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2012, s. 347 - 348; Kumar ve bahse ilişkin sözleşmelerin “*bağlayıcı olmayan hukuki işlemler*” olarak da nitelendirildiği görülmektedir. Ancak bunların geçerliliğinden şüphe duyulmamaktadır. Bkz. **Schulze**, s. 385.

⁶³⁵ Alman Medeni Kanunu BGB § 762 hükmü kumar ve bahisten herhangi bir yükümlülük doğmayacağını ifade etmektedir. Bkz. **Habersack**, MünchenerK, § 762, N. 3, s. 849; **Sprau**, Beck’sche KuKo, § 762, N. 5, s. 1293; Hükümden anlaşılması gerekenin aslında söz konusu faaliyetlerden eksik borç doğduğuna ilişkin bkz. **Brödermann**, Eckart: BGB: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsg. Prütting, Hans/ Wegen, Gerhard/ Weinreich, Gerd, 17. Auflage, Luchterhand Verlag, Hürth, 2022, § 762, N. 2, s. 1719; **Kiene**, Sörren/ **Wigginghaus**, Nils: German Civil Code, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB): Volume I, Books 1 - 3: §§ 1 - 1296, Hrsg. Dannemann, Gerhard/ Schulze, Reiner/ Watson, Jonathon, C.H. Beck, München, 2020, § 762, N. 3, s. 1497; **Medicus/ Lorenz**, SR BT, s. 347.

⁶³⁶ İlan yoluyla ödül sözü verilmesi ya da sportif dövüşlerin bu kapsamın dışında olduğu değerlendirilmektedir. Bkz. **Brox/ Walker**, BS, s. 425.

olduğu oyunlar bakımından ahlaka aykırı işlemlerin hükümsüz olduğunu kabul eden BGB § 138 hükmünün uygulama alanı bulacağı değerlendirilmektedir⁶³⁷. Keza İsviçre hukukunda olduğu gibi Almanya’da da devlet tarafından izin veya lisans verilen yerlerde oynanan şans oyunları yasaldir ve tam borç doğurmaktadır⁶³⁸. Alman hukukunda belirtilen bir görüşe göre her ne kadar iddiaların doğruluğunun ispatlanması söz konusu olsa da geleceğe ilişkin bir iddianın doğrulanması bahis değil, şans oyunu teşkil edeceğinden spor faaliyetlerine ilişkin bahisler aslında bahis niteliğinde olmamaktadır⁶³⁹.

2.2.2. Evlenme Aracılığından (Simsarlığından) Doğan Borçlar

Türk Borçlar Kanunu özel borç ilişkilerinde vekâlet ilişkilerinin ele alındığı dokuzuncu bölüm kendi içerisinde üç ayrımdan oluşmaktadır. Buna göre; ilk ayrımda vekâlet sözleşmesi, ikinci ayrımda kredi mektubu ve kredi emri, üçüncü ayrımda ise simsarlık sözleşmesi düzenlenmiştir. Simsarlık sözleşmesinin maddi fiilleri konu edinen bir vekâlet türü olduğu kabul edilmektedir⁶⁴⁰.

Türk Borçlar Kanunu’nun 520. maddesinde simsarlık sözleşmesi tanımlanmaktadır. Buna göre “*Simsarlık sözleşmesi, simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir.*” Simsar ya da başka bir deyişle aracı, taraflar arasında bir sözleşme meydana getirilmesi imkânının

⁶³⁷ **Habersack**, MünchenerK, § 762, N. 24, s. 858; **Hirsch**, s. 360.

⁶³⁸ Devletin izni olmaksızın yabancıların katılabileceği şans oyunları düzenlemek ise suç teşkil etmektedir. Burada akıllara lokallerin arka odalarında düzenlenen para karşılığı oynanan oyunlar gelmektedir. Bkz. **Hirsch**, s. 360; Halka açık, yetkilendirilmiş kumarhanelerde oynanan oyunlar yasaldir ve tam borç doğurmaktadır. Bkz. **Brox/ Walker**, BS, s. 427.

⁶³⁹ **Hirsch**, s. 361.

⁶⁴⁰ **Eren**, BHÖH, s. 709; Vekâlet sözleşmesinin konusunu maddi fiiller oluşturabileceği gibi hukuki fiiller ya da her ikisi de oluşturabilir. Bkz. **Bühler**, Roland: Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG., Zürich, 2009, Art. 394, N. 1, s. 911; **Oser**, David/ **Weber**, Rolf H.: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 394, N. 6, s. 2758.

oluşturulmasını yahut sözleşmenin kurulmasında aracılık etmeyi üstlenerek sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazanan kimsedir⁶⁴¹. İş sahibi de simsarın faaliyetleri sonucunda bulduğu sözleşme yapma niyeti bulunan üçüncü kişi ile sözleşme akdedildiğinde simsara ücret ödeme yükümlülüğü altına giren kimse olarak tanımlanmaktadır⁶⁴². Simsarın gerçekleştirdiği faaliyet, iş sahibinin talepleri doğrultusunda sözleşmenin kurulmasına ilişkin imkânı hazırlamak yahut esas sözleşmenin kurulabilmesine aracılık yapmaktır⁶⁴³.

Evlenme simsarlığının tanımına kanunda yer verilmemiştir. Ancak öğretide evlenme simsarlığı, evlilik sözleşmesinin akdedilmesine olanak tanıyan veya aracılık edilmesini sağlayan bir simsarlık türü olarak tanımlanmaktadır⁶⁴⁴. Evlilik sözleşmesinin yapılmasına bir ücret karşılığı olanak sağlayan, hazırlayan ya da icrasına aracılık eden kimse ise evlenme simsarı ya da tellalı olarak adlandırılmaktadır⁶⁴⁵.

Evliliğin kutsallığı, toplum içerisindeki rolü, dini ve ahlaki değerlerle ilişkisi dikkate alındığında ücret karşılığı evlenme simsarlığı yapılması, geçmişten günümüze kadar ahlaka aykırı olup olmadığı konusunda birçok tartışmaya neden olmuştur. Evlenme

⁶⁴¹ **Guggenbühl**, Adolf: Die Liegenschaftenmäklerei, Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co., Aarau, 1951, s. 25; **Looschelders**, SR BT, s. 282; Simsar, sözleşme gereğince iş sahibinin arzu ve istekleri doğrultusunda esas sözleşmenin kurulması imkânını oluşturan veya sözleşmenin kurulmasına aracılık eden kimse olarak da tanımlanmaktadır. Bkz. **Öcal Apaydın**, Bahar: “İsviçre ve Türk Hukukunda Aracı Simsarlık Sözleşmesi Bakımından Çifte Simsarlık Faaliyeti Yürütülmesinin Hüküm ve Sonuçları”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2018/2, Y. 2018, s. 147.

⁶⁴² İş sahibinin, önerilen teklifi kabul etme zorunluluğu bulunmadığından bu hâlde simsarın ücrete hak kazandığından bahsedilememektedir. Bkz. **Mirhanogulları**, Yusuf Erdem: “Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Simsarın ve İş Sahibinin Hukuki Durumu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 15, Y. Haziran 2020, s. 609; **Öcal Apaydın**, s. 147.

⁶⁴³ **Öcal Apaydın**, s. 147; Simsar, sözleşme yapmak isteyen tarafları bir araya getirmeyi, sözleşmenin kurulması safhasına katılmak suretiyle işlemin yapılmasına ilişkin hazırlıkların yerine getirilmesini üstlenebilir. Bkz. **Amann**, Caterina: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Luchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 412, N. 1, s. 2881.

⁶⁴⁴ **Akev**, Sahir Talât: “Evlenme Tellallığı”, Adalet Dergisi, 1963, Y. 54, S. 3 - 4, s. 367; **Büyüknacar**, Gönül: “Yargı Kararları Işığında Simsarlık Sözleşmesine İlişkin Ücret Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül - Ekim 2021, Yıl. 34, S. 156, Y. 2021, s. 245.

⁶⁴⁵ **Kaplan**, s. 54.

simsarlığının ahlaka aykırı olduğunu savunan görüşe göre⁶⁴⁶, evlenmenin tarafların serbest iradesine bağlı olması dolayısıyla simsarın herhangi bir müdahalesi evlenme hürriyetini ihlal edeceğinden evlenme simsarlığı ahlaka aykırıdır. Bu sebeple de mutlak butlan ile sakattır. Hatta muhtemelen bu görüş esas alınarak önceki kanunun yürürlükte olduğu dönemde simsarlık sözleşmesinin ücret karşılığı bir evlilik akdinin kurulması amacıyla yapılması hususunda kanun koyucu bir düzenleme öngörmüştü. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’nun “*Evlenme tellâllığı*” başlıklı 408. maddesi, “*Evlenme tellâllığı, ücrete hak bahşetmez*” hükmünü içermektedir. Buradaki “*ücrete hak bahşetmez*” ifadesi mehz İsviçre Borçlar Kanunu mülga Art. 416 OR hükmü esas alınarak 6098 sayılı TBK m. 524’te “*Evlenme simsarlığından doğan ücret hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz*” şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu hükümden anlaşılacağı üzere, kanun koyucu evlenme simsarlığından doğan borçlara başlangıçtan itibaren eksik borç niteliğini atfetmiştir. İlke olarak tarafların evlenme akdi kurmaları amacıyla buna aracılık edilmesi hukuka aykırı değildir; ancak kanun koyucu bu faaliyetin bir ücret karşılığı yapılmasını ahlaki değerleri göz önünde bulundurarak hoş karşılamamış ve böylece de bu ilişkiden doğan borçları dava ve takip imkânından mahrum bırakmıştır⁶⁴⁷. Evliliğin gerçekleşmesi amacıyla ücret karşılığı bir aracılık faaliyeti söz konusu olduğunda, ücret ödeme borcu geçerli bir borç olmakla birlikte ifa edilip edilmemesi borçlu inisiyatifindedir. Borcun ifa edilmemesi durumunda borçlunun hiçbir sorumluluğunun söz konusu olmadığı gibi, ifa edildiği takdirde ise bu ifa geçerlidir. Yine bu türlü borcun bir özelliği olarak ifasının yapılmış olması durumunda geri istenebilmesi de mümkün olmamaktadır⁶⁴⁸. Hâl böyle iken evlenmeye aracılık etme faaliyeti bir şekilde hukuka aykırılık teşkil etmekteyse, örneğin evlenecek kişinin dolandırılması yani evlenme simsarlığı adı altında dolandırıcılık yapılmış yahut kişinin

⁶⁴⁶ Roma hukukunda *Iustinianus*, bu hukuki ilişkilere bir dava hakkı tanımış ve simsarın *drahoma*’nın yirmide birinden ve herhalde on libreden fazlasını talep edemeyeceğini kabul etmiştir. Bkz. **Akev**, *Evlenme Tellâllığı*, s. 366 vd.

⁶⁴⁷ **Aydos**, Oğuz Sadık: *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 31; **Eren**, BHGH, s. 94; **Roth**, Herbert: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5/2, Schuldrecht, Besonderer Teil, III/2 §§ 651a - 704, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2017, § 656, N. 2, s. 450.

⁶⁴⁸ **Kaplan**, s. 54; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 53; **Sprau**, Beck’sche KuKo, § 656, N. 2, s. 1146.

iyiniyetinin suistimal edilmesi amacı mevcutsa, işte böyle bir durumda iadenin talep edilebileceği kabul edilmektedir⁶⁴⁹.

Hukuka uygun bir temel ilişki olarak görülen evlenme simsarlığını muhabbet simsarlığından ayrı tutmak gerekmektedir. Muhabbet simsarlığı birbirleriyle hukuki bir ilişki içerisinde bulunmayan kimselerin, bir ücret karşılığında hukuka ve ahlaka aykırı olarak bir araya getirilmesidir⁶⁵⁰. Başka bir deyişle muhabbet simsarlığında kişiler muhabbet simsarı tarafından ücret mukabili cinsel münasebet gerçekleştirilmesi amacıyla bir araya getirilmektedir. Böyle bir ilişkinin ise hukuka ve ahlaka aykırılık teşkil etmesi dolayısıyla muhabbet simsarlığı için akdedilen bir sözleşmenin geçersiz olacağı bu nedenle de geçerli bir borç doğurmayacağı kabul edilmektedir⁶⁵¹.

Türk Borçlar Kanunu m. 605/I’de düzenlenen “*Kumar oynayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adi borç veya kambyo senedi üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa bile, hiçbir kimse bunlara dayanarak dava açamaz ve takip yapamaz. Kıymetli evrakın iyiniyetli üçüncü kişilere sağladığı haklar saklıdır*” hükmünün kıyas yoluyla evlenme simsarlığından doğan borçlar için de uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir⁶⁵². İlgili hüküm kumar oynayan yahut bahse giren kişi tarafından imzalanan adi borç senetleri ve kambyo senetlerine dayanılarak dava ve takip yapılamayacağını ele almaktadır. Hükümün kıyasen evlenme simsarlığından doğan borçlara da uygulanmasının zaruri görülmesinin sebebi, simsarın kanunda düzenlenen evlenme simsarlığından doğan borçların eksik borç olarak kabul edilmesi kuralının önüne geçebilme ya da başka

⁶⁴⁹ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 50; Evlenmeye aracılık faaliyeti dolandırıcılık saiki ile yapılmışsa, bu durum ceza hukuku anlamında suç teşkil etmektedir. Bkz. **Gül**, Neytullah: “Simsarın Ücret Hakkı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, Y. 2016, s. 2813; Yarg. 3. HD. 04.02.1999, E. 1999/504, K. 1999/627. Bkz. **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 53.

⁶⁵⁰ **Eren**, s. BHGH, s. 94.

⁶⁵¹ **Şahan**, Gökhan: “Eksik Borçların İleri Sürülmesinin Hukuki Niteliği”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 8, S. 15, Y. 2020, s. 407; Almanya’da 01.02.2002 tarihinde hakkında yasal düzenleme yürürlüğe girmeden önce faaliyeti ahlaka aykırı ve borcun geçersiz sayılmaksızın seks işçilerinin ücret alacaklarının dava hakkı vermediği; zira borcun bir eksik borç olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. **Schulze**, s. 548.

⁶⁵² **Sungurbey**, İsmet: “Borç İkrarı ve Borç Vaadi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 22, S. 1 - 4, Y. 1957, s. 196.

bir deyişle hükmü etkisiz bırakabilme ihtimalinden kaynaklanmaktadır⁶⁵³. Zira bu hâlde evlenme simsarlığından meydana gelmiş bir borç için adi ya da kambiyo senedine dayanılarak ileri sürülebilecek taleplerin de önüne geçilmiş olunmaktadır. Alman Medeni Kanunu BGB § 656 Abs. 2 hükmü tıpkı kumar ve bahis için imzalanmış adi borç yahut kambiyo senetlerine dayanılarak dava açılammaması yahut takip yapılamaması gibi evlenme simsarlığından doğan borçlar açısından yapılmış borç ikrarlarının da asıl borcun niteliğinde olacağını hüküm altına almıştır⁶⁵⁴.

Alman hukukunda her ne kadar BGB § 656 Abs. 1 hükmünde bu faaliyetlerden borç doğmadığı ifade edilse de aslında bir eksik borç meydana geldiği ve evliliğin mahremiyeti gerekçe gösterilerek bu sözleşmelerden doğan taleplerin dava yolu ile ileri sürülememesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁵⁵. Günümüzde özellikle Avrupa’da flört aracılığı ya da partner aracılığı geleneksel evlenme aracılığının yerini aldığından, evlenme aracılığı için öngörülen BGB § 656 hükmünün bu amaçlı faaliyetler için uygulama alanı bulduğu anlaşılmaktadır⁶⁵⁶. Bu faaliyetlerde geri ödeme yapılamaması dolayısıyla ön ödeme alınması geleneksel hâle gelmiş bir uygulama olarak görülse de

⁶⁵³ **Sungurbey**, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, s. 196.

⁶⁵⁴ **Roth**, MünchenerK, § 656, N. 27, s. 460; **Sungurbey**, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, s. 196.

⁶⁵⁵ **Fehrenbacher**, Oliver: BGB: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsg. Prütting, Hans/ Wegen, Gerhard/ Weinreich, Gerd, 17. Auflage, Luchterhand Verlag, Hürth, 2022, § 656, N. 3, s. 1566; **Fervers**, Matthias: German Civil Code, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB): Volume I, Books 1 - 3: §§ 1 - 1296, Hrsg. Dannemann, Gerhard/ Schulze, Reiner/ Watson, Jonathon, C.H. Beck, München, 2020, § 656, N. 1, s. 1261; **Looschelders**, Dirk: Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 14. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2016, s. 11; **Mansel**, Heinz - Peter: Jauernig: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsg. Stürner, Rolf, 18. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2021, § 656, N. 5, s. 1308; **Oetker**, Hartmut/ **Maultzsch**, Felix: Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2013, s. 674; **Sprau**, Beck’sche KuKo, § 656, N. 2, s. 1146; **Weiler**, Frank: Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, 2017, s. 40.

⁶⁵⁶ Bu hüküm aynı zamanda çevrimiçi olarak yürütülen partner aracılık faaliyetleri için de uygulama alanı bulmaktadır. Bkz. **Schmidt**, Rolf: Schuldrecht: Allgemeiner Teil, Schuldverhältnisse, Leistungsstörungenrecht, Verbraucherschutzrecht, 12. Auflage, Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH., Bremen, 2018, s. 6, dp. 11; **Wenzel**, Henning/ **Wilken**, Christiane: Schuldrecht: Besonderer Teil I, Vertragliche Schuldverhältnisse, 6. Auflage, Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH., Bremen, 2010, s. 456.

tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemeler dolayısıyla cayma hakkının, kullanılabileceği değerlendirilmektedir⁶⁵⁷.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun kumar ve bahis faaliyetlerinden doğan borçlara eş sayılan evlenme simsarlığından doğan ücret borçlarının dava konusunu oluşturamayacağına ilişkin Art. 416 OR hükmü 1 Ocak 2000 tarihinden bu yana yürürlükte değildir⁶⁵⁸. Toplumun değişen yapısı ve söz konusu faaliyetlerde ücretin tahsili için mahkemeye başvuramayan simsarların yaptıkları işle orantısız yüksek miktarda avans almaları bu değişikliğe gidilmesindeki temel sebeplerdendir⁶⁵⁹. Kanuna, vekâlet sözleşmesinde genel vekâletten sonra gelen kısma “*Evlilik ya da partner aracılığına ilişkin vekâlet*” başlığı altında Art. 406a – 406h OR hükümleri ile değişikliğe ilişkin düzenlemeler ilave edilmiştir⁶⁶⁰. Burada tarafların evlenmek yahut birlikte yaşamak, başka bir deyişle istikrarlı bir hayat arkadaşlığı kurmalarını sağlamak amacıyla vekâlet ilişkisine dayanarak vekilin ücret karşılığı aracılık etmesi söz konusudur⁶⁶¹. Söz konusu sözleşmeden meydana gelen borç ise artık eksik borç değil, bilakis tam borçtur⁶⁶².

⁶⁵⁷ **Schmidt**, SR AT, s. 6, dp. 11; **Sprau**, Beck'sche KuKo, § 656, N. 8, s. 1146 - 1147.

⁶⁵⁸ 26.06.1998 tarihli Federal Yasa'nın 2 numaralı ekiyle 01.01.2000 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. **Bracher**, Nicolas: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Vertragsverhältnisse, Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Hrsg. Huguenin, Claire/ Müller - Chen, Markus, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2016, Art. 416, s. 573; **Burkhalter**, Peter R: Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG., Zürich, 2009, Art. 416, s. 951.

⁶⁵⁹ **Balmer**, s. 177; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 57; Kumar ve bahis borçları ile aynı nitelikteki bu borçların değişiklikle tam borç teşkil eder hâle getirilmelerinin gerekçelerine ilişkin bkz. **Pietruszak**, Thomas: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Vorbemerkungen zu Art. 406a – 406h, N. 1 – 2, s. 2835.

⁶⁶⁰ Yasama organının niyetine göre söz konusu sözleşme vekâlet sözleşmesinin bir alt türünü oluşturmaktadır. Bkz. **Honsell**, SOR BT, s. 360; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 53.

⁶⁶¹ Ortak evde birlikte yaşam zorunlu olmadan istikrarlı bir hayat ortaklığının kurulması da mümkündür (BGE 125 I 54, 58). Bkz. **Honsell**, SOR BT, s. 359; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 53.

⁶⁶² **Balmer**, s. 177; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 57; Söz konusu sözleşmenin özelliklerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Pietruszak**, BSK OR I, Art. 406a vd., s. 2838 vd.

2.2.3. TMK m. 119/I Hükümü ve Evlenmeden Kaçınma İçin Kararlaştırılan Cayma Tazminatı ya da Ceza Şartı

Nişanlanmanın hukuki niteliği konusunda öğretide farklı görüşlere rastlayabilmek mümkündür. Ancak hâkim görüş uyarınca nişanlanma, bir sözleşmedir⁶⁶³. Nişanlanma bir ön sözleşme teşkil etmediğinden nişanlanma neticesinde evlilik akdi gerçekleştirilmezse tarafların birbirlerini evliliğe zorlama hakkı bulunmamaktadır⁶⁶⁴. Bu husus TMK m. 119/I’de “*Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez*” şeklinde açıkça ifade edilmektedir. Bununla birlikte TMK m. 118/I hükmünde “*Nişanlanma, evlenme vaadiyle olur*” ifadesiyle belirtildiği üzere nişanlılık statüsünün kazanımı tarafların birbirlerine evlenme vaadinde bulunmalarıyla gerçekleşmektedir. Bu sebeple bir görüşe göre nişanlılık statüsünün taraflara ahlaki bir borç olarak evlenme mükellefiyeti yüklediği kabul edilmektedir⁶⁶⁵. Nişanlılığın evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermeyeceğine ilişkin TMK m. 119/I hükmünden ise nişanlanmada evlenme vaadinden eksik borç doğacağı değerlendirilmesi yapılmıştır⁶⁶⁶.

İsviçre hukukunda da nişanlanmanın hukuki niteliğinin bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir⁶⁶⁷. İsviçre hukuk öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre⁶⁶⁸, sözleşmenin aile hukuku ile olduğu kadar borçlar hukuku ile de yakından ilgisi vardır. Zira nişanlanma sözleşmesi asli edim yükümlülüğü olarak dürüstlük kuralı gereğince

⁶⁶³ **Akıntürk**, Turgut/ **Ateş**, Derya: Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku, İkinci Cilt, 24. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2022, s. 28; **Dural**, Mustafa/ **Öğüz**, Tufan/ **Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku: Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 14 – 15; **Hatemi**, Hüseyin: Aile Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 9.

⁶⁶⁴ **Yıldırım**, Abdülkerim: Türk Aile Hukuku, 3. Baskı, Monopol Yayınları, Ankara, 2020, s. 18.

⁶⁶⁵ **Gernhuber**, Joachim/ **Coester – Waltjen**, Dagmar: Familienrecht, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010, s. 57; **Güven**, s. 43; Evlenme vaadine uygun davranmayan nişanlıya karşı diğeri haklı nedenle nişanı bozabilmektedir. Bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Aile Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 18.

⁶⁶⁶ **Güven**, s. 43; **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, s. 17; **Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 63; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 36.

⁶⁶⁷ **Huwiler**, Bruno: Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 456 ZGB, Hrsg. Geiser, Thomas/ Fountoulakis, Christiana, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018, Art. 90, N. 3, s. 709.

⁶⁶⁸ **Huwiler**, BSK ZGB I, Art. 90, N. 5, 6, 7, 8, 47, s. 709 vd.

tarafllara evliliği gerçekleştirmek üzere gerekli işlemleri yapma yükümlülüğünü yüklemek, sadakat, birliğe katkıda bulunma yükümlülüğü gibi aile hukuku kaynaklı yükümlülükler ise yan yükümlülükleri oluşturmaktadır. TMK m. 119/I hükmünün karşılığı olan mehz İsviçre Medeni Kanunu Art. 90 Abs. 3 ZGB hükmünden, evliliğin zgr bir irade ile gerçekleşmesi gerektiği esası uyarınca bir eksik borç meydana geldiği deęerlendirilmektedir⁶⁶⁹. Ancak ifade etmek gerekir ki asli edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi tüm talepleri sonuçsuz bırakmamaktadır. Zira nişanlılığın sona ermesi, aile hukuku kaynaklı hediyelerin iadesini talep edebilme ya da tazminat haklarının doğmasına neden olabilmektedir⁶⁷⁰.

Öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe gre⁶⁷¹ ise nişanlanma sözleşmesinden doğan evlenme yükümlülüğünün eksik borç teşkil edebilmesi mümkün değildir. Zira eğer öyle olsaydı tarafların evlendikten sonra evliliği sona erdirebilmelerinin mümkün olmaması gerekirdi. Keza nişanlanma sözleşmesinden malvarlığı değerlerini konu edinen herhangi borç doğmaması nedeniyle de burada eksik borçtan bahsedilmesinin mümkün olamayacağı değerlendirilmektedir.

⁶⁶⁹ Bu durumun Alman hukukunda da aynı yönde değerlendirilmesine ilişkin bkz. **Klingmüller**, s. 249; **Schreiber**, Klaus: “Unvollkommene Verbindlichkeiten”, JURA (Juristische Ausbildung), 5, 1998, s. 272 - 273; **Sutschet**, Holger: BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 1 - 480 Kommentar, Hrsg. Hau, Wolfgang/ Poseck, Roman, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2023, § 241, N. 24, s. 1098 - 1099; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 36; **Tuor**, Peter/ **Schnyder**, Bernhard/ **Schmid**, Jrg/ **Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2015, s. 177.

⁶⁷⁰ Nişanlılardan birinin, diğerinin evlenme yükümlülüğüne aykırı davranması sonucunda haklı sebebe dayanarak nişanı bozması hâlinde talep edebileceği maddi tazminat mşpet zararının değil; sözleşmeye olan güvenin boşa çıkması ve evliliğin meydana gelmemesi nedeniyle doğan menfi zararının talep edilmesine ilişkindir. Mşpet zararın tazmininin esası sözleşmenin ifa edilmesinden beklenen yararın elde edilememesi dolayısıyla ortaya çıkan zarar olduğundan mşpet zararın talep edilebilmesi TMK m. 119/I hükmü ile çelişki oluşturmaktadır. Bkz. **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 26; **Olgaç**, Senai: Emsal İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu, Olgaç Matbaacılık, Ankara, 1976, s. 62; **zcan Büyüktanır**, Burcu G./ **Okyar Karaosmanoğlu**, Dila: ““Evlenmeye Zorlamak için ngrlen Cayma Tazminatı ya da Cezai şart Dava Edilemez; Ancak Yapılan demeler de Geri İstenemez” TMK m. 119/f. 2 zerine Bir İnceleme”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 2017, s. 220 – 221; **ztan**, Aile Hukuku, s. 63 - 64.

⁶⁷¹ Malvarlığı değerlerini konu edinmemesi ve evliliğin sona erdirilebilmesi hususunda bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 53; Evliliğin sona erdirilebilmesine ilişkin bkz. **Koç**, Nevzat: Türk – İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2002, s. 59.

Aile kurumunun önemini dikkate alan Türk Medeni Kanunu'na göre tarafların evlilik akdi gerçekleşinceye kadar evlilikten kaçınmaları mümkündür. TMK m. 119/II uyarınca evlenmeden kaçınma hâli için belirlenmiş cayma tazminatı yahut ceza şartı olsa bile bunların dava edilmesi mümkün olmamakta, yapılmış olan ödemeler varsa bunların iadesi de istenememektedir. Bu husus TMK m. 119/II hükmünde “*Evlenmeden kaçınma hâli için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez*” şeklinde ifade edilmiştir. Hükmün lafzında evlilikten kaçınma durumu için öngörülmüş cayma tazminatı ile ceza şartının dava konusu edilemeyeceği ve yapılmış ödemelerin de iade istenemeyeceği belirtilerek, eksik bir borcun varlığına işaret edilmiştir⁶⁷². Dolayısıyla borçlu ceza şartını yahut cayma tazminatını ifa ettiğinde bu bir bağışlama yahut sebepsiz zenginleşme teşkil etmemektedir⁶⁷³. Edimin ifa edilmiş olması durumunda geri istenemeyeceği ifadesi, Medeni Kanun'da değişiklik yapan 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanun ile ilave edilmiştir. Eksik borç görüşünün öğretide nispeten yeni olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun hükme bu hâliyle eksik borç niteliğini kazandırmak istediği görülmektedir⁶⁷⁴. Bu demek oluyor ki nişanlılar önceden aralarında evlenmeden kaçınılması durumunda cayma tazminatı ya da ceza şartı ödeneceğini kararlaştırmış olsalar dahi nişanlılardan biri evlenmekten cayan taraftan kararlaştırılmış söz konusu tazminatı ya da ceza şartını dava yoluyla talep edememektedir. Ödenmiş cayma tazminatı ya da ceza şartı da geri istenememektedir. 3678 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten önce cayma tazminatı ya da ceza şartı ödeyen nişanlının bunu diğer

⁶⁷² **Özmen**, Etem Saba: “Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83. Madde Değişikliği)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 4, Y. 1995, s. 552 vd.; Madde gerekçesinde ödeme yapanın sonradan bunu geri almaya kalkışmasının ahlaki bakımdan uygun olmayacağı değerlendirilmiştir. Bkz. **Öztan**, Bilge: “Medeni Kanun’un Kabulünün 70’nci Yılında Aile Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1, Y. 1995, s. 92.

⁶⁷³ Yapılan bu değişikliğe ilişkin *Abik*, sebepsiz zenginleşme hükümlerince verilen miktarın iadesinin söz konusu olabilmesi mümkünken, yapılan düzenleme ile bu imkânın ortadan kaldırıldığını ifade etmektedir. Bkz. **Abik**, Yıldız: “Nişanlanma ve Nişanlılık”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 52, C. 54, Y. 2005, s. 93; **Koç**, s. 61; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 66.

⁶⁷⁴ 1990 yılında yapılan değişiklikten önceki eski Medeni Kanun’un 83. maddesi esas alındığında *Arsebük*, eksik borç görüşünü savunurken; *Schwarz* ise burada bir eksik borçtan söz edilemeyeceğini, kararlaştırılan tazminatın hükümsüz olacağını kabul etmekteydi. Bkz. **Hatemi**, Aile Hukuku, s. 19; **Özmen**, s. 552; **Schwarz**, Andreas: Aile Hukuku, Çev.: Bülent Davran, 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946, s. 46.

nişanlıdan geri isteyebilmesi mümkünken, değişiklikle geri isteyebilme imkânı ortadan kaldırılmıştır⁶⁷⁵. Öğretide bu değişiklik, cayma tazminatı ya da ceza şartının tarafları evlenme konusunda baskı altına alabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁶⁷⁶.

Türk Medeni Kanunu'nun 119. maddesinin ilk fıkrasında yer alan nişanlılığın evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermeyeceğine ilişkin hükmün emredici nitelikte olduğu dikkate alınırsa hükme aykırılık teşkil edecek şekilde taraflarca aksi yönde bir anlaşma yapmak kesin hükümsüzlük sonucunu doğuracaktır⁶⁷⁷. Öğretide bizim de isabetli bulduğumuz bir görüşe göre kesin hükümsüzlük yaptırımını doğuran bir sonuca ulaşmak amacıyla kararlaştırılan cayma tazminatı ve ceza şartının ferî borç olması dolayısıyla geçersiz sayılması gerekirken, kanun koyucu tarafından eksik borç olarak ele alınmış olması yerinde değildir⁶⁷⁸.

İsviçre hukukunda Art. 90 Abs. 3 ZGB hükmünde nişanlanmanın evlilik için zorlama hakkı vermediği düzenlenmiştir⁶⁷⁹. Cezai şarta ilişkin düzenleme (Art. 91 Abs. 2 ZGB) ise 01.01.2000 tarihinde Federal Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda yürürlükten kaldırılmış ve 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren son değişiklikle de bu durum aynı şekilde korunmuştur⁶⁸⁰. Buna göre kararlaştırılmış olan cezai şarttan bir eksik borç meydana gelmediği, şartın ahlaka aykırılık gerekçesiyle kesin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir⁶⁸¹. Alman hukukunda da aynı şekilde evlenmenin özgür bir iradeye dayanması esası üzerinde durularak nişanlanmanın evliliğe zorlamak için dava hakkı

⁶⁷⁵ Akıntürk/ Ateş, s. 40 – 41; Buz, Eksik Borçlar, 53 – 54; Özcan Büyüktanır/ Okyar Karaosmanoğlu, s. 223; Öztan, AÜHFD, s. 93.

⁶⁷⁶ Koç, s. 63.

⁶⁷⁷ Koç, s. 63 – 64.

⁶⁷⁸ Koç, s. 64; Özcan Büyüktanır/ Okyar Karaosmanoğlu, s. 224.

⁶⁷⁹ Huwiler, BSK ZGB I, Art. 90; Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Jungo, s. 179.

⁶⁸⁰ Düzenleme yürürlükten kaldırılmadan önce bu nitelikteki borçların bir görüşe dava edilemeyeceği yani eksik borç olduğu; başka bir görüşe göre ise ahlaka aykırılık esasından kuvvet alarak kesin hükümsüz olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. Feyzioğlu, Feyzi Necmettin: Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986, s. 42; Özcan Büyüktanır/ Okyar Karaosmanoğlu, s. 222.

⁶⁸¹ Kesin hükümsüzlüğün kaynağının Art. 20 OR olduğuna ilişkin bkz. Huwiler, BSK ZGB I, Art. 90, N. 64, s. 728; Schwarz, Aile Hukuku, s. 46; Krş. Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Jungo, s. 179.

vermeyeceği kabul edilmekle birlikte BGB § 1297 Abs. 2’de evlenmenin gerçekleşmemesi hâlinde ödenmesi taahhüt edilen bir cezanın batıl olacağı hüküm altına alınmıştır⁶⁸².

Kaynağını örf ve adetin oluşturduğu “*başlık parası*” meselesi ise üzerinde durulması gereken bir başka konudur⁶⁸³. Başlık parası, evliliğin meydana gelebilmesi için damat tarafından gelinin yasal temsilcisine (çoğu kez babasına) evliliğe rıza göstermesinin karşılığı olarak verilen para olarak tanımlanmaktadır⁶⁸⁴. Söz konusu para bir nişanlı tarafından diğerine yahut kızı temsilen⁶⁸⁵ babasına ya da başka bir kimseye verilmişse TMK m. 122’nin uygulama alanı bulacağı konusunda öğretide bir tereddüt bulunmamaktadır⁶⁸⁶. Buna karşılık bir nişanlının yahut anne veya babasının diğer nişanlının anne veya babasının şahsına verilen para için TMK m. 122’nin uygulanabilmesi ise mümkün değildir⁶⁸⁷.

Başlık parasının hukuki niteliği konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. TBK m. 81 hükmüne göre, “*Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla*

⁶⁸² **Brudermüller**, Gerd: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck’sche Kurz Kommentare, 76. Auflage, Verlag C. H Beck oHG., München, 2017, § 1297, s. 1759; **Hatemi**, Aile Hukuku, s. 19; **Köksal**, Mehmet: Das Verlöbniß und seine Auflösung Im deutschen und türkischen Recht. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung der Eltern, Hartung – Gorre Verlag, Konstanz, 1995, s. 95.

⁶⁸³ 55 sayılı Düğünlerde Men’i İsrifat Kanunu’nda başlık parasının yasaklanmasına ilişkin bir düzenleme bulunmaktaydı. Fakat söz konusu kanun Anayasa Mahkemesi tarafından 20.09.1966, E. 1963/156, K. 166/34 sayılı karar (RG: 08.05.1967) ile iptal edildiğinden başlık parası ödemesinin hukuka aykırı sayılabileceği da ortadan kalkmıştır. Bkz. **Hatemi**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 275; **Özcan Büyüktanır/ Okyar Karaosmanoğlu**, s. 225.

⁶⁸⁴ Başlık, evliliğin kurulabilmesi amacıyla verilen parayı; ağırlık da bu amaç için verilen malı ifade etmektedir. Drahoma ise gayrimüslimlerde kadın tarafından erkek nişanlıya verilmektedir. Bkz. **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 45; **Özcan Büyüktanır/ Okyar Karaosmanoğlu**, s. 224.

⁶⁸⁵ Yarg. 6. HD., 16.06.1978, E. 1978/4796, K. 1978/4888: “*Babaya verilen başlık parası kız adına verildiğinden bunu da nişanlı kıza verilmiş bir hediye olarak kabul etmek gerekir.*” Bkz. Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası.

⁶⁸⁶ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 45; **Özcan Büyüktanır/ Okyar Karaosmanoğlu**, s. 228; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi: “Başlık Parasına İlişkin Uygulamalar Hakkında”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 82 – 83.

⁶⁸⁷ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 45.

verilen şey geri istenemez. Ancak açılan davada hâkim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir.” Bir görüşe göre ödenmiş olan başlık parasının geri istenememesinin nedeni ifade edilen TBK m. 81 hükmüdür; ancak söz konusu hükmün uygulanabilmesi için hukuka veya ahlaka aykırılığın TBK m. 27 hükmünün aksine, sözleşmenin her iki tarafı bakımından değil, kazandırmada bulunanın saikinde bulunması gerekmektedir⁶⁸⁸. Başlık parası verilmesinde ise parayı verenin amacı tek başına evliliğin gerçekleştirilmesidir⁶⁸⁹. Bu nedenle başlık parası konusunda TBK m. 81 hükmünün uygulama alanı bulabileceği düşünülebilse de açıklanan gerekçeyle ilgili hüküm ödenen başlık parasının iadesine engel teşkil etmeyecektir⁶⁹⁰. Bir başka görüşe göre başlık parasını veren kişinin bu parayı baskı altında vermesi dolayısıyla bir tehditin varlığından bahsedilebilmekte ve bu sebeple de söz konusu işlem iptal edilebilir niteliktedir⁶⁹¹. Bizim de katıldığımız öğretideki hâkim görüşe göre ise başlık parasının niteliği ahlaka aykırı olduğundan, TBK m. 27 uyarınca batıl olmalıdır⁶⁹². Önemle belirtmek gerekir ki TBK m. 27 gereğince geçersiz olan bir sözleşmede TBK m. 81 hükmünün uygulama alanı bulmaması mümkün olduğundan yapılan ödemenin sebebinin geçersizliği nedeniyle sebepsiz zenginleşme hükümlerince iadesi talep

⁶⁸⁸ **Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 384; **Özcan Büyüktanır/ Okyar Karaosmanoğlu**, s. 227.

⁶⁸⁹ **Hatemi**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 316.

⁶⁹⁰ **Hatemi**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 316; **Özcan Büyüktanır/ Okyar Karaosmanoğlu**, s. 227.

⁶⁹¹ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 56; **Özmen**, s. 571; **Tekinay**, Başlık Parası, s. 86 vd.; Görüşün eleştirisi için bkz. **Öz**, Turgut M.: BK m. 65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m. 20 Kuralı ile İlişkisi Rüsvet – Başlık Parası, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 43 vd.

⁶⁹² Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bir kararında (24.06.2014, E. 2014/19529, K. 2014/20906) şu ifadelerle yer vermiştir: “*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 ahlaka ve kamu düzenine aykırı olduğu belirgindir. Genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı olarak ödenen parada eksik borç niteliğindedir ve dava yoluyla talep edilemez.*” Görüldüğü üzere kararda başlık parası bir eksik borç olarak nitelendirilmiştir. Ancak aynı zamanda söz konusu paranın genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı olduğu da ifade edilmektedir. Kararda birbiri ile çelişen bu ifadeler dikkat çekicidir. Zira genel ahlaka ve kamu düzenine aykırılık durumunda eksik borçtan bahsedilemez çünkü TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımı eksik borca sebebiyet vermemektedir. Aynı yönde bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 57, dp. 182; Benzer bir karar: Yarg. 19. HD., 31.03.1994, E. 1993/2938, K. 1994/3103 bkz. Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası; **Öz**, s. 41.

edilebilmelidir⁶⁹³. Bununla birlikte başlık parası ile mücadelede bizim de katıldığımız görüş uyarınca başlık parası, TMK m. 119/II kapsamında değerlendirilememektedir; zira başlık parası evlenmeden kaçınma için değil; aksine evliliğin gerçekleşmesi amacıyla verilmektedir⁶⁹⁴.

İslam hukuku kaynaklı mehir ise evlenme sözleşmesi ile erkeğin kadına borçlandığı ve ödemeyi taahhüt ettiği parayı yahut bir başka değeri ifade etmektedir⁶⁹⁵. İslam hukukunda mehir, evlenme sözleşmesine bağlı kanuni bir borç olarak kabul edilmektedir⁶⁹⁶. Öğretide hâkim görüşe göre TMK m. 193 uyarınca eşlerin birbirleriyle hukuki işlem yapabilmeleri mümkün olduğundan kocanın karısına geçerli bir evlenme sonrasında “*mehr-i muaccel*” ya da ölüm veya boşanma durumunda ödenmek üzere “*mehr-i müeccel*” olarak adlandırılan bir değeri vermeyi kabulü hukuka uygun ve geçerlidir⁶⁹⁷. Yargıtay, pozitif hukukta mehre ilişkin 02.12.1959 tarih ve E. 14, K. 30

⁶⁹³ **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 384; **Özcan Büyüktanır/ Okyar Karaosmanoğlu**, s. 230; **Özmen**, s. 572.

⁶⁹⁴ **Özcan Büyüktanır/ Okyar Karaosmanoğlu**, s. 229.

⁶⁹⁵ **Hatemi**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 279; İslam hukukuna göre, erkeğin kadına mehir verme zorunluluğu bulunmaktadır. Bkz. **Pürselim – Arning**, Hatice Selin: “Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 33, S. 2, Y. 2016, s. 138.

⁶⁹⁶ **Hatemi**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 279; Taraflarca belirlenen mehre, mehr-i müsemma denilmekteyken; mehrin taraflarca belirlenmiş olmaması veya taraflarca mehir verilmeyeceğinin kararlaştırılmış olması ya da kararlaştırılan mehrin herhangi bir nedenle geçersiz olması hâlinde kadına ödenecek mehre ise mehr-i misil adı verilir. Mehr-i misil, benzer sosyal konumlarda bulunan kadınların aldıkları mehir miktarı tespit edilerek belirlenmektedir. Böylece mehr-i müsemmanın sözleşmesel, mehr-i misilin ise kanundan doğan bir borç olduğu da değerlendirilmektedir. Bkz. **Türkmen**, Ahmet: “Yargıtay’ın Bağışlama Yaklaşımı Çerçevesinde Mehir ve Mehrin Geri Alınması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 2, Y. 2020, s. 545.

⁶⁹⁷ **Kılınç**, Ayşe Nur/ **Kılınç**, Ahmet: “Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısında Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, Y. 2019, s. 108; **Öztan**, Bilge: “Resmi Nikahtan Sonra Yapılan Mehir Anlaşması Geçerli Midir?”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, s. 392.

sayılı içtihadı birleştirme kararındaki gerekçeler uyarınca mehr-i muacceli elden bağışlama, mehr-i müecceli ise bağışlama sözü verme olarak değerlendirmiştir⁶⁹⁸.

Öğretide bir görüşe göre⁶⁹⁹, mehrin pozitif hukuk kapsamında çözümlenmesi İslam hukuku ve pozitif hukuk nezdinde çeşitli sorunlara sebebiyet verebileceğinden, mehre Türk Medeni Kanunu’nun aile hukuku kitabının “*Aile cüzdanı ve dinî tören*” başlıklı 143. maddesine eklenecek “*Evlenmede mehir sözleşmesinden doğan alacaklar dava edilemez. Ancak yapılan ödemeler de geri istenemez*” şeklinde bir düzenleme ile eksik borç niteliği verilmesi, yargının hem boşanma nedeniyle mehir anlaşmasından kaynaklanan alacaklarla hem de mehirden kaynaklanabilecek sebepsiz zenginleşme ya da bağışlamadan rücu veya tenkis talepleriyle meşgul edilmesinin önüne geçilmiş olunacaktır.

2.3. SONRADAN EKSİK BORÇLAR

2.3.1. Konkordato Haricinde Kalan Borçlar

İcra ve İflas Kanunu m. 285/I “*Borçlarını, vadesi geldiği hâlde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan herhangi bir borçlu, vade verilmek veya tenzilat yapılmak suretiyle borçlarını ödeyebilmek veya muhtemel bir iflâstan kurtulmak için konkordato talep edebilir.*” Hükmünü içermektedir. Konkordatonun sadece borçlunun değil alacaklıların da lehine olduğu kabul edilmektedir⁷⁰⁰. Ancak

⁶⁹⁸ **Türkmen**, s. 543; Öğretide mehr-i muaccelin “*elden bağış*” olarak nitelendirilmesi konusunda herhangi bir tereddüt bulunmasa da mehr-i müeccelin bir görüşe göre “*bağışlama sözü verme*” ya da “*soyut borç tanınması*”, bir başka görüşe göre ise boşanma durumunda TMK m. 184/b.5’e, ölüm söz konusu olduğunda ise “*koşullu bağışlama*”ya tabi olması gerektiği değerlendirilmektedir. Bu hâlde mehir taahhüdü dolayısıyla tasarruf miktarı aşıyorsa tenkisi mümkün olmalıdır. Bkz. **Kılınç/ Kılınç**, s. 108; **Hatemi**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 320.

⁶⁹⁹ **Kılınç/ Kılınç**, s. 114; Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi’nin mehire ilişkin vaadin eksik borç teşkil etmesine dair kararı için bkz. OLG Frankfurt am Main (8. Senat für Familiensachen), Beschluss vom 26.04.2019 – 8 UF 192/17 (beck - online: Die Datenbank, SET.: 03.12.2022).

⁷⁰⁰ **Uyar**, Talip: Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, Şen Matbaa, Ankara, 2019, s. 7.

konkordatonun önem arz eden bir diğer sonucu ise alacağın bakiye kısmı için alacaklıya aciz belgesi düzenlenmemesidir⁷⁰¹.

Konkordato resmi makamların katılımına göre; mahkeme dışı (özel konkordato) yahut mahkeme içi olarak ikiye ayrılmaktadır. Mahkeme dışı konkordatoda, resmî makamlar süreçte yer almamakta, borçlunun her bir alacaklıyla müzakere edip anlaşması söz konusudur⁷⁰². Mahkeme dışı konkordatoda konkordato anlaşması, borçlu ile sözleşmeye dahil olan alacaklılar arasında ibra niteliği taşıyan bir anlaşma olarak değerlendirilmektedir⁷⁰³. Mahkeme içi konkordatoda ise kanun tarafından öngörülen çoğunlukta alacaklının muvafakatine ve mahkeme tarafından tasdik edilen konkordatonun kabul edilmiş olmasına bakılmaksızın, tüm alacaklılar için bağlayıcı olması dolayısıyla bu tür konkordatoda cebir unsurunun olması söz konusudur⁷⁰⁴. Mahkeme içi konkordato; içeriğine ya da yapılış biçimine göre kendi içerisinde tenzilat (yüzde) konkordatosu, mühlet (vade) konkordatosu ve kombine (karma) konkordato olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Alacaklıların alacaklarının belirli bir yüzdesinden feragat ettikleri konkordato, tenzilat; alacaklıların alacaklarından hiç feragat etmeksizin, borçlularına yeni bir vade tanıdıkları konkordato mühlet konkordatosudur⁷⁰⁵. Alacaklının hem alacaklarından feragat ettiği hem de borçlulara yeni bir vade tanıyarak yaptıkları konkordato ise, kombine konkordato olarak adlandırılmaktadır⁷⁰⁶.

⁷⁰¹ **Balmer**, s. 183; **Ulukapı**, Ömer: “Konkordatonun Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1 – 2, Y. 2000, s. 30.

⁷⁰² **Spühler**, Karl/ **Dolge**, Annette: *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, Konkurs- und Nachlassrecht sowie Grundzüge des internationalen Konkursrechts*, 7. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2017, s. 141; **Uyar**, Konkordato, s. 20.

⁷⁰³ **Buruloğlu**, Enver/ **Reyna**, Yuda: *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*, Yörük Matbaası, İstanbul, 1968, s. 80; **Güven**, s. 52.

⁷⁰⁴ **Spühler/ Dolge**, s. 144 – 145; **Uyar**, Konkordato, s. 20.

⁷⁰⁵ **Altay**, Sümer/ **Eskiocak**, Ali: *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 4; Mühlet konkordatosu, borçlunun malvarlığının borçlarının tamamını karşıladığı zaman yapılan konkordatodur. Bkz. **Kale**, Serdar: “7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato”, *Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1, Y. 2018, s. 252; **Uyar**, Konkordato, s. 20 – 21.

⁷⁰⁶ **Altay/ Eskiocak**, s. 4; **Bozdoğan**, Abdulkadir: *101 Soruda Konkordato Rehberi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 23; **Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Sungurtekin Özkan**, Meral/ **Özekes**, Muhammet: *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 467.

Konkordato, yapıldığı zamana göre ise iflas dışı (iflastan önce) konkordato ve iflas içi (iflastan sonra) konkordato olarak ikiye ayrılmaktadır⁷⁰⁷. İflas tabi borçluların henüz iflas etmeden, iflastan kurtulmak amacı ile gerçekleştirdikleri konkordato, iflas dışı konkordatodur⁷⁰⁸. İflas tabi borçluların, iflas etmelerinden sonra iflastan kurtulmak amacıyla gerçekleştirdikleri konkordato ise iflas içi konkordato olarak adlandırılmaktadır⁷⁰⁹.

Borcun miktarının değil de vadesinin yapılandırıldığı vade konkordatosunun haricindeki konkordato, borçlunun borcunun bir kısmını ödemekten kurtulmasına imkân sağlamaktadır. Borcun bu konkordato dışında kalan kısmının hukuki niteliğinin ne olabileceğine ilişkin ise öğretide fazla sayıda görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre⁷¹⁰, borcun konkordato dışında kalan kısmı açısından “*ibra*” söz konusudur. İbra, borcu sona erdiren sebeplerden birisini oluşturduğuna göre, borcun konkordato dışında kalan kısmı için borç ve buna bağlı olarak alacak hakkı sona ermektedir. Eğer konkordato dışında kalan borç bakımından ibranın gerçekleşeceği görüşü kabul edilirse, borçlunun borcu kendi isteğiyle yahut hatayla ifa etmesi hâlinde borç olmayan bir şeyin ifası söz konusu olacağından iade talep edilebilecektir⁷¹¹.

Bir başka görüşe göre⁷¹², konkordato haricinde kalan borcun niteliğinin açıklığa kavuşturulması konusunda borçlar hukukunun klasik kurumlarının söz konusu olabilmesi mümkün değildir. Burada tamamen takip hukukundan kaynaklanan kendine özgü bir sonucun meydana geldiğinden bahsedilmelidir.

⁷⁰⁷ İflas tabi olsun ya da olmasın herkesin şartları olduğu takdirde konkordato talep edebilmesi mümkündür. Bkz. **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 466 vd.

⁷⁰⁸ İflas tabi olmayan borçlular açısından her daim bu konkordato söz konusudur. Bkz. **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 467; **Uyar**, Konkordato, s. 21.

⁷⁰⁹ **Altay/ Eskiocak**, s. 12, 32 vd.; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 467.

⁷¹⁰ **Berkin**, Necmettin, M: İflâs Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 571 - 572; **Bucher**, SOR AT, s. 69, dp. 15; **Postacıoğlu**, İlhan E.: Konkordato, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1965, s. 127 - 128.

⁷¹¹ **Berkin**, s. 572; **Ulukapı**, s. 31.

⁷¹² **Akil**, Cenk: Sorularla Adi Konkordato, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 225.

Başka bir görüşe göre⁷¹³, konkordato haricinde kalan borç bakımından eksik borçtan söz edilmelidir. Eksik borç görüşüne göre, borç geçerli bir şekilde varlığını sürdürmekte, borçlu tarafından ifa edilirse bu ifa da geçerli olmakta ve geri istenememektedir. Ancak borcun yerine getirilmesi, borçlunun inisiyatifinde olmaktadır.

İfade edildiği üzere öğretide konuya ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. Hatta İsviçre Federal Mahkemesi de meseleye dair birbirinden farklı kararlar⁷¹⁴ vermiştir. Federal mahkeme bir kararında, konkordato dışında kalan borcun tam borç olma özelliğini kaybedeceğini, aksi kararlaştırılmadıkça varlığını eksik borç olarak devam ettireceğini ifade etmiş; başka bir kararında ise konkordato dışında kalan borcunu ifa eden borçlunun aslında ahlaki bir yükümlülüğü yerine getirdiğini belirtmiştir. Mahkeme yine başka bir kararında, bu borçların hukuki niteliğinin tereddüte yer vermeyecek şekilde eksik borç teşkil edeceğini kabul ederken, diğer bir kararında ise konkordato dışında kalan kısım açısından ibranın söz konusu olacağını ifade etmiş ve dolayısıyla alacak hakkının sona ereceğine hükmetmiştir.

Kanaatimizce borcun konkordato dışında kalan kısmı açısından ileri sürülen eksik borç görüşüne üstünlük tanımak gerekir. Öncelikle konkordatoya rağmen rehlin ve kefaletin devam etmesi ve varlığını muhafaza etmesi, eksik borç görüşünü haklı çıkaran bir gerekçedir⁷¹⁵. Zira rehin ve kefalet asıl alacağa bağlı fer'i haklardandır. Asıl alacağın sona erdiği bir hâlde onların varlık gösterebilmesi mümkün değilken, borcun ibra ile sona erdiğini kabul edebilmeye imkân bulunmamaktadır⁷¹⁶. Konkordato esas itibariyle

⁷¹³ **Aydos**, s. 32; İcra ve iflas hukukçularının eksik borç görüşünü kabul etmediği argümanını reddetmek gerekir. Zira maddi alacakların varlığına karar vermek, icra ve iflas hukukunun görevi değildir. Bkz. **Balmer**, s. 183, 184 - 185; **Engel**, s. 45; **Eren**, BHGH, s. 98; **Gümüş**, Mustafa Alper: Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 105 – 106; **Güven**, özel konkordatonun aksi taraf iradelerinden anlaşılmadıkça ibraya yol açacağı görüşündedir. Bkz. **Güven**, s. 52; **Kuru**'ya göre borcun kalan kısmını ödemek ahlaki bir ödevin ifası niteliğindedir. Bkz. **Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1511; Eksik borç görüşüne ilişkin tartışmalar için bkz. **Postacıoğlu**, s. 127 – 128.

⁷¹⁴ BGE 26 II 189; BGE 40 III 460; BGE 78 II 412; BGE 110 III 43. Kararlar, **Balmer**, s. 184 – 185, dp. 1766'dan alınmıştır.

⁷¹⁵ **Engel**, s. 45.

⁷¹⁶ Bir görüşe göre bu konu tek başına konkordato dışında kalan borçlar için eksik borç görüşünü kabul etmek için yeterli değildir. Bkz. **Arat**, Ayşe/ **Ercan Özler**, Meltem:

borçluyu koruyan hukuki bir kurumdur. Ancak konkordato dışında kalan borç açısından eksik borç görüşünü kabul etmek, konkordatoya katılan alacaklının menfaatine bir durum yaratacaktır. Böylelikle tarafların menfaatleri arasında denge kurma olasılığından bahsedilmesi mümkün olacaktır. Zira tıpkı zamanaşımına uğramış borcunu defî ileri sürmek suretiyle eksik borç hâline getirirse dahi borçlunun her zaman borcunu ifa etmeyi isteyebilmesinin mümkün olduğu gibi konkordato dışında kalan borcunu da dürüst bir borçlu olarak ödemeyi arzu etmesi de ihtimal dahilindedir.

2.3.2. Zamanaşımına Uğrayan Borçlar

Zamanın geçmesinin haklar üzerindeki etkisi farklı sonuçlarla kendisini göstermektedir. Eşya hukukunun konusunu teşkil eden aynı bir hakkın zamanaşımı ile kazanılmasında zamanaşımının kazandırıcı etkisi söz konusu olmakta ve bu olay “*kazandırıcı zamanaşımı*” olarak adlandırılmaktadır⁷¹⁷.

Zamanın geçmesi yahut dolmasının bir başka etkisi ise hakkı sona erdirmesine yöneliktir. Zamanın geçmesinin bu şekilde hakkın sona ermesine neden olabilmesi ise iki şekilde gerçekleşebilir. Öncelikle hak, bir süreye bağlı olarak varlığını sürdürmekteyse, bu hâllerde “*süreye bağlı hak*” söz konusu olmakta, sürenin bitiminde ise hak sona ermektedir⁷¹⁸. Zamanın geçmesinin hakkı sona erdirmesine ilişkin bir diğer durum ise o süre zarfında hakkın sahibi tarafından kullanılmamış olması yahut farklı bir ifadeyle hak sahibinin üzerine düşeni yerine getirmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. “*Hak düşürücü süre*” olarak bahsedilen bu durumda hakkın sona ermesi sürenin

“Konkordato – İbra İlişkisi Çerçevesinde Konkordatonun Bir Tür İbra Olup Olmadığı Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 145, Y. Eylül 2018, s. 24; Konkordato dışında kalan bir borcun ikrar edilmek suretiyle tam borca dönüştürülmesi de mümkündür. Bkz. **Balmer**, s. 184.

⁷¹⁷ **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 625; **von Tuhr/ Escher**, s. 211; **Yağcıoğlu**, Burcu: Kazandırıcı Zamanaşımı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 6.

⁷¹⁸ Örneğin anne ile babanın çocuklarının malları üzerindeki yararlanma hakkı ya da tüzel kişi lehine kurulan bir intifa hakkı bu niteliktedir. Bkz. **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 625.

dolmasından değil, hak sahibinin belirli süre zarfında hakkını kullanmamış olmasından yani harekete geçmemesinden ileri gelmektedir⁷¹⁹.

Türk Borçlar Kanunu’nun “*Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı*” başlıklı üçüncü bölümünün ikinci ayrımında düzenlenen kurum ise zamanın geçmesinin bir başka görünümünü içermekte, bu kurum da “*zamanaşımı*” olarak adlandırılmaktadır. Zamanaşımında, süre dolmadan alacaklının alacağını elde etmek amacıyla harekete geçmemesi nedeniyle, borçlunun o andan itibaren süresiz olarak ifadan kaçınabilmesine olanak verilmesi söz konusudur⁷²⁰.

Zamanaşımından bahsedebilmek için iki şartın sağlanması gerekmektedir. Bunlar, alacağın zamanaşımına tabi bir alacak olması ve zamanaşımı süresinin dolmasıdır. Zamanaşımı, alacak hakları açısından önem arz etmektedir. İlke olarak alacak haklarının zamanaşımına tabi olduğunu söylenebilse de bazı istisnai alacaklar zamanaşımından muaf tutulmuştur⁷²¹. Bununla birlikte örneğin aynı haklar, kişilik hakları, yenilik doğuran haklar da ilke olarak zamanaşımına tabi değildir⁷²². Bazı yenilik doğuran

⁷¹⁹ Yenilik doğuran haklar için hak düşürücü süre söz konusudur. Bkz. **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 625 - 626; **Spiro**, Karl: Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band II: Andere Befristungen und Rechte, Verlag Stämpfli & Cie. AG., Bern, 1975, s. 1562.

⁷²⁰ Zamanaşımının borçluya sağladığı zamanaşımı definin en önemli sonucu budur. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 1452; **Grigoleit**, Christoph/ **Herresthal**, Carsten: BGB: Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2015, s. 282; **Köhler**, Helmut: BGB: Allgemeiner Teil, 44. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2020, s. 268; **Spiro**, Karl: Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band I: Die Verjährung der Forderungen, Verlag Stämpfli & Cie. AG., Bern, 1975, s. 10; **von Tuhr/ Escher**, s. 230 vd.

⁷²¹ Örneğin, TMK m. 864’te ifade edildiği üzere, taşınmaz rehni ile güvence altına alınmış olan alacaklar, rehnin devam ettiği süre boyunca zamanaşımına tabi değildir. Ancak taşınır rehni ile temin edilen alacaklar hakkında aynı durum söz konusu değildir. Onlar TBK m. 159 uyarınca zamanaşımına tabidir. Bunun dışında teminat sürdüğü müddetçe gemi ipoteği ile güvence altına alınan alacaklar da zamanaşımına uğramamaktadır. Yine TMK m. 642/I’de ifadesi bulunan mirasın taksimi talepleri ile TMK m. 370/I gereğince ana babasıyla birlikte yaşayan, emek ve gelirini aileye özgülemiş ergin altsoyların bu özgüleme karşılığında isteyebilecekleri tazminat alacağı da zamanaşımına tabi değildir (TMK m. 371/III). Bkz. **Eren**, BHGH, s. 1454 vd.; **Gauch/ Schlupe**, SOR AT II, s. 259 – 260; **Köhler**, s. 264.

⁷²² **Bucher**, SOR AT, s. 452 – 453; **Eren**, BHGH, s. 1453; **Gauch**, Peter/ **Schlupe**, Walter R.: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Band II, 6. Auflage, Schulthess

davaların zamanaşımına tabi olabilmesi bu ilkeye istisna oluşturmakta, bunun karşılığında, kanun tarafından bir yenilik doğuran hak zamanaşımına tabi tutulduğunda, hakkın kendisi değil, bu hakkın kullanımından doğan alacak hakkının zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmektedir⁷²³. Mutlak haklardan meydana gelen bazı taleplerin kullanılmasının da süreye bağlanması mümkündür; fakat bu sürenin hak düşürücü süre ya da zamanaşımı olduğunun her olayda ayrı ayrı araştırılması gerekmektedir⁷²⁴. Alacağın zamanaşımına uğraması için ikinci şart ise belirli sürelerin geçmiş olmasıdır. “*Belirli*” olarak ifade edilen süreler ise kanunda düzenlenmiştir.

Zamanaşımı, borç ilişkisi tek bir alacaktan ve dolayısıyla borçtan meydana gelmişse onu ya da bir borç ilişkisindeki bütün alacakların zamanaşımına uğraması durumunda borç ilişkisini etkileyecektir. Ancak bunun dışında zamanaşımı, borç ilişkisine değil, yalnızca borca ve dolayısıyla da alacağa etki etmektedir⁷²⁵. Örnek verecek olursak, bir kira sözleşmesinde tek bir aya ilişkin kira borcu zamanaşımına uğrayıp zamanaşımı defî ileri sürüldüğü takdirde münferit borç eksik borca dönüşmek suretiyle varlığını bu şekilde sürdürmeye devam edecektir.

Zamanaşımı süresinin başlamasına ilişkin TBK m. 149/I hükmüne göre “*Zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlamaktadır.*” Fakat eğer ki alacağın muaccel

Polygraphischer Verlag AG., Zürich, 1995, s. 257 – 258; **Schwenzer**, s. 534 – 535; **Wolf**, Manfred/ **Neuner**, Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2016, s. 279.

⁷²³ **Eren**, BHGH, s. 1453.

⁷²⁴ Örneğin istihkak davası ile müdahalenin men’i davası zamanaşımına tabi değildir. Buna rağmen mülkiyet hakkının ihlalden doğacak bir tazminat davasının TBK m. 72 uyarınca 2 veya 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu görülmektedir. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 1453 - 1454.

⁷²⁵ **Bucher**, SOR AT, s. 453; BGE 100 II 46. Bkz. **Gauch/ Schluep**, SOR AT II, s. 258; **Leenen**, Detlef: BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2. Auflage, Walter de Gruyter GmbH, Berlin, 2015, s. 339; Alacak zamanaşımına uğradığı takdirde, bununla birlikte ferî haklar da zamanaşımına uğrayacaktır. Bu husus TBK m. 152’de “*Asıl alacak zamanaşımına uğrayınca, ona bağlı faiz ve diğer alacaklar da zamanaşımına uğramış olur*” hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Ancak TBK m. 159 hükmünde ifade edildiği üzere alacağını taşınır rehniyle teminat altına almış olan alacaklının, alacak zamanaşımına uğramış olsa bile rehlinli malı paraya çevirme yetkisi bulunmaktadır. Bu bakımdan alacağını taşınır rehniyle teminat altına almış olan alacaklı bakımından özellik arz eden bir durum söz konusu olmaktadır.

olması bir bildirimin yapılmasına bağlı olarak gerçekleşecekse, o hâlde TBK m. 149/II uyarınca⁷²⁶, zamanaşımı ifade edilen bildirimin yapılabileceği tarihten itibaren başlayacaktır⁷²⁷. Zamanaşımının işlemeye başladığı ana ilişkin bazı örnekler vermek gerekirse, sürenin işlemesi için, sürenin başladığından alacaklının haberdar olması gerekmemektedir. Ancak haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme davalarında iki senelik zamanaşımı süresinin başlayabilmesi davacının alacağından haberdar olmasına bağlıdır⁷²⁸. Sözleşmeden kaynaklanan ifa taleplerinde ise zamanaşımı temerrüt anında değil borcun muaccel olmasıyla işlemeye başlayacaktır⁷²⁹. Sözleşmeden kaynaklanan tazminata ilişkin taleplerde ise tazminat talebi asıl edimin yerini alacağından zamanaşımı da asli edime ilişkin ifa talebinin muaccel olmasıyla işlemeye başlayacaktır⁷³⁰. Haksız fiilden doğan zararlara ilişkin tazminat alacaklarında iki yıllık zamanaşımı zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği anda; on yıllık zamanaşımında ise zarar verici fiilin işlendiği anda başlamaktadır⁷³¹. Türk Borçlar Kanunu m. 82'ye göre sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan alacaklarda iki yıllık süre,

⁷²⁶ TBK m. 149/II: “Alacağın muaccel olmasının bir bildirime bağlı olduğu hâllerde, zamanaşımı bu bildirimin yapılabileceği günden işlemeye başlar.”

⁷²⁷ Dönemsel edimlerde zamanaşımının başlangıcına ilişkin bkz. TBK m. 150. Zamanaşımı süresinin işlemeye başlamaması ya da başladıktan sonra durmasına, zamanaşımının durması denir. TBK m. 153/II'ye göre zamanaşımını durduran sebepler ortadan kalktığında, o günün bitiminde zamanaşımı işlemeye başlar yahut durmadan önce başlamış olan süre işlemeye devam eder. Zamanaşımını durduran hâller TBK 153/I'de yer almaktadır. Zamanaşımının kesilmesi ise daha önce işlemiş olan zamanın ortadan kalkmasını ifade etmektedir. Bu durumda zaman sanki hiç işlememiş gibi bir sonuç meydana gelmektedir. Zamanaşımı kesilince, kesilmesinden itibaren yeni bir süre işlemeye başlamaktadır. Zamanaşımını kesen hâller ise alacaklının ya da borçlunun eylemlerinden kaynaklanmaktadır. Bu hâller TBK m. 154'te yer almaktadır. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 1463 vd.; **Grigoleit/ Herresthal**, s. 280 vd.; **Kılıçoğlu**, BGHG, s. 1124 vd.; **Köhler**, s. 266 vd.; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 635 vd.; **Wertenbruch**, s. 392 vd.; **Wolf/ Neuner**, s. 287 vd.

⁷²⁸ **Becker**, K SZO I, Art. 130, N. 7, 10, s. 662; BGE 137 III 16 E 2.2. Bkz. **Killias**, Laurent/ **Wiget**, Matthias: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Hrsg. Furrer, Andreas/ Schnyder, Anton K., 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, Art. 130, N. 2, s. 823; **Schwander**, Art. 130, N. 1, s. 350; **von Tuhr/ Escher**, s. 221.

⁷²⁹ **Bucher**, SOR AT, s. 459; **Gauch/ Schlupe**, SOR AT II, s. 265; **Schwander**, Art. 130, N. 1, s. 350; **von Tuhr/ Escher**, s. 217, dp. 59.

⁷³⁰ **Eren**, BHGH, s. 1456; Karş. **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 484, 634.

⁷³¹ TBK m. 72/I: “Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.”

geri isteme hakkının olduğunun öğrenildiği tarihten; on yıllık süre ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte işlemeye başlayacaktır.

Türk Borçlar Kanunu m. 148 uyarınca kanunun zamanaşımına ilişkin ayarındaki belirlenen süreler kesindir. Zamanaşımına ilişkin sürelerin kesinliği ise sözleşme ile değiştirilebilmelerinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Kanun koyucu “*Bu ayırmada belirlenen zamanaşımı süreleri, sözleşme ile değiştirilemez*” şeklindeki emredici hükmüyle bu sürelerin değiştirilemeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır⁷³². TBK m. 148 hükmünde yer alan değiştirme yasağı TBK m. 146 – 147 hükümlerindeki süreler hakkında söz konusu olmakta, bu maddeler dışındaki zamanaşımı süreleri en fazla on yıl olmak üzere uzatılabilmekte, hukuki takipte bulunmanın zorlaştırılmaması şartıyla da kısaltılabilmektedir⁷³³.

Zamanaşımı, borcu sona erdiren sebeplere kıyasen farklı bir özelliğe sahiptir. Çünkü zamanaşımı süresi dolduğunda alacak ve borç sona ermemekte, borçlu sadece zamanaşımı süresinin dolmasıyla birlikte bir defa hakkı kazanmaktadır⁷³⁴. Borçlu zamanaşımı süresi dolduktan sonra alacaklı kendisine başvurduğunda kazanmış olduğu bu defa hakkını ileri sürerse borç, eksik borca dönüşmektedir⁷³⁵. Borçlu zamanaşımı defini ileri sürmediği takdirde borç, eksik borca dönüşmeyeceğinden borçlunun borcunu ifa etmekten kaçınabilme imkânına sahip olabilmesi için mutlak surette bu defiyi ileri

⁷³² Alacağın süreye bağlanması yahut borcu uzatma sözleşmesi yapılabilmesi ise ancak borç muaccel olmadan önce mümkündür. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 1458.

⁷³³ **Guhl**, Theo/ **Koller**, Alfred: Das Schweizerische Obligationenrecht, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2000, s. 319; **Killias/ Wiget**, HandK, Art. 129, N. 6, s. 822; **Kohler**, s. 269; **von Tuhr/ Escher**, s. 217.

⁷³⁴ **Hellwig**, Konrad: Anspruch und Klagerecht, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf., Leipzig, 1910, s. 163; **Henrich**, Wolfgang: BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 1 - 480 Kommentar, Hrsg. Hau, Wolfgang/ Poseck, Roman, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2023, § 214, N. 1, s. 1059; **Kohler**, s. 268; **Larenz**, s. 250; **Zeller**, Theodor: Die Verjährung, R. Boorberg Verlag, Stuttgart, 1956, s. 3.

⁷³⁵ Bu konuya ilişkin görüş farklılıkları için bakınız, s. 142 – 143.

sürmesi gerekmektedir⁷³⁶. Zira zamanaşımı defî, zamanaşımına uğramış borcun borçlusuna borcunu yerine getirmekten kaçınabilme hakkı vermektedir.

Kesin ve tam defiler arasında sayılan zamanaşımı defî mahkemede ileri sürüldüğü takdirde hâkimin davayı reddetmesi gerekmektedir⁷³⁷. Defî hakkını kullanmamak tamamen borçlunun inisiyatifindedir. Ancak borçlu sahip olduğu zamanaşımı defîni ileri sürmediğinde TBK m. 161 hükmü uyarınca hâkimin bunu kendiliğinden göz önünde bulundurması söz konusu olmayacağı için diğer şartların da sağlanması durumunda hâkim davayı kabul edecektir⁷³⁸. Zamanaşımı defînin ileri sürülmesinin tamamen borçlunun inisiyatifinde olması Yargıtay tarafından “*borçlunun vicdanını hakem kılmak*” olarak nitelendirilmiştir⁷³⁹. Keza *Kohler* de söz konusu defî için “*vicdani defî*” ifadesini kullanmak suretiyle benzer bir yorum yapmıştır⁷⁴⁰.

Bir görüşe göre defî hakkının mutlak surette mahkeme huzurunda ileri sürülmesi gerekli değildir⁷⁴¹. Alacaklı mahkeme dışında borçluya talepte bulunduğu borçlu zamanaşımı defîni ileri sürmüştü, sonradan dava açıldığında hâkim dosyadan zamanaşımı defînin ileri sürüldüğünü anlıyorsa, genel kabul gören görüşe göre davayı resen reddetmesi gerekecektir⁷⁴². Çünkü defî hakkının dava dışı örneğin icra takibi

⁷³⁶ *Bucher*, zamanaşımına uğramış borçların genellikle eksik borçlardan farksız olduğunu ancak bir süre tam borç niteliğini haiz olmalarından dolayı bunları farklı bir gruba dahil ettiğini ifade etmektedir. Bkz. **Bucher**, SOR AT, s. 70.

⁷³⁷ **Bucher**, SOR AT, s. 446; Zamanaşımı alacağın varlığına değil, dava edilebilmesine etki etmektedir. Bkz. **von Büren**, SOR AT, s. 437; BGE 118 II 447 ff., 450. Bkz. **Gauch/Schluep**, SOR AT II, s. 274 – 275; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 48; **Schwenzer**, s. 546.

⁷³⁸ Borçlunun zamanaşımı defîni ileri sürmesinin alacaklı tarafından hileli davranışlarda bulunmak suretiyle engellendiği hâllerde hâkimin durumu resen göz önünde bulundurması gerektiğine ilişkin bkz. BGE 108 II 278 E. 5b; BGE 112 II 234. Bkz. **Guhl/Koller**, s. 328; **Kohler**, s. 268; **Wertenbruch**, Johannes: BGB: Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2017, s. 386 vd.

⁷³⁹ Yarg. HGK., 19.11.1958, E. 50/T, K. 48. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 48.

⁷⁴⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 48.

⁷⁴¹ **Canbolat**, Ferhat: “Def’i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Y. Haziran 2008, s. 264; **Çukadar**, Neslihan: Borç İlişkilerinde Def’i Hakkı ve İtirazlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 96; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 49; **von Tuhr/Peter**, I.I, s. 29.

⁷⁴² **Ennecerus/Nipperdey**, s. 1387, dp. 18; **Killias/Wiget**, HandK, Art. 142, N. 2, s. 859.

sırasında kullanılıp kullanılmadığı dava dosyasından anlaşıyorsa, hâkim bunu göz önünde bulundurmalıdır. Bir başka görüşe⁷⁴³ göre ise zamanaşımı definin hüküm ve sonuç doğurabilmesi onun mahkeme huzurunda kullanılmasına bağlıdır. Her ne kadar mahkeme dışı kullanılan defî, bu hakkın mahkemede de kullanılacağı yönünde bir ipucu teşkil etse de defî haklarının kesin sonuç doğurabilmesi için mahkemede tekrarlanması gerekmektedir. Zira borçlu sahip olduğu defî hakkını mahkeme dışında ileri sürmüş olsa bile alacaklı alacağını dava yolu ile elde etmek için başvurduğunda hâkimin bu durumu dava dilekçesinde yahut yargılama esnasında fark edememiş olma ihtimali her zaman mümkündür. Defî hakkının kullanılmasından sonra bundan vazgeçilmesi de ihtimal dahilindedir⁷⁴⁴. Dolayısıyla definin dava dışında ileri sürülmüş olması hâlinde, sonradan vazgeçilmiş olma ihtimali söz konusu olabileceğinden, davada bu iradenin devam edip etmediğinin ortaya koyulması önem arz etmektedir. Zamanaşımı defî borçlu tarafından cevap dilekçesinde ileri sürülmektedir⁷⁴⁵. Borçlunun cevap süresini geçtikten sonra zamanaşımı defîni ileri sürmüş olması durumunda bunun savunmanın genişletilmesi teşkil etmesi dolayısıyla ancak davacı tarafından kabul edilmesi hâlinde geçerli olması mümkün olacaktır⁷⁴⁶.

Öğretide zamanaşımı definin müteselsil borçlulardan biri tarafından ileri sürülmesi hâlinde diğer borçlular açısından durumun nasıl olacağı hususunda farklı değerlendirmeler bulunmaktadır. Bir görüşe göre zamanaşımı defî müteselsil borçlulardan birisi tarafından ileri sürüldüğü takdirde bu durum diğer borçlular açısından hiçbir etki yaratmayacak, başka bir ifade ile teselsüle ilişkin var olan davada ileri sürülen zamanaşımı defî sadece bunu ileri süren müteselsil borçlu açısından sonuç

⁷⁴³ Yargıtay bir kararında, davada usulüne uygun olarak zamanaşımı define bulunulmadığı hâlde zamanaşımının kabul edilerek karar verilmiş olmasını yerinde bulmamıştır (Yarg. 3. HD., 15.02.2007, 2007/2528 – 2471). Bkz. **Bilgen**, Mahmut: Özel Hukukta Zamanaşımı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 347 - 349; **Buz**, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 105; **Tutumlu**, Mehmet Akif: Zamanaşımı Defî'i, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 49 vd.

⁷⁴⁴ **Erdem**, Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 353; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 50; **von Tuhr/ Escher**, s. 231.

⁷⁴⁵ **Tutumlu**, s. 57.

⁷⁴⁶ **Bilgen**, s. 338 – 338.

doğuracak, diğer borçluları herhangi bir şekilde etkilemeyecektir⁷⁴⁷. Zira müteselsil borçluların borçlarının muacceliyet tarihlerinin birbirlerinden farklı olabilmesi mümkündür ve dolayısıyla zamanaşımı her bir borçlu açısından ayrı ayrı işleyebilecektir⁷⁴⁸. Öğretide yer alan bir başka görüşe göre ise borçlulardan birinin borcu zamanaşımına uğradığında, iç ilişkide payına düşen miktar, borcun tamamından çıkarılmalı ve diğer müteselsil borçlular kalan miktar için takip edilmelidir⁷⁴⁹.

Zamanaşımı ifade edildiği anlamıyla borcu sona erdiren bir neden olmayıp, kanun koyucu zamanaşımıyla birlikte alacağın zayıflamasını istemiştir⁷⁵⁰. Başka bir deyişle zamanaşımı gerçekleştiği takdirde alacak hakkı gücünü kaybetmektedir⁷⁵¹. Zira zamanaşımıyla borçlu, sahip olacağı defî hakkını kullanmak suretiyle alacaklının devletin yetkili organları vasıtasıyla alacağını elde edebilmesine engel olabilecek bir gücü elde etmektedir. Zamanaşımının neden olduğu bu durum dolayısıyla da gerçek

⁷⁴⁷ **Arat**, Ayşe: Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 2, Y. 2018, s. 349; Ayrıca bkz: Yarg. 22. HD., 17.01.2017, E. 2016/334400, K. 2017/288, Yarg. 15. HD., 02.10.2013, E. 2013/2574, K. 2013/5339, Yarg. 10. HD., 18.10.2016, E. 2015/24079, K. 2016/12605, Yarg. 17. HD., 20.03.2014, E. 2014/4217, K. 2014/3886. Kararlar için bkz. **Tutumlu**, s. 111 vd.

⁷⁴⁸ **Canbolat**, Ferhat: “Müteselsil Borcun Sona Erme Sebepleri – Borçlar Kanunu Tasarısındaki İlgili Hükümlerin Kısa Değerlendirmesiyle Birlikte”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Yıl. 66, Y. Yaz 2008, s. 77; **Kapancı**, Kadir Berk: Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, 2. Tıpkı Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 263.

⁷⁴⁹ **Canbolat**, s. 77; **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 263.

⁷⁵⁰ Yargıtay’ın bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: “*zamanaşımı alacak hakkını değil alacağı talep hakkını ortadan kaldırır.*” (Yarg. 13. HD., 04. 03.1983, E. 1982/8879, K. 1983/1508). Karar, **Bilgen**, s. 345 – 346’dan alınmıştır; **Çelik**, Ahmet Çelik: Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 109 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 48; Zamanaşımı, alacak hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Bkz. **Nabholz**, Peter: Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs, Verlag H. R. Sauerländer & Co., Aarau, 1961, s. 50.

⁷⁵¹ Zamanaşımının güçlü etkisini savunan *Windscheid*, zamanaşımının alacak hakkını yok edeceğini; buna karşılık *Savigny* ise zamanaşımının zayıf etkisini destekleyerek alacak hakkının ortadan kalkmayacağını sadece zayıflayacağı görüşüne sahipti. Bkz. **Nabholz**, s. 167, dp. 1, **Schulze**, s. 148 – 151.

anlamda borcu sona erdiren bir neden değil, borcun nispi bir sona erme sebebi olduğu kabul edilmektedir⁷⁵².

Zamanaşımının alacağın üzerindeki söz konusu zayıflatıcı etkisinin bazı gerekçeleri vardır; alacaklı uzun bir zaman boyunca alacağını elde edebilmek adına girişimlerde bulunmayıp hakkını aramamışsa kamu yararı, hukuki güven ve sosyal barış gereğince söz konusu süre geçtikten sonra da borçlu aleyhine dava açamaması gerekir⁷⁵³. Bunun yanı sıra mahkemelerin iş yükünün oldukça fazla olduğu göz önünde bulundurulduğunda uzunca bir süre hakkını takip etmemiş, yahut alacağını elde edebilmek adına harekete geçmemiş bir kimsenin hakkının hukuk düzeni tarafından zayıflatılması adaletin de gereğidir. Zira hem mahkemelerin eski sorunlarla işgal edilmesini önlemek, hem de borçlunun delil ikame ve ibraz etme olanağının zamanla azalması, hatta kimi zaman yok olması bunun haklı gerekçelerindendir⁷⁵⁴.

İfade edildiği üzere zamanaşımıyla birlikte borçlunun sahip olduğu defî hakkı dolayısıyla alacak hakkı zayıflayacaktır. Borçlu, sahip olduğu defî hakkını ileri sürmek suretiyle, borcunu ifa etmekten geri durabilecektir⁷⁵⁵. Gerçekten de borçlu, kendisine başvurulduğunda edimini yerine getirmekten kaçınmak istiyorsa zamanaşımı defini dermeyen etmelidir. Zira TBK m. 161'e göre "*Zamanaşımı ileri sürülmedikçe, hâkim bunu kendiliğinden göz önüne alamaz.*" Hükümde belirtildiği üzere hâkim zamanaşımını kendiliğinden göz önünde bulundurmamaktadır⁷⁵⁶. Dolayısıyla

⁷⁵² **Akçay**, Ergin: Türk Borçlar Hukuku'na Göre Zamanaşımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 8; **Erdem**, zamanaşımının borcun sona ermesi ile benzer etkilerinin olması ve tarihsel gerekçelerle borcu sona erdiren nedenlerden sayıldığını ifade etmektedir. Bkz. **Erdem**, Zamanaşımı, s. 7; **Eren**, BHGH, s. 1451.

⁷⁵³ Zamanaşımı, alacak hakkının taraflar arasında kurduğu düzenli ve sürekli ilişkinin istisnasını oluşturmaktadır. Bkz. **Bucher**, SOR AT, s. 444; **Eren**, BHGH, s. 1451; **Faust**, Florian: Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, 2021, s. 333; **Grigoleit/ Herresthal**, s. 273; **Guhl/ Koller**, s. 316.

⁷⁵⁴ **Bucher**, SOR AT, s. 444; **Gauch/ Schlupe**, SOR AT II, s. 259; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 627; **Wolf/ Neuner**, s. 278.

⁷⁵⁵ **Siber**, Heinrich: Der Rechtszwang im Schuldverhältniss nach deutschem Reichsrecht, Verlag von C. L. Hirschfeld, Leipzig, 1903, s. 54.

⁷⁵⁶ **Köhler**, s. 268; **Zeller**, s. 7; Zamanaşımı ile hak düşürücü süre birbirinden farklıdır. Zira hak düşürücü sürede zamanın hakkı düşüren etkisi, zamanaşımında ise hakkı engelleyen

zamanaşımı definin mutlaka borçlu tarafından ileri sürülmesi gerekmektedir⁷⁵⁷. Öğretide bir görüşe⁷⁵⁸ göre borç zamanaşımına uğradığında defi ileri sürülmesine gerek olmaksızın doğrudan eksik borca dönüşmektedir. Kanaatimizce borcun zamanaşımına

etkisi söz konusu olur. Zamanaşımı, defi niteliğinde olduğu için dikkate alınabilmesinin tek şartı ileri sürülmesidir. Buna karşılık hak düşürücü süre niteliği itibarıyla defi değil, itiraz teşkil eder. Bununla talep edilen hakkın ortadan kalktığının ileri sürülmesi dolayısıyla bu bir olay niteliğindedir. Böylece sonuçlarını kendiliğinden meydana getireceği için taraflar ileri sürmemiş olsa bile hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir. Zamanaşımı alacak haklı açısından mevcuttur ancak hak düşürücü süre, borç ilişkileri ile benzer nitelik taşıyan ilişkilerde, yenilik doğuran haklar bakımından söz konudur. Zamanaşımı açısından süreyi durduran yahut kesin sebepler bulunmaktadır; ancak hak düşürücü sürenin durması yahut kesilmesi söz konusu değildir. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 1453; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 1108 vd.; Yarg. 10. HD., 04.06.2018, E. 2015/21030, K. 2018/ 5469: “Zamanaşımına uğrayan borç, eksik bir borçtur. Zamanaşımı müessesesinin bu yapısının (borcu değil, sadece onun alacaklı tarafından talep edilmesi olanağını ortadan kaldırmasının ve sadece borçlu tarafından ileri sürülebilecek bir olgu olmasının) doğal sonucu olarak, borçlu tarafından yasal süre içerisinde böyle bir defide bulunulmadığı takdirde, hâkim tarafından kendiliğinden gözetilemez.”, Yarg. 10. HD., 12.09.2013, E. 2013/1727, K. 2013/15936: “...zamanaşımı, borcu doğuran, değiştiren ortadan kaldıran bir olgu özelliğini taşımamaktadır ve doğmuş ve var olan bir hakkın istenmesini ortadan kaldıran bir savunma aracıdır. Bunun sonucu olarak da borçlunun böyle bir olgunun var olduğunu, yasal süresinde yõteme uygun olarak ileri sürmesi gerekmekte olup bu husus yargılamayı yapan hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulamaz. Şu durumda zamanaşımı savunması ileri sürülmedikçe, istemin konusu olan hakkın var olduğu ve kabulüne karar verilmesinde hukuksal ve yasal bir engel bulunmamaktadır.” Bkz. Hukuk Türk İctihat Bilgi Bankası.

⁷⁵⁷ Zamanaşımı defi ileri sürülmediğinde hâkimin ifaya hükmetmesi mümkündür. Bkz. **Dilcher**, Hermann: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Erstes Buch: Allgemeiner Teil, §§ 90 – 240, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1980, § 22, N. 3, s. 876; **Grigoleit/ Herresthal**, s. 274; **Zeller**, s. 7.

⁷⁵⁸ **Akçay**, s. 9; **Berti**, Stephen V.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 1h: Das Erlöschen der Obligationen, Zweite Lieferung, Art. 127 - 142 OR, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2002, Art. 127, N. 44, s. 28; **Dinçer**, Berkin Erol: Türk Borçlar Kanunu’na Göre Zamanaşımının Hükümleri, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s. 75 vd.; Yargıtay’ın da bu yönde bazı kararları bulunmaktadır. Bkz. Yarg. HGK., 19.11.1958, E. 50/1, K. 48; Y. HGK., 10.10.1962, E. T/64, K. 34. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 47; **Olgaç**, Senai: Yargıtay İctihatı Birleştirme Kararları: Hukuk Genel Kurulu Emsal İctihatları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, BK. 141, 3 ve TTK. 1235, 2; Öğretideki bir görüşe göre zamanaşımının iki normatif etkisi vardır. Buna göre zamanaşımının sona ermesiyle medeni yükümlülük doğal bir yükümlülüğe dönüşecektir. Definin kullanılmasıyla da borçlu, alacağı askıya alınmış bir alacak hâline getirmektedir. Bkz. **Schulze**, s. 516 - 517.

uğraması bir itiraz teşkil etmediğinden, ancak def'i ileri sürüldüğü takdirde borcun eksik borca dönüşmesi mümkün olmalıdır⁷⁵⁹.

Zamanaşımı dolduğunda, borçlu zamanaşımı def'i ileri sürmeyi tercih ettiğinde, borç ve alacak hakkı sona ermeyecektir⁷⁶⁰. Bu sebeple de borçlu borcunu sonradan ifa ettiğinde borç olmayan bir edimin ifası söz konusu olmayacaktır⁷⁶¹. Ancak öğretilerde yer

⁷⁵⁹ Aynı yönde bkz. **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 84; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 132; **Ennecerus/ Lahmann**, s. 15; **Eren**, BHGH, s. 1452; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 1146; **Klingmüller**, s. 220; Zamanaşımı süresi geçmiş olduğunda, alacak hakları hiçbir şekilde düşmediği gibi dava hakkı da düşmez. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 47; **Schönenberger/ Jäggi**, K SZO, Vorbemerkungen vor Art. 1, N. 73, s. 174; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 35. Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarına rastlamak da mümkündür. Örneğin Yarg. 4. HD., 23.01.1981 ve 11363/451 sayılı kararında şu ifadelere yer verilmiştir: "...zamanaşımının davayı etkisiz bırakması kendiliğinden gerçekleşmemekte ve ancak borçlunun iradesine bağlı bulunmaktadır." Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 47, yine nispeten yeni bir kararında "Şu hâlde zamanaşımına uğrayan alacak ortadan kalkmamakla beraber artık doğal bir borç (Obligatio naturalis) hâline gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, alacağın salt zamanaşımına uğramış olması, onun eksik borca dönüşmesi için yeterli olmayıp borçlunun kendisine karşı açılmış olan alacak davasında alacaklıya yönelik bir def'i'de bulunması gerekir." İfadelerine yer verilmiştir. Bkz. Yarg. HGK., 12.03.2019, E. 2015/21 – 2925, K. 2019/277. Ayrıca bkz. Yarg. HGK., 08.04.2015, E. 2013/1597, K. 2015/1165, Yarg. HGK., 24.06.2021, E. 2017/3136, K. 2021/842, Yarg. HGK., 12.03.2020, E. 2017/650, K. 2020/301, Yarg. HGK., 22.09.2021, E. 2017/945, K. 2021/1069, Yarg. HGK., 03.06.2021, E. 2017/427, K. 2021/685, Yarg. HGK., 07.10.2021, E. 2018/984, K. 2021/1182. Bkz. Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası ve İçtihat Mevzuat ve İçtihat Programı.

⁷⁶⁰ **Schellhammer**, Kurt: Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 11. Auflage, Verlag C. F. Müller, Heidelberg, 2021, s. 1196; 213 sayılı VUK m. 113: "Zamanaşımı, süre geçmesi suretiyle vergi alacağının kalkmasıdır. Zamanaşımı, mükellefin bu hususta bir müracaatı olup olmadığına bakılmaksızın hüküm ifade eder." 6183 sayılı AATUK m. 102/II ise "Zamanaşımından sonra mükellefin rızaen yapacağı ödemeler kabul olunur" şeklindedir. Bkz. **Ayan**, Serkan: Zamanaşımının Durması ve Zamanaşımının Kesilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 24, dp. 9.

⁷⁶¹ Yarg. 10. HD., 17.09.2015, E. 2015/11154, K. 2015/15256: "Borçlar hukukunda zamanaşımı, borcun doğumundan sonra, belli bir sürenin geçmesi sonucunda borçluya borcu ödemekten kaçınma hakkı veren bir sebeptir. Örneğin, bir dava veya icra takibine maruz kalan borçlu, borcun zamanaşımına uğradığını ileri sürerek borcu ödemekten kaçınabilir. Zamanaşımı bir def'dir, yani savunma olanağıdır. Bununla birlikte zamanaşımı borcu sona erdirmez, sadece borçluya ödemekten kaçınma hakkı verir. Borçlu zamanaşımına rağmen borcu öderse bu geçerli bir ödemedir ve bu ödemenin iadesini isteyemez. Ayrıca dava veya icra takibinde zamanaşımını ileri sürmeyi ihmal ederek borcu öderse veya borcun olmadığı, ödendiği, miktarının az olduğu vs. gibi borca ilişkin itirazlarda bulunursa, sonradan zamanaşımı olgusunu ileri süremez." Bkz. Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası.

alan bir görüşe göre⁷⁶², zamanaşımı defi ileri sürüldüğü takdirde alacak hakkı son bulmakta, bu nedenle de zamanaşımına uğramış bir borç yerine getirildiği takdirde borç olmayan bir şey ifa edilmiş olmaktadır. Bir başka görüşe göre ise⁷⁶³, borçlu defi hakkını kullandığında alacak hakkı düşecek, sonrasında yapılan ödeme ise ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi teşkil edeceğinden TBK m. 78/II uyarınca geri istenemeyecektir. Öğretide bizim de katıldığımız bir kesim ise zamanaşımı definin ileri sürülmesinin alacak hakkını düşürmediğini ancak alacağın devlet organları vasıtasıyla dava, cebri icra yollarıyla talep edilebilirliğini etkisiz hâle getirdiğini, böylece alacaklının alacak hakkının zayıfladığını, bunun karşılığında borçlunun borcunun ise eksik borca dönüştüğünü kabul etmektedir⁷⁶⁴. Böylece sonradan borç ifa edildiğinde borç olmayan bir şeyin ifasından da bahsedilemeyecek, bu ifa geçerli olacaktır. Zira alacak hakkı sona ermeyecektir⁷⁶⁵.

Sürekli defi niteliğindeki zamanaşımı definin yenilik doğuran haklarla benzer sonuçları meydana getirdiği düşünülebilir. Ancak bunlar arasında önemli farklar söz konusudur. Öğretide yenilik doğuran haklarla sürekli defileri karşılaştıran *Buz*'un, bu kavramlar arasındaki farkları net bir şekilde ortaya koyduğu görülmektedir. *Buz*'a göre⁷⁶⁶ bozucu

⁷⁶² **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 48; Zamanaşımının güçlü etkisi olarak da adlandırılan bu görüşe göre *Windscheid*, alacak hakkının ortadan kalkacağı; *Savigny* ise zamanaşımının zayıf etkisini savunarak alacak hakkının zayıflayacağı görüşünü desteklemiştir. Bkz. **Nabholz**, s. 167, dp. 1.

⁷⁶³ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 49, dp. 20.

⁷⁶⁴ İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki bazı kararları: BGE 70 II 21, E. 1; BGE 99 II 185 E. 2b; BGE 133 II 366, E. 3.3; BGE 133 III 6, E. 5.3.4; BGE 137 III 16, E. 2, BGE 143 III 480. Kararlar için bkz. **Balmer**, s. 181, dp. 1721; **Enneccerus/ Nipperdey**, s. 1388, dp. 4; **Guhl/ Koller**, s. 17; **Koller**, SOR AT, s. 14; **Schwenzer**, s. 33; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 35; **Bucher**, zamanaşımına uğramış borçların genellikle eksik borçlardan farksız olduğunu ancak bir süre tam borç niteliğini haiz olmalarından dolayı bunları farklı bir gruba dahil ettiğini ifade etmektedir. Bkz. **Bucher**, SOR AT, s. 70.

⁷⁶⁵ **Brox**, Hans/ **Walker**, Wolf – Dietrich: Allgemeiner Teil des BGB, 44. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2020, s. 305; **Grigoleit/ Herresthal**, s. 283; **Köhler**, s. 268; **Spiro**, Band I, s. 562; **Wertenbruch**, s. 386; Karş. **Wolf/ Neuner**, s. 290; Zamanaşımına uğramış borç yerine getirildiğinde bunun geri istenebilmesi mümkün değildir. Zira borçlu mevcut ve geçerli bir borcunu ifa etmiş olmaktadır. Bunun bilinmeden borcun ifa edilmiş olması da farklı bir sonuca neden olmamaktadır. Bkz. **Zeller**, s. 6.

⁷⁶⁶ Yenilik doğuran hakların defilerle karşılaştırılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 90 vd. Sürekli defiler ile bozucu yenilik doğuran hakların ve değiştirici yenilik doğuran hakların karşılaştırılmasına ilişkin ise bkz. s. 102 – 103; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 50, dp. 25.

yenilik doğuran haklar, hakkı ortadan kaldırmaya yönelik bir sonuç doğururken; sürekli defiler ve bu kapsamdaki zamanaşımı defî, hakkı etkisizleştirmek suretiyle dava yoluyla ileri sürmeye engel olmaktadır. Kanaatimizce karışıklığa neden olabilecek konu, değiştirici yenilik doğuran haklarla sürekli defilerin meydana getirdiği etkilerdir. Zira zamanaşımı definin kullanılması borcu eksik borca dönüştürdüğünden defî hakkının değiştirici yenilik doğuran bir hakkın kullanılması gibi bir sonuç yaratması söz konusudur. Ancak yine bu görüşe göre⁷⁶⁷, sürekli defiler hakkı kurup sona erdirmedikleri gibi hakkın içeriğinde de bir değişiklik yapmazlar. Oysa değiştirici yenilik doğuran haklar, hakkın yahut hukuki ilişkinin içeriğini ya da konusunu değiştirirler. Sürekli defilerin bu yönde bir etkisi bulunmamaktadır. Nitekim sürekli defilerin tek etkisi alacaklının alacağını güçsüz hâle getirmesidir. Bu hakkın bizzat kendisine, özüne etki eden bir durum olarak değerlendirilemez. Bunun dışında kullanılan defî hakkından tek taraflı irade beyanı ile vazgeçilmesi mahkeme kararına kadar mümkünken, yenilik doğuran bir hak kullanıldıktan sonra meydana gelen yeni durum ise kesindir. Başka bir deyişle yenilik doğuran hak kullanan kimse, tek taraflı bir irade beyanı ile bundan vazgeçmemektedir⁷⁶⁸.

2.4. NİTELİĞİ TARTIŞMALI OLAN BORÇLAR

2.4.1. Ahlaki Ödevlerden Doğan Borçlar

Alman filozof *Eduard von Hartmann*, ahlakiliği fertlerin bilinçleriyle ilişkilendirmiş; ahlakiliğin saiklerini sübjektif ahlak prensiplerinin, hedeflerini de objektif ahlak prensiplerinin oluşturduğunu ileri sürmüştür⁷⁶⁹. *Hartmann*'a göre bütün ahlak prensipleri neticede mutlak ahlak prensipleri çatısı altında toplanmakta ve mutlak ahlak

⁷⁶⁷ **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 102 – 103.

⁷⁶⁸ **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 93; **Erdem**, Zamanaşımı, s. 355; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 50, dp. 25.

⁷⁶⁹ **Çağıl**, Orhan Münir: “On Dokuzuncu Asrın Sonu ile Yirminci Asrın İlk Yarısında Alman Hukuk Felsefesinde Bazı Önemli Gelişmeler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 19, S. 1 – 2, Y. 1953, s. 392 – 393; Objektif ve sübjektif ahlakilik hakkında ayrıca bkz. **Kreissl**, Nikolaus: Das Rechtsphänomen in der Philosophie Wilhelm Diltheys, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1970, s. 57 vd.

prensipieri de nihai ahlak bilincini oluřturmaktadır⁷⁷⁰. Sübjektif ahlak prensipieri ile kastedilen karşılık gösterme duygusu, hakka uygun hareket etme bilinci ve adalet anlayışıyken; objektif ahlak prensipieri ya da başka bir deyişle ahlakiliğin hedefleri ise sosyal, kültürel veya ahlaki anlamda dünya düzenine iliřkindir⁷⁷¹. Nitekim ahlakiliğin hedefinin insanların birbirlerine zarar verme değil; yarar sağlama amacı taşıması gerektiği, bu sebeple de nihai amacın iyilik olduğu kabul edilmektedir⁷⁷². Ahlaki ödevlerin kaynağının da bu olduğunu söyleyebiliriz. Ne var ki hukuk düzeni ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi ile ilgilenmemektedir. Zira bu ödevlerin yerine getirilip getirilmemesi kişinin kendi vicdanını ilgilendiren meselelerdir⁷⁷³. Yine de hukuk düzeni ahlaki nitelikteki bazı davranışları yaptırıma bağlamak suretiyle hukuki dev vasfını kazandırma ihtiyaçını duymuřtur⁷⁷⁴. TMK m. 364/I hükmünü açıkladığımız bu duruma örnek olarak verebilmekteyiz. Hukuken yardım etmekle yükümlü olunmadığı hâlde ahlaki gerekçelerle bazı kişilere yardımda bulunmak istenilmesi ise hukuki zeminde yaptırıma bağlanmamış ancak vicdani ve belki de çevresel boyutta sadece insanın kendisini ilgilendiren meselelerdir⁷⁷⁵.

Türk Medeni Kanunu m. 364/I “*Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan stsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür*” hükmünü iermektedir⁷⁷⁶. İlgili düzenleme, yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşmesi muhtemel stsoy, altsoy yahut kardeşlere nafaka verilmesi konusundaki yükümlülüğü ifade etmektedir. O hâlde hükümde belirli derecedeki yakınlara yardım nafakası verme

⁷⁷⁰ ağıl, s. 393.

⁷⁷¹ ağıl, s. 394 – 396.

⁷⁷² Eren, BHGH, s. 95; İyilik ve ahlakilik ilişkisi için bkz. Geiger, s. 61 vd.

⁷⁷³ Fichte, Johann Gottlieb: Das System der Sittenlehre, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1963, s. 173; Kohler’e göre, kişilerin hukuk ve ahlak görevlerini yerine getirecek şekilde toplumla düşünce ve duygu birliği içerisinde olması yüksek bir ahlak anlayışının göstergesidir. Bkz. Kohler, Josef: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Dr. Walther Rothschild, Berlin, 1909, s. 97; Tongsir, Ferih Bedi: “Bağışlama”, İstanbül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 18, S. 3 – 4, Y. 1952, s. 928.

⁷⁷⁴ Klingmüller, s. 240; Schapp, Jan: Freiheit, Moral und Recht, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1994, s. 230 vd.; Tongsir, s. 928.

⁷⁷⁵ Tongsir, s. 929.

⁷⁷⁶ TMK m. 364/II: “*Kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, refah içinde bulunmalarına bağlıdır.*”

borcunun hukuk düzeni tarafından öngörüldüğü anlaşılmaktadır. İfade edildiği üzere hukuk düzeni tarafından tanınmadığı hâlde ahlak kuralları tarafından tanınan borçların da varlığı kabul edilmektedir. TMK m. 364/I düzenlemesi değerlendirilecek olursa, hükmün üstsoy, altsoy ve kardeşleri kapsadığı açıktır. Ancak TMK m. 364/II uyarınca kardeşlerin nafaka yükümlülükleri onların refah içinde bulunması hâlinde söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte kanun koyucu TMK 364/I hükmünde sayılanlar dışında kalan kimseler açısından bir nafaka borcu öngörmemiştir. Hâl böyle iken bir kimsenin sayılan kişiler dışında, ihtiyaç içerisindeki birisine örneğin teyzesine yahut dayısına hukuken nafaka verme borcu bulunmamaktadır. Yine de toplumsal değer yargılarımız TMK m. 364/I haricinde kalan, ihtiyaç sahibi kimselere de yardım edilmesine yol açabilmektedir⁷⁷⁷.

Ahlaki ödevlerin tespiti çoğu zaman oldukça güçtür⁷⁷⁸. Zira bu ödevlerin ne zaman doğduğu ve sona erdiği, yani sınırlarının tespit edilebilmesi yahut hangi ödevlerin ahlaki ödev teşkil ettiğinin belirlenebilmesi öğretide tartışılan bir meseledir⁷⁷⁹. Bir görüşe göre ahlaki ödevlerin kapsamı geniş yorumlanmalı ve özellikle muaşeret kurallarını da içermeli; başka bir görüşe göre ise sadece ahlaki duyguların var olduğu hâllerde ahlaki ödevler mevcudiyet gösterebilmektedir⁷⁸⁰. Üzerinde durulması gereken bir başka konu da ahlaki ödevlerin tespit edilmesinde değerlendirme ölçütünün hangi kriterler olması gerektiğidir. Bu konuda makul bir kimsenin anlayışı (objektif kriter) esas teşkil etmekte; ancak bazı hâllerde sübjektif kriterlerin de göz ardı edilemeyeceği kabul edilmektedir⁷⁸¹. Gerçekten de ahlaki bir ödevden söz edilebilmesi için ödevi

⁷⁷⁷ Kılıçoğlu, BHGH, s. 52.

⁷⁷⁸ Oğuzman/ Öz, Cilt II, s. 388.

⁷⁷⁹ Tongsir, s. 930; Ahlaki bir ödev, mevcut bir problemi mümkün olduğunca gidermeye yönelik genel bir insani görev değildir. Ahlaki görevden bahsedilebilmesi için, belirli bir aciliyete sahip somut bir görev durumu gereklidir. Bkz. Klingmüller, s. 239; Vogt, Nedim Peter/ Vogt, Annaig L.: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 239, N. 35, s. 1470.

⁷⁸⁰ Tongsir, s. 930.

⁷⁸¹ Krş. Klingmüller, s. 238 vd.; Tongsir, s. 930.

yerine getirme saikiyle hareket edilmesi yeterli olup ayrıca toplum nezdinde bunun ahlaki bir ödev olarak kabul görmesi her zaman gerekli görülmeyebilmektedir⁷⁸².

Öğretide bir görüşe göre hukuki anlamda borç olarak kabul edilmemiş olsa da ahlaki nedenlerle TMK m. 364/I haricinde kalan kimselere yardım edilmesi, ahlaki bir ödevin ifası olarak değerlendirilmektedir⁷⁸³. Keza örneğin babanın evlilik dışı doğan çocuğuna ödediği para, fakir bir çocuğun ya da kaza neticesinde engelli hâle gelmiş bir kimsenin bakım masraflarının karşılanması da bu görüşe göre ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi olarak kabul edilmektedir⁷⁸⁴.

Öğretide ahlaki ödevlerden doğan borçların eksik borç niteliğini haiz olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, ahlaki ödevlerin yerine getirilmesi için üstlenilen ve ifa edilen borçlar da eksik borçlardandır⁷⁸⁵. Eksik borçların genel özelliği olarak bu borçların da ifası pek tabii mümkündür. Ancak alacaklının dava ile talep ve cibrî icra ile takip yetkisi bulunmamaktadır. Yine TBK m. 78/II’de yer alan *“Zamanaşımına uğramış bir borcun ifasından veya ahlaki bir ödevin yerine getirilmiş olmasından kaynaklanan zenginleşmeler geri istenemez”* hükmünden de anlaşıldığı üzere, ahlaki bir ödevin yerine getirilmiş olması durumunda verilen şeyler geri istenememektedir. Ahlaki bir ödevin ifası ile gerçekleştirilen bir kazandırma, kanun yahut sözleşme uyarınca borçlu sanılmak suretiyle yapılmışsa, yanılan kişinin bu

⁷⁸² **Tongsir**, s. 930.

⁷⁸³ **Bucher**, SOR AT, s. 69; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 52; **Koller**, SOR AT, s. 14.

⁷⁸⁴ **Eren**, BHGH, s. 95; *Tongsir*, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin ayırt etme gücünü haiz olsaydı da yine kusurlu sayılamayacağı eylemiyle gerçekleştirdiği bir zararın tazmini hususunda özellikle malvarlıkları arasında önemli bir fark söz konusuysa bu durumda ahlaki bir vazifenin ifasının gerçekleştiğini ifade etmektedir. Bkz. **Tongsir**, s. 930 - 931; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 35; Karş. **Vogt/ Vogt**, BSK OR I, Art. 239, N. 36, s. 1470.

⁷⁸⁵ **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 83; **Eren**, BHGH, s. 95; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 52; **Schulin**, Hermann/ **Vogt**, Annaïg L.: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 63, N. 5, s. 524; Karş. **Schwander**, Art. 63, N. 3, s. 248 – 249; **von Tuhr/Peter**, I.I, s. 34.

sebeple kazandırmayı gerçekleştirdiğini ispat etmesi durumunda da iade istenememektedir⁷⁸⁶.

Türk Borçlar Kanunu m. 285/III uyarınca⁷⁸⁷ ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi bağışlama teşkil etmeyeceğinden bağışlamanın geri alınmasına ilişkin düzenlemelerin de uygulanabilmesi mümkün değildir⁷⁸⁸. Bağışlama saiki, ahlaki yükümlülüğün yerine getirilmesi saikinden farklılık arz etmektedir⁷⁸⁹. Bu sebeple de örneğin yasal zorunluluk olmaksızın yakınlarla nafaka verilmesinin yanı sıra soybağının kurulmamış olmasına rağmen babanın evlilik dışı çocuğuna nafaka vermesi yahut bahşiş verilmesi ve örf adet gereği verilen küçük hediyelerin⁷⁹⁰ de bağışlama teşkil etmemesi gerektiği savunulmaktadır⁷⁹¹. TMK m. 285/III hükmü açısından yasal bir yükümlülük söz konusu

⁷⁸⁶ Ancak ahlaki bir ödev mevcut değilken, şartların yahut kazandırmanın yapıldığı kişinin yanlış değerlendirilmesi suretiyle, yanlışlıkla bu amaçla ifade bulunulması durumunda sonradan iadenin talep edilebilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 388; **von Tuhr/ Peter**, I.II, s. 482, 487.

⁷⁸⁷ TBK m. 285/III: “*Ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi de bağışlama sayılmaz.*”

⁷⁸⁸ Ahlaki bir ödevin yerine getirilmesinde ifade bulunanın kendisini borçlu hissetmesinden ötürü yaptığı ödeme bağışlama teşkil etmemektedir. Bir görüşe göre ahlaki ödevden doğan borç tanımları geçerlidir. Ancak bunların TBK m. 285/III’ün kapsamı dışında kalmaları sebebiyle geçerli olmaları şekil şartına tabidir. Kanunda sadece ifa edilmiş borç, bağışlama haricinde tutulmuş olup, borç tanımları açısından bu tür bir istisna öngörülmemiştir. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 95; Ahlaki bir yükümlülüğün ifasının vaat edilmesinde şekil şartına ilişkin ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 57; Karş. **Romelli**, Stefano: Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG., Zürich, 2009, Art. 239, N. 7, s. 506 - 507; Bağışlamanın geri alınmasına ilişkin hükümlerin uygulanamayacağına ilişkin ayrıca bkz. **Vogt/ Vogt**, BSK OR I, Art. 239, N. 35, s. 1470; **Cansel/ Özel**, BHGH, s. 95.

⁷⁸⁹ **Romelli**, Art. 239, N. 7, s. 506 – 507; **Yılmaz**, Çiğdem Mine: “Türk Hukukunda Yerine Getirilmiş Bağışlamanın Geri Alınması ve BGB. 313. Çerçevesinde Alman Federal Yüksek Mahkeme Kararının Düşündürdükleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, Y. 2019, s. 714.

⁷⁹⁰ Muaşeret kuralları dolayısıyla verilen bahşişler ya da âdet üzerine verilen hediyelerin bağışlama teşkil edip etmeyeceği hususu tartışmalıdır. İsviçre hukuku ahlaki vazifeler ile muaşeret kurallarını bir arada değerlendirirken; Alman hukuku bu terimleri ayrı kullanmıştır. Türk hukukunda ise bu konuda sessiz kalınmış ancak ahlaki vazifenin muaşeret kurallarını da ihtiva edecek şekilde geniş yorumlandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak âdet üzerine verilen hediyelere ilişkin özellikle “*hibe*” değil de “*hediye*” tabirinin kullanılmış olması, her hediyein bağışlama teşkil etmeyeceği düşüncesini güçlendirecek niteliktedir. Bkz. **Tongsir**, s. 935 – 937.

⁷⁹¹ **Tandoğan**, ahlaki ödevlerin ifasının bağışlama olarak kabul edilmemesini, bu ödevlerin yerine getirilmesini şekli olarak zorlaştırmamak ve caymaya imkân yaratmamak adına olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri,

olmaksızın borcun yerine getirilmesinde “*causa solvendi*” inancıyla hareket edildiği kabul edilmektedir⁷⁹².

Âdetten görülerek verilen hediyeler ya da hizmet karşılığı bahşiş verilmesi öğretideki bir görüşe göre eksik borcun ifasını oluşturmaktadır; zira özellikle bu hediyelerin ve bahşişlerin verilmesinin temelinde görgü kuralları, görgü kurallarının temelinde ise ahlaki ödevler bulunmakta, böylece bunların ifa edilmiş olması da bağışlama teşkil etmemektedir⁷⁹³. Ancak aksi görüşe göre TMK m. 565/I, b. 3’te âdet gerekçesiyle verilmiş hediyelerin tenkise tabi olmadığı fakat bağışlama teşkil ettiği kabul edilmektedir⁷⁹⁴.

Öğretide fazla sayıda taraftar toplayan başka bir görüşe göre, ahlaki ödevlerden doğan borçlar hukuki anlamda borç teşkil etmemekte⁷⁹⁵, sadece kazandırmayı geçerli kabul eden bir hükmün var olduğu ileri sürülmektedir⁷⁹⁶. Bu görüş, kişinin kendini sadece ahlaki anlamda borçlu kabul ederek ifade bulunması dolayısıyla bir eksik borçtan bahsetmenin isabetli olmayacağını değerlendirmektedir. Eksik borç niteliği itibariyle hukuki anlamda mevcut ve geçerli bir borçtur. Dolayısıyla hukuki anlamda borcun varlığından söz edilemiyorken, eksik borcun varlığına yönelik eleştiriler kanaatimizce

Cilt I/1, Evrim Basım - Yayım - Dağıtım, İstanbul, 1988, s. 347; *Yılmaz* ise bağışlama kabul edilmemesinin nedenini, kanunun bu kimselere nafaka borcu yükleme imkânı vermiş olması yahut sunulan hizmet için duyulan memnuniyetin bu işlemlerin saikini oluşturması olarak değerlendirmiştir. Bkz. *Yılmaz*, Bağışlamanın Geri Alınması, s. 714.

⁷⁹² **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 348; **Yılmaz**, Bağışlamanın Geri Alınması, s. 714.

⁷⁹³ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 348; **Yılmaz**, Bağışlamanın Geri Alınması, s. 715.

⁷⁹⁴ **Dural**, Mustafa/ **Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku, Cilt IV: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 260; **Yılmaz**, Bağışlamanın Geri Alınması, s. 715.

⁷⁹⁵ Borç, ahlaki alanda ifade ettiğinden farklı bir anlama sahiptir. Bu nedenle ahlaki yükümlülükle karıştırılmamalıdır. Ancak her ikisinin de ortak bir niteliğe sahip olduğu doğrudur. O da “*egemen irade*” olarak açıklanabilmektedir. Bkz. **Hägerström**, Axel: *Inquiries Into the Nature Of Law and Morals*, Almqvist & Wiksells Boktryckeri Aktiebolag, Uppsala, 1953, s. 207.

⁷⁹⁶ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 88; **Enneccerus/ Lahmann**, s. 15; **Gümüş**, BHGH, s. 65; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 57; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 21; **Schönenberger/ Jäggi**, K SZO, Vorbemerkungen vor Art. 1, N. 76, s. 175; **Schulze**, ahlaki ödevlerden doğan borçların hukuki borç olarak nitelendirilmediği görüşüne katılmadığını ifade etmektedir. Ona göre bu borçlar, bir olgu olarak ele alınmakta ve bazı yasal sonuçlarla donatıldığından hukuki bir niteliğe sahip olmaktadır. Bkz. **Schulze**, s. 276 – 277.

de isabetlidir. İfanın yerine getirildiğinde geçerli olması, bağışlama teşkil etmemesi, ayrıca dava ve cebrî icra yoluyla takip edilmesinin mümkün olmaması bu tür yükümlülükleri eksik borçlara yaklaştırsa da hukuki anlamda borçtan söz edilemiyorsa eksik borcun da varlığından bahsedilmemesi gerekmektedir.

İsviçre hukukunda da ahlaki ödevlerden doğan yükümlülüklerden eksik borç meydana gelmediği, zira ortada hukuki bir borcun var olmadığı görüşünün oldukça hâkimiyet kazandığı görülmektedir⁷⁹⁷. Bununla birlikte bu yükümlülüklerden meydana gelen sonuçlar, eksik borçların özellikleriyle benzerlik gösterdiğinden bunların eksik borçlar kapsamında ele alındığına da kaynaklarda sıklıkla karşılaşılmaktadır. Nitekim ahlaki ödevlerden doğan borçlar ifa edildikleri takdirde, tıpkı eksik borçların ifa edilmesiyle meydana gelen sonuçlar söz konusu olmaktadır⁷⁹⁸. Ancak eksik borç olarak nitelendirilen borçların, örneğin üstlenilebilmeleri ya da alacakların devredilebilmeleri veya bazı durumlarda teminat altına alınabilmeleri yahut takas edilebilmeleri mümkün ahlaki ödevlerden doğan yükümlülüklerde bu hukuki kurumlara başvurabilmek mümkün değildir⁷⁹⁹.

Alman hukukunda da bir kesimin ahlaki ödevlerden doğan borçları eksik borç olarak nitelendirmekten kaçındığı anlaşılmaktadır⁸⁰⁰. Söz konusu hukuk sisteminde bir kesime göre, bazı ahlaki yükümlülüklerin ifasının bağışlama niteliğinde olduğu, ancak

⁷⁹⁷ Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu'nda eksik borçlar ile ahlaki yükümlülüklerin katı bir şekilde birbirinden ayrıldığı ifade edilmektedir. Bkz. **Balmer**, s. 35, dp. 371; **Bucher**, SOR AT, s. 69; **von Büren**, SOR AT, s. 304; **Huguenin**, Claire: Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Schulthess & CO. AG, Zürich, 2008, s. 5; **Koller**, SOR AT, s. 14; Karş. **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 34; Aksi yönde bkz. **Schulin/ Vogt**, BSK OR I, Art. 66, N. 7, s. 538; **Schwenzer**, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Stämpfli Verlag AG., Bern, 2016, s. 34.

⁷⁹⁸ **Koller**, SOR AT, s. 14.

⁷⁹⁹ **Balmer** s. 203 vd.

⁸⁰⁰ Bazı kaynaklarda hukuki borç olarak değerlendirilmediğine ilişkin bkz. **Esswein**, Arnold: Unvollkommene Verbindlichkeiten – Ein Beitrag zur Dogmatik des Schuldrechts, Heidelberg, 1932, s. 44; Özellikle örf ve âdet hukukunun geliştirilmesinde birçok yerde, ahlaki ödevlerden doğan borçların hukuki borçlardan ayrılmasına ilişkin güçlüğü dikkat çekilmektedir. Bkz. **Klingmüller**, s. 231; **Schulze**, ahlaki ödevlerden doğan borçların hukuki borç olarak nitelendirilmediği görüşüne katılmadığını ifade etmektedir. Ona göre bu borçlar, bir olgu olarak ele alınmakta ve bazı yasal sonuçlarla donatıldığından hukuki bir niteliğe sahip olmaktadır. Bkz. **Schulze**, s. 276 – 277.

bağışlamaya ilişkin tüm hükümlerin bu ödevler üzerinde uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmektedir⁸⁰¹. Nitekim BGB § 814 hükmünde de ahlaki yükümlülüğün ifa edilmesi hâlinde geri istenemeyeceği düzenlenmiştir. Hükümün amacının ise edimin ifa edildiği kimseyi ve ifanın korunması olduğu değerlendirilmektedir⁸⁰².

Hiç kimse ahlaki bir ödevden doğan borcunu ifa etmediği gerekçesiyle dava edilemez. Bunun nedeni borcun eksik borç olmasından ileri gelmemektedir; zira bu hâlde ne taraflar hukuki anlamda alacaklı ve borçludur, ne de borç hukuki bir borçtur. Böylece ahlaki yükümlülüklerin eksik borç olarak nitelendirilemeseler de yaptırımsız borçlar çatısı altına bir başka tür olarak sayılabilmesi mümkündür⁸⁰³.

2.4.2. Hukuka veya Ahlaka Aykırı Amacın Gerçekleştirilmesi İçin Verilen Şeylerin İadesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 81. maddesinin ilk cümlesinde hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin geri istenemeyeceği ifade edilmektedir⁸⁰⁴. Söz konusu hüküm TBK m. 27/I'de yer alan, hukuka yani emredici hükümlere ve ahlaka aykırı sözleşmeleri kesin hükümsüz sayan düzenlemeyi tamamlayıcı niteliktedir⁸⁰⁵. Kesin hükümsüz bir sözleşmeden meydana gelen edimler ifa edilmiş ise bunlar sebepsiz zenginleşme yahut istihkak davası ile geri

⁸⁰¹ **Klingmüller**, s. 242; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 34, dp. 8a.

⁸⁰² **Schwab**, Martin: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Schuldrecht, Besonderer Teil IV, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2020, § 814, N. 1, s. 1452.

⁸⁰³ **Bucher**, SOR AT, s. 69; *Gauch/ Schluep*'e göre ahlaki yükümlülüklerden hukuki anlamda borç doğmamaktadır. Yaptırımsız borçlar çatısı altında ahlaki yükümlülükler, tabii borçlardan ayrı tutulmuştur. Bkz. **Gauch/ Schluep**, SOR AT I, s. 15.

⁸⁰⁴ 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun 65. maddesinde hüküm, "*Haksız yahut ahlaka (adaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur*" şeklinde yer almakta idi.

⁸⁰⁵ **Eren**, BHGH, s. 1021; **Çağlayan Aksoy**, Pinar: "Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engelleyen TBK madde 81 Hükümü Üzerine Bir İnceleme", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 31, S. 4, Y. Aralık 2015, s. 151; **Gauch/ Schluep**, SOR AT I, s. 298; İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüşü benimsemiştir (BGE 102 II 409, BGE 95 II 41, BGE 75 II 93, BGE 74 II 23). Bkz. **Gümüş**, BHGH, s. 622.

istenebilmektedir⁸⁰⁶. Ancak TBK m. 81 hükmü bu duruma istisna teşkil edebilecek niteliktedir. TBK m. 81 ile TBK m. 27/I hükmü birlikte değerlendirildiğinde, TBK m. 81 uyarınca mevcut olan geri isteyebilme yasağı ancak TBK m. 27'ye göre hukuka yahut ahlaka aykırılık anlamında geçersiz olan sözleşmeler neticesinde verilmiş olan şeylere ilişkindir⁸⁰⁷. Bu görüşün dayanağını, TBK m. 81 hükmünün uygulandığı olayların çoğunun TBK m. 27/I anlamında sözleşmelerden kaynaklanması oluşturmaktadır⁸⁰⁸. Bu durumda taraflar arasındaki sözleşme TBK m. 27 gereğince kesin hükümsüz sayılmakta ve bu sözleşme uyarınca verilen şeylerin iadesi de TBK m. 81 gereğince amacın gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın engellenmektedir⁸⁰⁹. Ne var ki TBK m. 27 gereğince geçersiz olan bir sözleşmede TBK m. 81 hükmünün uygulama alanı bulmaması ya da TBK m. 27 uyarınca geçersiz olmayan ancak yine de TBK m. 81'in uygulanabileceği durumlar da ihtimal dahilindedir⁸¹⁰. TBK m. 27 bakımından hukuka ve ahlaka aykırılık sözleşmenin konusunda ve konu kapsamındaki ortak amaçta; TBK m. 81 bakımından hukuka veya ahlaka aykırılık ise sadece kazandırmada bulunanın saikinde kendini göstermektedir⁸¹¹. Başlık parası konusu bu noktada önemli bir örnek teşkil etmektedir. Evlenmek istenilen kimsenin babasına evliliğe razı olması için verilen bir miktar paradan ibaret olan bu anlaşmanın ahlaka aykırılık oluşturduğu gerekçesi ile TBK m. 27 uyarınca geçersiz sayılması gerektiği

⁸⁰⁶ **Eren**, BHGH, s. 1021 vd.; **Hahn**, Anne – Catherine: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Hrsg. Furrer, Andreas/Schnyder, Anton K., Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2016, Art. 66, N. 1, s. 459; **Schwenzer**, s. 266.

⁸⁰⁷ **Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt V/1, 2, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri – Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 723; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 653; **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 383.

⁸⁰⁸ Para veya başka bir menfaat karşılığı suç işleme, kişilik haklarına saldırı yahut cinsel ilişki kurmaya yönelik sözleşmeler ya da hukuka aykırı bir amaca ulaşmak için rüşvet verilmesi bu nitelikte kabul edilir. Bkz. **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 383 - 384.

⁸⁰⁹ **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 383 - 384.

⁸¹⁰ Başka bir nedenle geçersiz olan ya da iptal edilmiş veya kurulmamış sözleşmeler uyarınca verilen şeylerin iadesi taleplerine de uygulanabileceğine ilişkin bkz. **Antalya**, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri – Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, s. 723; **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 384.

⁸¹¹ **Çağlayan Aksoy**, s. 152; Bu durum öğretideki hâkim görüşün TBK m. 81'i dar yorumlamasının bir sonucudur. Amacın gerçekleşip gerçekleşmediği önemli değildir. Dar yoruma rağmen hakkaniyete aykırı sonuçlar, gerektiğinde dürüstlük kuralı kapsamında düzeltilmektedir. Bkz. **Gümüş**, BHGH, s. 622; **Hahn**, HandK, Art. 66, N. 3, s. 459; **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 384.

kabul edilmektedir⁸¹². Ancak amacı sadece aile kurmak olan ve bu saikle parayı veren bir kimsenin temel saikinin ahlaka aykırı kabul edilemeyeceği nedeni ile TBK m. 81'in uygulama alanı bulamaması gerekmektedir⁸¹³.

Diğer taraftan sözleşmenin TBK m. 27 uyarınca hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olmayıp, ifade bulunan kimsenin amacının hukuka veya ahlaka aykırı olması nedeniyle TBK m. 81 gereğince iade istenemeyecek örneklerle de karşılaşılabilmektedir⁸¹⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 81. maddesinin ikinci cümlesinde ise açılan davada hâkimin verilen şeyin devlete bırakılmasına karar verebileceği ifade edilmektedir. Mülga Borçlar Kanunu'nun 65. maddesinde hâkimin söz konusu şeyin devlete mal edilmesine karar verebilmesine ilişkin bir düzenleme yer almamaktaydı. Böylece verilen şey her durumda kazandırmadan yararlananda bırakılmaktaydı. Bu durum, kanaatimizce hukuka veya ahlaka aykırı amacı gerçekleştirmek için verilen şeye ilişkin lehine kazandırma yapılan kimseyi korumaktan ya da ödüllendirmekten başka bir anlama gelmemektedir⁸¹⁵. TBK m. 81 hükmünde hukuka ve ahlaka aykırı amaçla yapılan kazandırmanın geri verilmesine ilişkin açılan davada, hâkimin bu şeyi alana bırakmayıp devlete mal edebilmesine ilişkin bir farklılık söz konusudur. Ancak hükümden verilen şeyin mutlak surette devlete mal edilmeyeceği, hâkimin uygun gördüğü takdirde kazandırmanın yapıldığı kimseye de bırakılması konusunda yetkili olduğu anlaşılmaktadır. Bir görüşe göre⁸¹⁶, kanun koyucunun böyle bir hüküm öngörmesinde asıl olanın hukuka veya ahlaka aykırı bir amacı gerçekleştirmek üzere verilen şeyin

⁸¹² Başlık parasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II, başlık: “*TMK m.119/I Hükmü ve Evlenmeden Kaçınma İçin Kararlaştırılan Cayma Tazminatı ya da Ceza Şartı*”.

⁸¹³ **Özcan Büyüktanır/ Okyar Karaosmanoğlu**, s. 226 – 227.

⁸¹⁴ Kaçakçılık yapmak için bir kimse ile amaç paylaşılmadan bir taşımacılık sözleşmesi akdedilmiş, ancak taşımacı hukuka aykırı nitelik taşıyan bu faaliyeti anlayınca sözleşmeyi feshetmiştir. Bu durumda sözleşme akdedilirken amacın paylaşılmaması nedeniyle sözleşmenin geçersiz olmayacağı kabul edilmektedir. Bununla birlikte peşin ödeme yapılmışsa yapılan ödemenin henüz gerçekleşmemiş yükümlülükler açısından TBK m. 81 uyarınca iade istenemeyeceği düşünülmektedir. Bkz. **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 385.

⁸¹⁵ **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 382.

⁸¹⁶ **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 383.

devlete bırakılması olup, hâkimin ancak somut olayda açıkça hakkaniyet gereği davalıda kalması gerektiği durumlarda o şeyi devlete mal etmemesi gerektiği düşünülmektedir. Ancak yine aynı görüşe göre bu durumda bile dava konusu şeyin neden zenginleşene bırakıldığının gerekçede detaylı bir şekilde açıklanması gerekmektedir.

İfa maddi bir şeye ilişkin olduğunda, sebebe bağıllık ilkesi gereğince bu şeyin mülkiyetinin kaybedilmeyip geri verilmesine ilişkin talebin de istihkak davası ile ileri sürülebilip sürülemeyeceği meselesi tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu soruya olumlu yanıt verilmesi gerekirken, bir başka görüşe göre burada TBK m. 81 kıyasen uygulanmalıdır⁸¹⁷. Bu konuda hem TBK m. 81'in sadece sebepsiz zenginleşmeye ilişkin bir düzenleme olması hem de söz konusu önerinin aynı hakların mutlak hak olma niteliğiyle bağdaşmaması dolayısıyla böyle bir kıyasın yapılamaması gerektiği de savunulmaktadır⁸¹⁸. İstihkak davası ile talebin ileri sürülebileceğini kabul eden görüş, bu davanın para edimi dışındaki edimler açısından söz konusu olacağını; para edimleri açısından misli şey niteliğini haiz olmaları ve karşı tarafın parasıyla karışacağı gerekçesiyle kazanımın gerçekleşeceğini bu sebeple de para edimleri açısından TBK m. 81'in uygulama alanı bulacağını kabul etmektedir⁸¹⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 81. maddesi uyarınca hukuka ve ahlaka aykırı bir netice elde edebilmek için verilenin iade istenememesinin şartları kısaca şu şekilde belirlenebilmektedir⁸²⁰; ilk olarak verilen şey mukabilinde gerçekleştirilmesi istenen netice hukuka veya ahlaka aykırılık teşkil etmelidir. Hukuka aykırı sonucun gerçekleştirilmiş olması ya da gerçekleştirilmemesi arasında bir fark gözetilmemektedir. Ahlaka aykırılığın ölçütü ise, verilen şeyin o yer ve zamanda yaşayan; dürüst, makul ve

⁸¹⁷ **Eren**, BHGH, s. 1022; **Eren**, Fikret/ **Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi: Cilt II, m. 49 - 82, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, M. 81, N. 6, s. 1887; **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 385; **von Tuhr/ Peter**, I.II, s. 521, dp. 37.

⁸¹⁸ **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 385 – 386.

⁸¹⁹ Tüketilen yahut yok edilen şeyler ya da iyiniyetli üçüncü kimselere devredilen şeyler açısından da aynı durumun geçerli olacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 1022; **Eren/ Dönmez**, Şerh II, M. 81, N. 6, s. 1887.

⁸²⁰ **Antalya**, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri – Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, s. 722; **Çağlayan Aksoy**, s. 140 vd.; **Eren**, BHGH, s. 1022 vd.

orta zekalı kimselerin anlayışına aykırılık teşkil etmesidir. Bir diğer şart ise hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun elde edilmesine ilişkin kişide buna ilişkin gerçek yahut muhtemel kastın olması gerekliliğidir. Söz konusu şeyi veren kimsenin kastı bulunmuyorsa yani o şeyin hukuka ya da ahlaka aykırı bir neticenin gerçekleştirilmesi amacıyla verildiğini bilmiyorsa, kısacası kişi iyiniyetliyse, yanılma sonucunda borç olmayan bir şeyi ödemiş olmakta ve bu sebeple de vermiş olduğu şeyi geri isteyebilmektedir. Son olarak TBK m. 81 hükmünde verilen şeyin geri istenemeyeceği ifade edildiğine göre kazandırmanın fiilen yerine getirilmiş, yani verme ediminin ifa edilmiş, başka bir deyişle tasarruf işleminin gerçekleştirilmiş olması gerektiği kabul edilmektedir. Hükmün lafzından borçlandırıcı işlemlerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Borçlandırıcı işlem ile hukuka yahut ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleştirilmesi amacıyla bir söz verilmiş olması durumunda ise bu işlemin TBK m. 27/I uyarınca kesin hükümsüz olacağı, bu sebeple de alacaklının borçludan edimin ifasını isteyemeyeceği, borçlunun ise ifadan geri durabileceği savunulmaktadır⁸²¹.

818 sayılı EBK'nın 65. maddesi (TBK m. 81) dikkate alındığında, hükmün iade borcunun doğmasına mı yoksa borçluyu ifaya zorlamaya mı engel olduğu konusu bazı farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Öğretide buna ilişkin yer alan görüşlerin ilkinde göre⁸²², söz konusu hüküm iktisap sebebi teşkil etmektedir. Bu sebeple iade borcu doğmayacağından davada bu durum hâkim tarafından dikkate alınarak iade talebi reddedilecek; böylece zenginleşen kendiliğinden iade etmişse, borç olmayan şeyi yanılarak verdiği ispat ederek (TBK m. 78) iade ettiğini geri isteyebilecektir. Bir diğer

⁸²¹ Hükmün tasarruf işlemlerinde uygulama alanı bulacağına ilişkin bkz. **Eren**, BHGH, s. 1023; **Schulin/ Vogt**, BSK OR I, Art. 66, N. 7, s. 538.

⁸²² EBK m. 65'in katı bir şekilde uygulanması ancak hukuka veya ahlaka aykırı amacı gerçekleştirmek için o şeyi verene karşı bir ceza olarak açıklanabilmektedir. Ancak bu hükmün uygulanmasını yumuşatmak adına TMK 2/II hükmüyle birlikte değerlendirilmesi ve somut olay bakımından haklı gösterdiği ölçüde uygulanması gerektiği düşünülmektedir. TMK 2/II iadeyi gerektirmiyorsa da eksik borçtan söz edilemez. Fakat buna rağmen iade edilmişse, geri istenememe eksik bir borcun ifasının yapılmasından değil, ancak sebepsiz zenginleşmenin şartlarının oluşmadığından ileri gelebilir. Böylece EBK 65'in uygulanmasında ne verenin ifa ne de alanın iade borcu açısından eksik borçtan bahsedilemez. Bkz. **Hatemi**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 603 vd.; **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 387.

görüŖe göre⁸²³ ise haklı bir neden olmaksızın zenginleşen için eksik borç niteliğinde bir iade borcunun varlığından bahsedilmelidir. Bu görüş kabul edildiği takdirde davada savunma yapılmış olmadıkça, hâkim iade talebini kendiliğinden reddedemeyecek ya da iadenin yapılmış olması durumunda iade yanılığıyla düşölmek suretiyle yapılmış olsa bile geri istenemeyecektir. EBK m. 65 hükmünün yürürlükte olduğu dönemde fazlaca taraftar toplayan bu görüş, TBK m. 81 hükmünde yer verilen hâkime dava konusu şeyin devlete bırakılmasına karar verebilme yetkisi nedeniyle desteklenmemeye başlanmıştır⁸²⁴. Başka bir deyişle TBK m. 81 hükmünün bir farklılık olarak açılan davada, davalı savunma yapmasa da hâkimin kendiliğinden hukuka veya ahlaka aykırılık teşkil eden dava konusu şeyin devlete bırakılmasına karar verebilmesi eksik borç görüşünden ayrılmaya neden olmuştur. Ancak yine de sebepsiz zenginleşen aldığı şeyi özgür iradesiyle iade etmişse, TBK m. 78 uyarınca yanılmış olduğunu ispat edebilse dahi iade ettiğini geri alamaması gerekmektedir⁸²⁵. *Ateş*'e göre⁸²⁶, TBK m. 81 hükmünün esas, cezalandırma amacı taşımakta, ancak eksik borçlarda böyle bir amaçtan bahsedilememektedir. Dolayısıyla cezalandırma amacı da eksik borç görüşünün desteklenemeyeceğine ilişkin bir neden oluşturmaktadır.

İsviçre Borçlar Kanunu Art. 66 OR hükmünde, TBK m. 81'den farklı olarak sadece, hukuka veya ahlaka aykırı bir amacın gerçekleşmesi amacıyla verilen şeylerin geri alınamayacağı düzenlenmiştir. Mehaz kanunda hâkime, dava konusu hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucu gerçekleştirmek için verilmiş olan şeyi devlete mal edebilme yetkisinin verilmediği görölmektedir. İsviçre hukuk öğretisinde bir görüşe göre gönüllü olarak yapılan geri vermenin bağışlama teşkil etmeyeceği, bunun bir eksik borcun ifası niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁸²⁷. Bir başka görüşe göre⁸²⁸, Art. 66 OR

⁸²³ Karş. **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 387; Karş. **Öz**, s. 22 vd.; **Reisoğlu**, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 282; Aksi görüşte bkz. **Hatemi**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, s. 603 vd.

⁸²⁴ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 95 – 96; **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 387.

⁸²⁵ **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 387.

⁸²⁶ **Ateş**, Genel Ahlaka Aykırılık, s. 326; Hükmün cezalandırma amacı taşıdığına ilişkin bkz. **Hahn**, HandK, Art. 66, N. 2, s. 459; **Schwenzer**, s. 422.

⁸²⁷ İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararında (BGE 1948 II 23) kanuna ya da ahlaka aykırı bir amaç sağlamak için verilen şeyin iadesi için dava hakkı tanımamış, aynı mahkeme sonradan verdiği bir kararda (BGE 1949 II 238) ise tediye bulunan kimsenin

hükmünden ifade edilen şekilde bir eksik borçtan söz edilebilmesi mümkün değildir. Zira buradaki eksiklik geri vermeye ilişkin hukuki bir borcun olmamasından ileri gelmektedir. Kanaatimizce de geri vermeye ilişkin hukuki bir borcun bulunmaması eksik borç görüşünü desteklemeye engel teşkil etmektedir. *Balmer*'e göre buna rağmen meydana gelebilecek adaletsiz sonuçlara engel olabilmek adına gönüllü olarak alınan geri verilmesini ahlaki bir yükümlülüğün yerine getirilmesi olarak değerlendirmek gerekmektedir⁸²⁹.

2.4.3. Sözleşme ile Eksik Borç Kararlaştırılabilmesi ve Centilmenlik Anlaşmaları

Tarafların sözleşme ile bir alacak hakkının dava ve cebrî icra konusu yapılamayacağını kararlaştırabilmeleri konusunda usul hukuku açısından öğretide görüş birliği bulunmamaktadır⁸³⁰. İrade özerkliği prensibinin bir alt ilkesi olan sözleşme özgürlüğünün Türk Borçlar Hukuku'na egemen olan esaslardan biri olduğu gerçeği dikkate alındığında, sözleşme ile borcun eksik borç niteliğinin taraflarca kararlaştırılabileceği düşünülebilmektedir⁸³¹. Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca, tarafların sorumluluğunu sınırlandıracak hatta sorumluluğu tamamen ortadan kaldıracak düzenlemeleri yapabilmeleri mümkündür⁸³². Zira böyle bir hâlde ortada sadece ifa edilebilmesi mümkün, ifa edildiğinde de geçerli, ancak edilmediğinde ise sorumluluk doğurmayacak bir borcun varlığından bahsedilecektir. Burada hukuk düzeni tarafından

hakkının tamamen sönmediğini ifade etmiştir. Bu nedenle mahkemenin eksik borç meydana getirme konusunda etkili olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. **Akyol**, s. 44 – 45 ve **Cansel/ Özel**, BHGH, s. 93 - 94; İsviçre Federal Mahkemesi'nin konuya ilişkin eksik borç yönündeki bazı kararları: ATF 75 II 297, ATF 84 II 179. Bkz. **Ateş**, Genel Ahlâka Aykırılık, s. 325, dp. 980; **Becker**, K SZO I, Art. 66, N. 10, s. 354; **Schulin/ Vogt**, BSK OR I, Art. 66, N. 7, s. 538; **Schwander**, Art. 66, N. 1, s. 251; Karş. **Esswein**, s. 69 vd.; Karş. **Klingmüller**, s. 247.

⁸²⁸ **Balmer**, s. 206.

⁸²⁹ **Balmer**, s. 206.

⁸³⁰ **Akyol**, s. 45; **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 83; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 38.

⁸³¹ **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 83; **Bucher**, SOR AT, s. 69; Taraflar yaptıkları bir anlaşma ile alacak hakkının elde edilmesinde devlet korumasından yararlanılamayacağını kararlaştırmakta özgür olmalıdır. Bkz. **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 38.

⁸³² **Eren**, BHGH, s. 96; **Güven**, s. 46.

tam bir borç olarak nitelendirilebilecek bir borcun sözleşme ile eksik borç olarak kararlaştırılması söz konusudur. İşte cevaplanması gereken soru aslında irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin taraflara mutlak ve sınırsız bir yetki tanıyıp tanımadığıdır. Belirtmek gerekir ki bu özgürlük sınırsız değildir. Hukuk düzeni tarafından belirlenmiş sınırlarda, başka bir ifadeyle o çerçevede ve çerçevenin dışına çıkılmadığı müddetçe bu özgürlükten söz edilebilmektedir.

Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesi "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.*" Şeklinde dir. Bunun yanı sıra emredici bir hüküm olan TMK m. 23/II'de ise "*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.*" Düzenlemesi yer almaktadır. İlgili hükümde kişilerin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ya da onları hukuka yahut ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı ifade edilmektedir⁸³³. Bir görüşe göre⁸³⁴, dava ile talep ya da cibrî icra ile takip haklarının devlet nezdinde korunan ve kamu düzenine ilişkin hukuki yollar olması dolayısıyla kamu düzenine aykırılık teşkil edece şekilde, sözleşme özgürlüğü kapsamında bu haklardan mahrum bırakılarak eksik borç oluşturabilmek mümkün olmamalı, yapılmış olan bir sözleşme ise TBK m. 27 gereğince geçersiz kabul edilmelidir. Ayrıca her ne kadar hüküm kesinleşinceye kadar davacının davasından feragat edebilmesi mümkün olsa da (HMK m. 310) böyle bir hâlde usul hukukunun konusunu oluşturan davadan feragat değil, haktan feragat söz konusudur. Henüz doğmamış bir haktan önceden vazgeçme ise TMK m. 23 hükmü uyarınca mümkün değildir⁸³⁵.

⁸³³ İrade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin TMK m. 23 ile TBK m. 19 bakımından değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, Derya: "İrade Özerkliği Kapsamında MK. 23/II Hükmü ve Karar Özgürlüğü", Ankara Barosu Dergisi, C. 65, S. 2, Y. Bahar 2007, s. 136 vd.

⁸³⁴ Güven, s. 47; İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki bazı kararları: BGE III 81, BGE 71 III 29. Bkz. Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah: Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyetini Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 200 - 201.

⁸³⁵ Güven, s. 47.

Kanaatimizce irade özerkliği kapsamında sözleşme özgürlüğünün iki boyutu vardır. Bunlar; sözleşmenin içeriğine, tipine, karşı tarafın belirlenebilmesine, kurulmasına ya da sona erdirilmesine karar vermeye ve doğrudan sorumluluğun sınırlarını belirlemeye ilişkindir. Bu kapsamda sorumluluğun sınırlandırılması ya da kaldırılması ise eksik borçlar açısından alacaklının, zayıf bir alacak hakkına sahip olmaya razı olduğu, borçlunun ise sorumluluk doğurmaya bir borcu üstlenmeyi kabul ettiği bir durumu ortaya koyar. Bu şekilde taraflar, aralarındaki somut hukuki mesele açısından sorumluluk rejiminden kaçınmanın alternatif bir yolunu tercih etmeyi uygun bulmuşlardır. Taraflar karşılıklı olarak bir eksik borç oluşturduğunda borcun içeriğinde hiçbir değişiklik meydana gelmemektedir. Borçlu borcunu ifa etmemeyi tercih ettiğinde alacaklının borçlunun malvarlığına erişim hakkı ortadan kaldırılmış olacaktır ki bu sonuç hâlihazırda alacaklının da iradesine aykırı değildir. Bu sebeplerle taraflar, sözleşme ile her iki tarafın da iradesine uygun olarak alacağı dava ile talep ya da cebri icra ile takip imkânından yoksun kılabilirdir⁸³⁶.

Sözleşme ile kararlaştırılan eksik borç ile ibra sözleşmesinin arasındaki en temel fark, ilkinde alacağın varlığını devam ettiriyor olmasıdır⁸³⁷. Dolayısıyla borç sözleşmenin varlığına rağmen ifa edildiğinde, borçlu mevcut borcunu ifa etmiş olmaktadır⁸³⁸.

Sözleşmeyle borcun bir eksik borç teşkil edeceği kararlaştırılmışsa söz konusu borcun, başlangıçtan itibaren/ doğuştan mı yoksa, sonradan eksik borç niteliğinde olacağına ilişkin öğretide fazla görüş belirtilmemiştir. Bir görüşe göre⁸³⁹, eksik borç niteliği borç

⁸³⁶ Aynı yönde bkz. **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 83; **Bucher**, SOR AT, s. 69; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 107 vd.; Karş. **Engel**, s. 45 – 46; **Eren**, BHGH, s. 96; **Guhl/ Koller**, s. 17; **Schulze**, s. 502 vd.; **Vogt/ Vogt**, BSK OR I, Art. 239, N. 32, s. 1469; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 38; Kanun tarafından eksik borç olarak nitelendirilmeyen bir borcun sözleşme ile eksik borç hâline getirilmesinin mümkün olamayacağı, ayrıca konunun tahkim yolu ile benzerlik göstermesinden yola çıkarak da bu sonuca ulaşılamayacağı, zira tahkim şartı ile dava hakkından vazgeçilmesinin alacağın dava ve takip edilememe özelliğine engel olmayacağına ilişkin bkz. **Güven**, s. 47.

⁸³⁷ *von Tuhr/ Escher*'e göre bugünkü hukukta alacaklının alacağını ileri sürmeyeceği veya dava edemeyeceği vaadi ibradan farksızdır. Bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 177; Aksi yönde bkz. **Gümüş**, İbra Sözleşmesi, s. 51.

⁸³⁸ **Becker**, K SZO I, Art. 115, N. 8, s. 602; **Gümüş**, İbra Sözleşmesi, s. 51.

⁸³⁹ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 109.

doğduktan sonra tanınmışsa, sonradan eksik borç teşkil edecek; borcu meydana getiren sözleşme ile dava ve takip hakkı bertaraf edilmişse de doğuştan eksik borç söz konusu olacaktır. Bir başka görüşe göre⁸⁴⁰, ise sözleşme ile kararlaştırılan eksik borçları, bu sınıflandırmaya dahil edebilmek güçtür. Zira bu niteliğin sadece geçici olarak atfedilebilmesi dahi mümkündür. Bununla birlikte taraflar bu sözleşmeyi her an yapabilmekte özgürdür. Sözleşme ile talep edilebilirliğin bertaraf edilmesi, borçluya bir defi hakkı verdiğinden, bu durum söz konusu borçları sonradan eksik borçlara yaklaştırmaktadır⁸⁴¹. Borçlunun sahip olduğu defi hakkını kendisine karşı açılmış bir dava ya başlatılmış icra takibinde kullanması, davanın ya da takibin reddedilmesi sonucunu doğuracaktır⁸⁴².

Sözleşme ile eksik borç kararlaştırılmasıyla benzer hukuki işlemleri birbirinden ayırmak gerekir. Bu anlamda öncelikle sulh sözleşmesi ile tam bir borcun eksik borca dönüştürülmesini konu edinen sözleşmeyi karşılaştırmak yerinde olacaktır. Tarafların bir hukuki ilişkiye dair aralarında çıkan uyuşmazlığı yahut belirsizliği gidermek amacıyla karşılıklı tavizler vermek suretiyle yaptıkları sözleşme, sulh sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır⁸⁴³. Sulh sözleşmesi neticesinde taraflar arasındaki uyuşmazlık bizzat

⁸⁴⁰ Yazar, bu nitelikteki borçların özelliği gereği ifade edilen sınıflandırmalara entegre edilmesinin başarısız olacağını ifade etmektedir. Bkz. **Balmer**, s. 209.

⁸⁴¹ Borçlunun sahip olduğu defi hakkına ilişkin bkz. **Balmer**, s. 209; **Bucher**, SOR AT, s. 400.

⁸⁴² *Buz*'a göre borçluya tanınacak bir defi hakkı kanun koyucu tarafından öngörülen zamanaşımı definden farklı olmayacağından, borçlunun bu hakka sahip olması kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir. Ayrıca tarafların sözleşmeyle kararlaştırdıkları eksik borcun kanun koyucu tarafından korunmaya değer görülmemen kumar ve bahis ya da evlenme simsarlığından doğan borçlar gibi bir borç olmaması gerekir. Zira bu hâlde borçlunun sahip olabileceği bir defi hakkından bahsedilemeyecek, hâkimin bu durumu kendiliğinden gözetmesi gerekecektir. Başka bir deyişle bu nitelikteki borçlar açısından defi değil, itiraz söz konusu olduğundan tarafların sözleşme ile benzer bir borcu eksik borç olarak kararlaştıramaması gerektiği düşünülmektedir. Bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 108 – 109.

⁸⁴³ **Eren**, BHÖH, s. 1008; **Guhl/ Koller**, s. 300; **Honsell**, SOR BT, s. 470; **Karauz**, Agah Kürşat: “Sulh Sözleşmesi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Y. Aralık 2011, s. 169 – 170; Türk ve İsviçre hukuklarında sulh sözleşmesi için kanuni bir düzenleme öngörülmemişken, Alman Medeni Kanunu sulh sözleşmesinin tanımını ve özel geçersizlik hâlini öngören bir sebebi tek bir maddede düzenlemiştir. Bkz. **Hızır Arsav**, Fatma: “Sulh Sözleşmesinin Konusunun Sınırları”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, Y. 2018, s. 13 – 14; **Habersack**, MünchenerK, § 779, s. 1050 vd.; **Sprau**, Beck'sche KuKo, § 779, s. 1317 vd.

kendilerince çözüme kavuşturulduğu için sözleşmenin memnuniyet sağlayıcı bir amacının olduğu söylenebilmektedir.

Sulh sözleşmesi, mahkeme içinde yahut mahkeme dışında yapılabilmekte; mahkeme içinde yapılırsa kazai sulh, mahkeme dışında yapılırsa iradi sulh söz konusu olmaktadır⁸⁴⁴. Kazai sulhte genelde, davacının talep sonucunun bir kısmından feragat etmesi, davalının ise kalan kısmı kabul etmesi suretiyle sözleşme kurulmaktadır⁸⁴⁵. Bu işlem bir usul hukuku sözleşmesi olduğu için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na; iradi sulh ise tarafların mahkeme dışında akdettiği maddi hukuk sözleşmesi olduğundan Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine tabidir⁸⁴⁶. Sulhte tarafların birbiri lehine fedakârlıkta bulunması veya karşılıklı olarak ödün vermesi söz konusudur. Bunun yanı sıra her iki tür sulhte de esas amaç borcun sona erdirilmesi, başka bir deyişle borçlunun borcundan kurtulmasını sağlamaktır⁸⁴⁷. Oysa sözleşme ile eksik borç meydana getirmede amaç borcun sona erdirilmesi değil, zayıf bir alacak hakkı oluşturmaktır. Ayrıca *Güven*'e göre sulh açılan davayı sonlandırmak üzere yapılırken; eksik borç meydana getiren sözleşme, borcun ifası aşamasına gelinmeden yapılmalıdır⁸⁴⁸.

Sözleşme ile eksik borç meydana getirilmesinin dava dosyasının işlemde kaldırılması ile benzerlik taşıdığı da düşünülebilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 150/I'e göre "*Usulüne uygun şekilde davet edilmiş olan taraflar, duruşmaya gelmedikleri veya gelip de davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri takdirde dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir.*" Dava dosyasının işlemde kaldırılması, tarafların usulüne

⁸⁴⁴ Sulhun hukuki niteliğine ilişkin bkz. **Akil**, Cenk: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 4, Y. 2012, s. 3 vd.; **Eren**, BHÖH, s. 1013; **Karauz**, s. 170.

⁸⁴⁵ 6100 sayılı Hukuku Muhakemeleri Kanunu m. 154 uyarınca mahkeme içi sulhun geçerli olabilmesi bunun mahkeme tarafından tutanağa geçirilmesi ve taraflarca imzalanmış olmasına bağlıdır. Bkz. **Kuru**, Baki/ **Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder: Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 513 vd.

⁸⁴⁶ **Eren**, BHÖH, s. 1014; **Guhl/ Koller**, s. 330; **Kılınç**, Ayşe: "Mahkeme Dışında Yapılan Sulh ve Yargılamaya Etkisi", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S. 2, Y. 2019, s. 511.

⁸⁴⁷ **Karauz**, s. 171.

⁸⁴⁸ Ayrıca *Güven* borcun dava ve takip edilebilme özelliğinin ortadan kaldırılabilmesi için mahkeme kararına da gerek bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Güven**, s. 48.

uygun olarak yapılmış bir davete rağmen duruşmaya gelmemiş yahut gelmiş olmalarına rağmen davayı takip etmeyeceklerini bildirmeleri hâlinde söz konusu olabilecek bir işlemdir⁸⁴⁹. Tek tarafın duruşmaya gelmemesi hâlinde ise gelen tarafın talepte bulunmasıyla dosyanın işlemten kaldırılması mümkündür (HMK m. 150/II). HMK m. 150/V - VI'da işlemten kaldırıldığı tarihten itibaren üç aylık bir süre zarfında yenilenmeyen davaların, sürenin dolduğu gün itibariyle açılmamış sayılacağı ve mahkeme tarafından kendiliğinden karar verilmek suretiyle kaydın kapatılacağı ifade edilmektedir. İşlemden kaldırılmasına karar verilmiş ve sonrasında yenilenmiş bir davanın ilk yenileme sonrasında bir defadan fazla takipsiz bırakılamayacağı, aksi hâlde davanın açılmamış sayılacağı ise HMK m. 150/VI'da hüküm altına alınmıştır.

Sözleşme ile meydana getirilmiş bir eksik borç için artık alacaklının dava yolu ile talep ile cibrî icra ile takip vasıtaları ile alacağını elde etmesi olanaksız hâle gelmektedir. Dava açıldığında sözleşme ile kararlaştırılmış olan eksik borca ait defî ileri sürülmelidir; aksi takdirde mahkeme, alacaklının talebine uygun bir hüküm kurabilecektir. Eksik borç definin ileri sürülmesi, borçlunun borcunu ifa etmekten kaçınmasını sağlayacaktır. Bu durumda dosyanın işlemten kaldırılması ve yenilenmemiş olması hâlinde davanın açılmamış sayılması söz konusu değildir⁸⁵⁰. Zira burada dikkat edilmesi gereken husus, dosya işlemten kaldırılmış olsa da davanın yenilenmesi mümkündür. Bununla birlikte davanın açılmamış sayılması borcun yine dava yoluyla talep edilebilirliğine engel olmamakta, yeniden harç ödenmek suretiyle dava tekrar açılabilir⁸⁵¹.

Sorumsuzluk anlaşmaları ve taraflarca eksik borç meydana getirme konusuna değinmek de yerinde olacaktır. Alacaklı ile borçlunun kendi aralarında alacağın talep edilemeyeceğine ilişkin yaptıkları anlaşma neticesinde borç sona ermemekte, alacak hakkı da ortadan kalkmamaktadır. Sorumsuzluk anlaşmalarında farklı bir durum söz

⁸⁴⁹ Dava dosyasının işlemten kaldırılması için tarafların iznine gerek bulunmamaktadır. Bkz. **Özmumcu**, Seda: “Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 70, S. 2, Y. 2012, s. 193.

⁸⁵⁰ **Güven**, s. 48.

⁸⁵¹ **Güven**, s. 48; Davanın açılmamış sayılmasına ilişkin olarak mahkemelerin verdiği kararlar şekli anlamda kesin hüküm oluştursalar da maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediklerinden aynı davanın yeniden açılması mümkündür. Bkz. **Özmumcu**, s. 201.

konusudur. Zira sorumsuzluk anlaşmalarında henüz doğmamış ancak doğması muhtemel bir alacak hakkından bahsedilir; fakat bu alacak hakkının sorumsuzluk anlaşması dolayısıyla hiç doğamayacağı kabul edilmektedir⁸⁵². Doğma ihtimali söz konusu olan alacağın kapsamının bilinmemesi dolayısıyla sorumsuzluk anlaşmaları kanun koyucu tarafından sınırlandırılmıştır⁸⁵³. Bununla birlikte sorumsuzluk anlaşması yapıldığında bu durum itiraz teşkil ettiğinden hâkim tarafından resen dikkate alınmalıdır⁸⁵⁴.

Tarafların, alacak hakkı açısından, uyuşmazlık hâlinde tahkim yoluna başvuracaklarını kararlaştırabilmeleri mümkündür. Tahkim, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Tahkim ile taraflar kendi aralarındaki mevcut ya da muhtemel uyuşmazlığın giderilmesi konusunda hakemleri yetkili kılmaktadır. Bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, tarafların hakeme başvurmuş olmaları hâlinde bu onların devletin yetkili organlarına başvurabilme haklarından vazgeçtiği anlamına gelmemektedir⁸⁵⁵. Hakem kararları bağlayıcı nitelikte olmakla birlikte ifa edilmediği takdirde kararın gereğinin cebrî icra yolu ile yerine getirilmesi söz konusu olmaktadır. Bu durumda başvurulacak cebrî icra

⁸⁵² **Başalp**, Nilgün: Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 74; İfade etmek gerekir ki bazı sözleşme klotlarının birer sorumsuzluk anlaşması olarak kabul görmesi mümkündür; örneğin ifanın gerçekleşmemesi hâlinde davanın açılmayacağı ve tazminat talep edilemeyeceğinin kararlaştırılmasında durum bu şekildedir. Alacaklının hukuki durumunu zayıflatmaya yönelik bu tür anlaşmalar “*geniş anlamda sorumsuzluk anlaşmaları*” olarak nitelendirilmektedir. Yargıtay bir kararında (11. HD. 22.12.1995, E. 1995/8312, K. 1995/9482) konuya ilişkin şu ifadelere yer vermiştir: “*Anılan sözleşme maddesi aynen; "Çekimin veya yayının veya her ikisinin herhangi bir sebeple gerçekleşmemesi halinde Miss Tourism International Güzellik Yarışması Organizasyonu Komitesi, kurum (...) aleyhine dava açamayacağı gibi herhangi bir tazminat talebinde de bulunamaz" hükmünü içermektedir. Bu hükümden maksadın, davalı... Kurumu tarafından herhangi bir sebeple yayının gerçekleştirilmemesi halinde kendisine hiçbir sorumluluk düşmeyeceğini sağlamak olduğu açık bulunmaktadır. O hâlde, bu hükmün hukuki niteliği itibarıyla bir sorumsuzluk anlaşması amaçlı olarak sözleşmeye konulmuş bulunduğu açıktır.*” Bkz. **Başalp**, s. 12 – 13, dp. 29.

⁸⁵³ **Başalp**, s. 74 vd.

⁸⁵⁴ **Başalp**, s. 74 vd.

⁸⁵⁵ **Kaplan**, s. 55.

yolu ise hakem kararlarının yargısal niteliğini haiz kararlar olması dolayısıyla ilamlı icradır⁸⁵⁶.

Tarafların sözleşme ile bir eksik borç meydana getirmelerinin mümkün olup olmadığına ilişkin yapılan tartışmalar, centilmenlik anlaşmaları (centilmen anlaşmaları) konusunda da değerlendirme yapılmasını gerekli kılmıştır. Centilmenlik anlaşmaları, tarafların ahlaki olarak borç altına girdikleri, karşılıklı şeref sözüne dayanan, hukuki yükümlülük barındırmayan, dolayısıyla hukuki sonuç doğurmayan anlaşmalar olarak tanımlanmaktadır⁸⁵⁷. Bu anlaşmaların sözleşmenin kurulması için aranan esaslı unsurlara sahip olması gerekmekte; sözleşmeden farklılığı ise hukuki bağlayıcılığı konusunda kendisini göstermektedir⁸⁵⁸. Birbirinden ayırt etmek güç olsa da centilmenlik anlaşmalarının hukuki anlamda borç doğurmadığı ileri sürülmektedir⁸⁵⁹. Öğretide centilmenlik anlaşmalarından ahlaki bir yükümlülüğün doğduğu kabul edilmektedir⁸⁶⁰.

Eksik borçlarda alacak hakkı sahibinin hakkını dava yolu ile talep ve cebrî icra ile takip imkânına sahip olmaması, centilmenlik anlaşmalarından eksik borç doğup doğmayacağı

⁸⁵⁶ **Buluttekin**, Derya: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Tahkimin Değerlendirilmesi (HMK m. 407 – 444)”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 47, Y. 2022, s. 255 – 256; **Selçuk**, Seyhan: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 140, Y. 2019, s. 116.

⁸⁵⁷ **İkizler**, Metin: “Centilmenlik Anlaşmaları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı - 2017, s. 418 - 420; İronik biçimde yapılan bir tanıma göre centilmenlik anlaşmaları, centilmen olmayan taraflar arasında her bir tarafın, diğerlerinin katı bir şekilde anlaşmaya uymasını istediği ancak kendisinin ise hiçbir şekilde bağlı olmak istemediği ya da bağlı olmayacağı hususu üzerinde yapılmış anlaşma olmayan bir anlaşmadır. Bkz. **Bernstein**, Herbert/ **Zekoll**, Joachim: “The Gentleman’s Agreement in Legal Theory and in Modern Practice”, American Journal of Comparative Law Supplement, 46, 1998, s. 88, (HeinOnline, SET.: 08.07.2022).

⁸⁵⁸ **Allen**, David: “The Gentleman’s Agreement in Legal Theory and in Modern Practice”, Anglo - American Law Review, Vol. 29, No. 2, April – June 2000, s. 204, (HeinOnline, SET.: 08.07.2022); Hukuki sonuç iradesi taşıması istenmese de hukuk alanının ilgilendirdiği anlaşmalar centilmenlik anlaşmalarının konusunu oluşturmaktadır. Bkz. **İkizler**, s. 419 - 420.

⁸⁵⁹ **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 46, dp. 148; **Reuss**, Karl Friedrich: “Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentelmen – Agreements”, Archiv für die civilistische Praxis, 154. Band, 6, 1955, s. 489.

⁸⁶⁰ **Ayrancı**, Hasan: Ön Sözleşme, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 94 – 95; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 111 – 112; **Reuss**, s. 489.

sorusunu akıllara getirmektedir. Öğretideki bir görüşe göre⁸⁶¹, bu anlaşmalardan eksik borç meydana gelebilmesi söz konusu olamaz. Zira eksik borçlar hukukîen mevcut ve geçerli borçlardır. Oysa centilmenlik anlaşması yapan tarafların hukukî bir borç oluşturmaya yönelik istekleri bulunmamaktadır. Bu nedenle centilmenlik anlaşmasından doğan borçlar hukukî borç ve buna bağlı olarak da eksik borç teşkil etmemekte, bunlar ahlakî görev olarak nitelendirilmektedir⁸⁶². *Schulze* ise centilmenlik anlaşmalarından eksik bir borcun meydana gelebileceğini, bunun tespitinin yorum yoluyla yapılması gerektiğini ifade etmektedir⁸⁶³. Bunu destekleyerek ilave yapan bir görüşe göre⁸⁶⁴ ise hukukîen bağlanma iradeleri olup da taraflar hukukî yollara başvurma imkânından vazgeçtiklerinde bu anlaşmalardan meydana gelen borçlar eksik borç teşkil etse de bu iradeden söz edilemediği takdirde ahlakî ödev söz konusu olmaktadır.

Kanaatimizce eğer ki taraflar hukukî bağlayıcılık olmaksızın bir anlaşma yapmak istiyorlarsa, hukukî bir borcun doğmaması gerektiği görüşüne katılmak isabetli olacaktır. Bu hâlde de yükümlülüğün bir ahlakî yükümlülük teşkil edeceğini kabul etmek gerekecektir. Ancak yorum yoluyla centilmenlik anlaşmasından tarafların hukukî anlamda bağlanmak istedikleri anlaşılıyorsa ve taraflar uyuşmazlık söz konusu olduğunda bu uyuşmazlığa ilişkin devletin yaptırım imkânlarını ortadan kaldırmışsalar işte o durumda benimsediğimiz sözleşmeden eksik borç meydana getirilebileceği

⁸⁶¹ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 119; **İkizler**, s. 426; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 46, dp. 148.

⁸⁶² **Buz**, Eksik Borçlar, s. 119; Kuzey Amerika'da karbonize edilmiş doku tedarikine ilişkin faaliyet gösteren bir Amerikan ve bir İngiliz şirketi, 1913 yılında aynı faaliyeti gerçekleştiren bir başka İngiliz şirket ile üç yıllığına faaliyeti birlikte yürütmek için bir anlaşma yapmıştır. Yapılan anlaşmada, anlaşmanın hukukî nitelikten yoksun olduğunu, uyuşmazlık söz konusu olsa bile Amerikan ve İngiliz mahkemelerinde bunun ileri sürülemeyeceğini, faaliyetlerinin amacını, yürütmenin ne şekilde gerçekleştirileceğini ve niyetlerini belirlemişlerdir. Anlaşmanın dikkat çeken noktalarından biri ise tarafların faaliyetlerini dostane şekilde, iş birliği içerisinde bulunarak, karşılıklı güven esaslarından ödün vermeksizin, onurluca yürüteceklerine dair bir birbirlerine taahhütte bulunmuş olmalarıdır. Bkz. **Allen**, s. 205; **Bernstein/ Zekoll**, s. 88.

⁸⁶³ **Schulze**, s. 561.

⁸⁶⁴ Benzer nitelikte bir değerlendirme için bkz. **Herzog**, Nicholas R.: Der Vorvertrag im Schweizerischen und Deutschen Schuldrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag AG., Zürich, 1999, s. 90 – 91; **İşintan**, Pelin: Sözleşme Müzakereleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 119 ve orada adı geçen yazarlar; “*Tarafların dava açma haklarını kaldırdıkları hukukî yükümlülükler*” ifadesi için Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 111 vd.

düşüncesiyle de paralel olarak centilmenlik anlaşmasından da eksik borç doğacağı görüşüne katılmak gerekecektir⁸⁶⁵.

Sözleşmeyle eksik borç meydana getirilmesi konusunda öğretide ileri sürülen farklı örneklerle rastlayabilmek mümkündür. Bu hususta muacceliyet anının borçlu tarafından belirlendiği durumlar üzerinde durulmaktadır⁸⁶⁶. Borçlu, muacceliyet ihbarında bulunmadığı müddetçe alacaklının edimin ifasını talep edebilmesi mümkün olmayacak, diğer bir deyişle ifa zamanı borçlunun inisiyatifinde olacaktır⁸⁶⁷. Bu hâlde alacaklı ifayı talep edememesine rağmen borçlu ifada bulunmuşsa ifa geçerli olacak ve geri istenebilmesi ise mümkün olmayacaktır⁸⁶⁸. Ancak bu konuda farklı bir değerlendirme yapılabilmesi de mümkündür. Nitekim öğretide Alman Medeni Kanunu BGB § 315 hükmüne işaret edilerek takdirin hakkaniyete uygun biçimde yapılacağı, hakkaniyete aykırılık ya da gecikme söz konusu olduğunda ise belirlemeyi bizzat hâkimin takdir yetkisine dayanarak yapacağı ileri sürülmektedir⁸⁶⁹. Bu görüşün İsviçre hukukunda bazı yazarlar tarafından da benimsendiği görülmektedir⁸⁷⁰. Türk hukukunda ise eğer sözleşmede borçlunun dilediği bir zamanda ifa edebileceği kararlaştırılmışsa eksik borçtan; buna karşın ifanın uygun bir zamanda ya da ilk fırsatta yerine getirilmesi kararlaştırılmışsa hakkaniyete göre belirlenmesi gereken bir vadeden bahsedilebileceği kabul edilmektedir⁸⁷¹.

⁸⁶⁵ Aynı yönde bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 120 – 121.

⁸⁶⁶ **Işıtan**, s. 118; *von Tuhr* ve *Peter* konuya ilişkin olarak karz sözleşmesinde alacaklının ihbar hakkına sahip olmadığı durumları örnek olarak vermektedir. Bkz. **Akyol**, s. 45; **Işıtan**, s. 118; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 38 - 39.

⁸⁶⁷ **Işıtan**, s. 118.

⁸⁶⁸ **Işıtan**, s. 118.

⁸⁶⁹ **Kizir**, Mahmut: Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 64.

⁸⁷⁰ **von Tuhr/ Escher**, s. 46 – 47.

⁸⁷¹ **Kizir**, s. 64; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 342; İfanın uygun bir zamanda ya da ilk fırsatta yapılacağının kararlaştırılmış olması durumunda ifanın yapılacağı mutlaktır ve eksik borçtan bahsedilmesi mümkün değildir. Bkz. **Zengin Özküçükparlak**, Burcu: Alacaklı Temerrüdü ve Satım Sözleşmesi Açısından Sonuçları, On İki LevhaYayıncılık, İstanbul, 2021, s. 217, dp. 255.

2.4.4. TMK m. 122 ve Manevi Nitelikteki Hediyein İadesi

Nişanlılığın evlenme dışındaki bir nedenle sona ermesi durumunda gündeme gelecek hukuki sonuçlardan birisi de verilen hediyein iade edilmesidir. Türk Medeni Kanunu m. 122/I’de hediyein iadesine ilişkin, “*Nişanlılık evlenme dışındaki bir sebeple sona ererse, nişanlıların birbirlerine veya ana ve babanın ya da onlar gibi davrananların, diğer nişanlıya vermiş oldukları alışılmışın dışındaki hediyeler, verenler tarafından geri istenebilir*” hükmü yer almaktadır. Hükme göre nişanlılık, evlenme dışındaki hangi sebeple sona ererse ersin hediyein iadesi talep edilebilmektedir. Hediyein iadesini söz konusu TMK m. 122’ye göre talep edebilecek kimseler; nişanlılar, ana – baba yahut onlar gibi davranan kimselerdir. Talepte bulunmaya hakkı olanın diğer nişanlıya vermiş olduğu alışılmışın dışındaki hediyeler bu hüküm kapsamında iadenin konusunu oluşturmaktadır. Bir görüşe göre hükümde ifade edilmeyen kimselerin, nişanlanma dolayısıyla verdikleri hediyein iadesini ise bu hüküm kapsamında olmasa da Türk Borçlar Kanunu’nun sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümleri kapsamında talep edebilecekleri kabul edilmektedir⁸⁷². Güven, TMK m. 122’nin ters yorumundan nişanlılar, ana-babaları yahut onlar gibi davranmayan üçüncü kimselerin verdikleri hediyein ve alışılmış hediyein iadeye tabi olmadığı ve dava yoluyla istenemeyeceği görüşüne sahiptir⁸⁷³. Yazara göre bu kimselerin örf adet gereği taktıkları takılar, aldıkları ev hediyesi iadeye tabi değildir. Aynı görüşe göre, nişanlı, ana-baba yahut onlar gibi davrananlar tarafından ısmarlanan yemek, alınmış olunan sinema, konser biletleri ya da kitap gibi hediyeler alışılmış hediye kapsamında ahlaki bir borcun yerine getirilmesi niteliğinde, eksik borcun ifası olarak kabul görülmelidir⁸⁷⁴. Bu çalışmada benimsediğimiz anlayış gereğince ahlaki yükümlülükleri eksik borç olarak nitelendirmediğimizden bu görüşe katılmak mümkün olmayacaktır.

Öğretide maddi değeri olmamakla birlikte nişanlılar için manevi değeri olan eşyaların da bu anlamda hediye niteliği taşıdığı ve iadenin konusunu oluşturacağı yönünde

⁸⁷² Akıntürk/ Ateş, s. 47 – 48; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 44 – 45; Bağışlama hakkında bkz. Hatemi, Aile Hukuku, s. 23.

⁸⁷³ Güven, s. 49.

⁸⁷⁴ Güven, s. 49.

değerlendirmeler yapılırken; başka bir görüşün taraftarları ise TMK m. 122 hükmünde ifade edilen hediye kapsamına sadece maddi değeri bulunan hediyelerin girdiğini dolayısıyla manevi nitelikteki hediyelerin bu hüküm uyarınca dava yolu ile istenemeyeceğini savunmaktadır⁸⁷⁵. Bir diğer görüş⁸⁷⁶ ise kişilik hakları bağlamında bir değerlendirme yaparak manevi değer taşıyan eşyanın iade edilmesi konusunu ele almıştır. Buna göre söz konusu eşyanın iadesi kişilik hakkının korunması bakımından önemlidir. Böylece bu nitelikteki eşyanın iadesi nişan hukuku hükümlerince değil, kişilik hakkının korumasına ilişkin hükümlere dayandırılarak yapılmalıdır.

Manevi nitelikteki hediyelere örnek olarak; yazılmış bir mektup, nişanlının kendisine ait bir fotoğraf, kendi parfümünün sıkılı olduğu bir kumaş mendil örnek olarak verilebilmektedir. Buna göre nişanlılığın evlenme dışındaki bir nedenle sona ermesinden sonra nişanlılarda kalan manevi değer taşıyan hediyelerin iadesi hediye veren nişanlının kişilik hakkını ihlal edebilecek nitelikteyse; bu kimse, kişilik haklarını koruyan hükümlere başvurabilecektir⁸⁷⁷. Diğer ihtimalde; yani başka bir deyişle manevi değeri olan hediyelerin nişanlılık evlenme dışındaki herhangi bir nedenle sona ermesine rağmen diğer nişanlıda kalması, kişilik hakkı nezdinde bir ihlal yaratmayacak ise geri verilmesi istenemeyecektir. Bu anlamda nişanın evlilik dışında bir nedenle sona ermesi durumunda diğer nişanlıda kalarak kişilik haklarını ihlal edebilecek ve dolayısıyla geri istenebilecek hediyelere fotoğraf, mektup örnek olarak verilebilmekte; el işi de olsa bere ya da şal veya kurutulmuş çiçeklerden yapılma dekoratif bir eşya kişilik haklarını

⁸⁷⁵ Nişanlanmanın evlenme dışındaki bir sebeple sona ermesi durumunda, her türlü hediyein iadesi istenememekte, istenebilecek olanlar ekonomik değeri haiz alışılmışın dışındaki hediyelerdir. Bkz. **Erdem**, Mehmet: Aile Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 42; **Güven**, s. 49, dp. 28 - 29; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 30; **Zeytin Çağrı**, Gözde: “Nişanlılığın Sona Ermesinin Hukuki Sonuçlarından Hediyelerin Geri Verilmesi”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, Y. Temmuz 2022, s. 84.

⁸⁷⁶ **Koç**, s. 158; **Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Jungo**, s. 180.

⁸⁷⁷ **Doğan**, Murat: “Nişanlanmanın Sona Ermesi Halinde Hediyelerin Geri Verilmesi”, A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Y. 1998, s. 206; Bu durumda kişilik haklarına potansiyel saldırı ihtimalinin oluşacağı ve TMK m. 25/I uyarınca saldırı tehlikesinin önlenmesine ilişkin öngörülen dava yoluna başvurulabileceği ileri sürülmektedir. Öğretide ileri sürülen bir başka görüşe göre, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 85. ve 86. hükümlerinin de uygulama alana bulabilmesi mümkündür. Bkz. **Güven**, s. 50; **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, s. 31.

zedelediği gerekçesi ile geri istenemeyecektir⁸⁷⁸. Bununla birlikte kanaatimizce kişilik hakları nezdinde ihlâlâ neden olmayan hediyelerin iadesi konusunda ahlaki bir ödevin varlığından bahsedilmesi mümkündür.

2.4.5. Malikin İyiniyetli Zilyede Karşı Borcu

Türk Medeni Kanunu m. 994/I uyarınca iyiniyetli zilyet, malı malike iade etmekle yükümlü ise o mal üzerinde yaptığı faydalı ve zorunlu masrafları, malikten talep edebilmektedir⁸⁷⁹. Zilyedin bu masraflar kendisine ödeninceye kadar o şeyi geri vermekten kaçınabilmesi de mümkündür⁸⁸⁰. Başka bir deyişle malik masrafları ödemediği müddetçe, zilyet o malı iade etmekle yükümlü değildir. Öğretide yer alan bir görüşe göre⁸⁸¹, malikin iyiniyetli zilyedin kendisine iade etmekle yükümlü olduğu, eşya üzerinde yaptığı zorunlu ve faydalı masraflardan doğan borcu eksik borç teşkil etmektedir. Çünkü, zilyedin masrafların ödenmesine ilişkin alacak hakkını, malikten bağımsız olarak talep ve dava edemeyeceği ve burada zilyet lehine kanunda düzenlenmiş bir defi hakkının mevcut olduğu değerlendirilmektedir. Masraflara ilişkin talep ancak malik malın iadesini istediğinde, mal iade edilmeden ve alıkoyma hakkı

⁸⁷⁸ **Güven**, s. 50.

⁸⁷⁹ TMK m. 995/II'de ise zilyedin iyiniyetli olmaması durumu için bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu hükümde iyiniyetli olmayan zilyedin yapmış olduğu masraflardan sadece hak sahibi açısından zorunlu olanları talep edebileceği ifade edilmektedir.

⁸⁸⁰ **Gursky**, Karl – Heinz: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Drittes Buch: Sachenrecht, §§ 985 – 1011, Sellier – de Gruyter, Berlin, 1999, Vorbemerkungen zu §§ 994 – 1003, N. 3, s. 304; İyiniyetli zilyedin masraflardan doğan alacak hakkına karşılık iade yükümünü ifa etmekten kaçınabilmesi bir hapis hakkı değildir. Bu yetkinin hapis hakkından en önemli farkı, masrafları elde edemeyen zilyedin giderlerini malın satılması suretiyle elde edebilme imkânına sahip olmamasıdır. Zilyet ancak kendisinden iade talep edildiği takdirde masrafların ödenmesini isteyebilmektedir. İade talebinde bulunulmadan masrafların talep edilebilmesi mümkün değildir. Bkz. **Oğuzman**, M. Kemal/ **Seliçi**, Özer/ **Oktay - Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 67 - 68.

⁸⁸¹ **Eren**, BHGH, s. 95 – 96; **Davran**, Bülent: “Medeni Hukukta Masraf ve Sarfıyat”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 11, S. 1 - 2, Y. 1945, s. 303; Karş. **Herrler**, Sebastian: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare, 76. Auflage, Verlag C. H Beck oHG., München, 2017, § 1001, N. 1, s. 1627; **Stark**, Emil W.: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Das Sachen Sachenrecht, Band IV, 3. Abteilung, Besitz und Grundbuch, 1. Teilband, Stämpfli Verlag AG., Bern, 2001, Art. 939, N. 25, s. 440; **Tongsir**, s. 935; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 36 – 37; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, s. 29.

vasıtası ile ileri sürülmelidir⁸⁸². Malik bu masrafları ödemediği malı zilyetten aldığı anda zilyet, yaptığı masrafların ödenmesi için dava ya da cebri icra yoluna başvuramamakta, malik ödeme yapmış ise bu ödeme bağışlama sayılmamakta aynı zamanda sebepsiz zenginleşme de teşkil etmemektedir⁸⁸³. Bir görüşe göre, zilyet hakkını saklı tutarak o şeyi iade etmişse, malikin masrafları ödeme borcu tam borç olarak varlığını sürdürebilir⁸⁸⁴. Ancak zilyet, hakkını saklı tutmadan o şeyi iade etmişse bu durumda bir görüşe göre söz konusu haktan feragat edildiği ve böylece alacak hakkının da sona ereceği kabul edilmektedir⁸⁸⁵. Diğer görüş ise burada malikin giderlere ilişkin borcunun ifade edildiği üzere eksik borç niteliğini taşıyacağını savunmaktadır⁸⁸⁶.

Öğretideki bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre⁸⁸⁷, açıklanan durum için eksik borçtan bahsedilmesi mümkün değildir. Zilyedin başka olgularla desteklenmedikçe masrafları talep etmeden şeyi iade etmesi gider alacağından feragat ettiği anlamına gelmemektedir. Zilyet, bu hâlde dahi dürüstlük kurallarına aykırı düşmediği müddetçe

⁸⁸² **Keller**, Eduard L.: Die Rechtsstellung des unrechtmässigen Besitzers gegenüber dem Herausgabeberechtigten nach Art. 938 ff. ZGB, Ernst Lang, Zürich, 1940, s. 95; **Özen**, Burak, Haksız Zilyetlikte İade, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 377.

⁸⁸³ Ancak bir görüşe göre malik o şeyi zilyedin rızasına aykırı olarak edindiye zilyedin talep hakkı sona ermemelidir. Bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 112; Malikin masrafların ödenmesine ilişkin borcunun eksik borç teşkil edeceği görüşünü savunanlardan bazıları, alıkoyma hakkına yalnızca iyiniyetli zilyedin değil, kötünietli zilyedin de sahip olduğunu ileri sürmüştür. Başka bir deyişle, kötünietli zilyet de giderlerden ötürü sahip olduğu hakkı ancak alıkoyma hakkından yararlanmak suretiyle ileri sürebilmektedir. Bkz. **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 376, 384 vd.; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 37; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, s. 29; **Aydos**, TMK m. 994/II hükmü uyarınca iyiniyetli zilyedin elindeki mala yaptığı lüks masrafları mala zarar vermeksizin söküp alma hakkına ilişkin, sökme işleminin mala zarar vermesi durumunda zilyedin bunu sökme hakkının olmayacağını ve buna ilişkin yapılmış olan masrafın ise malik açısından eksik borç teşkil edeceği görüşündedir. Bkz. **Aydos**, s. 31.

⁸⁸⁴ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 111 – 112; Zilyet giderleri isteyeceğini belirtip malı teslim etmeyi önerdiğinde malik durumu kabul ederse, aslında örtülü bir sözleşme teklifini kabul etmiş sayılır. Bkz. **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 377.

⁸⁸⁵ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 111 – 112; **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 379.

⁸⁸⁶ **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 379.

⁸⁸⁷ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 113; **Hinderling**, Hans: Schweizerisches Privatrecht, V/1, Fünfter Band: Sachenrecht, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG., Basel, 1977, s. 514; **Homberger**, Arthur: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch, Art. 919 – 977, Schulthess & Co., Zürich, 1938, Art. 939, N. 15 – 16, s. 128; Bu yönde başka bir karar: Yarg. 13. HD., 17.11.1981, E. 1981/6775, K. 1981/7318 Bkz. **Özen**, Zilyetlikte Haksız İade, s. 380 vd., dp. 767.

giderlerinin karşılanması ayrı bir dava ile talep edebilmelidir⁸⁸⁸. Bu durumda gerçek hak sahibinin iade talebinden önceki aşamada haksız zilyedin masraflar dolayısıyla sahip olduğu hakka ilişkin görüş⁸⁸⁹, olgunlaşmamış bir alacak hakkından bahsederek, bu hâlde tamamlayıcı bir olgunun (yasal geciktirici şartın) gerçekleşmesini gerekli kılan şartlı bir alacaktan söz edilebileceğini savunmaktadır. Neticede alacak hakkı açısından yasal geciktirici şartın gerçekleşmesi yani alacağın olgunlaşması, şeyin gerçek sahibi tarafından edinmesine bağlıdır.

Eren'e göre⁸⁹⁰, malikin bu borcu eksik borç teşkil etmemektedir. Zira TMK m. 995/II uyarınca iyiniyetli olmayan zilyedin iade etmek zorunda olduğu mallar için yaptığı masraflardan kaynaklanan alacak hakkı, tam niteliktedir. Zilyet, masrafları talep etmeden şeyi iade ettiğinde de bu durum, zilyedin masrafları talep hakkından feragat

⁸⁸⁸ Yarg. HGK., 01.10.2014, E. 2013/1117, K. 2014/745: “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 ile 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.” Bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 112 – 113 ve Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası; Gerçek hâk sahibinin o şey kendisine iade edilirken yapılan masrafların kendisine ileri sürüleceğini bilseydi iade almaktan kaçınacağı iddiası da bağımsız bir talep hakkına sahip olunduğunu reddetmek için yeterli değildir. Zira giderleri karşılamak istememesi durumunda gerçek hak sahibi, iade aldığını tekrar zilyede verebilmekte ve gider ödeme yükümlülüğünden kurtulabilmektedir. Bkz. **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 381; **Sungurbey**, İsmet: Başkasının Nesnesine Gider Yapan Elmenin ve Başkasının Arsasına Yapı Yapan Kimsenin Haklarının Niteliği, Özellikle Nesnel Borç Görüşünün Eleştirisi, Medeni Hukuk Sorunları, C. 1, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1973, s. 58 vd.

⁸⁸⁹ İfade etmek gerekir ki bu aşamada dahi gider alacağının üzerinde tasarruf edilebileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte yine bu aşamada da alacak ifa edilebilip, ifa edildiği takdirde ise bağışlama ve sebepsiz zenginleşme teşkil etmeyeceği kabul edildiğinden eksik borç görüşü ile şartlı alacak görüşü arasında pratik bir fark olamayacağı da ileri sürülmektedir. Bkz. **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 385 – 387.

⁸⁹⁰ **Eren**, BHGH, s. 96; *Ernst* bu konuya girmemiş olsa bile, buna dair tartışmaların eksik borç ya da eşyaya bağlı borca ilişkin olduğu yönünde bir ifade kullanmıştır. Bkz. **Ernst**, Wolfgang: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Luchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 939, N. 9, s. 2505; Eksik borç teşkil ettiğine ilişkin bkz. **Stark**, BernerK, Art. 939, N. 25, s. 440.

ettiğini ifade etmez. Yazara göre masraflara ilişkin bu borç, eşyaya bağlı bir borç teşkil etmekte; eşya malike iade edildikten sonra malik eşya dolayısıyla bu borcun borçlusu olmaktadır.

2.4.6. Sınırlı Sorumlulukta Borçlunun Borcunu Aşan Borçlar

Borçlunun malvarlığının bir kısmı ile sorumluluk altına girdiği bazı hâllerde sorumluluğu aşan kısmın eksik borç teşkil edeceği yönünde öğretide ileri sürülen bazı görüşler bulunmaktadır. Örneğin sermaye şirketlerinin ortaklarının şirket borçlarından dolayı sorumluluğu kendilerinin koydukları yahut koymayı üstlendikleri sermaye miktarı ile sınırlı olup; şirket borçlarının ortakların toplam sermaye miktarını aşması hâlinde ise aşan kısmın eksik borç teşkil ettiği savunulmaktadır⁸⁹¹. Zira bu hâlde, alacaklıların ortakların mallarına el atabilmesi mümkün değildir. Ancak bu konuda ifade edilmesi gereken husus tüzel kişiliğe sahip şirketlerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi imkânıdır⁸⁹². Tüzel kişiliğin TMK m. 2 hükmüne aykırılık teşkil edecek şekilde kötüye kullanılması hâllerinde bu duruma engel olabilmek adına “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” esası geliştirilmiştir. “Perde” sözcüğü sorumluluk anlamında ortaklara ulaşmaya engel olan soyut bir kavramdır. Burada tabiri caizse ortakların “tüzel kişilik” koruması arkasına saklanarak sorumluluğu bir anlamda bertaraf etmeleri söz konusu olabilmektedir. Gerçekleşebilecek ihlallere engel olabilmek adına ise istisnai bir yol olarak mahkeme kararı ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle ortakların sorumluluğuna başvurulması mümkün olabilmektedir⁸⁹³.

Kanun koyucu tarafından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması genel bir hükümle düzenlenmemiş olsa da öğreti ve uygulama ile 20. yüzyılın ikinci yarısında geliştirilmiş; bu sebeple hangi koşullarda söz konusu bu sözde perdenin kaldırılabilceği bir kesinliğe

⁸⁹¹ **Güven**, s. 42.

⁸⁹² Kavram, ticaret şirketleri başta olmak üzere tüm tüzel kişileri ilgilendirmektedir. Bkz. **Bozgeyik**, Hayri/ **Yavaşı**, Mahmut: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Uygulamada Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 100, Y. Aralık 2014, s. 302.

⁸⁹³ **Doğan**, Özgür: “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Konya Barosu Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 2017, s. 39; **Seven**, Vural/ **Göksoy**, Y. Can: “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 6, Y. Kasım 2006, s. 2458 – 2459.

kavuşmamıştır⁸⁹⁴. Başka bir deyişle her somut olay açısından hâkimin ayrı ayrı değerlendirme yapmak suretiyle karar vermesi gerektiği söylenebilse de tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için ön şartın tüzel kişinin alacaklılarının zarara uğramış olduğu hâller olarak kabul edilmektedir⁸⁹⁵.

Buna göre şirket borçlarının ortakların sermaye tutarını aşan kısmının eksik borç niteliği taşıdığı ileri sürülürken açıklanan “tüzel kişilikte perde” konusunun da göz ardı edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira dava konusu edildiği takdirde sermaye tutarını aşan kısım için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle ortakların sorumluluğuna başvurulduğunda bu görüşe göre bir eksik borçtan bahsedilebilmesi söz konusu olamayacaktır.

Konuya ilişkin verilen bir başka örnek ise mal rejimlerinin bir türü olan mal ortaklığına ilişkindir. İlgili hüküm, kişisel borçlara dair TMK m. 269/I’dır. Hükme göre “*Her eş, diğer bütün borçlardan kendi kişisel mallarıyla ve ortaklık mallarının değerinin yarısı kadarıyla sorumlu tutulur.*” Söz konusu düzenlemeden anlaşılacağı üzere mal ortaklığı rejiminde ortaklık borçları dışında yer alan kişisel borçlardan eşler kendi kişisel malları ve ortaklık mallarının değerinin yarısı kadarıyla sorumlu tutulmaktadır⁸⁹⁶. Öğretide yer alan bir görüşe göre, mal ortaklığı rejiminde eşlerin kişisel borçlarının kendi kişisel

⁸⁹⁴ **Kaşak**, Fahri Erdem: “Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 2, Y. Aralık 2020, s. 1253 - 1254; Tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi ancak mahkeme kararıyla gerçekleşebilir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, tüzel kişiliğin kaldırılması anlamına gelmemektedir. Bkz. **Poroy**, Reha/ **Tekinalp**, Ünal/ **Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 107.

⁸⁹⁵ **Kaşak**, s. 1254; Perdenin kaldırılmasını gerektiren sebepler bulunsa da tüzel kişiliğin malvarlığı alacağı karşılamaya yetecek miktardaysa bu yolu kullanmaya ihtiyaç olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **Kuş**, Ulaş Baran: Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesinin İstisnası Olarak Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 189 – 190.

⁸⁹⁶ **Hausheer**, Heinz/ **Reusser**, Ruth/ **Geiser**, Thomas: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung, Das Eherecht, 3. Teilband, Das Güterrecht der Ehegatten, Verlag Stämpfli, Bern, 1996, Art. 234, N. 18, s. 211; Eşlerin kişisel borçlarında ortaklık mallarına ilişkin sınırlı bir sorumluluk hâli, kişisel mallarına ilişkin ise sınırsız sorumluluk hâli söz konusudur. Bkz. **Kaya**, Ayşegül: Mal Ortaklığı Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 60.

mallarını ve ortaklık mallarının yarısını aştığı takdirde aşan kısmın eksik borç olarak varlığını sürdüreceği kabul edilmektedir⁸⁹⁷.

Yine öğretide yer alan bir görüşe göre⁸⁹⁸, Türk Ticaret Kanunu m. 1263 uyarınca deniz taşımacılığında bagaj ve araçların kayıp hasarından doğan sorumluluğun sınırı belirlenmiş, bu sınırı aşan zararlar nedeniyle doğan borcun eksik borç olarak görülmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Söz konusu TTK m. 1263 hükmünde belirtilen sınırların aşılabileceği gerekçesi ile yolcu ile taşımacı arasında yazılı olarak sorumluluğun sınırlarının genişletilmesinin mümkün olduğu, böyle bir hâlde ise borcun tam borç teşkil edeceği ifade edilmektedir.

2.4.7. İşçinin Rekabet Sözleşmesinden Doğan Borcu

Türk Borçlar Kanunu'nun genel hizmet sözleşmelerine ilişkin 444. maddesinin ilk fıkrası "*Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir*" şeklindedir. Söz konusu hükümde işçinin, işverene karşı sözleşmesinin sona ermesinden sonra bir şekilde işvereni ile rekabet etmekten, kendi hesabına rakip olabilecek nitelikte bir işletme açmaktan, rakip işletmede çalışmaktan ya da tüm bunların haricinde bir şekilde rakip işletme ile çıkar ilişkisine girmekten kaçınacağını yazılı olarak üstelenebileceği ifade edilmektedir. Bir görüşe göre⁸⁹⁹, işçinin rekabet ilişkisine girmekten kaçınacağına ilişkin anlaşmadan doğan borcu geçici nitelikte⁹⁰⁰ bir

⁸⁹⁷ **Güven**, s. 43; Önceki Medeni Kanun m. 204'e göre mal birliği ve m. 217 uyarınca mal ortaklığı rejiminde kadın bazı borçlardan ancak mahfuz mallarıyla sorumlu olmaktadır. Bkz. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 26.

⁸⁹⁸ **Güven**, s. 42 - 43.

⁸⁹⁹ *Ataay*, borcun ifası için dava açılmayan ancak tazminat talep etmenin mümkün olduğu hâllerde eksik borçtan bahsedilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. *Ataay*, s. 53; **Güven**, s. 44 – 45; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 36; Vasıtalı eksik borç olarak da adlandırılmasına ilişkin bkz. **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, s. 30.

⁹⁰⁰ TBK m. 445: "*Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz. Hâkim,*

eksik borç teşkil etmekte; ihlal durumunda bir dava açılmamakta ve yasağa aykırılık teşkil edecek nitelikte davranışa son verilmesi talep edilememektedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 446/II “*Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır*” hükmünü içermektedir. Söz konusu hükümde ifade edildiği üzere rekabet yasağına aykırı davranış ceza şartına bağlanmış ve sözleşmede aksine bir düzenleme de bulunmuyorsa işçinin kararlaştırılan ceza şartını ödemek ve bu miktarı aşan zararı da gidermek suretiyle rekabet etmeme yasağından kaynaklanan borcundan kurtulabilmesi mümkündür⁹⁰¹.

Türk Borçlar Kanunu m. 446/III’de ise “*İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı hakkı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir*” hükmü yer almaktadır. İlgili düzenlemeden anlaşıldığı üzere kanun koyucunun bu konuda ortaya koyduğu istisnai bir durum söz konusudur. Zira eksik borcun varlığı kabul edilse de yine bu görüşe göre, işçinin rekabet yasağına ilişkin eksik borcunun bir istisna ile tam borç niteliği kazanmasına imkân sağlanmıştır⁹⁰². Hükümde işverenin ceza şartı ve ek zararlara ilişkin ödemenin yapılmasının haricinde kendisinin ihlal yahut tehdit altında

aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlandırabilir.” Hükümden anlaşılabileceği üzere özel durum ve koşullar haricinde süre iki yılla sınırlandırılmıştır. Bu nedenle geçici nitelikte bir eksik borcun varlığından söz edilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Üngan**, s. 58; 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun’un 13. maddesinin ikinci fıkrasında ise mesleği icra serbestisini sınırlandıran hükümlerin batıl olduğu ifade edilmektedir. Bkz. BMÇAMTHK m. 13/2: “*İş akdinin feshinden sonraki zaman için gazetecinin mesleğini icra serbestisini takyit eden hükümler batıldır.*”

⁹⁰¹ **Bilge**, Necip: Borçlar Hukuku: Özel Borç Münasebetleri, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1962, s. 210; **Soyer**, Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md. 348 – 352), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 53, Ankara, 1994, s. 80; **Tunçomağ**, Kenan: Türk İş Hukuku, Cilt I, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1971, s. 503.

⁹⁰² **Güven**, s. 45.

bulunan çıkarlarının önemi ile işçinin davranışlarının haklı göstermesi durumunda yasağa aykırı davranışa son verilmesini isteyebileceği ifade edilmektedir. Anlaşıldığı üzere, işverenin işçinin rekabet yasağına aykırı davranışına son verilmesinin talep edilebilmesinin bazı şartları bulunmaktadır. Buna göre ilk olarak rekabet yasağına ilişkin yapılan sözleşmede işçinin yasağa aykırı davranışlarının olması durumunda bu faaliyetlerine son verilmesinin talep edilebilme yetkisinin yazılı şekilde saklı tutulmuş olması gerekmektedir. Diğer bir şart ise işverenin ihlal edilen yahut tehlike altında bulunan menfaatinin önemi ile işçinin davranışlarının haklı bir ilişki içerisinde bulunmasıdır. Bu istisnai nitelikte durumun sonucunda ise işçinin rekabet etmeme borcunun bu görüşe göre eksik borç olma vasfını kaybedeceği kabul olunmaktadır⁹⁰³.

Kanaatimizce işçinin rekabet etmeyeceğine ilişkin sözleşmeden doğan borcunun eksik borç teşkil ettiği görüşüne katılmak mümkün değildir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki işveren rekabet yasağını ihlal eden işçisine karşı tazminat talebinde bulunabilmektedir⁹⁰⁴. Nitekim bu husus TBK m. 446/I'de "*Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür*" şeklinde ifade edilmektedir. Burada söz konusu olan müspet zarardır⁹⁰⁵. İfanın yapılmamış olması dolayısıyla uğranılan zararın giderilmesi esasına dayalı bu zarar türünde ifa menfaatinin sağlanması amacı söz konusudur. Oysa tüm eksik borçlarda ortak olan müeyyidesizlik özelliği devletin yetkili organları vasıtasıyla, borçlunun dava, cebri icra ya da tazminat yolları ile hem ifaya zorlanamamasını hem de zararının giderilmesine engel olmayı ifade eder⁹⁰⁶. Bunun dışında borcun malvarlığı

⁹⁰³ **Güven**, s. 45.

⁹⁰⁴ **Akdoğan**, İbrahim: İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 83; **Tunçomağ**, Türk İş Hukuku, s. 502 – 503; **Yavuz**, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İkinci Cilt, 11. Baskı (Hazırlayanlar: Prof. Dr. Cevdet Yavuz – Prof. Dr. Faruk Acar – Prof. Dr. Burak Özen), Beta Yayınları, İstanbul, 2022, s. 910.

⁹⁰⁵ **Kortaş**, Arda: Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 85; **Soyer**, s. 78.

⁹⁰⁶ **Demiray**, Armağan, s. 585; **Engel**, s. 42; Aksi görüşte olan **Ataay**, borcun ifası için dava açılmayan ancak tazminat talep etmenin mümkün olduğu hâllerde eksik borçtan bahsedilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Ataay**, s. 53. **Ataay** ile aynı görüşte bkz. **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, s. 30.

değerine ilişkin olmayışı bu görüşe katılamayışımızın bir diğer gerekçesini oluşturmaktadır⁹⁰⁷.

2.4.8. İnsan Kökenli Biyolojik Madde Verilmesine İlişkin Borç

İnsan kökenli biyolojik madde ya da materyal kavramının ne anlama geldiğinin ve neleri içerdiğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Bir tanıma göre, “İnsan kökenli biyolojik materyal kavramı DNA ve RNA gibi subselüler yapılardan hücrelere, dokulara (örn. kan, kemik, kas, bağ dokusu ve deri), organlara (örn. karaciğer, mesane, kalp, böbrek ve plasenta), gametlere (sperm ve yumurta), embriyolara, fetal dokulara ve biyolojik atıklara (örn. saç, tırnak, idrar, dışkı ve ter), vücut sıvıları ve dışlara kadar uzanan geniş bir alanı kapsar⁹⁰⁸.”

Türk Medeni Kanunu’nda emredici nitelikte düzenlenmiş bulunan m. 23/III hükmüne göre, “Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.” İnsan kökenli biyolojik maddelerin alınmasının, aşılınmasının, naklinin yapılabilmesi TMK m. 23/III hükmüne göre ancak yazılı rızanın bulunmasıyla mümkündür. Yine aynı hükme göre bir kimsenin biyolojik madde verme borcu altına girmişken, edimini yerine getirmemiş olması hâlinde, o kimseden edimini yerine getirmesi istenememektedir. Bunun yanı sıra edimini yerine getirmediği gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat talebinde de bulunulamamaktadır. Biyolojik madde verme borcu altına girmiş olan bir

⁹⁰⁷ Malvarlığı değerlerine ilişkin olması hususunda ayrıca bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 53; Roma Klasik Hukuk Dönemi’nde *obligatio naturalis* niteliğindeki borçlara ilişkin metinlerde rastlanan bir özelliğin borcun malvarlığına ilişkin olduğu yönündedir. Kanaatimizce bu borçların ilk olarak varlık gösterdiği dönemin ortaya koyduğu özelliklerin de dikkate alarak bu borç türünün sınırlarının korunabilmesi önemlidir. Terekenin hesabında ve *peculium*’un değerinin belirlenmesinde *obligatio naturalis*’in dikkate alınacağına ilişkin bkz. *D. 35.2.1.17 (Paulus)*, *D. 15.1.17 (Ulpianus)*. Mirasın geçişinde terekede yer alan *obligatio naturalis*’in de geçeceğine ilişkin bkz. *D. 36.1.66.pr. (Maecianus)*. Bkz. **Balmer**, s. 7, 207, dp. 67, 74, 2001; Ayrıca bkz. **Windscheid/ Kipp**, s. 182.

⁹⁰⁸ **Yüksel**, Ahmet: “İnsan Kökenli Biyolojik Materyaller Üzerinde Araştırma ve Etik”, Türkiye Cumhuriyeti Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, s. 6.

kimse dilerse bu edimini yerini getirebilmekte, edimini yerine getirmiş olması hâlinde ise ifa geçerli olmaktadır. Ancak ifade edildiği üzere bu borcun yükümlüsünün edimini ifa etmemiş olması durumunda, bir ifa davası ile kendisinden yerine getirmesi istenemeyeceği ve zarar söz konusu olsa da maddi ve manevi tazminat talebinde de bulunulamayacağı gerekçeleri dayanak gösterilerek burada bir eksik borcun mevcut olduğu ileri sürülmektedir⁹⁰⁹.

*Güven*⁹¹⁰, bu görüşe dayanak olarak, kişilik haklarının özelliğini göstermekte, TMK m. 23/II gereğince kimsenin kişilik haklarının kapsamında yer alan kişilik değerlerinden vazgeçemeyeceğini onları hukuka ve ahlaka aykırı bir şekilde sınırlandıramayacağını ifade etmektedir. Zira kanunun izin verdiği hâllerde bedensel bütünlüğe ilişkin tüm değerlerde nihai karar sahibi kişinin kendisidir. Böylece kişi, kendi iradesiyle borç altına girebildiği gibi bunu ifa etmekten kaçınma hakkına da sahip olmalıdır. Nitekim bireyler, biyolojik madde verme konusunda tam bir özgürlük içerisindedir.

Kanaatimizce de biyolojik madde verilmesine ilişkin kararın ancak bireyin kendi nezdinde, hür iradesiyle verilen bir karar olmasına önem veren kanun koyucunun, bireyin kendi iradesiyle verme borcu altına girmesi durumunda bile yine vermek istemeyebileceği gerçeğini göz ardı etmemek için söz konusu düzenlemeyi uygun görmüştür. Başka bir deyişle kanun koyucu biyolojik madde verme borcu altına giren kimselerin vazgeçebilme haklarını koruma altına almaktan geri durmamıştır.

⁹⁰⁹ **Akıncı**, Şahin: Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ – Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 201, 203; **Ayiter**, Nuşin: “Organstransplantation als Privatrechtliches Problem”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 32, S. 1, Y. Ocak 1975, s. 180; **Ayiter**, Nuşin: “Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1 – 2, Y. 1968, s. 142; Eksik borç görüşüne İsviçre hukukunda da rastlanılabileceğine ilişkin bkz. **Trempp**, Diana: Zum Ersatzanspruch des Lebendspenders von Organen, Zellen und Geweben. Haftung und Versicherung, 2012, s. 126, **Canbolat**, Ferhat/ **Gönül Koşar**, Günhan: “Organ Nakline İlişkin Rızanın Geri Alınması Halinde Alıcının Başvurabileceği Hukuki İmkânlar”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 1, Y. 2022, s. 137, dp. 31’den naklen; **Güven**, s. 45; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 54, dp. 47.

⁹¹⁰ **Güven**, s. 45.

Yeniden kullanım amacıyla insan kökenli biyolojik madde alımını konu alan sözleşmelere örnek olarak, kan bağışı sözleşmeleri verilebilmektedir⁹¹¹. Buna göre kan bağışı sözleşmeleri, kan vericisinin, kanını kan ihtiyacı bulunan kimselerin ihtiyacını gidermek amacıyla ya da araştırmalarda kullanılmasına olanak sağlamak amacıyla kan alınmasını konu edinen sözleşmelerdir⁹¹².

Öğretide verilen bir örneğe göre⁹¹³, kan verme konusundaki taahhütlerden de eksik borç meydana geldiği düşünülebilmektedir. Zira kanını bir kere rızası ile devreden vericinin, ifası geçerli bir ifa teşkil edecek ve de verilen kanın geri alınabilmesi mümkün olmayacaktır. Bunun vericinin aleyhine bir durum oluşturabilmesi ihtimal dahilindedir. Çünkü böyle bir hâlde bağışlamada bulunulmuş olunmadığından bağışlamadan dönmeye ilişkin hüküm uygulanamayacaktır. İnsan kökenli biyolojik madde vericisinin belirli şartlarda verici olarak yaptığı kazandırmadan vazgeçebilmesi önem arz etmektedir. Örneğin bir kan merkezine sadece ihtiyacı bulunan hastalara nakledilmesi amacıyla kan bağışında bulunan vericinin, sonrasında kanının bilimsel araştırmalar için kullanıldığını yahut ticari faaliyetlere konu edildiğini öğrenmesi hâlinde sözleşmeden dönme imkânının bulunması gerektiği değerlendirilmektedir⁹¹⁴. O sebeptendir ki ifade edilen görüşün eleştirisine göre kan vericisinin kan verme yönündeki taahhüdünden bir eksik borç doğmayacağı görüşüne katılmak gerektiği kanaatindeyiz.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki insan kökenli biyolojik maddelerin verilmesi hususunda kanun koyucunun TMK m. 23/III hükmünü ele alış şekline bir eksik borcun oluşup oluşmadığına ilişkin öğretide bir birlik olmaması yadırganacak bir durum değildir. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun hiçbir hükmünde eksik borca ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. İfası mümkün olan, ancak ifa edilmediği takdirde ise devletin yetkili organlarına başvurmak suretiyle yerine getirilmesi talep edilemeyecek

⁹¹¹ **Özbilen**, Arif Barış: “Kan Bağışı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 11, S. 22, Y. Güz 2012/2, s. 338.

⁹¹² **Özbilen**, Kan Bağışı, s. 358.

⁹¹³ **Heck**, Philipp: Grundriß des Schuldrechts, Scientia Verlag, Tübingen, 1929, s. 71; **Özbilen**, Kan Bağışı, s. 357, dp. 62; **Reuss**, s. 502.

⁹¹⁴ **Özbilen**, Kan Bağışı, s. 357, dp. 62.

tüm borçların “*eksik borç*” niteliğinde olduğu kabul edilirse o hâlde TMK m. 23/III hükmünün eksik borca işaret ettiği sonucuna kolayca ulaşılabacaktır. Ancak kanaatimizce, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olan kimsenin edimini yerine getirmesi konusunda zorlanamaması, borcun eksik borç olmasından değil, borcun ifasının kişilik değerleri ile doğrudan bağlantılı olmasından ileri gelmektedir⁹¹⁵. Borcun malvarlığı değerlerine ilişkin değil de kişilik değerleriyle yakın ilişkide oluşu eksik borç görüşüne katılamayışımızın gerekçesini oluşturmaktadır⁹¹⁶. *Badur* da özellikle organ ve doku verme borcunu değerlendirerek sadece borcun sonuçlarının eksik borçlar ile benzerlik göstermesinden ötürü bu borçların eksik borç olarak nitelendirilemeyeceği görüşündedir⁹¹⁷.

2.4.9. Şekle Aykırı Sözleşmelerden Doğan Borçlar

Türk Borçlar Kanunu m. 12/I gereğince “*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.*” Hükümde ifade edildiği üzere kanunda aksi yönde bir düzenleme yer almıyorsa sözleşmelerin geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Başka bir deyişle, kanunda sözleşmenin bir şekil şartına uygun olarak yapılması gerektiğine ilişkin hüküm bulunduğu takdirde, tarafların sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü kısıtlanmış olmaktadır. İlgili hükmün ikinci fıkrasında yer

⁹¹⁵ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 126; Kişilik değerleri üzerinde sahip olunan bu hak, borçlu tarafından herkese olduğu gibi alacaklı tarafa karşı da ileri sürülebilmektedir. Böylece alacaklı hem edimin ifasını talep edememekte hem de uğradığı zararlar bakımından maddi ya da manevi tazminat talebinde bulunamamaktadır. Ancak kişilik değerleriyle ilgisi yokken edimi ifadan kaçınma hâlinde aynı sonuçtan bahsedilemeyecektir. Örneğin saçlarını keserek peruk imalatçısıyla anlaşılan bir kimse sonradan daha fazla para vermeyi kabul eden başka bir imalatçıyla anlaştığında, ilk peruk imalatçısı borcun yerine getirilmesini dava yoluyla isteyebileceği gibi zararının giderilmesini de talep edebilmelidir. Bkz. **Özbilen**, Arif Barış: İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 145 – 146.

⁹¹⁶ Roma Klasik Hukuk Dönemi’ndeki *obligatio naturalis*’e ilişkin metinlerde rastlanan bir özelliğin borcun malvarlığı değerine ilişkin olduğu yönündedir. Örneğin terekenin hesabında ve *peculium*’un değerinin belirlenmesinde *obligatio naturalis*’in dikkate alınacağına ilişkin bkz. *D. 35.2.1.17 (Paulus)*, *D. 15.1.17 (Ulpianus)*. Mirasın geçişinde terekede yer alan *obligatio naturalis*’in de geçeceğine ilişkin bkz. *D. 36.1.66.pr. (Maecianus)*. Bkz. **Balmer**, s. 7, 207, dp. 67, 74, 2001; Ayrıca bkz. **Windscheid/ Kipp**, s. 182.

⁹¹⁷ **Badur**, Emel: “Organ veya Doku Verme Borcu Altına Giren Kişinin Cayması”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. Nisan 2020, s. 296.

alan düzenleme ise şu şekildedir: “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*”. Hükümde, kanunda bir sözleşme için geçerlilik şartı olarak öngörülmüş bir düzenleme yer alıyorsa, buna uyulmaması, yani şekli geçerlilik şartının yerine getirilmemiş olmasının neticesinde kurulmuş olan sözleşmenin hüküm doğurmayacağı ifade edilmektedir. Düzenlemede yeri bulunan “*hüküm doğurmaz*” tabirinden ise hükümsüzlüğün niteliğinden neyin anlaşılması gerektiği konusunda öğretide fazla sayıda tartışma bulunmaktadır⁹¹⁸.

Yargıtay’ın bazı kararlarında ve Federal Mahkeme’nin kökleşmiş kararlarında benimsenen bir görüşe göre⁹¹⁹, burada hükümsüzlükten anlaşılması gereken yaptırım türü, kesin hükümsüzlük yani butlandır. Bu sebeple şekil eksikliğinin söz konusu olması dolayısıyla, sözleşme başından itibaren hiçbir surette hüküm ve sonuç doğurmamakta, yargılamanın her aşamasında hâkimin bu durumu dikkate alması gerekmektedir⁹²⁰.

Bu görüşü savunanlara ve Federal Mahkeme’ye göre⁹²¹, iki durumda şekil noksanlığı ile sakat olan bir sözleşmenin geçerlilik kazanabilmesi mümkündür. Öncelikle taraflar

⁹¹⁸ **Eren**, BHGH, s. 335; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 200 vd; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 309.

⁹¹⁹ **Çeliktas**, Demet: “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1 - 4, Y. 1987, s. 597 – 598; Alman hukukunda şekle aykırı sözleşmelerin yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğuna ilişkin bkz. **Ellenberger**, Beck’sche KuKo, § 125, N. 12, s. 110; **Eren**, BHGH, s. 335; **Esener**, Turhan: Borçlar Hukuku I: Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK. m. 1 – 40), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 246, Ankara, 1969, s. 170; BGE 137 III 243 E 4.46, BGE 116 II 700 E 3b. Kararlar, **Kut**, Ahmet: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Hrsg. Furrer, Andreas/ Schnyder, Anton K., 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2016, Art. 11, N. 16, s. 67’den alınmıştır; **Schwenzer**, s. 245; **Schwenzer**, Ingeborg/ **Fountoulakis**, Christiana: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lühlinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 11, N. 16, s. 121.

⁹²⁰ Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edim yerine getirilmişse burada geçerli bir sebebe dayanılmadığı gerekçesi ile sebepsiz zenginleşme davasının yahut istihkak davasının açılması mümkün olacak; tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise taraflardan birisi yahut her ikisi şekil eksikliğini bilmeksizin ifade bulunmuşsa yine sebepsiz zenginleşme yahut istihkak davasıyla verilenin iadesini talep edebilecektir. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 335; **Gümüş**, BHGH, s. 290; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 201.

⁹²¹ Şekle aykırı sözleşmeden doğan borçlar tamamen yerine getirilmemişse şekil noksanlığının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımını oluşturmayacaktır. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 336;

sözleşmeden kaynaklanan edimlerini bilerek ve isteyerek, yanılgıya düşmeksizin ifa etmişlerse, iadenin istenmesi TMK m. 2/I – II hükümlerine göre hem dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek hem de hakkın kötüye kullanılmasını meydana getirecektir. Şekilden kaynaklanan sakatlığın sağlık kazanabileceği bir diğer durum ise taraflardan birinin kasıtlı bir şekilde buna neden olduğu yahut yine karşı tarafı aldatmak suretiyle bu sakatlığa yol açtığı hâllerde söz konusu olmaktadır. Bu durumlarda şekil eksikliğinin var olduğu gerekçesi ile sözleşmenin butlanının hakkın kötüye kullanılması oluşturacağından ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir.

Şekil eksikliğine ilişkin öğretide ileri sürülen görüşlerden diğeri ise “*kendine özgü geçersizlik görüşü*”dür. Bu görüşe göre⁹²², şekil eksikliği herkes tarafından değil sadece sözleşmenin taraflarınca defî olarak ileri sürülebilmektedir. Son zamanlarda fazlaca taraftar bulan bu görüşe göre kanuni şekil, tarafların acele karar vermelerine engel olabilmek amacıyla, onları korumak için vardır. Hatta sözleşmenin şekil eksikliği dolayısıyla kesin hükümsüz sayılması gerektiğini savunan yazarlar da tam da bu sebeple eleştirilmekte; bu hâlde şeklin tarafları korumayacağı ileri sürülmektedir⁹²³. Taraflar, gönüllü olarak bilerek ve isteyerek edimlerini ifa etmişse artık bu korumadan vazgeçmiş sayılmalıdır⁹²⁴.

Öğretide ileri sürülen bir diğer görüş⁹²⁵ ise şekil eksikliği ile sakat olan sözleşmelerin “*yokluk*” yaptırımını ile karşılaşacağını savunmaktadır. Görüş sahipleri, şeklin bir

von Tuhr/Peter, I.II, s. 237 – 238; İkinci duruma ilişkin bkz. **Gauch/ Schluep**, SOR AT I s. 95; **Schwenzer**, s. 246.

⁹²² **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 560; **Eren**, BHGH, s. 337 vd.; **Gauch/ Schluep**, SOR AT I, s. 95 vd.; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 202; **Schwenzer/ Fountoulakis**, BSK OR I, Art. 11, N. 23, s. 123 – 124.

⁹²³ Kanunda bu görüşü doğrulayan hükümlerin mevcut olduğu ifade edilmektedir. Örneğin TMK m. 166, TBK m. 288/III (geçerliliği resmî şekle bağlanmış bağışlamalarda bu hüküm uygulanmamaktadır.) Bkz. **Eren**, s. BHGH, s. 329.

⁹²⁴ **Eren/ Dönmez**, Şerh I, M. 12, N. 63, s. 529.

⁹²⁵ **Altaş**, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 93 vd.; **Erdoğan**, İhsan: “Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S.1, Y. 1997, s. 117; **Eren**, s. BHGH, s. 330; **Özbilen**, Arif Barış: Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 181 vd.

geçerlilik şartı olmadığını bilakis sözleşmenin kurulmasıyla ilgili olduğunu bu sebeple de öngörülen şekilde yapılmayan sözleşmelerin meydana gelmesinin başka bir ifadeyle kurulmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Ancak TBK m. 12'den şekil şartının en azından Türk hukuku açısından kurucu unsur teşkil etmeyip, geçerliliğe ilişkin olduğu tespit edilebilmektedir⁹²⁶.

Öğretide yer alan bir diğer görüşe göre şekil eksikliği söz konusu olan bir sözleşmenin geçersizliğine fiili sözleşme ilişkisi görüşü uygulanabilmekte, zira şekli aykırılığın mevcut olduğu sözleşmelerde taraflar arasında fiili sözleşme ilişkisinin mevcut olduğu ileri sürülmektedir⁹²⁷.

Şekil eksikliğinin söz konusu olması durumunda bazı hâllerde meydana gelen geçersizliğe uygulanabilecek bir diğer yaptırım türünün ise “*kısmi butlan*” olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre⁹²⁸, kısmi butlan, sözleşmenin tamamının butlanı sonucunu doğurmayacağından bu kuralın bazı durumlarda şekil eksikliğine de kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bu görüş uyarınca, sözleşmenin bazı hükümleri özel bir şekil şartına bağlanmış ancak bu şart yerine getirilmemişse hükümsüzlük sadece aykırılık teşkil eden kısımda söz konusu olacak, böylelikle sözleşmenin kalan kısmı geçerliliğini koruyacaktır. Ancak bu hükümler olmadan sözleşmenin yapılması mümkün olamayacaksa ya da sözleşmenin içeriğindeki hükümlerin hepsi için şekil şartı kararlaştırılmış olup da bunlardan sadece pek azı öngörülen şekilde yapılmamış ise sözleşmenin tamamının geçersiz olacağı ileri sürülmektedir⁹²⁹.

⁹²⁶ TBK m. 12: “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.”

⁹²⁷ **Eren**, BHGH, s. 341; Detaylı bilgi için bkz. **Giger**, Hans: Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1989, s. 104 vd.; **Schwenzer/ Fountoulakis**, BSK OR I, Art. 11. N. 23, s. 124.

⁹²⁸ BGE 60 II 99 Bkz. **Altaş**, s. 107, dp. 122; **Bucher**, SOR AT, s. 170; **Eren**, BHGH, s. 341; **Guhl/ Koller**, s. 127.

⁹²⁹ Resmi şekle bağlı sözleşmelerde esaslı noktaların hepsi şekil zorunluluğuna tabidir. Bu sebeple resmi şekle bağlı sözleşmelerde şekil eksikliği sözleşmenin tamamını geçersiz kılmaktadır. Bkz. **Altaş**, s. 108; **Bucher**, SOR AT, s. 170; **Gauch/ Schluep**, SOR AT I, s. 100.

Nihayet öğretide ileri sürülmüş son görüşe göre⁹³⁰, şekle aykırı sözleşmelerden eksik borç meydana gelmektedir. Bu görüş Avusturya Medeni Kanunu ABGB § 1432 hükmünü esas almaktadır⁹³¹. Buna göre, sözleşmelerde maddi açıdan bir eksiklik bulunmuyorsa, sadece sözleşme şeklen öngörülen şarta uygun yapılmamışsa, borcun bilerek ifa edilmiş olması durumunda, eksik bir borcun ifası sonucu doğurmalıdır. Böylece ne yerine getirilen edimin iadesi istenebilecek ne de ifa edilmeyen edim açısından dava açılması mümkün olacaktır⁹³².

Eksik borç görüşünü savunanlara göre⁹³³, hileli hareketlerle şekle aykırılığa neden olup sonradan şekle aykırılığı ileri sürmek suretiyle ifadan kaçınmak ise hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyecektir. Bunun nedeni TMK m. 2'den kaynaklı bir hak talebinden söz edilememesinden ileri gelmekte, bu hâlde konunun *culpa in contrahendo* sorumluluğu nezdinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Öğretide şekil şartının tarafların ani kararlar vermelerine engel olmalarını, onları düşünmeye sevk etmeyi, kısacası onların menfaatini korumayı amaçladığı kabul edilir. Bu nedenle şekil eksikliği mevcut olan bir sözleşmeden kaynaklanan edim yükümlülükleri bunun bilincinde olunarak, taraflarca istenerek yerine getirilmişse, ifanın eksik bir borcun ifası niteliğinde olduğu savunulmaktadır; zira böylece yapılan ifanın geçerli hukuki sebebe sahip olduğundan bahsedilebilecek ve ifa geri istenemeyecektir⁹³⁴. Bu görüşe göre şekle aykırılık bilinmeksizin ifada bulunulması ihtimalinde ifa edilen edimlerin iadesi

⁹³⁰ **Kramer**, Ernst A./ **Schmidlin**, Bruno: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Das Obligationenrecht, Band IV, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 – 18 OR, Verlag Stämpfli & Cie. AG., Bern, 1986, Art. 11, N. 41, s. 382; **Schwenzer/ Fountoulakis**, BSK OR I, Art. 11. N. 23, s. 124.

⁹³¹ **Altaş**, s. 118; **Giger**, s. 100; Şekle aykırı sözleşmelerin geçerli bir şekilde ifa edilmeleri mümkündür. Bkz. **Heiss**, Helmut: Formmängel und ihre Sanktionen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1999, s. 260; **Kavak**, Yalçın: Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil, Kayhan Matbaacılık, İstanbul, 2015, s. 137 – 138.

⁹³² Şekil eksikliği nedeniyle geçersiz sözleşmeye dayanılarak aynen ifa talebi doğmaz. O sebeple bu durum bir eksik borç hâlini meydana getirir. Böylece şekle aykırılık hâlinde başka teorilere ihtiyaç yoktur. Zira diğer teorilerin tamamı eksik borcun özelliklerinden hareket etmektedir. Bkz. **Altaş**, s. 119, dp. 199.

⁹³³ **Altaş**, s. 122; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 100; **Kramer/ Schmidlin**, BernerK, Art. 11, N. 125, s. 410 – 411.

⁹³⁴ **Altaş**, s. 122 – 123; **Kramer/ Schmidlin**, BernerK, Art. 11, N. 54, 137, s. 385 vd.

mümkün olacaktır⁹³⁵. Zira şekil eksikliği olan sözleşme ancak isteğe bağlı ifa söz konusu ise geçerli hâle gelmektedir⁹³⁶.

Şekil eksikliğine sahip sözleşme, tam iki tarafa borç yüklüyorsa, önce ifada bulunan taraf sözleşme ile bağlı olacak; karşı tarafın ise eksik borcunu ifa etmesi söz konusu olacağından edimi ifa etmesi kendi inisiyatifinde olacak yani ifa edilmediği takdirde devletin yetkili organlarının zoruyla yerine getirilmesi talep edilemeyecektir⁹³⁷.

Serbest iradeyle şekli şarta aykırılık teşkil eden sözleşmeden doğan yükümlülüğün ifa edilmesinde akdın geçersizliğine dayanılması yahut ifa edilmiş edimin geri istenememesi çözümü ancak geçersiz akitten kaynaklanan edim yükümlülüğünün tamamının ifası hâlinde mümkündür⁹³⁸. Zira eksik borç görüşünü savunan *Schmidlin*, kısmi ifa hâli için bu çözümün uygulama alanı bulamayacağını, buna ek olarak çözümün ancak tarafları yahut özel menfaatlerin korunmasına yönelik ihtimaller açısından kabul görebileceğini ifade etmiştir⁹³⁹.

Şekil eksikliği mevcut olan sözleşmeler açısından eksik borç görüşü pek çok eleştiri almaktadır. Öncelikle bir görüşe göre, kanunda eksik borç teşkil edeceği belirtilmeyen bir hukuki ilişkiden doğan borcun, eksik borç olarak değerlendirilmesinin isabetli

⁹³⁵ Şekle aykırılık teşkil eden borçlandırıcı işlem dolayısıyla aynı bir hakkın yahut alacak hakkının karşı tarafa devredilmesi durumunda, amaç kuralı yahut hakkın kötüye kullanılması yasağı saklı kalmak şartıyla tasarruf işlemlerindeki illiyet prensibi gereğince devir işlemi sonucunda söz konusu haklar karşı tarafa geçmeyecektir. Bu hâlde görünürdeki aynı hak yahut alacak hakkı sahibi hakkı, eski malik ya da alacaklıya iade etmek zorundadır. Görünürdeki hak sahibi iadedden kaçındığı takdirde, kendisine istihkak davası veya özellikle taşınmazlarda tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilmesi mümkündür. Görünürdeki hak sahibi eğer ki hakkı tüketmiş veya iyiniyetli üçüncü bir kimseye devretmiş ise bu hâlde kendisine sebepsiz zenginleşme davası açılabilir. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 340; **Giger**, s. 101.

⁹³⁶ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 100.

⁹³⁷ **Altaş**, s. 123; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 100 vd.; **Kramer/ Schmidlin**, BernerK, Art. 11, N. 129, s. 412.

⁹³⁸ **Antalya**, O. Gökhan: “Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları”, Yargıtay Dergisi, C. 18, S. 71, Y. Ocak – 1975, s. 375.

⁹³⁹ Kamu ve genel özellikle üçüncü kişilerin korunması hakkında şekle ilişkin hükümler hariç tutulmaktadır. Bkz. **Antalya**, Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı, s. 375.

olmayacağı ileri sürülmüştür⁹⁴⁰. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bir tarafın edimini ifa ettikten sonra geri isteyememesi ve karşı tarafın edimini ifa edip etmeme konusunda inisiyatif sahibi olması da bir başka eleştiri alan husustur⁹⁴¹. Hâl böyle olunca şekil eksiliğinin söz konusu olduğu sözleşmelerde eksik borç görüşünün tek tarafa borç yükleyenler açısından bir çözüm olabilmesi mümkünken; tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından adaletsiz bir sonuç ortaya çıkabilecektir⁹⁴². Görüşün eleştiri aldığı bir diğer konu da şekle aykırılığın bilinmediği hâllerde ifa gerçekleştirildiğinde bu durumda iade talep edilebilmesinin mümkün olduğunun kabul edilmesidir. Zira böyle bir hâlde eksik borçların temel özelliklerinden birisini teşkil eden iade talep edilememesi konusuyla çelişki meydana getirecek bir durumla karşılaşmaktadır⁹⁴³.

İsviçre Borçlar Kanunu Art. 11 Abs. 2 OR hükmü, sözleşmenin geçerliliğinin şekil şartının yerine getirilmiş olmasına bağlı olduğunu ifade etmektedir⁹⁴⁴. İsviçre öğretisine göre bir kesim hükümsüzlüğü bertaraf etmek için söz konusu sözleşmelerden eksik borç doğacağını ileri sürmüştür⁹⁴⁵. Eksik borç meydana getiren ilişkiler ne geçersizdir ne de hukuk düzeni tarafından göz ardı edilmiştir. Bu görüşe göre, şekle aykırılığın

⁹⁴⁰ **Altaş**, s. 125; **Kavak**, s. 138; **Özbilen**'e göre eksik borç kavramının hukuki niteliği muğlak, varlığı ve yerindeliği de tartışmalıdır. Bkz. **Özbilen**, *Sözleşmelerin Şekli*, s. 195; **Osberghaus**, Max: *Die Novation des römischen Rechts und ihre Bedeutung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Buchdruckerei Robert Noske, Leipzig, 1907, s. 36; Karş. **Reuss**, s. 501.

⁹⁴¹ **Altaş**, s. 125 – 126; **Giger**, s. 100 vd.; **Kavak**, s. 138; **Nomer**, N. Fusun: “Borç Sözleşmelerinde Şekil Eksikliğinin Müeyyidesi ve Buna Dayalı Hükümsüzlüğün Dürüstlük Kuralı (MK. M. 2/II) Dışındaki Yollardan Giderilmesi”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 612 vd.

⁹⁴² **Altaş**, s. 125 – 126; **Buz**, *Eksik Borçlar*, s. 101.

⁹⁴³ **Altaş**, s. 126; **Balmer**, s. 207 - 208; **Buz**, *Eksik Borçlar*, s. 102.

⁹⁴⁴ Alman Medeni Kanunu BGB § 125 hükmü bu konuda tereddüte yer vermeyecek şekilde şekle aykırılık hâlinde kesin hükümsüzlük yaptırımının söz konusu olacağını ifade etmektedir. Bkz. **Schwenzer/ Fountoulakis**, BSK OR I, Art. 11, N. 34, s. 126.

⁹⁴⁵ İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarında şekle aykırılığın neticesinde hukuki işlemin geçersiz olarak kabul edildiğine rastlamak da mümkündür. Bkz. BGE 86 II 398, E. 1 f, BGE 92 II 323, E. 2, BGE 98 II 313, E. 2, BGE 104 II 99, E. 2a, BGE 106 II 146, E. 3, BGE 112 II 330, E. 2. Buna karşılık Zürih ve Bern Kantonlarında şekil şartı yerine getirilmeyen bağışlamalardan eksik borç doğacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Balmer**, s. 106, 207, dp. 1996.

bilinmediği durumlarda edim ifa edilmiş olsa da iade talebinde bulunulabilmektedir⁹⁴⁶. Oysa hata ile ifa edilmiş eksik borçların ise iadesinin istenebilmesi mümkün değildir⁹⁴⁷.

Batıl bir sözleşmeden geçerli bir alacak hakkı doğmasa da eksik borcun alacaklısının sahip olduğu alacak hakkı geçerlidir⁹⁴⁸. Eksik borç görüşü kabul edildiği takdirde yerine getirilen ifa şekil eksikliği biliniyorsa ve buna rağmen istenerek yapılmışsa geçerli olur; zira ancak bu hâlde sözleşme geçerli hâle gelmiştir. Aksi durumda, yani ifa şekle aykırılığın bilincinde olunmaksızın yapılmışsa sözleşme geçerli hâle gelemeyeceği için eksik de olsa bir borç ya da alacak hakkı doğmayacağından ifa edilmiş edimin geri istenebilmesine ilişkin yapılan eleştirilere katılmadığımızı ifade etmek gerekmektedir. Eksik borç görüşünden uzaklaşılmasının nedenleri öncelikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından sözleşmenin bir tarafını koruyamamasıdır. Zira şeklin en temel özelliklerinden biri tarafları korumaktır. Sadece tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından bu görüşü kabul etmek ise tartışmaları giderme konusunda yetersiz kalmaktadır. Bununla birlikte TBK m. 12/II’de şekle aykırı sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı ifadesinden, ifa şekil eksikliğinin bilincinde olunarak yapılmışsa sözleşmenin geçerli olacağı ve ifanın eksik borcun ifası niteliğinde olacağı çıkarımını yapmak kanaatimizce isabetli değildir. Bu nedenlerle şekle aykırı sözleşmeler bakımından eksik borç görüşüne katılamamaktayız⁹⁴⁹.

2.4.10. Emek ya da Gelirini Aileye Özgüleyen Altsoyun Denkleştirme Alacağı

Türk Medeni Kanunu’nun “*Altsoyun Denkleştirme Alacağı*” başlıklı 370. maddesinde “*Ana ve baba veya büyük ana ve baba ile birlikte yaşayan ve emeklerini ya da gelirlerini aileye özgüleyen ergin altsoylar, buna karşılık uygun bir bedel isteyebilirler.*”

⁹⁴⁶ İsviçre Federal Mahkemesi’nin konuya ilişkin bazı kararları: BGE 104 II 99, E. 3c, BGE 112 II 330, E. 2b. Bkz. **Balmer**, s. 207; **Koller**, SOR AT, s. 214; **von Tuhr/ Peter**, I.II, s. 237.

⁹⁴⁷ **Guhl/ Koller**, s. 15; **Schönenberger/ Jäggi**, K SZO, Vorbemerkungen vor Art. 1, N. 74, s. 174.

⁹⁴⁸ **Balmer**, s. 208.

⁹⁴⁹ Aynı yönde bkz. **Balmer**, s. 208; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 102; **Nomer**, s. 613; **Schulze**, s. 495.

Uyuşmazlık hâlinde hâkim, bedelin miktarı, güvence altına alınması ve ödeme şekli hakkında karar verir” hükmü yer almaktadır. Hükümde ergin altsoyların anne – baba ya da büyük anne – büyük baba ile birlikte yaşamaya devam ederek emek ya da gelirlerini onlara özgülemiş olmaları durumunda bunun karşılığı olarak uygun bir bedel isteyebilecekleri, uyuşmazlık hâlinde ise hâkimin bedele, güvence altına alınmasına yahut ödeme şekline karar verebileceği ifade edilmektedir.

Türk Medeni Kanunu’nun 371. maddesi ise “*Altsoy, bu bedeli borçlunun ölümü hâlinde isteyebilir. Alacaklı, bu alacağını borçlunun sağlığında, birlikte yaşamının sona ermesi veya işletmenin el değiştirmesi, borçluya karşı icra takibi yapılması veya onun iflâsı hâllerinde de isteyebilir. Bu alacak zamanaşımına uğramaz. Fakat en geç borçlunun terekesinin taksimi anına kadar istenebilir*” şeklindedir. Hükümde altsoyun bu bedeli borçlunun ölümü halinde isteyebileceği ifade edilmektedir. Hükümün ikinci fıkrasında ise, alacağın borçlunun sağlığında istenebileceği hâller sayılmıştır. Buna göre, birlikte yaşamın sona ermesi, işletmenin el değiştirmesi yahut borçluya karşı icra takibi yapılması ya da borçlunun iflâsı hâllerinde, altsoy bu alacağı talep edebilecektir. Söz konusu hükümün son fıkrasına göre alacak zamanaşımına uğramamakta, ancak en geç terekenin taksimi anına kadar talep edilebilmektedir.

Öğretide savunulan bir görüşe göre⁹⁵⁰, altsoyun denkleştirme alacağının talep edilebilmesinin belirli şartlara bağlı olması geçici nitelikte bir eksik borç doğmasına neden olmaktadır. Bunun nedeni TMK m. 371/I ve II’ de sayılan durumlar haricinde alacağın talep edilememesinden kaynaklanmaktadır. Başka bir ifade ile altsoy, alacağını

⁹⁵⁰ **Cansel/ Özel**, BHGH, s. 92; **Demiray**, Eksik Borç, s. 140 – 141; **Eren**, BHGH, s. 96 – 97; **Güven**, s. 53; **Oser**, Hugo/ **Schönenberger**, Wilhelm: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1 – 183, 2. umgearbeitete Auflage, Schulthess & Co., Zürich, 1929, Vorbemerkungen zu Art. 1 – 67, N. 62, s. 11; **Saymen/ Elbir**, s. 57 – 58; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 38; **Tuor**, Peter/ **Picononi**, Vito: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537 - 640 ZGB, Verlag Stämpfli & Cie., Bern, 1966, Art. 633, N. 10, 27, s. 1072, 1079; Burada eksik borçtan bahsedilemeyeceği görüşüne sahip olanlar için bkz. **Ayan**, Serkan: “Emeğini veya Gelirini Aileye Özgüleyen Altsoyun Denkleştirme Alacağı ve Almanya Örneği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, Y. 2010, s. 50; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 116 – 117; **Zoller**, Jürg: Lidlohnansprüche (ZGB 334 und 633), Verlag Schulthess & Co. AG., Zürich, 1969, s. 108 vd.

elde edebilmek için istisna teşkil eden hâller dışında devletin yetkili organlarına başvuramamaktadır. İstisna teşkil eden durumların söz konusu olması hâlinde ancak talebin ileri sürülebilmesi mümkündür. Eksik borç görüşünü savunan *Edis*, bu durumun alacaklının sıfatından kaynaklanmadığını, aksine alacağın mahiyetinden ileri geldiğini ifade etmiştir⁹⁵¹. Bu konuda eksik borçtan bahsedilemeyeceğini kabul eden bir başka görüşe⁹⁵² göre ise söz konusu durumda şarta bağlı bir borç vardır. Zira borcun eksik borç olarak kabul edildiği süreçte alacak hakkı henüz doğmamıştır. Nitekim denkleştirme alacağı ölüm söz konusu olmadıkça ya da TMK m. 371/II'deki istisnai hâller gerçekleşmedikçe doğmayacaktır. Yine aynı görüşe göre üstsoyun kendisine özgülenen gelire bir karşılık vermesi durumunda bunu geri isteyememesinin bir bağışlama teşkil etmeyeceği ve bu hâlde de eksik borçtan bahsedilemeyeceği, bu durumda üstsoyun kendi lehine olan bir kanuni şarttan feragat etmesinin söz konusu olduğu ileri sürülmektedir⁹⁵³.

Zoller'e göre⁹⁵⁴, altsoyun denkleştirme alacağı anne ve baba veya büyük anne ve baba için ahlaki bir yükümlülük olarak görülebilir; ancak bu tür yükümlülükler hukuki olarak nitelendirilemez. Oysa altsoyun denkleştirme alacağı kanun koyucu tarafından öngörülmüştür. Altsoyun denkleştirme alacağının kanunda sayılan durumların

⁹⁵¹ Tazminat alacağının temlik edilmesi, onun eksik borç olma niteliğine etki etmemektedir. Borç yine eksik borç olarak varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Burada "*nemo plus juris*" kuralı uygulama alanı bulur. Bkz. *Edis*, Seyfullah: "Birlikte Yaşadığı Ailesine Emegini veya Gelirlerini Tahsis Eden Reşit Çocuğun Muhik Tazminat Alacağı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 1964, s. 378, 404.

⁹⁵² **Tekinay**, Aile Hukuku, s. 630; İfa zamanının gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir olguya bağlanmış olması hâlinde borcun hükümlerini doğurduğu kesindir. Fakat bu borcun ne zaman ifa edileceği konusu gelecekteki bir olguya bağlanmıştır. İfa zamanının olguya bağlanmış olması, borçların hüküm doğurmasının gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olarak bilinmeyen bir olguya bağlanmasından farklı bir durumu oluşturur. Türk Borçlar Kanunu'ndaki koşula ilişkin m. 170 vd. hükümleri esasında borcun hükümlerini doğurmasına ilişkindir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yağcı**, Kürşad: "Borcun İfasının, Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Bir Olgunun Gerçekleşmesinden İtibaren Belirli Bir Sürenin Geçmesiyle Muaccel Olacağının Kararlaştırıldığı Hallerde Borçlunun Temerrüde Düşmesi İçin İhtar Şart mıdır? (Vadenin Sonradan Belirli Hale Gelebirliliği Üzerine)", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S. 1, Y. 2019, s. 274 vd.

⁹⁵³ **Tekinay**, Aile Hukuku, s. 630.

⁹⁵⁴ **Zoller**, s. 108 – 109.

gerçekleşmesine bağlı olarak talep edilmesi bu süreçte eksik borçtan bahsedilebilmesine gerekçe oluşturmamaktadır.

Kanaatimizce, ergin altsoy ana ve baba ya da büyük ana ve büyük baba ile birlikte yaşayıp da emek ya da gelirini aileye özgüleyerek yerine getirmeye başladığı andan itibaren alacak hakkına sahip olmalıdır. TMK m. 371’de öngörülen hâllerden biri gerçekleştiğinde ise borçlunun borcu muaccel hâle gelmelidir⁹⁵⁵. Değerlendirmesine katıldığımız *Guhl/ Koller* de altsoyun denkleştirme alacağının ana ve baba yahut büyük ana ve büyük baba açısından eksik borç meydana getirmeyeceği; bilakis bu hâlde muaccel olmamış bir tam borçtan bahsedilmesi gerektiği görüşüne sahiptir⁹⁵⁶. Bir diğer görüşe göre, altsoyun denkleştirme alacağının sayılan hâller dışında talep edilememesi, borçlunun borcunun eksik borç olmasından değil; mirasın paylaşımında altsoyların bu durumlarının dikkate alınması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır⁹⁵⁷.

2.4.11. Borç Ödemededen Aciz Belgesinde Yer Alan Alacak Faizleri

İcra ve İflas Kanunu’nun “*Borç Ödemededen Aciz Vesikası*” başlıklı 143. maddesinin ilk fıkrası “*Alacaklı alacağının tamamını alamamış ve aciz vesikası düzenlenmesi için gerekli şartlar yerine gelmişse, icra dairesi kalan miktar için hemen bir aciz vesikası düzenleyip alacaklıya ve bir suretini de borçluya verir; bu belgeler hiçbir harç ve vergiye tâbi değildir. Aciz vesikasının bir nüshası da her il merkezinde Adalet*

⁹⁵⁵ **Tuor/ Schnyder /Schmid/ Jungo**, s. 566.

⁹⁵⁶ **Guhl/ Koller**, s. 15.

⁹⁵⁷ Ayrıca ortak yaşamın devam ettiği sürece talebin ileri sürülememesinden yola çıkarak borcun eksik borç teşkil ettiğini kabul etmek, aynı zamanda edinilmiş mallara katılma rejiminde diğer eşin katılma alacağından da eksik borç doğacağını da kabul etmeyi gerektirecektir. Çünkü evlilik birliği devam ettiği müddetçe bu talep de ileri sürülememektedir. Bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 117; Denkleştirme alacağının öngörülme nedenlerinden birinin emek ya da gelirini ailesine özgüleyen altsoyların miras paylaşımında haksızlığa uğramalarına engel olmak olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Demir**, Sevgi: Aile Hukuku Alanında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunun Getirdiği Yenilikler, Kartal Yayınevi, Ankara, 2004, s. 246; TMK m. 641/II’ye göre “*Ana ve baba veya büyük ana ve büyük baba ile birlikte yaşayan ve emeklerini veya gelirlerini aileye özgüleyen ergin çocuklar ile torunlara verilecek uygun miktardaki tazminat, bu yüzden terekenin borç ödemededen acze düşmemesi kaydıyla tereke borcu sayılır.*” Bu hükümle de ergin çocuğun yahut torunun denkleştirme alacağının miras hukuku bakımından tereke borcu sayıldığı görülmektedir. Bkz. **İnan/ Yücel**, s. 100.

Bakanlığınca tespit edilen icra dairesi tarafından tutulan özel sicile kaydedilmek üzere bu icra dairesine gönderilir. Aciz vesikası sicili aleni olup ne şekilde tutulacağı ve hangi hususları içereceği Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle belirlenir” şeklindedir. Söz konusu maddede ifade edildiği üzere alacaklı alacağını tamamen elde edemediğinde, kalan miktar için aranan diğer şartlar da sağlanmışsa icra dairesi bir aciz vesikası hazırlayarak alacaklıya, bir suretini de borçluya vermektedir. Söz konusu vesikalar icra daireleri nezdinde tutulan özel sicillere kaydedilmektedir.

Borç ödemededen aciz belgesinin; geçici aciz belgesi ve kesin aciz belgesi olmak üzere iki türü bulunmaktadır. İİK m. 105/II uyarınca icra dairesi tarafından kıymetleri takdir edilmek suretiyle, borçlunun haczi mümkün mallarının borcu karşılamaya yetmeyeceğinin tahmin edilmesi neticesinde tutulan tutanağa “*geçici aciz belgesi*” adı verilmektedir⁹⁵⁸. Bu aciz belgesinin geçici olarak nitelendirilmesi, haczedilen eşyanın satışı neticesinden elde edilecek gelirin alacağı karşılama ihtimalinin olmasından kaynaklanmaktadır. Kesin aciz belgesi ise icra takibinin sonunda, satış bedeli paylaştırıldıktan sonra alacağını tamamen alamayan alacaklıyla verilmektedir⁹⁵⁹. Borçlunun haczedilebilecek hiçbir malının olmadığını tespit eden haciz tutanağı da İİK m. 105/I uyarınca kesin aciz belgesi niteliğindedir⁹⁶⁰.

İcra ve İflas Kanunu’nun 143. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “*Aciz vesikasında yazılı alacak miktarı için faiz istenemez*” hükmü uyarınca aciz belgesinde tespit edilmiş alacak için alacaklının faiz talep edebilmesi mümkün değildir. Bunun yanı sıra hükümde zamanaşımına ilişkin de bir düzenleme de öngörülmüştür. Aynı maddenin

⁹⁵⁸ **Kren Kostkiewicz**, Jolanta: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2014, s. 251; Bu belge ile İİK m. 227 hükmü uyarınca alacaklıya iptal davası açma hakkı tanınmaktadır. Bkz. **Uyar**, Talih: “Takip Hukukunda Borç Ödemededen Aciz Vesikası (İİK m. 143)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 20, S. 70, Y. 2007, s. 346, dp. 4.

⁹⁵⁹ **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 240.

⁹⁶⁰ **Akil**, Cenk: “Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davası Bağlamında Aciz Belgesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Y. 2014, s. 164; **Kuru**, s. 748 – 749; **Spühler**, Karl: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 7. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2016, s. 200.

altıncı fıkrasında borçluya karşı aciz belgesinin düzenlendiği tarihten itibaren yirmi yıl geçmesiyle borcun zamanaşımına uğrayacağı hüküm altına alınmıştır⁹⁶¹.

Aciz belgesinde gösterilen alacağa faiz bağlanamamasının bazı temel nedenleri bulunmaktadır. Öncelikle hâlihazırda zor durumda bulunan borçlunun yükünün daha da artırılmasının hiçbir lüzumu olmaması ve yine borçlunun bulunduğu zor durumdan kurtulabilmesini sağlayabilmektir⁹⁶². Nitekim aciz hâlinde olan borçlunun, haczi mümkün mallarının paraya çevrilmiş olmasına rağmen üstüne üstlük bir de düzenlenen aciz belgesinde yer alan alacaklara ilişkin faiz yürütülebilmesinin mümkün olması, borçlunun mali yükünü daha da artıracaktır⁹⁶³. Bu sebeple alacağa işleyecek faizin hangi andan itibaren duracağını tespit edebilmek gerekmektedir. Buna göre faiz işleminin aciz belgesinin düzenlendiği andan itibaren duracağı ve asıl alacağa aciz belgesinin düzenlenmesine kadar işlemiş faiz ve giderlerin ekleneceği kabul edilmektedir⁹⁶⁴. Aciz belgesinde tespit edilen hususların sonuç doğurabilmesi ise belgenin düzenleme

⁹⁶¹ 4949 sayılı kanun ile 143. maddede yapılan değişiklikten önce aciz belgesine bağlı alacak zamanaşımına uğramıyordu. Bu duruma ilişkin alacaklı ve borçlu açısından yapılan bir değerlendirmeye ilişkin bkz. **Deliduman**, Seyithan: “Borç Ödemeden Aciz Belgesinin Maddi Hukuk Alanındaki Hüküm ve Sonuçlarından Aciz Belgesine Bağlanmış Alacağın Zamanaşımına Uğramaması”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), C. 2, S: 1, Y. 1 Ocak 1998, s. 189.

⁹⁶² **Işık**, Melih: İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi ve Bu Nitelikteki Haciz Tutanakları (İİK m. 143, 105), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 221.

⁹⁶³ **Akyazan**, Sıtkı: “Borç Ödemeden Aciz Belgesi”, Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1964, s. 322; **Işık**, s. 221.

⁹⁶⁴ İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği m. 51: “*Bu vesikaya, dosya numarası; alacaklının ve borçlunun adları, soyadları ve yerleşim yerindeki adresleri; takibin hangi yolla yapıldığı; yapılan işlem sonucu; alacağın faiz ve gideri ile birlikte miktarı; aciz vesikasının ne miktar alacak için verildiği ve kanunî dayanağı; ayrıca takip, iflâs yolu ile yapılmakta ise müflisin alacağı kabul veya reddettiği hususu da İcra ve İflâs Kanununun 251 inci maddesi gereğince yazılır; vesika, icra müdürü tarafından imzalanır ve mühürlenir.*”; İşleyen faizin duracağı ana ilişkin tartışmalar ve eleştiriler için, bkz. **Işık**, s. 222 vd.; Borcuna işleyen faizlerin bir an önce durmasını isteyen borçlunun da aciz belgesinin verilmesini isteyebilme hakkı bulunmaktadır. Bkz. **Görgün**, L. Şanal/ **Börü**, Levent/ **Kodakoğlu**, Mehmet: İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 325 – 326.

şartlarının gerçekleşmesine ek olarak bir de belgenin şeklen düzenlenmiş olmasına bağlıdır⁹⁶⁵.

Borçlunun koruma altına alındığı bir başka düzenleme ise yine İİK'nın 143. maddesinin beşinci fıkrasında yer almaktadır. İlgili hüküm “*Kefiller, müşterek borçlular ve borcu tekeffül edenler bu miktar için vermeğe mecbur oldukları faizlerden dolayı borçluya rücu edemezler*” şeklindedir. Düzenlemeyle borçlunun korunduğu alan genişletilerek kefiller, müşterek borçlular ve borcu tekeffül edenlerin ödedikleri faiz dolayısıyla borçluya rücu edebilmelerine engel olunmuştur.

Aciz belgesinde yazılı alacak miktarı için faiz istenememesi, faiz borçlarının eksik borç teşkil edip etmediği tartışmasını gündeme getirmiştir. Öğretide bir görüşe göre, aciz belgesindeki alacak miktarı için faiz istenememesi ifadesi, böyle bir borcun doğamayacağına işaret etmektedir⁹⁶⁶. Bir diğer görüş ise aciz belgesindeki alacak miktarı için faiz istenememesinden, bağlanmış olan faiz borcunun eksik borç teşkil edeceğini ileri sürmektedir⁹⁶⁷. *Balmer* konuya ilişkin⁹⁶⁸, İsviçre İcra ve İflas Kanunu Art. 149 Abs. 4 SchKG hükmünün Almanca metninin açık olmadığını; Fransızca ve İtalyanca metinlerinden ise faiz borcunun dava edilebilmesinin mümkün olabileceğinin de anlaşıldığını ifade etmiştir⁹⁶⁹. Hatta Vaud Kantonu Kanton Mahkemesi bu belirsizlik

⁹⁶⁵ Konuya ilişkin tartışmalar ve çözüm önerileri için bkz. **Işık**, s. 222 vd.

⁹⁶⁶ **Arık**, K. Fikret: “Borç Ödemekten Aciz Vesikası”, Adliye Ceridesi, S. 11, Y. 1943, s. 950; **Gürdoğan**, Burhan: “İcra – İflâs Takiplerinde Borçlunun Tamamen veya Kısmen Acizini Tesbit Eden Vesikalar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 2, S. 1, Y. 1963, s. 28; **Öztek**, Selçuk: İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası (İİK m. 143; m. 251), Alfa Basım – Yayım – Dağıtım, İstanbul, 1994, s. 84.

⁹⁶⁷ **Balmer**, s. 186; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 83.

⁹⁶⁸ **Balmer**, s. 186 - 187, Vaud Kantonu mahkeme kararları için dp. 1787 – 1788, Cenevre Kantonu mahkeme kararlarındaki eksik borç görüşüne ilişkin dp. 1790; Eksik borçtan bahsedilemeyeceğine ilişkin bkz. **Leemann**, Hans: Der schweizerische Verlustschein, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1907, s. 54; **Öztek**, s. 83 – 84.

⁹⁶⁹ Faize ilişkin muafiyet borçluya olduğu kadar mirasçıları için de söz konusudur. Bkz. **Jaeger**, Karl/ **Walder**, Hans Ulrich/ **Kull**, Thomas M.: Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 5. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2006, Art. 149, N. 21, s. 404; Aksi yönde bkz. **Huber**, Ueli: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Art. 88 – 220, Hrsg. Staehelin, Adrian/ Bauer, Thomas/ Staehelin, Daniel, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG., Basel, 1998, Art. 149, N. 49, s. 1539; Hükmün Almanca metninde, borçlunun aciz

dolayısıyla Art. 147 Abs. 4 SchKG hükmünün esnek yapıda bir düzenleme olduğunu, borçlunun faiz ödeme borcunu ikrar edebileceğini böylece tam bir borcu yüklenebileceğini belirtmiştir⁹⁷⁰.

Öğretide *Işık* ise İİK m. 143'ün dördüncü ve yedinci fıkralarını karşılaştırmak suretiyle bir değerlendirmede bulunmuştur. 4949 sayılı kanunun İcra ve İflas Kanunu'nun 143. maddesinde yaptığı değişiklikle birlikte alacaklı aleyhine olarak alacağın yirmi yıllık bir zamanaşımına tabi olduğu kabul edilmiştir. *Işık*'a göre⁹⁷¹, bunu dengelemek için alacaklının lehine olarak, borçlu hakkında düzenlenen aciz belgesinin aciz siciline kaydedilmesinden belgenin terkin için İİK m. 143/VII uyarınca, borcun işlemiş faizleriyle beraber ödenmesi gerekmektedir. Karışıklığın nedeni, bir fıkra alacak için faiz istenemeyeceği yer alırken; başka bir fıkra göre aciz belgesinin sicilden terkin edilebilmesi için işlemiş faizlerin ödenmesinin gerekmesidir. Başka bir deyişle, düzenlemelerden borçludan faiz talep edilemese de kaydın silinmesi için faizin ödenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple de faiz alacağının var olmasına rağmen, dava ya da cibrî icra yoluyla talep edilmesi mümkün olmayan bir alacak olduğu kabul edilmekte, böylece borçlunun inisiyatifinde olarak onun rızasıyla ve sicile kayıtlı kaydın terkininin yapılması için ödenebilmektedir⁹⁷².

Öğretide *Buz* tarafından yapılan bir değerlendirmeye göre ise İİK m. 143/V hükmünün de üzerinde durmak gereklidir. Zira hüküm “*Kefiller, müşterek borçlular ve borcu tekeffül edenler bu miktar için vermeğe mecbur oldukları faizlerden dolayı borçluya rücu edemezler*” şeklindedir. İfade ettiği üzere alacaklı sadece borçludan faiz talep edememekte; buna karşın kefiller, müşterek borçlular ve borcu tekeffül edenler borç için yerine getirmek zorunda oldukları faiz yükümlülüğünü yerine getirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüklerini yerine getirdikleri takdirde ise ödeme yaptıkları için borçluya rücu

belgesindeki alacak miktarı için faiz ödemek zorunda olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. **Walder**, Hans Ulrich: SchKG, Schuldbetreibung und Konkurs, Das SchKG und zugehörige Verordnungen, mit Verweisungen, Anmerkungen, Hinweisen und Sachregister, 16. Auflage, Orell Füssli Verlag AG., Zürich, 2002, Art. 149 Abs. 4, s. 205.

⁹⁷⁰ **Balmer**, s. 186 – 187.

⁹⁷¹ **Işık**, s. 225 vd.; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 241 vd.

⁹⁷² **Işık**, s. 226.

edemeyeceklerdir. *Buz* tarafından yapılan değerlendirmede⁹⁷³ ise aciz belgesindeki söz konusu alacak açısından faiz borcunun hiç doğmayacağı görüşü kabul edildiği takdirde, bu borcun kefil yahut diğer müşterek borçlular ya da borcu tekeffül edenler açısından da doğmasının mümkün olmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Zira asıl borçlu açısından doğmayacağı kabul edilen bir borcun kefil ya da müşterek borçlular açısından doğacağını söylemek mümkün olmamalıdır.

Kanaatimizce de kefilin ya da diğer borçluların bu sıfatlarıyla faiz ödeme yükümlülüklerinin söz konusu olması, asıl borçlunun faiz ödeme borcunun hiç doğmayacağını söyleyebilmeye engel olmaktadır. Zira örneğin kefile asıl borçludan daha fazla sorumluluk yüklenebilmesi mümkün değildir. Aynı mantıkla faiz borcunun borçlu açısından eksik borç teşkil edeceğini kabul etmek İİK m. 143/V hükmüne rağmen bu savunmanın kefil tarafından da yapılabilmesini mümkün kılmalıdır. Her ne kadar İİK m. 143/IV hükmünde aciz belgesindeki alacak miktarı için faiz istenemeyeceği ifade edilse de borçlu, aciz belgesinin sicilden silinmesini istiyorsa borcunu işlemiş faiziyle birlikte ödemelidir (İİK m. 143/VII). İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin 100. maddesinin a bendine göre borç ödemedi aciz vesikası sicilinden bir kaydın terkin edilebilmesi için “*Borcun, aciz vesikasını düzenlemiş olan icra dairesine işlemiş faizleriyle birlikte tamamının ödenmesi*” icap etmektedir⁹⁷⁴. Alacağın zamanaşımına uğraması da aciz belgesinin sicilden terkin edilmesini sağlamamaktadır⁹⁷⁵. Sicilden terkin için faiz ödeme şartı borcu ifa açısından borçlu nezdinde zorlayıcı bir neden olabilir⁹⁷⁶. Oysa eksik borçların ifası açısından hiçbir hâlde bu nitelikte bir zorlamadan bahsedilememektedir. Şu hâlde sadece zamanaşımı süresi dolduğunda borçlu sahip olduğu zamanaşımı defini ileri sürmek suretiyle borcunun eksik borca dönüşmesini sağlayacaktır. Bu hâlde ferîlik özelliğinden ötürü faiz

⁹⁷³ Yazar, konuyla ilgili eksik borç görüşünü benimsemektedir. Bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 84.

⁹⁷⁴ Aciz vesikası sicilinden kaydın terkinine neden olabilecek diğer hâller için bkz. İİK Yön. m. 100.

⁹⁷⁵ **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 242.

⁹⁷⁶ Aynı yönde bkz. **Işık**, s. 226; **Taşpınar Ayvaz**, Sema: “Türk Hukukunda Bir İcra Sicili Düzenlemesi Örneği “Aciz Belgesi (Vesikası) Sicili””, Halûk Konuralp Anısına Armağan, 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 603.

borcunun da eksik borç niteliğinden bahsedilebilir⁹⁷⁷. Nitekim kanaatimizce eksik borçların zamanaşımına uğrayıp uğramaması ya da zamanaşımı dolayısıyla borçlunun bir defa hakkına sahip olup olmamasının da bir işlevi bulunmamaktadır⁹⁷⁸. Zira zamanaşımı defa borcun tam niteliğini eksik borca dönüştürme bakımından önem arz etmektedir. Bununla birlikte alacaklı, aciz belgesine bağlı alacak için sonradan yapılan takipte faiz talep ettiğinde icra müdürü bu talebe uygun olarak ödeme emri düzenlemeli, İİK m. 143/IV'deki kuralın uygulanabilmesi yani borçlunun kendisi açısından faiz borcunu ödemekten kaçınabilmesi için bunu defa yoluyla ileri sürmesi gerekmektedir⁹⁷⁹.

2.5. ÖNCEKİ MEDENİ KANUN'DA ve İCRA ve İFLAS KANUNU'NUN YÜRÜRLÜKTEN KALKAN BAZI HÜKÜMLERİNDE YER ALAN TARTIŞMALI BORÇLAR

Önceki Medeni Kanun'un 165 ve devamı hükümlerinde düzenlen eşler arasındaki cebri icra yasağı, bu yasağın dolayısıyla eşler arası hukuki ilişkilerden eksik borç doğup doğmayacağına ilişkin birtakım tartışmaları da beraberinde getirmişti. Öncelikle eşler arasındaki cebri icra yasağı, eşlerin birbirlerinden olan alacakları nedeniyle, birbirleri aleyhine icra takibinde bulunamamaları anlamına gelmektedir⁹⁸⁰. Başka bir ifade ile bu yasağın, evlilik birliğinin devamı sırasında eşlerin birbirlerinden olan alacakları nedeniyle bir eşin diğerine karşı cebri icra yoluna başvuramayacağını konu edinmektedir.

Önceki Medeni Kanunu'nun 165. maddesinde “*Karı koca evlenmenin devamı müddetince, kanunen muayyen haller haricinde, yekdiğerine karşı cebri icra talebinde bulunamaz. Kanunun cebri icra caiz olan hallerde dahi karı kocadan birinin diğer taraf*

⁹⁷⁷ TBK m. 152 uyarınca asıl alacağın zamanaşımına uğraması hâlinde ona bağlı faiz ve diğer alacaklar da zamanaşımına uğramış olur; Faiz alacağı, asıl alacağa bağlı ferî nitelikte ancak ondan bağımsız bir alacaktır. Bkz. **Şen**, Mustafa Serhat/ **Şen**, Mustafa Kamil: “Türk Borçlar Kanunu’nda Faiz Hükümleri ve Sınırları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 9, S. 35, Temmuz 2018, s. 479; **Zeller**, s. 5.

⁹⁷⁸ **Balmer**’e göre zamanaşımının güçlü etkisi, yani alacak hakkını ortadan kaldıran etkisi kabul edilir olsaydı ancak o zaman eksik borçların zamanaşımına uğrayıp uğramadığı tartışması önem arz edebilirdi. Bkz. **Balmer**, s. 47 – 48.

⁹⁷⁹ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 83; Karş. **Gürdoğan**, Vesikalar, s. 28; **Öztek**, s. 85.

⁹⁸⁰ **Özbay**, İbrahim: “Eşler Arasında Cebri İcra Yasağı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1 – 2, Y. 2000, s. 87.

yüzünden uğradığı ziyan ve o taraf hakkında iflas veya semeresiz kalan hacizde cari mahrumiyetleri müstelzim olmaz” denilmek suretiyle eşler arasındaki cebrî icra yasağı hüküm altına alınmıştı. Hâl böyle olunca eşler arasındaki bu yasağın eşlerin birbirlerinden olan alacakları bakımından geçici nitelikte eksik borç doğurduğu yönünde değerlendirmeler yapılmıştı⁹⁸¹. Burada cebrî icra yasağının dava hakkına yansımalarının nasıl olacağı, akıllara gelen ilk soru olabilmektedir. Eşler arasında cebrî icra yasağının bulunması, karı ve kocanın evlilik devam ederken birbirlerine karşı dava açabilmelerine engel olmamakta, nitekim cebrî icra yasağı yalnızca icra ve iflas takipleri açısından söz konusu olmaktadır⁹⁸². Başka bir ifade ile cebrî icra yasağının olması, aynı zamanda dava yasağının da olduğu anlamını taşımamaktaydı. Dolayısıyla eşlerin birbirlerinden olan alacakları için dava açabilmeleri mümkündü; ancak mahkemeden alınan bir alacak ilamının yerine getirilmesini isteyebilmeleri ise evlilik birliği sona ermediği müddetçe mümkün değildi.

Geçmişte evlilik birliği içerisinde eşlerin birbirlerinden olan alacakları için cebrî icra yasağının bulunması ifade edildiği üzere kimi yazarların bu durumda geçici nitelikte eksik bir borcun söz konusu olacağı fikrini benimsemelerine yol açmıştır⁹⁸³. Kanaatimizce eksik borçlar açısından, bu borçların belki de en önem arz eden niteliklerinden biri olarak alacaklının alacağını elde edebilmek için devletin yetkili organlarını kullanamamasıdır. Her ne kadar bu tartışmada söz konusu alacaklar için dava yolunun açık olması ancak buna rağmen cebrî icra yoluna başvurabilme imkânının bulunmuyor olması, dava açabilme imkânını anlamsız kılsa da bu alacakların dava

⁹⁸¹ Alacaklı eşin üçüncü bir şahsa borcu olduğunda ve borcunu ödeyecek başka bir karşılığı da olmadığında kanun tarafından bu üçüncü şahsın borçlu eşe diğer eşinin alacağı için başvurmasına izin verilmekteydi (ÖMK m. 167). Bkz. **Saymen/ Elbir**, s. 56 - 57; Söz konusu bu yasak eşler arasındaki alacaklar açısından dava açılması yönünde bir engel teşkil etmemekteydi. Şu hâlde dava açıldığı takdirde edinilen ilamın icra makamlarınca yerine getirilmesi yasak kapsamı dahilinde olacaktı. Fakat eşlerin evlilik birliği içerisinde birbirlerinden olan alacakları bakımından zamanaşımı duracağından (EBK m. 132/I – 3, TBK m. 153/I – 3) evlilik birliği devam ettiği müddetçe birbirlerine karşı alacakları için dava açmalarına gerek bulunmamaktaydı. Bkz. **von Tuhr/ Peter**, I.I. s. 37.

⁹⁸² **Özbay**, s. 92; **Saymen/ Elbir**, s. 57; **von Tuhr/ Peter**, I.I. s. 37; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, s. 29 - 30.

⁹⁸³ **Saymen/ Elbir**, s. 56 – 57.

edilebilmesi eksik borç görüşünü savunabilmeye engel teşkil etmektedir⁹⁸⁴. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda isabetli bir şekilde bu yasağa ya da kurala yer verilmemiştir. Bu sebeple günümüzde eşlerin birbirlerinden olan alacakları için cebri icra yasağı bulunmaması dolayısıyla artık eşlerin birbirlerine karşı takipte bulunabilmeleri mümkündür⁹⁸⁵. Böylece bu tartışmanın artık günümüz hukuku anlamında pratik bir önemi kalmadığı söylenebilmektedir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 4949 sayılı kanunla değişik m. 179 ve devamı hükümleri uyarınca mahkeme tarafından kişi hakkında iflasının ertelenmesine karar verilmesi hâlinde mevcut takipler duracak ve takip yasağı söz konusu olacaktır⁹⁸⁶. Ayrıca bunun yanı sıra erteleme kararı, borç ilişkisi ve borçlara etki edeceğinden söz konusu bu hâlde geçici nitelikte eksik borcun varlığından bahsedilebileceği ifade edilmiştir⁹⁸⁷. Ancak iflasın ertelenmesi hakkında söz konusu kanunun 179. maddesinin a – c hükümlerinin 7101 sayılı kanunun 65. maddesi ile yürürlükten kaldırıldığı görülmektedir. Böylece bu tartışmaya da artık yer olmadığı ifade edilmelidir.

2.6. İSVİÇRE HUKUKUNDA MEVCUT OLAN FARKLI EKSİK BORÇ ÖRNEKLERİ

İsviçre Borçlar Kanunu Art. 186 OR hükmü uyarınca İsviçre Kantonlarında küçük işletmelere ilişkin hak talepleri de dahil olmak üzere alkollü içeceklerin perakende satışlarından kaynaklanan alacaklara ilişkin dava haklarının sınırlandırılması yahut böyle bir hakkın hiç tanınmayabilmesi mümkündür⁹⁸⁸. Bu nitelikteki alacakların karşılığını oluşturan borçların doğumları anından itibaren eksik borç teşkil etmesi ya da tıpkı zamanaşımına uğramış borçlarda olduğu gibi bir defa ileri sürülmek suretiyle borcun

⁹⁸⁴ **Becker**, K SZO I, Allgemeine Bestimmungen, N. 15, s. 9.

⁹⁸⁵ **Akıntürk/ Ateş**, s. 153.

⁹⁸⁶ **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 85.

⁹⁸⁷ **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 85; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 86.

⁹⁸⁸ **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 39.

eksik borca dönüştürülmesine karar verebilmek İsviçre Kantonlarının yetkisindedir⁹⁸⁹. Bunun dışında sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızası bulunmaksızın kendilerini borç altına sokan hukuki işlemleri yapmasının sonuçlarına ilişkin İsviçre’de Zürih Kantonunda Roma hukukundakine benzer şekilde eksik borç yaptırımının söz konusu olduğu anlaşılmaktadır⁹⁹⁰.

⁹⁸⁹ Örneğin Zürih Kantonunda bu durum bazı kimseler için söz konusudur. Buna göre sarhoşlara, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılarına, akıl hastalarına alkol satışından bu nitelikte bir borç doğmaktadır. Bkz. **Balmer**, s. 171 – 172; **Bucher**, SOR AT, s. 69; **Guhl/Koller**, s. 16; **Koller**, Alfred: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 186, N. 5, s. 1281; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 39.

⁹⁹⁰ **Balmer**, s. 113 – 114; Alman hukukunda bu görüş için bkz. **Kaestner**, Franz Rudolf: Die rechtliche Natur der unvollkommenen Verbindlichkeiten, Druck von Reinhold Berger, Luca, Leipzig, 1933, s. 75; Karş. **Schulze**, s. 22.

3. BÖLÜM

EKSİK BORÇLARIN ETKİLERİ

3.1. EKSİK BORÇLARIN KESİN VE OLASI ETKİLERİ

3.1.1. Genel Olarak

Roma Klasik Hukuk Dönemi'nde ortaya çıktığı kabul edilen bu borç türünün benimsenen özelliklerinden ayrılmalar özellikle *Iustinianus* Dönemi'nde⁹⁹¹ gerçekleşmiştir⁹⁹². Günümüze dek süregelen bu yaklaşım biçimi eksik borçlara ilişkin genel bir çerçevenin oluşturulmasına ve korunmasına engel olmuştur. Örneğin insanın ahlaki ya da vicdani özelliklerinin öne çıktığı bazı borçlar Roma hukukunda *Iustinianus* Dönemi ile birlikte ifa edilen edimin muhafaza edilmesinin (*soluti retentio*) mümkün olması gerekçesiyle *obligatio naturalis* olarak nitelendirilmiştir. Bunun yanı sıra çeşitli sebepler dolayısıyla *soluti retentio* sonucunu doğuran başka türlü borçlarda da bu sonuca rastlamak mümkündür. Böylece Roma Klasik Hukuk Dönemi'nde bu borç türüne ilişkin ortaya koyulan özelliklerden sapmalar *Iustinianus* Hukuku'ndan günümüze kadar gelmiştir. Hatta ahlaki ödevlerden doğan borçların eksik borç teşkil edip etmediği konusuna ilişkin tartışmaların hâlen yapılmaya devam etmesi de bu meselenin bir sonucudur. Böylece günümüzde birkaç etkide benzerlik gösteren tüm borçlar “*eksik borç*” olarak nitelendirilir olmuştur. Neticede hem eksik borçların tespit edilebilmesi hem de bir çerçevede etkilerinin belirlenebilmesi oldukça güçlük arz etmektedir. Kanaatimizce bu borç türünün ilk ortaya konulduğu dönemdeki belirlenen etkilerin uygun düştüğü ölçüde esas alınması, özellikle eksik borç kurumunun sınırlarının tespitinde yol gösterici olmalıdır. Bu nedenle eksik borçların malvarlığına ilişkin borçlar olduğu kanaatine sadık kalıp, etkilerini ise tüm eksik borçlar için söz

⁹⁹¹ Söz konusu bu ayrılmanın Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde olduğunu ifade eden yazarlar: **Kaser**, Max: Das Römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1975, s. 335; **Schulze**, s. 69; **Zimmermann**, s. 9.

⁹⁹² Bu başlıktaki Roma hukukuna ilişkin kısım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm I.

konusu olan “*kesin etkiler*” ve değişkenlik gösterip, haklarında fazla sayıda tartışma olmasından ötürü “*olası etkiler*” olarak incelemeyi uygun görmekteyiz. Gerçekten de eksik borçların etkilerini, kesin ve olası etkiler olacak şekilde ikili bir ayırıma tabi tutmak yerinde olacaktır. Zira kesin etkiler konusunda öğretilerde görüş birliği bulunmaktadır. Bununla birlikte kesin etkiler, eksik borçlar için ortak ve hepsi için geçerlidir. Ayrıca bu etkilerin, eksik borçların tespit edilmesinde de önemli bir işlevi vardır. Olası etkiler ise eksik borçların bazı türleri için söz konusu olabilen ve haklarında öğretilerde önemli tartışmalar olan etkilerdir. Dolayısıyla bir eksik borcun olası etkilere sahip olup olmamasının, borcun niteliğinde hiçbir değişiklik meydana getirmeyeceğini ifade etmek gerekmektedir.

3.1.2. Eksik Borçların Kesin Etkileri

3.1.2.1. Yaptırımsızlık

Geçerli bir borç türü olarak eksik borçlar, ifa edildikleri takdirde tıpkı bir tam borcun ifası gibi sonuç doğurmaktadır⁹⁹³. Bu tür borçların en önemli özelliği ise ifa edilmemesi durumunda kendisini göstermektedir. Eksik bir borcun borçlusu edimin ifasını yerine getirmediği takdirde, alacaklı borçludan edimini ifa etmesini isteyebilir. Ancak borçlu bu talebe karşılık vermediğinde alacaklının devletin yetkili organlarına başvurmak suretiyle alacağını elde edebilmesi mümkün değildir. Zira bu nitelikteki borçların devletin yetkili organları vasıtasıyla yerine getirilmesi mümkün deęildir⁹⁹⁴. Esasen eksik borçları özellikle başlangıçtan itibaren eksik borçları, kamu yararı gerekçesi ile

⁹⁹³ **Brox/ Walker**, AS, s. 17; **Looschelders**, SR AT, s. 11; **Medicus/ Lorenz**, SR AT, s. 10 – 11; **Schulze**, s. 224; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 29.

⁹⁹⁴ Borç eksik borca ilişkin olsa da rehinli alacaklının rehnin özel yoldan paraya çevrilmesinde olduğu şekilde devletin yetkili organlarının faaliyet göstermediği hâllerde alacağını elde etmesinin mümkün olduğuna ilişkin bkz. **Balmer**, s. 196 – 197; Öğretilerde bir görüşe göre eksik borcun ifası için borçluya ihtarla bulunabilmesi mümkündür. Bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 125; Öğretilerde bir başka görüşe göre ise ifanın gönüllük esasına dayanması gerektiğinden, ifanın gerçekleşmesinde herhangi bir zorlayıcı etken söz konusu olmuş ise yapılan ödemenin geri istenmesi mümkün olabilmelidir. Dolayısıyla eksik borçlu, kendisine gönderilen ihtar dolayısıyla, sadece bu nedenle borcunu yerine getirmişse iade talebinde bulunabilmelidir. Bkz. **Schulze**, s. 224, dp. 101.

korumaya değer görmeyen hukuk düzenleri, bu nitelikteki borçların alacaklılarını hukuk dışı yollarla alacaklarını elde etmeye çalışmalarına da neden olabilmektedir.

Alacaklının borcunu elde edememesi durumunda devlet organları vasıtasıyla yapabileceği hiçbir şey bulunmamaktadır. Zira borçlunun alacaklının talebine uygun davranmamasına karşılık başvurabileceği hukuki koruma yolları, sadece borcun niteliği dolayısıyla kapalıdır. Dolayısıyla bu hâlde alacaklının borçlunun kendisinin gönüllü olarak edimin ifasını yerine getirmesini beklemekten ya da tabiri caizse dilemekten başka bir çaresi bulunmamaktadır.

Hukuk düzenlerinin eksik borçlara ilişkin geliştirdiği yaklaşım bazı tür eksik borçlar açısından daha katı olmakla birlikte bazıları açısından ise daha ılımlıdır. Zira başlangıçtan itibaren eksik olan borçlar, yaptırım gücünden en başından, başka bir deyişle doğdukları andan itibaren mahrumdur. Ancak sonradan bu niteliğe sahip olan borçlar açısından söz konusu olan durum farklıdır. Sonradan eksik borçlar kamu yararı için bir tehlike oluşturmadığından borçlunun ileri sürebileceği defî hakkının kullanılmasına kadar borç tam borç olarak varlığını sürdürmeye devam etmektedir⁹⁹⁵. Borçlu hak teşkil eden defisini ileri sürmemeyi tercih ettiğinde ise borç kendiliğinden ya da başka türlü eksik bir borca dönüşmemektedir. Dolayısıyla borçlu, sahip olduğu defî hakkını ileri sürmeyi tercih etmediğinde, definin varlığı yetkili organlarca resen dikkate alınmayacağından borçlunun ifaya mahkûm edilmesi söz konusu olabilmektedir⁹⁹⁶.

Eksik borcun alacaklısı, kendisine ifanın yapılmamış olması dolayısıyla uğradığı zararın tazminini de talep edememektedir⁹⁹⁷; zira eksik borçlarda ortak olan yaptırımsızlık

⁹⁹⁵ **Balmer**, s. 188; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 58; Sonradan eksik borçların kamu yararı için bir tehlike oluşturmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **Engel**, s. 47; **Koller**, SOR AT, s. 14; Sonradan eksik borçların kamu yararı için bir tehlike arz etmemeleri nedeniyle de bu borçlar, başlangıçtan itibaren eksik borç niteliğini haiz borçlardan ayrı tutulmaktadır. Sonradan eksik borçlara daha ılımlı bir yaklaşım gösterilmesinin temel gerekçesi de budur.

⁹⁹⁶ **Balmer**, s. 166.

⁹⁹⁷ **Engel**, s. 42; Öğretide bir görüşe göre, sözleşmenin kurulacağına ya da geçerli olacağına yahut geçersizliğine rağmen ifa edileceğine ilişkin kendisinde güven oluşturulan kimsenin malvarlığında, bu sözleşmenin kurulmaması yahut geçerli olmaması dolayısıyla meydana gelen rıza dışı azalmayı ifade eden olumsuz (menfi) zararın eksik borçlar söz konusu olduğunda davaya konu edinebilmesi gerekir. Bkz. **Schönenberger/ Jäggi**, K SZO,

özelliği devletin yetkili organları vasıtasıyla, borçlunun dava, cebri icra ya da tazminat yolları ile hem ifaya zorlanamamasını hem de zararının giderilmesine engel olmayı ifade etmektedir⁹⁹⁸.

3.1.2.2. İfanın Bağışlama Teşkil Etmemesi

Hukuki niteliği itibariyle bağışlama sözleşmesi; tek tarafa borç yükleyen, ivazsız bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Söz konusu sözleşmeye ilişkin hükümler, TBK m. 285 – 298 arasında yer almaktadır. TBK m. 285’e göre, “*Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*” Hükme göre sözleşmenin konusunu, bağışlayanın bağışlanana, sağlararası sonuç meydana getirmek amacıyla malvarlığından karşılıksız bir kazandırma yapması oluşturmaktadır.

Modern hukuk sistemlerinde ilave sebepler de sayılıyor olsa da Roma hukukundan bu yana kabul edilmiş en temel kazandırma sebepleri; ifa sebebi (*causa solvendi*), alacak sebebi (*causa credendi*) ve bağışlama sebebidir (*causa donandi*)⁹⁹⁹. Bağışlama sözleşmesinde kazandırmanın sebebini *causa donandi* yani bağışlama sebebi

Vorbemerkungen vor Art. 1, N. 72, s. 174; Aynı yönde *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde menfi zararın giderilmesine ilişkin, örneğin evlenme simsarlığı yapan bir kimsenin yurt dışında yaşayan birinde sözleşmenin kurulacağı yönünde haklı bir izlenim yaratması ve sonrasında haklı bir gerekçe olmaksızın sözleşmeyi yapmaktan vazgeçmesi durumunda karşı tarafın yapmış olduğu seyahat masraflarının *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde talep edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 135 – 136, dp. 408; Olumsuz zararın tanımı ve konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Ergüne**, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 40; **Oser/Schönenberger**, K SZO, Art. 39, N. 7, s. 260 – 261; Öğretide bir görüşe göre eksik borçların tespit davasının konusunu oluşturabilmesi de mümkündür. Bkz. **Schulze**, s. 468.

⁹⁹⁸ **Bucher**, SOR AT, s. 67; **Demiray**, Armağan, s. 585; İfa edilmeyen kumar ve bahis borçları açısından tazminatın söz konusu olamayacağına ilişkin bkz. **Giovanoli**, BernerK, Art. 513, N. 4, s. 281; **Engel**, s. 42; **Looschelders**, SR AT, s. 11; **Özbilen**, Biyolojik Madde, s. 145; **Özbilen**, Sözleşmelerin Şekli, s. 191.

⁹⁹⁹ **Eren/ Dönmez**, Şerh I, TBK md. 1 – 48’in Takdimi, N. 110, s. 222; “*Causa*” terimine Roma hukukuna ilişkin kaynaklarda sıklıkla rastlanmaktaydı. Daha sonra özellikle Aydınlanma Çağı’nda bu kavram üzerinde önemli tartışmalar yapılmış, hatta bu tartışmalar zamanla hukuk dışı alanları etkileyerek onlara da sirayet etmiştir. Bkz. **Bucher**, SOR AT, s. 52, 64, dp. 28; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 200 - 203.

oluşturmaktadır. Bu hukuki işlem ile gerçekleştirilmek istenen, hiçbir karşılık olmaksızın işlemin karşı tarafının malvarlığında bir kazandırmanın sağlanmasıdır.

Eksik bir borcun ifasında ise mevcut bir borcun yerine getirilmesi söz konusu olduğundan kazandırmanın hukuki sebebi bağışlama (*causa donandi*) değil; öğretideki bir görüşe göre, ifa sebebi (*causa solvendi*) teşkil etmektedir¹⁰⁰⁰. Zira eksik borcun borçlusunun bağış yapma niyeti bulunmamaktadır. Başka bir görüşe göre ise bu sebep, bir ifa sebebi değil, alacak/ kazanma sebebidir (*causa credendi* veya *causa acquirendi*)¹⁰⁰¹. Kazandırmanın geçerli bir hukuki sebebinin olması dolayısıyla, eksik borçların ifa edilmesi hâlinde iadesi mümkün olmamaktadır¹⁰⁰².

3.1.2.3. İfanın Geçerliliği ve Sebepsiz Zenginleşme Teşkil Etmemesi

Eksik borçlarda yaptırımsızlık, ifade edildiği üzere bütün eksik borç çeşitleri için ortak bir sonuçtur. Yaptırım gücü eksik olmasına rağmen, eksik borçların her türü açısından yine ortak, başka bir sonucu ise gerçekleştirilmiş bir ifada geri isteyebilmenin mümkün olmamasıdır. Geçmişten günümüze kadar hukuk düzenleri tarafından korunmasa da yine de yok sayılmayan bu borç türü için Roma hukukunda benimsenmiş *soluti retentio* yani alacaklının ifası yerine getirilmiş edimi muhafaza edebilme yetkisi hâlen geçerliliğini korumaktadır¹⁰⁰³. İfa edilen borcun hukuk düzeni tarafından geçerli bir

¹⁰⁰⁰ Eksik borçların ifa edilmesinde bağışlamanın söz konusu olmamasının bir sonucu da bağışlamanın geri alınmasına ilişkin kuralların uygulama alanı bulamamasında kendisini göstermektedir. Ayrıca miras hukuku açısından bağışlamanın tenkisine ilişkin kuralın da uygulanamayacağını etmek gerekmektedir. Bkz. **Bucher**, SOR AT, s. 67; **Eren**, BHGH, s. 92; **Klingmüller**, s. 269; **Schwanert**, s. 228.

¹⁰⁰¹ **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 81, 166; **Esser**, AT, s. 45; **Schulze**, s. 449 vd.; **Siber**, Naturalis Obligatio, s. 83; Gönüllü olarak yapılan ahlaki bir yükümlülüğün ifasında, ifanın iadesi istenemez. Bir görüşe göre, bu görevlerin yerine getirilmesinde iktisap sebebi olarak *causa acquirendi* söz konusu olmaktadır. Yapılan ifanın geri istenememesinin gerekçesini bu iktisap sebebi oluşturmaktadır. Bkz. **Enneccerus/ Lahmann**, s. 15; **Siber**, Naturalis Obligatio, s. 75.

¹⁰⁰² **Türel**, Ege: “Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Sebep ve Sinallagma İlişkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 3, Y. 2017, s. 371, dp. 22.

¹⁰⁰³ *Soluti retentio*, *Iustinianus* Hukuku’nda tüm eksik borçlar için ortak bir sonuç olarak görülmekteydi. İfa yerine getirildiği takdirde edimi muhafaza edebilme yetkisi, borcun eksik borç da olsa yerine getirilmesinin mümkün olmasından kaynaklanmaktadır. Bkz.

borç olarak kabul edilmesi dolayısıyla eksik bir borcun ifası neticesinde söz konusu ilke gereğince alacaklının ifa edilmiş edimi muhafaza edebilme yetkisi bulunmaktadır¹⁰⁰⁴. Bunun sebebi ise ifade edildiği üzere eksik borçların hukuki korumadan yoksun olsa da geçerli borç olarak nitelendirilmesinden kaynaklanmaktadır.

Eksik bir borcun hata dolayısıyla, borcun ifasının gerekmediğinin bilinmiyor olması nedeniyle ifa edilmiş olması durumunda da borçlunun iade isteyebilmesi mümkün değildir¹⁰⁰⁵. Borçlu borcunun eksik borç teşkil ettiğini bilmediğini, bilseydi ifa etmeyeceğini ileri sürerek iradesinin bozulduğuna dayanamamaktadır¹⁰⁰⁶. Zira eksik borcunu ifa eden borçlu, mevcut ve geçerli borcunu ifa etmiştir¹⁰⁰⁷. Bunun dışında borcun ifa edilmesinden sonra ifa edilen borcun eksik borç niteliği öğrenilmiş olduğunda sırf bu gerekçe ile iade istenebilmesinin hukuk düzenleri içerisinde bir karşılığı olmuş olsaydı o hâlde eksik borç kurumunun varlığı neredeyse hiçbir önem arz etmeyecekti¹⁰⁰⁸. Açıklanan sebeplerle eksik bir borcun borçlusu hata ile dahi olsa borcunu ifa etmiş ise bu ifa geçerli bir ifa teşkil edecek ve borcun sırf eksik borç niteliğini haiz olması gerekçesine dayanılmak suretiyle iade istenebilmesi ise mümkün olmayacaktır.

Schulze, s. 72; İfa edilebilme özelliği, borcun varlığına temel teşkil etmektedir. Bkz. **Klingmüller**, s. 19.

¹⁰⁰⁴ **Balmer**, s. 189; **Koller**, SOR AT, s. 13; **Schwenzer**, s. 34.

¹⁰⁰⁵ **Koller**, SOR AT, s. 14, dp. 29; Aynı husus benzer şekilde Roma Hukukunda da kabul edilmekteydi. Bu konu hakkında bazı metinler için bkz. *D. 12.1.14 (Tryphoninus)*, *D. 12.6.26.12 (Ulpianus)*. Bkz. Metinler, **Balmer**, s. 189, dp. 1804'ten alınmıştır; **Guhl/Koller**, s. 15; **Schönenberger/Jäggi**, K SZO, Vorbemerkungen vor Art. 1, N. 74, s. 174.

¹⁰⁰⁶ **Balmer**, s. 189; *Buz*'a göre, borcun mevcudiyetinde ya da niteliğinde yahut konusunda hataya düşülmüş değildir. Bununla birlikte borcun ifa edilmesinin gerekmediğinin bilinmemesi sebebine dayanılarak, hataya düşüldüğü gerekçesiyle iptale ilişkin hükümlere başvurmak, zamanaşımına uğramış borçların ifasından kaynaklanan zenginleşmelerin geri istenemeyeceğine ilişkin TBK 78/II hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 137.

¹⁰⁰⁷ Eksik borçlar, tıpkı tam borçlar gibi örneğin ifada olduğu şekilde borcun sona erme nedenlerinden biri gerçekleştiğinde sona erer. Bkz. **Engel**, s. 42.

¹⁰⁰⁸ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 137.

Borcun kaynaklarından birini teşkil eden sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerine dair hükümler, TBK m. 77 – 82 arasında düzenlenmiştir¹⁰⁰⁹. Öğretide bu kurum, hiçbir haklı neden olmaksızın başka bir kimsenin malvarlığından yahut emeğinden gerçekleşmiş zenginleşme olarak tanımlanmaktadır¹⁰¹⁰. Sebepsiz zenginleşme nedeniyle zenginleşen kimse, aleyhine zenginleştiği kimseye, zenginleşmeyi iade etmek zorundadır¹⁰¹¹. Nitekim bu husus TBK m. 77/T’de “*Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür*” hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu yükümlülüğün hangi durumlarda meydana geleceği de TBK m. 77/II’de “*Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur*” hükmünde belirtilmiştir. İlgili hükümden anlaşıldığı üzere zenginleşenin geri verme yükümlülüğü; sebep geçerli olmadığında, gerçekleşmemiş olduğunda yahut sona ermiş olduğunda meydana gelmektedir.

Sebepsiz zenginleşme kurumu, ifade edildiği üzere zenginleşmenin geçerli bir sebebe dayanmaksızın gerçekleştiği durumlarda da uygulama alanı bulmaktadır. Kanun koyucu bu kurumu kabul etmekle geçerli bir sebebe dayanmaksızın gerçekleşen zenginleşmenin giderilmesini, bir başka ifade ile bir kimse aleyhine zenginleşenin yaptırım uygulanmak suretiyle zenginleştiğini geri vermesini amaçlamaktadır¹⁰¹².

Eksik borçlar açısından söz konusu olan kesin etkilerden bir diğeri de bu borçların ifa edilmesi hâlinde sebepsiz zenginleşmenin söz konusu olmaması ve bu sebeple iade

¹⁰⁰⁹ İfade etmek gerekir ki Türk Borçlar Kanunu’ndaki sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler sadece bunlardan ibaret değildir. Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin düzenlemelere kanunun farklı hükümlerinde ya da başka kanunlarda da rastlanması mümkündür.

¹⁰¹⁰ **Antalya**, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri – Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, s. 681; **Brox/ Walker**, BS, s. 450 vd.; **Eren**, BHGH, s. 958; **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 332; **Schmidt**, Rolf: Schuldrecht: Besonderer Teil II, 11. Auflage, Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH., Hannover, 2016, s. 77.

¹⁰¹¹ **Larenz**, Karl/ **Canaris**, Claus - Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994, s. 127.

¹⁰¹² Alman Hukukunda konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Flume**, Werner: Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Mohr Siebeck, 2003, s. 95 vd.

istenememesidir¹⁰¹³. Zira yukarıda ifade edildiği üzere bu borçlarda kazandırmanın mevcut ve geçerli bir hukuki sebebi bulunmaktadır. Bu nedenle eksik borcun ifa edilmesinin geçersiz bir sebebe sahip olduğu savına dayanarak sebepsiz zenginleşme teşkil edeceğini değerlendirmek mümkün olmamaktadır.

Türk Borçlar Kanunu m. 78/I’de yer alan “*Borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilir*” hükmü gereğince borçlunun iade isteyebilmesinin mümkün olup olmayacağına gelince ise soruya olumsuz cevap vermek gerekecektir. Zira hükümeden anlaşıldığı üzere iade talebinde bulunabilmek için borçlanılmamış bir edimin kişinin kendi iradesiyle yerine getirilmiş olması gerekmekte, ayrıca bu kimsenin kendisini borçlu sanmak suretiyle ifayı gerçekleştirdiğini ispat edebilmesi bir şart olarak aranmaktadır. Eksik borçlarda ise durum tam tersidir; zira borçlu borçlanmış olduğu bir edimi yerine getirmektedir¹⁰¹⁴. Ancak TBK 78/I hükmünde iade isteyebilmenin ilk şartı olarak borçlanılmamış bir edimin yerine getirilmiş olması aranmaktadır.

3.1.3. Eksik Borçların Olası Etkileri

3.1.3.1. Savunma Vasıtaları Açısından Eksik Borç

Alacaklı ifa talebinde bulunduğunda, borçluya bazı hususları ileri sürebilmek suretiyle ifadan geçici yahut sürekli olarak kaçınma imkânı veren, yani aslında borçlu lehine tanınmış olan maddi hukukun savunma araçları; defî ve itirazdan oluşmaktadır¹⁰¹⁵.

Defî hakları, sahibine kendisine karşı ileri sürülmüş bir hakkı etkisizleştirme yahut sonuçlarını tamamen ya da kısmen sınırlama, engelleme veya ortadan kaldırma olanağı

¹⁰¹³ **Bucher**, SOR AT, s. 67; **Schaufelberger**, Peter C./ **Keller**, Max: Das Schweizerische Schuldrecht: Band III, Ungerechtfertigte Bereicherung, 3. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Frankfurt am Main, 1990, s. 57 - 58.

¹⁰¹⁴ **Balmer**, s. 189; **Koller**, SOR AT, s. 13.

¹⁰¹⁵ **Bucher**, SOR AT, s. 37 – 38; **Esser**, AT, s. 13; **Gauch/ Schluep**, SOR AT I, s. 14; İsviçre hukukunda bu ayrımın yeterince dikkate alınmadığına ilişkin görüş için bkz. **Schwenzer**, s. 31 – 32; **Wolf/ Neuner**, s. 259 vd.

tanıyan haklardır¹⁰¹⁶. İtiraz ise davacı ya da alacaklı tarafın hakkının mevcut olmadığını gösteren bir olayı ifade etmektedir¹⁰¹⁷. Olaydan kastedilen hakkın hiç doğmadığı ya da sona erdiği; bu nedenle de itiraz öğretide genellikle, hakkın doğumuna engel olan ya da hakkı yok eden itiraz olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁰¹⁸.

Defi ile itiraz arasındaki farklara kısaca değinmek gerekirse öncelikle defi, niteliği itibariyle bir hak; itiraz ise bir olay teşkil ettiği için hakkın sahibinin hakkını kullanmaktan vazgeçebilmesi mümkündür. Ancak itiraz, ifade edildiği üzere bir olay olması nedeniyle itirazın tek taraflı bir vazgeçme beyanı ile ortadan kaldırılabilmesi mümkün değildir. Bir diğer fark ise ileri sürülmeleri konusunda kendisini göstermektedir. Defi ileri sürülmek suretiyle hâkim tarafından dikkate alınırken; itirazda hâkim bunu resen dikkate almak zorundadır. Definin dikkate alınması için mutlak surette ileri sürülmesi gerekir. Ancak itirazda, dava dosyasındaki herhangi bir belgeden, tarafların ileri sürdüklerinden itiraz teşkil eden olay tespit edilebiliyorsa o hâlde hâkimin bunu resen göz önünde bulundurması gerekecektir¹⁰¹⁹. Definin bir hak teşkil etmesi dolayısıyla ancak hakkın sahibi tarafından ileri sürülmesi mümkündür. İtiraz ise menfaati bulunan diğer kimseler tarafından da ileri sürülebilmektedir. İtirazda hakkın

¹⁰¹⁶ **Eren**, BHGH, s. 73; **Köhler**, s. 263; **Schwenzer**, s. 32; **Ulrici**, Bernhard/ **Purmann**, Anja: “Einwendungen und Einreden”, JuS (Juristische Schulung), Heft 2, 104, 2011, s. 106, (beck - online: Die Datenbank, SET.: 03.03.2023); **Winkelmann**, s. 211.

¹⁰¹⁷ **Eren**, BHGH, s. 77; **Gauch/ Schlupe**, SOR AT I, s. 14; **Köhler**, s. 262 - 263; **Medicus**, Dieter: Bürgerliches Recht, Carl Heymanns Verlag KG., Köln, s. 31; **Schwenzer**, s. 32; **Ulrici/ Purmann**, s. 106.

¹⁰¹⁸ **Bork**, Reinhard: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, s. 132; Sözleşmeden kaynaklanan bir hakkın talep edilebilmesi için öncelikle geçerli bir şekilde kurulmuş sözleşmenin bulunması gerekir. Aksi hâlde hakkın doğumuna engel olan bir itirazın varlığından bahsedilebilecektir. Uyulması gereken şekil şartlarına uyulmamış olması ya da temyiz kudretinin bulunmaması, itirazın bu türünü meydana getirecek olaylardır. Borcun konusunu oluşturan edim hâlihazırda zaten ifa edildiğinde ise itiraz, hakkı yok eden bir nitelik taşıyacaktır. Bkz. **Köhler**, s. 262 - 263; Öğretide itirazlara ilişkin “*hakkın doğumuna engel olan itiraz*” ve “*hakkı sona erdiren itiraz*” ayrımı yapılmaktadır. Ancak ifade etmek gerekir ki itiraz teşkil eden farklı durumlarla karşılaşılabilmektedir. Zira hakkı sona erdirmeyip ya da hakkın doğumuna engel olmasa da başlangıçtan itibaren eksik borçların da itiraz teşkil ettiği kabul edilmektedir. Bkz. **Balmer**, s. 188; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 29, dp. 36; **Wolf/ Neuner**, s. 260.

¹⁰¹⁹ İtiraz teşkil eden olayı davalının ileri sürmüş olması durumunda ise bunun ispat yükü kendisinde olmaktadır. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 78; **Schwenzer**, s. 31; **Ulrici/ Purmann**, s. 104; **Wolf/ Neuner**, s. 260.

doğmaması ya da mevcut bir hakkın sona ermesi söz konusu iken; defi hakkı sona erdirmemekte sadece hakkın kullanımına yahut ileri sürülmesine sürekli ya da geçici süreliğine engel olmaktadır.

Öğretide eksik borcun alacaklısının borçludan ifa talebinde bulunması durumunda, bu talebe karşılık borcun eksik borç niteliği taşıdığından defi yolu ileri sürülmesi gerektiği ya da itiraz teşkil ettiği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır.

Başlangıçtan itibaren eksik olan borçlar, meydana geldikleri andan itibaren dava ile talep yahut cibrî icra ile takip edilebilme olanağından mahrumdur. Bu özelliği esas alan bir görüşe göre, ifade edilen nitelikteki bir borcun borçlusunun alacaklısı tarafından devletin yetkili organları kullanılmak suretiyle ifaya zorlanması olanağı mevcut olmadığı için açılmış bir davada konu, itiraz niteliği taşımamalıdır¹⁰²⁰. Sonradan eksik borç niteliğini kazananlar açısından aynı durum söz konusu değildir. Zira eksik borcun bu türünde, tam borcun eksik borca dönüşebilmesi için defi hakkının ileri sürülmesi gerekmektedir¹⁰²¹. Defi ileri sürülmediği müddetçe de alacak hakkının zayıflaması ve bunu takiben borcun eksik borca dönüşmesi söz konusu olmamakta ve borç tam bir borç olarak varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Söz konusu durum açısından bir olay yani itirazdan bahsedilememesi dolayısıyla hâkim tarafından resen dikkate alınmayacağını ifade etmek gerekmektedir¹⁰²².

Öğretide yer alan bir başka görüşe göre¹⁰²³, başlangıçtan itibaren yahut sonradan eksik borçlar fark etmeksizin borcun eksik borç niteliği itiraz değil; defi teşkil etmektedir. Bunun nedeni, itirazın bir hakkın doğumuna engel olan ya da sona ermesine neden olan

¹⁰²⁰ **Balmer**, s. 188; **Schulze**, s. 630; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 29, dp. 36.

¹⁰²¹ **Balmer**, s. 188; İtiraz ile defi arasındaki spesifik fark kendisini özellikle bu konuda göstermektedir. Bkz. **Schulze**, s. 630, dp. 10.

¹⁰²² **Balmer**, s. 188.

¹⁰²³ *Bilge*'ye göre, kumar veya bahis definde bulunabilmenin mümkün olmasının yanı sıra hâkimin de bu durumu borcun niteliği dolayısıyla resen dikkate alma yükümlülüğü vardır. Bkz. **Bilge**, Kumar ve Bahis, s. 11; Kumara ilişkin olarak bkz. **Fisch**, s. 121 – 122; **Güven**, s. 55 – 56; Bir ifadeye göre itirazın meydana getirdiği sonuç, hakkın kaybedilmesinden farklı değildir. Başka bir deyişle itiraz ile hukuki durumun kaybedilmesi söz konusu olmaktadır. Bkz. **Winkelmann**, s. 211, dp. 250.

olaylar olarak tanımlanması ve dolayısıyla bu niteliğin eksik borçlar ile bağdaşmaması olarak açıklanmaktadır. Zira bu görüşe göre, borcun eksik borç niteliği taşıması, borcun doğumuna engel olan bir sebep olmadığı gibi borcun sona ermesine neden olan bir etken de değildir. Bunun yanı sıra borcun eksik borç niteliği taşıması bir olay da teşkil etmemekte, bir hukuki sonucu ifade etmektedir. Söz konusu görüşe göre eksik borç iddiası itiraz savunma aracının hiçbir özelliği ile bağdaşmamakta; definin amacı ile daha uygun düşmektedir.

Öğretide yer alan bir başka görüşe göre¹⁰²⁴, bir eksik borcun varlığı söz konusu bu borcun dava ve takip edilememesi konusunda bir hakkın ileri sürülmesidir. İtirazda olduğu gibi borcun sona erdiği veya hiç doğmamış olduğuna ilişkin bir olay söz konusu değildir. Bu iddia ise herkes tarafından değil; muhatap borçlu tarafından ileri sürülebilmektedir. Bu gerekçelerle eksik borcun, itiraz konusu oluşturması mümkün değildir. Aynı görüşe göre zamanaşımının defi yoluyla ileri sürülmesi hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Fakat kumar ve bahisten meydana gelen borçların ya da evlenme simsarlığından doğan ücret borçlarının veya ahlaki ödevlerden doğan borçların hâkim tarafından resen dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak yine de bu borçların geçerli ve ifa edilebilir nitelikte olmasından dolayı bir itiraza konu oluşturamayacağı ve defi de teşkil edemeyeceğine göre burada eksik borcun savunma vasıtalarıyla ileri sürülmesinin kendisine özgü bir hukuki niteliği olduğu kabul edilmektedir. İfade edilen borçlara ilişkin davanın devam ettiği sırada borç borçlu tarafından ifa edilirse, yine eksik borcun temel özelliği gereğince ifa geçerli bir ifa teşkil edecek; bu nedenle de hâkim yapılan ifanın iadesine karar veremeyecektir. Fakat kanunda kumar ve bahis borçları ve evlenme simsarlığından doğan borçlar için dava açılmayacağı hükümleri yer aldığından hâkimin bu hükümleri dikkate alması gerekmektedir. Diğer borçlara ilişkin ise hâkimin resen değerlendirme yapmaması gerektiği, zira bunların ileri sürülmesinin bir defi teşkil ettiği ifade edilmektedir¹⁰²⁵.

¹⁰²⁴ Şahan, ahlaki ödevlerden doğan borçları eksik borç olarak değerlendirmiştir. Bkz. Şahan, s. 407 – 408, 417 vd.

¹⁰²⁵ Şahan, s. 418.

Yargıtay, bazı kararlarında zamanaşımını savunma vasıtalarından itiraz olarak değerlendirmiş, fakat Hukuk Genel Kurulu 12.03.2019 tarihli bir kararında zamanaşımının borcu sona erdirmediğini, borcu eksik borca dönüştürdüğünü ve ileri sürülmesinin ise bir def'i teşkil ettiğini ifade etmiştir¹⁰²⁶. Kurul, kumar ve bahis borçlarının eksik borç teşkil ettiğini ifade etmekle birlikte bunların resen dikkate alınması gerektiğini; zira itirazın konusunu oluşturduğunu ifade etmiştir¹⁰²⁷.

Başlangıçtan itibaren eksik borçlar, doğdukları andan itibaren dava ile talep ve cebrî icra ile takip imkânından yoksundur. Kanaatimizce başlangıçtan itibaren eksik borçlar hâkim tarafından resen dikkate alınmalıdır. Söz konusu borçlar, itiraz kurumunun özellikleri ile bire bir bağdaşmasa da bu borçların ileri sürülmesinin bir itiraz teşkil

¹⁰²⁶ Yarg. HGK., T. 12.03.2019, E. 2015/2925, K. 2019/277: “Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden, dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade etmektedir. Sonucu alacak hakkına sona verme değil, onu eksik borç hâline getirme olarak ortaya çıkmaktadır. 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, kendi alacağına karşı uzun süre kayıtsız kalan kimsenin bu hakkının artık korunmaya layık olmadığını kabul etmiş sayılması yatmaktadır. Diğer bir ifade ile özel hukukta teknik bir kavram olan zamanaşımı, bir hakkın kazanılmasında veya kaybedilmesinde yasanın kabul etmiş olduğu sürenin tükenmesi anlamına gelmektedir. Yargıtay’ın istikrar kazanmış son uygulamalarına göre, zamanaşımı hukuki niteliği, maddi hukuktan kaynaklanan bir def’i olup, usul hukuku anlamında ise bir savunma aracıdır.” Bkz. Şahan, s. 414 – 415.

¹⁰²⁷ Yarg. HGK., T. 27.01.2010, K. 2010/36: “Kumar ve bahis borcunun eksikliği savunması def’i değil itiraz niteliğindedir. Hâkim tarafından resen dikkate alınır. Böyle bir savunma hakkın kötüye kullanılması sayılmaz. Kumar oynayan veya bahis eden kimse tarafından imza edilmiş adi veya kambiyo senedi üçüncü şahsa devredilmiş olsa dahi bunlara dayanılarak hak talep edilemez.” Karar, **Reisoğlu**, BHGH, s. 38, dp. 6’dan alınmıştır; Aynı yönde: Yarg. HGK., T. 22.02.2017, E. 2015/932, K. 2017/315: “Kumar ve bahis borcunun eksikliği savunması bir def’i değil, bir itiraz oluşturur. Varlığı yargıç tarafından görevinden ötürü dikkate alınır. Böyle bir savunmayı ortaya atmak da hakkın kötüye kullanılması sayılmaz...”; Bkz. Legal Bank Elektronik Hukuk Bankası; Yarg. 13. HD., 30.12.2005, E. 2005/11359, K. 2005/19434: “Davacı, 27.11.2002 tarihli dava dilekçesinde, 21.3.2003 tarihli cevaba cevap dilekçesinde davalının kumar oynadığını, borcuna karşılık dava konusu çeki verdiğini ve söz konusu çekin bu nedenle düzenlenmiş olduğunu HUMK. 151/son maddesine uygun bir şekilde imzalı beyanı ile açıklayıp kabul etmiştir. Davalı da senetteki temel borç ilişkisini bu kumar borcuna dayandırmıştır. Uyuşmazlık kumar borcundan kaynaklanmaktadır. Mahkemenin kabulü de bu doğrultudadır. Kumar ve bahis eksik (tabii) borç doğuran akitlerdendir. Kumar ve bahis borcunun eksikliği savunması bir def’i değil, bir itiraz oluşturur. Varlığı yargıç tarafından görevinden ötürü dikkate alınır. Böyle bir savunmayı ortaya atmak da hakkın kötüye kullanılması sayılmaz.” Bkz. Hukuk Türk İhtihat Bilgi Bankası.

etmesi, hukuk düzeninin bu borçları hoş görmemesi ya da kınaması anlayışına uygundur. Sonradan eksik borçlarda durum daha farklıdır. Bu tür borçlara ılımlı yaklaşılmasının nedeni kamu yararı için tehlike oluşturmamalarından ileri gelmektedir¹⁰²⁸. Dolayısıyla bu borçların alacaklısı tarafından talep edilmesi hâlinde ileri sürülebilecek savunma aracı defîdir. Nitekim sonradan eksik borçların en sık karşılaşılan çeşidini oluşturan zamanaşımına uğramış borçlarda, borcun eksik borç hâline gelmesi de borçlunun sahip olduğu defi hakkını ileri sürmesiyle gerçekleşebilmektedir¹⁰²⁹.

3.1.3.2. Eksik Borcun Miras Hukukundaki Yeri

Bir kimsenin sağlığında dinamik bir nitelik taşıyan borçlarından ve alacaklarından oluşan malvarlığı, kişi öldüğünde sabit bir hâle gelir ve artık “*tereke*” ya da “*miras*” olarak adlandırılır¹⁰³⁰. Ancak malvarlığı ve tereke kavramlarının eş anlamlı olmadığını ifade etmek gerekmektedir¹⁰³¹. Zira malvarlığı kavramı dahilinde mirasçılara intikal etmeyen, yani terekede yer almayan şahsi nitelikteki hak ve borçlar da bulunmaktadır¹⁰³².

¹⁰²⁸ Engel, s. 47.

¹⁰²⁹ Aynı yönde bkz. Balmer, s. 188; Buz, Eksik Borçlar, s. 5 vd.; Kumar borçları bakımından karşı. von Tuhr/ Peter, I.I, s. 29, dp. 36; Koller, SOR AT, s. 14.

¹⁰³⁰ Ayan, Mehmet: Miras Hukuku, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 29, 33; Kipp, Theodor/ Coing, Helmut: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Fünfter Band: Erbrecht, 13. Bearbeitung, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1978, s. 7.

¹⁰³¹ Tereke ile malvarlığı kavramı arasında yakın bir ilişki olsa da bu iki kavram birbiri ile özdeş değildir. Gerçekten de bazı haklar da malvarlığı kapsamında yer aldığı hâlde terekede yer almazlar. Örneğin TMK m. 797’de ifade edildiği üzere intifa hakkı ölümle birlikte sona erer. TMK m. 823/II’de belirtildiği üzere oturma hakkı da mirasçılara geçmez, dolayısıyla terekede yer almaz. Aynı şekilde nafaka alacağı ya da manevi tazminat isteminde bulunma hakkı esasında bir malvarlığı hakkı olmasına rağmen terekede yer almaz ve mirasçılara geçmez. Bunun tek bir istisnası vardır. O da mirasbırakanın sağlığında ileri sürdüğü manevi tazminat taleplerine ilişkindir. Mirasbırakan, manevi tazminat isteme hakkını dava yoluyla ya da dava dışında ileri sürmüş olmalıdır. Bkz. Eren, Fikret/ Yücer Aktürk, İpek: Türk Miras Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 23.

¹⁰³² Yılmaz, Süleyman: Medeni Hukuk, Cilt IV: Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 5.

Türk Medeni Kanunu’nun 599. maddesi mirasın mirasçılar tarafından kazanılmasına ilişkin, “*Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Kanunda öngörülen ayırık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar. Atanmış mirasçılar da mirası, mirasbırakanın ölümü ile kazanırlar. Yasal mirasçılar, atanmış mirasçılara düşen mirası onlara zilyetlik hükümleri uyarınca teslim etmekle yükümlüdürler*” hükmünü içermektedir. Hükümde ifade edildiği üzere mirasbırakanın ölümü ile birlikte mirasçılar mirası bir bütün hâlinde, kanun gereği kazanmaktadır. İstisnai durumlar saklı kalmak suretiyle mirasçılar mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, zilyetlikleri doğrudan kazanırlar. Atanmış mirasçılar da yasal mirasçılar gibi mirasbırakanın ölümüyle birlikte mirası kazanmaktadır. Ancak bunun için yasal mirasçıların atanmış mirasçılara düşen mirası zilyetlik hükümleri uyarınca teslim etmesi gerekmektedir. Mirasçılar bunun dışında mirasbırakanın borçlarından da kişisel olarak sorumlu olmaktadır.

Türk Medeni Kanunu’nun 599. maddesi, miras hukukunda önem arz eden iki ilkeye dikkat çekmektedir. Bunlar; kendiliğinden iktisap ilkesi ve külli halefiyet ilkesidir¹⁰³³. Kökeninin Cermen hukukuna ait olduğu düşünülen kendiliğinden iktisap ilkesi, terekenin bir anlık dahi olsa sahipsiz kalmasına engel olmak amacıyla, hiçbir irade açıklamasına ya da tahsis işlemine gerek olmaksızın, mirasbırakanın ölümü anında terekede yer alan hak ve borçların kendiliğinden mirasçılara geçmesini ifade etmektedir¹⁰³⁴. Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde benimsenmiş ve Roma¹⁰³⁵ ve

¹⁰³³ **Ulus Karataş**, Elif: “Türk Miras Hukukunda Mirasın Kazanılmasında Halefiyet Türleri ve Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Yansımaları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 73, S. 2, Y. 2015, s. 358.

¹⁰³⁴ **Muscheler**, Karlheinz: *Universalsukzession und Vonselbsterwerb: Die rechtstechnischen Grundlagen des deutschen Erbrechts*, J. C. B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2002, s. 2; **Ulus Karataş**, s. 358 – 359; **Röthel**, Anne: “Universalsukzession und Vonselbsterwerb (§ 1922 BGB)”, JURA (Juristische Ausbildung), Vol. 40, 5, 2018, s. 477.

¹⁰³⁵ Roma hukukunda Klasik Hukuk Dönemi sonuna kadar *successio* kavramından sadece külli halefiyet anlaşılmaktaydı. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi’nde ortaya çıkan ve *Iustinianus* Dönemi’nde de benimsenen; belirli bazı mallarda halefiyet, diğer bir deyişle cüz’i halefiyet (*successio singulas res*) kavramının kullanılması sebebiyle modern hukuk sistemlerindeki

Pandekt hukuklarında gelişmiş olan külli halefiyet ilkesi ise mirasbırakanın ölümü anında kendiliğinden mirasçılara intikal eden terekenin, mirasçılar tarafından kanunda yer alan özel şartların gerçekleşmesi gerekmeksizin, hukuki nitelikteki ölüm olayıyla kazanılmasına sebep olmaktadır¹⁰³⁶.

Külli halefiyet ilkesi, hem mirasçılar arasındaki eşitliği sağlayarak hem de terekede mevcut olan tüm hak ve borçların dışarıda kalmasına engel olarak, mirasbırakanın alacaklılarının ve borçluların güvenliğini sağlamaktadır¹⁰³⁷.

Külli halefiyet ilkesinin önemi, mirasbırakanın tüm hak ve borçlarının, ölüm gerçekleştiği anda kendiliğinden yani teslim, temlik, tescil gibi hiçbir özel şart aranmaksızın bir bütün hâlinde külli halef mirasçılara geçmesinde kendisini göstermektedir¹⁰³⁸. Külli halef olarak nitelendirilen mirasçılar ise kanuni ve atanmış mirasçılardır. Bu grup gerçek ya da tüzel kişilerden oluşabilmektedir. Ancak vasiyet alacaklıları külli halef değildir. Zira onlar mirasçı olarak nitelendirilmemektedir. TMK m. 600/I’de “*Vasiyet alacaklısı, vasiyeti yerine getirme görevlisi varsa ona; yoksa yasal veya atanmış mirasçılara karşı kişisel bir istem hakkına sahip olur*” hükmü yer almaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca vasiyet alacaklılarının varsa vasiyeti yerine getirme görevlisinden yoksa yasal ya da atanmış mirasçılardan kendilerine vasiyet edilen hakkı iktisap edebilmek adına bir talepte bulunması gerekmektedir.

külli halefiyet kavramını karşılayan ve bu kavramı tam anlamıyla yansıtabilen *successio per universitatem* terimi kullanılmaya başlanmış ve kavram böylece hukuk literatürüne girmiştir. Bkz. **Günel**, Nadi: “Roma Miras Hukuku’na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1, Y. 1995, s. 425, dp. 1.

¹⁰³⁶ **İmre**, Zahit/ **Erman**, Hasan: Miras Hukuku, Der Yayınları, 10. Basım, İstanbul, 2014, s. 10; **Kipp/ Coing**, s. 4; **Muscheler**, s. 2; **Özcan**, Bilge: Miras Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 21; **Röthel**, s. 477; **Spitzer**, Martin: “Universalsukzession, Erbengemeinschaft und GmbH - Geschäftsanteile, ÖJZ (Österreichische Juristen - Zeitung), 11, 2021, s. 502.

¹⁰³⁷ **Ayan**, Miras Hukuku, s. 45; Külli halefiyet ilkesinin hakkaniyet ve Türk borçlar hukukuna hâkim temel bir ilke niteliğinde olan borçların nisbiliği ilkesi nezdinde eleştirisi için bkz. **Şahin**, Mustafa: “Borçların Nisbiliği İlkesi ve Türk Miras Hukuku Anlamında Mirasbırakanın Borçlarından Dolayı Mirasçılarının Sorumluluğu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 2, Y. 2021, s. 102 vd.; **Ulus Karataş**, s. 359.

¹⁰³⁸ **Eren/ Yücer Aktürk**, s. 19; **Yılmaz**, s. 7.

Mirasın kazanılmasına ilişkin TMK m. 599/II hükmünde de açıkça ifade edildiği üzere külli halef mirasçılar mirasbırakanın haklarını kazanmakla birlikte aynı zamanda mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olmaktadır¹⁰³⁹. Zira tereke pasif ve aktifleriyle bir bütün olarak mirasçılara geçmektedir. Mirasbırakanın ölümüyle terekede yer alan borçların mirasçılara geçişi ile borcun üstlenilmesi farklı kurumlardır. Terekenin mirasçılara geçmesinde, intikale elverişli aktiflerin dışında borçlar da mirasçılara geçmekte ancak terekede yer alan borçlar, hiçbir işleme tabi olmaksızın mirasçılara intikal etmektedir. Oysa borcun üstlenilmesinde borç, tarafların yaptıkları bir sözleşme ile borcu üstlenene geçmektedir¹⁰⁴⁰. Bunun yanı sıra mirasın geçmesinde, terekede yer alan sadece tek bir borcun geçişi değil aksine intikale elverişli bütün borçların mirasçılara geçmesi söz konusudur.

Anlaşıldığı üzere mirasbırakanın borçları da külli intikal prensibi gereğince mirasçılara geçmektedir¹⁰⁴¹. Bu sebeple mirasbırakanın sadece hukuki işleminden doğan borçları değil, sözleşme dışı meydana gelen borçları ya da vergi borçları¹⁰⁴² da külli halef mirasçılara intikal etmektedir¹⁰⁴³.

¹⁰³⁹ Mirasçıların borçlardan kişisel olarak yani tüm malvarlıklarıyla sorumlu olmasının istisnaları vardır. Örneğin, TMK m. 631/II uyarınca son mirasçı konumundaki devlet, terekenin borçlarından kendisine geçen malların değeri oranında sorumlu olduğundan mirasbırakanın borçlarının terekenin aktifini aşması hâlinde, bu fazlalıktan sorumlu olmamaktadır. Yine TMK m. 632/III'e göre terekenin resmî tasfiyesi yolu tercih edildiğinde mirasçıların şahsi sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. TMK m. 628 - 629 hükümlerine göre terekenin tutulan deftere göre kabul edilmesi durumunda da mirasçıların şahsi sorumluluklarının sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu sınırlandırma haklı bir mazeret olmaksızın deftere yazılmamış borçlar açısından söz konusudur. Bkz. **Ayan**, Miras Hukuku, s. 46 - 47; **Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Jungo**, s. 781.

¹⁰⁴⁰ **Ozanemre Yayla**, Hatice Tolunay: "Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, Y. 2016, s. 2933 – 2934.

¹⁰⁴¹ **Berki**, Şakir: "Türk Medenî Kanununda Miras Hukukunun Esasları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 31, S. 1, Y. 1974, s. 208; **Hauptli**, Matthias: Praxiskommentar: Erbrecht, Hrsg. Abt, Daniel/ Weibel, Thomas, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007, Art. 560, N. 3, s. 897; **Weidlich**, Dietmar: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare, 76. Auflage, Verlag C. H Beck oHG., München, 2017, § 1967, N. 1, s. 2314.

¹⁰⁴² İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. **Schaufelberger**, Peter C./ **Keller Lüscher**, Katrin: Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II, Art. 457 – 977 ZGB, Art. 1 – 61 SchlT ZBG, Hrsg. Geiser, Thomas/ Wolf, Stephan, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019, Art.

Bir görüşe göre¹⁰⁴⁴, söz konusu intikalde -kural olarak- bütün borçların mirasçılara¹⁰⁴⁵ geçeceği kabul edildiğinden mirasbırakanın terekesinde var olan borçlar, eksik borç niteliği taşıyorsa da bunun farklı bir sonuç doğurmayacağı, intikal olmuş eksik borcun mirasçı nezdinde de varlığını eksik borç olarak sürdürmeye devam edeceği değerlendirilmektedir. Dolayısıyla mirasçı da bu eksik borcu ifa edip etmeme konusunda mirasbırakan gibi serbesti içerisinde olacağından alacaklı, mirasçıdan da bu alacağını elde edememişse başvurabileceği herhangi bir yol bulunmayacaktır. Yine aynı görüşe göre¹⁰⁴⁶, yasal ve atanmış mirasçılar mirasbırakanın borçlarından sorumlu olmak istemiyorlarsa bunu TMK m. 605'in kendilerine tanıdığı miras ret hakları ile de gerçekleştirebilmektedir. Mirasbırakanın terekesinde sadece eksik borç yer alıyorsa o hâlde mirasçıların miras reddetmesine gerek kalmaksızın borcun niteliği gereği borcu ifadan kaçınma imkânına zaten sahip olunacaktır.

Ekonomik durumunun kötü olmasına rağmen sırf alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirasçının mirası reddedilmesi mümkündür. Bu hâlde yani mirasın iradi

603, N. 12, s. 776; Karş. **Schwander**, Ivo: Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II, Art. 457 – 977 ZGB, Art. 1 – 61 SchlT ZBG, Hrsg. Geiser, Thomas/ Wolf, Stephan, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019, Art. 560, N. 8, s. 573.

¹⁰⁴³ **Aslan**, Memduh: “Mirasçıların Vergi Borçlarından Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 17, S. 3 – 4, Y. 2011, s. 129; İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında (BGE 103 II 330 ff.), haksız fiil sorumluluğunda zarar, failin ölümünden sonra ortaya çıksa dahi borcun tereke pasifinde yer alacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Schwander**, BSK ZGB II, Art. 560, N. 8, s. 573; Ayrıca bkz. **Tuor/ Schnyder/ Schmid/Jungo**, s. 932 – 933; **Weidlich**, Beck'sche KuKo, § 1967, N. 1 – 2, s. 2314.

¹⁰⁴⁴ **Balmer**, ahlaki ödevlerden doğan borçların neden eksik borç teşkil etmediğini açıklarken gösterdiği gerçeklerden biri olarak bunların miras yolu ile intikal etmediklerini ifade etmiştir. Yazarın bu ifadesinden eksik borçların mirasbırakanın terekesinin pasifinde yer alarak mirasçılara intikalinin mümkün olduğunu değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Yazar, konuya ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına da göndermede bulunmuştur: BGE 48 II 308. Bkz. **Balmer**, s. 203, dp. 1962; Aynı yönde bkz. **Engel**, s. 42; **Güven**, s. 67 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 56; **von Tuhr/ Peter**, I.II, s. 482, dp. 62.

¹⁰⁴⁵ 1870 tarihli Louisiana Medeni Kanunu'nda mirasçıların mirasbırakanın şekil eksikliği mevcut olan ölüme bağlı tasarrufunda yer alan tasarrufları gerçekleştirme konusunda eksik borca sahip oldukları ifade edilmektedir. Bkz. **LaFleur Jr.**, Ernest G.: “Natural Obligations”, Louisiana Law Review, Vol. 12, N. 1, November 1951, s. 81; **Snyder**, David V.: “The Case of Natural Obligations”, Louisiana Law Review, Vol. 56, N. 423, 1995, s. 430.

¹⁰⁴⁶ **Güven**, s. 67 – 68.

olarak reddedilmesi durumunda reddin iptali istenebilmektedir¹⁰⁴⁷. Öğretideki bir görüşe göre¹⁰⁴⁸, reddin iptalinin istenebilmesi için alacaklının geçerli bir alacağının olması gerektiğinden borcun eksik borca ilişkin olması durumunda da alacaklının reddin iptalini isteyebilmesi mümkündür. Ancak borçlunun eksik borcunu ifa etmekten kaçınması mümkün olduğundan mirasçının defi hakkını ileri sürmesi reddin iptali istemenin reddine karar verilmesine neden olmalıdır. Kanaatimizce başlangıçtan itibaren eksik borçlar bakımından borcun eksik borç teşkil etmesi resen dikkate alınmalıdır.

Türk Medeni Kanunu m. 605/II’de yer alan “*Ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedен aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır*” hükmünde mirasbırakanın ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedен aczi belli ya da resmen tespit edilmiş ise mirasın reddedilmiş sayılacağı ifade edilmektedir. *Güven*’in söz konusu hükme ilişkin dikkat çektiği iki nokta bulunmaktadır¹⁰⁴⁹; terekeye dahil borçlar hesaplanırken mirasbırakanın eksik borçlarının dahil edilip edilmeyeceği ve bu borçlar tereke dahilinde kabul ediliyorsa bu durumun borç ödemedен aciz hâlinde olunmasına etki edip etmeyeceğidir. Yazar, ilk soruya olumlu cevap vermektedir. İkinci soru bakımından da yazar, mirasbırakan tarafından yerine getirilmeyen eksik borç dolayısıyla kendiliğinden meydana gelecek bir hükmi reddin söz konusu olmaması gerektiğini, zira bu durumun borç ödemekten aciz hâlinde olup olmama hususunda dikkate alınabilecek bir etken olmadığını değerlendirmektedir¹⁰⁵⁰. Ancak yazar, terekenin pasifine dahil edilen eksik borçların tek başına tereke aktifinden fazla olması durumunda terekenin

¹⁰⁴⁷ Terekenin borca batık olması dolayısıyla kanun gereği reddinde, reddin iptalinin istenebilmesi terekenin tasfiyesi gerçekleşikten sonra geriye kalan miktarın mirasçı tarafından reddedilmesi hâlinde mümkün olabilmektedir. Bkz. **Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575 – 639), Cilt II, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, M. 617, N. 1006, s. 688.

¹⁰⁴⁸ **Çabri**, M. 617, N. 1017, s. 694; **Gönen**, Doruk: “Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarının TMK m 617 Kapsamında Korunması”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 80, S. 3, Y. 2022, s. 856.

¹⁰⁴⁹ **Güven**, s. 67 - 68.

¹⁰⁵⁰ İfade etmek gerekir ki öğretideki hâkim görüşe göre hükümde geçen “*ödemeden aciz*” ifadesinden borca batıklık yani terekenin pasifinin aktifinden fazla olması anlaşılmalıdır. Bkz. **Çabri**, M. 605, N. 803, s. 552 - 553; **Umar**, Bilge: “Aciz Hâli – Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düştüğü Bir Yanlışlık (MK m. 605 f. II, 618)”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 2004, s. 323.

borca batık olduğu kanıtlanıyorsa o hâlde TMK m. 605/II uyarınca reddin gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁵¹.

Kanaatimizce, mirasbırakanın eksik borcunun külli halefiyet ilkesi uyarınca mirasçılara intikal edeceği görüşüne katılmak isabetli olacaktır. Bununla birlikte mirasçı mirasbırakanın eksik borcunu ifa etmek istediğinde bu mümkün olmalıdır. Ancak mirasbırakanın eksik borcunu ifa edip etmemek konusunda mirasçı da tıpkı mirasbırakan gibi inisiyatif sahibi olacaktır. Sonradan eksik borçlar açısından mirasbırakanın sahip olduğu defileri mirasçıların da ileri sürebilmesi mümkün olduğundan, mirasçılar bu haklarını kullanmak suretiyle terekedeki borcu, eksik borca dönüştürerek ifa yükümlülüğünden kurtulabilmelidir. Aksi takdirde borç eksik borca dönüşmeyeceğinden tıpkı zamanaşımı definin ileri sürülmemesi hâlinde borçlunun ifaya mahkûm edilebilmesi gibi tereke alacaklılarının da alacaklarını elde edebilmesi mümkün olabilecektir¹⁰⁵².

Mirasbırakanın, ölümünden önce altsoyunun eksik borcunu ödemesinin neticesinde denkleştirmeye¹⁰⁵³ tabi bir kazandırmanın söz konusu olup olmayacağı tartışmalıdır¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵¹ **Güven**, s. 68.

¹⁰⁵² Her mirasçı, miras alacaklısına karşı zamanaşımı defî gibi tüm ortak savunmaları ve kişisel savunmaları ileri sürebilmektedir. Bkz. **Schaufelberger/ Keller Lüscher**, BSK ZGB II, Art. 603, N. 5, s. 774.

¹⁰⁵³ Türk Medeni Kanunu'nda mirasta denkleştirme önceki kanunda "*mirasta iade*" olarak ifade edilmekteydi. Denkleştirme kavramının tercih edilmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **İşgüzar**, Hasan: Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 150.

¹⁰⁵⁴ **Kocayusufpaşaoğlu**, kural olarak eksik borcun ifa edilmesi suretiyle gerçekleştirilen borçtan kurtarmanın bakım ve yardım niteliği taşıması dolayısıyla denkleştirme kapsamında sayılmayacağını savunmaktadır. Ancak istisna olarak böyle bir ödemenin altsoyun hayatındaki önemi göz ardı edilemeyecek şekilde kredi ve itibarını destekliyorsa o hâlde denkleştirmenin gerçekleşmesi gerekecektir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Mirasta İade Mefhumu ve Murisin İadeye Tabi Kazandırmaları, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1960, s. 190; Bir başka görüş ise özellikle kumar ve bahis borçları ile zamanaşımına uğramış borçlar arasında bir ayırım yapmaktadır. Buna göre, mirasbırakan, altsoyun kumar ve bahisten kaynaklanan bir borcunu ödemişse bu durumda murisin bu borçları ödemesi sonunda pasifinde hiçbir eksilme olmadığından denkleştirme söz konusu olmayacaktır. Zamanaşımına uğramış borçlar açısından ise mirasbırakan altsoyun eksik borç hâlindeki zamanaşımına uğramış borcunu eğer ki altsoyun talebine dayanarak ödemişse bu hâlde denkleştirmede bu işlem hesaba katılmalıdır. Ancak bu borç, altsoyun isteği olmaksızın ya da altsoyun borcun ödenmemesine ilişkin isteğine aykırı olarak ödenmişse bu hâlde

Bir görüşe göre¹⁰⁵⁵, bu hâlde denkleştirmeye tabi bir kazandırmadan bahsedilemez. Zira bu borç dava edilebilir nitelikte değildir ve mirasçı yerine getirmek zorunda olduğu bir masraftan kurtulmamış, böylelikle zenginleşmemiştir. Kanaatimizce üstünlük tanınması gereken diğer görüşe göre¹⁰⁵⁶, mirasbırakan altsoyun borcunu ödediğinde bu durum önemsiz bir role sahip olmamalıdır. Burada borcun dava edilir nitelikte olup olmadığı konusunda bir ayırım yapılmasına gerek yoktur. Zira örneğin kumar ve bahis borçları açısından bunlar birer borçsuzluk hâlini değil, eksik de olsa borçluluğu ifade etmektedir. Bu nedenle dava edilemeyen bir borcun ödenmesi de bir menfaat olarak görülmeli ve bu böylelikle söz konusu durum denkleştirmede dikkate alınmalıdır.

3.1.3.3. Eksik Borç ve Ceza Koşulu (Cezai Şart)

Ceza koşulu TBK m. 179 – 182 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Borçlusuna güvenmeyen alacaklının alacağını teminat altına almak amacıyla borçludan isteyebileceği bir güvence de ceza koşuludur. Ceza koşulu öğretide, asıl borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlunun alacaklıya ifa etmekle yükümlü olduğu bir edim olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁵⁷. Ceza koşulu, borcun yerine getirilmemesi, eksik getirilmesi veya belirli zamanda ya da yerde ifa edilmemesi hâlinde borçlunun

denkleştirmede hesaba katılmamalıdır. Bkz. **Eren**, Fikret: “Mirasta İade”, Adalet Dergisi, Yıl: 54, S. 5 – 8, Y. Mayıs – Ağustos 1963, s. 729 – 730; **Piotet**, Paul: Schweizerisches Privatrecht IV/1, Vierter Band, Erbrecht (Erster Halbband), Helbing & Lichtenhahn Verlag AG., Basel, 1978, s. 309; **Turan Başara**, Gamze: Miras Hukukunda Denkleştirme, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 106 - 107.

¹⁰⁵⁵ Mirasbırakan altsoyun eksik borcunu ifa ettiğinde altsoyun hiçbir menfaati olmaz ve bu nedenle de zenginleşmiş sayılmaz. Bkz. **Schwendener**, Ulrich: Die Ausgleichungspflicht der Nachkommen unter sich und in Konkurrenz mit dem überlebenden Ehegatten, (Diss.), Buchdruckerei Ernst Rohner, St. Gallen, 1959, s. 46.

¹⁰⁵⁶ Bu durumda altsoylar arasındaki eşitliğin bozulacağı endişesiyle denkleştirmeye tabi tutulması gerektiği düşünülmektedir. Bkz. **Escher**, A./ **Escher**, Arnold: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang, (Art. 537 - 640), 3. Auflage, Schulthess & CO. AG., Zürich, 1960, Art. 626, N. 39, s. 631; **Demir Tokelli**, Pınar Özlem: Türk Medeni Kanunu’nda Mirasta Denkleştirme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012, s. 93; **Gubler**, Heinz: Die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen (Art. 626 ZGB), (Diss.), Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1941, s. 58 - 59; **Rösli**, Arnold: Herabsetzungsklage und Ausgleichung im schweizerischen Zivilgesetzbuch (Art. 522 - 533 und 626 - 633), (Diss.), Zürich, 1935, s. 87.

¹⁰⁵⁷ **von Büren**, SOR AT, s. 408; **Gauch/ Schluep**, SOR AT II, s. 361; **Koller**, SOR AT, s. 1414.

ödemekle yükümlü olduğu, ekonomik değeri haiz, hukuki işlem ile belirlenmiş bağımlı (ferî) özellik¹⁰⁵⁸ taşıyan bir edimi ifade etmektedir¹⁰⁵⁹.

Ceza koşulunun alacaklının alacağını güvence altına almasının yanı sıra borçlu nezdinde caydırıcı bir etkisi bulunmaktadır¹⁰⁶⁰. Zira ifa yükümlülüğü istenilen şekilde yerine getirilmediğinde borçlu, kararlaştırılan ceza koşulunu ödemek zorunda kalacaktır. Ceza koşulunun bir başka boyutu ise hiç ya da gereği gibi ifa edilmemiş edim dolayısıyla alacaklıyı uğramış olduğu zararı ispat etme yükümlülüğünden kurtarmasıdır¹⁰⁶¹. Zira ceza koşulunun amacı zararı ispatlama yükümlülüğünden alacaklıyı kurtarmak suretiyle durumunu iyileştirmesidir¹⁰⁶².

Türk Borçlar Kanunu’nda ceza koşuluna ilişkin hükümler ceza miktarının indirilmesine ilişkin olanların dışında emredici nitelikte değildir¹⁰⁶³. Ceza koşulunun konusunu

¹⁰⁵⁸ TBK m. 182/II: “*Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.*”

¹⁰⁵⁹ Ferîlik özelliği gereğince ceza koşulu asıl borca bağlı bir yan borçtur. Bu nedenle oluşması, varlığının devam edebilmesi, icra edilebilirliği ana borcun kaderine bağlıdır. Bkz. **Bucher**, SOR AT, s. 523; **Kocaağa**, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 155; Kural olarak ceza koşulu her borç ilişkisi için kararlaştırılabilmektedir. Örneğin sözleşme dışı ilişkiler, hatta haksız fiilden doğan tazminat borcu için dahi ceza koşulu kararlaştırılması mümkündür. Bkz. **Cansel**, Erol/ **Özel**, Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C. 8, Özel Sayı, Y. 2013, s. 713 – 717; **Widmer**, Markus/ **Costantini**, Renato/ **Ehrat**, Felix R.: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Luchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 160, N. 1, s. 1017.

¹⁰⁶⁰ *Koller*’e göre, “*ceza*” ifadesi yanıltıcıdır. Zira ceza koşulunda sözleşmeye aykırılık nedeniyle borçlunun cezalandırılmasından ziyade alacaklının ifa konusundaki menfaatini koruma işlevi söz konusudur. Bkz. **Koller**, SOR AT, s. 1417.

¹⁰⁶¹ **Widmer/ Costantini/ Ehrat**, BSK OR I, Art. 160, N. 1, s. 1017.

¹⁰⁶² **Akkayan Yıldırım**, Ayça: “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXI, S. 1 – 2, Y. 2003, s. 362; **Cansel/ Özel**, Ceza Koşulu, s. 715; **Widmer/ Costantini/ Ehrat**, BSK OR I, Art. 160, N. 1, s. 1017.

¹⁰⁶³ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 179, N. 3, s. 2857 – 2858.

mutlak surette paranın oluşturmayaacağı, bunun yerine başka bir verme edimini içermesinin mümkün olduğu değerlendirilmektedir¹⁰⁶⁴.

Götürü tazminat ile ceza koşulunun uygulamada birbirinden ayırt edilmesinin çoğu zaman ciddi güçlük oluşturduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁶⁵. Taraflar aralarında bir sözleşme yapmak suretiyle ileride doğması muhtemel olan ve tazmin edilmesi gerekecek zararları önceden karşılıklı irade beyanlarıyla belirlemeleri ve böylelikle ileride meydana gelebilecek ihtilafların önlenmesinin amaçlandığı tazminat türü “*götürü tazminat*” olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁶⁶. Götürü tazminatın iki temel özelliği bulunmaktadır; ilki, tarafların zarar miktarını önceden tahmini olarak belirlemiş olmaları dolayısıyla, zararın varlığı ve miktarı konusunda ispat yükünden kurtulmuş olunmasıdır. Diğeri ise kararlaştırılmış olan götürü tazminat ile talep edilecek zararların azami miktarının belirlenebilmesidir¹⁰⁶⁷. Ceza koşulunda olduğu gibi götürü tazminatta da bir asıl borç mevcuttur ve götürü tazminat anlaşması da asıl borcun kaderine tabidir¹⁰⁶⁸.

Götürü tazminat ile ceza koşulu arasındaki farklara kısaca değinmek gerekirse, öncelikle götürü tazminatta her iki taraf için de avantajlı bir durum söz konusuyken;

¹⁰⁶⁴ İhlal hâlinde hakların veya yetkilerin kaybedilmesine ilişkin anlaşma da ceza koşulu olarak kabul edilmelidir. Buna ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi’nin bazı kararları: BGE 135 III 433, 438 f.; Aksi yönde: BGE 80 II 123 ff. Bkz. **Schwenzer**, s. 501.

¹⁰⁶⁵ İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nda götürü tazminata ilişkin düzenlemeler bulunmamaktadır. Alman Medeni Kanunu’nda ise götürü tazminata ilişkin hükümler, genel işlem şartlarına ilişkin hükümler arasında yer almaktadır. Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde öğretisi ve uygulamalarda bu kurumun izlerine sıklıkla rastlanmaktadır. Bkz. **Öcal Apaydın**, Bahar/ **İnce Akman**, Nurten: “Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. I, Y. Haziran 2019, s. 221.

¹⁰⁶⁶ **Ozanoğlu**, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Ceza Koşulu Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1 - 2, Y. Haziran – Aralık 1999, s. 86; **Parlak Börü**, Şafak: “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 129, Y. 2017, s. 196 – 197.

¹⁰⁶⁷ **Korkmaz**, Savaş: İfaya Eklenen Ceza Koşulu, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 47.

¹⁰⁶⁸ **Parlak Börü**, s. 204; **Tekelioğlu**, Numan: “İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2, Y. 2017, s. 178.

ceza koşulu tamamen alacaklının menfaatinedir¹⁰⁶⁹. Götürü tazminat anlaşmasına istinaden tazminatın talep edilebilmesi için bir görüşe göre zararın miktarını ispat etme zorunluluğu olmasa da zararın meydana gelmiş olması gerekmekte; ceza koşulunda ise talebin ileri sürülebilmesi için zararın gerçekleşmesi zorunlu bir unsur teşkil etmemektedir¹⁰⁷⁰. Zira bu husus TBK m. 180/I’de “*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir*” şeklinde ifade edilmiştir.

Eksik borçlar için götürü tazminat yahut özellikle ceza koşulu¹⁰⁷¹ kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığı konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bu borçların hepsinin aynı fonksiyonlara sahip olmaması dolayısıyla tek bir ortak neticeden bahsedebilmek güçtür. Bu nedenle ceza koşuluna ilişkin farklı eksik borç türleri üzerinden değerlendirme yapmak, özellikle de borcun neden eksik borç olarak nitelendirildiğini esas almak faydalı olacaktır.

Başlangıçtan itibaren eksik borç olarak nitelendirilen kumar ve bahis borçları açısından öğretide ileri sürülen görüşlerden ilkinе göre¹⁰⁷², bu niteliği haiz borçlar için kararlaştırılan ceza koşulu batıl olmalıdır. Zira bu borçlara başlangıçtan itibaren eksik borç niteliği atfedilmesi, onların korunmaya değer görülmemesinden ileri gelmektedir.

¹⁰⁶⁹ **Kapancı**, K. Berk: “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 677; **Parlak Börü**, s. 221.

¹⁰⁷⁰ **Kapancı**, Götürü Tazminat, s. 677; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 996; **Parlak Börü**, s. 222.

¹⁰⁷¹ Alman hukukunda ceza koşulunun orantısız ve aşırı derecede yüksek olması durumunda borçlunun talebi üzerine ceza koşulunun indirilmesinin söz konusu olması hâlinde borçlu, indirimle rağmen kararlaştırılan miktarın tamamını ödediğinde eksik borcun ifasının yapılmış olup olmayacağı yönünde tartışmalar yapılmıştır (bkz. **von der Trenck**, s. 55 - 56). Ancak hâkim görüşe göre ceza koşulunun indirilmiş hâli tam borç teşkil ederken, kalan kısım yani fazlası ise sona ermiş bir borç olacaktır. Dolayısıyla borcun fazlasına ilişkin ifa, borç olmayan bir şeyin ifası niteliğinde olacaktır. Bkz. **Kaestner**, s. 91; Karş. **Klingmüller**, s. 248; Hâkim tarafından indirilmiş ceza koşulunun borçlu tarafından ifası kısmi ifa değil, tam bir ifadır. Bkz. **Şen**, Elif: Kısmi İfa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 196.

¹⁰⁷² **Bilge**, Necip: “Cezai Şart”, Ahmet Esat Arsebük’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 124 Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958, s. 71; **Gauch/ Schluep**, SOR AT II, s. 371; **Gottwald**, Peter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht: Allgemeiner Teil II, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2022, § 344, N. 8, s. 1068; **Kocağa**, s. 85; **Schwenzer**, s. 502.

Netice olarak bu borçların farklı hukuki yöntemlerle de korunmasının önüne geçilmelidir. Eksik borçlar için ceza koşulu kararlaştırmanın batıl olduğu kabul edildiği takdirde bunun neticesi olarak ifa söz konusu olduğunda sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri isteyebilme hakkı söz konusu olacaktır.

Başka bir görüşe göre¹⁰⁷³, eksik borçlar için ceza koşulunun kararlaştırılabilmesi mümkündür. Kumar ve bahis borçları açısından özellikle bunların başlangıçtan itibaren eksik borç niteliğinde olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Ancak ferîlik özelliği dolayısıyla güvence altına alan ceza da dava ile talep ve cebri icra ile takip hakkını haiz olmayan bir eksik borç teşkil edecektir¹⁰⁷⁴. Söz konusu görüşü destekleyen *Bilge*, bu görüşün ceza koşulunun ferîlik özelliği ile uygun düştüğünü ifade etmiş, bu sebeple eksik bir borç için pek tabii “*eksik*” nitelikte de olsa ceza koşulunun kararlaştırılabileceğini, aynı hususun evlenme simsarlığından doğan ücret borçları için de geçerli olduğunu ileri sürmüştür¹⁰⁷⁵. Eksik borçlar için ceza koşulunun kararlaştırılabileceği ve ferî borç niteliği taşıyan bu borcun da asıl borca bağlı olarak eksik borç teşkil edeceği görüşü kabul edilirse, bu hâlde ceza koşulunun batıl olmaması dolayısıyla edim yerine getirildiği takdirde sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmak mümkün olmayacaktır. Zira böyle bir hâlde ifa geçerli bir nitelik taşıyacak ve geri istenemeyecektir.

Öğretide başlangıçtan itibaren eksik borçlar için ceza koşu kararlaştırılamaması gerektiğini savunan bir başka görüşe göre¹⁰⁷⁶, eksik borç için ceza koşulunun kararlaştırılması neticesinde bunun ferî niteliği dolayısıyla eksik borç teşkil edeceği

¹⁰⁷³ **Akev**, Evlenme Tellâllığı, s. 372; **Becker**, K SZO I, Art. 160, N. 9, s. 744; **Bilge**, Cezai Şart, s. 71; **Bucher**, SOR AT, s. 68, 522; **Kocaağa**, s. 85; **Koller**, SOR AT, s. 1435; Karş. **Widmer/ Costantini/ Ehrat**, BSK OR I, Art. 160, N. 7 - 8, s. 1018 – 1019; **Yağcıoğlu**, Burcu: Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu (Cezai Şart), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 123.

¹⁰⁷⁴ **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 514, N. 4, s. 3296; **Becker**, K, SZO I, Art. 160, N. 9, s. 744; **Bilge**, Cezai Şart, s. 71; **Koller**, SOR AT, s. 1435; **Schulze**, s. 228.

¹⁰⁷⁵ Asli edimin eksik borç niteliği taşıması durumunda, onun ferîleri de bu niteliği taşıyacak, ifa edilirse de bu geçerli bir ifa teşkil edecektir. Bkz. **Akev**, Evlenme Tellâllığı, s. 372; **Bilge**, Cezai Şart, s. 71.

¹⁰⁷⁶ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 186 vd.

görüşü ceza koşulunun niteliği ile bağdaşmamaktadır. Zira ceza koşulu borçlu için öngörülmüş bir cezadır ve bununla ulaşılmak istenen amaç borçluyu asıl borcu ifa etmesi konusunda baskı altında tutmaktır. Ancak asıl borcun eksik borç teşkil ettiği bir durumda, borçlu zaten bu borcu ifa etmekten uzak durabileceksen yine söz konusu görüşe göre eksik borç teşkil eden ceza şartını yerine getirmesi çok da olası görülmemektedir. Bu nedenle öğretide ileri sürülen kumar ve bahisten doğan borçlar ile evlenme simsarlığından doğan borçlar için kararlaştırılan ceza şartının geçersiz olacağına ilişkin görüşün her iki kurumun niteliği ile daha çok bağdaşacağı savunulmuştur.

Öğretide yer alan bir görüşe göre¹⁰⁷⁷, TBK m. 179/I'deki *“Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir”* hükmü açısından ceza koşulunun tam borç teşkil edeceği dolayısıyla alacaklının ifa isteyebileceği ifade edilmektedir. Buradaki mevcut durumda alacaklının değiştirici yenilik doğuran bir hakkının doğduğu bu nedenle ceza koşulunun tam borç doğuracağı ileri sürülmektedir. Yine aynı görüşe göre, TBK m. 179/II'de yer alan *“Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir”* hükmünde ifade edilen ifaya eklenen ceza koşulu söz konusu olduğunda bu ceza koşulunun ise eksik borç teşkil edeceği değerlendirilmektedir.

Kanaatimizce, eksik borçlar için ceza koşulu kararlaştırılmasının mümkün olduğunu kabul eden görüşe katılmak gerekir¹⁰⁷⁸. Özellikle başlangıçtan itibaren eksik borçlar olarak kabul edilen kumar ve bahis borçları ile evlenme simsarlığından doğan borçlar

¹⁰⁷⁷ **Güven**, s. 57 – 58.

¹⁰⁷⁸ Aynı yönde bkz. **Akev**, Evlenme Tellâllığı, s. 372; **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 514, N. 4, s. 3296; **Becker**, K SZO I, Art. 160, N. 9, s. 744; **Bilge**, Cezai Şart, s. 71; **Bucher**, SOR AT, s. 68, dp. 5; **Esswein**, s. 96; **Giovanoli**, BernerK, Art. 513, N. 6, s. 281; **Güven**, s. 57 – 58; **Koller**, SOR AT, s. 1435; **Pietruszak**, BSK OR I, Vorbemerkungen zu Art. 406a - 406h, N. 1, s. 2835; Karş, **Schulze**, s. 228, 469 – 470; Öğretide bir kesim tarafından eksik borç olarak nitelendirilen ahlaki yükümlülüklerden doğan borçlar için ceza koşulu öngörülmüş olması durumunda, bu tür borçların ifasının taahhüt edilmesinin onları eksik borç olmaktan çıkaracağı düşünüldüğünden ferî nitelikteki ceza koşulunun da tam borç hâline geleceği ileri sürülmektedir. Bkz. **Yağcıoğlu**, Cezai Şart, s. 124.

açısından kararlaştırılmış bir ceza koşulunun, ifaya eklenen ceza koşulu ya da seçimlik ceza koşulu fark etmeksizin eksik borç teşkil etmesi borcun ferîliğine uygun düşmektedir. Neticede tıpkı esas borcun ifa edilmesi gibi ceza koşulunun da ifa edilmesi durumunda bu sebepsiz zenginleşme teşkil etmeyecek ve geri talep edilebilmesi mümkün olmayacaktır. Kanaatimizce ceza koşulunun borçluyu cezalandırma ya da baskı altına almasına yönelik eleştiriler de yapılan değerlendirme açısından bertaraf edilebilmektedir¹⁰⁷⁹. Eksik borçların geçersiz borçlar olarak kabul edilmemesi, söz konusu bu niteliği haiz borçlara esnek yaklaşımların gelişmesine ve ileri sürülmesine neden olmuştur. Katı kural olarak sadece devlet organları vasıtasıyla bu borçlardan doğan alacakların elde edilmesinin önü kapalıdır. Ceza koşulu ile kararlaştırılan borçların eksik borç teşkil edeceği görüşü fikrimizce bu yaklaşımın bir ürünüdür. Zira böylece teorik olarak ferîlik özelliği temelinden uzaklaşmayacak ayrıca borçlu nezdinde yaratıldığı kabul edilen baskı da bu borçların eksik borç teşkil etmesi dolayısıyla giderilecektir. Kanaatimizce bu sonuç götürü tazminat açısından da mümkün olmalıdır.

Zamanaşımına uğramış borçlar açısından ise hâkim görüşe göre ceza koşulunun kararlaştırılması mümkündür¹⁰⁸⁰. Bu niteliği haiz borçların eksik borca dönüşmesi ancak zamanaşımı definin ileri sürülmesi ile mümkün olacağından defî ileri sürülmediği takdirde borç tam borç olarak varlığını sürdürmeye devam edecektir. Nitekim borçlunun zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat edebilmesi de mümkündür. Hâl böyle iken öğretideki hâkim görüşe göre zamanaşımına uğramış borçlar açısından ceza koşulunun kararlaştırılmış olması zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat edildiği anlamına gelebilmektedir¹⁰⁸¹. Kanaatimizce bu sonuca özellikle borçlunun zamanaşımının gerçekleştiğinden haberdar olduğu bir ihtimalde ulaşılabilir.

¹⁰⁷⁹ *Koller*'e göre, “ceza” ifadesi yanıltıcıdır. Çünkü ceza koşulunda sözleşmeye aykırılık nedeniyle borçlunun cezalandırılmasından ziyade alacaklının sözleşmenin ifasındaki menfaatini koruma işlevi söz konusudur. Bkz. **Koller**, SOR AT, s. 1417.

¹⁰⁸⁰ **Bilge**, Cezai Şart, s. 72; **Bucher**, SOR AT, s. 522; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 191; Eren/Dönmez, Şerh III, M. 179, N. 8, s. 2861; **Koller**, SOR AT, s. 1435; **Widmer/ Costantini/ Ehrat**, BSK OR I, Art. 160, N. 7, s. 1018.

¹⁰⁸¹ **Bilge**, Cezai Şart, s. 72; **Kocağa**, s. 87; **Koller**, SOR AT, s. 1435.

Konkordato dışında kalan borçlar açısından ceza koşulu kararlaştırmak işlemin niteliği ile uygun düşmemektedir¹⁰⁸². Gerçekten de bu hâlde borçlunun borcunu ifa edemeyecek duruma gelmesi söz konusudur. Dolayısıyla konkordato dışında kalan borç için hiç ya da gereği gibi ifa edememe ihtimali için ceza koşulu kararlaştırılabilmesi mümkün olmamalıdır.

3.1.3.4. Eksik Borç ve Bağlanma Parası

Türk Borçlar Kanunu'nun 177. maddesinde yeri bulunan bağlanma parasına ilişkin hüküm “*Sözleşme yapılırken bir kimsenin vermiş olduğu bir miktar para, cayma parası olarak değil sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılır. Aksine sözleşme veya yerel âdet olmadıkça, bağlanma parası esas alacaktan düşülür*” şeklindedir. İlgili hükümde ifade edildiği üzere sözleşmenin kurulması esnasında verilen para cayma parası olarak değil, sözleşmenin yapıldığına dair bir kanıt oluşturmak amacıyla verilmiş sayılmaktadır. Bağlanma parasının esas fonksiyonları sözleşmenin yapıldığına dair bir delil teşkil etmesi ve kısmi ifanın¹⁰⁸³ söz konusu olmasıdır¹⁰⁸⁴. Bağlanma parasının varlığı ve geçerliliği esas sözleşmeye bağlıdır¹⁰⁸⁵. Bu ferî niteliği dolayısıyla bağlanma parasının delil teşkil ettiği sözleşme herhangi bir sebeple geçerli olmazsa verilen

¹⁰⁸² Borç ödemededen aciz belgesine bağlanan alacak faizlerini eksik borç olarak nitelendiren *Buz*, Bu faizler açısından da ceza koşulu kararlaştırmanın işlemin niteliğine uygun düşmeyeceği görüşündedir. Bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 191 – 192; Ahlaki ödevlerden doğan borçları eksik borç olarak kabul eden yazarlardan bazıları bu yükümlülüklerin hiç ve gereği gibi yerine getirilmemeleri durumunda ifa edilmek üzere ceza şartı kararlaştırılabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. **Bilge**, Cezai Şart, s. 71; **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 179, N. 8, s. 2861.

¹⁰⁸³ **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 984; **Şen**, s. 98.

¹⁰⁸⁴ **Gauch/ Schlupe**, SOR AT II, s. 374; **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 571; **Schwenzer**, s. 505; Bağlanma parasındaki “*para*” ifadesinin geniş yorumlanmasına ilişkin bkz. **Widmer/ Costantini/ Ehrat**, BSK OR I, Art. 158, N. 6, s. 1014; Aynı yönde bkz. **Yağcıoğlu**, Burcu: “Bağlanma Parası, Cayma Parası, Bunların Ceza Koşuluyla Benzerlikleri ve Farklılıkları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı – 2017, s. 1211 vd.

¹⁰⁸⁵ **Franko**, Nisim: Pey Akçesinin Mahiyeti, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1 – 2, Y. 1996, s. 253; **Gauch/ Schlupe**, SOR AT II, s. 375.

bağlanma parasının sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri istenebilmesi mümkündür¹⁰⁸⁶.

Alacaklıya bağlanma parasının eksik borç meydana getiren bir sözleşme için verilmiş olması hâlinde bağlanma parasının hukuki akıbeti üzerinde durulması gerekir. Eksik borç doğuran durumlarda sebepsiz zenginleşmenin söz konusu olmaması eksik borçlar için ortak bir sonuç olarak kabul edilmektedir¹⁰⁸⁷. Eksik borçlarda borcun dayanağını oluşturan hukuki sebeplerin doğmadığı, geçersizliği yahut ortadan kalkması söz konusu değildir. Bilakis borcun bu türünde hukuki sebep geçerli bir şekilde varlığını sürdürdüğü için borç da geçerli şekilde mevcudiyetini devam ettirmektedir. Böylece borçlu borcun konusu edimi yerini getirdiği takdirde bu sebepsiz zenginleşme teşkil etmeyecek ve dolayısıyla iade istenebilmesi söz konusu olmayacaktır. Bu gerekçelerle ve bağlanma parasının kısmi ifa¹⁰⁸⁸ teşkil edeceği düşünüldüğünden eksik borç için verilmiş bir bağlanma parasının da iade istenememesi gerekmektedir¹⁰⁸⁹. Neticede eksik borç doğuran bir sözleşmenin yapıldığına dair bir kanıt oluşturmak amacıyla bağlanma parasının verilmesinin önünde herhangi bir engel olmadığı kabul edilmektedir¹⁰⁹⁰. Kanaatimizce eksik borçlu, asıl borcunu ifa ediyorsa TBK m. 177/II hükmü uyarınca vermiş olduğu bağlanma parası asıl alacaktan mahsup edilebilmelidir¹⁰⁹¹. Tam borç doğuran bir sözleşme hiç ya da gereği gibi ifa edilmediği takdirde, alacaklının bu nedenle uğradığı zararı borçludan talep edebilmesi mümkündür. Bağlanma parası veren taraf tazminat ödemek zorunda kaldığında, bağlanma parasını alan alacaklı mahsup

¹⁰⁸⁶ **Gauch/ Schluep**, SOR AT II, s. 374; **Gümüş**, BHGH, s. 1038; Ya da özel bir iade borcunun ifası talebiyle geri istenebilecektir. Bkz. **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 571 – 572; **Pellanda**, K. Roth: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Hrsg. Furrer, Andreas/ Schnyder, Anton K., 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, Art. 158, N. 6, s. 911; **Widmer/ Costantini/ Ehrat**, BSK OR I, Art. 158, N. 8, s. 1014.

¹⁰⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm III, başlık: “*Eksik Borçların Kesin Etkileri*”.

¹⁰⁸⁸ **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 984; **Şen**, s. 98.

¹⁰⁸⁹ Benzer şekilde bkz. **Güven**, s. 59; Tam borçlar bakımından alacaklının sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda bağlanma parasını geri vermekle yükümlü olmadığı görüşü için. bkz. **Gauch/ Schluep**, SOR AT II, s. 374; **Pellanda**, HandK, Art. 158, N. 1, s. 910.

¹⁰⁹⁰ **Güven**, s. 59.

¹⁰⁹¹ **Güven**, s. 59.

etmekle yükümlü ise bunu tazminat alacağından mahsup etmek zorundadır¹⁰⁹². Ancak eksik borç meydana getiren bir sözleşme için kararlaştırılan bağlanma parasının tazminat alacağından mahsup edilmesi söz konusu olamaz. Zira eksik borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi dolayısıyla uğranılan zararın giderilmesinin talep edilebilmesi mümkün değildir¹⁰⁹³.

İfade etmek gerekir ki eksik borçların kaynağı sadece sözleşmeler değildir¹⁰⁹⁴. Dolayısıyla tüm eksik borç meydana getiren sözleşmeler bakımından bağlanma parası verilebileceğini söylemek doğru kabul edilebilse de bağlanma parasının tüm eksik borç doğuran durumlar için verilebileceğini söylemek doğru olmayacaktır¹⁰⁹⁵.

3.1.3.5. Eksik Borç ve Cayma Parası

Sözleşme yapılırken tarafların sözleşmeden cayma konusunda açık ya da örtülü şekilde yetkilendirilmesini sağlamak amacıyla verilen para “*cayma parası*”nı ifade etmektedir. Cayma parasına ilişkin hüküm TBK m. 178’de “*Cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiğini bırakır; almış olan cayarsa aldığına iki katını geri verir*” şeklinde yer almaktadır. Hükümden anlaşıldığı üzere cayma parası sözleşmeden her iki tarafın dönebilmesine olanak sağlamaktadır¹⁰⁹⁶. Bu durumda parayı vermiş olanın

¹⁰⁹² **Bucher**, SOR AT, s. 517; **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 177, N. 5, s. 2844; **Gauch/ Schluep**, SOR AT II, s. 374; **von Tuhr/ Escher**, s. 288; **Widmer/ Costantini/ Ehrat**, BSK OR I, Art. 158, N. 8, s. 1014.

¹⁰⁹³ **Bucher**, SOR AT, s. 67; **Demiray**, Armağan, s. 585; İfa edilmeyen kumar ve bahis borçları açısından tazminatın söz konusu olamayacağına ilişkin bkz. **Giovanoli**, BernerK, Art. 513, N. 4, s. 281; **Engel**, s. 42; **Looschelders**, SR AT, s. 11; **Özbilen**, Biyolojik Madde, s. 145; **Özbilen**, Sözleşmelerin Şekli, s. 191.

¹⁰⁹⁴ **Balmer**, s. 165.

¹⁰⁹⁵ Karş. **Pellanda**, HandK, Art. 158, N. 2, s. 910.

¹⁰⁹⁶ Cayma parasında her iki tarafın da sözleşmeden dönme konusunda yetkilendirilmesi söz konusudur. Ancak bu hakkın sadece bir taraf için de öngörülmüş olması mümkündür. Bu hâlde sadece cayma parası veren tarafın sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu taraf iradelerinden çıkarılmalıdır. Bkz. **Erdem**, Mehmet: “Pey Akçesi - Pişmanlık Akçesi - Dönme Tazminatı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 672; Sözleşmeden dönme hakkı kazanılması dolayısıyla cayma parası aynı zamanda dönme parası ya da tazminatı olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 1350; Cayma parası, sözleşmeden dönme hakkı kanun tarafından verilmediğinde

cayması hâlinde sadece vermiş olduğunu bırakmakta, parayı alanın caymak istemesi durumunda ise almış olduğunun iki katını vermek suretiyle sözleşmeden cayabilmesi mümkündür. Bir görüşe göre cayma parası veren taraf sözleşmeden dönmediği takdirde sebepsiz zenginleşme hükümlerince bunu alandan geri verilmesini isteyebilmelidir¹⁰⁹⁷. Başka bir görüşe göre, cayma parası verildikten sonra sözleşmeden dönülmeyeceği anlaşılmış ya da dönme hakkının kullanılabileceği süre geçmişse verilen cayma parası esas alacaktan mahsup edilmelidir¹⁰⁹⁸.

Öğretide cayma parasının ve bağlanma parasının konusunu paranın dışında bir şeyin oluşturabileceği değerlendirmeleri yapılsa da bağlanma parası ve cayma parasına ilişkin TBK m. 177 – 178 hükümlerinde duraksamaya yer vermeyecek şekilde “*para*” ifadesi kullanılmış olduğundan kararlaştırılacak değerin para olması gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁹⁹.

Cayma parası ile ifayı engelleyen ceza koşulu benzerlik gösterse de aralarında bazı bariz farklılıklar bulunmaktadır. Cayma parası sözleşme kurulurken ödendiği hâlde amaçları yönünden benzerlik gösteren ifayı engelleyen ceza koşulunda (dönme cezası) kararlaştırılan para sözleşmeden dönülmesi hâlinde ödenmektedir¹¹⁰⁰. Bunun yanı sıra ikisi arasındaki başka bir fark ise ödenecek paraya ilişkindir. Cayma parasında parayı alanın sözleşmeden caymak istemesi durumunda ödeyeceği miktar almış olduğunun iki katı olduğu hâlde ifayı engelleyen ceza koşulunda herhangi bir artış söz konusu olmamaktadır. Bunun dışında ifayı engelleyen ceza koşulunda olmasa da ifaya eklenen ceza koşulu ve seçimlik ceza koşulunda hâkimin kararlaştırılan miktar üzerinden

tarafların sözleşmeden dönme imkânını kendilerinin tanıyabilmesidir. Bkz. **Pellanda**, HandK, Art. 158, N. 17, s. 913.

¹⁰⁹⁷ **Koller**, Alfred: “Reugelder bei Grundstückkaufverträgen”, ZBJV (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins), 145/ 2009, s. 73.

¹⁰⁹⁸ **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 573.

¹⁰⁹⁹ **Yağcıoğlu**, DEÜHFD, s. 1230; Aksi yönde bkz. **Kapancı**, Kadir Berk: “Dönme Cezası (TBK m. 179 f. 3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 2, Y. 2016, s. 253.

¹¹⁰⁰ **Eren**, BHGH, s. 1351; Bir görüşe göre, anlaşmaya bağlı olarak dönme cezasının sözleşme kurulurken peşin olarak ödenmesi de mümkündür. Bkz. **Gümüş**, BHGH, s. 1037.

indirim yapabilmesi mümkünken; cayma parasında hâkimden indirim talep edilebilmesi mümkün değildir¹¹⁰¹.

Cayma parasının bir özelliği de özellikle borçlu açısından asli yükümlülükten kurtulmasına imkân tanınmasıdır¹¹⁰². Kararlaştırılan cayma parası dolayısıyla meydana gelen yükümlülük ferî özellik göstermektedir¹¹⁰³. Bu bakımdan eksik borcun borçlusu cayma parası verdiği hâlde sözleşmeden dönmediyse cayma parasının iadesini talep edemeyecektir¹¹⁰⁴. Ancak eksik borç meydana getiren bir sözleşme dolayısıyla eksik borçlunun borcunu ifa ederken daha önce ödediği cayma parasının asıl borçtan mahsup edilip edilemeyeceği meselesi başta tam borçlar açısından da tartışmalıdır. Bir görüşe göre bağlanma parasına ilişkin hüküm istisnai nitelikte olduğundan ve istisnaların da dar yorumlanması gerektiğinden mahsup kıyas yoluyla cayma parası açısından uygulama alanı bulamamalıdır¹¹⁰⁵. Ancak tarafların istedikleri takdirde bu paranın asıl borçtan mahsup edilmesi yönünde anlaşmaları mümkündür¹¹⁰⁶. Bu sebeple tarafların anlaşmış olması hâlinde eksik borçlar açısından da ifa edilmiş asıl borçtan cayma parası mahsup edilebilmelidir. Kanaatimizce sözleşmeden dönme hâlinde ise nasıl bir sonucun meydana geleceği tartışmaya açıktır. Ancak *Güven*, cayma parasının eksik borcun borçlusu tarafından alınmış olduğu bir ihtimalde eksik borçlunun sözleşmeden dönebilmek için ödeyeceği iki kat cayma parasının eksik borç niteliğinde; cayma parası

¹¹⁰¹ **Eren**, BHGH, s. 1351 – 1352.

¹¹⁰² **Pellanda**, HandK, Art. 158, N. 3, s. 910 – 911.

¹¹⁰³ **Erdem**, Armağan, s. 672; **Kapancı**, Cayma Parası, s. 254; **Widmer/ Costantini/ Ehrat**, BSK OR I, Art. 158, N. 12, s. 1015; **Wolfer**, Marc: Reurecht und Reugeld auf vertraglicher Grundlage, (Diss.), Dike Verlag, Zürich, 2012, s. 8.

¹¹⁰⁴ Kumar ve bahis borçları açısından verilen cayma parasının geçerli olduğuna ilişkin bkz. **Schulze**, s. 419, dp. 628; Kumar ve bahis borçları ve zamanaşımına uğramış borçlar açısından ödenmiş olan cayma parasının iade edilmesinin mümkün olmayacağına ilişkin bkz. **Wolfer**, s. 9, dp. 51.

¹¹⁰⁵ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 178, N. 4, s. 2850 – 2851; Karş. **Bucher**, SOR AT, s. 517 – 518.

¹¹⁰⁶ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 178, N. 4, s. 2851.

alan alacaklının sözleşmeden dönmesi hâlinde ise ödemekle yükümlü olacağı iki kat cayma parasının kanundan doğan bir tam borç niteliğinde olacağını ifade etmektedir¹¹⁰⁷.

3.1.3.6. Eksik Borçların Sebebi Gösterilmeyen Soyut Borç Tanımasına Konu Olması

Bir kimsenin diğerine karşı taahhüt ettiği borcun sebebi gösterilmediğinde, sebebi gösterilmeyen borç tanınması (ikrarı) söz konusu olmaktadır¹¹⁰⁸. Borcun sebebi gösterilmeden tanınması durumunda, alacaklı bunun sebebini belirtmek ve ispat etmek zorunda olmaksızın alacağı takip edebilmektedir. Borçlu ise tanımada bulunmasına yol açan sebebe ilişkin itiraz ve defilere dayanabilmektedir¹¹⁰⁹. Bu amaçla yapılan sebebi gösterilmeyen borç tanımlarının geçerli olduğu TBK m. 18’de hüküm altına alınmıştır. Gerçekten de ilgili hükümde “*Borcun sebebini içermemiş olsa bile borç tanınması geçerlidir*” denilmek suretiyle bu durum açıkça ifade edilmiştir. Bir kıymetli evrak vasıtasıyla da TBK m. 18 anlamında borç tanınması yapılabilmektedir. Zira kambiyo senetlerinde kamu güveni gerekçesiyle soyutluk ilkesi geçerlidir; bu soyutluğun hukuki dayanağını ise TBK m. 18 oluşturmaktadır¹¹¹⁰.

Kumar ve bahisten doğan eksik borçlar için sebebi gösterilmeyen borç tanınmasında bulunulmuş olması sonucunda, bu borcun niteliği de eksik borç teşkil etmektedir. Zira TBK m. 604 hükmünün ilk fıkrasında kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmayacağı ve takip yapılamayacağı ifade edilmekle birlikte hükmün ikinci fıkrasında ise “*Kumar veya bahis için bilerek verilen avanslar ve ödünç paralar ile kumar ve bahis niteliğinde oldukları takdirde, borsada işlem gören malların, yabancı paraların ve kıymetli evrakin fiyat farkı esaslı üzerine yapılan vadeli satışlar hakkında da aynı hüküm uygulanır.*” Düzenlemesi yer almaktadır. Yine TBK m. 605/I’de “*Kumar*

¹¹⁰⁷ Güven’e göre cayma parasını veren eksik borçlu veya alacaklı, sözleşmeden döndüğünde cayma parasının iadesi her iki durumda da mümkün olmamalıdır. Bkz. **Güven**, s. 60 – 61.

¹¹⁰⁸ **Gümüş**, BHGH, s. 115; **Kut**, HandK, Art. 17, N. 4, s. 93; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 220; **Schwenzer/ Fountoulakis**, BSK OR I, Art. 17, N. 5, s. 149.

¹¹⁰⁹ **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 223; **Yılmaz**, Gülşah: “Yargıtay Kararları Işığında Bononun Ta’lili” Ankara Barosu Dergisi, C. 78, S. 4, Y. 2020, s. 8.

¹¹¹⁰ **Yılmaz**, Bononun Ta’lili, s. 7.

oyunayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adi borç veya kambiyo senedi üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa bile, hiçbir kimse bunlara dayanarak dava açamaz ve takip yapamaz. Kıymetli evrakın iyiniyetli üçüncü kişilere sağladığı haklar saklıdır” denilmek suretiyle kumar ve bahis için imzalanmış adi borç ve kambiyo senetlerine dayanılarak, üçüncü kişilere devredilmiş olsalar dahi bunlara ilişkin dava açılmayacağı ve takip yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır¹¹¹¹. Kanun koyucu söz konusu düzenlemelerle hem bu borçların eksik borç niteliğini ortaya koymuş, hem de kanuna karşı hile yoluyla alacağın elde edilebilme imkânını ortadan kaldırmak istemiştir¹¹¹². Başlangıçtan itibaren eksik borçların, kanun koyucu tarafından hoş görülmemesi gerekçesine dayanılarak kumar ve bahis borçlarına ilişkin bu durumun diğer başlangıçtan itibaren eksik borç teşkil eden hâllere de uygulanabilmesi gerektiği kanaatindeyiz¹¹¹³. Nitekim BGB § 656 Abs. 2 hükmüne ilişkin ileri sürülen bazı görüşlerde, evlenme simsarlığından doğan borcun ifası amacıyla gerçekleştirilen borç

¹¹¹¹ Yarg. 13. HD., 30.12.2005, E. 2005/11359, K. 2005/19434: “27.11.2002 tarihli dava dilekçesinde, 21.3.2003 tarihli cevaba cevap dilekçesinde davalının kumar oynadığını, borcuna karşılık dava konusu çeki verdiğini ve söz konusu çekin bu nedenle düzenlenmiş olduğunu HUMK. 151/son maddesine uygun bir şekilde imzalı beyanı ile açıklayıp kabul etmiştir. Davalı da senetteki temel borç ilişkisini bu kumar borcuna dayandırmıştır. Uyuşmazlık kumar borcundan kaynaklanmaktadır. Mahkemenin kabulü de bu doğrultudadır. Kumar ve bahis eksik (tabii) borç doğuran akitlerdendir. Kumar ve bahis borcunun eksikliği savunması bir defa değil, bir itiraz oluşturur. Varlığı yargıç tarafından görevinden ötürü dikkate alınır. Böyle bir savunmayı ortaya atmak da hakkın kötüye kullanılması sayılmaz. Bu husus kamu düzenine ilişkin olup, BK. 20/1 maddesi ve BK. 504 maddesi hükmüne göre kumar için bilerek yapılan avanslar ve ödünç verilen akçeler alacak tevhit etmez. Çek bir ödeme vasıtası olup, mücerret borç ikrarını havi bir vesika değildir. Davaya konu çek kumar borcu karşılığı düzenlendiğine göre, davacı buna müsteniden hiçbir hak talep edemez.”; Yarg. 11. HD., 11.12.1975, E. 1975/4386, K. 1975/7286: “Mahkemenin, kumarhanede alınan fiş bedelinden davacının borcu sebebiyle bonolar verilmiş olmasına dayanarak davayı red etmesi hususuna gelince; BK.nun 504. maddesi gereğince kumar için bilerek yapılan avanslar ve ödünç verilen akçeler bir alacak hakkı tevhit etmediğinden, talep ve dava konusu yapılamaz. Böyle bir borç için kambiyo senedi tanzimi de lehdarına bir talep hakkı vermez.” Bkz. Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası; Ayrıca bkz. **Tüzüner**, s. 258 vd.

¹¹¹² Hüküm, aynı zamanda kıymetleri evrakın soyut niteliğinin yol açabileceği sonuçlara engel olmayı da amaçlamaktadır. Bkz. **Giovanoli**, BernerK, Art. 514, N. 1, 296; **Schwander**, Art. 514, N. 1, s. 1110.

¹¹¹³ Benzer şekilde bkz. **Karlı**, Özlem: Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanınması (Mücerret Borç İkrarı) BK. mad. 17, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 130; Söz konusu durumun evlenme simsarlığından doğan eksik borca da uygulanması gerektiğine ilişkin bkz. **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 224.

tanımasının da eksik borç teşkil edeceği ve dolayısıyla borçlunun ifaya zorlanamasa da borcunu yerine getirdiği takdirde ifanın geçerli olacağı kabul edilmiştir¹¹¹⁴.

Sonradan eksik borçlar bakımından ise farklı bir durumun söz konusu olacağını ifade etmek gerekmektedir. Sonradan eksik borçlarda borcun eksik borca dönüşmesi bir defi ileri sürmek suretiyle gerçekleşmektedir¹¹¹⁵. Bu durumda borçlu, borcunu sahip olduğu (örneğin zamanaşımından kaynaklı) defi hakkını kullanmak suretiyle eksik borca dönüştürdükten sonra borcun ifası için bir soyut borç tanınması yaparsa bizim de katıldığımız öğretideki hâkim görüşe göre bu işleminden doğan borç eksik değil; tam borç teşkil etmelidir¹¹¹⁶. Zira başlangıçtan itibaren eksik borçlar hukuk düzenlerinde hoş karşılanmasa da aynı durum sonradan eksik borçlar açısından söz konusu değildir. Bununla birlikte borçlu tarafından zamanaşımı defi ileri sürülmek suretiyle borç eksik borca dönüştürülmesine rağmen borç tanınması yapılmışsa, artık borcun ifa edilmek istendiğinden başka bir anlam çıkarılamamalıdır.

3.1.3.7. Eksik Borçların Kefalet ile Teminat Altına Alınması

Teminat borcu doğuran kefalet sözleşmesi, alacaklı ve borçlu arasındaki bir borcun yerine getirilmesini teminat altına almak amacı ile yapılmakta; söz konusu sözleşme ile kefil, borçlunun borcunu ifa etmemesinin neticelerinden kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenmektedir¹¹¹⁷. TBK m. 581 hükmünde de “*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya*

¹¹¹⁴ **Sungurbey**, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, s. 196.

¹¹¹⁵ **Balmer**, s. 188; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 5 vd.

¹¹¹⁶ **Engel**, s. 47; Borçlu, alacaklının hileli davranışı sonucunda zamanaşımı savunmasını ileri sürmemiş ve borç tanınması yapmış ise bu hâlde alacaklının iade talebine yönelik yaptığı itirazın hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması gerekeceğine ilişkin bkz. **Karlı**, s. 125 - 126; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 224; Konkordato dışında kalan borçlar için de aynı görüş için bkz. **Sungurbey**, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, s. 198 vd.; Ahlaki görevlerden doğan borçların borç ikrarı yahut vaadiyle hukuki borca çevrilmesinin mümkün olduğu görüşüne ilişkin bkz. **Sungurbey**, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, s. 198.

¹¹¹⁷ **Fikentscher/ Heinemann**, s. 815; **Giovanoli**, Silvio: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht, Band VI, Kommentar zum revidierten Bürgschaftsrecht, Hrsg. Becker, H., Verlag vom Stämpfli & Cie., Bern, 1942, Art. 492, N. 1, s. 4; **Honsell**, SOR BT, s. 405; **Iversen**, Malte: Die Akzessorietät als Zurechnungsmodell des Bürgschaftsrechts, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, s. 19; **Pestalozzi**, Christoph M.: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg.

karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir” ifadesi ile kefalet sözleşmesi dolayısıyla borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda meydana gelecek sonuçlardan kefilin kişisel olarak sorumlu olacağı belirtilmektedir.

Kefilin kefalet sözleşmesinden meydana gelen borcunun hukuki sebebini teminat sebebi oluşturmakta, başka bir deyişle teminat fonksiyonu bu sözleşmenin asli amacını teşkil etmektedir¹¹¹⁸. Kefilin alacaklıya karşı yalnızca teminat borcu altına girmesi dolayısıyla borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda kefilin borçlunun yerine geçmesi yahut borçluyla birlikte borcu yüklenmesi mümkün değildir. Bu sebeple, eğer ki borçlu borcunu ifa etmez ise alacaklı kefile aynen ifa için başvuramamaktadır¹¹¹⁹. Kefalet sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte kefilin yerine getirmeyi üstlendiği edim sadece alacaklının müspet zararını gidermeye yöneliktir¹¹²⁰. Yani borçlu tarafından yerine getirilmeyen edim dolayısıyla alacaklının uğramış olduğu müspet zararın giderilmesi kefilin kefalet sözleşmesinden meydana gelen edim yükümlülüğünü oluşturmaktadır¹¹²¹.

Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 492, N. 1, s. 3191; **Sprau**, Beck'sche KuKo, Einführung von § 765, N. 1, s. 1295; **Thalmann**, Alfred: Das Wesen der Bürgschaft des schweizerischen Obligationenrechts, (Diss.), J. P. Bachem, Köln, 1940, s. 17.

¹¹¹⁸ Kefalet borcu ile asıl borcun hukuki sebepleri birbirinden farklı olmaktadır. Buna göre asıl borcun hukuki sebebi ifa, alacak ya da bağışlama sebebi olabilirken kefalet her zaman teminat sebebi temeli üzerine kurulmaktadır. Bkz. **Eren/ Dönmez**, Şerh V, M. 581, N. 18, s. 1837; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 492, N. 1, s. 3191; **Rein**, Walter: Die Voraussetzungen der Bürgschaft im Schweizerischen Recht, Druckerei und Verlag wissenschaftl. Werke Konrad Tritsch, Würzburg, 1937, s. 1.

¹¹¹⁹ **Kılıçoğlu**, BHÖH, s. 653; **Sprau**, Beck'sche KuKo, Einführung von § 765, N. 1, s. 1295.

¹¹²⁰ **Bilge**, Necip: “Kefilin Mesuliyetinin Şümüü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1 – 2, Y. 1956, s. 119; **Eren**, BHÖH, s. 760; **Kara Kılıçarslan**: Seda: “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1 – 2, Y. 2009, s. 51.

¹¹²¹ **Eren/ Dönmez**, Şerh V, M. 581, N. 4, s. 1832.

Kefil ile alacaklı arasında kurulan sözleşmeden doğan kefilin kefalet borcu, borçlunun değil kendi borcudur¹¹²². Dolayısıyla yüklenilen borcun asıl borçtan içerik ve şekil itibarıyla ayrıldığı söylenebilmektedir¹¹²³.

Türk Borçlar Kanunu m. 583/I'in ilk cümlesinde “*Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz*” denilerek söz konusu sözleşme için yazılı şekil şartının bulunduğu ve kefilin sorumlu olduğu azami miktarın ve kefalet tarihinin belirtilmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Kanun maddesinde “*azami miktar*” ifadesinin kullanılması ile kastedilenin ise azami miktarda para olduğu kabul edilmekte ve dolayısıyla kefalet borcunun bir para borcu olduğu değerlendirilmektedir¹¹²⁴.

Kefalet sözleşmesi ile kefil asli bir borcu güvence altına aldığından, kefaletin söz konusu olabilmesi için ifade edilen bu asli borcun mevcut olması gerekmektedir. Bu nedenle kefalet borcunun var olabilmesi için asli bir borca ihtiyaç duyulmasından ötürü kefalet borcunun niteliği bağımlı (ferî) bir borçtur¹¹²⁵. Bu niteliği dolayısıyla kefalet

¹¹²² Kefilin üstlendiği borç borçlunun değil kendi borcu olsa da kefil dilerse borçlunun borçlandığı edimi de yerine getirebilmektedir. Zira TBK m. 83 hükmünde “*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir*” denilmek suretiyle borçların ifasında şahsen ifa zorunluluğun olmadığı ifade edilmektedir. Bu hâlde ise ifanın üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilmesi söz konusu olmaktadır. Kefile sözleşme ile tanınmış bir seçimlik yetki söz konusu olduğunda kefilin seçim yapabilmesi de mümkündür. Bkz. **Becker**, Hermann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Verlagsverhältnisse, Art. 184 - 551, Hrsg. Gmür, M., Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1934, Art. 492, N. 21, s. 811 – 812; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 492, N. 2, s. 3191 – 3192.

¹¹²³ **Eren/ Dönmez**, Şerh V, M. 581, N. 9, s. 1833.

¹¹²⁴ Kefilin kefil olduğu borcun türü ise önem arz etmemektedir. Zira olumlu, olumsuz, para, cins, parça borcu, seçimlik borç hatta sebepsiz zenginleşme yahut haksız fiilden doğan bir borç için de kefil olunabilmesi mümkündür. Öğretide şahsa sıkı sıkıya bağlı edimlere kefil olup olunamayacağına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bir kısım yazarlarca bu nitelikteki edimler için kefil olunamayacağı savunulurken; bazı yazarlar ise bunun mümkün olduğu görüşüne sahiptir. Bkz. **Eren/ Dönmez**, Şerh V, M. 581, N. 12, s. 1834 – 1835; **Lerch**, Emil/ **Tuason**, Vicente: Die Bürgschaft im schweizerischen Recht, Polygraphischer Verlag A. -G., Zürich, 1936, s. 38.

¹¹²⁵ **Esser**, Josef/ **Weyers**, Hans - Leo: Schuldrecht, Band II: Besonderer Teil, 7. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991, s. 346; Kefalet borcunun bu niteliğinden hiçbir surette yani kısmen bile feragat edilebilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda

borcu ancak asıl borç mevcutsa var olmakta ve asıl borcun mevcudiyeti devam ettiği müddetçe onunla birlikte varlığını sürdürmektedir. Ferilik özelliği dolayısıyla asıl borcun herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda kefalet borcunun da buna bağlı olarak sona ereceği söylenebilmektedir. Kefalet borcunun sınırını asıl borç belirlemektedir. Bu demek oluyor ki kefilin asıl borcun üzerinde yani asıl borçtan daha fazla bir borcu yüklenmesi mümkün değildir¹¹²⁶. Yine ferilik özelliği dolayısıyla kefalet borcuna ilişkin ifade edilmesi gereken bir başka konu ise defilere ilişkindir. Asıl borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu defilere borçlu da sahip olmakta, bu sebeple alacaklının kefil aleyhine açmış olduğu bir davada kefil de bu defileri ileri sürmeye yetkilidir¹¹²⁷.

Kefalet borcunun bir diğer özelliği ise söz konusu bu borcun ikincil (tali) nitelikte olmasıdır. Talilik özelliği ilke olarak alacaklının kefile başvurmadan önce borçluya başvurmasını ifade etmektedir¹¹²⁸. Başka bir ifade ile alacaklının alacağını elde edebilmesi için öncelikle asıl borçludan talepte bulunması gerekmektedir. Söz konusu bu özelliğin adı kefalet açısından tam anlamıyla geçerli olduğu söylenebilse de müteselsil kefalet açısından talilik ilkesine yönelik tartışmalar bulunmaktadır¹¹²⁹.

kefaletten bahsedilemeyeceği, garanti sözleşmesi yahut müteselsil borcun söz konusu olacağı değerlendirilmektedir. Bkz. **Eren/ Dönmez**, M. 581, N. 16, s. 1836; **Fikentscher/ Heinemann**, s. 818; **Kılıçoğlu**, BHÖH, s. 655; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 492, N. 13, s. 3194; **Sprau**, Beck'sche KuKo, Einführung von § 765, N. 1, s. 1295.

¹¹²⁶ **Eren/ Dönmez**, Şerh V, M. 581, N. 15, s. 1836; Teminatın kapsamı asıl borca bağlı olarak belirlenir. Bkz. **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 492, N. 19, s. 3196.

¹¹²⁷ **Fikentscher/ Heinemann**, s. 820; **Honsell**, SOR BT, s. 418; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 492, N. 13, s. 3194; **Pickenbrock**, Andreas: Personalsicherheiten: Bürgschaft, Krediauftrag, Garantie und Schuldbeitritt, BuB (Bankrecht und Bankpraxis), Bank – Verlag GmbH., Köln, 2016, s. 66; **Rein**, s. 55; **Staffelbach**, Daniel: Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Auflage, Orel Füssli Verlag AG., Zürich, 2009, Art. 492, N. 6, s. 1079.

¹¹²⁸ **Eren**, BHÖH, s. 765; **Honsell**, SOR BT, s. 414; **Kılıçoğlu**, BHÖH, s. 655; **Rein**, s. 67.

¹¹²⁹ Müteselsil kefalette kefilin borcu asli, istisnai olarak da tali niteliktedir. Zira bu türlü kefalette alacaklının borçluya başvurmadan doğrudan kefile başvurması mümkündür. Bkz. **Eren**, BHÖH, s. 765; **Giovanoli**, Kommentar zum Bürgschaftsrecht, Art. 496, N. 1 vd., s. 65 vd.; Müteselsil kefalette taliliğin mümkün olmayacağına ilişkin bkz. **Kılıçoğlu**, BHÖH, s. 667; Yarg. HGK, 05.03.2020, E. 2017/3027, K. 2020/256: “Alacaklının kefiliden talepte bulunabilmesi için kefilin borcunun muaccel olması gereklidir. Kefilin borcunun muaccel olması ise kefaletin ferî bir sorumluluk doğurmasına uygun olarak esas borcun muaccel

Kefilin kefalet ehliyetine sahip olması kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarından biridir. Tam ehliyetliler, kefalet sözleşmesi yapabilmekte ve kefil olarak borç altına girebilmektedir. Kefalet sözleşmesine kefil sıfatıyla taraf olabilecekler sadece tam ehliyetlilerdir. Bu nedenle tam ehliyetsizler kefil olamaz, onlar adına yasal temsilcileri de bu işlemi yapamazlar. Tam ehliyetsizlere ilişkin bu durum sınırlı ehliyetsizler açısından da söz konusudur. Sınırlı ehliyetsiz kimselerin yasal temsilcilerinin rızası olsa bile bu işlemi yapabilmeleri mümkün değildir. Sınırlı ehliyetliler grubunu ise kendisine yasal danışman atanmış olanlar ve evli kimseler oluşturmaktadır. Kendisine yasal danışman atanmış olan bir kimsenin kefalet sözleşmesi yapabilmesi ise TMK m. 429 hükmü uyarınca atanmış olan yasal danışmanın izni ile gerçekleşebilmektedir¹¹³⁰. Sınırlı ehliyetliler grubuna dahil olan evli kimselerin kefalet sözleşmesi yapabilmelerine ilişkin ise farklı bir durum söz konusudur. Gerçekten de TBK m. 584/I hükmünde “*Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin*

*olmasına bağlıdır. O hâlde esas borç muaccel olmadan kefilden talepte bulunulamaz. Ne var ki kefaletten doğan borcun muaccel olmasının esas borcun muaccel olmasına bağlı olması, kefalet borcu için esas borçtan ayrı bir muacceliyet zamanı belirlenmesine engel değildir. Kefalet sözleşmesinin ikincil (tali) bir sorumluluk doğurduğu ifadesi, iki anlamda kullanılmış olabilir. Kefalet sözleşmesi alacaklıya teminat verme amacını taşıdığından, alacaklının kefile başvurması, esas borçlu ifayı zamanında gerçekleştirmezse gündeme gelecektir. "Muaccel" bir borcun ifasında gecikme olduğu gerçekleşmeden kefil sorumlu tutulmaz. Bu geniş anlamıyla ikincillik (talilik) her türlü kefalet sözleşmesinde karşımıza çıkar. İkincilliğin bir de dar anlamı vardır. Peşin dava (tartışma) defini kullanarak önce esas borçlunun takip edilmesini isteyebilecek kefilin sorumluluğu dar anlamıyla ikincil bir sorumluluktur. Kefile başvurmak isteyen alacaklının öncelikle esas borçluyu takip etmek ve rehinleri paraya çevirmek zorunda olması, kefilin sorumluluğunu dar anlamıyla da ikincil olduğunu göstermektedir. Bu dar anlamıyla ikincillik adi kefalette belirgindir. Dar anlamda ikincilliğin daha da sertleştiği bir kefalet türü "açığın kapatılmasına (zarara) kefalet" olarak isimlendirilmektedir (TBK. 585 f. 3). Adi kefilin tartışma definden yoksun olduğu durumlarda da açığın kapatılmasına kefil olan kişi esas borçlu hakkında sonuçsuz kalan bir takip yapılmasını isteyebilir. Zarara kefil olan kişinin sorumluluğu, esas borçlunun takibi üzerine elde edilemeyen alacak tutarına indirgenmiştir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsilen kefaletle ilişkin düzenlenmesinde de, dar anlamıyla ikincillikten söz edilebilecektir. TBK m. 586'ya göre müteselsil kefil, belirli oranda önce rehnin paraya çevrilmesi define sahip kılınmıştır. Teslime bağlı taşınır rehni ve alacak rehnini öncelikle paraya çevirmesini alacaklıdan isteyebilecektir. Bunun gibi ifade geciken esas borçluyu (sonuçsuz kalacak biçimde takip etmesi gerekme de) sonuçsuz kalacak biçimde ihtar etmeyen alacaklı, müteselsil kefile başvuramaz.” Bkz. **Özen**, Burak: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 117; Ayrıca karar için bkz. Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası.*

¹¹³⁰ Kendilerine kayyım atanmış olanların ise bizzat bu sözleşmeyi akdedebilmeleri mümkündür, dolayısıyla bu kimseler kefalet ehliyetine sahiptir. Bkz. **Eren**, BHÖH, s. 771.

kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır” ifadesiyle evli kimselerin eşlerinin sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması esnasında verilmiş yazılı rızası ile bu sözleşmeye kefil olarak taraf olabilecekleri belirtilmektedir¹¹³¹.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği bazı şekli şartların yerine getirilmiş olmasına bağlıdır¹¹³². Kefalet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalı, kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihinin el yazısı ile belirtilmiş olması gerekmektedir¹¹³³. Gerçekten de TBK m. 583/I’nin ilk cümlesinde bu husus “*Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz*” şeklinde ifade edilmiş, şartların sağlanmaması durumunda ise sözleşmenin geçerli olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı hükmün ikinci cümlesi ise “*Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır*” şeklindedir. Buna göre kefilin sorumlu olduğu azami miktarın, kefalet tarihinin, müteselsil kefalet ya da

¹¹³¹ TBK m. 584/II: “*Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalet dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.*” İlgili hükümde kefil lehine yapılacak değişiklikler açısından eşin rızasının aranmayacağı ifade edilmektedir. Buna ek olarak 6455 sayılı yasanın 77. maddesi TBK m. 584’e ek bir fıkra eklemek suretiyle eşin rızasını gerektiren hâllere önemli ölçüde sınırlandırma getirmiştir: “*Ticaret siciline kayıtlı ticari 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, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.*” Söz konusu hükümde hangi işlemler açısından eşin rızasının gerekli olmadığını kanun koyucu belirlemiştir.

¹¹³² **Ayrancı**, Hasan: “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 2, Y. 2004, s. 102 - 103; **Becker**, K SZO II, Art. 493, N. 7, s. 815; **Giovanoli**, Kommentar zum Bürgschaftsrecht, Art. 493, N. 11, s. 35; **Rein**, s. 30; **Staffelbach**, Art. 493, N. 3, s. 1082.

¹¹³³ Kefalet sözleşmesi geçersiz ise ortada bir eksik borcun mevcut olacağından da bahsedilmesi mümkün değildir. Bkz. **Anderegg**, Karl: Die Formerfordernisse im neuen Bürgschaftsrecht, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1943, s. 60.

bu nitelikte bir yükümlülük altına girilmiş olması durumunda bunu gösterecek ibarelerin el yazısı ile belirtilmesinin şart olduğu ifade edilmektedir¹¹³⁴.

Kefalet sözleşmesi ve kefalet borcuna ilişkin yapılan genel açıklamalardan sonra konuyu eksik borçlar açısından değerlendirecek olursak, öncelikle TBK m. 582/I hükmüne değinmek yerinde olacaktır. Söz konusu hükmün ilk cümlesi “*Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir*” şeklindedir. İfade edildiği üzere kefalet sözleşmesinden doğan borcun ferî borç olması dolayısıyla, bu nitelikteki bir borcun var olabilmesi ancak asli bir borcun varlığı ve geçerliliğine bağlıdır. Bir başka deyişle kefalet sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği güvence teşkil ettiği asli borcun mevcut ve geçerli olmasına bağlıdır¹¹³⁵.

Eksik borçların sadece yaptırımdan yoksun bırakılmış olması, bunların hukuken mevcut olmadığı veya geçersiz borçlar oldukları anlamına gelmemektedir. Zira eksik borçların tam borçlardan ayrıldığı nokta eksik borçlarda alacaklının alacağını elde edememesi durumunda devletin yetkili organlarına başvurmak suretiyle de bunu sağlayamamasıdır. Yoksa “*eksik borç*” olarak nitelendirilen hâllerde meydana gelmiş olan borcun, sadece eksik borç olması gerekçesine dayanılarak var olmadığı ya da geçersiz olduğu söylenememektedir¹¹³⁶. Ancak yine de eksik borçlar için kefalet verilir verilemeyeceği

¹¹³⁴ Kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasından ötürü TBK m. 14/I’de yeri bulunan “*Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur*” hükmü uyarınca sözleşmede yalnızca kefilin imzanın yer alması yeterli olmakta, alacaklının imzasının sözleşmede bulunmaması durumunda bile sözleşmenin geçersizliği söz konusu olmamaktadır. Yine kefilin adının mutlak surette yer alması gerektiği ancak alacaklının adının bulunmasının gerekli olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **Eren**, BHÖH, s. 773.

¹¹³⁵ Örneğin asıl borç; tarafların irade beyanları birbiri ile uyuşmadığında ya da içerik hukuka, ahlaka aykırı olduğunda veya imkânsızlık ya da muvazaa, şekil eksikliği veya ehliyetsizlik söz konusu olduğunda batıl sözleşmeden doğan borcun güvencesini oluşturan kefalet sözleşmesi de yine geçersiz olacaktır. Yine irade sakatlığı ve gabin hâllerinde sözleşme iptal edildiğinde, asıl sözleşmeyle beraber doğan borcu teminat altına almak amacıyla yapılan bir kefalet sözleşmesi de geçerli olamamaktadır. Bkz. **Eren**, BHÖH, s. 769; **Fikentscher/ Heinemann**, s. 818; **Habersack**, MünchenerK, § 765, N. 64, s. 931; **Kılıçoğlu**, BHÖH, s. 657; **Sprau**, Beck’sche KuKo, Einführung von § 765, N. 1, s. 1295; **Yılmaz**, Merve: “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, S. 7, Yıl. 2, Y. 2011, s. 72 – 73.

¹¹³⁶ Eksik borçlar, hukuken geçerli borçlardır. Bu sebeple eksik borçlar için kefil olunabilmesinin önünde bir engel yoktur. Bkz. **Tobler**, Hans: Der Schutz des Bürgen

konusu geçmişten bu yana birtakım tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bunun nedeni 818 sayılı kanun döneminde eksik bir borç için kefil olunmasının mümkün olup olmadığına ilişkin anlaşılır bir düzenleme bulunmamasından kaynaklanmaktaydı¹¹³⁷. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu sayesinde eksik borçlar açısından kefalet sözleşmesinin yapılabileceği net bir şekilde ortaya koyulmuştur.

Başlangıçtan itibaren eksik borç niteliğinde kabul edilen kumar ve bahisten doğan borçlar açısından 818 sayılı kanun döneminde kefalet ile teminat altına alınıp alınamayacaklarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, kumar ve bahisten meydana gelen bir borca kefaletle ilişkin TBK m. 591/IV hükmünü içermektedir. Söz konusu hüküm “*Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def’ileri ileri sürebilir*” şeklindedir. Hükümde ifade edildiği üzere kumar ve bahisten meydana gelmiş bir borca kefil olunmasında, kefilin borcun bu niteliğini bilip bilmemesinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bir başka ifade ile kefalet sözleşmesinin kurulduğu esnada borcun kumar veya bahis dolayısıyla meydana gelmiş

gegenüber dem Gläubiger nach dem schweizer. Obligationenrecht, (Diss.), Verlag von Stämpfli & Cie., 1926, s. 21.

¹¹³⁷ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 158; Yasa yürürlükteyken öğretide oldukça taraftar toplayan bir görüş, bu tür borçlara kefaletin mümkün olamayacağını; zira bu borçlara kefil olunabilmesinin mümkün olması durumunda alacaklının teminat veren kimseyi ifaya zorlayabilme ihtimalinin olabileceğini savunmaktaydı. Ayrıca 818 sayılı yasanın kumar ve bahisten alacak hakkı doğup doğmayacağına ilişkin net bir ifade içermiyor olması da tartışılan bir başka meseleydi. Zira ilgili kanunun 504. maddesinde kumar ve bahisten alacak hakkı doğmayacağı ifade edilmesine rağmen, hükmün yan başlığının “*Alacağın dava edilememesi*” olması tartışmaların kaynağını oluşturmaktaydı. Öğretide savunulan bir başka görüşe göre ise kumar ve bahis nedeniyle meydana gelecek borçlar için kefalet yolu ile bir güvence verilebileceği ancak bu hâlde kefilin de ifaya zorlanamaması gerekeceği yani kefilin borcunun eksik borç niteliğinde olacağı (kefil borcun niteliğini bildiği hâlde kefil olmuşsa bu durumda kefalet borcu eksik borç niteliği taşıyacak ve iade talep edilemeyecek aksi hâlde ise iade istenebilmesi mümkün olacaktı bkz. **Akev**, Kumar ve Bahis, 359; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 160) yönündeydi. Bir başka görüşe göre ise bilerek kumar ve bahis borcuna ilişkin verilmiş olan kefalet, bir garanti sözleşmesi kurmak istenmesi anlamına gelebilirdi. Çünkü kefil olmak isteyen bir kimse, borçlunun ifa zorunluluğunun olmadığını bilmesine rağmen ona nazaran daha ağır bir sorumluluğu üstlenmektedir. Bu nedenle ferilik ilkesi ile bağdaşmayan bu durum neticesinde bir garanti sözleşmesi kurulmuş olurdu. Bkz. **Akev**, Kumar ve Bahis, s. 357 - 360; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 158 - 160; Ayrıca bkz. **Elçin Grassinger**, Gülçin: Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, Alfa Basım - Yayımlar - Dağıtım, İstanbul, 1996, s. 66 - 68.

olduğu biliniyor olsa da kefalet sözleşmesi geçerli olmakta ve kefil, asıl borçlunun sahip olduğu defileri ileri sürebilmektedir¹¹³⁸.

Türk Borçlar Kanunu m. 591/IV hükmüne göre, kefalete ilişkin borcun ferîlik özelliğinin sonucu olarak kefilin asıl borçlunun sahip olduğu defileri ileri sürmek suretiyle borcu ifadan kaçınması mümkündür. Kefilin sahip olduğu söz konusu bu defî hakkı, geniş anlamda defiyi ifade etmekte ve içeriğinde ise sadece olağan defiler değil aynı zamanda itirazlar da bulunmaktadır¹¹³⁹.

Borç, kumar ve bahisten meydana geldiğinde söz konusu olabilecek savunma aracı itirazdır¹¹⁴⁰. Kanun koyucunun bu nitelikteki borçların varlığını hoş karşılamaması dolayısıyla borcun niteliği bir itiraz konusunu oluşturmakta ve dolayısıyla söz konusu durum dosyadaki bilgilerden anlaşıldığında hâkim tarafından resen dikkate alınmak zorundadır¹¹⁴¹. Kumar ve bahse ilişkin borcun savunma araçları açısından borçlu için itiraz teşkil etmesinin bir neticesi de aynı durumun kefil açısından söz konusu olmasıdır¹¹⁴². Bu nedenle esas borcun kumar ve bahisten doğduğunu resen dikkate almakla yükümlü olan hâkimin kefilin dava edilmesi hâlinde de aynı yükümlülüğü söz konusu olmakta, dolayısıyla savunma olarak ileri sürülmesi bile kendiliğinden bu durumu dikkate alması gerekmektedir¹¹⁴³.

¹¹³⁸ **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 502, N. 15, s. 3242; **Taşatan**, Caner: Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği ve Sona Ermesi Bakımından Asıl Borç, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, Y. 2021, S. 2, s. 353; **Vischer**, Markus: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Vertragsverhältnisse, Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Hrsg. Huguenin, Claire/ Müller - Chen, Markus, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2016, Art. 502, N. 9, s. 833.

¹¹³⁹ **Eren/ Dönmez**, Şerh V, M. 591, N. 2, s. 1905; **Giovanoli**, Kommentar zum Bürgschaftsrecht, Art. 502, N. 1, s. 104; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 502, N. 4, s. 3239; Kefaletin ferî niteliği, kefilin asıl borçluya ait bütün itirazları da ileri sürebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Reisoğlu**, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 222; **Staffelbach**, Art. 502, N. 1, s. 1094.

¹¹⁴⁰ **Balmer**, s. 188; **Schulze**, s. 630; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 29, dp. 36.

¹¹⁴¹ **Eren**, BHÖH, s. 803; **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 513, N. 13, s. 3292; **Guhl/ Koller**, s. 16; **Hochstrasser**, HandK, Art. 513 – 514, N. 16, s. 866.

¹¹⁴² **Ayan**, Serkan: Kefalet Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 272.

¹¹⁴³ **Ayan**, Kefalet Sözleşmesi, s. 272; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 161.

Türk Borçlar Kanunu m. 591/I’de “*Kefil, asıl borçluya veya mirasçılarına ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def’ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır...*” hükmü yer almaktadır. Hükümde ifade edildiği üzere kefilin asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğüne ilişkin olmayan defileri veya mirasçılarının sahip olduğu bütün defileri ileri sürme hakkı bulunmakla beraber bu defilerin ileri sürülmesi kefil açısından bir zorunluluk teşkil etmektedir. Bu düzenlemeyle kefile bir külfet yüklenmiş olduğu kabul edilmektedir¹¹⁴⁴. Zira kefilin sahip olduğu defileri ileri sürmemesi rücu hakkını kaybetmesine neden olmaktadır.

TBK m. 591/III’de ise kefilin asıl borçluya ait defilerin varlığını bilip bilmemesi durumuna ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu hüküm “*Kefil, asıl borçluya ait def’ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu def’ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemeden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder*” şeklindedir. Buna göre kefil, asıl borçlunun sahip olduğu defilerin varlığından haberdar olmaksızın ödemede bulunduğu takdirde esas borçluya rücu edebilme hakkına sahip olacaktır. Ancak kefilin bu defilerden haberdar olduğu yahut olması gerektiği asıl borçlu tarafından ispat edilirse defilerin ileri sürülmüş olması hâlinde ödemeden kurtuluşun mümkün olduğu ölçüde rücu hakkı kaybedilecektir.

Defi ileri sürmeksizin yüklendiği borcu ifa eden kefilin yaptığı ödemenin iadesini isteyebilme yahut asıl borçluya rücu edebilme haklarına sahip olup olmadığı konusunda bazı tartışmalar bulunmaktadır¹¹⁴⁵; öğretilde savunulan bir görüşe göre, borcun kumar veya bahis nedeniyle meydana geldiği bilindiği takdirde kefil tarafından yapılmış olan ödemenin geri istenebilmesi ya da borçluya rücu edilebilmesi mümkün olmamakta,

¹¹⁴⁴ Ancak TBK m. 591/I’in son cümlesine göre zamanaşımına uğramış bir borç nedeniyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek kefalet hâli bu hüküm kapsamı haricinde bırakılmıştır. Bkz. **Eren/ Dönmez**, Şerh V, M. 591, N. 1, s. 1905; Doğrudan kendisine ait savunmaları kullanmak kefil için sadece bir hak teşkil eder. Zira bu konuda kefilin bir külfet altında olduğundan bahsedilemez. Bkz. **Beck**, Emil: Das neue Bürgschaftsrecht: Kommentar, Schulthess & Co., Zürich, 1942, Art. 502, N. 5, s. 205; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 396.

¹¹⁴⁵ **Taşatan**, Kefalet, s. 353.

ancak kefil bilgi sahibi değilse yapılan ödeme alacaklıdan geri istenebilmektedir¹¹⁴⁶. Bir başka görüşe göre ise eksik nitelikte de olsa kumar ve bahis dolayısıyla meydana gelen borç, geçerli bir borç olduğundan yapılan ödemenin sebepsiz nitelikte olmayacağı ve dolayısıyla kefilin ödeme yapmış olması durumunda iade talep edemeyeceği ancak şartları sağlandığı takdirde TBK m. 591/III hükmü uyarınca asıl borçluya rücu edilebileceği değerlendirilmektedir¹¹⁴⁷. Konuya ilişkin yapılan bir değerlendirme ise TBK m. 591/III hükmü uyarınca rücu hakkının devam etmesine ilişkindir. Söz konusu hâlde yani kefilin asıl borcun borçlusuna rücu edebilme hakkının olduğu bir durumda, esasen borçlunun kumar yahut bahis borcu için dolaylı olarak ifaya zorlandığı ileri sürülmektedir¹¹⁴⁸. Bu görüşe göre, her ne kadar kumar ve bahisten meydana gelen borç eksik borç teşkil etse, yani bu durumda herhangi bir şekilde ifaya zorlanamaması gerekse de eksik borcun borçlusunun böyle bir hâlde dolaylı olarak ifaya zorlanacağı düşünülmektedir.

Kanaatimizce, konuyu başından itibaren ele alarak değerlendirmek yerinde olacaktır. Öncelikle daha önce de ifade ettiğimiz üzere TBK m. 604/I hükmünde “*Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz*” denilmek suretiyle bu nitelikteki borçlar için dava ve takip hakkının tanınmamış olduğu açıkça ifade edilmiştir. Kanun koyucu kumar ve bahis faaliyetlerinden doğan borçların eksik borç niteliğine bir başka hükümde daha işaret etmektedir. Gerçekten de TBK m. 605/II’nin ilk cümlesinde bu borçlar için isteyerek yapılan ödemelerin geri alınamayacağı ifade edilmekte, böylelikle de yapılmış olan ifanın geçerli olacağı kabul edilmektedir¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁶ **Elçin Grassinger**, s. 68; Kefilin alacaklıya yönelik iade talebinde bulunabileceği bir diğer hâl ise TBK m. 605/II maddesinde yer almaktadır. Geri isteme hakkının doğması söz konusu olduğunda kefil de kumar ve bahis alacaklısına yaptığı ödemeyi geri alabilmelidir. Zira kefil asıl borçludan daha fazla ve daha ağır şartlarda sorumluluk altına girememektedir. Bkz. **Beck**, Art. 507, N. 25, s. 282; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 384.

¹¹⁴⁷ **Ayan**, Kefalet Sözleşmesi, s. 272.

¹¹⁴⁸ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 162; Borca kefalet verilmesinin asıl amacının, borçluyu ifaya zorlamak değil, ifaya güvence oluşturmak olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Tobler**, s. 28.

¹¹⁴⁹ TBK m. 605/II: “*Kumar ve bahis borcu için isteyerek yapılan ödemeler geri alınamaz. 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 ödeme geri alınabilir.*” Söz konusu hükümde kanun koyucu, kumar ve bahis borcunu ifa eden borçlunun hangi hâllerde isteyerek de olsa yapmış olduğu ödemeyi geri alabileceğini ifade etmiştir.

Önemle vurgulamak gerekir ki kumar ve bahisten meydana gelen bir borç da -diğer bütün eksik borçlarda olduğu gibi- eksik nitelikte de olsa mevcut ve geçerli bir borçtur¹¹⁵⁰. Söz konusu bu borçların kefalet ile teminat altına alınabilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin özellikle geçmişte yapılmış tartışmalara TBK m. 591/IV hükmü ile açıklık getirilmiştir. Söz konusu hüküm “*Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def’ileri ileri sürebilir*” şeklindedir. Hükümün ifadesinden kumar ve bahis faaliyetlerinden meydana gelen borçların kefalet ile teminat altına alınabileceği sonucuna tereddütsüz ulaşılabilmektedir¹¹⁵¹. Hükümde bahsedilen defiler, geniş anlamıyla kullanılmakta ve dolayısıyla içeriğini hem olağan defiler hem de itirazlar oluşturmaktadır¹¹⁵². Kefilin üstlendiği borcun başka bir deyişle kefalet borcunun her zaman için ferî nitelikte olmasından ötürü sorumluluğu üstlenmiş olan kefil de asıl borçlunun ileri sürme hakkına sahip olduğu savunma araçlarını ileri sürebilmektedir. TBK m. 591/IV hükümde ifade edildiği üzere borcun niteliğine ilişkin bilgi sahibi olunup olunmamasının da önemi bulunmamaktadır. Böylece bir kimse kumar ve bahis faaliyetlerinden meydana gelen bir borca kefalet verdiğinde, kefalet ile teminat altına alınan borcun niteliği bilinse bile asıl borçlunun sahip olduğu dava edilmezlik savunması ileri sürülebilmektedir. Başka bir ifade ile alacaklı kefile başvurduğunda, ifadan kaçınmak amacıyla kefil de asıl borçlunun ileri sürebileceği dava edilmezlik savunmasını ileri sürebilmektedir¹¹⁵³.

¹¹⁵⁰ Bu hususta TBK m. 582/I hükmüne tekrar değinmek gerekir. Söz konusu hükmün ilk cümlesi “*Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir*” şeklindedir.

¹¹⁵¹ Alman hukukunda kumar ve bahis faaliyetlerinden geçerli bir borç doğmayacağı görüşünü savunanlar bu gerekçe ile ferî nitelikteki kefalet borcunun da geçersiz olacağını ileri sürmüştür. Bkz. **Gröger**, Alfred: Bürgschaft und Schuldübernahme: Ihre Abgrenzung, (Diss.), Leipzig, 1932, s. 4; **Habersack**, MünchenerK, § 762, N. 18, s. 855; Alman hukukunda aksi yöndeki görüşe ilişkin olarak bkz. **Rein**, s. 59; İsviçre hukuku için bkz. **Giovanoli**, BernerK, Art. 513, N. 7, s. 281; **Giovanoli**, Kommentar zum Bürgschaftsrecht, Art. 502, N. 8, s. 107; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 502, N. 15, s. 3242; **Staffelbach**, Art. 502, N. 9, s. 1095; **Vischer**, HandK, Art. 502, N. 9, s. 833; Aksi yönde bkz. **Thalmann**, s. 49; **Tobler**, s. 28 - 29.

¹¹⁵² Bakınız, s. 242.

¹¹⁵³ **Giovanoli**, BernerK, Art. 513, N. 7, s. 281; **Giovanoli**, Kommentar zum Bürgschaftsrecht, Art. 502, N. 8, s. 107; **Guhl**, Theo/ **Schnyder**, Anton K.: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000, s. 637;

Türk Borçlar Kanunu m. 591/I'nin ilk cümlesinde yeri bulunan “*Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def’ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır...*” Hükmünden anlaşıldığı üzere kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan tüm def’ileri ileri sürme hakkına sahiptir. Hatta def’ileri ileri sürme hakkını haiz olan kefil için bunların ileri sürülmesi bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Kefil açısından savunma araçlarını ileri sürmenin bir zorunluluk olarak öngörülmüş olması, rücu ilişkisinde hak kaybının önlenmesinin amaçlanmasıyla kaynaklanmaktadır¹¹⁵⁴. Hâl böyle iken kefil savunma aracı ileri sürmeksizin kefalet sözleşmesinden meydana gelen borcunu yerine getirdiğinde rücu ilişkisindeki durumun ne olacağı meselesi üzerinde durmak gerekmektedir. Konuya ilişkin karmaşıklığı gideren hüküm TBK m. 596/VI’da yer almaktadır. Gerçekten de ilgili hükmün ilk cümlesinde “*Kefil, dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için ödemede bulunduğu takdirde, asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip değildir*” denilerek kanun koyucu aslında genel ve kapsayıcı bir ifadeyle hem eksik borçların kefalet ile teminat altına alınabileceğini ifade etmiş hem de kefalet dolayısıyla söz konusu olabilecek sonraki rücu ilişkisinde yapılan ödemeye karşılık asıl borçluya rücu için başvurulamayacağını belirtmiştir. Özetle kefilin dava hakkı vermeyen¹¹⁵⁵ bir borç için kefalet sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmek suretiyle alacaklıya ödeme yapması neticesinde asıl borçluya rücu edebilmesi mümkün değildir. Ancak kefil, alacaklı kendisine başvurduğu takdirde savunmasını ileri sürerek alacaklının talebini karşılıksız bırakabilmektedir. Kefil savunma ileri sürmeksizin borcunu ifa etmeyi tercih ettiğinde ise asıl borçluya karşı ileri sürebileceği bir rücu hakkı bulunmayacaktır. Söz konusu hüküm sayesinde kanun koyucunun, ifa ile yükümlü olmayan borçlunun bir

Lerch/ Tuason, s. 12; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 502, N. 15, s. 3242; **Staffelbach**, Art. 502, N. 9, s. 1095.

¹¹⁵⁴ **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 502, N. 4, s. 3239; **Staffelbach**, Art. 502, N. 2, s. 1094.

¹¹⁵⁵ Dava açılmayan her durumda eksik borçtan bahsedilemese de eksik borçların dava hakkından mutlak surette yoksun olması gerekçesine dayanarak, tüm eksik borçların bu kapsamda değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Bkz. I. Bölüm.

şekilde ifaya mecbur bırakılma tehlikesi ile karşılaşmasını önlemeye çalıştığı anlaşılmaktadır¹¹⁵⁶.

Kefilin, asıl borçlunun sahip olduğu defileri bilmeksizin ödeme yapmış olması durumunda TBK m. 591/III uyarınca doğabilecek bir rücu hakkından söz edilip edilemeyeceği sorusuna kanaatimizce olumsuz cevap vermek gerekmektedir. Zira özellikle TBK m. 596/VI hükmü dava hakkı vermeyen bir borç için ödeme yapılması durumunda kefilin asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip olmayacağı, defilerden haberdar olup olmadığına ilişkin bir ayırım yapılmaksızın kabul edilmiştir¹¹⁵⁷. Kanımızca TBK m. 596/VI hükmünü bir kenara bırakırsak, TBK m. 591/III hükmü doğrudan ve tek başına değerlendirildiğinde de yine aynı cevap verilebilmektedir. Zira TBK m. 591/III hükmünün ilk cümlesinde “*Kefil, asıl borçluya ait def’ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur*” ifadesiyle defilerin varlığından habersiz olan kefilin ödeme yapması durumunda rücu hakkına sahip olacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin son cümlesinde ise “*Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu def’ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemeden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder*” denilmektedir. İfade edildiği üzere asıl borçlunun kefilin defilerden haberdar olduğunu yahut haberdar olması gerektiğini ispat edebilmesi hâlinde rücu hakkını kaybedeceği belirtilmektedir. Konuya dair mehz İsviçre Borçlar Kanunu Art. 502 Abs. 3 OR’a ilişkin görüşlerde, kefilin borcu ödemeden önce asıl borçludan her türlü def’i ve itirazları sorgulamakla; asıl borçlunun ise konuya ilişkin bilgi vermekle yükümlü olduğu, sorgulamadığı takdirde def’i de ileri sürülmediğinden rücu hakkının kaybedileceği ifade edilmektedir¹¹⁵⁸. Kefil, hiçbir kusuru olmaksızın savunmalardan habersiz kalmışsa, örneğin asıl borçlunun kefil tarafından istenmiş olmasına rağmen bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçındığını düşünürsek böyle bir durumda hakkaniyet gereği rücu hakkının var olacağı değerlendirilmektedir¹¹⁵⁹. Söz konusu durumun pratikte eksik borçlar açısından

¹¹⁵⁶ Elçin Grassinger, s. 67, dp. 11.

¹¹⁵⁷ Karş. Giovanoli, Kommentar zum Bürgschaftsrecht, Art. 507, N. 18, s. 147.

¹¹⁵⁸ Giovanoli, Kommentar zum Bürgschaftsrecht, Art. 502, N. 19, s. 110; Pestalozzi, BSK OR I, Art. 502, N. 13 - 14, s. 3242; Vischer, HandK, Art. 502, N. 7, s. 833.

¹¹⁵⁹ Pestalozzi, BSK OR I, Art. 502, N. 13, s. 3242.

gerçekleşebileceğini değerlendirmek güçtür. Zira asıl borçluya başvurduğunda savunmayla karşılaşan alacaklının alacağını elde edebilmek için borca kefil olan kefile başvurması durumunda, asıl borçlu hâlihazırda kendi savunmasını ileri sürerek borcu ifa etmekten kurtulmuşken tekrar kendisine rücu edilebilmesi tehlikesini üstleneceğini düşünmek kanaatimizce pek olası değildir. Ne var ki bu tartışmanın pratik bir değeri olduğu söylenemez. Zira TBK m. 596/VI açıkça dava hakkı vermeyen bir borç için ödeme yapan kefilin asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip olmayacağını hüküm altına almıştır.

Kanaatimizce¹¹⁶⁰ kefil, borcun kumar ve bahisten meydana geldiğini bildiği hâlde yine de alacaklıya ödeme yapmışsa TBK m. 605/II’de “*Kumar ve bahis borcu için isteyerek yapılan ödemeler geri alınamaz*” hükmü uyarınca ödediğini geri alma hakkına sahip olamayacaktır¹¹⁶¹. Yine açıklanan gerekçelerle kefilin borçluya rücu edebilmesi de mümkün olamayacaktır. Kefil, asıl borcun kumar ve bahisten doğduğunu bilmeden alacaklıya ödemedede bulunduğu da ifade edildiği üzere asıl borçluya rücu edemeyecektir. Ancak bu ihtimalde kefil, yaptığı ödemeye ilişkin olarak alacaklıdan iade talebinde bulunabilmelidir¹¹⁶². Zira kumar ve bahis borçlarında yapılan ifanın TBK m. 605/II uyarınca ancak istenerek yapılması durumunda geri alınamayacağı ifade edilmektedir. İstenerek yapılan ifa için ise öğretideki bir görüşe göre¹¹⁶³, sadece borcun kumar borcu olduğunun bilinmesi yeterlidir. Bunun dışında borcun ifa edilmesinin yahut edilmemesinin hukuki neticelerine ilişkin bilgi sahibi olmak gerekmemektedir.

¹¹⁶⁰ Aynı yönde bkz. **Acar**, Özlem: Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 257, 351; **Elçin Grassinger**, s. 68; **Gönül Koşar**, Günhan: “Kefilin Asıl Borç İlişkisinden Doğan Savunma İmkânlarına Başvurabilmesinin Sınırları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl. 13, S. 52, Y. Ekim 2022, s. 302 – 303; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 384.

¹¹⁶¹ TBK m. 605/II c. 2 uyarınca kumar ve bahsin usulüne göre yürütülmesi beklenmedik olayla veya diğer tarafın fiiliyle engellenmişse ya da diğer taraf kumar ve bahse ilişkin hile yaptırmışsa bu hâllerde yapılan ödemenin geri alınabilmesi mümkün olacaktır.

¹¹⁶² Aynı yönde bkz. **Acar**, Kefalet Sözleşmesi, s. 257, 351; **Elçin Grassinger**, s. 68; **Gönül Koşar**, s. 303; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 384; Aksi görüşte bkz. **Ayan**, Kefalet Sözleşmesi, s. 272, dp. 827.

¹¹⁶³ Karş. **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 514, N. 3, s. 3296; **Giovanoli**, BernerK, Art. 514, N. 6, s. 297; **Hochstrasser**, HandK, Art. 513 - 514, N. 19, s. 866; Aksi yönde bkz. **Amonn**, s. 475; Kumar borcunun kapatılmasına ilişkin bilince sahip olunmasının gerekli olmadığı hakkında bkz. **von Tuhr/ Peter**, I.II, s. 482, dp. 62.

Dolayısıyla kefil esas borcun kumar ve bahse ilişkin olduğunu bilmeden alacaklıya ödeme yaptığında asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip olamasa da alacaklıdan iade talep edebilmelidir.

Türk Borçlar Kanunu'nda evlenme simsarlığından doğan borçlara kefalet verilir verilemeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bir görüşe göre bu nitelikteki borçlar için de kumar ve bahisten doğan borçlara ilişkin esaslar geçerli olmalıdır¹¹⁶⁴. Dolayısıyla evlenme simsarlığından doğan borçlar için kefalet verilebilmektedir. *Akev*, kefalet borcunun ferî niteliğinden ötürü dava edilemeyeceğini ancak ifa edilmişse bu ifanın geçerli olacağını ifade etmiştir¹¹⁶⁵. Ancak öğretilde savunulan bir başka görüşe göre¹¹⁶⁶, evlenme simsarlığından doğan borca kefil olunabilmesi mümkün değildir. Bu görüşe göre, evlenme simsarlığından doğan borçları teminat altına almak amacıyla yapılan kefalet sözleşmesi geçersiz olmalıdır.

Kanaatimizce niteliklerinin aynı olmasından ötürü diğer başlangıçtan itibaren eksik borçlara, kumar ve bahisten doğan borçlara kefalete ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması mümkündür. Yine kumar ve bahis borçlarında olduğu gibi alacaklının borcun ifası için kefile başvurması durumunda kefil, sahip olduğu savunmasını ileri sürmek suretiyle borcu ifadan kaçınabilmelidir. Kumar ve bahis borçları için ifade

¹¹⁶⁴ **Acar**, Kefalet Sözleşmesi, s. 95; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 162 - 163; **Elçin Grassinger**, s. 68; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 155; Alman hukukunda bu niteliği haiz borçlar günümüzdeki hâkim görüşe göre eksik borç olarak kabul edilmekte ve bunlara kefalet verilmesi mümkün görülmektedir. İsviçre hukukunda ise evlenme simsarlığından doğan borçların eksik borç olarak kabul edildiği dönemde aynı şekilde bu borçlar için de kefaletin mümkün olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. **Rein**, s. 59 – 60; **Tandoğan**, Halûk: Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki), Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1959, s. 26; **Thalmann**, s. 49 – 50; Karş. **Yenice**, A. Özge: Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 59.

¹¹⁶⁵ **Akev**, Evlenme Tellâllığı, s. 372; **Pietruszak**, BSK OR I, Vorbemerkungen zu Art. 406a - 406h, N. 1, s. 2835; **Schönenberger**, Wilhelm: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419 - 529, Schulthess & Co. A. -G., Zürich, 1945, Art. 492, N. 33, s. 1822.

¹¹⁶⁶ **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, Cilt II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 337; **Roth**, MünchenerK, § 656, N. 1, s. 450; **Tandoğan**, Garanti Mukavelesi, s. 26.

ettiğimiz sonuçların diğer başlangıçtan itibaren eksik borçlar bakımından da söz konusu olmasında hukuken bir engel olmadığı düşüncesindeyiz¹¹⁶⁷.

Tam borcun eksik borca dönüşmesinin zamanaşımı definin ileri sürülmesiyle gerçekleştiği kabul edilmektedir¹¹⁶⁸. Öncelikle kefil olunan borcun zamanaşımına uğraması durumu değerlendirilmelidir. Kefalet borcu ferî nitelikte bir borç olduğundan asıl borç için borçlu tarafından ileri sürülebilecek savunmalar kefil tarafından da ileri sürülebilmektedir¹¹⁶⁹. Böylece tam borç zamanaşımına uğradığında kefil de borcun zamanaşımına uğramış olduğuna ilişkin defiyi alacaklıya karşı ileri sürebilecektir¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁷ **Acar**, Kefalet Sözleşmesi, s. 95; Karş. **Ayan**, Kefalet Sözleşmesi, s. 272 vd.; **Gautschi**, Georg: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 5. Teilband: Kreditbrief und Krediauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Hrsg. Meier - Hayoz, Arthur, Verlag Stämpfli & Cie., Bern, 1964, Art. 416, N. 3a, s. 175; **Gönül Koşar**, s. 303; **Lerch/ Tuason**, s. 12; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 155; **Pietruszak**, BSK OR I, Vorbemerkungen zu Art. 406a - 406h, N. 1, s. 2835.

¹¹⁶⁸ **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 84; **Enneccerus/ Lahmann**, s. 15; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 1146; **Klingmüller**, s. 220; Zamanaşımı süresi geçmiş olduğunda, alacak hakları hiçbir şekilde düşmediği gibi dava hakkı da düşmez şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 47; **Schönenberger/ Jäggi**, K SZO, Vorbemerkungen vor Art. 1, N. 73, s. 174; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 35. Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarına rastlamak da mümkündür. Örneğin Yarg. 4. HD. 23.01.1981 ve 11363/451 sayılı kararında şu ifadelerle yer verilmiştir: “...zamanaşımının davayı etkisiz bırakması kendiliğinden gerçekleşmemekte ve ancak borçlunun iradesine bağlı bulunmaktadır.” Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 47 ve orada adı geçen yazar. Yine nispeten yeni bir kararında “Şu hâlde zamanaşımına uğrayan alacak ortadan kalkmamakla beraber artık doğal bir borç (Obligatio naturalis) hâline gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, alacağın salt zamanaşımına uğramış olması, onun eksik borca dönüşmesi için yeterli olmayıp borçlunun kendisine karşı açılmış olan alacak davasında alacaklıya yönelik bir defi'de bulunması gerekir.” İfadelerine yer verilmiştir. Bkz. Yarg. HGK. 12.03.2019, E. 2015/21 – 2925, K. 2019/277. Ayrıca bkz. Yarg. HGK. 08.04.2015, E. 2013/1597, K. 2015/1165, Yarg. HGK. 24.06.2021, E. 2017/3136, K. 2021/842, Yarg. HGK. 12.03.2020, E. 2017/650, K. 2020/301, Yarg. HGK. 22.09.2021, E. 2017/945, K. 2021/1069, Yarg. HGK. 03.06.2021, E. 2017/427, K. 2021/685, Yarg. HGK. 07.10.2021, E. 2018/984, K. 2021/1182. Bkz. Hukuk Türk İhtihat Bilgi Bankası.

¹¹⁶⁹ **Giovanoli**, Kommentar zum Bürgschaftsrecht, Art. 502, N. 2, s. 104; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 502, N. 4, s. 3239; **Vischer**, HandK, Art. 502, N. 1, s. 832.

¹¹⁷⁰ **Balmer**, s. 198; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 502, N. 7, s. 3240.

Zamanaşımı defî borçlu için tanınmış bir karşı haktır¹¹⁷¹. Bütün haklarda olduğu gibi borçlunun da kendisine tanınmış olan bu haktan feragat edebilmesi mümkündür. TBK m. 160/I uyarınca zamanaşımından önceden feragat edilebilmesi mümkün değildir. Ancak hak doğduktan sonra borçlunun, zamanaşımından ya da daha doğru bir ifadeyle zamanaşımı defîni ileri sürmekten feragat edebilmesi mümkündür¹¹⁷². Asıl borçlu zamanaşımı defîni ileri sürmekten feragat ettiğinde feragatin kefile karşı ileri sürülmesi mümkün değildir¹¹⁷³. Kefili koruma amacı taşıyan bu düzenleme TBK m. 160/IV'te “*Asıl borçlunun feragati de kefile karşı ileri sürülemez*” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir. Keza TBK m. 591/II hükmü de asıl borçlunun kendisine ait bir defiden feragat etmesinin kefilin bu defiyi ileri sürmesine engel olmayacağını belirtmektedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 155/II ve III'te ifade edildiği üzere zamanaşımı asıl borçluya karşı kesildiğinde kefile karşı da kesilmekte, ancak kefile karşı kesildiğinde asıl borçluya karşı kesilmiş olmamaktadır. Böylece, asıl borcun zamanaşımına uğramayan bir borç olması durumunda, kefilin borcu için zamanaşımı süresinin işlemeye devam edeceği kabul edilmektedir¹¹⁷⁴. Asıl borç, zamanaşımına uğramayan bir borçken asıl borçlunun zamanaşımının kesilmesine neden olacak davranışlarda bulunmasının kefil üzerindeki etkisine ilişkin öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre¹¹⁷⁵, asıl borçlunun zamanaşımını kesen davranışlarda bulunması, zamanaşımına

¹¹⁷¹ **Eren**, BHGH, s. 1470; Borçlu her hak gibi bu hakkını da kullanmakta serbesttir. Ancak borçlu zamanaşımı defiyi ileri sürmediği takdirde alacaklı alacağını dava ve takip suretiyle elde edebilme hakkını kaybetmeyecektir. Bkz. **Gümüş**, BHGH, s. 1239; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 1144.

¹¹⁷² Zamanaşımından feragat edildiğinde borç zamanaşımına uğramayan bir borç hâline gelmeyecek, borçlu sadece zamanaşımı defîni ileri sürme hakkından vazgeçmiş olacaktır. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 1470; Zamanaşımı işlemeye başlamadan önce yani kural olarak alacak doğup muaccel olmadan zamanaşımı definden vazgeçme yönündeki tek taraflı beyanlar yahut anlaşmalar kesin hükümsüzdür. Bkz. **Gümüş**, BHGH, s. 1241; **Paksoy**, Meliha Sermin: Zamanaşımından Feragat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 36, dp. 13.

¹¹⁷³ **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 502, N. 4, s. 3239; Kefilin sahip olduğu defî hakkını kullanmaktan feragat etmesi durumunda ise mevcut sözleşmenin kefalet değil, garanti sözleşmesi niteliğinde olacağına ilişkin bkz. **Rein**, s. 60 – 61; **Thalmann**, s. 49.

¹¹⁷⁴ **Däppen**, Robert K.: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR I, Hrsg. Widmer Luchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 136, N. 5, s. 950; **Gönül Koşar**, s. 300.

¹¹⁷⁵ **Acar**, Kefalet Sözleşmesi, s. 255; **Elçin Grassinger**, s. 192 – 193; **Gönül Koşar**, s. 300.

uğramayacak borç üzerinde herhangi bir etki yaratmayacağından aynı şekilde kefil üzerinde de etkisiz olacaktır. Savunulan diğer görüşe göre ise TBK m. 154'te¹¹⁷⁶ yer alan zamanaşımını kesen sebeplerin asıl borç için mevcudiyeti, zamanaşımının kefil açısından da kesilmesi sonucunu doğuracaktır¹¹⁷⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nda zamanaşımına uğramış borçlar için kefaletin mümkün olduğuna ilişkin düzenlemelere rastlamak mümkündür¹¹⁷⁸. Kanun koyucu kumar ve bahis borçlarından farklı olarak böyle borçlara kefalet verilirken kefilin zamanaşımını bilip bilmemesine göre farklı bir düzenleme öngörmüştür¹¹⁷⁹. Türk Borçlar Kanunu m. 591/I'e göre "*Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip*

¹¹⁷⁶ TBK m. 154'e göre borçlu borcunu ikrar ettiğinde, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse; alacaklı ise dava veya def'i yoluyla mahkemeye ya da hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa, iflas masasına başvurmuşsa zamanaşımını kesilecektir.

¹¹⁷⁷ **Gönül Koşar**, s. 300; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 382; **Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, s. 226 - 227.

¹¹⁷⁸ 818 sayılı önceki Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu zamanda zamanaşımına uğramış borçlara kefaletin mümkün olup olmadığı konusunda kanunda bir düzenleme bulunmaması dolayısıyla öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmekteydi. Bir görüşe göre bu borçlar için kefil olunabilmesi mümkündü. Bu görüşü destekleyenlerin dayandığı hüküm EBK m. 485'ti. Zira EBK m. 485 hükmü kefilin korumayı amaçlamakta, bu sebeple hüküm zamanaşımına uğramış borca bilerek kefil olan kişi için uygulama alanı bulabilirdi. Bu görüş kefaletin feriliği özelliği ile bağdaşmaması dolayısıyla eleştirilmekteydi. Çünkü esas borçlunun sorumluluğunun söz konusu olmadığı bir hâlde kefilin sorumlu tutulması sonucu meydana gelmekteydi. Karşı görüşe göre EBK m. 485 hükmünde ifade edilen durumlarda kefalet hükümlerine tabi bir garanti sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Öğretilerde bir kesim ise zamanaşımına uğramış borca ilişkin kefalet hükümlerine tabi bir garanti sözleşmesinin kurulacağı görüşüne katılmamaktaydı. Zira ancak kanunda öngörülmesi hâlinde kefalet hükümlerine tabi bir garanti sözleşmesi kurulabilirdi. Bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 166 - 167; **Elçin Grassinger**, s. 33; **Tandoğan**, Halûk: Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 724; **Tandoğan**, Garanti Mukavelesi, s. 24 - 25. 6098 sayılı TBK m. 582/II'de bu husus "*kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur*" denilmek suretiyle dikkate alınmıştır. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda ilgili hüküm Art. 492 Abs. 3 OR'da yer almaktadır. İsviçre ve Türk hukuklarında konuya ilişkin yaklaşım ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Gönül Koşar**, s. 307 vd.

¹¹⁷⁹ *Aktürk*'e göre eksik borç türlerine kefaletle ilişkin borcun niteliğinin biliniş bilinememesine göre farklı sonuçlara neden olan hükümlerin öngörülmüş olması isabetli değildir. Yazara göre bu farklılık haklı bir gerekçeye dayanmamakta ve kanun koyucunun kefilin koruma amacı ile çelişmektedir. Bu görüşü eleştiren **Buz**, haklı olarak eksik borçların tek tip borçlar olmadığını ve bu nitelikteki borçların birbirinden farklı özellikler taşıdığını ifade etmiştir. Bkz. **Aktürk**, Emrah: Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 63; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 168 - 169.

olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır. Yanılma veya sözleşme yapma ehliyetsizliği ya da zamanaşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek kefalet hâli bu hükmün dışındadır.” Hükümde kefilin asıl borçlunun istisnalar hariç olmak üzere sahip olduğu bütün defileri ileri sürebileceği hatta sürmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak yanılma, sözleşme yapma ehliyetsizliği ya da zamanaşımına uğramış bir borç için bilerek kefalet verilmesi durumlarında kefilin defî ileri sürme hakkından mahrum bırakıldığı görülmektedir. Bu hâlde kefil, zamanaşımını bilmesine rağmen kefil olmuş ve dolayısıyla tehlikeyi de üstlenmiştir¹¹⁸⁰. Bu demek oluyor ki kefil, kefalet sözleşmesi akdedilirken zamanaşımından habersizse alacaklıya karşı zamanaşımı defîni ileri sürme hakkına sahip olmaktadır¹¹⁸¹. Kefilin durumdan haberdar olmaksızın defî ileri sürmeyerek borcu ifa etmesi durumunda asıl borçluya karşı rücu imkânına sahip olabileceği düşünülebilir¹¹⁸². Bir başka görüşe göre ise haberdar olmaksızın borcu ifa eden kefil asıl borçluya rücu etse bile zamanaşımı defî ile karşılaşacağından bu girişimi sonuçsuz kalacaktır¹¹⁸³. Bu görüşe katılmakla birlikte TBK m. 596/VI hükmünün de dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Zira hükmün ilk cümlesinde kefilin dava hakkı vermeyen bir borç için ödemede bulunması durumunda asıl borçluya rücu edemeyeceği kefilin borcun niteliğine ilişkin bilgi sahibi olup olmadığına ilişkin bir ayırım yapılmaksızın kabul edilmiştir¹¹⁸⁴.

Türk Borçlar Kanunu’nun 78. maddesinin ikinci fıkrasına göre zamanaşımına uğramış borcun ifa edilmesi durumunda iade istenebilmesi mümkün değildir. Zira zamanaşımına

¹¹⁸⁰ **Gönül Koşar**, s. 305.

¹¹⁸¹ **Lerch/ Tuason**, s. 12; **Reisoğlu**, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1992, s. 19; **Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, s. 52; **Tobler**, s. 29.

¹¹⁸² *Elçin Grassinger*’e göre burada kefilin asıl borçluya rücu hakkı, defî hakkının varlığından haberdar olmamasında kusurlu olup olmamasına bağlıdır. Bkz. TBK m. 591/III ve bkz. **Elçin Grassinger**, s. 35; **Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, s. 227.

¹¹⁸³ **Lerch/ Tuason**, s. 12; **Tobler**, s. 30.

¹¹⁸⁴ TBK m. 596/VI hükmünün son cümlesine göre kefilin zamanaşımına uğramış bir borçtan sorumluluğu, borçlunun vekili olarak hareket etmesinden ileri geliyorsa, o hâlde borçlunun vekâlet sözleşmesi hükümlerince kefile karşı sorumlu olacağı değerlendirilmektedir. Söz konusu durum kefilin borcun zamanaşımına uğramış bir borç olduğunu bilerek kefil olması hâlinde söz konusu olmaktadır. Bkz. **Acar**, Kefalet Sözleşmesi, s. 350 – 351.

uğramış borç, sona ermiş değildir. Aynı düşünce ile öğretideki bir görüşe göre kefil, zamanaşımı defini ileri sürmeden ifade bulunduysa alacaklıdan iade talep edememelidir.¹¹⁸⁵ Ancak Alman hukukunda *Bönner* tarafından ileri sürülen görüşe göre¹¹⁸⁶, iade isteyemeyecek olan borçlunun kendisidir. Kefil, ifasını sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak geri isteyebilmelidir. İsviçre hukukunda *Richenthal* benzer bir yorumda bulunmuştur. *Richenthal*'e göre¹¹⁸⁷, zamanaşımının asıl borç üzerindeki etkisi kefalet borcunun hukuki sebebini kaybetmesine neden olmaktadır. Bu nedenle kefil, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca alacaklıdan iade talebinde bulunabilmelidir. *Elçin Grassinger*¹¹⁸⁸ ise ifade edilen değerlendirmelerin zamanaşımının mahiyeti ile bağdaşmadığını ve TBK m. 78/II hükmünün mantığı ile ters düşeceğini ileri sürmektedir. Bununla birlikte yazar, kefilin asıl borcu değil de kefalet sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmesinin de asıl borçlunun ifası ile kefilin ifası arasında bu nitelikte bir farklılığa neden olmaması gerektiği görüşündedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 582/II'ye göre “*Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır.*” Hükümde borçlunun yanılma veya ehliyetsizlik nedeniyle sorumlu olmadığı bir borca kişisel güvence verenin bu eksikliği bilmesi durumunda kefalet hükümlerine göre sorumlu olacağı, aynı kuralın zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan açısından da geçerli olacağı ifade edilmektedir. Zamanaşımına uğramış borca bilerek kefil olduğunda söz konusu sözleşmenin niteliğine ilişkin geçmişten bu yana süregelen tartışmalar güncelliğini korumaya devam etmektedir. TBK m. 582/II

¹¹⁸⁵ **Elçin Grassinger**, s. 35; **Horn**, Norbert: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 741 – 822, 12. Auflage, J. Schweitzer Verlag KG. Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1986, § 768, N. 24, s. 408 – 409; **Lerch/ Tuason**, s. 12.

¹¹⁸⁶ **Bönner**, Max: Grenzen der Akzessorietät der Bürgschaft, (Diss.), Köln, 1948, s. 48; **Elçin Grassinger**, s. 35, dp. 74.

¹¹⁸⁷ **Elçin Grassinger**, s. 35, dp. 74; **von Richenthal**, August Arnold: Das Erlöschen der Bürgschaft infolge Untergangs der Hauptschuld, (Diss.), Buchdruckerei Freiämter Zeitung A. G., Wohlen, 1951, s. 79.

¹¹⁸⁸ **Elçin Grassinger**, s. 35, dp. 74.

hükümünün karşılığı olan mehz İsviçre Borçlar Kanunu OR Art. 492 Abs. 3 hükmü için ileri sürülen bir görüşe göre burada ferîlik ilkesinin istisnasını teşkil eden bağımsız bir garanti sözleşmesi vardır¹¹⁸⁹. Hükümde garanti veren kefalet kuralları ile sorumlu tutulduğundan korunmakta ve kefil olarak değil, kefil gibi sorumlu tutulmaktadır¹¹⁹⁰. Türk hukukunda ise hâkim görüşe göre, TBK m. 582/II'de ferîlik niteliği haiz olmayan sözleşmenin bir garanti sözleşmesi teşkil ettiği ancak söz konusu sözleşmeye kefalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı değerlendirilmektedir¹¹⁹¹. Bir başka görüşe göre TBK m. 582/II hükmünde sadece bu kapsama dahil olan hâller açısından ferîlikten söz edilemeyeceği, bunun dışında diğer hususlara ilişkin asıl borca ferîliğin devam edeceği düşünülmektedir¹¹⁹².

Kanun koyucu kumar ve bahisten doğan borçlar ve zamanaşımına uğrayan borçlar açısından farklı hükümler öngörmüştür. Zira kumar ve bahisten doğan borçlara kefalette borcun niteliğinin bilinip bilinmemesi önem taşımamaktadır. Ancak zamanaşımına uğramış bir borca kefalette bu durum fark oluşturmaktadır. Kanun koyucunun bu ayrımı gözetmesinin sebebi kumar ve bahis borçlarının hoş karşılanmamasından ya da kınanmasından kaynaklanmaktadır¹¹⁹³. Nitekim kumar ve bahisten doğan borçlar başlangıçtan itibaren eksik borç olarak nitelendirilmektedir. Başka bir deyişle bu çeşit borçlar, doğdukları andan itibaren dava ile talep ya da cebrî icra ile takip olanağından yoksundur. Ancak bir borç zamanaşımına uğradıktan sonra ancak defi ileri sürülmüşse eksik borç hâline gelmektedir. Bu ise zamanaşımına uğramış borçların kamu yararı için tehlike oluşturmamalarından, bu borçlara ılımlı yaklaşılmasından ileri gelmektedir¹¹⁹⁴.

¹¹⁸⁹ **Bucher**, SOR BT, s. 288; **Giovanoli**, Kommentar zum Bürgschaftsrecht, Art. 492, N. 80, s. 26; **Vischer**, HandK, Art. 492, N. 8, s. 804.

¹¹⁹⁰ **Pestallozzi**, BSK OR I, Art. 492, N. 25, s. 3198; **Giovanoli**, Kommentar zum Bürgschaftsrecht, Art. 492, N. 80, s. 26; **Vischer**, HandK, Art. 492, N. 8, s. 804.

¹¹⁹¹ **Elçin Grassinger**, s. 55 vd.; **Gönül Koşar**, s. 308; **Reisoğlu**, Seza: Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, Y. 1962, s. 348 - 349.

¹¹⁹² **Acar**, Kefalet Sözleşmesi, s. 96; **Elçin Grassinger**, s. 59; **Gönül Koşar**, s. 309 – 310.

¹¹⁹³ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 169; **Engel**, s. 43.

¹¹⁹⁴ **Balmer**, s. 188; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 58; Sonradan eksik borçların kamu yararı için bir tehlike oluşturmadiğı kabul edilmektedir. Bkz. **Engel**, s. 47; **Koller**, SOR AT, s. 14.

Sonradan eksik borç olarak kabul ettiğimiz konkordato dışında kalan borçlara kefalete ilişkin olarak hukuken hiçbir engel olmaması ve TBK m. 596/VI hükmünün sözünden de tüm eksik borçlar açısından kefaletin mümkün olabileceğinin anlaşılması dolayısıyla bu nitelikteki borçlara kefaletin mümkün olduğunu ifade edebilmekteyiz¹¹⁹⁵.

3.1.3.8. Eksik Borçların Rehin ile Teminat Altına Alınması

Rehin hakkı, borcun ifa edilmemesi durumunda, hak sahibine hakkın konusu şeyi paraya çevirmek suretiyle alacağını öncelikle almak yetkisini veren sınırlı ayni haktır¹¹⁹⁶. Amacı ise sahibine, rehnin konusunu paraya çevirmek suretiyle bedelinden alacağını öncelikle elde etmesine yönelik teminat sağlamaktadır¹¹⁹⁷.

Alacak hakkı sahibi alacağını rehin ile teminat altına aldığı anda, rehnin konusunu oluşturan şeyi doğrudan paraya çevirmek suretiyle alacağını elde edebilmektedir. Esasında rehinli alacaklı nezdinde bu aynı zamanda bir zorunluluk teşkil etmektedir. Zira İİK m. 45/I’de “*Rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflasa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. Ancak rehinin tutarı borcu ödemeye yetmezse alacaklı kalan alacağını iflas veya haciz yoluyla takip edebilir*” hükmü yer almaktadır. Hükümde ifade edildiği üzere rehinle güvence altına alınmış bir alacağın borçlusu iflasa tabi olsa da alacaklı yalnız rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilmekte, rehnin tutarı borcu karşılamadığı takdirde ise alacaklı kalan alacağı için iflas ya da haciz yoluyla takip yapabilmektedir.

¹¹⁹⁵ Buz’a göre, zamanaşımına uğramış borçlara kefalete ilişkin hükümlerin konkordato haricinde kalan borçlara da uygulanması mümkündür. Bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 169.

¹¹⁹⁶ **Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, 10. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 2012, s. 527; **Gürdoğan**, Burhan: Türk ve İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ajans - Türk Matbaası, Ankara, 1967, s. 3 - 4; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir**, s. 475; **Özkaya**, Eraslan: Eşya Hukuku: Sınırlı Ayni Haklar, Cilt II, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 2981 vd.; **Serozan**, Rona: “Taşınmaz Rehni”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 64, S. 2, Y. 2006, s. 301; **Wieling**, Hans Josef: Sachenrecht, Band 1: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2006, s. 694.

¹¹⁹⁷ **Akcaal**, Mehmet: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 664; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 549; **Özkaya**, s. 2982; **Serozan**, s. 301; **Sirmen**, Lâle: Eşya Hukuku, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2018, s. 576; **Wieling**, s. 694.

Rehin hakkı sadece eşya üzerinde¹¹⁹⁸ değil aynı zamanda devredilebilen alacaklar ve diğer haklar üzerinde de kurulabilmektedir. Nitekim bu husus Türk Medeni Kanunu m. 954'te "*Başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir. Aksine bir hüküm bulunmadıkça, bunların rehni hakkında da teslim bağli rehin hükümleri uygulanır*" şeklinde ifade edilmiştir¹¹⁹⁹.

Rehin hakkı bir alacağı teminat altına aldığından, mevcudiyeti de alacağın mevcudiyetine bağlıdır. Bu özelliği ile rehin hakkının ferî bir hak olduğu söylenebilmektedir¹²⁰⁰. Dolayısıyla rehin hakkının geçerliliği, teminat aldığı hakkın varlığına ve geçerliliğine bağlıdır. Alacak hakkı bir sebeple sona ermişse rehin hakkı da sona ermektedir. Teminat altına alınan alacağın meydana geldiği hukuki işlem geçerli değilse, rehin hakkı da geçersiz olmaktadır.

Rehin veren kimse genellikle, teminat altına alınan alacağın borçlusudur. Rehni veren kişi alacağın borçlusu olduğunda; hem borcunu ifa etmekle hem de ifa etmediği takdirde rehlin konusunun paraya çevrilmesine ve alacaklının satış bedelinden alacağını elde etmesine katlanmakla yükümlüdür¹²⁰¹. Alacaklı alacağının tamamını bu şekilde elde edemezse, borçlunun diğer malvarlığı değerlerine başvurabilmektedir. Rehin bir kimsenin borcu için üçüncü bir kişi tarafından da verilebilmektedir. Bu durumda üçüncü kişi rehinle teminat altına alınmış olan alacağı ödemekle yükümlü değildir. Zira üçüncü

¹¹⁹⁸ Türk Medeni Kanunu'nda rehin iki ayrı bölümde düzenlenmektedir. TMK m. 850 - 938 arasında taşınmaz rehnine; TMK m. 939 - 972 arasında ise taşınır rehnine ilişkin hükümler yer almaktadır. İki rehin türü arasındaki temel fark ise rehne ilişkin açıklığın taşınmazlarda kural olarak tapu siciline tescil ile taşınırlarda ise zilyetlik ile sağlanmasıdır. Bkz. **Sirmen**, Eşya Hukuku, s. 579. TMK m. 954 vd. hükümlerinde ise alacak rehnine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. TMK m. 954/II uyarınca aksine bir hüküm bulunmadıkça, alacaklar ve diğer haklar üzerindeki rehne teslim bağli rehin hükümleri uygulanmaktadır.

¹¹⁹⁹ Eşya üzerinde kurulan rehin hakkının bir aynı hak olduğu konusunda bir tereddüt bulunmasa da alacak hakları ve diğer haklar üzerinde kurulan rehin hakkının niteliğine ilişkin öğretide tartışmalar bulunmaktadır. Bkz. **Özkaya**, s. 2985; **Sirmen**, Eşya Hukuku, s. 577 - 578.

¹²⁰⁰ **Akcaal**, s. 664; **Kılıçoğlu**, Eşya Hukuku, s. 552; Taşınmaz rehni türlerinden ipotekli borç senedi ve irat senedi ferî değil, bağımsız niteliktedir. Bkz. **Özkaya**, s. 2986; **Sirmen**, Eşya Hukuku, s. 578; **Wieling**, s. 700; **Wolff**, Martin/ **Railer**, Ludwig: Sachenrecht, 10. Bearbeitung, J. C. B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1957, s. 522.

¹²⁰¹ **Özkaya**, s. 2986; **Sirmen**, Eşya Hukuku, s. 578.

kişinin sadece tek bir yükümlülüğü vardır, o da alacaklının alacağını elde edememesi durumunda rehnin konusunun paraya çevrilmesine ve alacaklının bu şekilde alacağını elde edebilmesine katlanmaktadır¹²⁰². Üçüncü kişinin sorumluluğu rehnin konusuyla sınırlıdır. Başka bir deyişle alacaklı alacağını rehnin konusunun paraya çevrilmesi suretiyle elde edemediğinde, üçüncü kişinin diğer malvarlığı değerlerine başvuramamaktadır. Böyle bir durumda borçlunun sorumluluğu devam ettiğinden rehnin paraya çevrilmesiyle elde edilemeyen kısım için borçlunun malvarlığı değerlerine başvurulabilmektedir¹²⁰³.

Rehin hakkının amacı, alacaklının alacağını elde edememesi ihtimâline karşı bir teminat sağlamaktır. Yukarıda ifade edildiği üzere alacaklı alacağını elde edemediği takdirde rehnin konusunu oluşturan şeyin paraya çevrilmesi suretiyle alacağını temin etmektedir.

Başlangıçtan itibaren eksik borçların rehin ile teminat altına alınmasının mümkün olup olmadığına ilişkin mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Başlangıçtan itibaren eksik olan borçların rehin yoluyla teminat altına alınabileceği kabul edilirse, örneğin kumar ve bahis borcu için rehin verilmesi üzerine alacaklı cebrî icra yolu ile rehnin paraya çevrilmesi suretiyle alacağının tamamını ya da bir kısmını elde edebilecektir. Öğretideki hâkim görüşe göre¹²⁰⁴, bu mümkün olmamalıdır. Zira bu

¹²⁰² **Özkaya**, s. 2986 – 2987; **Sirmen**, Eşya Hukuku, s. 579.

¹²⁰³ **Özkaya**, s. 2987; Bir taşınmaz rehni çeşidi olarak irat senedi, bu konuya istisna teşkil etmektedir. Zira irat senedinde rehinli taşınmazın maliki aynı zamanda zorunlu olarak borçludur. Sorumluluğu ise rehnedilen taşınmazla sınırlıdır. Bkz. **Sirmen**, Eşya Hukuku, s. 579.

¹²⁰⁴ **Becker**, K SZO II, Art. 513, N. 5, s. 866; **Buz**, rehnin üçüncü kişi tarafından verilmesinin farklı sonuçlara sebep olmayacağını, zira kanun koyucunun yasakladığı şeyin alacaklının ifaya yönelik menfaatinin yerine getirilmesi olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca yazar, borcun doğuştan eksik borç niteliğini bilmeden rehin veren üçüncü kişinin, malını rehinden kurtarmak maksadıyla borçlunun borcunu yerine getirmesiyle meydana gelecek hukuki duruma ilişkin yaptığı değerlendirmede şu ifadelere yer vermiştir: “*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 hâlinde 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.*” Bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 174 – 175, dp.

nitelikteki borçlar, itiraz teşkil etmektedir ve resen dikkate alınmalıdır¹²⁰⁵. Bu sebeple rehin cebrî icra yolu ile paraya çevrilemez¹²⁰⁶. Ayrıca aksi yönde bir sonuç eksik borcun tüm temel özellikleri ile ters düşmektedir. Nitekim özellikle başlangıçtan itibaren eksik borç olarak kabul edilen borçlar doğdukları andan itibaren dava ile talep ve cebrî icra ile takip imkânından yoksundur. Bu nitelikteki borçlar için rehin yoluyla güvence verilmesi alacaklının eksik borçtan doğan zayıf alacak hakkını kuvvetlendirmekten başka bir amaca hizmet etmeyecektir. Eksik borç kavramının özünü ise alacaklının sahip olduğu bu zayıf alacak hakkı oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu görüşe göre başlangıçtan itibaren eksik borç niteliği taşıyan borçların rehin ile güvence altına alınamayacağını ifade etmek gerekmektedir. Öğretide yer alan bir başka görüşe göre ise bu nitelikteki borçların rehin ile teminat altına alınması mümkün olmakla birlikte, ferîlik özelliği dolayısıyla tıpkı teminat altına alınan borcun kendisi gibi teminat da eksik nitelikte olmalı ve cebrî icra yoluyla paraya çevrilmesi de buna bağlı olarak mümkün olmamalıdır¹²⁰⁷.

İsviçre Medeni Kanunu'nu önemli ölçüde etkileyen Zürih Kantonunun kanun taslaklarında ve İsviçre öğretisinde başlangıçtan itibaren eksik olan borçların rehin ile teminat altına alınmasının mümkün olup olmadığına ilişkin farklı değerlendirmelerde bulunulduğu görülmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki kumar ve bahis borçlarının borçlunun mahvına neden olabileceği gerekçesi ile eksik borç olarak nitelendirilmesi dolayısıyla bir görüşe göre, borçların rehin ile teminat altına alınamayacağı hatta bu borçların bir itiraz teşkil ettiği ve bu sebeple de rehnin geçersiz sayılması gerektiği

514; **Eren**, BHGH, s. 93, **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 55; Evlenme simsarlığından doğan ücret alacaklarının rehinle teminat altına alınamayacağına ilişkin bkz. **Brox/ Walker**, AS, s. 17; **Roth**, MünchenerK, § 656, N. 1, s. 450.

¹²⁰⁵ **Balmer**, s. 196; **Hochstrasser**, HandK, Art. 513 - 514, N. 16, s. 866; **Schwander**, Art. 513, N. 1, s. 1109; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 29, dp. 36.

¹²⁰⁶ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 174 – 175.

¹²⁰⁷ **Akev**, Kumar ve Bahis, s. 364 vd. Bu nedenle rehnin geçersiz olması ile aynı sonuca varılacağına ilişkin bakınız s. 370 - 371; **Bauer/ Bauer**, BSK OR I, Art. 514, N. 4, s. 3296; **von Büren**, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1972, s. 227; **Habersack**, MünchenerK, § 762, N. 18, s. 855; **Looschelders**, SR BT, s. 341 - 342; **Pietruszak**, BSK OR I, Vorbemerkungen zu Art. 406a - 406h, N. 1, s. 2835; **Schwenzer**, s. 34.

savunulmuştur¹²⁰⁸. Ancak merhunun¹²⁰⁹ paraya çevrilmesinde icra dairelerinin görev yapmadığı bir durumda bu tür zayıf alacaklar için alacaklının tatmin edilebileceği farklı bir yaklaşım olarak ileri sürülmüştür¹²¹⁰. Bu görüşe göre, burada önem arz eden konu, eksik borçlardan doğan alacakların elde edilmesinde devletin yetkili organlarının kullanılmamasıdır. Zira devlet, eksik borçlardan doğan alacakların elde edilebilmesi için faaliyet gösteremez. Ancak devlet, bunun dışında bir imkânla zayıf bir alacak hakkının kuvvetlendirilmiş olması ile ilgilenmez. İşte bu sebeple merhunun paraya çevrilmesinde icra dairelerinin görev yapmaksızın alacaklıya rehni özel bir yoldan paraya çevirme yetkisi verilmiş olması konusu üzerinde durulması gerekmektedir.

Tarafların anlaşarak İcra ve İflas Kanunu’nun hükümlerine başvurmaksızın rehnin alacaklı tarafından satılmasını ve alacaklının alacağını bu şekilde elde etmesini ifade eden bu yetki “*rehnin özel yoldan paraya çevrilmesi*” olarak adlandırılmaktadır¹²¹¹. Rehnin paraya çevrilmesi işlemi icra organları vasıtasıyla yapılmakla birlikte bu işlem için icra organlarının hariç bırakılıp alacaklının yetkilendirilebilmesinin mümkün olup

¹²⁰⁸ İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu yöndeki bazı kararları: BGE 39 II 524, BGE 18 I 524 bkz. **Balmer**, s. 196; **Becker**, K SZO II, Art. 513, N. 5, s. 866; **Fisch**, s. 47; **Honsell**’e göre ise kumar ya da bahis borçlusu gönüllü olarak borcu için rehin verdiğinde tıpkı eksik borcun ifa edilmesi durumunda geçerli olması gibi rehin de geçerli kabul edilmelidir. Bkz. **Honsell**, SOR BT, s. 426.

¹²⁰⁹ Rehnin konusu aynı zamanda “*merhun*” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. **Muşul**, Timuçin: İcra ve İflâs Hukukunda; Rehnin Paraya Çevrilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 4.

¹²¹⁰ Taslak PGBZ § 2088, ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu yöndeki bir kararı: BGE 39 II 524, E. 2. Bkz. **Balmer**, s. 196 - 197, dp. 1890; İfanın geçerli olabilmesi için gönüllü olması gerekir. Borçlunun iradesi dışında rehnin bizzat alacaklı tarafından paraya çevrilmesinde ödemenin borçlunun iradesi dışında gerçekleşmesi dolayısıyla ifanın gönüllü yapıldığı söylenemeyecektir. Bkz. **Giovanoli**, BernerK, Art. 514, N. 6, s. 297; BGE 39 II 529. Bkz. **Honsell**, SOR BT, s. 426.

¹²¹¹ “*Rehni özel yoldan paraya çevirme yetkisi, alacağı tahsil yetkisi tanıma ve temsilden ayırt etmek gerekmektedir. Zira özel yolla paraya çevirme yetkisi, nitelik ve kapsam itibarıyla cebri icra yolu ile tanınan yetkiyle özdeştir.*” Bkz. **Demirsatan**, Barış: “Medenî Kanuna Göre Senede Bağlanmamış Alacak Rehni Kapsamında Rehinli Alacaklının Paraya Çevirme Bakımından Olanakları”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 2021, s. 167; **Konuralp**, Orhan Emre: “Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisinin Verilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı: 2015), s. 2855 – 2856.

olmaması meselesi tartışmalıdır¹²¹². İcra ve İflas Kanunu'nda rehnin paraya çevrilmesine ilişkin; taşınır rehninin paraya çevrilmesinde ilamsız takip, taşınır rehninin paraya çevrilmesinde ilamlı takip, ipoteğin paraya çevrilmesinde ilamsız takip ve ipoteğin paraya çevrilmesinde ilamlı takip yolları kabul edilmiştir. Rehnin paraya çevrilmesinde İİK'da öngörülen hükümlere başvurmanın zorunlu olup olmadığı sorusu, İİK hükümlerine başvurunun emredici nitelikte olup olmadığının tespit edilmesi ile cevaplanabilmektedir¹²¹³.

İcra ve İflas Kanunu hükümlerinden başlamış olan bir takip açısından ilgili kanunun hükümlerinin emredici nitelikte olduğu kabul edilse de öğretide ilk başvurunun emredici olup olmadığı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre rehnin paraya çevrilmesinde mutlak surette İİK hükümlerine başvurulması gerektiği; genel kabul gören görüşe göre ise sözleşme özgürlüğü esasına dayanılarak İİK hükümlerine başvurunun zorunluluk teşkil etmediği savunulmaktadır¹²¹⁴. Rehnin

¹²¹² İsviçre hukuk öğretisine ve uygulamaya göre taraflar, resmî prosedür yerine alacaklı tarafından hem taşınır hem de taşınmaz rehninin paraya çevrilmesini rehin sözleşmesinde kararlaştırabilirler. Uygulamada bu türlü anlaşmalara nadiren rastlanmaktadır. Bkz. **Arslandoğan**, Birce: Rehnin Paraya Çevrilmesi Yolu İle Takip Yapma Zorunluluğu, On İki Levha Yayıncılık, 2023, s. 195, 200; **Schmid – Tschirren**, Christina: Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II, Art. 457 – 977 ZGB, Art. 1 – 61 SchlT ZBG, Hrsg. Geiser, Thomas/ Wolf, Stephan, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019, Art. 816, N. 3, s. 1827; Alman hukukunda ise ancak taşınır rehninin özel yolla paraya çevrilmesi mümkündür. Bu satış ise sadece açık arttırma yolu ile yapılabilmektedir. Bir başka görüşe göre, taşınmaz rehninde özel yoldan paraya çevirme sözleşmesinin geçerliliği ancak sözleşmenin alacağın vadesinin gelmesinden sonra yapılması hâlinde mümkün olabilir. Aksi hâlde taşınmaz sadece cebrî icra organları vasıtasıyla paraya çevrilebilmektedir. Bkz. **Arslandoğan**, s. 192 vd.

¹²¹³ **Konuralp**, s. 2857.

¹²¹⁴ “Kural, rehnin paraya çevrilmesinin icra eliyle gerçekleştirilmesi yönünde olmakla beraber, doktrinde tarafların rehinli alacaklının bizzat rehin konusunu paraya çevirerek alacağını elde edebilmesi konusunda anlaşmaları mümkün görülmektedir. Hatta bu yönde mahkeme kararları bulunmaktadır (BGE 36 I 389, BGE 38 II 530, BGE 64 II 418;). Fakat rehinli alacaklıya tanınan bu yetkinin sınırlarını dürüstlük kuralları belirler. Alacaklı rehin konusu malı alacağını karşılayacak miktarda satabilir; bunu aşan satış dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaz. Bunun gibi, icra yerine serbest satışa ilişkin anlaşmaya da ancak muacceliyetten sonra cevaz vermek doğru olur.” Bkz. **Akipek**, Jale G./ **Akıntürk**, Turgut: Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 847; **Konuralp**, s. 2858 - 2859; Aksi yönde bkz. “Rehinli alacaklıya doğrudan doğruya rehni paraya çevirme yetkisi tanınmamıştır. Rehinli alacaklı bu hakkını İcra ve İflas Kanunu'nun 145 ila 153. maddeleri arasında düzenlenen rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip hükümlerine uyarak kullanabilir.” Bkz. **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir**, s. 516.

paraya çevrilmesinde farklı takip yollarına ilişkin arayışın gerekçeleri özellikle icra prosedürlerinin zaman alması, İcra ve İflas Kanunu hükümleri uyarınca satışın verimsizliği ve takip masraflarıdır¹²¹⁵.

Mevzuatımızda açıkça alacaklının rehnin paraya çevrilmesinde yetkilendirilebileceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. TMK m. 873/I'de yer alan “*Borç ödenmezse alacaklı, alacağını rehinli taşınmazın satış bedelinden elde etme hakkına sahiptir*” hükmünde alacaklının rehinli taşınmazın satışından alacağını elde edebileceği ifade edilmektedir. Ayrıca aynı hükmün üçüncü fıkrasında “*Aynı alacak için birden çok taşınmazın rehnedilmiş olması hâlinde, rehnin paraya çevrilmesi istemi, taşınmazların tamamı hakkında yapılır. Bununla birlikte, icra dairesi onlardan ancak gerektiği kadarını paraya çevirir*” hükmü yer almaktadır. Bu fıkra uyarınca rehnin paraya çevrilmesi işleminin ancak icra daireleri tarafından yapılması gerektiği öğretide bir kesim tarafından ileri sürülmektedir¹²¹⁶. Buna karşılık bir başka görüşe göre¹²¹⁷, TMK hükümleri uyarınca rehni paraya çevirme hususunda alacaklıya yetki verilebilmesine engel teşkil edebilecek hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Hatta rehnin paraya çevrilmesi hususunda cebri icra yoluna başvurmak ya da rehnin alacaklı tarafından özel yoldan paraya çevrilmesine ilişkin tarafların sahip olduğu seçimlik bir haktan da bahsedilmektedir.

Malvarlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin, İİK m. 309/g hükmünde, alacağı taşınır rehni ile temin edilmiş alacaklıların rehinli taşınırıları bizzat paraya çevirebilecekleri ifade edilmektedir¹²¹⁸. Söz konusu hüküm elbette ki kanun koyucunun

¹²¹⁵ **Konuralp**, s. 2859 vd.; *Acar*’a göre rehnin paraya çevrilmesine ilişkin İcra ve İflas Kanunu hükümleri emredici nitelikte değildir. Bkz. **Acar**, Faruk: *Rehin Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 70; Emredici nitelikte olduğu yönündeki görüşler için bkz. **Arslandoğan**, s. 208.

¹²¹⁶ **Konuralp**, s. 2864.

¹²¹⁷ **Acar**, *Rehin Hukuku*, s. 70; **Budak**, Ali Cem: *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 59, dp. 26; Kanun koyucunun Türk Medeni Kanunu’nda taşınırlarda rehnin icra yolu ile paraya çevrilmesini gerekli gördüğünde bu durumu açıkça düzenlediği de görülmektedir. Bkz. TMK m. 965. Bkz. **Demirsatan**, s. 169; **Gürdoğan**, *Rehnin Paraya Çevrilmesi*, s. 19.

¹²¹⁸ Benzerlik gösteren başka düzenlemelere ilişkin bkz. **Konuralp**, s. 2864 vd.

iradesini tam anlamıyla ortaya koyabilmek açısından yeterli değildir. Ancak bu nitelikteki düzenlemelerden kanun koyucunun alacaklıya rehlin özel yoldan paraya çevrilmesine ilişkin yetki verilmesini yasaklamadığı da görülmektedir¹²¹⁹.

Özetle rehlin paraya çevrilmesi hususunda İcra ve İflas Kanunu hükümlerine başvurulabilmesinin yanı sıra tarafların da bir sözleşme yapmak suretiyle özel yoldan satışı alacaklının gerçekleştirebileceğini kararlaştırabilmelerinin mümkün olduğu kabul edildiği takdirde eksik borcun alacaklısı alacağını bu yolla elde edebilecektir. İsviçre öğretisinde bu şekilde başlangıçtan itibaren eksik borç alacaklısının alacağını elde edebilmesinin mümkün olduğunu ifade edilmiş, İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, alacaklının rehni paraya çevirme konusunda yetkilendirilmiş olduğu bir hâlde hem rehlin geçerli olacağını hem de bu yolla alacaklının alacağını elde edebilmesinin önünde bir engel olmadığını belirtmiştir¹²²⁰.

Öğretideki genel kanı, zamanaşımına uğramış borçların rehin ile teminat altına alınabilmesinin önünde herhangi bir hukuki engel olmadığı yönündedir¹²²¹. Zamanaşımı süresi işlerken rehin verilmesi durumunda TBK m. 154 uyarınca zamanaşımı kesilecektir¹²²². TMK m. 864 hükmü uyarınca alacak taşınmaz rehni ile temin edilmişse, zamanaşımı işlemeyecektir¹²²³. TMK m. 864 hükmünün uygulanabilmesi için ise

¹²¹⁹ Bazı durumlarda alacaklının rehni özel yoldan paraya çevirme yetkisinin söz konusu olamayacağı değerlendirilmektedir. Bu kısıtlamalara dair ayrıntılı bilgi için bkz. **Konuralp**, s. 2867 vd.

¹²²⁰ BGE 39 II 524. Karar, **Balmer**, s. 197, dp. 1890'dan alınmıştır.

¹²²¹ **Balmer**, s. 195; **Engel**, s. 47; **Sirmen**, borç zamanaşımına uğramadan önce rehin ile teminat altına alınmışsa, zamanaşımı gerçekleştikten sonra dahi rehlin paraya çevirebileceğini öngören TBK m. 159 hükmünü esas alarak, zamanaşımına uğramış bir borç için de rehin verilebilmesinin mümkün olması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. **Sirmen**, A. Lâle.: Alacak Rehni, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1990, s. 12.

¹²²² TMK m. 154 uyarınca, borçlu borcu ikrar ettiğinde özellikle faiz ödemiş, veya kısmen ifade bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse zamanaşımı kesilecektir. Zamanaşımı süresi dolduktan sonra borca rehin verilmesi söz konusu olduğunda ise zamanaşımının kesilmesinden bahsedilemeyecektir. Zira ancak işeyen zamanaşımının kesilmesi söz konusu olabilmektedir.

¹²²³ TMK m. 864: “*Rehlin tapu kütüğüne tescil edilmesinden sonra alacak için zamanaşımı işlemmez.*”; Taşınmaz rehni zamanaşımı karşısında tam koruma sağlarken, TBK m. 159

taşınmaz rehni tapuya tescil edilmeli ve tescilin de geçerli olması gerekmektedir¹²²⁴. TBK m. 159 hükmü uyarınca taşınmaz rehninden farklı olarak taşınır rehni alacağa ilişkin zamanaşımının işlemesine engel olmamakta, alacaklının alacağını rehinden alma yetkisi devam etmektedir¹²²⁵. Bu durumda alacaklı, alacağını elde etmek maksadıyla borçluyu icraya verip mallarını paraya çevirtmek istediğinde borçlu, zamanaşımı def'i ileri sürebilmektedir¹²²⁶. Ancak alacaklı, rehnin paraya çevrilmesi suretiyle alacağını elde etmek isterse borçlu zamanaşımı def'i ile buna engel olamayacaktır¹²²⁷. Bu hâlde rehin paraya çevrildiğinde alacağı karşılamıyorsa alacaklının cebir yoluyla alacağının kalan kısmını tahsili mümkün olmamalıdır¹²²⁸. TBK m. 159 hükmünün uygulanabilmesi için taşınır rehniyle güvence altına alınan alacak hakkının zamanaşımına uğraması gereklidir¹²²⁹. Ek olarak rehin geçerli bir şekilde zamanaşımı gerçekleşmeden önce kurulmalı ve rehnin konusunu oluşturan şey alacaklıya teslim edilmiş olmalıdır¹²³⁰. Öğretide zamanaşımının gerçekleşmesinden sonra rehin verilmesi durumuna ilişkin farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Buna göre, zamanaşımına uğramış bir borç için rehin veren üçüncü kişi rehin sözleşmesi akdedilirken zamanaşımından habersizse, zamanaşımı def'ini ileri sürebilmelidir¹²³¹. Haberdar olmaksızın borç için rehin veren kişi borçlunun kendisi olduğunda def'i ileri sürmekten feragat ettiği sonucuna

hükmü ile taşınır rehni rehin alacaklısına kısmi koruma sağlamaktadır. Bkz. **Erdem**, *Zamanaşımı*, s. 361.

¹²²⁴ **Tutumlu**, s. 216.

¹²²⁵ TBK m. 159: “Alacağın bir taşınır rehniyle güvenceye bağlanmış olması, bu alacak için zamanaşımının işlemesine engel olmaz; bununla birlikte alacaklının, hakkını rehinden alma yetkisi devam eder.”; **Erdem**, *Zamanaşımı*, s. 23; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 49; **Sirmen**, *Alacak Rehni*, s. 12.

¹²²⁶ **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 648; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir**, s. 554, dp. 498.

¹²²⁷ **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 648; **Tutumlu**, s. 217.

¹²²⁸ **Sirmen**, *Alacak Rehni*, s. 86; **Tutumlu**, s. 217.

¹²²⁹ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 159, N. 1, s. 2692; **Killias/ Wiget**, HandK, Art. 140, N. 4, s. 855.

¹²³⁰ **Däppen**, BSK OR I, Art. 140, N. 4, s. 958; **Killias/ Wiget**, HandK, Art. 140, N. 4, s. 855.

¹²³¹ Burada üçüncü kişinin def'i ileri sürme hakkının TMK m. 901/II'den kaynaklandığına ilişkin olarak bkz. **Buz**, *Eksik Borçlar*, s. 177; **Ergüne**, Mehmet Serkan: *Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 115; **Makaracı Başak**, *Aslı: Taşınır Rehni Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 85.

ulaşılamamalıdır¹²³². Bu hâlde öğretideki bir görüşe göre, borçlunun şartları sağladığı takdirde esaslı saik hatası hükümleri uyarınca rehin sözleşmesini iptal edebileceği de ileri sürülmektedir¹²³³. Borçlu ya da üçüncü kişi zamanaşımından haberdar olmak suretiyle borç için rehin vermişse, bu hâlde defî hakkından zımnen feragat edildiği kabul olunmaktadır¹²³⁴. Zira zamanaşımı defî ileri sürebilme imkânı varken borcun rehin verilmek suretiyle teminat altına alınması, bu imkândan yararlanmak istenilmediği şeklinde değerlendirilmektedir¹²³⁵.

Konkordato ile rehin kurumunun nitelikleri dolayısıyla birbiri ile bağdaşmadığı söylenebilmektedir. Fakat, konkordatonun, konkordato süreci başlamadan kurulmuş rehin haklarına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır¹²³⁶. Talep üzerine mahkeme, gerekli şartların mevcut olduğuna kanaat getirirse, borçluya konkordato mühleti verecektir. Konkordato mühletinin amacı, borçluya karşı icra ve iflas takibi yapılmasına engel olmak ve borçluya bu süre zarfında alacaklıları ile konkordatoyu mahkemede tasdik ettirebilme imkânını sağlayabilmektir¹²³⁷. Ancak konkordato mühleti içerisinde rehin konusu olan şeyin değeri borcu karşılıyorsa, borçluya karşı rehinle temin edilmiş alacaklar için rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılabilir¹²³⁸.

¹²³² **Ergüne**, s. 114 – 115; **Makaracı Başak**, s. 84.

¹²³³ **Ergüne**, s. 115, dp. 58; **Makaracı Başak**, s. 84 - 85.

¹²³⁴ **Erdem**, Zamanaşımı, s. 389; **Ergüne**, s. 114 - 115; **Killias/ Wiget**, HandK, Art. 140, N. 5, s. 855; **Makaracı Başak**, s. 85.

¹²³⁵ **Balmer**, s. 195; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 178.

¹²³⁶ **Balmer**, s. 195; İİK m. 286/I – c ve Konkordato Talebine Eklenerek Belgeler Hakkında Yönetmelik m. 8 uyarınca borçlu, konkordato talebine alacaklıları, alacak miktarlarını ve bunların imtiyaz durumlarını gösteren belgeyi eklemekle yükümlüdür. İmtiyazlı alacaklara ilişkin düzenleme ise İİK m. 206'da yer almaktadır. Söz konusu maddede rehinli alacaklıların satış tutarı üzerinde rüçhan hakkına sahip oldukları ifade edilmektedir.

¹²³⁷ **Kuru**, Baki/ **Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflas Hukuku, 28. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 631.

¹²³⁸ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 633; İİK m. 295 hükmü uyarınca rehinle temin edilmiş alacaklar sebebiyle rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir. Ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez. Fakat rehinli malın konkordato projesine göre işletme tarafından kullanılması öngörülüyorsa ya da kıymeti düşecek veya muhafazası masraflı olacak ise satışa izin verilebilmektedir. Bu hâlde satış gelirinden rehinli alacaklıya rehin bedeli kadar ödeme yapılmaktadır. İİK m. 295 hükmü kapsamına üçüncü kişilerin rehinli mallarının dahil olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Köroğlu**, Anıl:

Karşılamadığı takdirde ise karşılanmayan kısım için konkordato kuralları söz konusu olacak ve konkordato dışında kalan kısmın eksik borç niteliğinden bahsedilebilecektir¹²³⁹. Öğretideki bir görüşe göre bu nitelikteki borçlar üzerinde rehin hakkı kurulabilmesi mümkündür¹²⁴⁰. Ancak bir başka görüşe göre ise konkordato dışında kalan borçlara rehin, üçüncü kişiler tarafından kurulabilse de borçlu açısından ancak mahkeme tarafından izin verildiği hâlde kurulabilmelidir¹²⁴¹. Zira İİK m. 297/II hükmü uyarınca borçlunun mahkemenin izni olmaksızın mühlet kararından itibaren rehin tesis edebilmesi mümkün değildir. Aksi hâlde yapılan işlem geçersiz olacaktır¹²⁴².

Eksik borçlara ilişkin alacakların rehin konusunu oluşturabilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Öncelikle alacakların rehin işlemine konu olabilmesi için devredilebilen nitelikte, bağımsız ve parayla değerlendirilebilen alaklardan ve haklardan olması gerekmektedir¹²⁴³. Öğretide savunulan bir görüşe göre, TMK m. 954 hükmü uyarınca eksik borçlardan doğan alacakların devredilmesi mümkünse, bunların rehnedilmesi de mümkündür¹²⁴⁴. Bir başka görüşe göre¹²⁴⁵, başlangıçtan itibaren eksik olan borçlara ilişkin alacaklar üzerinde rehin kurulduğu takdirde bu alacakların paraya çevrilmesine ilişkin hukuki engeller söz konusudur. Zira rehin konusunun paraya çevrilmesi yoluyla elde edilmesi mümkün değildir. Ancak bu görüşe göre, alacaklıya icra yoluyla paraya çevirme

“Rehinli Malın Konkordato Mühleti İçinde Paraya Çevrilmesi Yasağı”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 1, s. 148 vd.

¹²³⁹ **Balmer**, s. 195; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 178 – 179.

¹²⁴⁰ **Ergüne**, s. 113, dp. 54.

¹²⁴¹ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 179.

¹²⁴² **Buz**, Eksik Borçlar, s. 179.

¹²⁴³ **Sirmen**, Eşya Hukuku, s. 687; **Wolff/ Raiser**, s. 718.

¹²⁴⁴ *Akev’e göre özellikle kumar alacaklarının devrine bir engel bulunmadığından bunlar üzerinde intifa hakkı da kurulabilmektedir. Bkz. Akev, Kumar ve Bahis, s. 387 – 388; Buz, Eksik Borçlar, s. 180; Wolff/ Raiser, s. 727; Eksik borçlara ilişkin alacakların devredilebilmesinin mümkün olmasına ilişkin bkz. Bölüm III, başlık: “Eksik Borçlardan Doğan Alacakların Devri”.*

¹²⁴⁵ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 181; Alacak rehninde, rehin alacaklısının rehni özel olarak satarak paraya çevirebilmesinin mümkün olduğuna ilişkin bkz. **Sirmen**, Alacak Rehni, s. 118; Bkz ve Karş. Taslak PGBZ § 2088 ve ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi’nin benzer bir kararı: BGE 39 II 524, E. 2. Bkz. **Balmer**, s. 196 - 197, dp. 1890.

yetkisinin yanında alacağı tahsil yetkisi de verilmişse, alacaklı alacağını bu şekilde elde edebilecektir. Sonradan eksik borçlardan zamanaşımına uğramış borçlar ele alındığında ise bunların bir defa ileri sürülünceye kadar tam borç niteliğinde olmaları dolayısıyla kurulmuş olan rehnin paraya çevrilmesi ihtimali söz konusu olabilecektir¹²⁴⁶.

3.1.3.9. Eksik Borçlarda Takas

Türk Borçlar Kanunu'nda takas, “*Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı*” bölümü kapsamında, söz konusu kanunun 139 - 145. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanunda takasa ilişkin bir tanıma rastlanmasa da TBK m. 139/I’de “*İki kişi karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise iki tarafın her biri borcunu alacağı ile takas edebilir. Bunun sonunda her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer*” hükmü yer almaktadır. Takas sonucunda karşılıklı borçlar az olanın miktarı oranında sona ereceğinden, takas borcu sona erdiren bir sebeptir¹²⁴⁷.

Takas, hukuki niteliği bakımından bozucu yenilik doğuran haklardandır ve bu hak tek taraflı, şekle bağlı olmayan, varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılmaktadır¹²⁴⁸. Nitekim TBK m. 143/I’de de takasın ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesi suretiyle gerçekleşeceği belirtilmektedir.

Takas işleminde karşılıklı iki borcun ve alacağın olması dolayısıyla öğretide alacaklar karışıklıktan kaçınmak için “*aktif alacak*” ve “*pasif alacak*” olarak adlandırılmıştır. Buna göre takas beyanında bulunan kişinin takas muhatabından olan alacağı “*aktif*

¹²⁴⁶ Buz’a göre bu tartışmaların uygulamada karşılık bulması pek olası değildir. Zira uygulamada alacaklar üzerinde rehin kurulmasına pek rastlanmamaktadır. Hâl böyle iken alacağın eksik borca ilişkin olması ise çok daha istisnai bir durumu oluşturacaktır. Bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 182.

¹²⁴⁷ **Brox/ Walker**, AS, s. 136; **Bucher**, SOR AT, s. 428 - 429; **Eren**, BHGH, s. 1443; **Fikentscher/ Heinemann**, s. 201 vd.; **Huguenin**, AT, s. 135; **Joussen**, Jacob: Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2017, s. 263; **Larenz**, s. 235; **Schwenzer**, s. 518 – 519.

¹²⁴⁸ **Becker**, K SZO I, Art. 120, N. 1, s. 630; **Brox/ Walker**, AS, s. 136; **Eren**, BHGH, s. 1443 - 1444; **Fikentscher/ Heinemann**, s. 202; **Guhl/ Koller**, s. 298; **Huguenin**, AT, s. 135; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 609 vd.; **Schwenzer**, s. 518.

alacak”; takas muhatabının takas beyanında bulunandan olan alacağı ise “*pasif alacak*” olarak ifade edilmektedir¹²⁴⁹.

Takas beyanında bulunabilmenin bazı şartları bulunmaktadır. Buna göre öncelikle, bir kimsenin takas hakkına sahip olabilmesi için bu kişinin takas beyanında bulunduğu kimse ile arasındaki ilişkide hem alacaklı hem de borçlu sıfatlarını haiz olması gerekmektedir¹²⁵⁰. Başka bir deyişle, takas hakkına sahip olabilmek için borçlu kimsenin borçlu olduğu kişiden aynı zamanda alacaklı olması gerekmektedir. Takasın gerçekleştirilebilmesi için gerekli bir diğer şart ise tarafların birbirlerinden olan alacaklarının konusunun aynı türden (cinsten) olmasıdır¹²⁵¹. TBK m. 139/I’de kural olarak her iki borcun muaccel olması gerektiği ifade edilse de bir tarafın takas yapabilmesi için sadece kendi alacağının yani karşı tarafın borcunun muaccel olması yeterlidir. Başka bir ifade ile takas yapacak olanın alacağının muaccel olmasına karşılık borcunun sadece ifa edilebilir olması yeterli görülmektedir¹²⁵². Takasın hüküm ve sonuç doğurabilmesinin bir diğer şartı takas hakkından feragat edilmemiş olmasıdır. Zira TBK m. 145’de takas hakkından önceden de feragat edilebileceği hüküm altına alınmıştır¹²⁵³.

¹²⁴⁹ **Aral**, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Takas, Savaş Yayınları, Ankara, 1994, s. 2; **Brox/ Walker**, AS, s. 138; **von Büren**, SOR AT, s. 483 - 484; **Esser**, AT, s. 165.

¹²⁵⁰ **Becker**, K SZO I, Art. 120, N. 4, s. 631; Bu “*karşılıklılık*” şartı olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 611; **Schwenzer**, s. 519.

¹²⁵¹ Tarafların birbirlerinden olan alacaklarının konusunun aynı olması gerekse de alacaklarının miktarının birbirinin aynısı olması gerekmez. Bkz. **Brox/ Walker**, AS, s. 138; **Cometta**, Flavio: Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG., Zürich, 2009, Art. 120, N. 6, s. 338; TBK m. 139’da “*özdeşlik*” olarak adlandırılmakla birlikte “*türdeşlik*” ya da “*mümâselet*” şartı olarak da ifade edilmektedir. Bkz. **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 613.

¹²⁵² **Becker**, K SZO I, Art. 120, N. 8, s. 635 – 636; **Brox/ Walker**, AS, s. 139; **Bucher**, SOR AT, s. 436 vd.; **Guhl/ Koller**, s. 300; **Huguenin**, AT, s. 136; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 615; **Schwenzer**, s. 522.

¹²⁵³ TBK m. 326’da ise takastan feragate ilişkin istisnai bir durum öngörülmüştür. Bkz. “*Kiracı ve kiraya veren, kira sözleşmesinden doğan alacaklarını takas etme hakkından önceden feragat edemezler.*” Kira sözleşmesine ilişkin bu durumda, kiracı ve kiraya veren akdettikleri sözleşmeden meydana gelen alacaklarını takas etme haklarından önceden feragat edememektedir.

Haklarında defi dermeyeran edilebilecek alacakların takas edilebilmesinin mümkün olduğu kabul edilse de¹²⁵⁴ definin ileri sürülmesi durumunda takas hükümsüz kalacaktır¹²⁵⁵. TBK m. 139/III’de kanun koyucunun zamanaşımı açısından kabul ettiği bir istisna bulunmaktadır¹²⁵⁶.

Bir takas işleminin gerçekleşebilmesi için konumuz açısından önem arz eden ve yukarıda ifade ettiğimiz şartlara ilave olarak ekleyebileceğimiz son bir şart da alacağın ifasının talep edilebilir nitelikte bir alacak olmasıdır¹²⁵⁷. Öyle ki alacağın eksik borca ilişkin olması durumunda, alacaklının bu alacağını dava edebilmesi mümkün değilken, takas edebilmesi de mümkün olmamalıdır¹²⁵⁸. Buna karşılık, bir kimsenin eksik borcunu normal alacağı ile takas etmesi ise mümkündür¹²⁵⁹. Bu anlamda eksik borcun borçlusunu borcunu ifa etme olanağına sahipse, takas edememesi için herhangi bir sebep de bulunmamaktadır¹²⁶⁰.

¹²⁵⁴ Alman Medeni Kanunu BGB § 390 hükmünde defi ileri sürülebilecek alacakların takas edilemeyeceği ifade edilmektedir. Ancak zamanaşımı defi BGB § 215’nin şartları sağlandığı takdirde takasa engel teşkil etmemektedir. Bkz. **Schlüter**, Martin: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht: Allgemeiner Teil II, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2022, § 390, N. 1, s. 1480 – 1481.

¹²⁵⁵ Örneğin, 1000 lira alacağı olan bir kişinin başka bir sebeple aynı kişiye 1000 lira borcu varsa ve bu borçlu olduğu kişinin ödemezlik defi ileri sürebilecek durumda olması takasa engel değilken, takasa karşı ödemezlik defi hakkı kullanırsa takas hükümsüz kalacaktır. Bkz. **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 616.

¹²⁵⁶ Bu konu aşağıda açıklanmaktadır.

¹²⁵⁷ **Becker**, K SZO I, Art. 120, N. 3, s. 631; **Cometta**, Art. 120, N. 10, s. 339; **Guhl/ Koller**, s. 300; **Killias/ Wiget**, HandK, Art. 120, N. 8, s. 793; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 616.

¹²⁵⁸ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 151.

¹²⁵⁹ Bern Kantonunda eksik borçların ancak cari hesap sözleşmesinde takas edilebilecekleri görüşü hâkimdir. Bkz. **Balmer**, s. 136; **Becker**, K SZO I, Art. 120, N. 3, s. 631; Karş. **Dennhardt**, Joachim: BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 1 - 480 Kommentar, Hrsg. Hau, Wolfgang/ Poseck, Roman, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2023, § 387, N. 28.1, s. 2559; **Gauch/ Schluep**, SOR AT II, s. 248; **Killias/ Wiget**, HandK, Art. 120, N. 8, s. 793; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 616; Karş. **Pfeiffer**, Thomas: BGB: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsg. Prütting, Hans/ Wegen, Gerhard/ Weinreich, Gerd, 17. Auflage, Luchterhand Verlag, Hürth, 2022, § 387, N. 18, s. 781; Karş. **Siber**, Compensation und Aufrechnung, s. 89 – 90.

¹²⁶⁰ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 139 – 145, N. 22, s. 2616.

Takas beyanında bulunan kişinin takas muhatabından olan alacağını ifade eden aktif alacağın mutlak surette dava edilebilir nitelikte olması gerekmektedir¹²⁶¹. Bu anlamda örneğin kumar ve bahisten doğan borçlarda ve evlenme simsarlığından doğan borçlarda eksik borç alacaklısının takas ileri sürebilmesi mümkün değildir¹²⁶². Böylece aktif alacağın aksine pasif alacağın dava edilebilme niteliğinden yoksun olduğu bir durumda, başka bir deyişle pasif alacağın konusunu bir eksik borç oluşturduğunda takas mümkün olacaktır¹²⁶³. Bir örnekle açıklamak gerekirse, kumar borçlusunun aynı zamanda bir başka bir hukuki işlem, örneğin satış sözleşmesi dolayısıyla alacaklı olduğu bir durumda takas talebinde bulunabilmesi mümkün olacaktır¹²⁶⁴. Zira takas talebinde bulunanın borcu bir kumar borcu olsa da alacağı -ki bu aktif alacağı teşkil etmektedir- dava edilebilir niteliktedir. Özetle, takas işleminde karşılıklı iki borcun ve buna bağlı olarak iki alacağın varlığından söz etmiştik. Bu borçlardan birinin eksik borç diğerinin tam borç olduğu bir ihtimalde, takas talebinde bulunabilecek taraf tam borcun alacaklısı yani eksik borcun borçlusudur.

Takasa ilişkin hükümler düzenleyici niteliktedir¹²⁶⁵. Bu sebeple taraflar, aralarındaki sözleşmede takasa ilişkin şartları değiştirebilir, örneğin bu şartları ağırlaştırıp, basitleştirebilir ya da kendi istekleri doğrultusunda bazı takasa tabi alacaklarını takas dışı bırakabilirler¹²⁶⁶. Böylece tarafların yapacağı sözleşmede her iki alacağın da dava

¹²⁶¹ **Grüneberg**, Beck'sche KuKo, § 387, N. 12, s. 614; **Killias/ Wiget**, HandK, Art. 120, N. 8, s. 793.

¹²⁶² **Koller**, SOR AT, s. 1162 - 1163; **Müller**, Andreas: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 120, N. 3, s. 867; **Schlüter**, MünchenerK, § 387, N. 36, s. 1450.

¹²⁶³ **Grüneberg**, Beck'sche KuKo, § 387, N. 12, s. 614; **Schlüter**, MünchenerK, § 387, N. 38, s. 1451.

¹²⁶⁴ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 151.

¹²⁶⁵ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 139 – 145, N. 6, s. 2610.

¹²⁶⁶ **Balmer**, s. 193; **Bucher**, SOR AT, s. 432; **von Büren** SOR AT, s. 495; **Eren**, BHGH, s. 1444; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 610; **von Tuhr/ Escher**, s. 208 - 209.

edilebilir nitelikte olmağı hâlde takas edilebileceğini kararlaştırabilmeleri mümkündür¹²⁶⁷.

Zamanaşımına uğramış alacakların takasına ilişkin TBK m. 139/III hükmünde istisnai bir düzenlemenin var olduğunu belirtmiştik. Düzenlemenin istisna teşkil ettiği husus, haklarında defî ileri sürülebilecek alacaklara ilişkindir¹²⁶⁸. Zira bu alacakların takas edilebilmeleri mümkün görülse de¹²⁶⁹ takas talebine karşı ileri sürülebilecek bir defî hakkı, takası hükümsüz bırakacaktır¹²⁷⁰.

Türk Borçlar Kanunu m. 139/III’de yer alan düzenleme “*Zamanaşımına uğramış bir alacağın takası, ancak takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olması koşuluyla ileri sürülebilir*” şeklindedir. Hükümde ifade edildiği üzere zamanaşımına uğramış bir alacak ancak takas edileceği anda zamanaşımına uğramamış ise takas edilebilecektir. Yani zamanaşımına uğramış bir alacak (borçlu tarafından defî ileri sürülse de sürülme de¹²⁷¹) takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olmalıdır¹²⁷². Dolayısıyla takasın şartlarının oluştuğu anda alacak zamanaşımına uğramamış ise takasın yapılabilmesi mümkün olacaktır¹²⁷³. Bu durumda alacağın

¹²⁶⁷ **Balmer**, s. 193; Karşılıklı iki kumar alacağının birbiriyle takas edilmesinin mümkün olduğuna ilişkin bkz. **Fisch**, s. 46.

¹²⁶⁸ **Müller**, BSK OR I, Art. 120, N. 24, s. 874.

¹²⁶⁹ Alman Medeni Kanunu BGB § 390 hükmünde defî ileri sürülebilecek alacakların takas edilemeyeceği ifade edilmektedir. Ancak zamanaşımı defî BGB § 215’nin şartları sağlandığı takdirde takasa engel teşkil etmemektedir. Bkz. **Schlüter**, MünchenerK, § 390, N. 1, s. 1480 – 1481.

¹²⁷⁰ **Balmer**, s. 193; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 616; **von Tuhr/ Escher**, s. 196.

¹²⁷¹ **Bucher**, SOR AT, s. 433.

¹²⁷² “Alacağı 01.01.2011 tarihinde zamanaşımına uğramış olan bir kimse, 31.12.2010 tarihinde bu alacağı aktif alacak olarak kullanarak takas beyanında bulunma imkânı elde etmişse, artık kendi alacağının zamanaşımına uğramış olması onun takas beyanında bulunarak bu alacağı -dolaylı yoldan- elde etmesine engel olmayacaktır.” Bkz. **Develioğlu**, Hüseyin Murat: Takas, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 155 – 156.

¹²⁷³ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 145; **Develioğlu**, s. 155 – 156.

sonradan zamanaşımına uğramış olması takasa engel teşkil edecek bir neden değildir. Bu hâlde zamanaşımı defi ileri sürülse dahi bir önem arz etmeyecektir¹²⁷⁴.

Türk Borçlar Kanunu m. 139/III hükmü, takas talebinde bulunan alacaklının alacağına ilişkindir. Yani zamanaşımına uğramış olan aktif alacak takas imkânı doğduğunda zamanaşımına uğramamış olmalıdır¹²⁷⁵. Aktif alacak zamanaşımına uğramadan önce pasif alacak meydana gelmiş olmalıdır¹²⁷⁶. Zamanaşımına uğramış olan alacağın pasif bir alacak olması durumunda zaten takası gerçekleştirmeye ilişkin herhangi bir engel söz konusu olmayacaktır¹²⁷⁷.

Türk Borçlar Kanunu m. 139/III'ün kaynağını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu Art. 120 Abs. 3 OR'un gerekçesinde takasın geçmişe yönelik hüküm ve sonuç doğuruyor olması vurgulanmıştır¹²⁷⁸. Güncel bakış açısına göre hükmün gerekçesinin temel dayanağının hakkaniyet kaynaklı olduğu kabul edilmektedir¹²⁷⁹. Zira kanun koyucunun, takas imkânının bulunmasına dayanarak bu talepte bulunmayan ve sonrasında alacağı zamanaşımına uğramış olan kimseyi korumayı amaçladığı anlaşılmaktadır¹²⁸⁰. Ancak

¹²⁷⁴ **Aeppli**, K SZO, Art. 120, N. 177, s. 219.

¹²⁷⁵ **Bucher**, SOR AT, s. 433, 437; **Zellweger Gutknecht**, Corinne: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Das Obligationenrecht Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 7. Teilband, 2. Unterteilband, Das Erlöschen der Obligation, Verrechnung, Art. 120 - 126 OR, Stämpfli Verlag AG., Bern, 2012, Art. 120, N. 70, s. 123.

¹²⁷⁶ **Zellweger Gutknecht**, BernerK, Art. 120, N. 76, s. 125.

¹²⁷⁷ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 145; **Müller**, BSK OR I, Art. 120, N. 24, s. 874; **Schlüter**, MünchenerK, § 390, N. 1, s. 1480.

¹²⁷⁸ **Zellweger Gutknecht**, BernerK, Art. 120, N. 72, s. 124.

¹²⁷⁹ **Becker**, K SZO I, Art. 120, N. 23, s. 637; **Zellweger Gutknecht**, BernerK, Art. 120, N. 73, s. 124; 1926 yılında özel hukukun yeknesaklaştırılmasını sağlamak için kurulan Unidroit Uluslararası Kuruluşu tarafından çıkarılan Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin Unidroit İlkeleri (2016) m. 10.10'da alacaklının takas hakkını, borçlunun zamanaşımı süresinin geçip zamanaşımı defini ileri sürünceye kadar kullanabileceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL) m. 14:503'te ise alacak zamanaşımına uğradığında, borçlu zamanaşımı defini önceden ya da takas beyanından sonraki iki ay içerisinde kullanmamış ise takasın mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Zellweger Gutknecht**, BernerK, Art. 120, N. 74, s. 124.

¹²⁸⁰ **Becker**, K SZO I, Art. 120, N. 23, s. 637; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 146; **Guhl/ Koller**, s. 300; **von Tuhr/ Escher**, s. 196; **Zellweger Gutknecht**, BernerK, Art. 120, N. 73, s. 124.

zamanaşımına uğramış alacağın borçlusunun alacaklıya karşı başka bir borcunu kendi alacağı ile takas ederek zamanaşımına uğramış alacağını tek başına bırakması mümkündür¹²⁸¹. Bu durumda ise zamanaşımına uğramış alacağına güvenerek takas beyanında bulunanın alacağını aktif alacak olarak kullanabilme imkânı ortadan kalkacaktır¹²⁸².

Türk Borçlar Kanun m. 139/III hükmüne ilişkin üzerinde durulması gereken bir başka konu da doğduğu anda zamanaşımına uğrayan alacaklara ilişkindir. Zira ilgili hüküm, takas hakkının meydana geldiği anda alacağın zamanaşımına uğramamış olmasını bir şart olarak aramaktadır. Bu sebeple takas hakkının doğmasından önce alacak zamanaşımına uğramışsa söz konusu alacaklar için takas mümkün olmayacaktır¹²⁸³. Eser ve satım sözleşmelerinde iş sahibi veya alıcı ayıby takip eden zarara uğradığında veya ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan haklara ilişkin zamanaşımı süresinin dolmasından sonra dönme veya bedel indirimi haklarının kullanılmasıyla doğacak iade alacakları, doğdukları anda zamanaşımına uğrayan alacaklara örnek olarak verilmektedir¹²⁸⁴.

Söz konusu alacaklara ilişkin durum bu şekildeyken, TBK m. 139/III hükmü ve şartları uyarınca takas işlemi gerçekleştirebilmenin mümkün olmaması gerekir. Ancak öğretilde savunulan bir görüşe göre¹²⁸⁵, hem alıcının satılanın kendisine devredilmesinden itibaren başlayan iki yıl içerisinde bildirdiği ayıptan meydana gelen defî hakkının süre geçmiş olsa da ortadan kalkmayacağını öngören TBK m. 231/I hükmü¹²⁸⁶, hem de eser sözleşmelerinde ayıplı eser teslim eden yükleniciye karşı sahip olunan haklara ilişkin

¹²⁸¹ **Aekli**, K SZO, Art. 120, N. 158, s. 213 - 214; **Develioğlu**, s. 157.

¹²⁸² Bu durum hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemektedir. Bkz. **Aekli**, K SZO, Art. 120, N. 158, s. 214; **Aral**, s. 56; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 146; **Develioğlu**, s. 157; Karş. **von Büren**, SOR AT, s. 486 vd.

¹²⁸³ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 147; **Develioğlu**, s. 158.

¹²⁸⁴ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 147; **Develioğlu**, s. 158 (ve orada adı geçen yazar).

¹²⁸⁵ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 147; **Develioğlu**, s. 158 (ve orada adı geçen yazar).

¹²⁸⁶ **Eren**, Fikret/ **Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi: Cilt IV, m. 207 - 392, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, M. 231, N. 11, s. 268.

zamanaşımı sürelerini düzenleyen TBK m. 478 hükmü¹²⁸⁷ dikkate alındığında alacakların takas işlemine konu oluşturamayacağını söylemek adil bir yaklaşım olmayacaktır. Böylece alacakların eserin tesliminde ya da en geç ayıp bildiriminde bulunulduğu anda muaccel olduğunun kabul edilmesi ve takasa imkân verilmesi gerektiği düşünülmektedir. Keza İsviçre Borçlar Kanunu Art. 210 Abs. 5 OR¹²⁸⁸ hükmüne ilişkin yapılan bir değerlendirmede bu nitelikteki alacakların Art. 120 Abs. 3 OR uyarınca takas edilebilecekleri ifade edilmektedir¹²⁸⁹. Yine Art. 371 OR¹²⁹⁰ hükmüne ilişkin ise ayıbın kabul edilmemiş olması, zamanaşımı süresi içinde bildirilmiş olması şartıyla ayıba ilişkin defilerin süre geçmiş olsa bile ortadan kalkmayacağı

¹²⁸⁷ TBK m. 231: “Satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satılana ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def’i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz. Satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz.” TBK m. 478: “Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”

¹²⁸⁸ İsviçre’de 01.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 16.03.2012 tarihli kanun ile Art. 210 ve 371 OR’da değişiklik yapılmıştır. Buna göre konumuza ilişkin Art. 210 Abs. 5 OR için, Art. 210 Abs. 1, 2 ve 3 OR hükümlerinde bahsi geçen zamanaşımı süreleri içinde bildirimde bulunulmak şartıyla ayıptan doğan hakların zamanaşımı süresi geçtikten sonra da kullanılabileceği ifade edilmiştir. Söz konusu hüküm eskiden de var olmakla birlikte hükmün, yapılan düzenleme ile daha doğru bir şekilde ifade edildiği kabul edilmektedir. Buna ek olarak, sürekli defî niteliği taşıyan bu hak TBK m. 231/I’de yer almaktadır. Bkz. **Aydoğdu**, Murat/ **Nart**, Serdar: “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Satış ve Eser Sözleşmelerinde Ayıp Sorumluluğuna Yönelik Zamanaşımı Hükümlerini (Art. 210 ve 371 OR) Revize Eden 16 Mart 2012 Tarihli İsviçre Federal Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 134, Y. Ocak - Şubat 2018, s. 472.

¹²⁸⁹ **Honsell**, Heinrich: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR I, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 210, N. 7, s. 1370; **Honsell**, SOR BT, s. 98.

¹²⁹⁰ Maddede satım sözleşmesi ile uyum sağlanacak şekilde, eser sözleşmesinde ayıp sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı sürelerinde değişiklik yapılmış, satın alınan eşyanın ya da sipariş edilen taşınır eserin taşınmaza bütünleştirilmesiyle satıcıya veya iş sahibine başvurma imkânı tanınmak istenmiştir. Bkz. **Aydoğdu**/ **Nart**, s. 480.

belirtilmektedir¹²⁹¹. Devam eden defî haklarının ise takasa olanak tanıdığı ifade edilmektedir¹²⁹².

Öğretide bir görüşe göre¹²⁹³, sürekli defî hakkının varlığını bilmeksizin takas beyanında bulunan tarafın sebepsiz zenginleşme hükümlerince iade talep edebilmesinin mümkün olduğu değerlendirilmektedir. Bir başka görüşe göre¹²⁹⁴ ise eksik borçların ifa edilmesinde borcun hukuki sonuçlarının bilinmiyor olması ifanın geçerliliğine etki etmeyeceğinden, yani ifa geçerli olacağından sebepsiz zenginleşme hükümlerince iade talep edilememelidir.

3.1.3.10. Eksik Borçlarda Yenileme

Türk Borçlar Kanunu’nun 133 - 134. maddelerinde düzenlenen yenileme, borcu sona erdiren sebeplerden birisidir. İlke olarak yenileme dar anlamda borçta söz konusu olsa

¹²⁹¹ **Zindel**, Gaudenz G./ **Schott**, Bertrand G.: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Luchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 371, N. 42c, s. 2653.

¹²⁹² **Zindel/ Schott**, BSK OR, Art. 371, N. 42d, s. 2654; İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararına konu olan bir davada konu şu şekilde ele alınmıştır: Nandrò Bergbahnen şirketi, Gerhard Müller Maschinenbau şirketi ile bir gondol asansörünün tasarlanması, yapımı ve monte edilmesi üzerine bir sözleşme akdetmiştir. 27.01.1970 tarihinde gerçekleşen teslimatın ardından, asansörün orta istasyonunda meydana gelen bir aksaklık dolayısıyla iş sahibi 01.03.1974 tarihinde yükleniciye ayıbı bildirmiş ve onarım talebinde bulunmuştur. Talebin yerine getirilmemesinin ardından iş sahibi, onarımı maliyeti 135271,40 İsviçre frangı olarak üçüncü bir kişiye yaptırmıştır. 03.10.1975 tarihinde yüklenici Gerhard Müller Maschinenbau şirketi eser sözleşmesinden kaynaklanan kalan 90000 frang alacağını tahsil edemediği gerekçesiyle dava açmıştır. Bunun karşılığında iş sahibi eserdeki ayıp dolayısıyla katlanmış olduğu masrafların geri ödenmesine ilişkin hak sahibi olması dolayısıyla alacakların takas edilmesi talebinde bulunmuştur. Federal mahkeme ayıbın kabul edilmemiş ve zamanaşımı süresi içinde bildirilmiş olması dolayısıyla alacaklara ilişkin takas işleminin gerçekleştirilebileceğini ifade etmiştir (BGE 107 II 50). Bkz. **Koller**, Alfred: “Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte – Insbesondere Bemerkungen zur Ablieferung als verjährungsauslösendem Moment und zur fünfjährigen Verjährungsfrist von Art. 371 OR”, AJP (Aktuelle Juristische Praxis), 3/2014, s. 305.

¹²⁹³ **Develioğlu**, s. 155; *Schlüter*’e göre bu sonucun gerçekleşmesi zamanaşımına uğramış borcun ifa edilmesi halinde zamanaşımından haberdar olunmasa bile iade istenemeyeceğini öngören BGB § 214 Abs. 2 hükmünün varlığı dolayısıyla zamanaşımına uğramış borçlar bakımından mümkün olamamaktadır. Bkz. **Schlüter**, MünchenerK, § 390, N. 1, s. 1480.

¹²⁹⁴ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 151.

da özellikle Alman hukukunda borç ilişkilerinin de yenilenebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir¹²⁹⁵.

Yenilemenin işlevi bir borcun yerine yenisinin oluşturulması amacıyla borcun sona erdirilmesidir¹²⁹⁶. Yenilemenin tanımına ilişkin önem arz eden hüküm TBK m. 133/I'de yer almaktadır. İlgili hüküm “*Yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi, ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olur*” şeklindedir. Anlaşıldığı üzere yenileme işleminde yeni bir borçla eski borcun sona erdirilmesi amaçlanmaktadır. Bu ifade 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun TBK m. 133’e karşılık gelen, 114. maddesinde bulunmamakla birlikte, bir değerlendirmeye göre Türk Borçlar Kanunu’na İsviçre Borçlar Kanunu’nun Almanca metni esas alınarak ilave edilmiştir¹²⁹⁷.

Borcun yenilenmesi, alacaklı ile borçlu arasında yapılacak bir sözleşme ile gerçekleştiğinden tarafların yenileme iradesine sahip olması gerekmektedir¹²⁹⁸. Bu irade tarafların yeni bir borç oluşturmak suretiyle eski borcu sona erdirmeye, başka bir deyişle onu bir başkasıyla değiştirme iradesidir¹²⁹⁹. TBK m. 133/I’de yenileme iradesinin açık olması gerektiği ifade edilmiştir¹³⁰⁰. Bunu destekleyen TBK m. 133/II hükmü ise

¹²⁹⁵ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 133 - 134, N. 1, s. 2540; **Loacker**, Leander D.: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR I, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 116, N. 2, s. 834; Borç ilişkilerinin yenilenmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Önay**, Işık: Yenileme, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 48, 72 vd.

¹²⁹⁶ **Becker**, yenilemeye ilişkin “*eski borcun yeni bir borç tesis edilerek ödenmesi*” şeklinde bir ifade kullanmıştır. Bkz. **Becker**, K SZO I, Art. 116, N. 1, s. 604; **Bucher**, SOR AT, s. 406; **Cometta**, Art. 116, N. 1, s. 330; **Eren**, BHGH, s. 1431; Borcun yabancı para ile ödenmesi kararlaştırılmışken sonradan yerli para ile ödenmesi konusunda tarafların anlaşması yenileme teşkil etmemektedir. Bkz. BGE 15 III 36 ff. **Gauch/ Schluep**, SOR AT II, s. 224; **Guhl/ Koller**, s. 305.

¹²⁹⁷ **Önay**, s. 49; EBK m. 114/I: “*Borcun tecdidi akitten vazıh surette anlaşılacak lâzımdır*”.

¹²⁹⁸ **Becker**, K SZO I, Art. 116, N. 10, s. 607; Yenileme karine olarak kabul edilmez. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 1433; **Huguenin**, AT, s. 134; Yenileme iradesi Roma hukukunda *animus novandi* olarak adlandırılmaktaydı. İrade açık değilse yorum yoluyla tespiti sağlanmaktadır. Bkz. **Loacker**, BSK OR I, Art. 116, N. 5, s. 836; Roma hukukunda *animus novandi*’ye ilişkin bkz. **Bucher**, SOR AT, s. 407.

¹²⁹⁹ **Becker**, K SZO I, Art. 116, N. 10, s. 607; **Bucher**, SOR AT, s. 406 vd.; **Eren**, BHGH, s. 1433; **Schwenzer**, s. 528 vd.; **von Tuhr/ Escher**, s. 179 vd.

¹³⁰⁰ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: “*Eski borcun tek başına yeni bir borç meydana getirilerek ortadan kaldırılması, yenileme olarak değerlendirilemez. Yenilemeden söz edebilmek için tarafların eski borcu ortadan kaldırmaya yönelik*

“Özellikle mevcut borç için kambiyo taahhüdünde bulunulması veya yeni bir alacak senedi ya da yeni bir kefalet senedi düzenlenmesi, tarafların açık yenileme iradeleri olmadıkça yenileme sayılmaz” şeklindedir¹³⁰¹. Anlaşıldığı üzere ancak açıkça tarafların yenileme iradelerinin var olması durumunda mevcut borç için kambiyo taahhüdünde bulunulması ya da yeni bir alacak senedi veya kefalet senedi düzenlenmesiyle borcun yenilenebileceği hüküm altına alınmıştır. Yenilemenin karine olarak kabul edilmemesi dolayısıyla yenileme sözleşmesinin yapıldığına ilişkin ispat yükü bunu iddia eden tarafa düşmektedir¹³⁰².

Hukuki işlemin bir sözleşme teşkil etmesi dolayısıyla, ehliyet ve sözleşmenin geçerliliğine ilişkin tüm şartların sağlanması gerekir. Alacak hakkının üzerinde tasarruf edilerek hakkın sona erdirilmesi söz konusu olduğundan alacaklı açısından ayrıca tasarruf yetkisi de aranmaktadır¹³⁰³. Tasarruf işlemleri bilindiği üzere hukuki sebebe bağlıdır. Dolayısıyla yenileme işleminin temelinde yatan hukuki sebep geçerli olmalıdır¹³⁰⁴.

Yenilemede eski borç ve yeni borcun hukuki sebepleri birbirinden farklı olmalıdır¹³⁰⁵. Zira her iki borcun hukuki sebepleri birbirinin aynısı olduğunda borcun yenilenmesi değil, borç ikrarının söz konusu olduğu kabul edilmektedir¹³⁰⁶. Değiştirme

iradelerini kesin olarak ifade etmesi gerekmektedir.” Bkz. BGE 107 II 481. Karar, **Altherr**, Hans/ **Brem**, Ernst/ **Bühlmann**, Hubert: Schweizerisches Obligationenrecht Textausgabe mit Leitsätzen aus der Praxis des Bundesgerichtes, Verlag Stämpfli & Cie. AG., Bern, 1989, s. 136’den alınmıştır. Aksi yönde bkz. **Becker**, K SZO I, Art. 116, N. 10, s. 607; **Gauch/Schluep**, SOR AT II, s. 223.

¹³⁰¹ TMK m. 910/I’de ise ipotekli borç senedinin yahut irat senedinin düzenlenmesiyle dayanağını oluşturan borç ilişkisinin yenileme suretiyle sona ereceği ifade edilmektedir.

¹³⁰² **Bucher**, SOR AT, s. 411; **Huguenin**, AT, s. 134; **Schwenzer**, s. 528.

¹³⁰³ **Bucher**, SOR AT, s. 406; **Gauch/Schluep**, SOR AT II, s. 223; İşlem, borçlandırıcı ve tasarrufi etkiye sahiptir. Bkz. **Gümüş**, BHGH, s. 1185; **Loacker**, BSK OR I, Art. 116, N. 7, s. 836.

¹³⁰⁴ **Eren**, BHGH, s. 1435; **von Tuhr/ Escher**, s. 181; Yenilemede hukuki sebep ve soyutluk meselesine ilişkin tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Önay**, s. 56 vd.

¹³⁰⁵ **Eren**, BHGH, s. 1433; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 1076; **Yücer**, İpek: “Yenileme (Tecdit)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, Y. 2007, s. 245.

¹³⁰⁶ **Eren**, BHGH, s. 1433; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 1076; Farklı örnekler için bkz. **Schwenzer**, s. 528.

sözleşmesinin yenilemeden ayrılması çoğu zaman zorluk oluşturmaktadır. Ancak bu iki kurum arasındaki en belirgin fark, yenilemede eski borcun sona ermesi söz konusuyken; değiştirme sözleşmesinde mevcut borç sona ermemekte yalnızca içeriği değişmektedir¹³⁰⁷. Yenileme, taraf değişikliği suretiyle de yapılabilmektedir. Bu anlamda alacaklının değiştiği alacağın devri ile borçlunun değişmesini ifade eden borcun üstlenilmesiyle benzerlik gösterdiği söylenebilmektedir. Ancak alacağın devri ve borcun üstlenilmesinde taraf değişikliği, yine borç sona ermeksizin gerçekleşmektedir¹³⁰⁸. İfade etmek gerekir ki yenilemenin temelini oluşturan esas yeni bir borcun eski borcun sona erdirilmesi suretiyle oluşturulmasıdır. Yapılan işlemin niteliğine ilişkin belirsizlik söz konusu olduğunda bu belirsizlik TBK m. 133/I hükmü uyarınca yapılacak yorumla giderilmelidir¹³⁰⁹.

Yenilenecek borç, borçlar hukuku kaynaklı olabileceği gibi aile, miras hukuku kaynaklı da olabilmektedir¹³¹⁰. Taraflar arasındaki yenilenmek suretiyle sona erdirilmek istenen mevcut borç her şeyden önce geçerli olmalıdır¹³¹¹. Geçersiz borçlar yenileme sözleşmesinin konusunu oluşturmaz¹³¹². İptal edilebilir borçlar, özellikle irade sakatlığı

¹³⁰⁷ Değiştirme sözleşmesinde devamlılık mevcutken; yenilemede bir kesinti söz konusudur. Bkz. **Gernhuber** s. 616 vd.; **Önay**, s. 208 - 209.

¹³⁰⁸ **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 1076; **Loacker**, BSK OR I, Art. 116, N. 2, s. 834; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 585; Alacağın devri ve borcun üstlenilmesi kurumlarının varlığına rağmen taraf değişikliğinin bir yenileme sözleşmesi ile yapılmasında hiçbir engel bulunmamaktadır. Bkz. **Önay**, s. 212; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Stachelin**, Bernhard: Die Novation: Ihre Geschichte, Entwicklung und Ihre Bedeutung im Geltenden Recht, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1948, s. 129 vd.

¹³⁰⁹ **Huguenin**, AT, s. 134; **Loacker**, BSK OR I, Art. 116, N. 5, s. 836; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 585.

¹³¹⁰ **Koyuncuoğlu**, Tennur/ **Koyuncuoğlu**, Hikmet/ **İçöz Koyuncuoğlu**, Ömrünceğül: Borcun ve Sözleşmenin Yenilenmesi (Novatio - Yenileme), Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 110; **Önay**, s. 77.

¹³¹¹ Karş. **Becker**, K SZO I, Art. 116, N. 3, s. 604 - 605; Kısmi butlan ile geçersiz hâle gelmiş borçlarda ise borcun geçerli olan kısmı için yenileme yapılabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 133 - 134, N. 4, s. 2542; **Gauch/ Schluep**, SOR AT II, s. 228; **Stachelin**, s. 125.

¹³¹² **Stachelin**, s. 125; Yenilenecek borcun mevcut olmaması ya da kesin hükümsüzlüğü hâlinde, taraflar geçersizliği bilmiyor olsalar dahi yenilemenin hüküm doğurmayacağı kabul edilmektedir. Ancak bazı istisnai durumlarda geçersiz bir borca rağmen yenileme sonucunda geçerli bir borç doğabilmesi mümkün olabilmektedir. Bu istisnai durumlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Önay**, s. 78 vd.

hâlinde meydana gelmiş olan borçlar, iptal edilmeden önce geçerli borçlar olduğundan bunların yenilenmesi mümkündür¹³¹³. İptal gerçekleştiğinde ise borç geçersiz bir borca dönüşeceğinden bu işlemten sonra borçların yenilenebilmesi mümkün olmayacaktır. Eksik hukuki işlemlerde ise hukuki işlemdeki eksikliğin giderilmesiyle borç yenilenebilmektedir¹³¹⁴. Yenilenecek borcun geçerli olmasının yanında yeni borcun da geçerli olması gerekmektedir. Yeni borcun doğumu, geçerliliğe ilişkin bir şekil şartına tabi olduğunda bu şekil şartı sağlanmalıdır. Yeni borcun geçersiz olmasının en önemli sonucu önceki borcu sona erdirememesinde görülür. Zira yeni borç geçersiz olduğunda, yenileme sözleşmesi de geçerli bir şekilde kurulamayacağından eski borç da sona ermeyecektir¹³¹⁵.

Yenileme ile önceki borç ve bu borca bağlı cezai şart, kefalet, rehin gibi ferî haklar sona ermektedir¹³¹⁶. Önceki borca ait defilerin yeni borç için ileri sürülmesi mümkün değildir¹³¹⁷. Ancak önceki borca ait bilhassa borcun doğmamış olduğu, geçerli olmadığı yahut sona erdiğine ilişkin itirazların her zaman ileri sürülmesi mümkündür¹³¹⁸.

¹³¹³ **Becker**, K SZO I, Art. 116, N. 3, s. 604 - 605; Yenileme ile iptal edilebilir bir borç doğmuşsa, hak sahibi tarafından iptal edilmedikçe yenileme sözleşmesi geçerli bir şekilde varlığını sürdürmeye devam edecektir. Zira iptali mümkün bir işlemten doğan yeni borç, iptal edilmediği müddetçe geçerliliğini muhafaza etmektedir. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 1433; **Gümüş**, BHGH, s. 1187; **Önay**, s. 84 vd.

¹³¹⁴ **Önay**, s. 82 - 83; Aksi görüş için bkz. **Gümüş**, BHGH, s. 1187.

¹³¹⁵ **Eren**, BHGH, s. 1433; **Koyuncuoğlu/ Koyuncuoğlu/ İçöz Koyuncuoğlu**, s. 122; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 586.

¹³¹⁶ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 133 - 134, N. 12, s. 2546; **von Tuhr/ Escher**, s. 180; TBK m. 139'da "*Çeşitli kalemlerin bir cari hesaba sadece kaydedilmiş olması, borcun yenilenmiş olduğu anlamına gelmez. Ancak, hesabın kesilmiş ve hesap sonucu diğer tarafça kabul edilmiş olması durumunda, borç yenilenmiş olur. Kalemlerden birinin güvencesi varsa, aksi kararlaştırılmadıkça, hesap kesilip sonucun kabul edilmiş olması, güvenceyi sona erdirmez.*" Hükümü bulunmaktadır. Hükümden anlaşıldığı üzere cari hesaba dayalı yenilemede, yan hakların asıl borca bağlı olarak sona ermesine istisna teşkil eden bir durum söz konusudur.

¹³¹⁷ **Bucher**, SOR AT, s. 409; **Gauch/ Schlupe**, SOR AT II, s. 224; **Guhl/ Koller**, s. 306; **Huguenin**, AT, s. 134; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 1979; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 587.

¹³¹⁸ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 133 - 134, N. 13, s. 2546; Eski borca ait savunma itiraz niteliğindeyse, yenileme gerçekleşmiş olmayacağından yeni bir borçtan bahsedilemez. Zira itiraz borcun kesin hükümsüz olduğuna, hiç doğmadığına yahut sona erdiğine dair savunmaları ifade ettiğinden, bu hâlde eski borçtaki geçersizlik yeni borcun meydana gelmesine engel olmaktadır. Bkz. **Önay**, s. 150; Karş. **Schwenzer**, s. 529.

Bununla birlikte alacaklı ve borçlu meydana getirdikleri yeni borç ve alacaktan doğan defa hakları ile yan hakları birbirlerine karşı ileri sürebilmektedir¹³¹⁹.

Yenileme sözleşmesi ile mevcut ve geçerli bir eski borcun sona erdirilerek yerine geçerli ve yeni bir borç oluşturulması söz konusu olduğundan, eksik bir borcun bu işlem ile yenilenerek yerine tam bir borcun meydana getirilmesinin mümkün olup olamayacağı konusu üzerinde durmak gerekmektedir. Öğretide eksik borçların bazı türlerinin yenileme yoluyla tam borç niteliğini kazanacaklarına, bazılarının ise yenilenmesinin mümkün olmayacağına ya da yenilemeye rağmen bu özelliklerini kaybetmeyeceklerine ilişkin görüşler ileri sürülmektedir. Sonuçları eksik borç türleri açısından tek bir çatı altında toplamak mümkün olmadığından ayrı ayrı değerlendirme yapmak yerinde olacaktır.

Başlangıçtan itibaren eksik borçların özellikle kumar ve bahis borçları açısından öğretide önemli bir kesim, bu borçların yenilenmesinin mümkün olmadığı görüşündedir¹³²⁰. Bu nitelikteki borçlar başlangıçtan itibaren eksik borç kategorisinde olduklarından doğdukları andan itibaren de dava ile talep ve cebrî icra ile takip imkânından yoksundur. Kumar ve bahis borçları açısından yenileme işlemi, eksik borcu ortadan kaldırma suretiyle tam borç meydana getirme amacı taşıyacaktır¹³²¹. Bu sonuç ise kanun koyucunun kumar ve bahis borçları için öngördüğü yaptırımların etkisiz kalmasına neden olacaktır¹³²².

¹³¹⁹ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 133 - 134, N. 12, s. 2546.

¹³²⁰ **Aeppli**, K SZO, Art. 116, N. 15, s. 41; **Akev**, Kumar ve Bahis, s. 329 vd.; **Balmer**, s. 201; **Becker**, K SZO I, Art. 116, N. 4, s. 605; **Becker**, K SZO II, Art. 513, N. 6, s. 866 - 867; **Bilge**, Kumar ve Bahis, s. 12; Keza evlenme simsarlığından doğan borçların da yenilenemeyeceğine ilişkin bkz. **Gümüş**, BHGH, s. 1187, 1191; **Koller**, belirli istisnalar haricinde eksik borçların yenilenebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Koller**, SOR AT, s. 1140 - 1141; **Stahelin**, s. 126.

¹³²¹ Sadece alacak miktarında değişiklik yapmaya yönelik bir yenileme işleminin yapılmasında borcun eksik borç niteliğinde herhangi bir değişikliğin söz konusu olmayacağına ilişkin görüş için bkz. **Önay**, s. 91, dp. 378.

¹³²² **Buz**, Eksik Borçlar, s. 196.

Bir görüşe göre, kumar ve bahis borçları yenilense dahi eksik borç niteliğini muhafaza etmektedir¹³²³. *Önay*'a göre bunun gerekçesi¹³²⁴, söz konusu borçların TBK m. 27 hükmü uyarınca ahlaka aykırılık teşkil etmeseler de ahlaki değerlere zarar vermeleridir. Kumar ve bahis borçlarının dava ile talep ve cebrî icra ile takip edilebilme imkânından yoksunluğu emredici düzenlemelerle bertaraf edildiğinden, yenileme yolu ile kanun koyucu tarafından istenmeyen bir sonucun elde edilmesi kanuna karşı hile teşkil edecektir. Bu görüşün sahibi argümanının dayanağı olarak TBK m. 605/I hükmünü göstermektedir. Zira bu hükümle kanun koyucu, senet düzenlenmesi yolu ile bu borçların elde edinmesinin önüne geçmek istemiş ve neticede kanunun istemediği sonuca başka bir yolla ulaşılmasını engellemek istemiştir¹³²⁵. Hükümün sözünden sadece senet yolu ile bunun engellendiği anlaşılrsa da hükümün amacından yorum yapılarak ve yasağın genişletilmesi yoluyla aynı sonucun diğer benzer hâller bakımından da söz konusu olacağı değerlendirilmektedir¹³²⁶. *Becker* ve *Amonn* da benzer bir yorumda bulunarak söz konusu borçların Art. 514 OR'a¹³²⁷ göre dava ve takibinin yapılamayacağını gerekçe göstererek yenileme yoluyla da alacağın elde edilememesi gerektiğini ifade etmiştir¹³²⁸.

Türk Borçlar Kanunu m. 133/II hükmünde mevcut bir borç için kambiyo taahhüdünde bulunulması yahut yeni bir alacak senedi veya yeni bir kefalet senedi düzenlenmesinin tarafların açık yenileme iradesi olmadıkça yenileme sayılmayacağı ifade edilmektedir. Hükümün ters anlamından tarafların açık yenileme iradesinin varlığı ile kumar ve bahis

¹³²³ İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu doğrultuda bazı kararları bulunmaktadır: BGE 29 II 637, BGE 44 II 156, BGE 53 II 118, BGE 57 II 497. Bkz. **Guhl/ Koller**, s. 306; **Koller**, SOR AT, s. 1152.

¹³²⁴ **Önay**, s. 90 vd.

¹³²⁵ **Feyzioğlu**, Feyzi Necmettin: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt II, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2282, İstanbul, 1977, s. 445 - 446; **Önay**, s. 92.

¹³²⁶ **Önay**, s. 92.

¹³²⁷ TBK m. 605: “Kumar oynayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adi borç veya kambiyo senedi üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa bile, hiçbir kimse bunlara dayanarak dava açamaz ve takip yapamaz. Kıymetli evrakin iyiniyetli üçüncü kişilere sağladığı haklar saklıdır. Kumar ve bahis borcu için isteyerek yapılan ödemeler geri alınamaz. 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 ödeme geri alınabilir.”

¹³²⁸ **Amonn**, s. 473; **Becker**, K SZO I, Art. 116, N. 4, s. 605.

borçlarının bu yolla yenilenebilmesinin mümkün olup olamayacağı konusu üzerinde haklı olarak durulmuştur. Ancak TBK m. 605/I hükmünün bunun mümkün olmasına engel teşkil edeceği değerlendirilmektedir¹³²⁹. TBK m. 605/I hükmünde açıkça kumar oynayan ve bahse girenlerin imzaladığı adi borç ya da kambiyo senetlerinin üçüncü kişiye devredilmiş olsalar dahi dava ve takip edilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu demek oluyor ki kanun koyucu kumar ve bahis borçlarının yenileme iradesinin bulunarak kambiyo taahhüdünde bulunması yahut alacak senedi düzenlemeleri hâlinde yine de dava ile talep ve cebrî icra ile takip edilebilmelerine engel olmak istemiştir.

Türk Borçlar Kanunu’nun cari hesaplarda yenilemeye ilişkin m. 134 hükmü, özellikle kumar ve bahis borçlarının bu yolla yenilenmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin tartışmaları gündeme getirmiştir. Bu tartışmalara değinmeden önce genel olarak cari hesap kavramı ve cari hesaplarda yenilemenin özellikleri üzerinde durmak fayda sağlayacaktır. Cari hesap, hukuki niteliği itibariyle bir sözleşme olup, tanımı Türk Ticaret Kanunu’nda yapılmıştır¹³³⁰. TTK m. 89/I’e göre: “İki kişinin herhangi bir hukuki sebep veya ilişkiden doğan alacaklarını teker teker ve ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip bunları kalem kalem alacak ve borç şekline çevirerek hesabın kesilmesinden sonra çıkacak artan tutarı isteyebileceklerine ilişkin sözleşme cari hesap sözleşmesidir.” TBK m. 134/I’e göre çeşitli kalemlerin cari hesaba sadece kaydedilmiş olması, borcun yenilendiği anlamına gelmemektedir. TBK m. 134/II’de ise hangi durumunda yenilemenin gerçekleşeceği ifade edilmektedir. Buna göre, hesap kesilmiş ve

¹³²⁹ Akev, Kumar ve Bahis, s. 327 vd.; Buz, Eksik Borçlar, s. 197; Feyzioğlu, Genel Hükümler II, s. 445 - 446.

¹³³⁰ Cari hesap sözleşmesi, tarafların her borçlanma neticesinde ödeme yapmalarının hem zor hem vakit kaybına neden olması dolayısıyla karşılıklı olarak sürekli birbiriyle borç ilişkisi içerisine giren kimselerin yapmayı tercih ettiği bir sözleşmedir. Bkz. Edgü, Ekrem: “Carî Hesap Sözleşmesi”, Bursa İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 1972, s. 254.

hesap sonucu diğer tarafça kabul edilmiş olduğunda borç yenilenmiş sayılmaktadır¹³³¹. Başka bir ifade ile yenileme bakiyenin kabulü anında gerçekleşmektedir¹³³².

Türk Ticaret Kanunu m. 90/I - b’de ise “*Cari hesap sözleşmesinin yapılmasından önce doğmuş bulunan bir alacak, tarafların onayıyla cari hesaba kaydedilirse, aksi kararlaştırılmamışsa bu alacak yenilenmiş olmaz*” hükmü bulunmaktadır¹³³³. İfade etmek gerekir ki kural olarak cari hesap sözleşmesi, kurulmasından sonra doğacak alacaklara ilişkin olarak yapılmakla birlikte, tarafların sözleşme kurulmadan önce var olan alacaklarını da anlaşılmak suretiyle cari hesap kapsamına dahil edebilmeleri mümkündür¹³³⁴. O hâlde söylenebilir ki cari hesap sözleşmesi kurulmadan önce var olan yahut olmayan bütün alacaklar için TBK m. 134/I’de yer alan “*Çeşitli kalemlerin bir cari hesaba sadece kaydedilmiş olması, borcun yenilenmiş olduğu anlamına gelmez*” esası geçerli olmaktadır. Fakat söz konusu hükümlerin emredici nitelikte olmamasından dolayı tarafların anlaşılmak suretiyle cari hesaba kaydedilen alacağın yenilenmesini sağlayabilmeleri mümkün görülmektedir¹³³⁵.

Türk Ticaret Kanunu m. 93 hükmüne göre “*Takas edilemeyen alacaklarla, belirli bir amaca harcanmak veya ayrıca emre hazır tutulmak üzere teslim olunan para ve mallardan doğan alacaklar cari hesaba geçirilemez.*” İlgili düzenlemede hangi alacakların cari hesaba geçirilemeyeceği ifade edilmektedir. Cari hesap sözleşmesinin içeriğinde üç farklı anlaşmayı barındırdığı kabul edilmektedir. Bunlar; alacakların

¹³³¹ Bu işlemin TBK m. 18 uyarınca sebebi gösterilmeyen bir borç tanınması teşkil ettiğine ilişkin bkz. **Koyuncuoğlu/ Koyuncuoğlu/ İçöz Koyuncuoğlu**, s. 158; **Önay**, s. 179; **Schwenzer**, s. 529; **Stahelin**, s. 137.

¹³³² **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 133 - 134, N. 20, s. 2549.

¹³³³ Yenilemeye dair Türk Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu hükümlerine ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Elbir**, Halid Kemal: “Cari Hesapta Tecdit Meselesi ve Bu Hususta Türk Hukukunun Kabul Ettiği Hal Tarzı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 14, S. 1 - 2, Y. 1948, s. 296 vd.

¹³³⁴ **Edgü**, s. 258; **Koçsoy**, Murat/ **Dinç**, Serhan: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Muhasebe Uygulamaları Açısından Cari Hesap Kavramı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 73, No. 2, Y. 2018, s. 622; **Önay**, s. 175 - 177.

¹³³⁵ **Arkan**, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 16. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 359; **Durgut**, Ramazan: Cari Hesap Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 118; **Önay**, s. 177.

hesaba geçirilmesi, alacakların takas edilmesi ve bakiyenin tanınmasıdır¹³³⁶. Hesap devresi sona erip takasın gerçekleşip bakiye alacağının belirlenmesi, TBK m. 134/II ve TTK m. 89/I'de hesabın kesilmesi, TTK m. 94'te ise hesabın kapatılması olarak ifade edilmektedir¹³³⁷. Cari hesap sözleşmesi kapsamında yer alan takas işlemi dolayısıyla hesap devresi sona erdiğinde irade beyanına gerek olmaksızın, cari hesap dahilinde yer alan alacaklar toplu olarak ve kendiliğinden takas edilmekte ve neticede bakiye alacak ortaya çıkmaktadır¹³³⁸.

Cari hesaba kaydetmenin yenileme teşkil etmemesine ilişkin olarak ifade edilmesi gereken önemli bir husus ise söz konusu alacak ve borçların bu aşamada hukuki niteliklerini devam ettirmeleridir¹³³⁹. Böylece takas gerçekleşinceye kadar hesaptan çıkarılmaları ve ödenmeleri talep edilebilmektedir¹³⁴⁰.

Nihayet kumar ve bahis alacakları açısından bunların cari hesaba geçirilmesi kural olarak tek başına yenileme işlemine sebebiyet vermeyecektir. Ancak hesaba eklenen kalemlerin kumar ve bahis alacağına ilişkin olması durumunda nasıl bir sonuç ile karşılaşılacağı konusu üzerinde durmak gereklidir. Öğretideki bir görüşe göre¹³⁴¹, hesaba geçirilen alacak kumar ve bahis faaliyetlerinden doğan bir alacak ise bakiyenin kabul edilmiş olup olmaması fark etmeksizin kalemin hesaptan çıkarılması istenebilmektedir. Hatta katı bir yaklaşımla kumar ve bahisten kaynaklanan alacakların

¹³³⁶ **Arkan**, s. 363; **Önay**, s. 170.

¹³³⁷ Bu durumu cari hesap sözleşmesinin sona ermesi olarak algılamamak gerekir. Zira TTK m. 98'e göre cari hesap sözleşmesi; kararlaştırılan sürenin sona ermesi, bir süre kararlaştırılmadığında taraflardan birinin fesih ihbarında bulunması ya da taraflardan birinin iflas etmesi hâllerinde sona ermektedir. Bkz. **Önay**, s. 170, dp. 643.

¹³³⁸ TBK m. 143/I'de takasın ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşeceği ifade edilmektedir. Fakat TBK m. 143/II'de cari hesapla ilgili ticarete ilişkin teamüllerin saklı tutulduğu belirtilmektedir. Kanun koyucunun bu fıkra da cari hesapta gerçekleşen otomatik takası belirttiği değerlendirilmektedir. Bkz. **Arkan**, s. 363; **Önay**, s. 172, dp. 655.

¹³³⁹ **Durgut**, s. 118.

¹³⁴⁰ **Durgut**, s. 118; Karş. **Edgü**, s. 259.

¹³⁴¹ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 198 - 199; **Durgut**, evlenme simsarlığından doğan alacakların da hesaba kaydedilememesi gerektiği görüşüne sahiptir. Bkz. **Durgut**, s. 171; BGE 29 II 649. Bkz. **Fisch**, s. 45 - 46.

borç ikrarı ile dahi talep edilebilmesi mümkün olmadığından, bu alacakların cari hesap sözleşmesinden silinmesi zorunluluk teşkil etmektedir¹³⁴². Öğretide bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre¹³⁴³, cari hesaptaki tüm alacakların kumar ve bahse ilişkin olması durumunda cari hesaptaki alacaklar takas edilebilecektir. Ancak bakiye kumar alacağından oluştuğundan yine devletin yetkili organları vasıtasıyla alacağın elde edilebilmesi mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte cari hesaptaki alacakların bir kısmı kumar veya bahis borcuna, kalanı ise tam borca ilişkin olduğunda alacakların ayrı bir hesaba tâbi tutulması gerekmektedir¹³⁴⁴. Yine bu görüşe göre, kumar borçlarında taraflardan biri borçlu kaldığında, hesabın tamamının bu kişi lehine çıkması ve bakiyenin tanınması durumunda kumar borcunun takas edilmesi geçerli sayılmaktadır. Zira takas kumar borçlusu tarafından yapılmıştır. Kumar borçlarında borçlu çıkan tarafın cari hesabın tamamı bakımından da borçlu olması durumunda ise kumar borçlarının aktif oranında sona ermiş sayılarak bu kısım bakiyenin dava edilmesine imkân bulunmamaktadır¹³⁴⁵.

Kanaatimizce kumar ve bahis faaliyetlerinden kaynaklanan borçların yenilemeyle tam borç meydana getirilemeyeceğine ilişkin kabul ettiğimiz sonucun diğer başlangıçtan itibaren eksik borçlar bakımından da geçerli olması gerektiğini ifade etmek gerekir¹³⁴⁶.

Sonradan eksik borç niteliğindeki konkordato dışında kalan borçların yenilenebilmesine dair öğretide yapılan fazla bir değerlendirme bulunmamaktadır. Ancak bu borçların yenileme işleminin konusunu oluşturmaya hukuken bir engel olmadığı

¹³⁴² **Akev**, Kumar ve Bahis, s. 338; **Becker**, K SZO II, Art. 514, N. 4 - 5, s. 873; **Fisch**, s. 46.

¹³⁴³ **Akev**, Kumar ve Bahis, s. 336 vd.; **Fisch**, s. 45 vd.

¹³⁴⁴ **Akev**, Kumar ve Bahis, s. 338; **Becker**, K SZO II, Art. 513, N. 6, s. 867.

¹³⁴⁵ **Akev**, Kumar ve Bahis, s. 339; Karş. **Becker**, K SZO II, Art. 513, N. 6, s. 867; Karş. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 199.

¹³⁴⁶ Karş. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 200; Karş. **Koyuncuoğlu/ Koyuncuoğlu/ İçöz Koyuncuoğlu**, s. 116; Karş. **Önay**, s. 92 – 93.

söylenilmektedir¹³⁴⁷. Zamanaşımına uğramış borçlar açısından yenileme işleminin mümkün olup olmayacağı ise üzerinde durulması gereken bir konudur.

Öğretideki hâkim görüşe göre zamanaşımına uğramış borçların yenilenmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır¹³⁴⁸. Bu çalışmada benimsediğimiz görüş uyarınca zamanaşımına uğramış borcun borçlusu, borcun zamanaşımına uğramış olması dolayısıyla elde ettiği zamanaşımı defi hakkını ileri sürünceye kadar borç, tam borç niteliğindedir¹³⁴⁹. Zamanaşımı defi, ifayı reddetme hakkı doğurmaktadır. Hakkın kullanılmasıyla yükümlülük doğal bir yükümlülüğe dönüşmektedir. Bu nedenle zamanaşımına karşı defi ileri sürülmemesi durumunda alacağın dava ve cibrî icra yolu ile takibi mümkün olacaktır. Zamanaşımına uğramış bir borcun ifa edilmiş olması durumunda TBK m. 78/II’de yer alan “*Zamanaşımına uğramış bir borcun ifasından veya ahlaki bir ödevin yerine getirilmiş olmasından kaynaklanan zenginleşmeler geri istenemez*” hükmü uyarınca geri istenebilmesi mümkün değildir. Zamanaşımına uğramış

¹³⁴⁷ Buz, Eksik Borçlar, s. 204; Engel, s. 47; Koyuncuoğlu/ Koyuncuoğlu/ İçöz Koyuncuoğlu, s. 118.

¹³⁴⁸ Balmer, s. 201; Engel, s. 47; Feyzioğlu, Genel Hükümler II, s. 446; Huguenin, AT, s. 133; Koyuncuoğlu/ Koyuncuoğlu/ İçöz Koyuncuoğlu, s. 117; Loacker, BSK OR I, Art. 116, N. 5, s. 836; Oğuzman/ Öz, Cilt I, s. 588.

¹³⁴⁹ Aynı yönde bkz. Antalya, Temel Kavramlar, s. 84; Enneccerus/ Lahmann, s. 15; Kılıçoğlu, BHGH, s. 1146; Klingmüller, s. 220; Zamanaşımı süresi geçmiş olduğunda, alacak hakları hiçbir şekilde düşmediği gibi dava hakkı da düşmez. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 47; Plieseis, Marielena: Die ABGB - Vorschriften über die Verjährung (§§ 1478 - 1502) wesentlicher Inhalt und sprachliche Neufassung, Graz, 2016, s. 12; Schönenberger/ Jäggi, K SZO, Vorbemerkungen vor Art. 1, N. 73, s. 174; von Tuhr/ Peter, I.I, s. 35. Yargıtay’ın bu yöndeki kararlarına rastlamak da mümkündür. Örneğin Yarg. 4. HD. 23.01.1981 ve 11363/451 sayılı kararında şu ifadeler yer verilmiştir: “...zamanaşımının davayı etkisiz bırakması kendiliğinden gerçekleşmemekte ve ancak borçlunun iradesine bağlı bulunmaktadır.” Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 47 ve orada adı geçen yazar. Yine nispeten yeni bir kararında “Şu hâlde zamanaşımına uğrayan alacak ortadan kalkmamakla beraber artık doğal bir borç (Obligatio naturalis) hâline gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, alacağın salt zamanaşımına uğramış olması, onun eksik borca dönüşmesi için yeterli olmayıp borçlunun kendisine karşı açılmış olan alacak davasında alacaklıya yönelik bir defi’de bulunması gerekir.” İfadelerine yer verilmiştir. Bkz. Yarg. HGK. 12.03.2019, E. 2015/21 – 2925, K. 2019/277. Ayrıca bkz. Yarg. HGK. 08.04.2015, E. 2013/1597, K. 2015/1165, Yarg. HGK. 24.06.2021, E. 2017/3136, K. 2021/842, Yarg. HGK. 12.03.2020, E. 2017/650, K. 2020/301, Yarg. HGK. 22.09.2021, E. 2017/945, K. 2021/1069, Yarg. HGK. 03.06.2021, E. 2017/427, K. 2021/685, Yarg. HGK. 07.10.2021, E. 2018/984, K. 2021/1182. Bkz. Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası.

bir borç def'i ileri sürülünceye kadar tam borç niteliği taşıyacağından¹³⁵⁰, bu aşamada borcun yenilenmesi herhangi bir borcun yenilenmesinden farksız olmaktadır. Borç, def'i ileri sürülmek suretiyle eksik borca dönüştüğünde ise bu hâlde gerçekleştirilen yenileme işlemi ile oluşan yeni borç dava edilebilir bir borç teşkil edecektir¹³⁵¹. Taraflar bu sonuca ulaşmak için yenileme yoluna başvurabilmektedir. Ancak borç zamanaşımına uğradıktan sonra borçlunun zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat edebilmesi de mümkündür. Feragat durumunda ise yenilemenin aksine borca ilişkin diğer defiler etkilenmeyecek ve alacağa bağlı haklar da varlığını sürdürmeye devam edecektir¹³⁵².

¹³⁵⁰ Borçlunun def'i hakkını kullanmadığı müddetçe ifaya zorlanabileceğine ilişkin bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 201.

¹³⁵¹ **Balmer**, s. 201; Borçlunun def'i ileri sürmekten feragat etmesi mümkün olduğuna göre yenileme suretiyle borcu dava edilebilir hâle getirmesi mümkün olmalıdır. Bkz. **Buz**, Eksik Borçlar, s. 201; **Huguenin**, AT, s. 133; **Koyuncuoğlu/ Koyuncuoğlu/ İçöz Koyuncuoğlu**, s. 117; **Loacker**, BSK OR I, Art. 116, N. 5, s. 836; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 588; TBK m. 160 uyarınca borçlunun, zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat edebilmesi mümkündür. Bu durumda, yenilemenin aksine alacağa bağlı haklar ve borçla ilgili başka defiler etkilenmemektedir (bkz. **Önay**, s. 88 - 89). TBK m. 160/I hükmünde zamanaşımından önceden feragat edilemeyeceği ifade edilse de ifadeden anlaşılması gereken zamanaşımı definden feragattir. Nitekim mehz İsviçre Borçlar Kanunu Art. 141 Abs. 1 OR'da 15.06.2018 tarihli Federal Kanun ile zamanaşımı konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler 01.01.2020 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Bu hususta isabetli olarak hükmün “*zamanaşımından feragat*” başlığı, “*zamanaşımı definden feragat*” olarak değiştirilmiştir. Hükmün gerekçesinde feragatin zamanaşımına karşı değil; zamanaşımı define başvurmayla ilişkin olduğu değerlendirilmiştir (bkz. **Däppen**, BSK OR I, Art. 141, N. 5c, s. 963). İsviçre Federal Mahkemesi'nin değişiklikten önce verdiği bir kararda, sözleşmenin kurulmasından sonra borçlunun zamanaşımını ileri sürmekten feragat edebileceği ifade edilmiştir (bkz. BGE 132 III 226. Karar, **Däppen**, BSK OR I, Art. 141, N. 5d, s. 963'ten alınmıştır). Değişiklikte ise zamanaşımı definden feragat için geçerlilik kriteri olarak zamanaşımının işlemeye başlamış olması esas alınmıştır (eleştiri için bkz. **Däppen**, BSK OR I, Art. 141, N. 5d, s. 963). Zamanaşımı definden feragat, zamanaşımı süresinin işlediği müddetçe ve zamanaşımının gerçekleşmesinden sonra da yapılabilmektedir (bkz. **Sarıkaya**, Murat: “İsviçre Borçlar Hukuku'nda Zamanaşımına İlişkin 01 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 2, Y. Aralık 2020, s. 1213). Değişiklikte Art. 141 OR hükmünde ilk fıkrada feragatin hangi andan başlayarak ne kadar süre içinde yapılabileceği açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre borçlu, zamanaşımının başlamasından itibaren en çok on yıl için zamanaşımı defini ileri sürebilmekten feragat edebilmektedir. Bkz. **Sarıkaya**, s. 1213; Bu konuya ilişkin ayrıca bkz. **Pichonnaz**, Pascal: “Das revidierte Verjährungsrecht: Drei bemerkenswerte Punkte”, Schweizerische Juristen -Zeitung, 115. Jahrgang, 2019, Nr. 24, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, s. 744 vd.

¹³⁵² **Önay**, s. 88 – 89.

Zamanaşımına uğramış bir borç yenilenerek başka bir borç meydana getirildiğinde eski borca ve alacağa bağlı olarak sahip olunan tüm defiler ve asıl alacağa bağlı ferî haklar son bulacaktır¹³⁵³. Yeni borç doğduğunda buna bağlı olarak yeni ferî haklar doğacak ve yeni borca ilişkin savunma araçlarının ileri sürülebilmesi de mümkün olacaktır. Keza yeni borca ilişkin yeni bir zamanaşımı süresinin işlemesi söz konusu olacaktır¹³⁵⁴.

Öğretide zamanaşımına uğramış olan borçların yenilenmesine ilişkin olarak üzerinde durulan bir başka konu da borçlunun yenileme sözleşmesi yaptığı esnada borcun zamanaşımına uğramış olduğunu bilmemesi durumudur. Böyle bir hâlde yenileme sözleşmesinin irade sakatlığına dayanılarak iptal edilebilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. TBK m. 78/II hükmü esas alınarak ileri sürülen bir görüşe göre¹³⁵⁵, irade sakatlığı nedeniyle zamanaşımına uğramış bir borcun yenilenmesine ilişkin yapılan sözleşmenin iptal edilmesi mümkün olmamalıdır. Zira borçlu zamanaşımına uğramış bir borcu ifa ettiğinde, ifa olunan edim geri istenemeyeceğinden, irade sakatlığı gerekçesiyle yapılmış olan yenileme sözleşmesinin de iptalinin istenememesi gerekir. Bu değerlendirmenin esasını yenilemenin ifa ile bir tutulması oluşturmaktadır¹³⁵⁶. Bir başka görüşe göre ise yenileme sözleşmesinin yapıldığı esnada borçlunun zamanaşımına ilişkin hataya düşmüş olması ya da aldatma söz konusu olması durumlarında borçlunun yenileme sözleşmesinin iptalini talep edebilmesi mümkün olmalıdır¹³⁵⁷.

Becker'a göre, TBK m. 78/II (Art. 63 Abs. 2) hükmü gerekçe gösterilerek, yani zamanaşımına uğramış borcun ifa edilmesi hâlinde geri istenememesi hükmü

¹³⁵³ **Önay**, s. 89.

¹³⁵⁴ **Loacker**, BSK OR I, Art. 116, N. 5, s. 836; **Schwenzer**, s. 529; **von Tuhr/ Escher**, s. 180.

¹³⁵⁵ TBK m. 78/II: “*Zamanaşımına uğramış bir borcun ifasından veya ahlaki bir ödevin yerine getirilmiş olmasından kaynaklanan zenginleşmeler geri istenemez.*” Hükmünü içermektedir. *Becker*, zamanaşımına uğramış borcun hata nedeniyle ifa edilmiş olması durumunda yenileme sözleşmesinin iptalinin mümkün olamayacağını mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu Art. 63 Abs. 2 OR’a (TBK m. 78/II) dayandırmak suretiyle ifade etmiştir. Bkz. **Becker**, K SZO I, Art. 116, N. 4, s. 605; **Stachelin**, s. 125.

¹³⁵⁶ *Becker*, yenilemeyi yeni bir borç ilişkisi kurmak suretiyle “*ödeme*” olarak ifade etmektedir. Bkz. **Becker**, K SZO I, Art. 111, N. 1, s. 604; **Önay**, s. 90, dp. 373.

¹³⁵⁷ **Koller**, SOR AT, s. 1152; **Önay**, s. 90.

dolayısıyla yenilemede de irade sakatlığı söz konusu olsa bile yenileme iptal edilememelidir¹³⁵⁸. İfade edildiği üzere borç zamanaşımı def'i ile karşılaşmadığında tam borç olarak varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Zamanaşımı def'i ile karşılaşan borç ise eksik de olsa mevcut ve geçerli bir borçtur. Dolayısıyla her iki durumda da yapılan ifanın geri istenememesinin nedeni, gerçekleştirilen kazandırmanın geçerli bir hukuki sebebe dayanmasıdır. Yenileme sözleşmesi ile eski borcun sona erdirilmesi suretiyle yeni bir borç meydana getirilmektedir. Bu sebeple mevcut borcun ifası söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla alacaklı eski borcun ifası suretiyle alacağını elde etmemektedir. TBK m. 78/II hükmünde ise alacaklının o borcun ifasıyla tatmin edilmesi söz konusu olduğundan borcun ifası ile yenileme işlemi bir tutulmamalıdır¹³⁵⁹. Bu sebeple *Koller* tarafından savunulan yenileme sözleşmesinin yapıldığı anda irade sakatlığından bahsedilebiliyorsa borçlunun sözleşmenin iptalini talep edebilmesinin mümkün olacağı görüşüne katılmanın isabetli olacağı kanaatindeyiz¹³⁶⁰. Zira TBK m. 78/II hükmünün amacı alacaklının mevcut ve geçerli bir alacağını elde etmesinden sonra durumun kendi aleyhine olarak sonuçlanmasına engel olmaktadır¹³⁶¹. Ancak yenilemede alacaklının önceki borcunu ifa etmesi söz konusu değildir. Başka bir deyişle yenileme, borcu sona erdirdiğinde alacaklı alacağını elde etmediğinden yenilemenin ifa ile bir tutulmaması gerekmektedir¹³⁶².

3.1.3.11. Eksik Borçlardan Doğan Alacakların Devri

Borç ilişkisi, ilke olarak meydana geldiği kişiler arasında varlığını sürdürüp sone erse de borç ilişkilerinde alacaklı ve borçlu tarafların değişmesi mümkündür. Borcun alacaklısının değişmesi “*alacağın devri*” ya da “*alacağın temlik*” olarak adlandırılmaktadır.

¹³⁵⁸ **Becker**, K SZO I, Art. 116, N. 4, s. 605; **Stachelin**, s. 125.

¹³⁵⁹ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 203.

¹³⁶⁰ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 203 - 204; **Hatemi/ Gökyayla**, s. 302; **Koller**, SOR AT, s. 1152; **Karş. Loacker**, BSK OR I, Art. 116, N. 5, s. 836; **Önay**, s. 90.

¹³⁶¹ **Önay**, s. 90.

¹³⁶² **Buz**, Eksik Borçlar, s. 203; **Önay**, s. 90; *Önay*’a göre yenileme sonucunda kurulan yeni borç ifa edildikten sonra yenilemenin yapıldığı sırada zamanaşımının farkında olunmadığı ileri sürülerek, yenileme sözleşmesini irade sakatlığı nedeniyle iptal edebilmek ise mümkün olmamalıdır. Bkz. **Önay**, s. 90.

Alacağın devri Türk Borçlar Kanunu'nda m. 183 - 194 arasında düzenlenmiştir. Alacağın devri kurumu kanunda tanımlanmış değildir. Ancak TBK m. 183 hükmü uyarınca alacağın devrine ilişkin bir tanımlama yapılabilmektedir. Buna göre alacağın devri, alacaklının borç ilişkisinden doğan alacağını, borçlunun rızasına gerek olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak üçüncü bir kişiye devretmesidir¹³⁶³. Alacağın devri gerçekleştiğinde, alacağı devralan alacak hakkını kesin olarak kazanmakta ve bu alacak üzerinde tasarruf yetkisini de elde etmektedir. Devir işleminde alacaklının değişmesi haricinde, alacağın miktarı ya da niteliğine ilişkin herhangi bir değişiklik söz konusu olmamaktadır. Alacağın devrinde borçlunun katılımı söz konusu olmadığından, devre borçlunun rıza göstermesi gerekmemektedir¹³⁶⁴.

Alacağın devri; kanuni, yargısal ve iradi olmak üzere üç şekilde gerçekleşebilmektedir¹³⁶⁵. TBK m. 185'te yeri bulunan kanuni devirde alacak, kanundan ötürü alacaklıdan bir üçüncü kişiye geçmektedir. Alacağın devri hâkim kararı ile de gerçekleşebilmektedir. Böyle bir hâlde yargısal devirden söz edilmektedir. İradi ya da rızai devirde ise alacağı devreden ile devralan bir devir sözleşmesi akdetmekte ve böylece alacak, doğrudan doğruya devralana geçmektedir.

Alacağın devri hukuki niteliği itibariyle hem bir tasarruf işlemi, hem de borç sözleşmesidir¹³⁶⁶. TBK m. 189/I ve II hükümleri uyarınca alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar haricindeki öncelik hakları ve ferî (bağlı) haklar da devralana geçmektedir. Yine asıl alacakla birlikte işlemiş faizler de devredilmiş sayılmaktadır. Devredenin kişisel durumuna bağlı olan hukuki sonuçlar ise alacağı devralana geçmemektedir.

¹³⁶³ **Bucher**, SOR AT, s. 536; **Eren**, BHGH, s. 1386 - 1387; Alacağın devri, tüm hukuki ilişkinin devri değildir. Bkz. **Gauch/ Schluep**, SOR AT II, s. 287; **Guhl/ Koller**, s. 265; **Schwenzer**, s. 580.

¹³⁶⁴ **Bucher**, SOR AT, s. 536; **Girsberger**, Daniel/ **Hermann**, Johannes Lukas: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR I, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Vorbemerkungen zu Art. 164 - 174, N. 1, s. 1035; **Schwenzer**, s. 580.

¹³⁶⁵ **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 1011; **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 576; **Schwenzer**, s. 579.

¹³⁶⁶ **Bucher**, SOR AT, s. 547, 549; **Guhl/ Koller**, s. 265; **von Tuhr/ Escher**, s. 330.

Devir sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır¹³⁶⁷. Devredilecek alacağın meydana geldiği borcun kaynağının bir önemi bulunmamaktadır¹³⁶⁸. İlke olarak her türlü alacak devredilebilmektedir¹³⁶⁹. Ancak bazı alacakların devredilmesi mümkün değildir. Buna ilişkin sınırlamanın kaynağı; kanun, sözleşme ya da işin niteliğidir¹³⁷⁰. Kanun tarafından bazı alacakların devri yasaklanmış olabilmektedir. Örneğin TBK m. 619/I hükmü uyarınca ölünceye kadar bakım sözleşmesinde bakım alacaklısı, hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağını bir başkasına devredememektedir¹³⁷¹. Taraflar yapmış oldukları sözleşmede kısmen ya da tamamen alacak hakkının devrini yasaklayabilir veya bunu bir şarta da bağlayabilirler¹³⁷². Sözleşmeden doğan devir yasağına aykırı davranışta yasak, özellikle borçlu yararına konulmuş olduğundan, borçlu devire onay verdiği takdirde işlemin baştan itibaren geçerli hâle geleceği kabul edilmektedir¹³⁷³. Son olarak ifade edildiği üzere alacaklının kişiliği ile yakından ilgili olan alacakların da hukuki ilişkinin niteliğinden kaynaklı olarak devredilebilmesi mümkün değildir¹³⁷⁴.

Borç herhangi bir sebeple sona ermişse üzerinde tasarruf edilebilecek bir haktan bahsedilemeyeceği için alacağın devri de söz konusu olmayacaktır. Eksik borçların temel özelliklerinden birisi de borcun mevcut ve geçerli olmasıdır. Öğretideki hâkim görüşe göre, gerek başlangıçtan itibaren eksik borç niteliğini haiz olanlardan gerekse

¹³⁶⁷ TBK m. 184/I uyarınca alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. TBK m. 184/II’de ise alacağın devri sözü vermenin, şekle bağlı olmadığı ifade edilmektedir.

¹³⁶⁸ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 183, N. 28, s. 2903.

¹³⁶⁹ **Bucher**, SOR AT, s. 539; **Eren**, BHGH, s. 1398; Devredildiği anda henüz mevcut olmayan ancak ileride doğacak olan alacağı ifade eden gelecekteki alacakların da devredilmesinin mümkün olduğu değerlendirilmektedir. Bkz. **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 183, N. 27, s. 2902; **Girsberger/ Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 5, s. 1042; **Schwenzer**, s. 584.

¹³⁷⁰ **Bucher**, SOR AT, s. 540 vd.; **Eren**, BHGH, s. 1399; **Schwenzer**, s. 585.

¹³⁷¹ Bakım alacaklısının alacağını devredemeyeceği, TBK m. 619/I’de “*Bakım alacaklısı, hakkını başkasına devredemez*” şeklinde ifade edilmiştir.

¹³⁷² **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 183, N. 32, s. 2904; Devrin yasaklanmasına ilişkin anlaşma Roma hukukunda *pactum de non cedendo* olarak adlandırılmaktaydı. Bkz. **Bucher**, SOR AT, s. 541; **Schwenzer**, s. 585.

¹³⁷³ **Becker**, K SZO I, Art. 164, N. 44, s. 783 – 784; **Bucher**, SOR AT, s. 542; **von Büren**, SOR AT, s. 325; **Eren**, BHGH, s. 1401.

¹³⁷⁴ Nafaka alacağının genel kabul gören görüşe göre devredilememesinin esas gerekçesi budur. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 1400; Konuya ilişkin ayrıca bkz. **von Büren**, SOR AT, s. 322.

sonradan eksik borca dönüşen borçlardan doğan alacakların devredilmesinin önünde hukuken bir engel bulunmamaktadır¹³⁷⁵. Alacak devredildiğinde, devir öncesinde hangi hüküm ve şartlara tabi idiyse, devralan da alacağı aynı hüküm ve şartlara tabi olarak devralmaktadır¹³⁷⁶.

Alacağın bir edim (ivaz) karşılığında devredilmesi de mümkündür¹³⁷⁷. Bu hâlde TBK m. 191/I uyarınca devredene garanti borcu yüklenmektedir. Böylece devreden devralana karşı, devir esnasında alacağın mevcudiyetini sonradan da borçlunun ödeme gücünü garanti etmektedir¹³⁷⁸. Garanti yükümlülüğü, devralanın alacağını elde edememesi hâlinde garanti yükümlüsüne başvurabilmesine olanak sağlamaktadır¹³⁷⁹.

Kanaatimizce eksik borçlara ilişkin alacakların bir edim karşılığı devredilmesi dürüst alacaklılar bakımından pek olası bir durum olmasa da bu nitelikteki alacakların ivaz karşılığı devredildiği bir hâlde devreden alacaklının garanti yükümlülüğünün söz konusu olacağı ihtimallerden bahsedilebilmektedir. Zira garanti yükümlülüğü sadece alacağın mevcudiyetini ve borçlunun ödeme gücünü değil, aynı zamanda alacağın dava edilebilir nitelikte olduğunu kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır¹³⁸⁰. Bu

¹³⁷⁵ Kumar ve bahis borçları açısından bkz. **Akev**, Kumar ve Bahis, s. 378; **Bucher**, SOR AT, s. 67 - 68; **Engel**, s. 42; **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 590; **Rohe**, Mathias: BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 1 - 480 Kommentar, Hrsg. Hau, Wolfgang/ Poseck, Roman, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2023, § 398, N. 43, s. 2603; **Schulze**, s. 468.

¹³⁷⁶ Devredilen alacak bir eksik borçtan kaynaklandığında, devredene karşı ileri sürülebilecek bu durum, alacağı devralana karşı da ileri sürülebilmelidir. Devredilen alacağın eksik borç olduğunun devralan tarafından bilinip bilinmemesinin de bir önemi bulunmamaktadır. Alacağı devralanın iyiniyetli olmasının ya da olmamasının hukuki sonuçlar bakımından belirleyici bir yönü bulunmamaktadır. Bkz. **Günergök**, Özcan: Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 187 – 188.

¹³⁷⁷ Çoğu zaman ivaz, devralanın devredene ödediği bir miktar paradır. Bu durumda alacak hakkının satışından bahsedilmektedir. İvazın paradan başka verme, yapma ve yapmama edimi olması da mümkündür. Bkz. **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 613.

¹³⁷⁸ **Eren**, BHGH, s. 1402; **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 191, N. 1, s. 2949.

¹³⁷⁹ Garanti yükümlüsünün sorumluluğunun kapsamına ilişkin TBK m. 193: “Devralan garanti ile yükümlü devredenden aşağıdaki istemlerde bulunabilir: 1. İfa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini. 2. Devrin sebep olduğu giderleri. 3. Borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri. 4. Devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararlarını.”

¹³⁸⁰ **Girsberger/ Hermann**, BSK OR I, Art. 171, N. 7, s. 1087; **Reetz**, Peter/ **Burri**, Christof: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht, Allgemeine

bakımdan başlangıçtan itibaren eksik borçlarda alacaklı alacağını ivaz karşılığı devretmiş ve borçlu da ifayı yerine getirmemişse devralan garanti sorumluluğu kapsamında devredene başvurabilmelidir¹³⁸¹. Ancak öğretideki bir görüşe göre hem kumar ve bahis faaliyetlerinden hem evlenme simsarlığından doğan alacaklar hem de zamanaşımına uğramış borçlara ilişkin alacaklar bakımından bu sonucun gerçekleşebilmesi için devralanın alacağın eksik borca ilişkin olduğunu bilmemesi gerekir¹³⁸². Zira bu durum, devreden ve devralan arasındaki anlaşmada alacağın kararlaştırılan özellikleriyle mevcut olmadığını ifade etmektedir¹³⁸³.

Zamanaşımına uğramış borçlar açısından öğretide farklı görüşlere rastlayabilmek mümkündür. Örneğin bir görüşe göre¹³⁸⁴, alacak ivaz karşılığı devredildikten sonra zamanaşımına uğradığında böyle bir hâlde teminat borcunun ortadan kalkacağı kabul edilmektedir. Kaynağının ortak hukuka dayandığı ileri sürülen bir başka görüşe göre garanti yükümlülüğü, aynı zamanda alacağın defi ileri sürülmek suretiyle etkisizleştirilemeyecek yani eksik borca dönüştürülemeyecek olmasını da kapsamaktadır¹³⁸⁵. Bu görüş uyarınca¹³⁸⁶, defi hakkı kullanılmadan önce alacağın edim

Bestimmungen, Hrsg. Furrer, Andreas/ Schnyder, Anton K., 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, Art. 171, N. 11, s. 993; **Schaufelberger/ Keller**, Art. 171, N. 3, s. 390.

¹³⁸¹ Aynı yönde bkz. **Ercoskun Şenol**, H. Kübra: Türk Borçlar Kanunu'na göre Alacağı Devreden Garanti Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 269.

¹³⁸² **Ercoskun Şenol**, s. 269.

¹³⁸³ **Ercoskun Şenol**, s. 269.

¹³⁸⁴ Devirden sonra alacağın zamanaşımına uğramasının sonuçlarına alacağı devralan kimse katlanacaktır. Bkz. **Feyzioğlu**, Genel Hükümler II, s. 646; **Franko**, Nisim: "Alacağın Temlik", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 49, S. 1, Y. 1994, s. 192; Karş. "İvazlı temlik, temellük edene karşı temlik edenin borcunun zamanaşımını keser." Bkz. **Dayınlarlı**, Kemal: Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temlik, 3. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2008, s. 321, dp. 798.

¹³⁸⁵ **Engin**, Baki İlkay: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 107. *Engin*, zamanaşımına uğramış alacaklar dışındaki eksik borçları doğrudan mevcut olmayan alacak olarak nitelendirmektedir. Bakınız s. 107, dp. 4; **Schliemann**, Adolph: Die Haftung des Cedenten, ein Beitrag zur Lehre von der Cession, 2. Aufgabe, Stillerfchen Hof- Buchhandlung, Rostock, 1850, s. 11.

¹³⁸⁶ **Engin**, s. 107 – 108, dp. 4. *Engin*, öğretideki zamanaşımı definin hakkı sona erdirdiği yönündeki görüşe istinaden de bir değerlendirme yapmaktadır. Bu hâlde temlik edilen alacak sona ermiş bir alacak olacağından yine sorumluluğun varlığından bahsedilecektir. Bakınız, s. 107 – 108, dp. 4.

karşılığı devredilmesi alacağın mevcut fakat defi imkânı ile etkisizleştirilebilecek bir alacak olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla bu ihtimalde devredenin garanti sorumluluğu söz konusu olacaktır. Defi ileri sürülerek borcun eksik borca dönüştürülmesi hâlinde ise alacak yine mevcut bir alacak olmakta ancak bu ihtimalde alacak dava edilebilir nitelikte olmadığından yine alacağı devredenin garanti sorumluluğunun söz konusu olacağı değerlendirilmektedir.

3.1.3.12. Eksik Borçların Üstlenilmesi

Borcun üstlenilmesine ilişkin hükümler Türk Borçlar Kanunu'nun 195 - 204 maddeleri arasında yer almaktadır. Bu işlem ile dar anlamda borç ilişkisinde borcun üçüncü bir kişiye geçirilmesi ve böylelikle de borçlunun değişmesi mümkün kılınmıştır. Bu özelliğinden yola çıkarak borcun üstlenilmesinin alacağın devrinin tam karşısını oluşturduğu söylenebilmektedir¹³⁸⁷. Türk Borçlar Kanunu'nun borcun üstlenilmesine ilişkin hükümlerinde bu kurumun farklı çeşitlerinin olduğu görülmektedir¹³⁸⁸. Bunlar; borcun iç üstlenilmesi, borcun dış üstlenilmesi, bir malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devralınması, birden çok işletmenin birbiriyle birleşmesi ya da şekillerini değiştirmesi ve son olarak borca katılmadır.

Türk Borçlar Kanunu m. 195 hükmü borcun iç üstlenilmesine ilişkindir. Borcun iç üstlenilmesi, borçlu ile üçüncü kişinin aralarında yaptığı bir sözleşme ile gerçekleşmektedir. Bu sözleşme neticesinde üçüncü kişi, borçluyu borçtan kurtarmayı

¹³⁸⁷ **Bucher**, SOR AT, s. 580; **von Büren**, SOR AT, s. 341; **Gauch/ Schluep**, SOR AT II, s. 318; **Guhl/ Koller**, s. 284; **Schwenzer**, s. 597; **Stürner**, Rolf: Jauernig: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsg. Stürner, Rolf, 18. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2021, Vorbemerkungen vor § 414, N. 1, s. 703; Sözleşmenin bir bütün olarak yüklenilmesi, borcun üstlenilmesine kıyasla daha kapsamlıdır. Zira sözleşmenin üstlenilmesinde üstlenen, ayrılan tarafın hukuki konumuna sahip olmaktadır. Bkz. **Bauer**, Christoph: Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang: Unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes, (Diss.), Dike Verlag, Zürich, 2010, s. 16; Konusu eksik borç olan sözleşmelerin devredilmesi mümkündür. Sözleşmenin devrine rıza göstermek ise eksik borcu tam borç hâline getirmemektedir. Bkz. **Ayrancı**, Hasan: Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 146; **Yılmaz**, Gizem Yağmur: Sözleşmenin Devri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 99.

¹³⁸⁸ **Becker**, K SZO I, Vorbemerkungen zu Art. 175 – 183, N. 5, s. 811; **Eren**, BHGH, s. 1408; **Gauch/ Schluep**, SOR AT II, s. 319; **Guhl/ Koller**, s. 284 – 285; **Huguenin**, AT, s. 216.

taahhüt etmektedir. Nitekim bu husus TBK m. 195/I'de “*Borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan kişi, borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek, borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmiş olur*” şeklinde ifade edilmektedir. Öğretide borcun üstlenilmesinin, borçtan kurtarma vaadi ya da ifanın üstlenilmesi olarak da adlandırıldığı görülmektedir¹³⁸⁹. Borcun iç üstlenilmesiyle, borç kendiliğinden borcu üstlenene geçmemektedir. Söz konusu işlemle borcu üstlenen sadece borçluyu borçtan kurtarma yükümlülüğünü üstlenmektedir¹³⁹⁰. Üçüncü kişinin borcu ivaz karşılığında üstlenmiş olması durumunda, sözleşme iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğini taşımakta ve aksi kararlaştırılmamışsa borcu üstlenenin borçluya karşı ödemezlik defii ileri sürebilme imkânı olmaktadır¹³⁹¹. TBK m. 195/III'te yer alan “*Borçlu, borcundan kurtarılmamışsa, diğer taraftan güvence isteyebilir*” hükmü uyarınca henüz borçtan kurtulmamış olan borçluya, borcu üstlenenden borçtan kurtarılmaya ilişkin bir teminat talebinde bulunma hakkı tanınmaktadır. Taahhüdün ivazlı olması ve borçlunun henüz bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması, teminat istenmesine engel teşkil etmemektedir¹³⁹².

Borcun iç üstlenilmesine ilişkin yapılan sözleşmenin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Söz konusu sözleşme hüküm ve sonuçlarını yalnızca sözleşmenin taraflarını teşkil eden borçlu ile borcu üstlenen arasında doğurmakta, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiye etki etmemektedir¹³⁹³. İç üstlenme sözleşmesindeki borçtan kurtarma taahhüdünün yerine getirilmesi çoğu kez dış üstlenme sözleşmesi ile yapılsa da bu

¹³⁸⁹ **Bucher**, SOR AT, s. 581, dp. 4; **Eren**, BHGH, s. 1409.

¹³⁹⁰ **Becker**, K SZO I, Art. 175, N. 4, s. 815; **Gauch/ Schlupe**, SOR AT II, s. 320; **Hasler**, Georg: Die Schuldübernahme in der Theorie und im schweizerischen Recht, Aktien - Buchdruckerei, Zürich, 1911, s. 59; **Huguenin**, AT, s. 217; **Schwenzer**, s. 598; **Tschäni**, Rudolf/ **Gaberthüel**, Tino: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR I, Hrsg. Widmer Lühinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 175, N. 1, s. 1092.

¹³⁹¹ Bu hâlde borcu üstlenen, borçludan önce kendi borcunu yerine getirmesini yahut ifayı önermesini isteyebilmektedir. Bkz. **Becker**, K SZO I, Art. 175, N. 14, s. 817; **Bucher**, SOR AT, s. 581; **Eren**, BHGH, s. 1410.

¹³⁹² Teminat hükmünün TBK m. 195/II'de yer alan ivaz yerine getirilmedikçe borçtan kurtarma taahhüdünün ifasının istenemeyeceğine ilişkin hükmü dengelemek maksadıyla kabul edildiği ifade edilmektedir. Bkz. **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 623.

¹³⁹³ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 195, N. 9, s. 2968.

zorunlu değildir¹³⁹⁴. Nitekim bir kimse borçluya karşı hiçbir taahhüt altına girmeksizin borçlunun borcunu alacaklıya ifa edebilir veya önceden taahhüt altına girmeyerek alacaklı ile dış üstlenme sözleşmesi yapmak suretiyle borçluyu borcundan kurtarabilmektedir¹³⁹⁵.

Borçlunun borcundan kurtularak onun yerine borcu üstlenenin geçmesi, borcun dış üstlenilmesiyle gerçekleşmektedir.¹³⁹⁶ Dış üstlenme sözleşmesi, borcun bir kişiden başkasına geçmesi sonucunu doğurup, alacaklının alacak hakkında bir değişikliğe sebep olduğundan bu işlem aynı zamanda bir tasarruf işlemidir¹³⁹⁷. Borcu üstlenme, borcu üstlenen açısından borçlandırıcı işlem niteliğindedir¹³⁹⁸. Zira bu işlemle borcu üstlenen alacaklıya, eski borçlunun borcunu yerine getirmeyi üstlenmektedir.

Dış üstlenme sözleşmesinin tarafları borçlu üstlenen ve alacaklıdır. Borçlunun sözleşmeye katılması gerekmemekte ayrıca rıza göstermiş olması da bir şart olarak aranmamaktadır¹³⁹⁹. Taraflar dış üstlenme sözleşmesini diledikleri şekilde yapabilirler. Zira sözleşmenin kurulması ve geçerliliğine ilişkin kanunda hiçbir şekil şartı öngörülmemiştir¹⁴⁰⁰.

¹³⁹⁴ **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 625.

¹³⁹⁵ **Gauch/ Schluep**, SOR AT II, s. 322; **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 625.

¹³⁹⁶ **Briner**, Alfred: Die Schuldübernahme im schweizerischen Internationalprivatrecht, Verlag H. R. Sauerländer & Co., Aarau, 1947, s. 69.

¹³⁹⁷ **Bucher**, SOR AT, s. 583; **Gauch/ Schluep**, SOR AT II, s. 323; **Huguenin**, AT, s. 220; **Schwenzer**, s. 599; **von Tuhr/ Escher**, s. 389.

¹³⁹⁸ **Bucher**, SOR AT, s. 583; **Eren**, BHGH, s. 1412; **Gauch/ Schluep**, SOR AT II, s. 323; **Lorenz**, Stephan: “Grundwissen - Zivilrecht: Schuldübernahme, Erfüllungs- und Vertragsübernahme”, JuS (Juristische Schulung), 5, 2019, s. 425, (beck - online: Die Datenbank, SET.: 01.04.2023).

¹³⁹⁹ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 196 – 197, N. 5, s. 2980.

¹⁴⁰⁰ **Eren**, BHGH, s. 1415; **Schaufelberger**, Peter C/ **Keller**, Katrin: Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG., Zürich, 2009, Art. 176, N. 3, s. 395; **Schwenzer**, s. 600; **Tschäni/ Gaberthüel**, BSK OR I, Art. 176, N. 7, s. 1097; **von Tuhr/ Escher**, s. 387.

İlke olarak her türlü borcun hatta borçlu tarafından ifa edilmesinin alacaklının menfaatine olan borçların bile üstlenilebileceği kabul edilmektedir¹⁴⁰¹. Ancak, borç mevcut değilse, borcun üstlenmesine ilişkin bir sözleşme, konunun imkânsız olması nedeniyle geçerli olmayacaktır¹⁴⁰². Borcun dış üstlenilmesiyle, alacaklının eski borçluya yöneltebileceği hiçbir talep bulunmamaktadır. Borcu üstlenen herhangi bir nedenle ifa yükümlülüğünü yerine getirmediginde alacaklının ifa için önceki borçluya başvurabilmesi mümkün değildir¹⁴⁰³.

Türk Borçlar Kanunu m. 198/I’de yer alan “*Borçlu değişmiş olsa bile, alacaklının borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındaki bağlı hakları saklı kalır*” hükmünde ifade edildiği üzere alacaklı borçlunun kişiliğine özgü olmayan alacağa bağlı haklara sahip olmaya devam edecektir. Yine TBK m. 198/II’ye göre “... *borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri hâlinde devam eder.*” Hükümden anlaşıldığı üzere borca rehin veren ya da kefil olan üçüncü kişilerin sorumlulukları borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri hâlinde devam etmektedir. Aksi durumda, bu kimselerin sorumluluğu devam etmeyecektir. Zira bu kimseler borç için teminat verirken borçlunun kişiliğini dikkate almaktadır¹⁴⁰⁴.

Borcun dış üstlenilmesiyle birlikte borcun içeriği aynen devam edeceğinden borç ilişkisinden doğan savunmalar da borcu üstlenene geçmektedir¹⁴⁰⁵. Bu husus TBK m. 199/I’de “*Üstlenilen borca ilişkin savunmaları ileri sürme hakkı, yeni borçluya geçer*” şeklinde ifade edilmiştir. TBK m. 199/II ve III’de ise “*Dış üstlenme sözleşmesinden aksi anlaşılmadıkça yeni borçlu, alacaklıya karşı önceki borçlunun ileri sürebileceği kişisel savunmalarda bulunamaz. Yeni borçlu, iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan*

¹⁴⁰¹ **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 630; Aile hukuku kapsamındaki nafaka yükümlülüklerinin de üstlenilebileceğine ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararı için bakınız: BGE 78 II 326. Karar ve görüş için bkz. **Tschäni/ Gaberthüel**, BSK OR I, Art. 176, N. 4, s. 1097; **von Tuhr/ Escher**, s. 388.

¹⁴⁰² **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 629.

¹⁴⁰³ **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 631.

¹⁴⁰⁴ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 198, N. 3, s. 2988.

¹⁴⁰⁵ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 199, N. 1, s. 2991.

savunmaları alacaklıya karşı ileri süremez.” Hükmün ikinci fıkrasında önceki borçlunun sahip olduğu kişisel savunmaların borcu üstlenen tarafından alacaklıya karşı ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir. Üçüncü fıkra uyarınca da borcu üstlenen, önceki borçluyla iç üstlenme sözleşmesi yapmış ise bu sözleşmeden doğan savunmalar da alacaklıya karşı ileri sürülememektedir.

İfade edildiği üzere borcun iç üstlenilmesi, borcun dış üstlenilmesinin bir ön şartı ya da ön aşaması değildir¹⁴⁰⁶. Ancak çoğunlukla borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin ifası olarak yapılmaktadır¹⁴⁰⁷. İç üstlenme sözleşmesi ile üçüncü kişi borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmektedir. Öğretideki bir görüşe göre¹⁴⁰⁸, iç üstlenme sözleşmesi ile eksik borçların üstlenilmesi mümkün değildir. Bir başka görüşe göre¹⁴⁰⁹, borcun eksik borç olması iç üstlenme sözleşmesinin yapılmasına engel teşkil etmemektedir.

Borcun dış üstlenilmesine ilişkin sözleşme ise borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğurduğundan gerçek üstlenmenin esasında borcun dış üstlenilmesi olduğu kabul edilmektedir¹⁴¹⁰. Söz konusu sözleşme, alacaklı ile borçlu arasında akdedilmektedir. Borcun dış üstlenilmesinin ilk hükmü eski borçlunun borçtan kurtulması; ikinci hükmü ise borcu üstlenen kişinin borç altına girmesidir. Hem borcun dış üstlenilmesi hem de iç üstlenilmesinde eksik borçlar açısından üzerinde durulması gereken bir husus her iki sözleşmede de borcun niteliğinin değişmiyor olmasıdır. TBK m. 199/I uyarınca dış üstlenme sözleşmesi ile üstlenilen borca ilişkin savunmalar yeni borçlu tarafından alacaklıya karşı ileri sürülebilmektedir. Böylece borcu üstlenen eksik borcu üstlenmesi

¹⁴⁰⁶ **Paket**, Sabure: Borcun Dış Üstlenilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 50.

¹⁴⁰⁷ **Oğuzman/ Öz**, Cilt II, s. 625; **Paket**, s. 50; **Schwenzer**, s. 599.

¹⁴⁰⁸ “Eksik bir borcun, örneğin zamanaşımına uğramış bir borcun üstlenilmesi mümkün değildir.” Bkz. **Eren**, BHGH, s. 1409; **Eren/ Dönmez**, Cilt III, M. 195, N. 6, s. 2966; Bir görüşe göre ise sadece zamanaşımına uğramış borçlar ve konkordato dışında kalan borçlar üstlenilebilmektedir. Bkz. **Cansel/ Özel**, BHGH, s. 95; **Paket**, s. 51; Zamanaşımına uğramış borçların üstlenilebileceğine ilişkin bkz. **Tschäni/ Gaberthüel**, BSK OR I, Art. 175, N. 3, s. 1093.

¹⁴⁰⁹ **Kılıç**, Mehmet: Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 68 - 69; **Güven**, s. 65 - 66.

¹⁴¹⁰ **Eren**, BHGH, s. 1412; **Gauch/ Schluep**, SOR AT II, s. 322; **Tschäni/ Gaberthüel**, BSK OR I, Art. 176, N. 1, s. 1096.

dolayısıyla sahip olduğu savunma araçlarını alacaklıya karşı ileri sürebilecektir¹⁴¹¹. Bu durumda borçlunun borcunun eksik borca dönüşmesi bir defî ileri sürülmek suretiyle gerçekleşecekse borcun üstlenilmesinin defî ileri sürmekten feragat edildiği anlamına gelebileceğini ifade etmek gerekmektedir¹⁴¹². Örneğin bir görüşe göre borcu üstlenen borcun zamanaşımına uğradığını bilerek borcu üstlenmişse bu hâlde zamanaşımı defî ileri sürmekten feragat edildiği anlaşılmalıdır¹⁴¹³.

Kanaatimizce, eksik borçlar, hem iç hem de dış üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturabilmelidir¹⁴¹⁴. Gerek iç üstlenme sözleşmesinde gerekse dış üstlenme sözleşmesinde borcun niteliğinin değişmiyor olması eksik borçlar açısından bu sonuca ulaşılmasının temel gerekçesini oluşturmaktadır¹⁴¹⁵. Alacaklı ile yapılan dış üstlenme sözleşmesinde üstlenilen borcun eksik borç niteliği devam ettiğinden, borcu üstlenen borcu yerine getirme konusuna tıpkı önceki borçlu gibi serbesti içerisinde bulunmaya devam edecektir. Keza borcu üstlenen borcu yerine getirdiğinde bu da geçerli bir ifa teşkil edecektir. Dolayısıyla eksik borcun üstlenilmesi sonucunda eksik borcun konusu veya niteliği değişmeyecek, ancak başka bir kimse eksik borcun borçlusu olma sıfatına sahip olacaktır.

¹⁴¹¹ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 128.

¹⁴¹² **Buz**, Eksik Borçlar, s. 128.

¹⁴¹³ **Kılıç**, s. 178; Borcu üstlenen zamanaşımını bilerek borcu üstlendiğinde bunun feragat niteliğinde olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Bkz. **Tschäni/ Gaberthüel**, BSK OR I, Art. 179, N. 4, s. 1103; *von Tuhr/ Escher*'e göre bu hâlde feragat edildiği anlamı çıkarılmalıdır. Bkz. **von Tuhr/ Escher**, s. 391.

¹⁴¹⁴ Zamanaşımına uğramış borçlar açısından bkz. **Becker**, K SZO I, Art. 175, N. 6, s. 815 - 816; **Bucher**, SOR AT, s. 67 - 68; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 128; **Engel**, s. 42, 47; **Kaduk**, Huber: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Auflage, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 398 - 432, Dr. Arthur L. Sellier & Co. -Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1994, § 414, N. 33, s. 959; **Kahraman**, Zafer: Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 104 - 105; **Kılıç**, s. 68 - 69; **Ozanemre Yayla**, s. 2932; **Schulze**, s. 468.

¹⁴¹⁵ **Kılıç**, s. 68 - 69, 178, dp. 580.

3.1.3.13. Eksik Borçlarda Borçlunun Temerrüdü

Borçlu temerrüdü Türk Borçlar Kanunu'nun 117 - 126 maddeleri arasında düzenlenmiştir. İlgili maddelerde borçlu temerrüdüne ilişkin bir tanım yer almamaktadır. Öğretide ise borçlu temerrüdü, borçlanılan edimin borca aykırı olarak geç ifa edilmesi olarak açıklanmaktadır¹⁴¹⁶. Borçlu temerrüde düştüğünde, borçlandığı edimi zamanında yerine getirememiş ya da başka bir ifade ile ifada borca aykırı olarak gecikmiştir. Borçlanılan edimin zaman itibarıyla ifa edilmemesini ifade eden temerrüt, geçici bir durumu ifade etmektedir¹⁴¹⁷.

Borçlu temerrüdünden bahsedebilmek için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Temerrüde ilişkin ilk şart, vadesi gelmiş borcun ifa edilmemiş olmasına rağmen ifanın henüz mümkün olmasıdır¹⁴¹⁸. Borçlu temerrüdünün bir diğer şartı, borcun muaccel olmasıdır. Öğretide yapılan bir tanıma göre muacceliyet, alacaklının borçludan edimin ifasını talep ve dava edilebilme yetkisidir¹⁴¹⁹. Daha basit bir tanıma göre ise muacceliyet, ödeme zamanının gelmiş olması anlamına gelmektedir¹⁴²⁰. Borç muaccel olmamış ise, borçlu temerrüdünden bahsedilemeyecektir. Borçlunun bazı defî haklarına sahip olması ise alacağın muaccel olmasını ve temerrüdü engellememekte, ancak borçlu sahip olduğu defî hakkını ileri sürerse, temerrüdün kendi aleyhine meydana getireceği

¹⁴¹⁶ **von Büren**, SOR AT, s. 365; **Eren**, BHGH, s. 1233; **Guhl/ Koller**, s. 251; **Schwenzer**, s. 472; **Widmer Lüchinger**, Corinne/ **Wiegand**, Wolfgang: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Vorbemerkungen zu Art. 102 - 109, N. 2, s. 739.

¹⁴¹⁷ Temerrüde düşen borçlu, sonradan ya borçlanmış olduğu edimi ifa etmekte ya da kesin olarak ifa edemeyecek duruma gelmektedir. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 1233; **von Tuhr/ Escher**, s. 142.

¹⁴¹⁸ **Bucher**, SOR AT, s. 356; Edimin ifasının sonradan objektif olarak imkânsız hâle gelmesi, temerrüt durumunu sona erdirecektir. Ancak sübjektif imkânsızlık hâlinde temerrüt söz konusu olmaktadır. Bkz. **Eren**, BHGH, s. 1236; **Gauch/ Schlupe**, SOR AT II, s. 165; **Guhl/ Koller**, s. 252; **Schwenzer**, s. 472; **Widmer Lüchinger/ Wiegand**, BSK OR I, Art. 102, N. 3, s. 741.

¹⁴¹⁹ **Schwenzer**, s. 473; **Widmer Lüchinger/ Wiegand**, BSK OR I, Art. 102, N. 4, s. 742.

¹⁴²⁰ Yarg. HGK., 11.09.2013, E. 2013/193, K. 2013/1077. Bkz. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

sonuçları bertaraf edebilmektedir¹⁴²¹. Temerrüde ilişkin bir diğer şart ise borçluya ihtar yapılmış olmasıdır. Nitekim bu husus TBK m. 117/I'de “*Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer*” şeklinde ifade edilmiştir¹⁴²². Alacaklı, edimi kabule hazır olmalıdır. Zira alacaklının mütemerrit olması borçlu temerrüdüne engel olmaktadır. Temerrüde ilişkin diğer bir şart da borçlunun TBK m. 97 - 98'e göre edimi ifadan kaçınma hakkının bulunmaması gerekliliğidir¹⁴²³. Son olarak ifa etmeme, borca aykırı bir davranış teşkil etmelidir¹⁴²⁴.

Borçlunun temerrüde düşmesi için kusurlu olması gerekmemektedir¹⁴²⁵. İfade edilen şartların gerçekleşmiş olması durumunda borçlu, kusurlu olmasa bile temerrüde düşmüş sayılmaktadır. Borçlu, temerrüde düştüğünde borç sona ermemektedir. Borçlu temerrüdü, borcun talep ve dava edilebilirliğini engellememektedir¹⁴²⁶. Bu sebeple temerrüt hâlinde alacaklı her zaman ifayı talep edebilmekte, borçlu da edimini ifa edebilmektedir.

Borçlu temerrüdünün gerçekleşebilmesi için aranan şartlardan birini oluşturan “*muacceliyet*”, eksik borçlarda borçlu temerrüdünün gerçekleşip gerçekleşemeyeceğinin değerlendirilmesinde önem arz etmektedir. Kanunda tanımı bulunmayan muacceliyet öğretide, alacaklının borçludan edimin ifasını talep ve dava edebilme yetkisi olarak tanımlanmaktadır¹⁴²⁷. En yalın anlamıyla muacceliyet, ödeme zamanının gelmiş

¹⁴²¹ **Bucher**, SOR AT, s. 356; **von Büren**, SOR AT, s. 366; **Gauch/ Schlupe**, SOR AT II, s. 165; **Guhl/ Koller**, s. 252; **von Tuhr/ Escher**, s. 136.

¹⁴²² İhtar yerine geçen durumlar ve ihtara gerek olmayan hâllere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, BHGH, s. 1239 vd.; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 873 vd.; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 492 vd.

¹⁴²³ **Kren Kostkiewicz**, Jolanta: Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG., Zürich, 2009, Art. 102, N. 10, s. 306; **Widmer Lüchinger/ Wiegand**, BSK OR I, Art. 102, N. 12, s. 747.

¹⁴²⁴ **Bucher**, SOR AT, s. 356; **Gauch/ Schlupe**, SOR AT II, s. 165.

¹⁴²⁵ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 117, N. 38, s. 2363.

¹⁴²⁶ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 117, N. 41, s. 2364.

¹⁴²⁷ **Schwenzer**, s. 473; **Widmer Lüchinger/ Wiegand**, BSK OR I, Art. 102, N. 4, s. 742.

olmasını ifade etmektedir¹⁴²⁸. TBK m. 90 hükmünde “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur” denilmektedir. TBK m. 90 hükmü uyarınca kural borcun doğduğu anda muaccel olmasıyken; istisna borcun bir süreye ya da vadeye bağlı olmasıdır¹⁴²⁹.

Bir görüşe göre başlangıçtan itibaren eksik borçlar, dava yoluyla talep edilemeyeceğinden hiçbir zaman muaccel olmamaktadır¹⁴³⁰. Kanaatimizce bu görüşün dayanağını Roma hukuku oluşturmaktadır. Zira Roma hukukunda bir görüşe göre *obligatio naturalis* niteliğindeki borçların muaccel olmaları mümkün olmadığından borçlunun temerrüde düşmesi de mümkün değildi; zira muacceliyet temerrüdün bir ön şartıydı¹⁴³¹. Ancak *obligatio naturalis*’i dogmatik olarak ele alan ilk hukukçu olan *Iulianus*’a göre *obligatio naturalis* niteliğindeki borçların hukuken mevcut ve geçerli olmaları dolayısıyla, bu borçlar da muaccel olurdu¹⁴³². Fakat yine de bu hâlde dahi borçlu temerrüdünden bahsedilemezdi¹⁴³³.

Kanaatimizce, başlangıçtan itibaren eksik borçlar da tam borçlar gibi muaccel olmaktadır. Zira TBK m. 90 hükmü uyarınca ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça yahut hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olmaktadır. En basit ifadeyle borcun muaccel olması ödeme zamanının gelmiş olmasını ifade etmektedir¹⁴³⁴. Örneğin kefilin borcunun muaccel olması asıl borcun muaccel

¹⁴²⁸ Yarg. HGK., 11.09.2013, E. 2013/193, K. 2013/1077. Bkz. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

¹⁴²⁹ **Eren/ Dönmez**, Şerh III, M. 90, N. 11, s. 2044.

¹⁴³⁰ **Akev**, Kumar ve Bahis, s. 322; **Barlas**, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1992, s. 25; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 129.

¹⁴³¹ *D. 45.1.127 (Scaevola)*, karş. *D. 50.17.88 (Scaevola)*. Bkz. **Balmer**, s. 39.

¹⁴³² *D. 46.1.16.4 (Iulianus)*, ayrıca bkz. *D. 45.1.41.1 (Ulpianus)*. Bkz. **Balmer**, s. 39, dp. 418.

¹⁴³³ **Kayak**, Mora Debitoris, s. 53; **Rado**, s. 179; **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, s. 93; **Umur**, Ders Notları, s. 331.

¹⁴³⁴ Bkz. Yarg. HGK., 11.09.2013, E. 2013/193, K. 2013/1077. Bkz. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

olmasına bağlıdır¹⁴³⁵. Başlangıçtan itibaren eksik borçlardan kumar ve bahis borçları dikkate alınır, kumar borcuna kefil olan bir kimsenin kefalet borcunun¹⁴³⁶ muaccel olabilmesi esas borcun muaccel olmasına bağlıdır. Bu şart sağlanıp da alacaklı alacağını elde edebilmek adına kefile başvurduğunda kefil, asıl borçlunun ileri sürebileceği dava edilmezlik savunmasını ileri sürebilmektedir¹⁴³⁷. Hâl böyle iken başlangıçtan itibaren eksik borçlarda borçlu temerrüdünün ve bu sebeple borçlunun sorumluluğunun söz konusu olamayacağını ifade etmek gerekmektedir. Ortada mevcut ve geçerli bir borç olsa da edimi ifanın borçlunun inisiyatifinde olması dolayısıyla ifa etmemenin sonuçları hususunda devlet gücü ve zorlamasıyla uygulanacak yaptırımlar mevcut değildir¹⁴³⁸. Ayrıca eksik borçlarda borçluyu cezalandırmaya yönelik bir amaçtan da bahsedilememektedir¹⁴³⁹. Bu nedenlerle başlangıçtan itibaren eksik borçlarda borçlunun temerrüde düşmesi ve bundan dolayı sorumluluğu söz konusu olmamaktadır¹⁴⁴⁰.

Buz'a göre konkordato dışında kalan borçlar bakımından temerrüt, konkordato işleminin niteliği ve sonuçlarıyla bağdaşmayacağından mümkün değildir¹⁴⁴¹. Zamanaşımına

¹⁴³⁵ **Giovanoli**, Kommentar zum Bürgschaftsrecht, Art. 501, N. 1, s. 98; **Günsay**, Töre: "Kefalet Sözleşmesinin Fer'iliği İlkesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı 2017, s. 1092; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 501, N. 1, 3, s. 3234 – 3235; **Vischer**, HandK, Art. 501, N. 2, s. 830.

¹⁴³⁶ TBK m. 591/IV: "*Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu defileri ileri sürebilir.*"

¹⁴³⁷ **Giovanoli**, BernerK, Art. 513, N. 7, s. 281; **Giovanoli**, Kommentar zum Bürgschaftsrecht, Art. 502, N. 8, s. 107; **Lerch/ Tuason**, s. 12; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 502, N. 15, s. 3242; **Staffelbach**, Art. 502, N. 9, s. 1095.

¹⁴³⁸ **Ateş**, Borçlunun Temerrüdü, s. 46 – 47.

¹⁴³⁹ **Ateş**, Borçlunun Temerrüdü, s. 47.

¹⁴⁴⁰ Bazı yazarlar başlangıçtan itibaren ya da sonradan eksik borçlar arasında bir ayırım yapmamıştır. Bkz. **Ernst**, Wolfgang: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Schuldrecht, Allgemeiner Teil I, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina, 9. Auflage, Verlag C. H Beck oHG., München, 2022, § 286, N. 30, s. 1201 - 1202; **Grüneberg**, Beck'sche KuKo, § 286, N. 9, s. 410; **Lorenz**, Stephan: BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 1 - 480 Kommentar, Hrsg. Hau, Wolfgang/ Poseck, Roman, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2023, § 286, N. 10, s. 1524; **Schulze**, s. 467, dp. 173; **Widmer Lüchinger/ Wiegand**, BSK OR I, Art. 102, N. 2, s. 741; Yargıtay'ın 12.11.1979 tarih ve 1979/1 E., 1979/3 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda şu ifadelere yer verilmiştir: "*Kiracının temerrüde düşmüş olması için, alacağın muaccel olmasından başka, "dava edilebilir olması" gerekir.*" Bkz. Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁴⁴¹ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 131.

uğramış borçlar açısından konuyu ayrıntılı incelemekte fayda vardır. Daha önceden de ifade edildiği üzere zamanaşımına uğramış borçlar defî ileri sürülünceye kadar tam borç niteliğini haizdir. Nitekim zamanaşımına uğramış borçlara ilişkin TBK m. 161'deki “*Zamanaşımı ileri sürülmedikçe, hâkim bunu kendiliğinden göz önüne alamaz*” hükmü dolayısıyla ifadan kaçınabilmek için zamanaşımı defî ileri sürülmelidir¹⁴⁴². Borç zamanaşımına uğradığı hâlde borçlunun sahip olduğu zamanaşımı defîni ileri sürmemesinin bir sonucu da bu durumda borçlunun temerrüde düşmesinin mümkün olmasıdır; zira borçlunun sahip olduğu defî hakkını kullanması temerrüde engel olmaktadır¹⁴⁴³. Bir başka ifade ile muaccel hâle gelmiş olan borç, zamanaşımına uğradığında borçlunun zamanaşımı defîni ileri sürmesi temerrüdüne engel teşkil edecektir. Kullanılan zamanaşımı defî ise kullanıldığı andan itibaren değil; defî hakkının şartlarının gerçekleştiği andan itibaren hüküm ifade edeceğinden temerrüt, baştan itibaren engellenmiş olmaktadır¹⁴⁴⁴. Bu sebeple defî ileri sürülmediğinde temerrüde düşen borç aslında eksik değil, bir tam borçtur¹⁴⁴⁵. Zira bizim de bu çalışmada benimsediğimiz görüşe göre bir borç salt zamanaşımına uğramakla birlikte eksik borca dönüşmemekte, bunun için zamanaşımı defîni ileri sürme hakkı olan borçlunun zamanaşımından kaynaklı bu defî hakkını kullanması gerekmektedir¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴² **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 84; **Enneccerus/ Lahmann**, s. 15; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 1146; **Klingmüller**, s. 220; Zamanaşımı süresi geçmiş olduğunda, alacak hakları hiçbir şekilde düşmediği gibi dava hakkı da düşmez. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 47; **Plieseis**, s. 12; **Schönenberger/ Jäggi**, K SZO, Vorbemerkungen vor Art. 1, N. 73, s. 174; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 35.

¹⁴⁴³ **Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt V/ 1, 3, Borçların İfası - Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları: Borçların İfa Edilmemesi - Borçlunun Temerrüdü, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 497; **Barlas**, s. 26; **Bucher**, SOR AT, s. 356; **Kizir**, s. 59; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 491; **Schwenzer**, s. 473; **von Tuhr/ Escher**, s. 136; **Widmer Lüchinger/ Wiegand**, BSK OR I, Art. 102, N. 12, s. 747.

¹⁴⁴⁴ Karş. **Gümüş**, BHGH, s. 907 - 908; **Oğuzman/ Öz**, Cilt I, s. 491 - 492.

¹⁴⁴⁵ **Buz**, Eksik Borçlar, s. 129 – 130.

¹⁴⁴⁶ Aynı yönde bkz. **Antalya**, Temel Kavramlar, s. 84; Zamanaşımı gibi savunmaların etkili olabilmeleri için ileri sürülmesi gerekir. Bunların ileri sürülmeksizin sadece varlığı hukuki sonuç doğurmaz. Bkz. **Bucher**, SOR AT, s. 356; **Buz**, Eksik Borçlar, s. 131; **Enneccerus/ Lahmann**, s. 15; **Kılıçoğlu**, BHGH, s. 1146; **Klingmüller**, s. 220; Zamanaşımı süresi geçmiş olduğunda, alacak hakları hiçbir şekilde düşmediği gibi dava hakkı da düşmez. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 47; **Plieseis**, s. 12; **Schönenberger/ Jäggi**, K SZO, Vorbemerkungen vor Art. 1, N. 73, s. 174; **von Tuhr/ Peter**, I.I, s. 35.

SONUÇ

Latince *obligatio* kelimesi borç, borç ilişkisi anlamlarına gelmektedir. Hukuk düzenleri tarafından tanınan ilişkiler Roma’da *iuris vinculum* adı verilen hukuki bir zincir ya da bağ olarak adlandırılmaktaydı. Günümüzde ise “borç” ya da “dar anlamda borç ilişkisi” alacaklının borçludan istemeye yetkili olduğu borçlunun da yerine getirmekle yükümlü olduğu tek bir edimi yani tek bir alacağı ya da borcu kapsayan hukuki bağ olarak tanımlanmaktadır. Geniş anlamda borç ilişkisi ise borçlu ve alacaklı arasında mevcut hukuki durumu ve ilişkiler bütünü ifade etmektedir.

Yararlanma hakkı niteliğinde olan alacak hakkı, sahibine borçludan belirli bir davranışta bulunmasını istemek, borçlu borcunu ifa etmediği takdirde ise dava ve cebrî icra yoluna başvurmak suretiyle borçlunun malvarlığına el koyma yetkisini tanıyan haktır. Romalıların usul hukuku ile maddi hukuk arasında mutlak bir ayrım yapmadığı bilinmekle birlikte *Windscheid*, *actio* kavramını usule ilişkin unsurlardan ayırmak suretiyle talep hakkı kavramını ortaya koymuştur. *Windscheid*’a göre, talep kavramı başkasından bir şey isteme hakkıdır. *Actio* ise hakkın dışı karşı ifadesidir. Her ne kadar dava hakkı ile talep birbiriyle benzerlik gösterse de dava, talebin bir sonucudur ve bu iki kavram birbirinden ayırt edilmelidir. Bunun için talebin süreç içerisinde dava yolu olmaksızın ileri sürülebilmesinin mümkün olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Öğretide aksi yönde yapılan değerlendirmelere de rastlamak mümkün olsa da bizim de görüşüne katıldığımız *Kunzte*’ye göre talep hakları dava yoluyla ileri sürülebilen talep hakları ve dava dışı ileri sürülebilen talep hakları olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmalıdır.

Talep hakkının alacak hakkı ile karşılaştırıldığında ondan daha geniş ve kapsamlı olduğu düşünülebilmektedir. Zira alacak haklarının kaynağını tek başına borç ilişkileri, talep haklarının kaynağını ise borç ilişkileri, kişilik hakları veya ayni haklar oluşturabilmektedir. Bir başka görüşe göre ise alacak hakkı talep hakkını da kapsayacak şekilde geniş bir anlama sahip olabilir. Nitekim talep hakkı aslında alacak hakkının özünü ve alacaklının alacağını elde edebilme yolunu oluşturmaktadır. Alacak hakkının talep hakkından daha kapsamlı olduğunu düşündüren diğer bir gerekçe ise alacak

hakları ile talep haklarının doğum anlarıdır. Alacak hakkı, borçlu borç altına girdiği anda doğmaktadır ancak talep hakkının doğabilmesi için borçludan ifanın istenebilir olması yani muacceliyet şartının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. O hâlde muaccel alacaklar bakımından alacak hakkı ile talep hakkının aynı şeyi ifade edeceği söylenebilmektedir. Talep kavramı Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda tanımlanmış değildir. Bunun aksine Alman Medeni Kanunu BGB § 194 Abs. 1'de "*Talep, bir başkasından bir şey yapmasını veya yapmamasını isteme hakkı*" olarak ifade edilmiştir. Alman hukuk öğretisine göre borç ilişkilerinden kaynaklanan talep hakları, alacak haklarını ifade etmektedir. Ancak bir görüşe göre borç ilişkisinden doğan talep haklarının alacak hakkını karşılayacağı muaccel alacaklar bakımından kabul edilmelidir. Bununla birlikte Alman hukukunda dikkat çeken bir başka görüşe göre ise muaccel olmayan örneğin vadeye yahut geciktirici şarta bağlanmış talep haklarından da bahsedilebilmesi mümkündür.

Hukuki sorumluluk ifanın hiç ya da gereği gibi yerine getirilmediği zamanlarda kendisini göstermektedir. Zira sorumluluğun asıl amacı, borcun ifasında karşılaşılan engellerde ya da yaşanan problemlerde alacaklının menfaatini korumaktır. Bu sebeple de hukuk düzenleri çok eski zamanlardan bu yana alacaklının sorumlu borçluya erişebilmesine imkân sağlamaktadır. Hukuk, toplumsal düzeni sağlamak amacıyla kişilerin hukuka aykırı davranışlarına engel olma görevini üstlenmektedir. Bu sebeple hukuka aykırı davranarak bu düzenin bozulmasına neden olan kimseler hakkında yine hukuk düzeni tarafından öngörülen yaptırımlar uygulanmaktadır. Yaptırımlar ancak kamu gücünü kullanma yetkisini haiz organlar tarafından uygulanabilmektedir. Bununla birlikte ihlalin niteliğine göre yaptırımlar çeşitli şekillerde ortaya çıksa da devlet hangi davranışa hangi yaptırımın uygulanacağını bizzat belirlemektedir.

Hukuk düzeni, borçlunun borcunu yerine getirmesi hususunda alacaklının bir zorlayıcı güce sahip olma imkânını sağlamalıdır. Aksi hâlde borç ilişkilerinde ifa sadece borçlunun insafına bırakılmış olacaktır. Bu sebeple borç ilişkisinde ilke olarak borcun yanında bir de borcun yaptırımını teşkil eden sorumluluk unsuru zorunlu olarak aranmaktadır. Borçların, ifa edilmemeleri ihtimaline karşı yaptırımlarıyla birlikte bulunmaları esastır. Ancak, bazı borçlar toplumun düzeninin korunması, ahlaki nedenler

ya da adalet anlayışı gibi çeşitli gerekçelerle yaptırımsız olarak nitelendirilmiş, borçlunun sorumluluğu ise bertaraf edilmiştir. Yaptırım unsurundan yoksun olan borçların en önemli türünü ise “*eksik borçlar*” oluşturmaktadır. Borçlunun borcunu uygun şekilde ifa etmemesi durumunda sorumluluğuna başvurulabilen borçlar ise öğretide “*medeni borç*”, “*tam borç*” olarak adlandırılmaktadır. Günümüze kadar ulaşan bu ayırımın kökeni Roma hukukuna dayanmaktadır. Zira Roma’da borç denildiğinde asıl olan medeni ya da tam borçları ifade eden *obligatio civilis* anlaşılmaktaydı. Bunun karşısında ise yaptırımdan yoksun bırakılmış *obligatio naturalis* olarak adlandırılan eksik borçlar bulunmaktaydı.

Borç ve sorumluluk kavramlarının iç içe geçmiş, birbiriyle ilişkili kavramlar olduğu kabul edilen bir gerçektir. Ancak öyle bazı borçlar vardır ki bunlar sorumlulukla ilişkilendirilmemiş, sorumluluktan bağımsızlaşmış ya da sorumluluğu mevcut olmayan borçlardır. Ortak hukuktan Alman Medeni Kanunu’na geçiş dönemine denk gelen öğretilerde borç ile sorumluluğun birbirinden ayrıldığı, bu kavramların bağımız oldukları görüşü önemli ölçüde kabul edilir olmuştur. Bununla birlikte borç ve sorumluluğun bağımsız olmasına ise doğrudan eksik borç kurumu gerekçe olarak gösterilmiştir. Sorumluluğu olmayan borç olarak eksik borcu tespit etmek, tanımlamak ve sorgulamak aslında *obligatio*’yu yani borç, borç ilişkisi kavramlarının tam anlamıyla idrak edilebilmesinde temel mihenk taşı görevini üstlenmiştir. Eksik borçlar bakımından borç ve sorumluluk bağlamında başlıca üç özelliğe dikkat çekilmektedir. Bunlar; borcun alacaklıya bir egemenlik ya da güç sağlamadığı, her borcun alacaklıya ifaya zorlama yetkisi vermeyebileceği ve son olarak borcun sorumluluktan bağımsızlaştığıdır.

Tam borcun karşıtı niteliğinde kabul edilen eksik borcun öğretide; “*nakıs borç*”, “*davasız borç*”, “*mesuliyetsiz borç*”, “*kusurlu borç*” olarak farklı şekillerde adlandırıldığı görülmektedir. Modern hukuk sistemlerinde “*obligatio naturalis*” ya da “*tabii borç*” terimleri hâlâ kullanılmaya devam etse de “*eksik borç*” veya “*yaptırımsız borç*” terimlerinin bu borç türünü ifade ederken azımsanamayacak kadar çok kullanıldığı anlaşılmaktadır. Tarihsel gelişim içerisinde bu borcu belirtmede farklı kavramlar kullanılması dolayısıyla günümüzde hangi kavramın tercih edilmesi gerektiği sorusu gündeme gelebilmektedir. Esasında *obligatio naturalis* tabiri ile anılmaya

başlanan ve günümüze kadar varlığını kabul ettirmeye devam eden bu borç türünü ifade etmek için kullanılan bütün tabirler genellikle aynı kavramı karşılamaktadır. Bu nedenle öğretide ve yargı kararlarında büyük ölçüde kavramların eş anlamlı olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Ancak yaptırımsız/ sorumluluk doğurmayan borçların, eksik borçlar ve diğerleri olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulması kanaatindeyiz. Çünkü eksik borç gibi görünen bazı borçlar ya hukuki anlamda borç dahi teşkil etmemekte ya da daha farklı gerekçelerle eksik borç olarak nitelendirilememektedir.

Yaptırımsız olması nedeniyle eksik borcun, hukuki anlamda borç olmadığı düşünülebilmektedir. Çünkü öğretide yer alan bir görüşe göre hukuki anlamda bir borçtan bahsedebilmek için, borç rıza ile ifa edilmediğinde zorla yerine getirilebilmesi mümkün olmalıdır. Ancak bizim de katıldığımız öğretideki diğer görüşe göre eksik borç hukuken mevcut ve geçerli bir borçtur. Zira alacaklıya zayıf da olsa gerçek bir alacak hakkı sağlamaktadır. Hukuk düzenleri bu borç türünü engellemekten ya da yok saymaktan kaçınmış hatta bir ifadeye göre bu borçları pasif yaptırımla korumak istemiştir.

Roma'da hukuki olarak sonuç doğuran borç anlamında *obligatio*'yu, *obligatio civilis* ve *obligatio naturalis* olacak şekilde ikiye ayırmak mümkündür. Tam borçların (*obligatio civilis*) esaslı bir unsuru da borçluyu alacaklıya karşı borcunu yerine getirmesi için zorlamak amacıyla kullanılan cebir ve yaptırımdır. Bu yaptırım, alacak hakkı sahibinin hakkını elde edebilmek için açacağı bir davada (*actio*) ortaya çıkmaktadır. Roma'da ifası bir *actio* ile talep edilemeyen borçlar ise *obligatio naturalis* olarak adlandırılmaktaydı. Borcun bu türü de taraflar arasında bir bağ meydana getirmekte, bu bağ ise bir görüşe göre hakkaniyete (*vinculum aequitatis*) dayanmaktaydı. İfade etmek gerekir ki Roma'da *obligatio naturalis* sadece kendisine *actio* tanınmamış borçları ifade etmemekteydi. *Obligatio naturalis* olarak adlandırılan diğer borçlar ise *Ius Gentium*'dan kaynaklanan dava edilebilen nitelikte borçlardı. Esasında kavramın bu yöndeki kullanımının anlaşılma güçlüğü oluşturduğu açıktır. Ancak kavramın hangi anlama geldiğinin tespiti içeriğinde yer aldığı metnin bağlamından çıkarılmaktadır.

Yaptırımsız borç anlamındaki *obligatio naturalis* terimindeki *naturalis*'in hem terimsel hem de özü itibariyle *Ius Naturale*'den kaynaklandığı düşünülmektedir. İdeale yakınlığı esas kabul eden *Ius Naturale* tüm insanların dünyaya özgür olarak geldiği ve bu nedenle de birbirlerine karşı yükümlülükler altına girebilecekleri özüne doğal olarak sahiptir. Ancak bu yükümlülükleri tanımayan *Ius Civile* idi. Zira *Ius Civile* insanlar tarafından oluşturulmuştu ve ideal hukuka nispeten daha uzaktı.

Obligatio naturalis'i dogmatik olarak ele alan ilk hukukçunun *Iulianus* olduğu düşünülmektedir. Bu bağlamda *Iulianus*'a ait *Digesta*'da bulunan bir metinde *obligatio naturalis*, yalnızca dava edilememesiyle değil, aynı zamanda ödenen paranın geri alınamaması ile de tanınmaktadır. İfa edilen borcun alacaklı tarafından muhafaza edilebilmesini ifade eden *soluti retentio*, önceleri sadece *obligatio naturalis*'ler için değil başka borçlar açısından da söz konusu olabilirken, *Iustinianus* Hukuku'nda bu sonucu doğuran borçlar da genellikle *obligatio naturalis* olarak nitelendirilmeye başlanmıştır. Roma hukukunda *obligatio naturalis*'e yönelik herhangi bir teori geliştirilmemişti; zira günümüzdeki anlamıyla kavramsal soyutlama yapma veya sözleşme ve tip özgürlükleri bilinmemekteydi.

Obligatio naturalis'lerin yaptırımdan yoksun bırakılmış olmaları, alacak hakkının doğmadığını ifade etmemelidir; zira borç varsa, alacak da var olmalıdır. Nitekim *obligatio naturalis* borçlusu ve alacaklısı bir borç ilişkisi kapsamında birbirlerine bağlıdır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki *obligatio naturalis*'lerin, alacaklının malvarlığında aktif, borçlunun malvarlığında ise pasif kısımda yer aldığı kabul edilmekteydi.

Roma hukukunda *obligatio naturalis* niteliğindeki borçların günümüz hukukundaki eksik borç çeşitlerine nazaran bariz ve üzerinde durulması gereken farklarından birisi, Roma hukukunda kişilerin hukuki ehliyetleri nedeniyle bazı borçlarına *obligatio naturalis* niteliğinin tanınmasıydı. Ancak *obligatio naturalis* teşkil eden borçlar Roma'da sadece kişilerin ehliyetlerinden kaynaklanan durumlarla sınırlı değildi. Roma Klasik Hukuk Dönemi'nde, *obligatio naturalis*'e ilişkin ifade edilen temel ilkelerden ayrılma, Klasik Sonrası Hukuk Dönemi ya da *Iustinianus* Hukuku ile birlikte

gerçekleşmiştir. Zira bu dönemlerde, ahlaki yükümlülüklerden doğan borçlar da *obligatio naturalis* olarak nitelendirilmiş ve borç ilişkisinin hukuki olmaksızın, ahlaki bir ilişki olarak da vasıflandırılması söz konusu olmuştur.

Obligatio civilis ile *obligatio naturalis* ayrımı Klasik Hukuk Dönemi'nde ilk olarak kölelerin borçlarını ifade edebilmek amacıyla ortaya konulmuştur. Hak ehliyetinden mahrum olan ve kendilerine *Ius Civile* tarafından aktif ve pasif dava ehliyeti tanınmayan kölelerin hukuki işlemleri neticesinde meydana gelen borçları *obligatio naturalis* teşkil etmekteydi.

Roma'da malvarlığı sadece *pater familias*'a ait olduğundan *pater familias* ile aile evladı yahut aile evlatları kendi aralarında birbirlerine karşı hukuki işlemleri dolayısıyla borç altına girdiklerinde *obligatio naturalis* söz konusu olduğundan birbirleri aleyhinde açabilecekleri dava hakları bulunmamaktaydı.

Roma'da İlk İmparatorluk Dönemi'nde aile evlatlarına ödünç para (*mutuum*) verilmesine engel olan ve verilmesi hâlinde ise aile evlatlarının bu borcu yerine getirmesi zorunluluğunu ortadan kaldıran *senatus* kararı, *Senatus Consultum Macedonianum* olarak adlandırılmaktaydı. Bu nedenle de bazı metinlerde ve öğretide yapılan değerlendirmelerde aile evlatlarına verilen ödünçlerden bir *obligatio naturalis* doğduğu kabul edilmekteydi.

Roma'da baba egemenliği altında bulunmayan küçüklere bir vasi atanmakta ve böylece küçükler bazı hukuki işlemleri bizzat yapabilirken bazılarını ise vasilerinin *auctoritas*'ı ile yapabilmekteydiler. *Impubes*'ler, iktisap muamelelerini bizzat yapabilirken; borçlandırıcı işlemleri vasilerinin *auctoritas*'ının varlığı ile gerçekleştirebilirlerdi. Tartışmalı olsa da küçüğün vasisinin *auctoritas*'ı olmadan yaptığı borçlandırıcı işlemleri açısından *obligatio naturalis* söz konusu olmaktadır.

Roma'da bir görüşe göre şekil şartına tabi sözleşmelerde şarta uyulmadığında bir *obligatio naturalis* meydana gelmekteydi. Örneğin *stipulatio* ile taahhüt edilmesi

gereken borcun *pactum nudum* ile kararlaştırılması söz konusu olmuş ise bu sonucun gerçekleşmesinin mümkün olduğu kabul edilmekteydi.

Roma'da kadının evlendiğinde aile masraflarına katılması örf ve âdet hukukuna dayanmaktaydı. Bu nedenle kadına bu görevini yerine getirmesi için bir miktar mal verilmekte (*dos*) ve bu da aile geçimini sağlayan kimseye teslim edilmekteydi. Roma'da Klasik Hukuk Dönemi'nde *dos* vermek hukuki bir yükümlülük teşkil etmemekteydi. Bu yükümlülük ahlaki ve manevi olarak kendini göstermekteydi. Kadın kendisini borçlu hissederek aile geçimini sağlayan kocasına *dos*'u teslim ettiğinde ise bunu geri alamazdı. Bu sebeple öğretilerdeki birçok yazar *dos*'un tesliminden bir *obligatio naturalis*'in ifa edilmiş olduğu görüşüne sahiptir.

Roma'da kölelerin azat edilmiş olsalar da efendilerine karşı bazı ahlaki yükümlülükleri bulunmaktaydı. *Operae* borcu, köle azat edilmeden veya sonradan yemin ederek (*iusiurandum*) veya efendisi ile yaptığı bir *stipulatio* ile kurulmaktaydı. Bu işlemler gerçekleştirilmeden de azat edilen köle efendisi için *operae*'de (*operae libertorum*) bulunabilmekteydi. Bu hâlde yeminle borç altına girmemiş azat edilmiş kölenin, kendisinin borçlu olduğu düşüncesiyle efendisine karşı ifa ettikleri *operae fabriles* olmadığı müddetçe *obligatio naturalis*'in ifası olarak değerlendirilmekteydi.

Roma'da nafaka vermekle yükümlü olanlar sadece üstsoy ve altsoy kan hısımlarıydı. Bu kimseler dışında merhamet (*pietatis respectu*) nedeniyle nafaka veren kimse verileni geri isteyememekteydi. Bu hâlde de bir görüşe göre *obligatio naturalis*'in ifası söz konusu olmaktaydı.

Karz sözleşmesi (*mutuum*) faizsiz olarak yapılmaktaydı. Ancak faiz olması isteniyorsa bunun *stipulatio* ile taahhüt edilmesi gerekmekteydi. *Iustinianus* Dönemi'nde *stipulatio* ile yapılması gerekirken *pactum*'la yapılan faiz anlaşmasının sonucunda bir *obligatio naturalis* doğacağı kabul edilmekteydi.

Fideicomissum, mirasbırakanın ölümünden sonra gerçekleşmesini istediği bir arzusunun yerine getirilmesi hususunda ilettiği bir ricasını ifade etmektedir. Bu işlemin İmparator *Augustus* zamanına kadar hukuki bir yükümlülük yüklediği kabul edilmekteydi. Bu sebeple rica yerine getirilmediğinde işlemde fayda görece kimsenin açabileceği bir dava hakkı bulunmadığından *fideicomissum*'un ahlaki bir borç olarak kişiye *obligatio naturalis* yüklediği bir görüşe göre kabul edilmektedir.

Roma'da milattan sonra 424 yılında İmparator *Theodosius* tarafından çıkarılan emirnameyle vadesi gelmiş olmasına rağmen otuz yıl takip edilmemiş borçlar açısından dava hakkının sona ereceği kabul edilmişti. Öğretideki bir görüşe göre borçlu zamanaşımına uğramış borcunu ifa ettiğinde aslında *obligatio naturalis*'e dönüşmüş borcunu ifa etmiş sayılmaktaydı.

Öğretide Roma hukukunda önceki *status*'ün değişmesini ifade eden *capitis deminutio*'ya uğrayan bir kimsenin durumunun taraf olduğu borç ilişkilerine etkisi konusunda borçlarının *obligatio naturalis*'e dönüştüğü kabul edilmekteydi.

Roma'da Özel Yargılama Sistemi'nde yargılama sürerken davanın tespiti yani *litis contestatio* aşamasında asıl borcun sona ereceği ve onun yerini hâkimin kararına uyma yükümlülüğünün aldığı kabul edilmektedir. Bir görüşe göre, borcun sona ereceği doğrudur ancak bu yargılamanın gerçekleşmesi ve sonuçlanması hâlinde söz konusu olurdu. *Litis contestatio* aşamasında yerine bir başkası geçirilmek üzere eski borç olumsuz anlamda değişime uğramakta, eğer herhangi bir sebeple yargılama yapılmaz ya da yürütülemezse, borcun bu değişime uğramış hâli ile yani *obligatio naturalis* olarak varlığını sürdüreceği ifade edilmektedir.

Roma'da günümüzde de mevcut olan "*rei suae pignus non consistit*", yani hiç kimsenin mülkiyet hakkına sahip olduğu bir şey üzerinde rehin hakkına sahip olamayacağı kuralı geçerliydi. Fakat alacaklının menfaatlerinin korunmasının gerekli olduğu bazı hâllerde farklı sonuçlar doğmaktaydı. Buna göre borçlu, rehinli alacaklısını mirasçı olarak atadığında sonrasında onu mirası kabul etmeye ve bir üçüncü kişiye devretmeye zorladığında, borçlunun geçici varisi durumuna gelen alacaklının alacak hakkının

tamamen sona ermesine engel olmak adına bir *obligatio naturalis*'in var olacağından söz edilmektedir.

Roma'da hâkimin hatalı bir karar alarak davayı reddetmesi durumunda, borçlunun borcunu ifa etmesine imkân tanınmaktaydı. Bir görüşe göre sonradan yapılan ifa, *obligatio naturalis*'in yerine getirilmesi niteliğinde olmaktaydı.

Milattan önce 46 yılında çıkarılan *Senatus Consultum Vellaeorum* sayesinde kadınların üçüncü kişiler lehine borç yüklenemeyecekleri kabul edilmişti. Bu işlemleri yapan kadınların borcunu ödemekten geri durabilmeleri için kendilerine bir defî hakkı tanınmıştı. Bu nedenle kadınların yüklendiği borcun bir görüşe göre *obligatio naturalis* teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Ancak defîye rağmen borcunu ifa eden kadın ödediğini geri isteyebilmekteydi. Ayrıca *Buckland*, defî var olsa da burada bir *obligatio naturalis*'ten dahi söz edilemeyeceği ifade etmektedir.

Pactum de non petendo'nun bir eksik borca neden olup olamayacağı konusunda ileri sürülen bir görüşe göre *pactum* ile kararlaştırılan faiz dışında *pactum*'lardan *obligatio naturalis* meydana gelmemekteydi. Ancak, Roma'da dava edilebilir bir borcun *novatio* ile *obligatio naturalis*'e dönüşmesine ilişkin bazı görüşler de ileri sürülmüştür. Bu durumda bir değerlendirmeye göre *pactum de non petendo*'nun varlığından bahsedilebilirdi.

Obligatio naturalis niteliğindeki borçlara ilişkin kesin etkiler her *obligatio naturalis* için geçerli olan ve haklarında öğretide görüş birliği bulunan etkileri ifade etmektedir. Bu etkilerin ilki yaptırımsızlıktır. Diğerleri ise geçerli ifanın bağışlama ve sebepsiz zenginleşme teşkil etmemesidir. *Obligatio naturalis* niteliğindeki borçların olası etkileri ise haklarında tartışmalar olan ve tüm *obligatio naturalis*'ler bakımından ortak olmayabilen sonuçları ifade etmektedir. Örneğin *obligatio naturalis* niteliğindeki borçların yenilenebileceği kabul edilmekteydi; ancak köle borçlularının yahut *impubes*'lerin *auctoritas* olmaksızın yaptıkları borçlandırıcı işlemlerden doğan borçlularının yenilenememesi gerektiği düşünülmekteydi. Yine *obligatio naturalis*'ler bir görüşe göre takasa konu olabilirdi. Ancak başka bir görüşe göre bu borçluların muaccel

olamayacağı savunularak takas edilmelerinin de mümkün olmayacağı kabul edilmekteydi. Öğretide *obligatio naturalis*'lerin kefalet ya da rehinle teminat altına alınabileceği görüşü hâkimdi ancak ifade etmek gerekir ki *Senatus Consultum Macedonianum*'a aykırı olarak verilen ödünçlerin ne ayni ne de şahsi teminatın konusunu oluşturamayacağı değerlendirilmekteydi.

Orta Çağ ve Erken Modern Çağ'da *obligatio naturalis* üzerine aydınlatıcı değerlendirmelerde bulunulmuştur. *Accursius*'a göre her borcun iki kökü bulunmaktadır. *Naturalis* köke *civilis* kök eklendiğinde borç dava edilebilir hâle gelmektedir. *Accursius*'a göre *obligatio naturalis* alacaklısına dava hakkı vermese de bu borç ifa edildiğinde alacaklı edimi muhafaza edebilmektedir. *Donellus*, borç kavramını üç gruba ayırmıştır; *obligatio naturalis*, *obligatio civilis nuda* ve *obligatio civilis*. *Obligatio civilis nuda*, borçlunun borcunu ifa etmekten kaçınabileceği bir defa hakkına sahip olduğu borçları ifade etmekteydi. *Vinnius*'un açıklamaları da *Donellus*'un açıklamalarıyla benzerlik göstermekteydi. *Grotius*'a göre ise insanların bazı borçları meydana getirme istek ve kuvvetleri azaltılmalıydı. Bu nedenle *obligatio naturalis* kurumu mevcuttu.

1794 tarihli Prusya Umumi Memleket Kanunu'na (ALR) göre hak ve yükümlülükler ancak kanun ile belirlenebilmekte, kanun tarafından öngörülmeleyen haklar eksik olarak nitelendirilmekteydi. ALR'nin yürürlükte olduğu zamanda tam borçlar ile eksik borçların ayrıldığı tek konunun yaptırımsızlık olduğu kabul edilmekte, bu iki borç türünün diğer sonuçlar bakımından benzer olduğu görüşü benimsenmemekteydi.

Pandekt hukukçuları *obligatio naturalis*'i romanist hukuka ve doğal hukuka göre bir ayrıma tabi tutmuştur. Romanist hukuk *obligatio naturalis*'e ilişkin olarak, şeref görevleri ile bağ kurarken; kilise ve cermen düşüncesi başta doğal hukuku Hristiyan dini temelinde ahlaki değerlerle ve vicdani görevlerle ilişkilendirmiştir. Zaman içerisinde tabii borç (*obligatio naturalis*) terimini karşılayan eksik borç (unvollkommene Verbindlichkeit) kavramı ortaya atılmış, bu kavramın özü ise aydınlanmanın ana fikrinin etkisiyle dini etkiden bağımsızlaştırılmış bir doğal hukuk

idesine dayandırılmıştır. Böylelikle bu terim, akılcı hukukçuların *obligatio naturalis*'i olarak benimsenir olmuştur.

Kant'a göre eksik borcu tamamlanmamış kılan zorlayıcı güç ve yaptırımdır. *Weber*, dava hakkının sınırlandırılmasının, kişilerin ve onların malvarlıklarının aşırı ve anlamsız borçlanmaya karşı korunmasının gerekli olmasından ileri geldiği ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin de uygunsuz olduğu hâllerde eksik borçların söz konusu olması gerektiği fikrindedir. *Brinz*'e göre eksik borçlar, özü akla ve hakkaniyete dayanan, dava edilebilirlik dışında borcun tüm etkilerini taşıyan borçlardır. *Dernburg* da eksik borçların yaptırımsızlık özelliğine rağmen hukuki etkiden yoksun olmadıklarını ifade etmiştir.

Eksik borçların pozitif hukuktaki önemine ilişkin tartışmalar bu borçların tanınmasının gerekli olup olmadığına ilişkin karşıt görüşleri de kapsamaktaydı. *Windscheid*'a göre hiçbir hukuk düzeni eksik borçları göz ardı edemezdi. Ancak karşıt görüş ve özellikle *Savigny*, bu borçların modern hukuk sistemlerinin bir parçası olmaması gerektiği fikrindeydi. Zira borçları bu şekilde nitelendirmek anlamsız ve yararsızdı. Bununla birlikte *Savigny*, Roma hukukundaki en önem arz eden *obligatio naturalis* türlerinin modern hukuk sistemlerinde yerinin olmaması, bir başka deyişle geçerliliklerini neredeyse tamamen yitirmesi dolayısıyla da ileri sürdüğü görüşünü desteklemişti.

Alman Medeni Kanunu'nun taslak müzakerelerinde komisyon üyesi olan *Kübel*, eksik borçların kanun tarafından tanınmaması gerektiği görüşüne sahipti. Zira alacak hakkı, her zaman dava açma hakkını da içermeliydi. *Kübel*'e göre hukuk ve ahlak alanları da ayrıydı. Bu konuda görüş birliğine varılmıştı ve ahlaki yükümlülüklerin eksik borç olarak nitelendirilmesi 1877 yılındaki görüşmelerde açıkça reddedilmişti.

Roma hukukundan bu yana kabul görmüş eksik borç kurumu, tanım ve özellikler bakımından modern hukuk sistemlerinde de benimsenmiştir. Ancak günümüzde Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda eksik borç tabiri kullanılmamıştır. Kanunlarda bu kuruma ilişkin genel bir hüküm de bulunmamaktadır. Kavramın bilindiği varsayımından hareket

etmek bu borçların tespitinde ve özelliklerinin belirlenmesinde sayısız farklı görüşün ve tartışmaların gündeme gelmesine neden olmuştur.

Eksik borçlar öğretide farklı şekillerde sınıflandırılmaktadır. Bir ayrıma göre meydana geldikleri andan itibaren eksik borç olanlar başlangıçtan itibaren ve bir defa ileri sürülmek suretiyle eksik borca dönüşenler ise sonradan eksik borç olarak adlandırılmaktadır. Öğretide bir kesim ise eksik borç olarak nitelendirdikleri bazı borçları bu özelliklerinin geçici nitelikte olup olmamasına göre sınıflandırmaktadır.

Genellikle bir eksik borcun varlığına, yaptırımsız oluşuna bir kanun hükmünde işaret edilmektedir. Ancak kanun koyucunun yaptırımsız kıldığı yahut eksik borçların bir etkisini tanıdığı her borcun eksik borç teşkil etmediği de ifade edilmelidir. Zira öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre örneğin ahlaki ödevlerden doğan borçlar yahut insan kökenli biyolojik madde verilmesine ilişkin borçlar eksik borç teşkil etmemektedir. Bununla birlikte öğretide tarafların bir sözleşme ile borcun eksik borç teşkil edeceğini kararlaştırabilmelerinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu hâlde ise borca yaptırımsızlık özelliğinin tanınması tarafların kendi iradelerinden kaynaklanmaktadır. Nihayet, önemle belirtilmelidir ki geçmişteki eksik borç hâlleri ile günümüzdeki eksik borçlar farklılık göstermektedir. Gelecekte eksik borç olarak nitelendirilecek hâller de günümüzdekinden farklılık gösterecektir. Zira eksik borçlar, her zaman o dönemin toplumsal kaygılarının bir ürünü olmuştur.

Başlangıçtan itibaren eksik borçların en önemli örneklerinden birisi kumar ve bahis faaliyetlerinden meydana gelen borçlardır. Yalnızca amaçları itibariyle birbirinden ayrılan bu işlemler hukuki sonuçları bakımından fark göstermemektedir. TBK m. 604/I hükmü uyarınca kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılması yahut takip yapılabilmesi mümkün değildir. Kanun koyucu TBK m. 604/II'de bazı faaliyetleri de kumar ve bahsin sonuçlarıyla bir tutmuştur. Böylece kumar ve bahse ilişkin faaliyetlerin geniş yorumlandığı açıkça söylenebilmektedir. Türk Borçlar Kanunu m. 605/I uyarınca kumar ve bahse ilişkin imzalanmış adi borç senedi yahut kambiyo senedi mevcutsa, bunlara dayanarak dava açılması yahut takip yapılması mümkün değildir. Bu sonuç senedin üçüncü bir kişiye devredilmiş olması hâlinde de söz konusudur. Kumar ve

bahisten doğan alacak hakkında dava açılmayacağı ve takip yapılamayacağına ilişkin TBK m. 604/I hükmü emredici nitelikte olduğundan, taraflarca bertaraf edilememektedir. Kanun koyucu TBK m. 605/I hükmü ile bu sonucun başka yollarla gerçekleştirilebilme ihtimaline engel olmak istemiştir.

Türk Borçlar Kanunu m. 605/II uyarınca kumar ve bahis borcu için istenerek yapılmış olan ödemeler geri alınamamaktadır. Ödemenin gönüllü olması borçlunun serbest iradesi ile ödeme yapmasını ifade etmektedir. Herhangi bir zorlama altında gönüllülüğünden bahsedilememektedir. Ödemenin bir kumar borcunun kapatılacağına bilinen yapılmış yeterli iken borçlunun eksik borcun hukuki sonuçlarını biliyor olması gerekli değildir. TBK m. 605/II'nin son cümlesinde istenerek yapılan ödemenin geri alınamamasına ilişkin istisnai durumlar öngörülmüştür. Buna göre kumar ve bahsin usulüne göre yürütülmesi beklenmedik olayla veya diğer tarafın eylemleriyle engellendiğinde yahut diğer taraf kumar veya bahse hile karıştırdığında ödeme istenerek yapılmış dahi olsa geri alınabilmektedir.

Özel kanunlar istisna teşkil edecek şekilde bazı borçları tam borç niteliğinde kabul etmekte, bu nedenle alacaklıya alacak için dava ve takip hakkı tanımaktadır. Bunlar bilhassa millî piyango, spor toto, spor loto ve at yarışlarına ilişkindir.

İsviçre Borçlar Kanunu'na 2000 yılında dahil edilen Art. 515a OR hükmü uyarınca devlet tarafından yetkilendirilmiş kumarhanelerde oynanan şans oyunlarından doğan alacaklar devletin yetkili organları vasıtasıyla elde edilebilmektedir. Ancak bu sonuç sadece yetkilendirilmiş kumarhanelerde oynanan oyunlar bakımından söz konusu olmakta, şans oyunları için verilen avans ya da ödünç paralar hakkında geçerli değildir. İsviçre hukukunda olduğu gibi Almanya'da da devlet tarafından izin veya lisans verilen yerlerde oynanan oyunlara ilişkin sözleşmeler yasaldir ve tam borç doğurmaktadır. Almanya'da 2001 yılında Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak "*eksik borçlar*" başlığı kumar, bahis ve benzeri faaliyetlere ilişkin düzenlemeler için Alman Medeni Kanunu'na ilave edilmiştir. Alman Medeni Kanunu BGB § 762 hükmü kumar ve bahisten herhangi bir yükümlülük doğmayacağını belirtmektedir. Alman hukuk öğretisinde bir görüşe göre bu faaliyetlerden doğan borçlar ne geçersiz ne de geçerli

borçlar olarak nitelendirilmelidir. Ancak hükümden anlaşılması gerekenin aslında söz konusu faaliyetlerden eksik borç doğduğu da ifade edilmektedir.

Başlangıçtan itibaren eksik borç niteliğini haiz olan bir başka borç türü ise evlenme aracılığından doğan borçlardır. 818 sayılı önceki Borçlar Kanunu’nun “*Evlenme tellâllığı*” başlıklı 408. maddesi, “*Evlenme tellâllığı, ücrete hak bahşetmez*” hükmünü içermekteydi. Buradaki “*ücrete hak bahşetmez*” ifadesi mehz İsviçre Borçlar Kanunu mülga Art. 416 OR hükmü esas alınarak 6098 sayılı TBK m. 524’te “*Evlenme simsarlığından doğan ücret hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz*” şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu hükümden anlaşılacağı üzere, kanun koyucu evlenme simsarlığından doğan borçlara başlangıçtan itibaren eksik borç niteliğini atfetmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu’nun Art. 416 OR hükmü 1 Ocak 2000 tarihinden bu yana yürürlükte değildir. Toplum yapısının değişmesi ve bu faaliyetler dolayısıyla mahkemeye başvuramayan simsarların yüksek miktarda avans talep etmeleri bu değişikliğe gidilmesindeki temel nedenler olarak görülmektedir. Bununla birlikte kanuna vekâlet sözleşmesinde genel vekâlete ilişkin kısmın devamına “*Evlilik ya da partner aracılığına ilişkin vekâlet*” başlığı altında Art. 406a – 406h OR hükümleri ilave edilmiştir. Bu düzenlemelerde kişilerin evlenme ya da hayat arkadaşlığı kurmalarına vesile olmak adına vekâlet ilişkisine dayanılarak vekilin ücret karşılığı aracılık etmesi söz konusudur. Söz konusu sözleşmeden doğan borçlar ise eksik değil; bilakis tam borç niteliğindedir.

Türk Medeni Kanunu m. 119/I’de yeri bulunan nişanlılığın evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermeyeceğine ilişkin hüküm öğretide evlenme vaadinden eksik borç doğacağı değerlendirmelerinin yapılmasına neden olmaktadır. Nişanlanmanın evlenme vaadiyle olması nişanlılığın ahlaki borç olarak taraflara evlenme mükellefiyeti yüklediği de düşünülmektedir. Öğretide eksik borç görüşüne yönelik yapılan iki haklı eleştiri bulunmaktadır. Bunların ilki nişanlanma sözleşmesinden dava edilememeye ilişkin malvarlığı değerlerini konu edinen bir borç doğmaması diğeri ise tarafların evlendikten sonra evlilik statüsünden çıkabilmelerinin mümkün olmasıdır. Türk Medeni Kanunu m. 119/II hükmü “*Evlenmeden kaçınma hâli için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez*” şeklindedir. Hükmün

lafzından eksik bir borcun varlığına işaret edildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu hüküm öğretide cayma tazminatı ya da ceza şartının tarafları evlenme hususunda baskı altında tutabileceği nedeniyle eleştirilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 119. maddesinin ilk fıkrasında yer alan nişanlılığın evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermeyeceğine ilişkin hükmün emredici nitelikte olduğu dikkate alınırca hükme aykırılık teşkil edecek şekilde taraflarca aksi yönde bir anlaşma yapmak kesin hükümsüzlük sonucunu doğuracaktır. Öğretide bizim de isabetli bulduğumuz bir görüşe göre kesin hükümsüzlük yaptırımı doğuran bir sonuca ulaşmak amacıyla kararlaştırılan cayma tazminatı ve ceza şartının feri borç olması dolayısıyla geçersiz sayılması gerekirken, kanun koyucu tarafından eksik borç olarak ele alınmış olması yerinde değildir. İsviçre hukukunda 2000 yılında yapılan bir değişiklikle cezai şarta ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre söz konusu hukuk sistemi açısından şartın ahlaka aykırılık gerekçesiyle kesin hükümsüz olacağı kabul edilmektedir. Alman hukukunda da evlenmenin gerçekleşmemesi hâlinde ödenmesi taahhüt edilen cezanın batıl olacağı BGB § 1297 Abs. 2'de ifade edilmektedir.

Borcun konkordato dışında kalan kısmının hukuki niteliği konusunda öğretide bir görüşe göre konkordato dışında kalan kısım açısından ibra söz konusudur. Bizim de katıldığımız öğretide ağırlıkta bulunan görüşe göre, konkordato haricinde kalan borç bakımından eksik borçtan söz edilmelidir. Kanaatimizce konkordatoya rağmen rehnin ve kefaletin varlığını devam ettirmesi ibra görüşünü reddetmeyi haklı çıkaran bir nedendir. Konkordato daha çok borçluyu koruyan bir kurum olsa da alacaklının menfaatleri de göz ardı edilmemelidir. Bu sebeple eksik borç değerlendirmesini kabul etmenin isabetli olacağı görüşündeyiz; zira dürüst bir borçlunun borcunu konkordato dışında kalsa da ödemeyi arzu etmesi her zaman ihtimal dahilindedir.

Zamanaşımının güçlü etkisini savunan *Windscheid*, zamanaşımının alacak hakkını yok edeceğini; buna karşılık *Savigny* ise zamanaşımının zayıf etkisini destekleyerek alacak hakkının ortadan kalkmayacağını sadece zayıflayacağı görüşüne sahipti. Zamanaşımı süresi dolduğunda alacak ve borç sona ermemekte, borçlu bir defî hakkı kazanmaktadır. Borçlu zamanaşımı süresi dolduktan sonra alacaklı kendisine başvurduğunda kazanmış olduğu bu defî hakkını ileri sürerse borç, eksik borca dönüşmektedir. Defî hakkını

kullanıp kullanmamak tamamen borçlunun inisiyatifindedir. Ancak borçlu sahip olduğu zamanaşımı defini ileri sürmediğinde TBK m. 161 hükmü uyarınca hâkimin bunu kendiliğinden göz önünde bulundurması söz konusu olmayacağı için diğer şartların da sağlanması durumunda hâkim ifaya hükmedebilecektir.

Niteliği tartışmalı olan borçlar haklarında fazla sayıda görüş ayrılığının bulunduğu borçları ifade etmektedir. Ahlaki yükümlülüklerin eksik borç teşkil edip etmediğine ilişkin tartışmalar Roma hukukundan bu yana devam etmektedir. Zira *Iustinianus* Dönemi'nde bu tür borçların *obligatio naturalis* olarak nitelendirilmeye başlanması söz konusu olmuştur. Bununla birlikte günümüzde de TBK m. 78/II ve TBK m. 285/III hükümleri bu borçların eksik borç olarak nitelendirilmesine neden olmaktadır. Öğretide bizim de katıldığımız diğer görüş ise bu borçları sırf eksik borçların bazı etkilerine sahip oldukları için eksik borç olarak nitelendirmeyi doğru bulmamaktadır. Zira ahlaki yükümlülükler hukuki anlamda borç teşkil etmemektedir. Taraflar ne alacaklı ve borçlu ne de borç hukuki bir borçtur. Bu görüşe göre sadece kazandırmayı geçerli nitelendiren bir hükmün var olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle ahlaki yükümlülüklerin yaptırımsız borçlar çatısı altına bir başka tür olarak sayılabileceği kanaatindeyiz.

Türk Borçlar Kanunu'nun 81. maddesine kıyasla EBK'nın 65. maddesi hâkimin verilen şeyi devlete bırakabilme yetkisini içermemekteydi. TBK m. 81 hükmünün iade borcunun doğmasına mı yoksa borçluyu ifaya zorlamaya mı engel olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hüküm iktisap sebebi teşkil etmekte, bu nedenle iade borcunun doğması mümkün değildir. Diğer bir görüşe göre ise zenginleşen bakımından iade borcu eksik borç niteliğinde olsa da söz konusu olmaktadır. BK m. 65'in yürürlükte olduğu dönemde fazla sayıda taraftar toplayan bu görüş TBK m. 81'de yer alan hâkimin o şeyi devlete mal edebilmeye karar verebilme yetkisine sahip olması dolayısıyla desteklenmemeye başlanmıştır. Bir görüşe göre ise TBK m. 81 cezalandırma amacı taşımaktadır; ancak eksik borçlarda böyle bir amaçtan bahsedilmesi mümkün değildir. İsviçre hukukunda ise ileri sürülen bir görüşe göre, burada geri vermeye ilişkin hukuki bir borcun varlığından bahsedilmesi mümkün değildir. Buna rağmen söz konusu olabilecek adaletsiz sonuçlara engel olabilmek adına alınanın geri verilmesi ahlaki bir yükümlülüğün ifası olarak değerlendirilmelidir.

Tarafların sözleşme ile eksik borç kararlaştırmalarının mümkün olup olmadığı yönünde de öğretide farklı görüşler yer almaktadır. Bir görüşe göre dava ve cebri icra yolları devlet nezdinde korunan ve kamu düzenine ilişkin hukuki yollar olduğundan sözleşme özgürlüğü kapsamında bu haklardan mahrum bırakılarak eksik borç oluşturmak mümkün olmamalıdır. Başka bir görüşe göre ise kanun tarafından eksik borç olarak nitelendirilmeyen bir borcun sözleşme ile eksik borç olarak kararlaştırılamaması gerekir. Öğretide bizim de isabetli bulduğumuz görüşe göre sözleşmeyle eksik borç kararlaştırılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Sorumluluğun sınırlandırılması yahut kaldırılması alacaklının zayıf bir alacak hakkına sahip olmayı borçlunun ise sorumluluk doğurmayan bir borcu üstlenmeye razı olduğunu ifade etmektedir. Akdedilen sözleşmenin sonuçları sözleşme kurulurkenki taraf iradelerine aykırılık teşkil etmemektedir. Sözleşme ile kararlaştırılan eksik borç borçluya bir defa hakkı vermektedir. Bu nedenle de öğretideki kanaatimizce isabetli olan bir değerlendirmeye göre konusu itiraz teşkil edecek şekilde sözleşme ile başlangıçtan itibaren eksik borç niteliğinde kanun koyucunun hoş karşılamayabileceği bir borç eksik borç olarak kararlaştırılmamalıdır.

Öğretideki bir görüş TMK m. 122'nin ters yorumundan nişanlılar, ana-babaları yahut onlar gibi davranmayan üçüncü kimselerin verdikleri hediyelerin ve verilen alışılmış hediyelerin iadeye tabi olmadığı ve dava yoluyla istenemeyeceğini ileri sürmektedir. Buna göre bu kimselerin örf adet gereği taktıkları takılar, aldıkları ev hediyesi iadeye tabi değildir. Aynı görüşe göre, nişanlı, ana-baba yahut onlar gibi davrananlar tarafından ısmarlanan yemek, alınmış olunan sinema, konser biletleri ya da kitap gibi hediyeler alışılmış hediye kapsamında ahlaki bir borcun yerine getirilmesi niteliğinde, eksik borcun ifası olarak kabul görülmelidir. Bu çalışmada benimsediğimiz anlayış gereğince ahlaki yükümlülükleri eksik borç olarak nitelendirmediğimizden bu görüşe katılmak mümkün olmayacaktır.

Türk Medeni Kanunu m. 994/I uyarınca iyiniyetli zilyet, malı malike iade etmekle yükümlü ise o mal üzerinde yapmış olduğu faydalı ve zorunlu masrafları talep edebilmektedir. Malik masrafları ödemediği müddetçe zilyet iade ile yükümlü değildir. Bir görüşe göre, malikin eşya üzerindeki masrafların ödenmesine ilişkin borcu eksik

borç teşkil etmektedir. Zira zilyedin masraflara ilişkin alacak hakkı malikten bağımsız olarak dava edilememektedir. *Eren'e* göre ise burada bir eksik borçtan bahsedilemez; zira masraflara ilişkin bu borç eşyaya bağlı bir borçtur. Bununla birlikte iyiniyetli olmayan zilyedin iade zorunluluğunun bulunduğu mallar için yaptığı masraflardan doğan alacak hakkının tam nitelikte olduğu da görmezden gelinmemelidir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, burada bir eksik borç bulunmamaktadır. İade talebinden önceki aşamada olgunlaşmamış bir alacak hakkı söz konusudur ve tamamlayıcı bir olgunun gerçekleşmesini gerekli kılan geciktirici şarta bağlı bir alacaktan bahsedilmelidir. Bununla birlikte zilyedin masrafları talep etmeden şeyi iade etmiş olması mutlak surette onun bu alacağından feragat ettiği anlamını taşımamaktadır. Zira zilyedin bu hâlde dahi ayrı bir davada masraflarını talep edebileceği kabul edilmektedir.

Sınırlı sorumluluk altına girilen bazı hâllerde sorumluluğu aşan kısmın eksik borç teşkil edeceği yönünde ileri sürülen bazı görüşler bulunmaktadır. Örneğin mal ortaklığında eşlerin kişisel borçlarına ilişkin TMK m. 269/I hükmüne göre “*Her eş, diğer bütün borçlardan kendi kişisel mallarıyla ve ortaklık mallarının değerinin yarısı kadarıyla sorumlu tutulur.*” Bunun gibi sermaye şirketlerinin ortaklarının şirket borçlarından dolayı sorumluluğu kendilerinin koydukları yahut koymayı üstlendikleri sermaye miktarı ile sınırlı olup; şirket borçlarının ortakların toplam sermaye miktarını aşması hâlinde ise aşan kısmın eksik borç teşkil ettiği savunulmaktadır. Ancak bu konuda tüzel kişiliğin TMK m. 2 hükmüne aykırılık teşkil edecek şekilde kötüye kullanılması hâllerinde bu duruma engel olabilmek adına “*tüzel kişilik perdesinin kaldırılması*” esası geliştirilmiştir. İstisnai bir yol olarak mahkeme kararı ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle ortakların sorumluluğuna başvurulması imkânı mümkün olabilmektedir. Buna göre şirket borçlarının ortakların sermaye tutarını aşan kısmının eksik borç niteliği taşıdığı ileri sürülürken açıklanan “*tüzel kişilikte perde*” konusunun da göz ardı edilmemesi gerektiği düşünülmektedir.

Bir görüşe göre işçinin işverini ile rekabet ilişkisine girmekten kaçınacağına ilişkin sözleşmeden doğan borcu geçici nitelikte bir eksik borç teşkil etmektedir. Zira yasağın ihlali durumunda belirli istisnalar söz konusu değilse dava açılmamakta ve yasağı ihlal eden davranışa son verilmesi talep edilememektedir. Ancak TBK m. 446/I hükmüne

göre “*Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür.*” Oysa tüm eksik borçlarda ortak olan müeyyidesizlik özelliği devletin yetkili organları vasıtasıyla, borçlunun dava, cebri icra ya da tazminat yolları ile hem ifaya zorlanamamasını hem de zararının giderilmesine engel olmayı ifade eder. Bunun dışında borcun malvarlığı değerine ilişkin olmayışı bu görüşe katılamayışımızın bir diğer gerekçesini oluşturmaktadır. Aynı durum insan kökenli biyolojik madde verilmesine ilişkin borçlar hakkında da söz konusudur. Zira TMK m. 23/III hükmünün içerdiğinden biyolojik madde verilmesine ilişkin borcun eksik borç teşkil ettiği öğretide bir kesimce kabul edilmektedir. Borcun malvarlığı değerine ilişkin olmayışı burada eksik borçtan bahsedilemeyeceğine önemli bir gerekçe oluşturmaktadır. Bununla birlikte biyolojik madde verme borcu altına girmiş olanların ifaya zorlanamaması ya da bu kişilerden tazminat talep edilememesi, borcun ifasının kişilik değerleri ile çok yakın ilişkili olmasından ileri gelmektedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 12/II hükmüne göre “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*” Buradaki “*hüküm doğurmaz*” tabirinden hükümsüzlüğün türü hakkında ne anlaşılması gerektiği hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretide şekil şartının tarafların menfaatini korumayı amaçladığı kabul edilmektedir. Bu nedenle şekil eksikliği mevcut olan bir sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler eksikliğin bilincinde olunarak, taraflarca istenerek yerine getirilmişse, ifanın bir görüşe göre eksik bir borcun ifası niteliğinde olduğu savunulmaktadır. Böylece yapılan ifanın geçerli hukuki sebebe sahip olduğundan bahsedilebilecek ve ifa geri istenemeyecektir. Bu görüşe göre şekle aykırılık bilinmeksizin ifade bulunulması ihtimalinde ifa edilen edimlerin iadesi mümkün olacaktır. Zira şekil eksikliği olan sözleşme ancak isteğe bağlı olarak ifa edilmişse geçerli hâle gelmektedir. Şekil eksikliğine sahip sözleşme, tam iki tarafa borç yüklüyorsa, önce ifade bulunan taraf sözleşme ile bağlı olacak; karşı tarafın ise eksik borcunu ifa etmesi söz konusu olacağından devletin yetkili organlarının zoruyla yerine getirilmesi talep edilemeyecektir.

Şekil eksikliği mevcut olan sözleşmelerden eksik borç doğacağı görüşü pek çok eleştiri almaktadır. Öncelikle bir görüşe göre, kanunda eksik borç teşkil edeceği belirtilmeyen

bir hukuki ilişkiden doğan borcun, eksik borç olarak değerlendirilmesinin isabetli olmayacağı ileri sürülmüştür. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin edimini yerine getirdikten sonra geri isteyememesi ve karşı tarafın edimini ifa edip etmeme konusunda inisiyatif sahibi olması da bir başka eleştiri alan husustur. Hâl böyle olunca şekil eksiliğinin söz konusu olduğu sözleşmelerde eksik borç görüşünün tek tarafa borç yükleyenler açısından bir çözüm olabilmesi mümkünken; tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından adaletsiz bir sonuç ortaya çıkabilecektir. Görüşün eleştiri aldığı bir diğer konu da şekle aykırılığın bilinmediği hâllerde ifa gerçekleştirildiğinde bu durumda iade talep edilebilmesinin mümkün olduğunun kabul edilmesidir. Zira böyle bir hâlde eksik borçların temel özelliklerinden birisini teşkil eden iade talep edilememesi konusuyla çelişki meydana getirecek bir durumla karşılaşmaktadır.

Batıl bir sözleşmeden geçerli bir alacak hakkı doğmasa da eksik borcun alacaklısının sahip olduğu alacak hakkı geçerlidir. Eksik borç görüşü kabul edildiği takdirde yerine getirilen ifa şekil eksikliği biliniyorsa ve buna rağmen istenerek yapılmışsa geçerli olur; zira ancak bu hâlde sözleşme geçerli hâle gelmiştir. Aksi durumda, yani ifa şekle aykırılığın bilincinde olunmaksızın yapılmışsa sözleşme geçerli hâle gelemeyeceği için eksik de olsa bir borç ya da alacak hakkı doğmayacağından ifa edilmiş edimin geri istenebilmesine ilişkin yapılan eleştirilere katılmadığımızı ifade etmek gerekmektedir. Eksik borç görüşünden uzaklaşılmasının nedenleri öncelikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından sözleşmenin bir tarafını koruyamamasıdır. Zira şeklin en temel özelliklerinden biri tarafları korumaktır. Sadece tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından bu görüşü kabul etmek ise tartışmaları giderme konusunda yetersiz kalmaktadır. Bununla birlikte TBK m. 12/II'deki şekil şartı yerine getirilmemiş sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı ifadesinden, ifa şekil eksikliğinin bilincinde olunarak yapılmışsa sözleşmenin geçerli olacağı ve ifanın eksik borcun ifası niteliğinde olacağı çıkarımını yapmak kanaatimizce isabetli değildir. Bu nedenlerle şekle aykırı sözleşmeler bakımından eksik borç görüşüne katılamamaktayız.

Türk Medeni Kanunu'nun 370. maddesine göre, ergin altsoylar anne – baba yahut büyük anne – büyük baba ile yaşayarak emek veya gelirlerini onlara özgülemişlerse

bunun karşılığında uygun bir bedel isteyebilmektedir. Ancak TMK m. 371 hükmü uyarınca altsoy bunu borçlunun ölümü hâlinde yahut sağlığında birlikte yaşam sona erdiğinde, borçluya karşı icra takibi yapıldığında ya da borçlunun iflası hâlinde isteyebilmektedir. Öğretideki bir görüşe göre altsoyun denkleştirme alacağının talep edilmesinin belirli şartlara tabi olması geçici nitelikte bir eksik borcun varlığına neden olmaktadır. Başka bir görüşe göre ise bu hâlde alacağın talep edilememesi borçlunun borcunun eksik borç olmasından değil; miras paylaşımında altsoyların bu durumlarının dikkate alınması gerekmesinden ileri gelmektedir. Öğretideki bizim katıldığımız görüş ise altsoyun denkleştirme alacağının borçlu açısından bir eksik borç teşkil etmediğini; zira bu durumda söz konusu borcun muaccel olmamış bir tam borç niteliğinde olduğunu kabul etmektedir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 143. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “*Aciz vesikasında yazılı alacak miktarı için faiz istenemez*” hükmü uyarınca aciz belgesinde tespit edilmiş alacak için alacaklının faiz talep edebilmesi mümkün değildir. Bunun yanı sıra hükümde zamanaşımına ilişkin de bir düzenleme de öngörülmüştür. Aynı maddenin altıncı fıkrasında borçlu için aciz belgesinin düzenlendiği tarihten itibaren yirmi sene geçince borcun zamanaşımına uğrayacağı belirtilmektedir.

Öğretide bir görüşe göre, aciz belgesindeki alacak miktarı için faiz istenememesi ifadesi, böyle bir borcun doğamayacağına işaret etmektedir. Bir diğer görüş ise aciz belgesindeki alacak miktarı için faiz istenememesinden, bağlanmış olan faiz borcunun eksik borç teşkil edeceğini ileri sürmektedir. *Balmer* konuya ilişkin, İsviçre İcra ve İflas Kanunu Art. 149 Abs. 4 SchKG hükmünün Almanca metninin açık olmadığını; Fransızca ve İtalyanca metinlerinden ise faiz borcunun dava edilebilmesinin mümkün olabileceğinin de anlaşıldığını ifade etmiştir. Hatta Vaud Kantonu Kanton Mahkemesi bu belirsizlik dolayısıyla Art. 147 Abs. 4 SchKG hükmünün esnek yapıda bir düzenleme olduğunu, borçlunun faiz ödeme borcunu ikrar edebileceğini böylece tam bir borcu yüklenebileceğini belirtmiştir.

İcra ve İflas Kanunu m. 143/V “*Kefiller, müşterek borçlular ve borcu tekeffül edenler bu miktar için vermeğe mecbur oldukları faizlerden dolayı borçluya rücu edemezler*”

hükmünü içermektedir. Öğretideki katıldığımız bir görüşe göre, kefilin ya da diğer borçluların bu sıfatlarıyla faiz ödeme yükümlülüklerinin söz konusu olması, asıl borçlunun faiz ödeme borcunun hiç doğmayacağını söyleyebilmeye engel teşkil etmektedir. Zira örneğin kefile asıl borçludan daha fazla sorumluluk yüklenebilmesi mümkün değildir. Aynı mantıkla faiz borcunun borçlu açısından eksik borç teşkil edeceğini kabul etmek İİK m. 143/V hükmüne rağmen bu savunmanın kefil tarafından da yapılabilmesini mümkün kılmalıdır. Her ne kadar İİK m. 143/IV hükmünde aciz belgesindeki alacak miktarı için faiz istenemeyeceği ifade edilse de borçlu, aciz belgesinin sicilden silinmesini istiyorsa borcunu işlemiş faiziyle birlikte ödemelidir (İİK m. 143/VII). Alacağın zamanaşımına uğraması da aciz belgesinin sicilden terkin edilmesini sağlamaz. İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin 100. maddesinin a bendine göre borç ödemediği aciz vesikası sicilinden bir kaydın terkin edilebilmesi için “*Borcun, aciz vesikasını düzenlemiş olan icra dairesine işlemiş faizleriyle birlikte tamamının ödenmesi*” icap etmektedir. Sicilden terkin için faiz ödeme şartı borcu ifa açısından borçlu nezdinde zorlayıcı bir neden olabilir. Oysa eksik borçların ifası açısından hiçbir hâlde bu nitelikte bir zorlamadan bahsedilememektedir. Şu hâlde sadece zamanaşımı süresi dolduğunda borçlu sahip olduğu zamanaşımı defini ileri sürmek suretiyle borcunun eksik borca dönüşmesini sağlayacaktır. Bu hâlde ferîlik özelliğinden ötürü faiz borcunun da eksik borç niteliğinden bahsedilebilir. Nitekim kanaatimizce eksik borçların zamanaşımına uğrayıp uğramaması ya da zamanaşımı dolayısıyla borçlunun bir defa hakkına sahip olup olmamasının da bir işlevi bulunmamaktadır. Zira zamanaşımı defa borcun tam niteliğini eksik borca dönüştürme bakımından önem arz etmektedir. Bununla birlikte alacaklı, aciz belgesine bağlı alacak için sonradan yapılan takipte faiz talep ettiğinde icra müdürü bu talebe uygun olarak ödeme emri düzenlemeli, İİK m. 143/IV'deki kuralın uygulanabilmesi yani borçlunun kendisi açısından faiz borcunu ödemekten kaçınabilmesi için bunu defa yoluyla ileri sürmesi gerekmektedir.

Önceki Medeni Kanun'un 165. ve devamı hükümlerinde düzenlen eşler arasındaki cibrî icra yasağı, bu yasak dolayısıyla eşler arası hukuki ilişkilerden eksik borç doğup doğmayacağına ilişkin birtakım tartışmaları da beraberinde getirmişti. Eşler birbirlerinden olan alacakları için dava açabilirdi; ancak mahkemeden alınan bir alacak ilamının yerine getirilmesini isteyebilmeleri evlilik birliği sona ermediği müddetçe

mümkün değildi. Kanun 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda isabetli bir şekilde bu yasağa ya da kurala yer verilmemiştir. Böylece bu tartışmanın artık günümüz hukuku anlamında pratik bir önemi kalmadığı söylenebilmektedir. İcra ve İflas Kanunu'nun 4949 sayılı kanunla değişik m. 179 ve devamı hükümleri uyarınca mahkeme tarafından kişi hakkında iflasının ertelenmesine karar verilmesi hâlinde mevcut takipler duracak ve takip yasağı söz konusu olacaktır. Ayrıca bunun yanı sıra erteleme kararı, borç ilişkisi ve borçlara etki edeceğinden söz konusu bu hâlde geçici nitelikte eksik borcun varlığından bahsedilebileceği ifade edilmiştir. Ancak iflasın ertelenmesi hakkında söz konusu kanunun 179. maddesinin a – c hükümlerinin 7101 sayılı kanunun 65. maddesi ile yürürlükten kaldırıldığı görülmektedir. Böylece bu tartışmaya da artık yer olmadığı ifade edilmelidir.

İsviçre Borçlar Kanunu Art. 186 OR hükmü uyarınca İsviçre Kantonlarında küçük işletmelere ilişkin hak talepleri de dahil olmak üzere alkollü içeceklerin perakende satışlarından kaynaklanan alacaklara ilişkin dava haklarının sınırlanabilmesi yahut böyle bir hakkın hiç tanınmayabilmesi mümkündür. Bu nitelikteki alacakların karşılığını oluşturan borçların doğumları anından itibaren eksik borç teşkil etmesi ya da tıpkı zamanaşımına uğramış borçlarda olduğu gibi bir defa ileri sürülmek suretiyle borcun eksik borca dönüştürülmesine karar verebilmek İsviçre Kantonlarının yetkisindedir. Bunun dışında sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızasını almaksızın kendilerini borç altına sokan hukuki işlemleri yapmasının sonuçlarına ilişkin İsviçre'de Zürih Kantonunda Roma hukukundakine benzer şekilde eksik borç yaptırımının söz konusu olduğu görülmektedir.

Roma Klasik Hukuk Dönemi'nde bu borç türüne ilişkin ortaya koyulan özelliklerden sapmalar *Iustinianus* Hukuku'ndan günümüze kadar gelmiştir. Hatta ahlaki ödevlerden doğan borçların eksik borç teşkil edip etmediği konusuna ilişkin tartışmaların hâlen güncelliğini korumaya devam etmesi de bu meselenin bir sonucudur. Böylece günümüzde birkaç etkide benzerlik gösteren neredeyse tüm borçlar “*eksik borç*” olarak nitelendirilir olmuştur. Bu sebeple hem bu borçların tespit edilebilmesi hem de bir çerçevede etkilerinin belirlenebilmesi oldukça güçlük arz etmektedir. Kanaatimizce bu borç türünün ortaya konulduğu dönemdeki belirlenen etkilerin uygun düştüğü ölçüde

esas alınması, özellikle eksik borç kurumunun sınırlarının tespitinde yol gösterici olmalıdır. Bu nedenle eksik borçların malvarlığına ilişkin borçlar olduğu kanaatine sadık kalınarak, etkileri ise tüm eksik borçlar için söz konusu olan, haklarında öğretide görüş birliği olan “*kesin etkiler*” ve değişkenlik gösterip, haklarında fazla sayıda tartışma olmasından ötürü “*olası etkiler*” olarak incelenmiştir. Dolayısıyla bir eksik borcun olası etkilere sahip olup olmamasının, borcun niteliğinde hiçbir değişiklik meydana getirmeyeceğini ifade etmek gerekmektedir.

Kesin etkileri; yaptırımsızlık, ifanın bağışlama teşkil etmemesi, ifanın geçerliliği ve sebepsiz zenginleşme teşkil etmemesi olarak sayabilmekteyiz. Geçerli bir borç türü olarak eksik borçlar ifa edildiğinde tam bir borcun ifası gibi sonuç doğurmaktadır. Eksik borcun borçlusu edimini yerine getirmediği takdirde, alacaklının devletin yetkili organlarına başvurmak suretiyle alacağını elde edebilmesi mümkün değildir. Bu sonuç başlangıçtan itibaren eksik borçlar için her zaman geçerliyen; sonradan eksik borçlar açısından defi ileri sürülmek suretiyle gerçekleşmektedir. Eksik borçlarda alacaklı edimin ifası yerine getirilmediğinde uğradığı zararın tazmin edilmesini de isteyemez. Zira eksik borçlardaki yaptırımsızlık özelliği devletin yetkili organlarının kullanılmasıyla borçlunun dava ya da cebri icra yolları ile ifaya zorlanamamasını hem de zararının giderilmesine engel olmayı ifade etmektedir.

Eksik borcun ifasında mevcut ve geçerli bir borcun ifa edilmesi söz konusu olduğundan kazandırmanın hukuki sebebini hâkim görüşe göre, ifa sebebi (*causa solvendi*) oluşturmaktadır. İfa bağışlama da teşkil etmemekte; zira borçlunun bağış yapma niyeti bulunmamaktadır.

Eksik bir borcun hata dolayısıyla, borcun ifa edilmesinin gerekmediğinin bilinmiyor olması nedeniyle ifa edilmiş olması durumunda da borçlunun iade isteyebilmesi mümkün değildir. Borçlu borcunun eksik bir borç teşkil ettiğini bilmediğini, bilseydi ifa etmeyeceğini ileri sürerek iradesinin bozulduğuna dayanamamaktadır. Eksik borcun borçlusu borç ilişkisinden doğan yükümlülüğünü ifa ettiğinde alacaklısına sebebi geçersiz yahut gerçekleşmemiş veya sona ermiş bir kazandırmada bulunmamakta; bilakis borçlu, mevcut ve geçerli borcunu ifa etmektedir.

Eksik borçların olası etkilerini ise savunma vasıtaları bakımından, miras hukuku bakımından, ceza koşulu, bağlanma parası ve cayma parası bakımından, sebebi gösterilmeyen soyut borç tanımına konu olabilmelerinin mümkün olup olmaması bakımından, kefalat, rehin, takas, yenileme, alacağın devri, borcun üstlenilmesi ve son olarak da eksik borçta borçlu temerrüdünün mümkün olup olmaması yönünden incelemiş bulunmaktayız.

Öğretide başlangıçtan itibaren eksik borcun alacaklısının ifa talebinde bulunması hâlinde borçlunun borcunun eksik borç teşkil ettiğinin defi yoluyla mı ileri sürülmesi gerektiği yoksa itiraz mı teşkil ettiği hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre başlangıçtan itibaren eksik borçlar itiraz niteliği taşımalı ve hâkim tarafından resen dikkate alınmalıdır. Başka bir görüşe göre ise borcun başlangıçtan itibaren eksik borç teşkil etmesi hakkın doğumuna ya da sona ermesine ilişkin bir olay niteliğinde değildir; dolayısıyla burada bir itirazdan bahsedilememesi gerekir. Bununla birlikte defiden de bahsedilemeyeceğine göre burada borcun niteliğinin savunma vasıtaları bakımından kendine özgü olduğu kabul edilmektedir. Öğretideki bir görüşe göre de başlangıçtan itibaren yahut sonradan fark etmeksizin eksik borcun niteliği bir defi ile ileri sürülmelidir. Kanaatimizce başlangıçtan itibaren eksik borçlar itiraz kurumunun özellikleri ile bire bir bağdaşmasa da itiraz teşkil etmelidir. Bu sonuç başlangıçtan itibaren eksik borçların hoş görülmemesi anlayışına uygun düşmektedir. Zira Yargıtay'ın da yaklaşımının da bu yönde olduğu tespit edilebilmektedir. Bununla birlikte öğretide sonradan eksik borçların defi yoluyla ileri sürülmesi gerektiği konusunda görüş birliği olduğu söylenebilmektedir.

Mirasın kazanılmasına ilişkin TMK m. 599/II hükmünde de açıkça ifade edildiği üzere külli halef mirasçılar mirasbırakanın haklarını kazanmakla birlikte aynı zamanda mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olmaktadır. Bir görüşe göre, borçların intikalinde -kural olarak- bütün borçların mirasçılara geçeceği kabul edildiğinden mirasbırakanın varsa eksik nitelikteki borçları da geçecek, bu borçlar mirasçı nezdinde de varlığını eksik borç olarak sürdürmeye devam edecektir. Dolayısıyla mirasçı da bu eksik borcu ifa edip etmeme konusunda mirasbırakan gibi serbesti içerisinde olacağından alacaklı, mirasçıdan da bu alacağını elde edememişse

başvurabileceği herhangi bir yol bulunmayacaktır. Bununla birlikte mirasçı mirasbırakanın eksik borcunu ifa etmek istediğinde bu mümkün olmalıdır. Sonradan eksik borçlar açısından mirasbırakanın sahip olduğu defileri mirasçıların da ileri sürebilmesi mümkün olduğundan, mirasçılar bu haklarını kullanmak suretiyle borcu, eksik borca dönüştürerek ifa yükümlülüğünden kurtulabilmelidir.

Mirasbırakanın, ölümünden önce altsoyunun eksik borcunu ödemesinin neticesinde denkleştirmeye tabi bir kazandırmanın gerçekleşip gerçekleşmediği tartışmalıdır. Bir değerlendirmeye göre, bu hâlde denkleştirmeye tabi bir kazandırmadan bahsedilemez. Zira bu borç dava edilebilir nitelikte değildir ve mirasçı yerine getirmek zorunda olduğu bir masraftan kurtulmamış, böylelikle zenginleşmemiştir. Kanaatimizce üstünlük tanınması gereken diğer görüşe göre, mirasbırakan altsoyun borcunu ödediğinde bu durum önemsiz bir role sahip olmamalıdır. Burada borcun dava edilir nitelikte olup olmadığı konusunda bir ayırım yapılmasına gerek yoktur. Zira örneğin kumar ve bahis borçları açısından bunlar birer borçsuzluk hâlini değil, eksik de olsa borçluluğu ifade etmektedir. Bu nedenle dava edilemeyen bir borcun ödenmesi de bir menfaat olarak görülmeli ve bu durum denkleştirmeye konu oluşturmalıdır.

Eksik borçlar için ceza koşulu kararlaştırılmasının mümkün olup olmayacağı sorusuna öğretide farklı cevaplar verilmiştir. Bir görüşe göre başlangıçtan itibaren eksik borç niteliğindeki borçlar açısından kararlaştırılan ceza koşulu batıl olmalıdır. Zira bu borçlar korunmaya değer görülmediğinden başlangıçtan itibaren eksik borç niteliğindedir. Bununla birlikte ceza koşulu borçlu için öngörülmüş bir cezadır ve borçluyu baskı altına almaktadır. Bizim de katıldığımız öğretideki diğer görüşe göre başlangıçtan itibaren eksik borçlar için ceza koşulu kararlaştırılması mümkündür. Ancak ferîlik özelliği dolayısıyla güvence altına alan ceza da eksik borç teşkil etmelidir. Kanaatimizce ceza koşulunun borçluyu cezalandırma ya da baskı altına almaya yönelik eleştiriler yapılan değerlendirme açısından bertaraf edilebilmektedir. Zamanaşımına uğramış borçlar açısından ise hâkim görüşe göre ceza koşulunun kararlaştırılması mümkündür. Bu niteliği haiz borçların eksik borca dönüşmesi zamanaşımı definin ileri sürülmesi ile mümkün olacağından defi ileri sürülmediği takdirde borç tam borç olarak varlığını sürdürmeye devam edecektir. Nitekim borçlunun zamanaşımı definin ileri sürmekten

feragat edebilmesi de mümkündür. Hâl böyle iken zamanaşımına uğramış borçlar açısından ceza koşulunun kararlaştırılmış olmasının zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat edildiği anlamına gelebileceği kabul edilmektedir. Konkordato dışında kalan borçlar açısından ceza şartı kararlaştırmak işlemin niteliği ile uygun düşmemektedir. Gerçekten de bu hâlde borçlunun borcunu ifa edemeyecek duruma gelmesi söz konusudur. Dolayısıyla konkordato dışında kalan borç için hiç ya da gereği gibi ifa edememe ihtimali için ceza koşulu kararlaştırılabilmesi mümkün olmamalıdır.

Eksik borç doğuran bir sözleşmenin yapıldığına dair kanıt oluşturmak amacıyla bağlanma parasının verilmesinin önünde herhangi bir engel olmadığı kabul edilmektedir. Ancak bu durum eksik borç meydana getiren sözleşmeler açısından söz konusu olabilmektedir. Cayma parasına ilişkin hüküm TBK m. 178’de “*Cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiği bırakır; almış olan cayarsa aldığı iki katını geri verir*” şeklinde yer almaktadır. Hükümden anlaşıldığı üzere cayma parası sözleşmeden her iki tarafın dönebilmesine olanak sağlamaktadır. Kararlaştırılan cayma parası dolayısıyla meydana gelen yükümlülük ferî özellik göstermektedir. Bu bakımdan eksik borç ilişkisinin borçlusu cayma parası verdiği hâlde sözleşmeden dönmediyse cayma parasının iadesini talep edemeyecektir. Sözleşmeden dönme hâlinde ise nasıl bir sonucun meydana geleceği kanaatimizce tartışmaya açıktır. Ancak *Güven*, cayma parasının eksik borcun borçlusu tarafından alınmış olduğu bir ihtimalde eksik borçlunun sözleşmeden dönebilmek için ödeyeceği iki kat cayma parasının eksik borç niteliğinde; cayma parasını alan alacaklının sözleşmeden dönmesi durumunda ise ödemekle yükümlü olacağı iki kat cayma parasının kanundan doğan bir tam borç niteliğinde olacağını ifade etmektedir.

Kumar ve bahisten doğan eksik borçlar için sebebi gösterilmeyen borç tanınmasında bulunulmuş olması sonucunda, bu borcun niteliği de eksik borç teşkil etmektedir. Zira TBK m. 605/I’de kumar ve bahis için imzalanmış adi borç ve kambiyo senetlerine dayanılarak, üçüncü kişilere devredilmiş olsalar dahi bunlara ilişkin dava açılmayacağı ve takip yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Başlangıçtan itibaren eksik borçların, kanun koyucu tarafından hoş görülmemesi gerekçesine dayanılarak kumar ve bahis

borçlarına ilişkin bu durumun diğer başlangıçtan itibaren eksik borç teşkil eden hâllere de uygulanabilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim BGB § 656 Abs. 2 hükmüne ilişkin ileri sürülen bazı görüşlerde, evlenme simsarlığından doğan borcun ifası amacıyla gerçekleştirilen borç tanınmasının da eksik borç teşkil edeceği ifade edilmektedir.

Sonradan eksik borçlarda borcun eksik borca dönüşmesi bir defi ileri sürmek suretiyle gerçekleşmektedir. Bu durumda borçlu, borcunu sahip olduğu (örneğin zamanaşımından kaynaklı) defi hakkını kullanmak suretiyle eksik borca dönüştürdükten sonra borcun ifası için bir soyut borç tanınması yaparsa bizim de isabetli bulduğumuz öğretideki hâkim görüş uyarınca bu işlemde doğan borç eksik değil; tam borç teşkil etmelidir. Zira zamanaşımı defi ileri sürülmek suretiyle borcun eksik borca dönüştürülmesine rağmen borç tanınması yapılmışsa, artık borcun ifa edilmek istendiğinden başka bir anlam çıkarılamamalıdır.

Türk Borçlar Kanunu m. 582/I'nın ilk cümlesinde kefalet akdinin mevcut ve geçerli bir borç için yapılabileceği ifade edilmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda eksik borçlar için kefalet verilebilmesinin mümkün olduğu konusunda açık düzenlemeler mevcuttur. Örneğin TBK m. 591/IV hükmünde ifade edildiği üzere kumar ve bahis borcuna kefil olunmasında kefil borcun niteliğini bilse de asıl borçlunun sahip olduğu defileri ileri sürme hakkına sahiptir. Kefilin sahip olduğu söz konusu bu defi hakkının geniş anlamıyla defiyi ifade ettiği ve içeriğinde sadece olağan defiler değil aynı zamanda itirazların da olduğu kabul edilmektedir. Kefalet borcunun her zaman için ferî nitelikte olmasından ötürü sorumluluğu üstlenmiş olan kefil de asıl borçlunun ileri sürme hakkına sahip olduğu savunma araçlarını ileri sürebilmektedir. Böylece kumar ve bahis faaliyetlerinden meydana gelen bir borca kefalet verildiğinde, kefalet ile teminat altına alınan borcun niteliği bilinse bile asıl borçlunun sahip olduğu dava edilmezlik savunması ileri sürülebilmektedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 591/I'nın ilk cümlesinden anlaşıldığı üzere kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan tüm defileri ileri sürme hakkına sahiptir. Hatta defileri ileri sürme hakkını haiz olan kefil için

bunların ileri sürülmesi bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Kefil açısından savunma araçlarını ileri sürmenin bir zorunluluk olarak öngörülmüş olması, rücu ilişkisinde hak kaybının önlenmesinin amaçlanmasından kaynaklanmaktadır. Hâl böyle iken kefil savunma aracı ileri sürmeksizin kefalet sözleşmesinden meydana gelen borcunu yerine getirdiğinde rücu ilişkisindeki durumun ne olacağı meselesi üzerinde durmak gerekmektedir. Konuya ilişkin önem arz eden hüküm TBK m. 596/VI'da yer almaktadır. Gerçekten de ilgili hükmün ilk cümlesinde kanun koyucu aslında genel ve kapsayıcı olarak hem eksik borçların kefalet ile teminat altına alınabileceğini ifade etmiş hem de kefalet dolayısıyla söz konusu olabilecek sonraki rücu ilişkisinde yapılan ödemeye karşılık asıl borçluya rücu için başvurulamayacağını belirtmiştir. Ancak kefil, alacaklı kendisine başvurduğu takdirde savunmasını ileri sürerek alacaklının talebini karşılıksız bırakabilmektedir. Söz konusu hüküm sayesinde kanun koyucunun, ifa ile yükümlü olmayan borçlunun bir şekilde ifaya mecbur bırakılma tehlikesi ile karşılaşmasını önlemeye çalıştığı anlaşılmaktadır. Kefilin, asıl borçlunun sahip olduğu defileri bilmeksizin ödeme yapmış olması durumunda TBK m. 591/III uyarınca doğabilecek bir rücu hakkından söz edilip edilemeyeceği sorusuna kanaatimizce olumsuz cevap vermek gerekmektedir. Zira özellikle TBK m. 596/VI hükmü dava hakkı vermeyen bir borç için ödeme yapılması durumunda kefilin asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip olmayacağı, defilerden haberdar olunup olmadığına ilişkin bir ayırım yapılmaksızın kabul edilmiştir.

Kanaatimizce kefil, borcun kumar ve bahisten meydana geldiğini bildiği hâlde yine de alacaklıya ödeme yapmışsa TBK m. 605/II'de "*Kumar ve bahis borcu için isteyerek yapılan ödemeler geri alınamaz*" hükmü uyarınca ödediğini geri alma hakkına sahip olamayacaktır. Yine açıklanan gerekçelerle kefilin borçluya rücu edebilmesi de mümkün olamayacaktır. Kefilin, asıl borcun kumar ve bahisten doğduğunu bilmeden alacaklıya ödemede bulunması durumunda da ifade edildiği üzere asıl borçluya rücu edemeyecektir. Ancak bu ihtimalde kefil, yaptığı ödemeye ilişkin olarak alacaklıdan iade talebinde bulunabilmelidir. Zira kumar ve bahis borçlarında yapılan ifanın TBK m. 605/II uyarınca ancak istenerek yapılması durumunda geri alınamayacağı ifade edilmektedir. İstenerek yapılan ifa için ise öğretilerdeki bir görüşe göre, borcun kumar borcu olduğunun bilinmesi yeterlidir. Bunun dışında borcun ifa edilmesinin yahut

edilmemesinin hukuki neticelerine ilişkin bilgi sahibi olmak gerekmemektedir. Dolayısıyla kefil esas borcun kumar ve bahse ilişkin olduğunu bilmeden alacaklıya ödeme yaptığında asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip olamasa da alacaklıdan iade talep edebilmelidir.

Kanaatimizce ve öğretideki hâkim görüşe göre niteliklerinin aynı olmasından ötürü diğer başlangıçtan itibaren eksik borçlara, kumar ve bahisten doğan borçlara kefaletle ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması mümkündür.

Zamanaşımına uğramış borçlar bakımından öncelikle kefil olunan borcun zamanaşımına uğraması durumu değerlendirilmelidir. Kefalet borcu ferî nitelikte bir borç olduğundan asıl borç için borçlu tarafından ileri sürülebilecek savunmalar kefil tarafından da ileri sürülebilmektedir. Böylece borç zamanaşımına uğradığında kefil de borcun zamanaşımına uğramış olduğuna ilişkin defiyi alacaklıya karşı ileri sürebilecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nda zamanaşımına uğramış borçlar için kefaletin mümkün olduğuna ilişkin düzenlemelere rastlamak mümkündür. Kanun koyucu kumar ve bahis borçlarından farklı olarak böyle borçlara kefalet verilirken kefilin zamanaşımını bilip bilmemesine göre farklı bir düzenleme öngörmüştür. Türk Borçlar Kanunu m. 591/I'de kefilin asıl borçlunun ve mirasçılarının istisnalar hariç olmak üzere sahip olduğu bütün defileri ileri sürebileceği hatta sürmesi gerektiği ifade edilmektedir. Fakat zamanaşımına uğrayan bir borç için; bilerek kefalet verilmesi durumunda kefilin defi ileri sürme hakkından mahrum bırakıldığı görülmektedir. Bu hâlde kefil, zamanaşımını bilmesine rağmen kefil olmuş ve dolayısıyla tehlikeyi de üstlenmiştir. Bu demek oluyor ki kefil, kefalet sözleşmesi akdedilirken zamanaşımını bilmiyorsa alacaklıya karşı zamanaşımı defini ileri sürme hakkına sahip olmaktadır. Kefilin durumdan haberdar olmaksızın defi ileri sürmeyerek borcu ifa etmesi durumunda asıl borçluya karşı rücu imkânına sahip olabileceği düşünülebilir. Bir başka görüşe göre ise haberdar olmaksızın borcu ifa eden kefil asıl borçluya rücu etse bile zamanaşımı defi ile karşılaşacağından bu girişimi sonuçsuz kalacaktır. Bu görüşe katılmakla birlikte TBK m. 596/VI hükmünün de dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Türk Borçlar Kanunu'nun 78. maddesinin ikinci fıkrasına göre zamanaşımına uğramış borcun ifa edilmesi durumunda iade istenebilmesi mümkün değildir. Zira zamanaşımına uğramış borç, sona ermiş değildir. Aynı düşünce ile öğretideki bir görüşe göre kefil, zamanaşımı defini ileri sürmeden ifada bulunduyorsa alacaklıdan iade talep edememelidir. Ancak Alman hukukunda *Bönnert* tarafından ileri sürülen görüşe göre, iade isteyemeyecek olan borçlunun kendisidir. Kefil, ifasını sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak geri isteyebilmelidir. İsviçre hukukunda *Richenthal*'e göre de zamanaşımının asıl borç üzerindeki etkisi kefalet borcunun hukuki sebebini kaybetmesine neden olmaktadır. Bu nedenle kefil, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca alacaklıdan iade talebinde bulunabilmelidir. *Elçin Grassinger* ise ifade edilen değerlendirmelerin zamanaşımının mahiyeti ile bağdaşmadığını ve TBK m. 78/II hükmünün mantığı ile ters düşeceğini ileri sürmektedir. Bununla birlikte yazar, kefilin asıl borcu değil de kefalet sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmesinin de asıl borçlunun ifası ile kefilin ifası arasında bu nitelikte bir farklılığa neden olmaması gerektiği görüşündedir.

Sonradan eksik borç olarak kabul ettiğimiz konkordato dışında kalan borçlara kefalete ilişkin olarak hukuken hiçbir engel olmaması ve TBK m. 596/VI hükmünün sözünden de tüm eksik borçlar açısından kefaletin mümkün olabileceğinin anlaşılması dolayısıyla bu nitelikteki borçlara kefaletin mümkün olduğunu ifade edebilmekteyiz.

Başlangıçtan itibaren eksik borçların rehin ile teminat altına alınmasının mümkün olup olmadığına ilişkin mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Başlangıçtan itibaren eksik olan borçların rehin yoluyla teminat altına alınabileceği kabul edilirse, örneğin kumar ve bahis borcu için rehin verilmesi üzerine alacaklı cebri icra yolu ile rehnin paraya çevrilmesi suretiyle alacağının tamamını ya da bir kısmını elde edebilecektir. Öğretideki hâkim görüşe göre, bu mümkün olmamalıdır. Zira bu nitelikteki borçlar, itiraz teşkil etmektedir ve resen dikkate alınmalıdır. Bu sebeple rehin cebri icra yolu ile paraya çevrilememelidir. Dolayısıyla bir görüşe göre başlangıçtan itibaren eksik borç niteliği taşıyan borçlar rehin ile güvence altına alınamamalıdır. Öğretide yer alan bir başka görüşe göre ise bu nitelikteki borçların rehin ile teminat altına alınması mümkün olmakla birlikte, ferilik özelliği dolayısıyla tıpkı teminat altına

alınan borcun kendisi gibi teminat da eksik nitelikte olmalı ve paraya çevrilmesi de buna bağlı olarak mümkün olmamalıdır. Bu iki sonuç bakımından pratikte bir farklılık olmadığı söylenebilmektedir.

İsviçre’de başlangıçtan itibaren eksik olan borçların rehin ile teminat altına alınmasının mümkün olup olmadığına ilişkin farklı değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki kumar ve bahis borçlarının borçlunun mahvına neden olabileceği gerekçesi ile eksik borç olarak nitelendirilmesi dolayısıyla bir görüşe göre, borçların rehin ile teminat altına alınamayacağı hatta bu borçların bir itiraz teşkil ettiği ve bu sebeple de rehlin geçersiz sayılması gerektiği savunulmuştur. Ancak merhunun paraya çevrilmesinde icra dairelerinin görev yapmadığı bir durumda bu tür zayıf alacaklar için alacaklının tatmin edilebileceği farklı bir yaklaşım olarak ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, burada önem arz eden konu, eksik borçlardan doğan alacakların elde edilmesinde devletin yetkili organlarının kullanılmamasıdır. Tarafların anlaşarak İcra ve İflas Kanunu hükümlerine başvurmaksızın rehlin alacaklı tarafından satılmasını ve alacaklının alacağını bu şekilde elde etmesini ifade eden bu yetki “*rehnin özel yoldan paraya çevrilmesi*” olarak adlandırılmakta, öğretideki hâkim görüşe göre ise tarafların bu yönde bir anlaşma yapabilmesi mümkündür.

Öğretide genel kanı, zamanaşımına uğramış borçların rehin ile teminat altına alınabilmesinin önünde herhangi bir hukuki engel olmadığı yönündedir. Buna göre, zamanaşımına uğramış bir borç için rehin veren üçüncü kişi rehin sözleşmesi akdedilirken zamanaşımından habersizse, zamanaşımı defini ileri sürebilmelidir. Haberdar olmaksızın borç için rehin veren kişi borçlunun kendisi olduğunda defî ileri sürmekten feragat ettiği sonucuna ulaşılmalıdır. Bu hâlde öğretideki bir görüşe göre, borçlunun şartları sağladığı takdirde esaslı saik hatası hükümleri uyarınca rehin sözleşmesini iptal edebileceği de ileri sürülmektedir. Borçlu ya da üçüncü kişi zamanaşımından haberdar olmak suretiyle borç için rehin vermişse, bu hâlde defî hakkından zımnen feragat edildiği kabul olunmaktadır. Zira zamanaşımı defî ileri sürebilme imkânı varken borcun rehin verilmek suretiyle teminat altına alınması, bu imkândan yararlanmak istenilmediği şeklinde değerlendirilmektedir.

Konkordato dışında kalan borçlar için rehin verilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin öğretideki bir görüşe göre bu nitelikteki borçlar üzerinde rehin kurulabilmesi mümkündür. Ancak bir başka görüşe göre ise konkordato dışında kalan borçlara rehin, üçüncü kişiler tarafından kurulabilse de borçlu açısından ancak mahkeme tarafından izin verildiği hâlde kurulabilmelidir. Zira İİK m. 297/II hükmü uyarınca borçlunun mahkemenin izni olmaksızın mühlet kararından itibaren rehin tesis edebilmesi mümkün değildir. Aksi hâlde yapılan işlem geçersiz olacaktır.

Eksik borçlara ilişkin alacakların rehin konusunu oluşturabilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretide savunulan bir görüşe göre, TMK m. 954 hükmü uyarınca eksik borçlardan doğan alacakların devredilmesi mümkünse, bunların rehnedilmesi de mümkündür. Bir başka görüşe göre, başlangıçtan itibaren eksik olan borçlara ilişkin alacaklar üzerinde rehin kurulduğu takdirde bu alacakların paraya çevrilmesine ilişkin hukuki engeller söz konusudur. Zira rehin konusunun paraya çevrilmesi yoluyla elde edilmesi mümkün değildir. Ancak alacaklıya icra yoluyla paraya çevirme yetkisinin yanında alacağı tahsil yetkisi de verilmişse, alacaklı alacağını bu şekilde elde edebilecektir. Sonradan eksik borçlardan zamanaşımına uğramış borçlar ele alındığında ise bunların bir defa ileri sürülünceye kadar tam borç niteliğinde olmaları dolayısıyla kurulmuş olan rehnin paraya çevrilmesi ihtimali söz konusu olabilecektir.

Bir takas işleminin gerçekleşebilmesi için, takas beyanında bulunan kişinin takas muhatabından olan alacağını ifade eden aktif alacağın mutlak surette dava edilebilir nitelikte olması gerekmektedir. Öyle ki aktif alacağın eksik borca ilişkin olması durumunda, alacaklının bu alacağını dava edebilmesi mümkün değilken, takas edebilmesi de mümkün olmamalıdır. Buna karşılık, bir kimsenin eksik borcunu normal alacağı ile takas etmesi ise mümkündür. Bu anlamda eksik borcun borçlusu borcunu ifa etme olanağına sahipse, takas edememesi için herhangi bir sebep de bulunmamaktadır. Böylece aktif alacağın aksine pasif alacağın konusunu bir eksik borç oluşturduğunda takas mümkün olacaktır. Bununla birlikte takasa ilişkin hükümler düzenleyici nitelikte olduğundan tarafların sözleşmede her iki alacağın da dava edilebilir nitelikte

olmamasına rağmen takas edilebileceğini kararlaştırmalarının mümkün olduğu da kabul edilmektedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 139/III’de yer alan düzenleme “*Zamanaşımına uğramış bir alacağın takası, ancak takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olması koşuluyla ileri sürülebilir*” şeklindedir. Hükümde ifade edildiği üzere zamanaşımına uğrayan alacak ancak takas edileceği anda zamanaşımına uğramadıysa takas edilebilecektir. Yani zamanaşımına uğramış alacak (borçlu tarafından defi ileri sürülse de sürülme de) takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olmalıdır. Dolayısıyla takasın şartlarının olduğu anda alacak zamanaşımına uğramamış ise takasın yapılabilmesi mümkün olacaktır. Bu durumda alacağın sonradan zamanaşımına uğramış olması takasa engel teşkil edecek bir neden değildir. Bu hâlde zamanaşımı defi ileri sürülse dahi bir önem arz etmeyecektir. Türk Borçlar Kanunu m. 139/III hükmü, takas talebinde bulunan alacaklının alacağına ilişkindir. Yani zamanaşımına uğramış olan aktif alacak takas imkânı doğduğunda zamanaşımına uğramamış olmalıdır. Aktif alacak zamanaşımına uğramadan önce pasif alacak meydana gelmiş olmalıdır. Zamanaşımına uğramış olan alacağın pasif bir alacak olması durumunda zaten takası gerçekleştirmeye ilişkin herhangi bir engel söz konusu olmayacaktır.

Eksik borçlarda yenileme işlemine ilişkin öğretide farklı değerlendirmeler yer almaktadır. Bir görüşe göre başlangıçtan itibaren eksik borçların yenilenebilmesi mümkün olmamalıdır. Zira bu borçlarda yenileme işlemi eksik borcu ortadan kaldırarak bir tam borç meydana getirme amacı taşıyacaktır. Öğretideki bir başka görüşe göre bu nitelikteki borçlar yenilenseler dahi eksik borç niteliğini muhafaza etmektedir. Zira bu borçların yaptırımsızlık özelliği emredici düzenlemelerle sabit olduğundan yenileme yoluyla kanun koyucu tarafından istenmeyen bir sonucun elde edilmeye çalışılması kanuna karşı hile teşkil edecektir.

Kumar ve bahis alacakları açısından bunların cari hesaba kaydedilmesi durumunda nasıl bir sonuç ile karşılaşılacağı konusu üzerinde durmak gereklidir. Öğretideki bir görüşe göre, hesaba geçirilen alacak kumar ve bahis faaliyetlerinden doğan bir alacak ise bakiyenin kabul edilmiş olup olmaması fark etmeksizin kalemin hesaptan çıkarılması

istenebilmektedir. Hatta katı bir yaklaşımla kumar ve bahisten kaynaklanan alacakların borç ikrarı ile dahi talep edilebilmesi mümkün olmadığından, bu alacakların cari hesap sözleşmesinden silinmesi zorunluluk teşkil etmektedir. Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre, cari hesaptaki tüm alacakların kumar ve bahse ilişkin olması durumunda cari hesaptaki alacaklar takas edilebilecektir. Ancak bakiye kumar alacağından oluştuğundan yine devletin yetkili organları vasıtasıyla alacağın elde edilebilmesi mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte cari hesaptaki alacakların bir kısmı kumar veya bahis borcuna, kalanı ise tam borca ilişkin olduğunda ise kumar alacaklarının ayrı bir hesaba tâbi tutulması gerekmektedir. Kumar borçlarında taraflardan biri borçlu kaldığında, hesabın tamamının bu kişi lehine çıkması ve bakiyenin tanınması durumunda kumar borcunun takas edilmesi geçerli sayılmaktadır. Kumar borçlarında borçlu çıkan tarafın cari hesap bakımından da borçlu olması durumunda ise kumar borçlarının aktif oranında sona ermiş sayılarak bu kısım bakiyenin dava edilmesine imkân bulunmamaktadır.

Kanaatimizce kumar ve bahis faaliyetlerinden kaynaklanan borçların yenilemeyle tam borç hâline getirilemeyeceğine ilişkin katıldığımız sonucun diğer başlangıçtan itibaren eksik borçlar bakımından da geçerli olması gerektiğini ifade etmek gerekir. Zira başlangıçtan itibaren eksik borçlar için benimsenen yaklaşım borç türlerine göre farklılık göstermemektedir.

Konkordato dışında kalan borçların yenilenmesine dair öğretide yapılan fazla bir değerlendirme bulunmamaktadır. Ancak bu borçların yenileme işleminin konusunu oluşturmaya hukuken bir engel olmadığı söylenebilmektedir. En sık karşılaşılan sonradan eksik borçlardan olan zamanaşımına uğramış borçlar açısından yenileme işleminin mümkün olup olmayacağı ise üzerinde durulması gereken bir konudur. Zamanaşımına uğramış borçlar açısından bizim de isabetli bulduğumuz görüş uyarınca bu borçların yenilenmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Zamanaşımına uğramış bir borç defi ileri sürülünceye kadar tam borç niteliği taşıyacağından, bu aşamada borcun yenilenmesi herhangi bir borcun yenilenmesinden farksız olacaktır. Borç, defi ileri sürülmek suretiyle eksik borca dönüştüğünde ise bu hâlde gerçekleştirilen yenileme işlemi ile oluşan yeni borç dava edilebilir bir borç teşkil edecektir.

Borçlu, yenileme sözleşmesi yaparken borcun zamanaşımına uğradığını bilmiyorsa bu durumda yenileme sözleşmesinin irade sakatlığına dayanılarak iptal edilebilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. *Becker*'a göre, TBK m. 78/II (Art. 63 Abs. 2) hükmü gerekçe gösterilerek, yenilemede de irade sakatlığı söz konusu olsa bile yenileme iptal edilememelidir. Bu değerlendirmenin esasını yenilemenin ifa ile bir tutulması oluşturmaktadır. Yenileme sözleşmesi ile eski borcun sona erdirilmesi suretiyle yeni bir borç meydana getirilmektedir. Bu sebeple mevcut borcun ifası söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla alacaklı eski borcun ifası suretiyle alacağını elde etmemektedir. TBK m. 78/II hükmünde ise alacaklının o borcun ifasıyla tatmin edilmesi söz konusu olduğundan borcun ifası ile yenileme işlemi bir tutulmamalıdır. Bu sebeple *Koller* tarafından savunulan yenileme sözleşmesinin yapıldığı anda irade sakatlığından bahsedilebiliyorsa borçlunun sözleşmenin iptalini talep edebilmesinin mümkün olacağı görüşüne katılmanın isabetli olacağı kanaatindeyiz. Zira TBK m. 78/II hükmünün amacı alacaklının mevcut ve geçerli bir alacağını elde etmesinden sonra durumun kendi aleyhine olarak sonuçlanmasına engel olmaktadır. Ancak yenilemede alacaklının önceki borcunu ifa etmesi söz konusu değildir. Başka bir deyişle yenileme, borcu sona erdirdiğinde alacaklı alacağını elde etmediğinden yenilemenin ifa ile bir tutulmaması gerekmektedir

Eksik borç dolayısıyla alacaklının sahip olduğu alacak hakkını devredebilmesinin mümkün olduğu hususunda öğretide görüş birliğinin bulunduğu söylenebilmektedir. Ancak alacağın bir edim karşılığında devredilmesi de mümkündür. Bu hâlde TBK m. 191/I uyarınca devredene garanti borcu yüklenmektedir. Böylece devreden devralana karşı, devir esnasında alacağın mevcudiyetini sonradan da borçlunun ödeme gücünü garanti etmektedir. Garanti yükümlülüğü, devralanın alacağını elde edememesi hâlinde garanti yükümlüsüne başvurabilmesine olanak sağlamaktadır. Kanaatimizce eksik borçlara ilişkin alacakların bir edim karşılığı devredilmesi dürüst alacaklılar bakımından pek olası bir durum olmasa da bu nitelikteki alacakların ivaz karşılığı devredildiği bir hâlde devreden alacaklının garanti yükümlülüğünün söz konusu olacağı ihtimallerden bahsedilebilmektedir. Zira garanti yükümlülüğü sadece alacağın mevcudiyetini ve borçlunun ödeme gücünü değil, aynı zamanda alacağın dava edilebilir nitelikte olduğunu kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır. Bu bakımdan başlangıçtan

itibaren eksik borçlarda alacaklı alacağını ivaz karşılığı devretmiş ve borçlu da ifayı yerine getirmemişse devralan garanti sorumluluğu kapsamında devredene başvurabilmelidir. Ancak öğretideki bir görüşe göre hem kumar, bahis faaliyetlerinden hem evlenme simsarlığından doğan alacaklar hem de zamanaşımına uğramış borçlara ilişkin alacaklar bakımından bu sonucun gerçekleşebilmesi için devralanın alacağın eksik borca ilişkin olduğunu bilmemesi gerekir. Zira bu durum, devreden ve devralan arasındaki anlaşmada alacağın kararlaştırılan özellikleriyle mevcut olmadığını ifade etmektedir. Zamanaşımına uğramış borçlar açısından öğretilde farklı görüşlere rastlayabilmek mümkündür. Örneğin bir görüşe göre, alacak ivaz karşılığı devredildikten sonra zamanaşımına uğradığında böyle bir hâlde teminat borcunun ortadan kalkacağı kabul edilmektedir. Kaynağının ortak hukuka dayandığı ileri sürülen bir başka görüşe göre garanti yükümlülüğü, aynı zamanda alacağın defî ileri sürülmek suretiyle etkisizleştirilemeyecek yani eksik borca dönüştürülemez olacak olmasını da kapsamaktadır. Bu görüş uyarınca, defî hakkı kullanılmadan önce alacağın edim karşılığı devredilmesi alacağın mevcut fakat defî imkânı ile etkisizleştirilebilecek bir alacak olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla bu ihtimalde devredenın garanti sorumluluğu söz konusu olacaktır. Defî ileri sürülerek borcun eksik borca dönüştürülmesi hâlinde ise alacak yine mevcut bir alacak olmakta ancak bu ihtimalde alacak dava edilebilir nitelikte olmadığından yine alacağı devredenın garanti sorumluluğunun söz konusu olacağı değerlendirilmektedir.

Öğretilde eksik borçların üstlenilebilmesinin mümkün olmadığına ilişkin görüşlere rastlayabilmek mümkündür. Katıldığımız görüşe göre eksik borçlar gerek iç gerekse dış üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturabilmektedir. Dış üstlenme sözleşmesiyle üstlenilen borca ilişkin savunmalar yeni borçlu tarafından alacaklıya karşı ileri sürülebilecektir. Ancak borcun üstlenilmesinin defî ileri sürmekten feragat edildiği anlamına da gelebileceği kabul edilmektedir. Buna göre örneğin borcun zamanaşımına uğradığı bilinerek borç üstlenildiyse defî ileri sürmekten feragat edildiği düşünülebilir.

Borçlu temerrüdünün gerçekleşebilmesi için aranan şartlardan birini oluşturan “*muacceliyet*”, eksik borçta borçlu temerrüdünün gerçekleşip gerçekleşemeyeceğinin değerlendirilmesinde önem arz etmektedir. Bir görüşe göre başlangıçtan itibaren eksik

borçlar, dava yoluyla talep edilemeyeceğinden hiçbir zaman muaccel olmamaktadır. Kanaatimizce bu görüşün dayanağını Roma hukuku oluşturmaktadır. Zira Roma hukukunda bir görüşe göre *obligatio naturalis* niteliğindeki borçların muaccel olmaları mümkün olmadığından borçlunun temerrüde düşmesi de mümkün değildi; zira muacceliyet temerrüdün bir ön şartıydı. Ancak *obligatio naturalis*'i dogmatik olarak ele alan ilk hukukçu olan *Iulianus*'a göre *obligatio naturalis* niteliğindeki borçların hukuken mevcut ve geçerli olmaları dolayısıyla, bu borçlar da muaccel olurdu. Fakat yine de bu hâlde dahi borçlu temerrüdünden bahsedilemezdi.

Kanaatimizce, başlangıçtan itibaren eksik borçlar da tam borçlar gibi muaccel olmaktadır. Zira TBK m. 90 hükmü uyarınca kural, her borcun doğumu anında muaccel olmasıdır. En basit ifadeyle borcun muaccel olması ödeme zamanının gelmiş olmasını ifade etmektedir. Örneğin kefilin borcunun muaccel olması asıl borcun muaccel olmasına bağlıdır. Başlangıçtan itibaren eksik borçlardan kumar ve bahis borçları dikkate alınır, kumar borcuna kefil olan bir kimsenin kefalet borcunun muaccel olabilmesi esas borcun muaccel olmasına bağlıdır. Bu şart sağlanıp da alacaklı alacağını elde edebilmek adına kefile başvurduğunda kefil, asıl borçlunun ileri sürebileceği dava edilmezlik savunmasını ileri sürebilmektedir. Hâl böyle iken başlangıçtan itibaren eksik borçlarda borçlu temerrüdünün ise söz konusu olamayacağını ifade etmek gerekir. Ortada mevcut ve geçerli bir borç olsa da edimi ifanın borçlunun inisiyatifinde olması dolayısıyla ifa etmemenin sonuçları hususunda devlet gücü ve zorlamasıyla uygulanacak yaptırımlar mevcut değildir. Böylece bu nitelikteki borçlarda borçlunun temerrüde düşmesi ve bu nedenle sorumluluğu söz konusu olmamalıdır.

Zamanaşımına uğramış borçlar defi ileri sürülünceye kadar tam borç niteliğini haizdir. Borç zamanaşımına uğradığı hâlde borçlunun sahip olduğu zamanaşımı defini ileri sürmemesinin bir sonucu da bu durumda borçlunun temerrüde düşmesinin mümkün olmasıdır; zira borçlunun sahip olduğu defi hakkını kullanması temerrüde engel olmaktadır. Kullanılan zamanaşımı defi ise kullanıldığı andan değil; defi hakkının şartlarının gerçekleştiği andan itibaren hüküm ifade edeceğinden temerrüt, baştan itibaren engellenmiş olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Abik**, Yıldız: “Nişanlanma ve Nişanlılık”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 52, C. 54, Y. 2005, s. 62 - 152.
- Acar**, Faruk: Rehin Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, (Rehin Hukuku).
- Acar**, Özlem: Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, (Kefalet Sözleşmesi).
- Aepli**, Viktor: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 1h: Das Erlöschen der Obligation, Erste Lieferung, Art. 114 - 126 OR, Hrsg. Gauch, Peter, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1991.
- Akçaal**, Mehmet: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Akçay**, Ergin: Türk Borçlar Hukuku’na Göre Zamanaşımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Akdoğan**, İbrahim: İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Akev**, Sahir Talât: “Evlenme Tellâllığı”, Adalet Dergisi, Yıl: 54, S. 3 – 4, Y. Mart – Nisan 1963, s. 366 – 375, (Evlenme Tellâllığı).
- Akev**, Sahir Talat: Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1964, (Kumar ve Bahis).
- Akıncı**, Şahin: Roma Borçlar Hukuku, 7. Baskı, Sayram Yayıncılık, Konya, 2017.
- Akıncı**, Şahin: Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ – Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

Akıntürk, Turgut/ **Ateş**, Derya: Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku, İkinci Cilt, 24. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2022.

Akil, Cenk: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 4, Y. 2012, s. 1 – 18.

Akil, Cenk: Sorularla Adi Konkordato, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Akil, Cenk: “Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davası Bağlamında Aciz Belgesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Y. 2014, s. 159 – 202.

Akipek, Jale G./ **Akıntürk**, Turgut: Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

Akkayan Yıldırım, Ayça : “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXI, S. 1 – 2, Y. 2003, s. 357 – 414.

Aksaray, Burcu: Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Aktürk, Emrah: Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Akyazan, Sıtkı: “Borç Ödemeden Aciz Belgesi”, Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1964, s. 315 – 324.

Akyol, Şener: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.

Allen, David: “The Gentleman’s Agreement in Legal Theory and in Modern Practice”, Anglo - American Law Review, Vol. 29, No. 2, April – June 2000, s. 204 - 227, (HeinOnline, SET.: 08.07.2022).

Altaş, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.

Altay, Sümer/ Eskiocak, Ali: Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

Altherr, Hans/ Brem, Ernst/ Bühlmann, Hubert: Schweizerisches Obligationenrecht Textausgabe mit Leitsätzen aus der Praxis des Bundesgerichtes, Verlag Stämpfli & Cie. AG., Bern, 1989.

Amann, Caterina: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020.

Amonn, Kurt: Spiel und Spielartige Verträge, Schweizerisches Privatrecht VII/2, Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG., Basel, 1979.

Anderegg, Karl: Die Formerfordernisse im neuen Bürgschaftsrecht, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1943.

Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, Temel Kavramlar - Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, (Temel Kavramlar).

Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt V/1, 2, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri – Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, (Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri – Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri).

Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt V/ 1, 3, Borçların İfası - Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları: Borçların İfa Edilmemesi - Borçlunun Temerrüdü, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Antalya, Gökhan: Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, Cilt I, Hukuk Teorisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

Antalya, O. Gökhan: “Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları”, Yargıtay Dergisi, C. 18, S. 71, Y. Ocak – 1975, s. 365 – 395, (Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı).

Apathy, Peter: Animus novandi, Springer Verlag, Wien, 1975.

Aral, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Takas, Savaş Yayınları, Ankara, 1994.

Arat, Ayşe: Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 2, Y. 2018, s. 325 – 366.

Arat, Ayşe/ Ercan Özler, Meltem: “Konkordato – İbra İlişkisi Çerçevesinde Konkordatonun Bir Tür İbra Olup Olmadığı Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 145, Y. Eylül 2018, s. 14 – 28.

Arık, Fikret: “Borç Ödemekten Aciz Vesikası”, Adliye Ceridesi, S. 11, Y. 1943, s. 939 - 953.

Arkan, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 16. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012.

Arndts von Arnesberg, Karl Ludwig: Lehrbuch der Pandekten, Verlag der J. G. Cotta’schen Buchhandlung, Stuttgart, 1877.

Arnold, Stefan: Vertrag und Verteilung – Die Bedeutung der iustitia distributiva im Vertragsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

Aslan, Memduh: “Mirasçıların Vergi Borçlarından Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 17, S. 3 – 4, Y. 2011, s. 127 – 144.

Arslandoğan, Birce: Rehnin Paraya Çevrilmesi Yolu İle Takip Yapma Zorunluluğu, On İki Levha Yayıncılık, 2023.

Ataay, Aytekin: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, Üçüncü Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.

- Atamulu, İsmail/ Köroğlu, Emre:** “Türk Borçlar Hukukunda Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi Sebebiyle Borcun Sona Ermesi (TBK m. 135)”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, Y. 2018, s. 149 – 181.
- Ateş, Derya:** Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, (Genel Ahlâka Aykırılık).
- Ateş, Derya:** Borçlunun Temerrüdünde Aynen İfa, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, (Borçlunun Temerrüdü).
- Ateş, Derya:** “İrade Özerkliği Kapsamında MK. 23/II Hükmü ve Karar Özgürlüğü”, Ankara Barosu Dergisi, C. 65, S. 2, Y. Bahar 2007, s. 135 - 148.
- Ayan, Mehmet:** Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Ayan, Mehmet:** Miras Hukuku, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, (Miras Hukuku).
- Ayan, Serkan:** “Emeğini veya Gelirini Aileye Özgüleyen Altsoyun Denkleştirme Alacağı ve Almanya Örneği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, Y. 2010, s. 25 – 83.
- Ayan, Serkan:** Kefalet Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, (Kefalet Sözleşmesi).
- Ayan, Serkan:** Zamanaşımının Durması ve Zamanaşımının Kesilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Ayçiçek, Zehra:** Birleşme Sebebiyle Borcun Sona Ermesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2022.
- Aydoğdu, Murat/ Nart, Serdar:** “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Satış ve Eser Sözleşmelerinde Ayıp Sorumluluğuna Yönelik Zamanaşımı Hükümlerini (Art. 210 ve 371 OR) Revize Eden 16 Mart 2012 Tarihli İsviçre Federal Kanunu’nun

Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 134, Y. Ocak - Şubat 2018, s. 451 - 486.

Aydos, Oğuz Sadık: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.

Ayiter, Kudret: Klâsik Roma Hukukunda *Dos*'un Tesisi, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1958.

Ayiter, Kudret: Roma Aile Hukuku Dersleri, İkinci Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1963.

Ayiter, Nuşin: “Organstransplantation als Privatrechtliches Problem”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 32, S. 1, Y. Ocak 1975, s. 173 – 184.

Ayiter, Nuşin: “Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1 – 2, Y. 1968, s. 137 – 144.

Ayrancı, Hasan: Ön Sözleşme, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

Ayrancı, Hasan: Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

Ayrancı, Hasan: “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 2, Y. 2004, s. 95 - 120.

Badur, Emel: “Organ veya Doku Verme Borcu Altına Giren Kişinin Cayması”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. Nisan 2020, s. 275 – 312.

Balmer, Dominik: Die Naturalobligation: Von Rome bis Heute – unter besonderer Berücksichtigung der kantonalen Zivilgesetzbücher, Schulthess Medias Juridiques SA, Zürich, 2018.

Barlas, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1992.

Başalp, Nilgün: Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Bauer, Christoph: Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang: Unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes, (Diss.), Dike Verlag, Zürich, 2010.

Bauer, Thomas/ **Bauer**, Christoph: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020.

Beck, Emil: Das neue Bürgschaftsrecht: Kommentar, Schulthess & Co., Zürich, 1942.

Becker, Hermann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1 - 183, Hrsg. Becker, Hermann, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1941, (K SZO I).

Becker, Hermann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184 - 551, Hrsg. Gmür, M., Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1934, (K SZO II).

Bekker, Ernst Immanuel: Die Aktionen des Römischen Privatrechts, Erster Band, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1871, (Die Aktionen).

Bekker, Ernst Immanuel: Über die Naturalobligationen, Jahrbuch des Gemeinen deutschen Rechts (JhrbGDR), Vierter Band, 1860, (Naturalobligationen).

Berger, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, American Philosophical Society, Philadelphia, 1953.

Berki, Şakir: Borçlar Hukuku: Umumi Hükümler, Üçüncü Tab'ı, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1962.

Berki, Şakir: Roma Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1949, (Roma Hukuku).

Berki, Şakir: “Türk Medenî Kanununda Miras Hukukunun Esasları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 31, S. 1, Y. 1974, s. 199 – 221.

Berkin, Necmettin, M: İflâs Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.

Bernstein, Herbert/ **Zekoll**, Joachim: “The Gentleman’s Agreement in Legal Theory and in Modern Practice”, American Journal of Comparative Law Supplement, 46, 1998, s. 87 - 110, (HeinOnline, SET.: 08.07.2022).

Berti, Stephen V.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 1h: Das Erlöschen der Obligationen, Zweite Lieferung, Art. 127 - 142 OR, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2002.

Bilge, Necip: Borçlar Hukuku: Özel Borç Münasebetleri, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1962.

Bilge, Necip: “Cezai Şart”, Ahmet Esat Arsebük’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 124, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958, s 37 – 129, (Cezai Şart).

Bilge, Necip: “Kefilin Mesuliyetinin Şümülü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1 – 2, Y. 1956, s. 86 – 171, (Kefilin Mesuliyeti).

Bilge, Necip: “Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 1, Y. 1958, s. 7 – 15, (Kumar ve Bahis).

Bilgen, Mahmut: Özel Hukukta Zamanaşımı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Birks, Peter: The Roman Law of Obligations, Oxford University Press, United Kingdom, 2014.

Birsen, Kemaleddin: Borçlar Hukuku Dersleri: Borçların Genel Hükümleri, Dördüncü Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967.

Bix, Brian: “The Natural Law Tradition: Natural Law Theory”, A Companion to Philosophy and Legal Theory, Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 1996, s. 8 – 19.

Bork, Reinhard: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.

- Borkowski, Andrew/ Plessis, Paul J. du:** Textbook on Roman Law, Oxford University Press, New York, 2005.
- Bornemann, Friedrich Wilhelm Ludwig:** Von den Rechtsgeschäften überhaupt und von Verträgen insbesondere, nach Preußisches Privatrecht, 2. Auflage, Jonas Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1833.
- Bozdogan, Abdulkadir:** 101 Soruda Konkordato Rehberi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Bozgeyik, Hayri/ Yavaş, Mahmut:** “Karşılaştırmalı Hukukta ve Uygulamada Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 100, Y. Aralık 2014, s. 299 – 311.
- Bönner, Max:** Grenzen der Akzessorietät der Bürgschaft, (Diss.), Köln, 1948.
- Bracher, Nicolas:** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Vertragsverhältnisse, Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Hrsg. Huguenin, Claire/ Müller - Chen, Markus, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2016.
- Briner, Alfred:** Die Schuldübernahme im schweizerischen Internationalprivatrecht, Verlag H. R. Sauerländer & Co., Aarau, 1947.
- Brinz, Alois:** Lehrbuch der Pandekten, Erster Band, Zweite Auflage, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1873.
- Brinz, Alois:** Lehrbuch der Pandekten, Zweiter Band, Erste Abteilung, Zweite Auflage, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1879.
- Brinz, Alois:** Lehrbuch der Pandekten, Dritter Band, Zweite Abteilung, Zweite Lieferung, Zweite Auflage, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1889.
- Brox, Hans/ Walker, Wolf – Dietrich:** Allgemeiner Teil des BGB, 44. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2020.

- Brox, Hans/ Walker, Wolf – Dietrich:** Allgemeines Schuldrecht, Verlag C. H. Beck München, 2013, (AS).
- Brox, Hans/ Walker, Wolf - Dietrich:** Besonderes Schuldrecht, 38. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2014, (BS).
- Brödermann, Eckart:** BGB: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsg. Prütting, Hans/ Wegen, Gerhard/ Weinreich, Gerd, 17. Auflage, Luchterhand Verlag, Hürth, 2022.
- Brudermüller, Gerd:** Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare, 76. Auflage, Verlag C. H Beck oHG., München, 2017.
- Bucher, Eugen:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht), 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1988, (SOR AT).
- Bucher, Eugen:** Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1988, (SOR BT).
- Buckland, William Warren:** A Manual of Roman Private Law, Scientia Verlag, Aalen, 1981, (MRPL).
- Buckland, William Warren:** A Text – Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge University Press, New York, 2007, (Text Book).
- Buckland, William Warren:** The Main Institutions of Roman Law, Cambridge University Press, New York, 1931, (Institutions).
- Buckland, William Warren:** The Roman Law of Slavery – The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Julian, Cambridge University Press, London, 1908, (Slavery).
- Budak, Ali Cem:** İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

- Buluttekin**, Derya: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Tahkimin Değerlendirilmesi (HMK m. 407 – 444)”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 47, Y. 2022, s. 661 – 702.
- Burkhalter**, Peter R: Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG., Zürich, 2009.
- Buruloğlu**, Enver/ **Reyna**, Yuda: Konkordato Hukuku ve Tatbikat, Yörük Matbaası, İstanbul, 1968.
- Buz**, Ahmet Gökhun: Eksik Borçlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, (Eksik Borçlar).
- Buz**, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, (Yenilik Doğuran Haklar).
- Bühler**, Roland: Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG., Zürich, 2009.
- von Büren**, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Schulthess & CO. AG, Zürich, 1964, (SOR AT).
- von Büren**, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1972, (SOR BT).
- Büyüknacar**, Gönül: “Yargı Kararları Işığında Simsarlık Sözleşmesine İlişkin Ücret Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül - Ekim 2021, Yıl. 34, S. 156, Y. 2021, s. 217 - 270.
- Canbolat**, Ferhat: “Def’i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Y. Haziran 2008, s. 255 – 270.

- Canbolat**, Ferhat: “Müteselsil Borcun Sona Erme Sebepleri – Borçlar Kanunu Tasarısındaki İlgili Hükümlerin Kısa Değerlendirmesiyle Birlikte”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Yıl. 66, Y. Yaz 2008, s. 68 – 81.
- Canbolat**, Ferhat/ **Gönül Koşar**, Günhan: “Organ Nakline İlişkin Rızanın Geri Alınması Halinde Alıcının Başvurabileceği Hukuki İmkânlar”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 1, Y. 2022, s. 129 – 151.
- Cansel**, Erol/ **Özel**, Çağlar: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt I, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, (BHGH).
- Cansel**, Erol/ **Özel**, Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C. 8, Özel Sayı, Y. 2013, s. 713 – 733, (Ceza Koşulu).
- Cometta**, Flavio: Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG., Zürich, 2009.
- Cornioley**, Pierre: Naturalis Obligatio, Essai Sur L’origine et L’évolution de la Notion en Droit Romain, Imprimerie du Journal de Genève, Genève, 1964.
- Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575 – 639), Cilt II, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Çağl**, Orhan Münir: “On Dokuzuncu Asrın Sonu ile Yirminci Asrın İlk Yarısında Alman Hukuk Felsefesinde Bazı Önemli Gelişmeler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 19, S. 1 - 2, Y. 1953, s. 377 - 399.
- Çağlayan Aksoy**, Pınar: “Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engelleyen TBK madde 81 Hükümü Üzerine Bir İnceleme”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 31, S. 4, Y. Aralık 2015, s. 131 – 178.
- Çelebican**, Özcan: “Roma Egemenliği: Yurttaşlık ve Kölelik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1, Y. 1993, s. 299 - 311.

Çelik, Ahmet Çelik: Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004.

Çeliktas, Demet: “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1 - 4, Y. 1987, s. 593 – 641.

Çetiner, Bilgehan/ **Furrer**, Andreas/ **Müller – Chen**, Markus: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Çukadar, Neslihan: Borç İlişkilerinde Def’i Hakkı ve İtirazlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Däppen, Robert K.: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020.

Davran, Bülent: “Medeni Hukukta Masraf ve Sarfiyat”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 11, S. 1 - 2, Y. 1945, s. 288 - 310.

Dayınlarlı, Kemal: Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, 3. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2008.

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

Demiray, Mustafa: Hak Zail Olmaz: Roma, Türk ve İslâm Hukuklarında Eksik Borç, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2009, (Eksik Borç).

Demiray, Mustafa: “Roma Hukukundan Türk Hukukuna Eksik Borç Kavramı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 585, (Armağan).

Demirsatan, Barış: “Medenî Kanuna Göre Senede Bağlanmamış Alacak Rehni Kapsamında Rehinli Alacaklının Paraya Çevirme Bakımından Olanakları”,

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 2021, s. 161 – 185.

Demir Tokelli, Pınar Özlem: Türk Medeni Kanunu’nda Mirasta Denkleştirme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012.

Deliduman, Seyithan: “Borç Ödemeden Aciz Belgesinin Maddi Hukuk Alanındaki Hüküm ve Sonuçlarından Aciz Belgesine Bağlanmış Alacağın Zamanaşımına Uğramaması”, A. Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S: 1, Y. 1 Ocak 1998, s. 187 – 198.

Dennhardt, Joachim: BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 1 - 480 Kommentar, Hrsg. Hau, Wolfgang/ Poseck, Roman, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2023.

Dernburg, Heinrich: Pandekten, Zweiter Band, 5. Auflage, Verlag von H. W. Müller, Berlin, 1897, (1897).

Dernburg, Heinrich: Pandekten, Zweiter Band, 7. Auflage, Verlag von H. W. Müller, Berlin, 1903, (1903).

Develioğlu, Hüseyin Murat: Takas, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Di Marzo, Salvatore: Roma Hukuku, Çev.: Ziya Umur, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1954.

Dilcher, Hermann: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Erstes Buch: Allgemeiner Teil, §§ 90 – 240, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1980.

Doğan, Güzide Burcu: Roma Hukukunda Eksik Borç (Obligatio Naturalis), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.

Doğan, Murat: “Nişanlanmanın Sona Ermesi Halinde Hediye­lerin Geri Verilmesi”, A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Y. 1998, s. 199 – 238.

- Doğan, Özgür:** “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Konya Barosu Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 2017, s. 37 – 55.
- Dorn, Franz:** Historisch - kritischer Kommentar zum BGB, Band III, Schuldrecht: Besonderer Teil, 2. Teilband, §§ 657 - 853, Hrsg. Schmoeckel, Mathias/ Rückert, Joachim/ Zimmermann, Reinhard, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- Duff, Patrick William:** Personality in Roman Private Law, Cambridge University Press, London, 1938.
- Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper:** Türk Özel Hukuku: Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Dural, Mustafa/ Öz, Turgut:** Türk Özel Hukuku, Cilt IV: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- Dural, Mustafa/ Sarı, Suat:** Türk Özel Hukuku, Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Durgut, Ramazan:** Cari Hesap Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Edis, Seyfullah:** “Birlikte Yaşadığı Ailesine Emeğini veya Gelirlerini Tahsis Eden Reşit Çocuğun Muhik Tazminat Alacağı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Y: 1964, s. 369 – 419.
- Edgü, Ekrem:** “Carî Hesap Sözleşmesi”, Bursa İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 1972, s. 254 - 261.
- Edmondson, Jonathan:** Augustus, Edinburgh University Press Ltd., Edinburgh, 2009.
- Elbir, Halid Kemal:** “Cari Hesapta Tecdit Meselesi ve Bu Hususta Türk Hukukunun Kabul Ettiği Hal Tarzı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 14, S. 1 - 2, Y. 1948, s. 296 - 315.
- Elçin Grassinger, Gülçin:** Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, Alfa Basım - Yayım - Dağıtım, İstanbul, 1996.

- Ellenberger, Jürgen:** Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare, 76. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2017.
- Emiroğlu, Haluk:** Ius Gentium: Kavimler Hukuku, Değişim Yayınları, İstanbul, 2007, (Ius Gentium).
- Emiroğlu, Haluk:** Roma Hukuku'nda Eksik Borç (*Obligatio Naturalis*) Olarak Doğan Eksik Borçlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 51, S. 4, Y. 2002, s. 73 - 82, (*Obligatio Naturalis*).
- Emiroğlu, Haluk:** Roma Hukukunda Kadının Durumu, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2003.
- Engel, Pierre:** Traité des Obligations en Droit Suisse, Éditions Ides et Calendes, Neuchatel, 1973.
- Engin, Baki İlkay:** Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.
- Enneccerus, Ludwig/ Lahmann, Heinrich:** Recht der Schuldverhältnisse, Verlag J. C. B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1958.
- Enneccerus, Ludwig/ Nipperdey, Hans Carl:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Halbband, Verlag J. C. B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1960.
- Entenza-Escobar, Pedro F.:** "Natural and Moral Obligations", The Journal of Catholic Legal Studies (The Catholic Lawyer), Vol. 8, S. 4, Y. 1962, s. 308 – 319.
- Ercoskun Şenol, H. Kübra:** Türk Borçlar Kanunu'na göre Alacağı Devredenın Garanti Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Erdem, Mehmet:** Aile Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Erdem, Mehmet:** Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, (Zamanaşımı).

- Erdem, Mehmet:** “Pey Akçesi - Pişmanlık Akçesi - Dönme Tazminatı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 663 - 684, (Armağan).
- Erdoğan, İhsan:** “Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S.1, Y. 1997, s. 114 – 123.
- Erdoğan, Belgin:** Hukukta Latince Teknik Terimler – Özlü Sözler, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.
- Erdoğan, Belgin:** Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul, 2005, (Borçlar Hukuku).
- Erdoğan, Belgin:** Roma Hukuku (Tarihi Giriş - Hukuk Tarihi - Genel Kavramlar), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, (Tarihi Giriş).
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, (BHGH).
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, (BHÖH).
- Eren, Fikret:** “Mirasta İade”, Adalet Dergisi, Yıl: 54, S. 5 - 8, Y. Mayıs – Ağustos 1963, s. 720 – 741.
- Eren, Fikret/ Dönmez, Ünsal:** Eren Borçlar Hukuku Şerhi: Cilt I, m. 1 – 48, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, (Şerh I).
- Eren, Fikret/ Dönmez, Ünsal:** Eren Borçlar Hukuku Şerhi: Cilt II, m. 49 - 82, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, (Şerh II).
- Eren, Fikret/ Dönmez, Ünsal:** Eren Borçlar Hukuku Şerhi: Cilt III, m. 83 – 206, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, (Şerh III).
- Eren, Fikret/ Dönmez, Ünsal:** Eren Borçlar Hukuku Şerhi: Cilt IV, m. 207 - 392, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

- Eren, Fikret/ Dönmez, Ünsal:** Eren Borçlar Hukuku Şerhi: Cilt V, m. 393 – 646, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, (Şerh V).
- Eren, Fikret/ Yücer Aktürk, İpek:** Türk Miras Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Ergüne, Mehmet Serkan:** Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.
- Ergüne, Mehmet Serkan:** Olumsuz Zarar, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- Ernst, Wolfgang:** Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020.
- Ernst, Wolfgang:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Schuldrecht, Allgemeiner Teil I, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina, 9. Auflage, Verlag C. H Beck oHG., München, 2022.
- Ertas, Şeref:** Eşya Hukuku, 10. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 2012.
- Escher, A./ Escher, Arnold:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang, (Art. 537 - 640), 3. Auflage, Schulthess & CO. AG., Zürich, 1960.
- Esener, Turhan:** Borçlar Hukuku I: Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK. m. 1 – 40), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 246, Ankara, 1969.
- Esser, Josef:** Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1968, (AT).
- Esser, Josef:** Schuldrecht, Band II: Besonderer Teil, 3. Auflage, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1969.
- Esser, Josef/ Weyers, Hans - Leo:** Schuldrecht, Band II: Besonderer Teil, 7. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991.

- Esswein, Arnold:** Unvollkommene Verbindlichkeiten – Ein Beitrag zur Dogmatik des Schuldrechts, Heidelberg, 1932.
- Faust, Florian:** Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, 2021.
- Fehrenbacher, Oliver:** BGB: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsg. Prütting, Hans/ Wegen, Gerhard/ Weinreich, Gerd, 17. Auflage, Luchterhand Verlag, Hürth, 2022.
- Fervers, Matthias:** German Civil Code, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB): Volume I, Books 1 - 3: §§ 1 - 1296, Hrsg. Dannemann, Gerhard/ Schulze, Reiner/ Watson, Jonathon, C.H. Beck, München, 2020.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmettin:** Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmettin:** Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt I, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2171, İstanbul, 1976, (Genel Hükümler I).
- Feyzioğlu, Feyzi Necmettin:** Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt II, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2282, 1977, (Genel Hükümler II).
- Feyzioğlu, Feyzi Necmettin:** “Cezai ve Hukuki Cepheleriyle Kumar ve Bahis”, Ahmet Esat Arsebük’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 124, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958, s. 129 – 214.
- Fichte, Johann Gottlieb:** Das System der Sittenlehre, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1963.
- Fikentscher, Wolfgang/ Heinemann, Andreas:** Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Auflage, Walter de Gruyter GmbH., Berlin, 2017.
- Finnis, John:** Natural Law and Natural Rights, Oxford University Press, 2. Edition, New York, 2001.
- Fisch, Hermann:** Verträge mit Spielcharakter nach schweizerischem Obligationenrecht, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1928.

- Flume**, Werner: Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Mohr Siebeck, 2003.
- Franko**, Nisim: “Alacağın Temliki”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 49, S. 1, Y. 1994, s. 177 - 197.
- Franko**, Nisim: Pey Akçesinin Mahiyeti, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1 – 2, Y. 1996, s. 249 – 262.
- Frenzel**, Georg: Über die Entstehung des römischen Rechtsbegriffs naturalis obligatio, Druck und Verlag Breit und Härtel, Leipzig, 1897.
- Fuchs**, Maximilian: “Naturalobligation und unvollkommene Verbindlichkeiten im BGB”, Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1999, s. 123 – 144.
- Gamauf**, Richard: Handbuch des Römischen Privatrechts: Band I, §§ 1 – 58, Hrsg. Babusiaux, Ulrike/ Baldus, Christian/ Ernst, Wolfgang/ Meissel, Franz - Stefan/ Platschek, Johannes/ Rüfner, Thomas, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023.
- Gauch**, Peter/ **Schluep**, Walter R.: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Band I, 6. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1995, (SOR AT I).
- Gauch**, Peter/ **Schluep**, Walter R.: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Band II, 6. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG., Zürich, 1995, (SOR AT II).
- Gautschi**, Georg: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 5. Teilband: Kreditbrief und Krediauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Hrsg. Meier - Hayoz, Arthur, Verlag Stämpfli & Cie., Bern, 1964.
- Geiger**, Theodor: Über Moral und Recht, Duncker & Humblot, Berlin, 1979.

- Georgesco, A.:** “Roma Hukuku ve Modern Dünya Düşüncesi”, Çev.: Bülent Tahiroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 42, S. 1 - 4, Y. 1976, s. 585 - 601.
- Gernhuber, Joachim:** Das Schuldverhältnis – Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989.
- Gernhuber, Joachim/ Coester – Waltjen, Dagmar:** Familienrecht, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010.
- Giger, Hans:** Rechtsfolgen norm– und sittenwidriger Verträge, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1989.
- Giovanoli, Silvio:** Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 7. Teilband, Hrsg. Meier - Hayoz, Arthur, Verlag Stämpfli & Cie. AG., Bern, 1978, (BernerK).
- Giovanoli, Silvio:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht, Band VI, Kommentar zum revidierten Bürgschaftsrecht, Hrsg. Becker, H., Verlag vom Stämpfli & Cie., Bern, 1942, (Kommentar zum Bürgschaftsrecht).
- Girsberger, Daniel/ Hermann, Johannes Lukas:** Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020.
- Gottwald, Peter:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht: Allgemeiner Teil II, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2022.
- Goudy, Henry:** “*Capitis Deminutio* in Roman Law”, Juridical Review, Vol. 9, No. 2, 1897, s. 132 - 142, (HeinOnline, SET.: 13.05.2022).

- Gönen**, Doruk: “Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarının TMK m 617 Kapsamında Korunması”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 80, S. 3, Y. 2022, s. 847 – 879.
- Gönül Koşar**, Günhan: “Kefilin Asıl Borç İlişkisinden Doğan Savunma İmkânlarına Başvurabilmesinin Sınırları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl. 13, S. 52, Y. Ekim 2022, s. 289 - 322.
- Görgün**, L. Şanal/ **Börü**, Levent/ **Kodakoğlu**, Mehmet: İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Gradenwitz**, Otto: “Natur und Sklave bei der Naturalis Obligatio”, Festgabe der Juristischen Fakultät zu Königsberg für ihren Senior Johann Theodor Schirmer, Hartungsche Verlagsdruckerei, Königsberg, 1900, s. 137 - 179.
- Grigoleit**, Christoph/ **Herresthal**, Carsten: BGB: Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2015.
- Grotius**, Hugo: Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis), Seçmeler, Çev.: Seha L. Meray, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 222 – 204, Ankara, 1967.
- Gröger**, Alfred: Bürgschaft und Schuldübernahme: Ihre Abgrenzung, (Diss.), Leipzig, 1932.
- Grüneberg**, Christian: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck’sche Kurz Kommentare, 76. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2017.
- Gubler**, Heinz: Die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen (Art. 626 ZGB), (Diss.), Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1941.
- Guggenbühl**, Adolf: Die Liegenschaftenmäklerei, Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co., Aarau, 1951.
- Guhl**, Theo/ **Koller**, Alfred - **Guhl**, Theo/ **Schnyder**, Anton K.: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2000.

- Gursky**, Karl – Heinz: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Drittes Buch: Sachenrecht, §§ 985 – 1011, Sellier – de Gruyter, Berlin, 1999.
- Gül**, Neytullah: “Simsarın Ücret Hakkı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, Y. 2016, s. 2795 – 2820.
- Günergök**, Özcan: Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, (BHGH).
- Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, Cilt II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Gümüş**, Mustafa Alper: Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, (İbra Sözleşmesi).
- Günel**, Nadi: Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (*Condictio Indebiti*), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 504, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları No: 20, Ankara, 1996.
- Günel**, Nadi: Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Günel**, Nadi: “Roma Miras Hukuku’na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1, Y. 1995, s. 425 – 442.
- Güneş Ceylan**, Seldağ: Roma Hukukundan Günümüze Velayet – Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Günsay**, Töre: “Kefalet Sözleşmesinin Fer’iliği İlkesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertuş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı 2017, s. 1079 – 1101.

- Günveren, G. Burcu:** “Ius Civile’nin Tanındığı Azat Etme Muameleleri ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 76, S. 2, Y. 2018, s. 529 – 557.
- Gürdoğan, Burhan:** “İcra – İflâs Takiplerinde Borçlunun Tamamen veya Kısmen Aczini Tesbit Eden Vesikalar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 2, S. 1, Y. 1963, s. 14 – 37, (Vesikalar).
- Gürdoğan, Burhan:** Türk ve İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ajans - Türk Matbaası, Ankara, 1967, (Rehnin Paraya Çevrilmesi).
- Gürten, Kadir:** Roma Hukuku’nda Kefalet Akdi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- Güven, Kudret:** “Eksik Borçlar, Temel Özellikleri ile Hüküm ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Y. 2016, s. 37 - 72.
- Habersack, Mathias:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Schuldrecht, Besonderer Teil IV, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2020.
- Hägerström, Axel:** Der Römische Obligationsbegriff: Im Lichte Der Allgemeinen Römischen Rechtsanschauung I, Otto Harrassowitz, Leipzig, 1927.
- Hägerström, Axel:** Der Römische Obligationsbegriff: Im Lichte Der Allgemeinen Römischen Rechtsanschauung II, Otto Harrassowitz, Leipzig, 1941, (Zweiter Band).
- Hägerström, Axel:** Inquiries Into the Nature Of Law and Morals, Almqvist & Wiksells Boktryckeri Aktiebolag, Uppsala, 1953.
- Hauptli, Matthias:** Praxiskommentar: Erbrecht, Hrsg. Abt, Daniel/ Weibel, Thomas, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007.

- Hahn, Anne – Catherine:** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Hrsg. Furrer, Andreas/ Schnyder, Anton K., Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2016.
- Hartung, Gerald:** Die Naturrechts– debatte, Geschichte der Obligatio vom 17. bis 20. Jahrhundert, 2. Auflage, Verlag Karl Alber, München, 1999.
- Hasler, Georg:** Die Schuldübernahme in der Theorie und im schweizerischen Recht, Aktien - Buchdruckerei, Zürich, 1911.
- Hatemi, Hüseyin:** Aile Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, (Aile Hukuku).
- Hatemi, Hüseyin:** Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle B.K. 65 Kuralı), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976, (Hukuka ve Ahlâka Aykırılık).
- Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, K. Emre:** Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Hatipoğlu Aydın, Duygu:** “Hukuk - Ahlak İlişkisi Bağlamında Türk Hukukunda Kumar”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 2, Y. 2021, s. 1477 - 1499.
- Hattenhauer, Hans:** Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2000.
- Hausheer, Heinz/ Reusser, Ruth/ Geiser, Thomas:** Berner Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung, Das Eherecht, 3. Teilband, Das Güterrecht der Ehegatten, Verlag Stämpfli, Bern, 1996.
- Hausmaninger, Herbert/ Selb, Walter:** Römisches Privatrecht, 8. Auflage, Böhlau Verlag, Wien, 1997.
- Heck, Philipp:** Grundriß des Schuldrechts, Scientia Verlag, Tübingen, 1929.

- Heiss**, Helmut: Formmängel und ihre Sanktionen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1999.
- Heitz**, Karl: Die unvollkommene Obligation im schweizerischen Recht, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1940.
- Helvacı**, İlhan: Gerekçeli – Karşılaştırmalı – İçtihatlı – Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.
- Hellwig**, Konrad: Anspruch und Klagrecht, A. Deichert’sche Verlagsbuchhandlung Nachf., Leipzig, 1910.
- Henrich**, Wolfgang: BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 1 - 480 Kommentar, Hrsg. Hau, Wolfgang/ Poseck, Roman, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2023.
- Herrler**, Sebastian: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck’sche Kurz Kommentare, 76. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2017.
- Herzog**, Nicholas R.: Der Vorvertrag im Schweizerischen und Deutschen Schuldrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag AG., Zürich, 1999.
- Hızır Arsav**, Fatma: “Sulh Sözleşmesinin Konusunun Sınırları”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, Y. 2018, s. 11 – 42.
- Hinderling**, Hans: Schweizerisches Privatrecht, V/1, Fünfter Band: Sachenrecht, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG., Basel, 1977.
- Hirsch**, Christoph: Schuldrecht: Besonderer Teil, 4. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden - Baden, 2016.
- Hochstrasser**, Michael: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Vertragsverhältnisse, Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Hrsg. Huguenin, Claire/ Müller - Chen, Markus, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2016.

- Hombberger**, Arthur: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch, Art. 919 – 977, Schulthess & Co., Zürich, 1938.
- Honig**, Richard: Roma Hukuku Dersleri, Çev.: Dr. Şemseddin Talip, Ahmed İhsan Matbaası, İstanbul, 1935.
- Honsell**, Heinrich: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, (BSK OR I).
- Honsell**, Heinrich: “Naturalis Obligatio”, Iuris Vincula – Studi in onore di Mario Talamanca, Vol. 4, Napoli, 2001, s. 365 – 385, (Naturalis Obligatio).
- Honsell**, Heinrich: Römisches Recht, Springer – Verlag, Heidelberg, 2010, (Römisches Recht).
- Honsell**, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil, 9. Auflage, Stämpfli Verlag AG., Bern, 2010, (SOR BT).
- Horn**, Norbert: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 741 – 822, 12. Auflage, J. Schweitzer Verlag KG. Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1986.
- Huber**, Ueli: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Art. 88 – 220, Hrsg. Stehelin, Adrian/ Bauer, Thomas/ Staehelin, Daniel, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG., Basel, 1998.
- Huguenin**, Claire: Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Schulthess & CO. AG., Zürich, 2008, (AT).
- Huguenin**, Claire: Obligationenrecht: Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2008, (BT).

- Huwiler**, Bruno: Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 456 ZGB, Hrsg. Geiser, Thomas/ Fountoulakis, Christiana, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018.
- Iversen**, Malte: Die Akzessorietät als Zurechnungsmodell des Bürgschaftsrechts, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.
- İkizler**, Metin: “Centilmenlik Anlaşmaları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertuş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı - 2017, s. 415 - 441.
- İnan**, Ali Naim/ **Yücel**, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- İmre**, Zahit/ **Erman**, Hasan: Miras Hukuku, Der Yayınları, 10. Basım, İstanbul, 2014.
- İpek**, Nurcan: “Roma Hukukunda Yardım Nafakası Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 3, Y. 2013, s. 277 – 290.
- İşgüzar**, Hasan: Yeni Türk Medeni Kanunu’na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Jaeger**, Karl/ **Walder**, Hans Ulrich/ **Kull**, Thomas M.: Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 5. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2006.
- Jahr**, Günther: Litis Contestatio – Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktionen und im Formularverfahren, Böhlau Verlag, Köln, 1960.
- Jolowicz**, H. F.: Historical Introduction to the Study of Roman Law, Cambridge University Press, Great Britain, 1939.
- Jolowicz**, H. F.: Historical Introduction to the Study of Roman Law, Spottiswoode, Ballantyne and Co. Ltd., Colchester, 1952.
- Joussen**, Jacob: Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2017.

Jörs, Paul/ Kunkel, Paul/ Wenger, Leopold: Römisches Privatrecht, Springer – Verlag, Heidelberg, 1949.

Kaduk, Huber: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Auflage, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 398 - 432, Dr. Arthur L. Sellier & Co. -Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1994.

Kaestner, Franz Rudolf: Die rechtliche Natur der unvollkommenen Verbindlichkeiten, Druck von Reinhold Berger, Luca, Leipzig, 1933.

Kahraman, Zafer: Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

Kale, Serdar: “7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato”, Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. 2018, s. 213 – 270.

Kapancı, Kadir Berk: Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, 2. Tıpkı Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, (Birlikte Borçluluk).

Kapancı, Kadir Berk: “Dönme Cezası (TBK m. 179 f. 3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 2, Y. 2016, s. 247 – 270, (Cayma Parası).

Kapancı, Kadir Berk: “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 655 – 683, (Götürü Tazminat).

Kaplan, İbrahim: Türk Borçlar Hukuku: TBK. Madde 1 - 206 (Genel Hükümler), Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Karaaslan, Muzaffer: “*Peculium*’un Roma Ekonomik Hayatındaki Rolü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı 2017, s. 2251 - 2269.

Karadeniz, Özcan: “Roma Hukukunda *Peculium* Müessesesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 3, Y. 1968, s. 179 - 194.

Karadeniz Çelebican, Özcan: Roma Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

Kara Kılıçarslan, Seda: “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1 – 2, Y. 2009, s. 43 – 59.

Karauz, Agah Kürşat: “Sulh Sözleşmesi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Y. Aralık 2011, s. 169 – 204.

Karlı, Özlem: Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanınması (Mücerret Borç İkrarı) BK. mad. 17, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Kaser, Max: Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971, (DRP I).

Kaser, Max: Das Römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1975, (DRP II).

Kaser, Max: Das Römische Zivilprozessrecht, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck), München, 1966, (Zivilprozessrecht).

Kaser, Max/ Knütel, Rolf/ Lohsse, Sebastian: Römisches Privatrecht, C. H Beck, München, 2021.

Kaşak, Fahri Erdem: “Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 2, Y. Aralık 2020, s. 1242 - 1263.

Kaulbach, Friedrich: “Moral und Recht in der Philosophie Kants”, Recht und Ethik: Zur Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1970, s. 43 – 75.

Kavak, Yalçın: Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil, Kayhan Matbaacılık, İstanbul, 2015.

- Kaya**, Ayşegül: Mal Ortaklığı Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Kayak**, Sevgi: “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, Y. 2018, s. 249 – 302.
- Kayak**, Sevgi: Roma Hukukunda Borçlu Temerrüdü (Mora Debitoris), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003, (Mora Debitoris).
- Keller**, Eduard L.: Die Rechtsstellung des unrechtmässigen Besitzers gegenüber dem Herausgabeberechtigten nach Art. 938 ff. ZGB, Ernst Lang, Zürich, 1940.
- Kersting**, Wolfgang: Kant über Recht, Mentis Verlag, Paderborn, 2004.
- Kılıç**, Mehmet: Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Aile Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, (Aile Hukuku).
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, (BHGH).
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, (BHÖH).
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, (Eşya Hukuku).
- Kılınç**, Ayşe: “Mahkeme Dışında Yapılan Sulh ve Yargılamaya Etkisi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S. 2, Y. 2019, s. 503 – 521.
- Kılınç**, Ayşe Nur/ **Kılınç**, Ahmet: “Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısında Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, Y. 2019, s. 103 – 118.

- Kiene, Sörren/ Wigginghaus, Nils:** German Civil Code, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB): Volume I, Books 1 - 3: §§ 1 - 1296, Hrsg. Dannemann, Gerhard/ Schulze, Reiner/ Watson, Jonathon, C.H. Beck, München, 2020.
- Killias, Laurent/ Wiget, Matthias:** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Hrsg. Furrer, Andreas/ Schnyder, Anton K., 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2016.
- Kipp, Theodor:** Das römische Recht, Stilke, Berlin, 1930.
- Kipp, Theodor/ Coing, Helmut:** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Fünfter Band: Erbrecht, 13. Bearbeitung, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1978.
- Kizir, Mahmut:** Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Klingmüller, Fritz:** Die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit: Eine historisch - dogmatische Untersuchung, Berlin, 1905.
- Kocaağa, Köksal:** Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Kocaoğlu, N. Kağan:** “Roma Hukukunda Adlî Teşkilatlanma”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2013/1, Yıl. 71, 2013, s. 185 - 200.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem - Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Mirasta İade Mefhumu ve Murisin İadeye Tabi Kazandırmaları, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1960.
- Koç, Nevzat:** Türk – İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2002.
- Koçsoy, Murat/ Dinç, Serhan:** “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Muhasebe Uygulamaları Açısından Cari Hesap Kavramı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 73, No. 2, Y. 2018, s. 617 - 641.
- Kohler, Josef:** Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Dr. Walther Rothschild, Berlin, 1909.

- Koller**, Alfred: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020.
- Koller**, Alfred: “Reugelder bei Grundstückkaufverträgen”, ZBJV (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins), 145/2009, s. 73 – 82.
- Koller**, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG., Bern, 2017, (SOR AT).
- Koller**, Alfred: “Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte – Insbesondere Bemerkungen zur Ablieferung als verjährungsauslösendem Moment und zur fünfjährigen Verjährungsfrist von Art. 371 OR”, AJP (Aktuelle Juristische Praxis), 3/2014, s. 303 - 312.
- Konuralp**, Orhan Emre: “Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisinin Verilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı: 2015), s. 2855 - 2880.
- Korkmaz**, Fırat: Roma Hukukunda Stipulatio, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Korkmaz**, Savaş: İfaya Eklenen Ceza Koşulu, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Kortaş**, Arda: Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Koschaker**, Paul/ **Ayiter**, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir, 1993.
- Koyuncuoğlu**, Tennur/ **Koyuncuoğlu**, Hikmet/ **İçöz Koyuncuoğlu**, Ömrüncegül: Borcun ve Sözleşmenin Yenilenmesi (Novatio - Yenileme), Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

- Köbler**, Gerhard: Rechtstürkisch Deutsch - türkisches und türkisch - deutsches Rechtswörterbuch für jedermann, Verlag Franz Vahlen München, 2002.
- Köhler**, Helmut: BGB: Allgemeiner Teil, 44. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2020.
- Köksal**, Mehmet: Das Verlöbnis und seine Auflösung Im deutschen und türkischen Recht. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung der Eltern, Hartung – Gorre Verlag, Konstanz, 1995.
- Köroğlu**, Anıl: “Rehinli Malın Konkordato Mühleti İçinde Paraya Çevrilmesi Yasağı”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 1, s. 139 - 160.
- Kramer**, Ernst A./ **Schmidlin**, Bruno: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Das Obligationenrecht, Band IV, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 – 18 OR, Verlag Stämpfli & Cie. AG., Bern, 1986.
- Kreissl**, Nikolaus: Das Rechtsphänomen in der Philosophie Wilhelm Diltheys, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1970.
- Kreller**, Hans: Römisches Recht, Grundlehren des Gemeinen Rechts – Romanistische Einführung in das Geltende Privatrecht, Springer – Verlag, Wien, 1950.
- Kren Kostkiewicz**, Jolanta: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2014.
- Kren Kostkiewicz**, Jolanta: Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG., Zürich, 2009.
- Kretschmar**, Paul: Die Theorie der Confusion, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1899.

- Kunzte**, Johannes Emil: Die Obligation im Römischen und Heutigen Recht und das Jus Extraordinarium der Römischen Kaiserzeit, J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung, Leipzig, 1886.
- Kunzte**, Johannes Emil: Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts, Hermann Mendelssohn, Leipzig, 1856.
- Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Kuru**, Baki/ **Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku, 28. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Kuru**, Baki/ **Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder: Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Kut**, Ahmet: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Hrsg. Furrer, Andreas/ Schnyder, Anton K., 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2016.
- Küçük**, Eşref: “XII. Yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden Doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 56, S. 4, Y. 2007, s. 111 - 122.
- Küçükgüngör**, Erkan: Roma Hukukunda Vasiyet (*Testamentum*), Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Küçükgüngör**, Erkan: “Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 1, Y. 1996, s. 505 - 531.
- Kühlenbeck**, Ludwig: Entwicklungsgeschichte des Römischen Rechts, II. Band, J. F. Lehmann's Verlag, München, 1913, (Entwicklungsgeschichte).
- Kühlenbeck**, Ludwig: Von den Pandekten bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweiter Theil, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1899, (Pandekten).
- LaFleur Jr.**, Ernest G.: “Natural Obligations”, Louisiana Law Review, Vol. 12, N. 1, November 1951, s. 78 – 93.

- Landolt**, Philip Louis: *Naturalis Obligatio and Bare Social Duty*, Böhlau Verlag, Wien, 2000.
- Langheineken**, Paul: *Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1903.
- Larenz**, Karl: *Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil*, 13. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1982.
- Larenz**, Karl/ **Canaris**, Claus - Wilhelm: *Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband*, 13. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994.
- Leage**, Richard William: *Roman Private Law: Founded on the Institutes of Gaius and Justinian*, Third Edition, Macmillan and Co. Ltd., London, 1961.
- Lee**, Robert Warden: *The Elements of Roman Law*, Sweet & Maxwell, London, 1956.
- Leemann**, Hans: *Der schweizerische Verlustschein*, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1907.
- Leenen**, Detlef: *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, 2. Auflage, Walter de Gruyter GmbH., Berlin, 2015.
- Lehmann**, Heinrich/ **Hübner**, Heinz: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Erster Band, Walter de Gruyter & CO., Berlin, 1966.
- Lerch**, Emil/ **Tuason**, Vicente: *Die Bürgschaft im schweizerischen Recht*, Polygraphischer Verlag A. -G., Zürich, 1936.
- Levy**, Ernst: "Natural Law in the Roman Period", *University of Notre Dame Natural Law Institute Proceedings*, Vol. 2, 1949, s. 43 - 72.
- Levy**, Ernst: *Weströmisches Vulgarrecht das Obligationenrecht*, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1956.

- Looschelders**, Dirk: Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 14. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2016, (SR AT).
- Looschelders**, Dirk: Schuldrecht: Besonderer Teil, 10. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2015, (SR BT).
- Lorenz**, Stephan: BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 1 - 480 Kommentar, Hrsg. Hau, Wolfgang/ Poseck, Roman, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2023.
- Lorenz**, Stephan: “Grundwissen - Zivilrecht: Schuldübernahme, Erfüllungs- und Vertragsübernahme”, JuS (Juristische Schulung), 5, 2019, s. 424 - 426, (beck - online: Die Datenbank, SET.: 01.04.2023).
- Lüdicke**, Klaus: Kanonistenlateinisch – deutsches Lexikon, Münster, 2015, <https://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/fb2/d-praktischetheologie/kanonischesrecht/service/lexikon.pdf>.
- Mahler**, Max: Die natürlichen Verbindlichkeiten im Bürgerlichen Gesetzbuch, Buchdruckerei Johann Nagengast, Bamberg, 1904.
- Makaracı Başak**, Aslı: Taşınır Rehni Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Mansel**, Heinz - Peter: Jauernig: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsg. Stürner, Rolf, 18. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2021.
- Mayer – Maly**, Theo: Römisches Recht, Springer - Verlag, Wien, 1999.
- McGinn**, Thomas A. J.: Obligations in Roman Law: Past, Present and Future, The University of Michigan Press, United States of America, 2012.
- McInnes**, Mitchell: “Natural Obligations and Unjust Enrichment”, Exploring Private Law, EDS. Elise Bant & Matthew Hardings, Cambridge University Press, 2010, s. 175 – 199.
- Medicus**, Dieter: Bürgerliches Recht, Carl Heymanns Verlag KG., Köln.

Medicus, Dieter/ Lorenz, Stephan: Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 20. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2012, (SR AT).

Medicus, Dieter/ Lorenz, Stephan: Schuldrecht II: Besonderer Teil, 16. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2012, (SR BT).

Mietke, Oswald: Die Abweichungen von der grundsätzlichen Auffassung von der Obligation als vinculum juris im römischen Recht und die Weiterentwicklung unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts, (Diss.), Universitätsverlag von Robert Noske, Borna, 1928.

Mirhanogullari, Yusuf Erdem: “Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Simsarın ve İş Sahibinin Hukuki Durumu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 15, Y. Haziran 2020, s. 599 – 619.

Mitteis, Ludwig: Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, Verlag von Duncker und Humblot, Leipzig, 1908.

Mousourakis, George: Fundamentals of Roman Private Law, Springer – Verlag, Heidelberg, 2012.

Muscheler, Karlheinz: Universalsukzession und Vonselbsterwerb: Die rechtstechnischen Grundlagen des deutschen Erbrechts, J. C. B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2002.

Muşul, Timuçin: İcra ve İflâs Hukukunda; Rehnin Paraya Çevrilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Nabholz, Peter: Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs, Verlag H. R. Sauerländer & Co., Aarau, 1961.

Nicholas, Barry: An Introduction to Roman Law, Oxford University Press, New York, 2010.

Nixon, Paul: Plautus With an English Translation – In Five Volumes, William Heinemann Ltd., Great Britain, 1952.

- Nomer**, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- Nomer**, N. Füsün: “Borç Sözleşmelerinde Şekil Eksikliğinin Müeyyidesi ve Buna Dayalı Hükümsüzlüğün Dürüstlük Kuralı (MK. M. 2/II) Dışındaki Yollardan Giderilmesi”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 595 – 626.
- Oetker**, Hartmut/ **Maultzsch**, Felix: Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2013.
- Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, (Cilt I).
- Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, (Cilt).
- Oğuzman**, M. Kemal/ **Seliçi**, Özer/ **Oktay - Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Olgaç**, Senai: Emsal İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu, Olgaç Matbaacılık, Ankara, 1976.
- Olgaç**, Senai: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları: Hukuk Genel Kurulu Emsal İçtihatları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.
- Osberghaus**, Max: Die Novation des römischen Rechts und ihre Bedeutung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Buchdruckerei Robert Noske, Borna – Leipzig, 1907.
- Oser**, Hugo/ **Schönenberger**, Wilhelm: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1 – 183, 2. umgearbeitete Auflage, Schulthess & Co., Zürich, 1929.

Oser, David/ Weber, Rolf H. : Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer L  chinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020.

Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay: Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fak  ltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, Y. 2016, s. 2927 – 2948.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde M  teahhidin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Ceza Koşulu Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fak  ltesi Dergisi, C. 3, S. 1 - 2, Y. Haziran – Aralık 1999, s. 60 – 118.

  cal Apaydın, Bahar: “İsvi  re ve T  rk Hukukunda Aracı Simsarlık S  zleşmesi Bakımından   ifte Simsarlık Faaliyeti Y  r  t  lmesinin H  k  m ve Sonu  ları”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2018/2, Y. 2018, s. 143 - 153.

  cal Apaydın, Bahar/ **  nce Akman,** Nurten: “G  t  r   Tazminatın H  kim Tarafından İndirilmesi Meselesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fak  ltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. I, Y. Haziran 2019, s. 220 – 261.

  nay, Işık: Yenileme, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

  z, Turgut M.: BK m. 65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m. 20 Kuralı ile İlişkisi R  şvet – Başlık Parası, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020.

  zbay, İbrahim: “Eşler Arasında Cebri İcra Yasağı”, Sel  uk Üniversitesi Hukuk Fak  ltesi Dergisi, C. 8, S. 1 – 2, Y. 2000, s. 87 – 119.

  zbilen, Arif Barış: İnsan K  kenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, Vedat Kitap  ılık, İstanbul, 2011, (Biyolojik Madde).

  zbilen, Arif Barış: “Kan Bağış   S  zleşmesinin Hukuki Niteliğı”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 11, S. 22, Y. G  z 2012/2, s. 337 – 364, (Kan Bağış  ).

Özbilen, Arif Barış: Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, (Sözleşmelerin Şekli).

Özcan Büyüktanır, Burcu G./ **Okyar Karaosmanoğlu**, Dila: ““Evlenmeye Zorlamak için Öngörülen Cayma Tazminatı ya da Cezai Şart Dava Edilemez; Ancak Yapılan Ödemeler de Geri İstenemez” TMK m. 119/f. 2 Üzerine Bir İnceleme”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 2017, s. 215 – 232.

Özdemir, Mehmet Mert: Roma Hukukunda İbra İşlemi (*Acceptilatio*) ve Alacağı Talep Etmeme Taahhüdü (*Pactum De Non Petendo*), Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Özen, Burak: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, (Kefalet Sözleşmesi).

Özen, Burak: Haksız Zilyetlikte İade, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, (Haksız Zilyetlikte İade).

Özkaya, Eraslan: Eşya Hukuku: Sınırlı Ayni Haklar, Cilt II, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.

Özmen, Etem Saba: “Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83. Madde Değişikliği)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 4, Y. 1995, s. 520 – 577.

Özmumcu, Seda: “Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 70, S. 2, Y. 2012, s. 183 – 206.

Öztan, Bilge: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, (Aile Hukuku).

Öztan, Bilge: “Medeni Kanun’un Kabulünün 70’nci Yılında Aile Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1, Y. 1995, s. 79 – 125, (AÜHFD).

Öztan, Bilge: Medenî Hukuk’un Temel Kavramları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Öztan, Bilge: Miras Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Öztan, Bilge: “Resmi Nikahtan Sonra Yapılan Mehir Anlaşması Geçerli Midir?”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, s. 389 – 397.

Öztekin, Selçuk: İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası (İİK m. 143; m. 251), Alfa Basım – Yayım – Dağıtım, İstanbul, 1994.

Paket, Sabure: Borcun Dış Üstlenilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Paksoy, Meliha Sermin: Zamanaşımından Feragat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Paribeni, Roberto: “Roma Hukukunda Aile Kurumu” Çev.: Ş. Talip, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 1, S. 2, Y. 1935, s. 232 - 246.

Parlak Börü, Şafak: “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 129, Y. 2017, s. 195 – 228.

Pekcanitez, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Sungurtekin Özkan**, Meral/ **Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

Pellanda, K. Roth: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Hrsg. Furrer, Andreas/ Schnyder, Anton K., 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2016.

Pernice, Alfred: Römisches Privatrecht im Ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, 3. Band, 1. Abteilung, Max Niemeyer, Halle, 1892.

Pestalozzi, Christoph M.: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020.

Pfeiffer, Thomas: BGB: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsg. Prütting, Hans/ Wegen, Gerhard/ Weinreich, Gerd, 17. Auflage, Luchterhand Verlag, Hürth, 2022.

- Pichonnaz, Pascal:** “Das revidierte Verjährungsrecht: Drei bemerkenswerte Punkte”, Schweizerische Juristen - Zeitung, 115. Jahrgang, 2019, Nr. 24, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, s. 739 – 748.
- Piekenbrock, Andreas:** Personalsicherheiten: Bürgschaft, Krediauftrag, Garantie und Schuldbeitritt, BuB (Bankrecht und Bankpraxis), Bank – Verlag GmbH., Köln, 2016.
- Pietruszak, Thomas:** Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020.
- Piotet, Paul:** Schweizerisches Privatrecht IV/1, Vierter Band, Erbrecht (Erster Halbband), Helbing & Lichtenhahn Verlag AG., Basel, 1978.
- Platschek, Johannes:** Handbuch des Römischen Privatrechts: Band I, §§ 1 – 58, Hrsg. Babusiaux, Ulrike/ Baldus, Christian/ Ernst, Wolfgang/ Meissel, Franz - Stefan/ Platschek, Johannes/ Rüfner, Thomas, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023.
- Plieseis, Marielena:** Die ABGB - Vorschriften über die Verjährung (§§ 1478 -1502) wesentlicher Inhalt und sprachliche Neufassung, Graz, 2016.
- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Postacioğlu, İlhan E.:** Konkordato, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1965.
- Puchta, Georg Friedrich:** Pandekten, 8. Auflage, Verlag von Johann Ambrosius Barth, Leipzig, 1856.
- Puchta, Georg Friedrich:** Vorlesungen über das heutige römische Recht, Erster Band, Verlag von Bernh. Tauchniz jun., Leipzig, 1847.
- Pürselim – Arning, Hatice Selin:** “Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehîr Kavramının Vasıflandırılması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 33, S. 2, Y. 2016, s. 137 – 151.

- Quaritsch**, August: Institutionen und Rechtsgeschichte: Kompendium des Römischen Privatrechts und Zivilprozesses, Verlag: Weber, Berlin, 1912.
- Rabel**, Ernst: Grundzüge des Römischen Privatrechts, Benno Schwabe und Co. Verlag, Basel, 1955.
- Rado**, Türkân: Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Reetz**, Peter/ **Burri**, Christof: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Hrsg. Furrer, Andreas/ Schnyder, Anton K., 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2016.
- Regelsberger**, Ferdinand: Pandekten, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1893.
- Rein**, Walter: Die Voraussetzungen der Bürgschaft im Schweizerischen Recht, Druckerei und Verlag wissenschaftl. Werke Konrad Triltsch, Würzburg, 1937.
- Rein**, Wilhelm: Das Privatrecht und der Zivilprozeß der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinian, Scientia Verlag, Aalen, 1964.
- Reisoğlu**, Seza: Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, Y. 1962, s. 327 - 392.
- Reisoğlu**, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, (BHGH).
- Reisoğlu**, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1992.
- Reisoğlu**, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2013, (Türk Kefalet Hukuku).
- Reuss**, Karl Friedrich: “Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentelmen – Agreements”, Archiv für die civilistische Praxis, 154. Band, 6, 1955, s. 485 – 526.
- von Richental**, August Arnold: Das Erlöschen der Bürgschaft infolge Untergangs der Hauptschuld, (Diss.), Buchdruckerei Freiämter Zeitung A. G., Wohlen, 1951.

- Riedl**, Krzysztof: “Natural Obligations in Comparative Perspective”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches internationales Privatrecht*, 85, 2021, s. 402 - 433.
- Roby**, Henry John: *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines*, Volume I, Cambridge University Press, London, 1902, (Vol. I).
- Roby**, Henry John: *Roman Private Law in the Times of Cicero and the Antonines*, Volume II, Cambridge University Press, London, 1902, (Vol. II).
- Rohe**, Mathias: *BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 1 - 480 Kommentar*, Hrsg. Hau, Wolfgang/ Poseck, Roman, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2023.
- Romelli**, Stefano: *Schweizerisches Obligationenrecht*, Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG., Zürich, 2009.
- Rommen**, Heinrich: *Die Ewige Wiederkehr des Naturrecht*, Verlag Jakob Hegner, Leipzig, 1936.
- Rosenbaum**, Wolf: *Naturrecht und positives Recht*, Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt, 1972.
- Roth**, Herbert: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5/2, Schuldrecht, Besonderer Teil III/2, §§ 651a - 704*, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2017.
- Römer**, Robert: *Die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen gemeinen Recht*, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1863.
- Rösli**, Arnold: *Herabsetzungsklage und Ausgleichung im schweizerischen Zivilgesetzbuch (Art. 522 - 533 und 626 - 633), (Diss.)*, Zürich, 1935.
- Röthel**, Anne: “Universalsukzession und Vonselbsterwerb (§ 1922 BGB)”, *JURA (Juristische Ausbildung)*, Vol. 40, 5, 2018, s. 477 – 483.

Rüfner, Thomas: Handbuch des Römischen Privatrechts: Band II, §§ 59 – 112, Hrsg. Babusiaux, Ulrike/ Baldus, Christian/ Ernst, Wolfgang/ Meissel, Franz - Stefan/ Platschek, Johannes/ Rüfner, Thomas, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023.

Sarıkaya, Murat: “İsviçre Borçlar Hukuku’nda Zamanaşımına İlişkin 01 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 2, Y. Aralık 2020, s. 1203 - 1219.

von Savigny, Friedrich Carl: Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts, Erster Band, Bei Veit und Comp., Berlin, 1851, (Das Obligationenrecht I).

von Savigny, Friedrich Carl: Das Obligationenrecht als Teil des heutigen Römischen Rechts, Zweiter Band, Bei Veit und Comp., Berlin, 1853, (Das Obligationenrecht II).

von Savigny, Friedrich Carl: System des heutigen römischen Rechts, Band 5, Bei Veit und Comp., Berlin, 1841.

Sayın, Baha Yiğit: Roma Hukukundan Günümüze *Obligatio Naturalis* (*Tabii Borç*), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2009.

Saymen, Ferit H./ **Elbir**, Halid K.: Türk Borçlar Hukuku: Umumi Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1966.

Schanze, Erich: “Culpa in Contrahendo bei Jhering”, Ius Commune VII, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1978, s. 326 – 358.

Schapp, Jan: Freiheit, Moral und Recht, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1994.

Scharr, Erwin: Römisches Privatrecht, Artemis Verlag, Zürich, 1960.

Schaufelberger, Peter C./ Keller Lüscher, Katrin: Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II, Art. 457 – 977 ZGB, Art. 1 – 61 SchlT ZBG, Hrsg. Geiser, Thomas/ Wolf, Stephan, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019.

Schaufelberger, Peter C/ Keller, Katrin: Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG., Zürich, 2009.

Schellhammer, Kurt: Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 11. Auflage, Verlag C. F. Müller, Heidelberg, 2021.

Schliemann, Adolph: Die Haftung des Cedenten, ein Beitrag zur Lehre von der Cession, 2. Aufgabe, Stillerfchen Hof- Buchhandlung, Rostock, 1850.

Schlüter, Martin: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht, Allgemeiner Teil II, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2022.

Schmid – Tschirren, Christina: Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II, Art. 457 – 977 ZGB Art. 1 – 61 SchlT ZBG, Hrsg. Geiser, Thomas/ Wolf, Stephan, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019.

Schmidt, Rolf: Schuldrecht: Allgemeiner Teil, Schuldverhältnisse, Leistungsstörungenrecht, Verbraucherschutzrecht, 12. Auflage, Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH., Bremen, 2018, (SR AT).

Schmidt, Rolf: Schuldrecht: Besonderer Teil II, 11. Auflage, Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH., Hannover, 2016.

Schönenberger, Wilhelm: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419 - 529, Schulthess & Co. A. -G., Zürich, 1945.

Schönenberger, Wilhelm/ Jäggi, Peter: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht, Teilband V 1a, Schulthess Polygraphischer Verlag AG., Zürich, 1973.

- Schreiber**, Klaus: “Unvollkommene Verbindlichkeiten”, JURA (Juristische Ausbildung), 5, 1998, s. 270 - 273.
- Schulin**, Hermann/ **Vogt**, Annaig L.: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020.
- Schulz**, Fritz: “Auctoritas”, Çev.: Havva Karagöz, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 4, Y. 1997, s. 341 -354.
- Schulz**, Fritz: Classical Roman Law, Oxford University Press, London, 1961.
- Schulze**, Götz: Die Naturalobligation: Rechtsfigur und Instrument des Rechtsverkehrs einst und heute- zugleich Grundlegung einer zivilrechtlichen Forderungslehre, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- Schutz**, Hugo: Litis Contestatio und Klageerhebung, Benedikt Hiltz, Nürnberg, 1909.
- Schwab**, Martin: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Schuldrecht, Besonderer Teil IV, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2020.
- Schwander**, Ivo: Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II, Art. 457 – 977 ZGB Art. 1 – 61 SchlT ZBG, Hrsg. Geiser, Thomas/ Wolf, Stephan, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019.
- Schwander**, Ivo: Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG., Zürich, 2009.
- Schwanert**, Hermann August: Die Naturalobligationen des Römischen Rechts, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1861.
- Schwarz**, Andreas: Aile Hukuku, Çev.: Bülent Davran, 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946.

- Schwendener**, Ulrich: Die Ausgleichungspflicht der Nachkommen unter sich und in Konkurrenz mit dem überlebenden Ehegatten, (Diss.), Buchdruckerei Ernst Rohner, St. Gallen, 1959.
- Schwenzer**, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Stämpfli Verlag AG., Bern, 2016.
- Schwenzer**, Ingeborg/ **Fountoulakis**, Christiana: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020.
- von Schwerin**, Claudius Freiherr: Schuld und Haftung im geltenden Recht, Schweitzer Verlag, München, 1911.
- Schwind**, Fritz: Römisches Recht: Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes, Erster Band, Springer Verlag, Wien, 1950.
- Selçuk**, Seyhan: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 140, Y. 2019, s. 115 – 140.
- Serim**, Gökçe: Roma İmparatorluk Dönemi’nde Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler, Lykeion Yayınları, Ankara, 2018.
- Serozan**, Rona: “Taşınmaz Rehni”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 64, S. 2, Y. 2006, s. 301 - 324.
- Seven**, Vural/ **Göksoy**, Y. Can: “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 6, Y. Kasım 2006, s. 2455 – 2470.
- Siber**, Heinrich: Compensation und Aufrechnung: Ein Beitrag zur Lehre des deutschen bürgerlichen Rechts, Verlag von C. L. Hirschfeld, Leipzig, 1899, (Compensation und Aufrechnung).
- Siber**, Heinrich: Der Rechtszwang im Schuldverhältniss nach deutschem Reichsrecht, Verlag von C. L. Hirschfeld, Leipzig, 1903.

Siber, Heinrich: *Naturalis Obligatio*, Verlag von Theodor Weicher, Leipzig, 1925, (Naturalis Obligatio).

Siber, Heinrich: *Römisches Privatrecht II*, Hermann Sack Verlag, Berlin, 1928, (RP).

Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand: *Das Practische Gemeine Civilrecht, Zweiter Band: Das Obligationenrecht*, 2. Auflage, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1861.

Sirmen, A. Lâle.: *Alacak Rehni, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1990, (Alacak Rehni).

Sirmen, Lâle: *Eşya Hukuku, Yetkin Hukuk Yayınları*, Ankara, 2018, (Eşya Hukuku).

Snyder, David V.: “The Case of Natural Obligations”, *Louisiana Law Review*, Vol. 56, N. 423, 1995, s. 422 – 436.

Sohm, Rudolph/ **Mitteis**, Ludwig/ **Wenger**, Leopold: *Institutionen – Geschichte und System des Römischen Privatrechts*, Verlag von Duncker und Humblot, München, 1923.

Soyer, Polat: *Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md. 348 – 352)*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 53, Ankara, 1994.

Söğüt, İpek Sevda: “A General Outlook on the Issue of Trade Restrictions In Roman Law”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 1, Y. 2019, s. 305 – 332.

Söğütlü, Özlem: *Roma Özel Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.

Söğütlü Erişgin, Özlem: “Roma Toplumunda Kadının Konumu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, Y. 2013, s. 1 - 31.

Spiro, Karl: *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen*, Band I: *Die Verjährung der Forderungen*, Verlag Stämpfli & Cie. AG., Bern, 1975, (Band I).

- Spiro**, Karl: Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band II: Andere Befristungen und Rechte, Verlag Stämpfli & Cie. AG., Bern, 1975.
- Spitzer**, Martin: “Universalsukzession, Erbengemeinschaft und GmbH - Geschäftsanteile, ÖJZ (Österreichische Juristen - Zeitung), 11, 2021, s. 501 – 510.
- Sprau**, Hartwig: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck’sche Kurz Kommentare, 76. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG., München, 2017.
- Spühler**, Karl: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 7. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2016.
- Spühler**, Karl/ **Dolge**, Annette: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, Konkurs- und Nachlassrecht sowie Grundzüge des internationalen Konkursrechts, 7. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2017.
- Stachelin**, Bernhard: Die Novation: Ihre Geschichte, Entwicklung und Ihre Bedeutung im Geltenden Recht, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1948.
- Staffelbach**, Daniel: Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG., Zürich, 2009.
- Stark**, Emil W.: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Das Sachen Sachenrecht, Band IV, 3. Abteilung, Besitz und Grundbuch, 1. Teilband, Stämpfli Verlag AG., Bern, 2001.
- Stein**, Peter: “The Development of the Notion of *Naturalis Ratio*”, Daube Noster – Essays in Legal History for David Daube, edited by Alan Watson, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1974, s. 305 – 316.
- Stürner**, Rolf: Jauernig: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsg. Stürner, Rolf, 18. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2021.

Sungurbey, İsmet: Başkasının Nesnesine Gider Yapan Elmenin ve Başkasının Arsasına Yapı Yapan Kimsenin Haklarının Niteliği, Özellikle Nesnel Borç Görüşünün Eleştirisi, Medeni Hukuk Sorunları, C. 1, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1973.

Sungurbey, İsmet: “Borç İkrarı ve Borç Vaadi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 22, S. 1 - 4, Y. 1957, s. 167 – 234, (Borç İkrarı ve Borç Vaadi).

Sutschet, Holger: BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 1 - 480 Kommentar, Hrsg. Hau, Wolfgang/ Poseck, Roman, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2023.

Sze, Ping - fat: “*Obligatio Naturalis*: A Concept or a Fallacy?”, Business Law Review, July 2007, s. 209 - 215.

Şahan, Gökhan: “Eksik Borçların İleri Sürülmesinin Hukuki Niteliği”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 8, S. 15, Y. Haziran 2020, s. 401 - 421.

Şahin, Mustafa: “Borçların Nisbiliği İlkesi ve Türk Miras Hukuku Anlamında Mirasbırakanın Borçlarından Dolayı Mirasçılarının Sorumluluğu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 2, Y. 2021, s. 97 – 128.

Şen, Elif: Kısmi İfa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Şen, Mustafa Serhat/ Şen, Mustafa Kamil: “Türk Borçlar Kanunu’nda Faiz Hükümleri ve Sınırları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 9 S. 35, Temmuz 2018, s. 469 – 516.

Tahan Orhan, Duygu: Roma Hukukunda *Manus* Kurumu, On İki Levha, İstanbul, 2018.

Tahiroğlu, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2003, (Roma Borçlar Hukuku).

Tahiroğlu, Bülent: “Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 42, S. 1 - 4, Y. 1976, s. 323 - 340.

- Tahiroğlu, Bülent/ Erdoğan, Belgin:** Roma Hukuku Meseleleri, Der Yayınları, İstanbul, 2003, (Meseleler).
- Tahiroğlu, Bülent/ Erdoğan, Belgin:** Roma Usul Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 1997, (Roma Usul Hukuku).
- Tamer, Diler:** Roma Hukuku, Cilt I, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Tamer, Diler:** Roma Hukuku, Cilt II, Borçlar Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Tandoğan, Haluk:** Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Evrim Basım – Yayım - Dağıtım, İstanbul, 1988, (Borçlar Hukuku).
- Tandoğan, Halûk:** Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Tandoğan, Halûk:** Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki), Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1959, (Garanti Mukavelesi).
- Taşatan, Caner:** “Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği ve Sona Ermesi Bakımından Asıl Borç”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, Y. 2021, S. 2, s. 341 - 353, (Kefalet).
- Taşatan, Caner:** “Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi ve Bu İlkenin Türk Medeni Kanunu’na Yansımaları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 1, Y. 2021, s. 571 – 605.
- Taşpınar Ayvaz, Sema:** “Türk Hukukunda Bir İcra Sicili Düzenlemesi Örneği “Aciz Belgesi (Vesikası) Sicili””, Halûk Konuralp Anısına Armağan, 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 579 - 621.
- Tekelioğlu, Numan:** “İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2, Y. 2017, s. 159 – 186.

Tekinay, Selâhattin Sulhi: “Başlık Parasına İlişkin Uygulamalar Hakkında”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 77 – 89, (Başlık Parası).

Tekinay, Selâhattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, (Aile Hukuku).

Tekinay, Selahattin/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Altıp**, Atilla: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Thalmann, Alfred: Das Wesen der Bürgschaft des schweizerischen Obligationenrechts, (Diss.), J. P. Bachem, Köln, 1940.

Thomas, J. A. C.: “Naturalis obligatio pupilli”, Sein und Werden im Recht: Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970, Hrsg. Becker, Walter G./von Carolsfeld, Ludwig Schnorr, Duncker & Humblot, Berlin, 1970, s. 457 - 479.

Thomas, Joseph Anthony Charles: Textbook of Roman Law, North Holland Publishing Company, Amsterdam, 1976.

Tobler, Hans: Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem schweizer. Obligationenrecht, (Diss.), Verlag von Stämpfli & Cie., 1926.

Tongsir, Ferih Bedî: “Bağışlama”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 18, S. 3 - 4, Y. 1952, s. 903 - 987.

von der Trenck, Siegfried: Die naturalis obligatio im B. G. B., Druck von H. Hermann, Kneiph., Königsberg, 1905.

Tschäni, Rudolf/ **Gaberthüel**, Tino: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020.

von Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Verlag von Duncker & Humboldt, Berlin, (AT DBR).

- von Tuhr, Andreas/ Escher, Arnold:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Schulthess Polygraphischer Verlag AG., Zürich, 1974.
- von Tuhr, Andreas/ Peter, Hans:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band – Erste Lieferung, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG., Zürich, 1974, (I.I).
- von Tuhr, Andreas/ Peter, Hans:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band mit den Registern zu beiden Bänden (2. Lieferung), 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG., Zürich, 1979, (I.II).
- Tunçomağ, Kenan:** Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Genel Hükümler, İkinci Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1128 – Hukuk Fakültesi Yayın No. 242, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1965, (Borçlar Hukuku).
- Tunçomağ, Kenan:** Türk İş Hukuku, Cilt I, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1971, (Türk İş Hukuku).
- Tuor, Peter/ Pichenoni, Vito:** Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537 - 640 ZGB, Verlag Stämpfli & Cie., Bern, 1966.
- Tuor, Peter/ Schnyder, Bernhard/ Schmid, Jörg/ Jungo, Alexandra:** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG., Zürich, 2015.
- Turan Başara, Gamze:** Miras Hukukunda Denkleştirme, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- Tutumlu, Mehmet Akif:** Zamanaşımı Defi'i, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Türel, Ege:** “Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Sebep ve Sinallagma İlişkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 3, Y. 2017, s. 365 - 393.

- Türkmen, Ahmet:** “Yargıtay’ın Bağışlama Yaklaşımı Çerçevesinde Mehir ve Mehrin Geri Alınması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 2, Y. 2020, s. 541 – 576.
- Türkoğlu, Halide Gökçe:** “*Glossator*’lar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 3, Y. 2017, s. 55 – 96.
- Tüzüner, Özlem:** “Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege Ferenda Düşünceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 107, Y. 2013, s. 245 - 277.
- Uçaryılmaz, Talya Şans:** Bona Fides (Dürüstlük Kuralı), Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Ulrici, Bernhard/ Purrmann, Anja:** “Einwendungen und Einreden”, JuS (Juristische Schulung), Heft 2, 104, 2011, s. 104 – 107, (beck - online: Die Datenbank, SET.: 03.03.2023).
- Ulukapı, Ömer:** “Konkordatonun Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 8, S. 1 – 2, Y. 2000, s. 9 – 61.
- Ulus Karataş, Elif:** “Türk Miras Hukukunda Mirasın Kazanılmasında Halefiyet Türleri ve Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Yansımaları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 73, S. 2, Y. 2015, s. 357 – 390.
- Umar, Bilge:** “Aciz Hâli – Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düştüğü Bir Yanlışlık (MK m. 605 f. II, 618)”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 2004, s. 326 – 333.
- Umur, Ziya:** Roma Hukuku Ders Notları, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, (Ders Notları).
- Umur, Ziya:** Roma Hukuku Lügatı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, (Lügat).
- Uyar, Talip:** Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, Şen Matbaa, Ankara, 2019, (Konkordato).

- Uyar**, Talih: “Takip Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası (İİK m. 143)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 20, S. 70, Y. 2007, s. 345 – 358.
- Üngan**, Büşra: Medenî Hukukta Eksik Borç Kavramı, T.C. Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- von Vangerow**, Karl Adolph: Leitfaden für Pandekten – Vorlesungen, 3. Auflage, fünftes Buch: Die Obligationen, Druck und Verlag der Elwert’schen Universitäts – Buchhandlung, Marburg, 1847.
- Vardar Hamamcıoğlu**, Gülşah: Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyetini Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Vering**, Friedrich H.: Geschichte und Institutionen des Römischen Privatrechtes, Verlag von Franz Kirchheim, Mainz, 1870.
- Villey**, Michel: Roma Hukuku Güncelliği, Çev.: Bülent Tahiroğlu, Der Yayınları, İstanbul, 2003.
- Vinnius**, Arnold: Institutionenkommentar: Schuldrecht, Text und Übersetzung (von Kalus Wille), C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2005.
- Vischer**, Markus: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Vertragsverhältnisse, Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Hrsg. Huguenin, Claire/ Müller - Chen, Markus, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2016.
- Voggenesperger**, René: Der Begriff des “Ius naturale” im Römischen Recht, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1952.
- Vogt**, Nedim Peter/ **Vogt**, Annaïg L.: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020.

- Wacke, Andreas:** “Die Konfusion: Schuldtilgungsgrund oder nur Ausschluss der Klagbarkeit? Zur Vornahme der Erfüllung mit sich selbst”, Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, Carl Heyman’s Verlag, Köln, 2009, s. 543 – 587.
- Walder, Hans Ulrich:** SchKG, Schuldbetreibung und Konkurs, Das SchKG und zugehörige Verordnungen, mit Verweisungen, Anmerkungen, Hinweisen und Sachregister, 16. Auflage, Orell Füssli Verlag AG., Zürich, 2002.
- Waldstein, Wolfgang:** “Natura debere, ius gentium und natura aequum im klassischen römischen Recht”, Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo, 52, 2007 - 2008, s. 431 - 460.
- Waldstein, Wolfgang:** Operae Libertorum – Untersuchungen Zur Dienstpflicht Freigelassener Sklaven, Franz Steiner Wiesbaden GMBH., Stuttgart, 1986.
- van Warmelo, Paul:** An Introduction to the Principles of Roman Civil Law, Juta and Co., Johannesburg, 1976.
- Watson, Alan:** Roman Law and Comparative Law, University of Georgia Press, Georgia, 1991, (RLCL).
- Watson, Alan:** The Law of Obligations in the Later Roman Republic, Oxford University Press, Great Britain, 1965, (LRR).
- Weber, Adolph Dietrich:** Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung, Bödnersche Buchhandlung, Schwerin, 1800.
- Weidlich, Dietmar:** Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck’sche Kurz Kommentare, 76. Auflage, Verlag C. H Beck oHG., München, 2017.
- Weiler, Frank:** Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, 2017.

- Weiss**, Egon: Institutionen des römischen Privatrechts, Franz Mittelbach Verlag, Stuttgart, 1948.
- Wendelstein**, Christoph: Pflicht und Anspruch, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021.
- Wendt**, Otto: Lehrbuch der Pandekten, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1888.
- Wenzel**, Henning/ **Wilken**, Christiane: Schuldrecht: Besonderer Teil I, Vertragliche Schuldverhältnisse, 6. Auflage, Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH., Bremen, 2010.
- Wertenbruch**, Johannes: BGB: Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2017.
- Widmer Lüchinger**, Corinne/ **Wiegand**, Wolfgang: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020.
- Widmer**, Markus/ **Costantini**, Renato/ **Ehrat**, Felix R.: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020.
- Wieling**, Hans Josef: Sachenrecht, Band 1: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2006.
- Willems**, Constantin: Handbuch des Römischen Privatrechts: Band II, §§ 59 – 112, Hrsg. Babusiaux, Ulrike/ Baldus, Christian/ Ernst, Wolfgang/ Meissel, Franz - Stefan/ Platschek, Johannes/ Rüfner, Thomas, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023.
- Windscheid**, Bernhard: Die Actio des römischen Zivilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts, Scientia Verlag, Aalen, 1856.
- Windscheid**, Bernhard/ **Kipp**, Theodor: Lehrbuch des Pandektens, Zweiter Band, 9. Auflage, Verlag Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1906.
- Winkelmann**, Thomas: Der Anspruch – Funktion, Entstehung, Anknüpfungen, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021.

Wolf, Manfred/ **Neuner**, Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2016.

Wolfer, Marc: Reurecht und Reugeld auf vertraglicher Grundlage, (Diss.), Dike Verlag, Zürich, 2012.

Wolff, Martin/ **Railer**, Ludwig: Sachenrecht, 10. Bearbeitung, J. C. B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1957.

Yağcı, Kürşad: “Borcun İfasının, Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Bir Olgunun Gerçekleşmesinden İtibaren Belirli Bir Sürenin Geçmesiyle Muaccel Olacağının Kararlaştırıldığı Hallerde Borçlunun Temerrüde Düşmesi İçin İhtar Şart mıdır? (Vadenin Sonradan Belirli Hale Gelebirliliği Üzerine)”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S. 1, Y. 2019, s. 267 – 313.

Yağcıoğlu, Burcu: “Bağlanma Parası, Cayma Parası, Bunların Ceza Koşuluyla Benzerlikleri ve Farklılıkları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı – 2017, s. 1207 – 1270, (DEÜHFD).

Yağcıoğlu, Burcu: Kazandırıcı Zamanaşımı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Yağcıoğlu, Burcu: Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu (Cezai Şart), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, (Cezai Şart).

Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İkinci Cilt, 11. Baskı (Hazırlayanlar: Prof. Dr. Cevdet Yavuz – Prof. Dr. Faruk Acar – Prof. Dr. Burak Özen), Beta Yayınları, İstanbul, 2022.

Yenice, A. Özge: Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Yıldırım, Abdulkerim: Türk Aile Hukuku, 3. Baskı, Monopol Yayınları, Ankara, 2020.

Yılmaz, Çiğdem Mine: “Türk Hukukunda Yerine Getirilmiş Bağışlamanın Geri Alınması ve BGB. 313. Çerçevesinde Alman Federal Yüksek Mahkeme Kararının

Düşündürdükleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, Y. 2019, s. 712 - 727, (Bağışlamanın Geri Alınması).

Yılmaz, Gizem Yağmur: Sözleşmenin Devri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Yılmaz, Gülşah: “Yargıtay Kararları Işığında Bononun Ta’lili” Ankara Barosu Dergisi, C. 78, S. 4, Y. 2020, s. 1 - 36, (Bononun Ta’lili).

Yılmaz, Merve: “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, TAAD, C. 1, S. 7, Yıl. 2, Y. 2011, s. 67 – 92.

Yılmaz, Süleyman: Medeni Hukuk, Cilt IV: Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Yücer, İpek: “Yenileme (Tecdit)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, Y. 2007, s. 233 – 259.

Yüksel, Ahmet: “İnsan Kökenli Biyolojik Materyaller Üzerinde Araştırma ve Etik”, Türkiye Cumhuriyeti Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2010.

Zeller, Theodor: Die Verjährung, R. Boorberg Verlag, Stuttgart, 1956.

Zellweger Gutknecht, Corinne: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Das Obligationenrecht Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 7. Teilband, 2. Unterteilband Das Erlöschen der Obligation, Verrechnung, Art. 120 - 126 OR, Stämpfli Verlag AG., Bern, 2012.

Zengin Özküçükparlak, Burcu: Alacaklı Temerrüdü ve Satım Sözleşmesi Açısından Sonuçları, On İki LevhaYayıncılık, İstanbul, 2021.

Zeytin Çağrı, Gözde: “Nişanlılığın Sona Ermesinin Hukuki Sonuçlarından Hediyelerin Geri Verilmesi”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, Y. Temmuz 2022, s. 81 – 103.

Zimmermann, Reinhard: The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press, United Kingdom, 1996.

Zindel, Gaudenz G./ **Schott**, Bertrand G.: Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, Hrsg. Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020.

Zoller, Jürg: Lidlohnansprüche (ZGB 334 und 633), Verlag Schulthess & Co. AG., Zürich, 1969.

van Zyl, Deon Hurtel: History and Principles of Roman Private Law, Butter Worth Publishers Ltd., England, 1983.

Elektronik Kaynaklar

<https://anastrophe.uchicago.edu/perseus/Latin.html>

<https://beck-online.beck.de/Home>

<https://www.fedlex.admin.ch/de/home>

<https://dergipark.org.tr/tr/>

https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm

<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>

<https://home.heinonline.org>

<https://www.hukukturk.com/anasayfa>

<https://www.jstor.org>

<https://www.jurix.com.tr>

<https://legalbank.net/arama>

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/>

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=4249>

<https://sozluk.gov.tr>

<https://www.thelatinlibrary.com>