



EKSİK BORÇLARIN İLERİ SÜRÜLMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

(Legal Character of Asserting Imperfect Obligation)

Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN¹

ÖZ

Eksik borçlar, geçerli olarak doğan borçlardır. Borçlu tarafından ifa edilebilir. Borçlu, bu borçları ifa ettiği zaman, iadesini de talep edemez. Eksik borçların ifa edilmesi sebepsiz zenginleşme ve bağışlama olmaz. Ortada geçerli bir ifa vardır. Ancak alacaklı tarafından dava ve takip edilemezler. Bir borcun eksik borç olduğunun ileri sürülmesi bir itiraz değil, def'idir. İtiraz bir borcun doğmadığının veya sona erdiğinin ileri sürülmesidir. Def'i ise, borcun ifa edilmesini geçici veya sürekli olarak engelleyen bir haktır. Def'i borcu sona erdirmez, sadece ifayı engeller. Bir borcun eksik borç olduğunun ileri sürülmesi, borcun ifa edilmesini, dava açılmasını veya takip yapılmasını engeller. Borcu sona erdiren bir durum değildir. Bu sebeple eksik borcun ileri sürülmesi def'i olarak kabul edilmelidir.

Ahahtar Kelimeler: Sorumluluk, Eksik borç, Def'i, itiraz.

ABSTRACT

Imperfect obligation is the debt validly arising. Imperfect obligation can be performed by the debtor. The debtor cannot request a refund when these debts are performed. Performing imperfect obligation unjust enrichment and donation. In case of performance, there is a valid performance. Yet it cannot be sued and followed by the collector. It is not an absolute defense but a partial defense. Partial defense is the assertion that a debt is not originated or terminated. Partial defense, on the other hand, is the assertion of a right that temporarily or permanently prevents the performance of the debt. Partial defense does not end the debt, it just prevents execution. Asserting that a debt is imperfect obligation prevents the demand of performing a debt, filing a lawsuit or execution proceeding. It is not a situation that terminates the debt. For this reason, it should be considered as partial defense (exceptio) to put forward the missing debt.

Keywords: Responsibility, Deficient debt, Exceptio, Appeal.

GİRİŞ

Bir borç ilişkisinde borçlu edimini yerine getirmediğinde, alacaklı dava açarak veya cebri icra yollarına başvurup takip yaparak alacağını elde

1 Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, gokhansahan38@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-2605-5857

edebilir. Ancak bazı borçlar vardır ki, bu borçlarda, alacaklı, ifa için dava açamayacağı gibi takip de yapamaz. Söz konusu borçlara uygulamada ve doktrinde eksik borç denmektedir. Eksik borçlar söz konusu olduğunda, aslında ortada geçerli bir borç ilişkisi ve borç vardır. Eksik borçlar ifa edilmişse, geçerli bir ifa söz konusu olur. Bu borçların eksik borç olduğu, borçlu tarafından bilinerek veya bilinmeyerek hataen ifa edilmiş olsa dahi, iadesi talep edilemez. Ancak eksik borç için dava açılmış veya takip başlatılmış ise, borçlu, borcun eksik borç olduğunu ileri sürerek davanın veya takibin reddedilmesini sağlayabilir. Bu çerçevede eksik borcun ileri sürülmesinin bir def'i mi, itiraz mı olduğu meselesi ortaya çıkar. Çalışmamızda, Borçlar Hukuku anlamında borçlunun savunma aracı olan def'i ve itiraz kurumları çerçevesinde, eksik borcun ileri sürülmesinin hukuki niteliği açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızda, öncelikle eksik borç kavramı, türleri ve özellikleri hakkında bilgi verilmiştir. Daha sonra borçlunun birer savunma aracı olan def'i ve itiraz kurumları ile bu iki husus arasındaki farklar ortaya konmuştur. Son olarak da, eksik borcun ileri sürülmesinin Borçlar Hukuku kapsamında bir def'i mi, itiraz mı olduğu meselesi değerlendirilmiştir.

I. GENEL OLARAK EKSİK BORÇ KAVRAMI

Alacak hakkı, kural olarak alacaklıya borçlanılan edimi borçludan dava ya da cebri icra yolu ile talep ve takip hakkı vermektedir. Bu husus, borç ilişkisinin, dolayısıyla alacak hakkının temel özelliğini oluşturur². Ancak hukuk düzeni bazı hallerde alacaklıya, borçluyu dava veya cebri icra yoluyla zorlama hakkı vermemiştir. Bu tür borçlara, “*eksik borç*” ya da “*tabii borç*”³ adı verilmektedir⁴.

- 2 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, **Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme**, 6. Baskı, İstanbul 2014, s. 44; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 91; AYAN Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 99; DOĞAN Murat/ŞAHAN Gökhan/ATAMULU İsmail, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, Ankara 2019, s. 79; GÜVEN Kudret, Eksik Borçlar Temel Özellikleri İle Hüküm ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme, **BAÜHFD**, C. 2, S. 2, Y. 2016, s. 38; TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 23; Doktrinde teknik olarak borcun tüm özelliklerine sahip olan borcun eksiksiz olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda eksik borçlardan alacağın tüm özelliklerini bir araya toplayamayan borç anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2016, s. 98.
- 3 ANTALYA Osman Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. V/I, I, Ankara 2019, s. 81; Doktrinde von TUHR, tabii borç kavramının Roma Hukukunun tekamülü ile izah edilebileceğini, oysaki bugünkü hukuk sisteminin Romalıların tanıdıklarından farklı olarak dava hakkından mahrum alacaklar da tanıdığı cihetle, başka bir tabir kullanılarak bunlara “nakis borçlar” denilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Biz de bu sebeple çalışmamızda tabii borç kavramı yerine eksik borç kavramını kullanmayı tercih ettik. Bkz. von TUHR, Andreas (Çev. Cevat Edege); **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, Cilt:1-2, 2. Baskı, Ankara 1983, s. 33.
- 4 GUHL Theo (Çev. A. Pulat Gözübüyük); Eksik Borcun Mahiyeti, **İÜMHAD**, C. 3, S. 4, Y. 1958, s. 158-161; Doktrinde HATEMİ/GÖKYAYLA bu tanımlamanın bütün örneklerle tam

Eksik borçlarda, esasen bir borç ilişkisi mevcuttur⁵. Ancak hukuk düzeni eksik borçların ifasını, borçlunun iradesine bırakmıştır. Başka bir ifade ile alacaklı, borçlunun sadece kendi isteğiyle borcunu ifa ettiği zaman, alacağını alma hakkına sahiptir⁶. Yani bu borçlarda, borcun müeyyidesi ve borçlunun sorumluluğu mevcut değildir⁷.

Eksik borç, koruması zayıflamış borçlardan farklıdır. Koruması zayıflamış borçlarda da alacaklı cebri icra ile alacağını elde edemez. Ancak bu borçlarda, şartların oluşması halinde tazminat talebinde bulunulabilir. Koruması zayıflamış borçlara, her ne kadar bazen karşı tarafın zararını gidermek zorunda kalsa da, vekâlet sözleşmesinde taraflardan her birinin sözleşmeyi istedikleri an sona erdirebilmesi (TBK md. 512) misal olarak gösterilebilir⁸.

Hukuk düzeninin eksik borçlarda alacaklıya talep hakkı tanımaması, emeksiz kazanç sağlamayı yasaklama, toplumun barış ve düzenini koruma, adalet ve genel ahlâk gibi düşünce ve sebeplere dayanmaktadır⁹. Bu bağlamda hangi borçların eksik borç olarak tanınması gerektiği, bir sosyal politik tercih sorunu olduğu ifade edilebilir¹⁰.

Eksik borçların ifası mümkün olduğundan, isteyerek ifada bulunan borçlu, ifa edilen edimin iadesini isteyemez. Öyle ki borçlunun borcun eksik borç olduğunu bilmeden yani hataen borcu ifa etmesi de sonucu değiştirmez. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere eksik olmasına rağmen geçerli bir borç mevcut olduğu için, ifa edilen edim alacaklı açısından TBK 77 ve devamı maddelerine göre sebepsiz zenginleşme de teşkil etmez¹¹.

olarak uymadığını ancak yine de eksik borçlarda bu borca tekabül eden dava edilebilir bir alacak hakkının olmadığını ifade etmiştir. Bkz. HATEMİ, HÜSEYİN/GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 21; CANSEL Erol/ÖZEL Çağlar, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 88; ANTALYA, s. 81; EREN, s. 91; GÜVEN, 38; AYAN, s. 99; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.23-24; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 44.

5 KILIÇOĞLU, Ahmet M.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Ankara 2019, s. 35; YILDIRIM Abdülkerim, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara 2018, s. 31; EREN, 91; AYAN, s. 99; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, 79.

6 Eksik borçlarda da alacaklı, borçludan borcunu yerine getirmesini talep edebilir. Fakat borçlu bu talebe uygun hareket etmediği takdirde dava yoluna gidilemez. Bu sebeple bu borçlara “talep edilebilir fakat dava edilemez borçlar” da denilebilir. Bkz. KILIÇOĞLU, s. 39; Ayan, s. 99; EREN, s. 91.

7 CANSE/ÖZEL, s. 88; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, s. 79; EREN, s. 91; KILIÇOĞLU, s. 35.

8 TERCIER/PICHONNAZ /DEVELİOĞLU, s. 99.

9 EREN, s. 91.

10 KILIÇOĞLU, s. 36. Doktrinde tarafların sözleşme ile alacaklının dava hakkının olmayacağını kararlaştırabilecekleri ileri sürülmektedir. Bkz. TERCIER/PICHONNAZ /DEVELİOĞLU, s. 98.

11 DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, s. 79; GÜVEN, s. 54; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 30; CANSEL/ÖZEL, s. 88; AYAN, s. 99; ANTALYA, 81; EREN, s. 92; KILIÇOĞLU, s. 39; YILDIRIM, s. 31.

Eksik borç, ifa edildiği takdirde, borcun bulunmadığı durumlardan farklı olarak, borç olmayan bir şey ifa edilmesi veya bir bağışlamada bulunulmuş olması söz konusu olmayıp, borç ifa edilmiş sayılmaktadır¹². Bu sebeple TBK'nun 295. ve 296. maddelerinde düzenlenmiş olan bağışlamanın geri alınmasına ve bağışlamanın tenkisine (TMK md. 565) ilişkin kuralların burada uygulanması söz konusu değildir¹³.

Eksik borç olarak nitelendirilen ilişkiler yukarıda belirtilen ortak özellikleri dışında birbirinden farklılıklar arz etmekte ve tabi olacakları esaslar da değişmektedir¹⁴.

II. EKSİK BORCUN ÇEŞİTLERİ

Eksik borçlar doktrinde, doğuştan eksik borç, sonradan eksik hale gelen borç olarak bir ayrıma tabi tutulduğu gibi sürekli ve geçici eksik borç olarak da bir sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır¹⁵.

A. Doğumu Anında Eksik Olan Borçlar

1. Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar

Kumar birden fazla kişinin kişisel yeteneklerini ortaya koydukları ya da sonucu talih ve tesadüfe bıraktıkları, kazanç sağlamak amacıyla kazanan tarafa borç altına girme konusunda yaptıkları bir sözleşmedir. Bahis ise yine birden fazla kişinin belirli bir iddiayı ortaya koyarak, iddiasında haklı çıkan tarafa karşı bir edimde bulunmayı üstlendikleri anlaşmadır¹⁶.

Kumar ve bahis sözleşmesi, amacı bakımından talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler içerisinde yer alır. Ancak kumar ve bahiste kişilerin emek ortaya koymaksızın kazanç sağlamaları söz konusudur¹⁷. Kanun Koyucu emeksiz kazancı kınamak istemesi sebebiyle kumar ve bahis borcunu eksik borç olarak kabul etmiştir¹⁸. TBK'nun 604. maddesinin I. fıkrasına göre,

12 OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 17. Baskı, İstanbul 2019, s. 19; ANTALYA, 81; AYAN, s. 99; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, 79; EREN, s. 92; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 29.

13 EREN, s. 92; AYAN, s. 99; CANSEL/ÖZEL, s. 88.

14 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 44; OĞUZMAN/ÖZ, s. 19.

15 GÜVEN, s. 38; YILDIRIM, s. 32; AYAN, s. 99; CANSEL/ÖZEL, s. 89; Doktrinde eksik borçlar, doğal borçlar, def'iyeye tabi borçlar (alacaklar) ve ahlâki ödevler olarak da sınıflandırılmaktadır. Bkz. TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 98-99.

16 BİLGE Necip, Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar, **İÜMHAD**, C. 3, S. 1, Y. 1958, s. 7; TÜZÜNER Özlem, Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege FERENda Düşünceler, **TBBD**, C. 26, S. 107, Y. 2013, s. 246; EREN, s. 93; GÜVEN, s. 9; KILIÇOĞLU, s. 36; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI s. 53.

17 TÜZÜNER, s. 251; EREN, s. 92; BİLGE, s. 10.

18 BİLGE, s. 11; TÜZÜNER, s. 251; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, 80; EREN, s. 92; von TUHR, s. 33-34; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 54; Guhl, s. 160; CANSEL/ÖZEL, s. 89; Doktrinde bir başka görüşe göre kumar ve bahis borcunda



“Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz.” Bu hükme göre, alacak hakkı bulunmasına rağmen, bu alacak hakkı için dava ve takip hakkı bulunmamaktadır¹⁹. Doktrindeki bir görüşe göre²⁰, kumar ve bahisten bir borç doğmamaktadır. Burada, borç ifa edilince söz konusu alacaklı bakımından hukukîleşen bir iktisap sebebi halini almakta olduğu savunulmaktadır. Ancak söz konusu görüş yapılan ifanın da geri istenemeyeceğini kabul etmektedir. Bu halde, borç doğmamasına rağmen, ifadan söz etmenin yerinde olmayacağı kanaatindeyiz. Şayet bir ifa varsa, borç da vardır. Ancak bu borçlar dava ve takip edilemezler. Bu haliyle de eksik borç tanımına uymaktadırlar.

Türk Borçlar Kanununda kumar ve bahis dışında kalan bazı işlemler de aynı hükme tabi tutulmuştur. Bu işlemler, TBK'nun 604. maddesinin II. fıkrasına göre; 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 esası üzerine yapılan vadeli satışlardır. Piyango veya diğer şans oyunları da, kanun ya da yetkili makamlarca izin verilmedikçe kumar ve bahis gibidir(TBK md. 606 f. I).

Borçlu, kumar ve bahis borcunu kendi isteği ile ödemişse bunu geri alamaz²¹. Fakat kumar ve bahsin usulüne göre yürütülmemesi, beklenmedik bir olayla veya diğer tarafın fiiliyle engellemesi halinde ya da diğer tarafın kumar ve bahise hile karıştırmaması durumunda, isteyerek yapılan ödeme TBK'nun 605. maddesinin II. fıkrası hükmüne dayanarak geri alınabilir²².

Kumar ve bahis borcu eksik bir borç olmasına rağmen bu tür borçların dava edilmesi halinde, bunun bir itiraz sebebi olarak kabul edilip, hâkimin bu durumu resen araştırması ve dikkate alması gerektiği kabul edilmektedir²³.

eksik borç değil, TBK m. 81 temeline dayanan bir contictio engeli vardır. Bkz. HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 23.

19 EREN, s. 92; Bilge, s. 11; CANSEL/ÖZEL, s. 89; Eski BK 504/I hükmünde kumar ve bahis bir alacak hakkı doğurmaz ifadesi yer almaktaydı. Ancak bu ifade doktrinde haklı olarak eleştirilmiş ve bu hükmün dava hakkı doğurmaz olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. KILIÇOĞLU, s. 36.

20 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 27.

21 EREN, s. 93; ANTALYA, s. 82; Bilge, 11; von TUHR, s. 34; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 56; CANSEL/ÖZEL, s. 90.

22 BİLGE, 13-14; YILDIRIM, s. 33.

23 CANSEL/ÖZEL, s. 90; BİLGE, 11; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ ARPACI, s. 55; EREN, s. 93; KILIÇOĞLU, s. 36. Doktrinde Yıldırım hakiminin dosyaya giren delillerden, alacağın kumar veya bahisten doğduğunu anlarsa davayı reddetmesi gerektiğini ifade etmiştir, Bkz. YILDIRIM, s. 33.

Kumar borcundan kaynaklı olarak borçlu alacaklıya bir senet verebilir. Ancak kumar ve bahis borçlarının ifası TBK'nun 605. maddesinin I. fıkrası gereğince vaad edilemeyeceği gibi, bu borçlar, kefalet veya rehin yoluyla da teminat altına alınamaz ve takas edilemez. Bu sebeple bu senede dayanılarak da dava açılmaz ve takip yapılamaz²⁴. Ayrıca bir kambiyo senedinin düzenlenmiş olması halinde dahi, kıymetli evrakın iyiniyetli üçüncü kişilere sağladığı haklar hariç olmak üzere, hiç kimse bunlara dayanarak dava açamaz veya takip yapamaz²⁵.

Devlet tarafından bazı özel kanunlarla izin verilen kumar ve bahisler ise eksik değil tam borç niteliğindedir. Milli Piyango İdaresi tarafından düzenlenen piyango çekilişleri; at yarışları; futbol karşılaşmaları ile ilgili müşterek bahisler özel kanunlarla izin verilmiş bahisler olup, kazanan kişinin tüm hakları eksiksiz korunmaktadır²⁶.

2. Evlenme Sımsarlığından Doğan Ücret Borçları

Sımsarlık, taraflar arasında bir sözleşme kurulması olanağının hazırlanması ya da sözleşmenin kurulmasına aracılık edilmesidir²⁷. Sözleşmenin kurulması halinde sımsar, TBK'nun 521. maddesinin I. fıkrası uyarınca kural olarak ücrete hak kazanmaktadır²⁸.

Evlenme sımsarlığı ise taraflar arasında sımsarın devreye girerek, evliliğe olanak hazırlaması veya evlilik ilişkisinin kurulmasına aracılık etmesi amacıyla kurulan hukuki ilişkidir²⁹.

Evlenme sımsarlığının en önemli özelliği sımsarın bu işi ücretsiz yapmasıdır. Doktrinde bir görüş, evlenme sımsarlığı için bir ücret kararlaştırılmışsa, bunun ahlâka ve hukuka aykırı olduğunu ileri sürmektedir³⁰. Ancak bu görüş kabul edilirse, ücret karşılığı yapılan evlenme sımsarlığı sözleşmesinin TBK'nun 27. maddesi gereği geçersiz olması gerekir. Bu durumda da borç doğmaz. Ancak bu ücret bir eksik borç olarak kabul edilmekte ve ifa edildiğinde geri istenemeyeceği aynı görüşü savunular tarafından ifade edilmektedir³¹. Bu sebeple kanaatimizce burada hukuka ve ahlâka aykırılık yoktur. Sadece dava ve takip edilemez, bir eksik borç vardır.

24 EREN, s. 93; BİLGE, s. 11-12; ANTALYA, s. 82; CANSEL/ÖZEL, s. 89-90; YILDIRIM, s. 33.

25 TÜZÜNER, 254-255; BİLGE, 12; CANSEL/ÖZEL, s. 90; ANTALYA, s. 82.

26 CANSEL/ÖZEL, s. 90; BİLGE, s. 14; YILDIRIM, s. 34; KILIÇOĞLU, s. 36-37.

27 AYDEMİR Efrail, Taşınmaz Mal Sımsarlığı İlişkisinde Sözleşmenin Kurulması ve Konusu, *THD*, C. 9, S. 100, Y. 2014, s. 267-270; CANSEL/ÖZEL, s. 91; GÜVEN, s. 40; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 56; ANTALYA, s. 83.

28 ANTALYA, s. 83; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 56; EREN, s. 94; GÜVEN, 40; YILDIRIM, s. 34; CANSEL/ÖZEL, s. 91.

29 AYDEMİR, s. 268.

30 EREN, s. 94.

31 EREN, s. 94.

TBK'nun 524. maddesine göre, “*Evlenme simsarlığından doğan ücret hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz*”. Bu hükme göre, evlenme simsarlığı için bir ücret kararlaştırılmış olsa dahi, simsar, bu ücret için dava açamaz ve takip yapamaz³². Ancak, simsara bir ücret ödenmiş ise, eksik borç olmasından dolayı iadesi de istenemez. Doktrinde evlenmeye aracılık faaliyetinin hukuka aykırılık oluşturduğu, örneğin evlenecek kişiyi dolandırma, iyiniyetini suistimal etme gibi durumlarda ücretin iadesinin talep edilebileceği kabul edilmektedir³³.

Hâkim dosyaya giren delillerden, alacağın evlenme simsarlığından doğduğunu anlarsa resen davayı reddetmesi gerektiği, savunulmaktadır³⁴. Bu borçlar takas edilemeyeceği gibi, kefalet ya da rehin ile teminat altına da alınmaz. Yine söz konusu borçlar için ceza koşulu öngörülemez³⁵.

Evlenme simsarlığında temel ilişki hukuka uygundur. Bu sebeple evlenme simsarlığını “*muhabbet simsarlığından*” ayırt etmek gerekir. Muhabbet simsarları birbirleri ile hukuki ilişkileri olmayan kişileri ücret karşılığında cinsel birliktelik amacıyla bir araya getirirler. Böyle bir ilişki ise tam olarak ahlâka ve hukuka aykırıdır³⁶. Bu sebeple muhabbet simsarlığı için yapılan sözleşme geçersizdir ve borç doğmaz.

3. Ahlâki Ödevlerden Doğan Borçlar

Objektif ahlâk kuralları, başkalarına karşı zararlı olmayı değil, yararlı olmayı emreder. Bu ahlâk olgusu her türlü kötülüğü yasaklarken, iyilik yapmayı öğütler. Hukuken yardım etmek zorunluluğu olmayan kişilere, bu ahlâki duygular neticesinde yardım etmek istenebilir³⁷. Ancak bir kimse, hukuken borçlu olmadığı halde ahlâki bir görevi ifaya zorlanamaz³⁸. Bununla birlikte TMK'nun 364. maddesinde yardım edilmediği takdirde sıkıntıya düşecek olan belirli derecedeki yakınlarla yardım nafakası verilmesi borcu öngörülmüştür. Bu kimseler, altsoy, üstsoy ve kardeşlerdir³⁹. Kişilerin bu kimseler dışındaki hısımlarına veya yakınlarına yardım etme gibi bir yükümlülüğü yoktur. Misal olarak, bir kimseyi amcasına nafaka vermeye zorlayan hukuki bir yükümlülük yoktur. Kanun Koyucu yeğenlere böyle bir yükümlülük getirmemiştir. Fakat yeğen zarurete düşen amcasına ahlâki duygular neticesinde

32 GÜVEN, s. 41; EREN, s. 94; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 56.

33 KILIÇOĞLU, s. 38.

34 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 57; YILDIRIM, s. 34.

35 YILDIRIM, s. 34; EREN, s. 94.

36 EREN, s. 94.

37 von TUHR, s. 34; EREN, s. 95.

38 CANSAL/ÖZEL s. 91; OĞUZMAN/ÖZ, s. 20; GÜVEN, 43; TERCİER/PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s. 99.

39 KILIÇOĞLU, s. 37.

yardımda bulunmuş olabilir⁴⁰. Kanun Koyucu nafaka ödeme yükümlülüğü olmamasına rağmen, ahlâki ödevin yerine getirilmesi için üstlenilen ve ifa edilen borçları da eksik borçlardan saymıştır⁴¹.

Ahlâki ödevden doğan borç yerine getirilmezse, dava edilemez. Fakat buna rağmen dava açıldığı takdirde, bu borcun eksik borç olduğunun hâkim tarafından resen dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir⁴².

Ahlâki ödevden doğan bir borcun hem ifası mümkündür hem de ifası geçerli olarak vaad edilebilir⁴³. Bu sebeple ahlâki ödevden doğan borç tanınmaları hukuken geçerlidir. Ayrıca bu borçlar kefalet ve rehinle teminat altına alınabileceği gibi ceza koşuluna da bağlanabilir. Bu borçların takas edilmesi mümkündür. Ayrıca bunların devri de mümkündür. Yine eksik bir borç olarak bu borcun üstlenilmesi de hukuka uygundur⁴⁴.

4. Malikin İyiniyetli Zilyet Karşısındaki Borcu

Malikin, iyiniyetli zilyedin kendisine iade etmek zorunda olduğu mala ilişkin yapmış olduğu zaruri ve faydalı masraflardan dolayı olan borcunun bir eksik borç olduğu ileri sürülmektedir⁴⁵. Bu görüşe göre, iyiniyetli zilyet, alacak hakkını yani masrafların ödenmesini bağımsız olarak talep ve dava edemez. Çünkü burada teknik anlamda bir talep hakkı mevcut olmayıp, kanundan doğan bir def'i hakkı mevcuttur. İyiniyetli zilyet, masraflar malik tarafından ödenmedikçe malı iade etmek zorunda değildir. Bu durum, TMK'nun 994. maddesinin I. fıkrasında "*İyiniyetli zilyet, geri vermeyi isteyen kimseden şey için yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri tazmin etmesini isteyebilir ve bu tazminat ödeninceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna karşılık malik, malı aldıktan sonra iyiniyetli zilyede yapmış olduğu masrafları ödemişse, bu bir bağışlama olmadığı gibi bunun sebepsiz zenginleşme yoluyla da iadesi istenemez⁴⁶. Doktrinde bir başka görüş ise malikin borcunun bir eksik borç olmadığı yönündedir. Çünkü kötü niyetli zilyedin iade zorunda olduğu mallar için yapmış olduğu masraflardan doğan alacak hakkı, talep ve dava edilebilir bir alacak hakkıdır. Nitekim TMK'nun 995. maddesinin II. fıkrasında bu husus "*İyiniyetli olmayan zilyet, yaptığı giderlerden ancak hak sahibi için de zorunlu olanların tazmin edilmesini isteyebilir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Kötü niyetli zilyedin böyle bir hakkı varken, iyi niyetli zilyedin

40 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 28.

41 ANTALYA, s. 83; GÜVEN, s. 43; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 21; EREN, s. 95; GUHL, s. 160.

42 YILDIRIM, s. 35.

43 von TUHR, s. 35.

44 CANSEL/ÖZEL, 92; EREN, s. 95.

45 AYDOS Oğuz Sadık, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2019, s. 31.

46 von TUHR, s. 37; EREN, s. 96.

evleviyetle bu hakkı olmalıdır⁴⁷. Kanaatimizce, iyi niyetli zilyedin şey için yaptığı masrafları talep etmesi eksik borç değildir. Hem iyiniyetli hem de kötüniyetli zilyedin masraflar için tazminat isteyebileceği düzenlenmiştir. Kanun ifadesine göre, söz konusu masraflar birer tazminat olarak talep edilebileceğine göre, dava ve takip konusu olabilir⁴⁸.

5. Sözleşmeden Doğan Eksik Borçlar

Bir borç ilişkisinde tarafların, bir alacak hakkının dava ve cebri icra yoluyla takip edilemeyeceğini sözleşme ile kararlaştırabilecekleri doktrinde bir görüş tarafından kabul edilmektedir⁴⁹. Bu takdirde sözleşmeden doğan bu borç eksik bir borç niteliğini taşır. Buna karşılık diğer bir fikre göre ise talep ve dava hakkı kamu düzenini ilgilendirdiği için emredici bir hukuk kuralıdır. Bu sebeple tarafların sözleşme yoluyla eksik borç meydana getirmeleri mümkün değildir⁵⁰. Bu görüşü göre⁵¹, bu şekilde yapılan bir anlaşma TMK'nun 23. maddesi gereği kişilik haklarına aykırı olduğundan geçersiz olur. Bu sebeple eksik borçların istisnai bir durum olduğu, kanunda sınırlı sayıda düzenlendiği, kanunun eksik saymadığı bir borcun sözleşme ile eksik borç haline getirilemeyeceği kabul edilmektedir⁵².

B. Sonradan Eksik Borçlar

1. Zamanaşımına Uğramış Borçlar

Borcun ifa zamanı geldiği ve talep edilebilir nitelikte olduğu halde, alacaklı kanunda öngörülen sürede, dava açmaz ya da alacağını takip etmez ise alacak zamanaşımına uğrar⁵³.

Bir borcun zamanaşımına uğramış olması halinde, borçlu borcu ifadan kaçınma hususunda bir def'i hakkına sahiptir. Bu durumda borç, hukuken varlığını sürdürmekle birlikte, talep ve dava edilebilir niteliktedir. Ancak borçlu def'i hakkını kullanarak davanın reddini sağlayabilir. Zira borçlu, bu hakkını kullanmadığı durumlarda, ifaya mahkûm edilebilir⁵⁴. Gerçekten de zamanaşımı süresinin geçmesi ile alacak hakları hiçbir

47 Doktrinde EREN, malikin iyiniyetli zilyet karşısındaki borcunun eksik borç olmayıp, tam bir borç olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Yazar, masraflara ilişkin bu borcun eşyaya bağlı bir borç olarak görülmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. EREN, s. 96.

48 GÜVEN, 46.

49 ANTALYA, s. 83; EREN, s. 96; Aydos, 31-32; von TUHR, s. 37.

50 GÜVEN, 47.

51 GÜVEN, 47.

52 GÜVEN, 47.

53 CANSEL/ÖZEL s. 93; GÜVEN, 51; KILIÇOĞLU, s. 36; von TUHR, s. 35.

54 von TUHR, s. 35; EREN, s. 97; ANTALYA, s. 84; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 25; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 48; OĞUZMAN/ÖZ, s. 20.

şekilde düşmediği gibi, dava hakkı da düşmemektedir. Borçlu def'i hakkını kullanarak sadece talep hakkını durdurur ya da başka bir ifade ile etkisiz kılar⁵⁵.

Zamanaşımı ileri sürmek bir def'i olarak kabul edildiği için, hâkim tarafından re'sen dikkate alınmaz. Borçlu tarafından ileri sürülmesi gerekmektedir⁵⁶.

Borçlu zamanaşımına uğramış olan bir borcu dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra öderse, bu ifa geçerli olup, sebepsiz zenginleşme söz konusu olmaz⁵⁷. Ayrıca zamanaşımına uğramış olan bir borç için, borçlunun bir senet vermesi veya teminat göstermesi de geçerlidir⁵⁸. Hatta bu tür borçlar ceza koşuluna da bağlanabilir. Bu durum borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkından vazgeçtiği şeklinde yorumlanmaktadır⁵⁹. Bununla birlikte zamanaşımına uğramış bir alacak, takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış ise takas ileri sürülebilir (TBK md. 139 f. III). Yine zamanaşımına uğramış olan bir alacağın devri de mümkündür⁶⁰.

Borçlunun, zamanaşımı def'ini ileri sürdükten sonra dahi bundan rücu edip, borcu ödemesi de geçerli olarak kabul edilmektedir. Nitekim TBK'nun 160.maddesine göre borçlu, zamanaşımı def'inin doğmasından sonra dahi bundan feragat edebilir ve bu feragat geçerlidir⁶¹.

Zamanaşımı hususunda üzerinde durulması gereken meselelerden birisi de alacaklının mahkeme dışı talebine karşı zamanaşımı savunması yapan borçlunun, dava da susması halinde hâkimin bu durumu resen dikkate alıp almayacağıdır. Doktrindeki bir fikre göre bu durum resen dikkate alınmalıdır. Ancak borçlu zamanaşımı def'inden sonra alacaklıya yönelteceği tek taraflı irade beyanı ile her zaman bu def'iden vazgeçmesinin mümkün olduğu unutulmamalıdır. Yeter ki dava kesin hükme bağlanmamış olsun⁶².

55 Guhl, s. 161; GÜVEN, 51; ANTALYA, s. 84; EREN, s. 97; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 47-48.

56 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 47; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 25; EREN, s. 97.

57 TERCİER/PICHONNAZ /DEVELİOĞLU, s. 99; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI s. 47-48; ANTALYA, s. 84; CANSEL/ÖZEL, s. 93.

58 CANSEL/ÖZEL s. 95; EREN, s. 97; OĞUZMAN/ÖZ, s. 20.

59 YILDIRIM, s. 36; EREN, s. 97; CANSEL/ÖZEL, 95.

60 CANSEL/ÖZEL, s. 95; YILDIRIM, s. 36.

61 von TUHR, s. 35-36; OĞUZMAN/ÖZ, s. 21; EREN, s. 96; Doktrinde, def'i ileri sürüldükten sonra borcun ödenmiş olması durumunda bir yandan ahlâki vazifenin yerine getirildiği diğer taraftan ise yanılma ileri sürülecek durumdan çıkıldığı ileri sürülmüştür. Bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 22.

62 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 49-50.

2. Konkordato Dışında Kalan Borç

Bir diğer eksik borç ise konkordato sonunda borcun ortadan kalkan kısmıdır. Konkordato, alacaklıların alacaklarının belli bir kısmından vazgeçmeleri esasına dayanan ve kanun tarafından belli usule tabi tutulan bir sözleşmedir⁶³. Zira alacaklı konkordato dışında kalan alacak tutarını dava edemez. Ancak borçlu, konkordato dışında kalan borcunu öderse, geçerli bir ifa söz konusu olup, yapılan ödeme geri istenemez. Ayrıca bu durum bir bağışlama da teşkil etmez⁶⁴.

C. Geçici Eksik Borçlar

Eksik borcun sınıflandırılmasında üzerinde durulması gereken bir başka husus geçici eksik borçlar ayrımıdır. Geçici eksik borçlar, alacaklı tarafından belirli bir süre talep ve dava edilemeyen hallerde söz konusu olup, söz konusu durum ortadan kalktığında ise talep ve dava edilebilir borçlardır⁶⁵.

Geçici eksik borç olarak ebeveynleri ile birlikte yaşayan ergin altsoyların, emek ve kazançlarını aileye özgüledikleri durum misal gösterilebilir. Ana ve babası veya büyükanne ve büyükbabası ile birlikte yaşayan ergin altsoylar, emek ve kazançlarını aileye özgülemişse, bundan dolayı uygun bir bedel talep edebilirler (TMK md. 370 f. I). Ancak bu alacak, borçlunun sağlığında talep edilemez (TMK md. 371 f. I). Meğer ki üçüncü kişilerle birlikte hacze veya iflasa katılma hakkına sahip olsunlar (TMK md. 371 f. II)⁶⁶. Ayrıca bu çocukların TMK'nun 641. maddesi uyarınca mirasın paylaşılması halinde belirli bir tazminat talep hakları da mevcuttur⁶⁷.

III. DEF'İ VE İTİRAZ KAVRAMI

Alacaklı, ifa talebinde bulunduğunda, borçlu varsa usul hukukuna veya maddi hukuka ilişkin savunmalarda bulunabilir⁶⁸. Alacaklının ifa taleplerine engel olan ve borçluya bazı hususları ileri sürerek ifadan geçici ya da sürekli olarak kaçınma imkânı veren maddi hukuka dair savunmaları, def'i ve itiraz olarak iki gruba ayırmak mümkündür⁶⁹.

63 YILDIRIM, s. 36; GÜVEN, 52.

64 GÜVEN, 52; ANTALYA, s. 85; von TUHR, s. 38; CANSEL/ÖZEL, 93; EREN, s. 98.

65 Ayan, s. 100; GÜVEN, 53; EREN, s. 96-97; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, 80.

66 von TUHR, s. 38; GÜVEN, s. 53; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU s. 80; YILDIRIM, s. 35; EREN, s. 96-97.

67 EREN, s. 97.

68 NOMER Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 27; CANSEL/ÖZEL s. 78.

69 ÇUKADAR Neslihan, **Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar**, Ankara 2014, s. 15; CANPOLAT Ferhat, **Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları**, EÜHFD, C. 3, S. 1, Y. 2008, s. 255; CANSEL/ÖZEL, s. 76; NOMER s. 27.

Eksik borcun hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar, özellikle def'i ve itiraz kavramları üzerinde yoğunlaştığı için çalışmamızın bu bölümünde def'i ve itiraz kavramları üzerinde durulmuştur. Nitekim def'i ve itiraz kavramları birbirinden farklı olmasına rağmen sıklıkla birbiriyle karıştırılmaktadır.

A. Def'i Kavramı

Def'i, hak sahibine söz konusu hakkı kullanmak suretiyle, bir başkası tarafından ileri sürülen bir hakkı, özel bir sebebe dayanarak belirli bir oranda etkisiz kılma, sonuçlarını tamamen ya da kısmen sınırlama, engelleme veya ortadan kaldırma imkânı veren bir haktır⁷⁰.

Doktrinde, def'i hakkının yöneldiği hakkın alacak olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple def'i hakkı, alacak hakkına karşı kullanılan bir savunma vasıtası olarak nitelendirilebilir⁷¹.

Def'i hakkının varlığı, hak sahibine karşı başka bir hakkın mevcut olmasına bağlıdır. Başka bir ifade ile def'i hakkı sahibine karşı bir hak kullanılması halinde, def'i hakkı sahibi, bu hakkını kullanarak edimin yerine getirilmesi talebini reddeder veya edimi sürekli ya da geçici olarak yerine getirmekten kaçınır⁷².

Usul hukukunda def'i kavramı ise maddi hukuktaki def'i anlamından farklı olup, daha geniştir. Zira usul hukukunda def'i kavramı, usul hukukuna dayanan savunma imkânlarını da içine almaktadır. Örneğin usul hukuku açısından ilk itirazlar da def'i kavramının içerisinde yer alır⁷³.

Def'i kavramı doktrinde çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bu ayrımlardan en önemlisi “sürekli def'i” ve “geçici def'i” ayrımıdır. Sürekli def'iler, ileri sürüldüğünde karşı tarafın hakkını tamamen engelleyip, def'i hakkı sahibine edimi ifadan sürekli kaçınma hakkı vermektedir. Buna karşılık geciktirici def'i ise hak sahibinin hakkını kullanmasını yalnızca bir süre engelleyebilmektedir. Sürekli def'ilere zamanaşımı def'i, geciktirici def'ilere ise ödemezlik def'i (TBK md. 81) misal olarak verilebilir⁷⁴.

70 ERDOĞAN İhsan; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 25; AKINCI Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, 10. Baskı, Konya 2017, s. 36; ÇUKADAR s. 20; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 22; YILDIRIM, s. 18; ANTALYA, s. 92; KILIÇOĞLU, s. 25; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU 66; CANPOLAT s. 256; EREN, s. 73-74.

71 ÇUKADAR s. 39; CANPOLAT s. 257; EREN, s. 73.

72 EREN, s. 74; ÇUKADAR s. 39; CANPOLAT s. 257-258.

73 CANPOLAT s. 259. Doktrinde KILIÇOĞLU haklı olarak def'i hakkı ile ilk itirazların birbirine karıştırılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Yazar, davalı tarafın maddi hukuk bakımından def'i niteliğinde bir savunma hakkına sahip olsa bile, bunun ileri sürülmesinin usul hukukundaki ilk itirazların ileri sürülmesine ve usulüne bağlı olduğunu ifade etmiştir. Bkz. KILIÇOĞLU, s. 25-26.

74 ÇUKADAR s. 51 vd.; ANTALYA, s. 94; EREN, s. 75-76; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU s. 67; CANSEL/ÖZEL, 77; YILDIRIM, s. 18; CANPOLAT s. 259.



B. İtiraz Kavramı

İtiraz, karşı tarafın iddia ettiği hakkın ya hiç oluşmadığı ya da sona erdiğine ilişkin bir olayın ileri sürülmesidir. İtirazda ileri sürülen olayla talep edilen hakkın veya alacağın mevcut olmadığı iddia edilmektedir⁷⁵. Alacak hakkının bulunmadığı ya da sona erdiği bir borç ilişkisinde borç da bulunmaz⁷⁶.

Doktrinde itiraz da çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bu ayrımlardan bir tanesi de “*hakkın doğumuna engel olan itiraz*” ve “*hakkı sona erdiren itiraz*” şeklindedir. Hakkın doğumuna engel olan itirazda hakkın hiç doğmadığı ileri sürülürken, hakkı sona erdiren itirazda ise bir olay nedeniyle söz konusu hakkın sona erdiği iddia edilmektedir. Şekil şartına uyulmadığının ya da ehliyetsizliğin ileri sürülmesi hakkın doğumuna engel olan itiraza, alacağın ödendiği, ibra ya da imkânsızlık sebebiyle sona erdiğinin ileri sürülmesi ise hakkı sona erdiren itiraza misal olarak verilebilir⁷⁷.

C. Def’i ve İtiraz Arasındaki Farklar

Def’i ve itiraz kavramları arasında pek çok farklılık mevcuttur. Bunlardan ilki hukuki niteliğe ilişkindir. Nitekim def’i bir hak iken, itiraz bir olaydır. Bunun bir sonucu olarak borçlu def’i hakkını kullanmaktan hem yargılama aşamasında hem de yargılama dışında tek taraflı olarak her zaman vazgeçebilmesine rağmen, itiraz da bu mümkün değildir. Çünkü itirazın bir olay olması ve olayların tek taraflı bir vazgeçme iradesi ile ortadan kalkmaması sebebiyle borçlunun bundan vazgeçemeyeceği kabul edilmektedir⁷⁸.

Def’i ve itiraz arasındaki bir başka fark ise ileri sürülebilmesi açısındandır. Def’i sadece hak sahibi tarafından ileri sürülebilir. Buna karşılık itiraz menfaati bulunan herkes tarafından ileri sürülebilmektedir⁷⁹.

Def’i ve itiraz ileri sürülebileceği zaman açısından da birbirinden oldukça farklıdır. Şöyle ki borçlu aleyhine açılmış olan alacak davasında, sahip olduğu def’i haklarını cevap veya ikinci cevap dilekçesinde serbestçe ileri sürebilir. Ön inceleme aşamasında ise kural olarak ancak alacaklının açık muvafakati ile def’i hakkını ileri sürebilir. Yani def’i hakkı kural olarak ön inceleme aşamasından sonra ileri sürülemez. Buna karşılık

75 REİSOĞLU, Safa; Türk **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, İstanbul 2014, s. 40; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 22; CANPOLAT s. 260; EREN, s. 77; ÇUKADAR s. 20-21; YILDIRIM, s. 19; EREN, s. 77; ANTALYA, s. 92; CANSEL/ÖZEL, s. 76; AKINCI, s. 37.

76 ERDOĞAN s. 25.

77 ÇUKADAR s. 77 vd.; EREN, s. 77; ANTALYA, s. 92; 93; CANPOLAT s. 260.

78 CANSEL/ÖZEL, 79; ERDOĞAN s. 25-26; YILDIRIM, s. 19; EREN, s. 77; CANPOLAT s. 261.

79 AKINCI, s. 37; ANTALYA, s. 93; CANPOLAT s. 261; YILDIRIM, s. 19; EREN, s. 78.

itiraz sebepleri sonradan da yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Savunmanın genişletilmesi yasağı, itirazlar için söz konusu değildir. Misal olarak borçlu, ödeme yaptığına ilişkin belgeyi sonradan ibraz etmesi halinde, bu durum savunmanın genişletilmesi yasağı kapsamına girmez.⁸⁰

Def'i ve itiraz arasındaki bir başka farklılık ise bunların hakim tarafından resen dikkate alınıp alınmamasında kendisini gösterir. Def'i, ancak def'i hakkı sahibinin ileri sürmesi halinde dikkate alınabilir. İtiraz ise davalı tarafından açıkça ileri sürülme dahi, hakim tarafından resen dikkate alınmaktadır⁸¹.

Def'i ve itiraz arasındaki farklardan birisi de yöneldiği savunmaların birbirinden başka oluşudur. Şöyle ki def'i, hakkı sona erdirmeyip, sürekli veya geçici olarak kullanılmasını engellemektedir. Bun karşılık itirazın ileri sürülmesi bir hakkın doğmadığını veya doğmuş olan bir hakkın sona erdiğine yöneliktir⁸².

IV. EKSİK BORCUN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN YARGITAY KARARLARINDAKİ VE DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Eksik borcun hukuki niteliğine ilişkin doktrin ve uygulamada ileri sürülen görüşleri, def'i ve itiraz olmak üzere iki ana başlık altında toplayabiliriz.

Yargıtay, bazı kararlarında zamanaşımının ileri sürülmesine ilişkin olarak kanaatimizce hatalı olarak “*itiraz*” kavramını kullanmıştır⁸³. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 12.03.2019 tarihli kararında açıkça zamanaşımının borcu sona erdirmedeğini, eksik borç haline getirdiğini

80 NOMER s. 28-29.

81 ANTALYA, s. 93; REİSOĞLU, s. 40; YILDIRIM, s. 19; CANSER/ÖZEL, 79; AKINCI, s. 37; EREN, s. 78; ERDOĞAN s. 25-26; CANPOLAT s. 261.

82 EREN, s. 78; CANPOLAT s. 263.

83 Y. 23. HD., T. 16.12.2019, 2016/8366 E., 2019/5332 K, “Bu durumda mahkemece talep edilen aidatın niteliği belirlenerek yukarıda bahsedilen ilke çerçevesinde zamanaşımına uğrayan aidat cinsinden olması halinde davacının zamanaşımı itirazının değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bu hususta değerlendirme yapılmadan karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.”; Y. 23. HD., T. 19.12.2019, 2017/2602 E., 2019/5472k., “Bu nedenlerle süresinde ileri sürülen zamanaşımı itirazının kabulüyle davanın reddine karar verilmek gerekirken, aksine düşüncelerle davanın kısmen kabulüne ilişkin karar usul ve yasaya aykırı olup bozulmasına karar vermek gerekmiştir.”; Y. 23. HD, T. 5.12.2019, 2016/5758 E., 2019/5122 K, “...davalının zamanaşımı itirazının yerinde olmadığı, taraflar arasındaki sözleşmede, davacının alt işveren, davalının asil işveren konumunda olduğu, sözleşme ve şartname hükümleri uyarınca, işçilerle ilgili olarak ortaya çıkacak tüm hukuki sorumlulukların davacı yükleniciye ait bulunduğu, bu itibarla iş mahkemesince hüküm altına alınan işçi alacaklarından, davacının tek başına sorumlu olduğu gerekmesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.”, Kazancı Bilişim Otomasyon.

ve zamanaşımı ileri sürmenin def'i olduğunu belirtmiştir⁸⁴. Yüksek Mahkemenin sonraki kararları da aynı yödedir⁸⁵. Bununla birlikte doktrinde genel kabul gören görüş de, zamanaşımının ileri sürülmesinin itiraz değil, bir def'i olduğunu kabul etmektedir⁸⁶.

Kumar ve bahis borçları ile ilgili olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu⁸⁷, kumar ve bahis sözleşmelerinin geçerli olduğunu, bu sözleşmelerden doğan borçların da geçerli olarak doğduğunu kabul etmiştir. Ancak Yargıtay aynı kararda, kumar ve bahis borçlarının eksik borç olduğunu kabul etmekle birlikte, bunun ileri sürülmesinin def'i değil, itiraz olduğunu ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiğini hükme bağlamıştır.

Doktrinde çoğunlukla kumar ve bahis borcu savunmasının bir def'i değil, itiraz olduğu, hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁸. Kumar ve bahisten doğan borçlar ile evlenme

84 YHGK., 12.03.2019 T., 2015/2925 E., 2019/277 K., "Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden, dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade etmektedir. Sonucu alacak hakkına son 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 ifadeyle özel hukukta teknik bir kavram olan zamanaşımı, bir hakkın kazanılmasında veya kaybedilmesinde yasanın kabul etmiş olduğu sürenin tükenmesi anlamına gelmektedir. Yargıtayın istikrar kazanmış son uygulamalarına göre, zamanaşımı hukuki niteliği itibarıyla, maddi hukuktan kaynaklanan bir def'i olup, usul hukuku anlamında ise bir savunma aracıdır.", <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 03.02.2020).

85 Y. 17. HD., T. 10.12.2019, E. 2017/2526, K. 2019/11742; Y. 11. HD., T. 4.12.2019, E. 2018/4624, K. 2019/7856; Y. 11. HD., T. 2.12.2019, E. 2019/904 K. 2019/7660, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

86 NOMER s. 28; REİSOĞLU, s. 40; EREN, s. 96; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, s. 67; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 47; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 25.

87 YHGK, T. 22.02.2017, 2015/932 E. , 2017/315 K., "Kanun koyucu, sosyal ve ahlâki yönlerden zararları olan kumar ve bahis için hükümsüzlük müeyyidesi öngörmemiş, kumar ve bahis borcuna ilişkin ifanın geçerli olması esasını benimsemiştir (Yavuz, C., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1996, s. 831). Öğretide baskın olan görüşe göre, kumar ve bahis sözleşmeleri geçerlidir; bunlardan borç doğar. Fakat bu borçlara dayanarak borçluyu borcunu ifa etmek üzere zorlama imkanı yoktur. Bu borç, dava hakkından yoksun, eksik (tabii) bir borçtur. (KOCAYUSUPFAŞAOĞLU N., Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, İstanbul 1978, s. 70) 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 (Yavuz, C., a.g.e., s. 831).", <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 02.02.2020). Aynı yönde; Y. 11. HD., T. 25.6.2018, E. 2016/13566, K. 2018/4748; YHGK, T. 22.2.2017, E. 2015/7-932, K. 2017/315, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

88 CANSER/ÖZEL, s. 90; Bilge, s. 11; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 55; EREN, s. 93; KILIÇOĞLU, s. 36. YILDIRIM, s. 33; ÇUKADAR s. 91-92.



simsarlığından doğan borçlar, doktrinde bir görüş tarafından dar anlamda eksik borç olarak kabul edilmiş ve bu borçların tam olarak geçersiz olmadığı, ancak dava hakkının tanınmadığı ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, söz konusu borçların ikrarı geçerli değildir. Bu borçlar teminat altına alınamaz. Dolayısıyla kumar ve bahis borçları ile evlenme simsarlığından doğan borçların ileri sürülmesi itirazdır ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerekir⁸⁹. Evlenme simsarlığından doğan borçlarda, hâkimin sunulan delillerden, bu borcun evlenme simsarlığından doğduğunu anlarsa resen davayı reddetmesi gerektiği de kabul edilmektedir⁹⁰. Ahlâki ödevden doğan borçların, eksik borç olduğunun ileri sürülmesinin de hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği doktrinde bir görüş tarafından kabul edilmektedir⁹¹.

Doktrinde başka bir görüşe göre ise⁹², eksik borcun ileri sürülmesi bir def'idir. Borcun eksik borç olduğunun sadece borçlu tarafından ileri sürülebileceği, hakim tarafından re'sen dikkate alınmaması gerektiği kabul edilmektedir. Bu görüşe göre⁹³, borcun eksik borç olması, borcu sona erdiren bir sebep olmadığı gibi, borcun doğuma engel olan bir durum da değildir. Borcun eksik borç olması bir olay değildir. Kanunun kendisine bağladığı hukuki bir sonuçtur. Borç, geçerli olarak doğmuştur. Sadece belirli hukuki sebeplerin varlığı halinde dava ve takip edilebilme özelliği bulunmamaktadır. Eksik borç olmasına rağmen, borçlu borcu ifa edebildiğine göre, borcun doğmadığı veya sona erdiği ileri sürülemez. Def'i, bir borcun özel sebepler dolayısıyla ifa etmekten kaçınma hakkıdır. Bu haliyle eksik borç, def'i tanımına uymaktadır⁹⁴. Eksik borç halinde borç sona ermediğinden veya borcun doğumuna engel bir durum olmadığından, eksik borç itiraz olarak kabul edilemez. Çünkü itiraz bir borcun sona erdiğinin veya doğmadığının ileri sürülmesidir. Eksik borçta böyle bir durum söz konusu değildir⁹⁵.

V. DEĞERLENDİRME

Eksik borçlar söz konusu olduğunda, ortada geçerli bir borç ilişkisi vardır. Buna bağlı olarak da geçerli olarak doğmuş borç bulunmaktadır. Ancak bu borçlar dava ve takip edilemez. Eksik borca ilişkin bir dava veya takip bulunsa dahi, borçlu, bunun eksik borç olduğunu ispat ederse, dava ve takip reddedilmelidir. Eksik borç olmasına rağmen, borçlu bilerek veya

89 OĞUZMAN/ÖZ, s. 19-20.

90 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, 57; YILDIRIM, s. 34.

91 YILDIRIM, s. 35.

92 GÜVEN, 55.

93 GÜVEN, 56.

94 GÜVEN, 56.

95 GÜVEN, 56.



bilmeyerek ifade bulunursa bunun iadesini de isteyemez. Bu çerçevede değerlendirdiğimizde, eksik borcun ileri sürülmesi, borcun sona erdiği veya borcun doğmadığı yönünde bir iddia değildir. Sadece dava ve takip edilemez olduğunun dile getirilmesidir.

Def'i bir hakttır. İtiraz ise bir olaydır. Bir borcun eksik borç olduğunun ileri sürülmesi, borçlu açısından, bu borcun dava ve takip edilemez olduğu yönünde bir hakkın ortaya konmasıdır. Borcun sona erdiği veya doğmadığına ilişkin bir olay ileri sürülmemektedir. Eksik borç dolayısıyla alacaklıya karşı dava açıldığında veya takip başlatıldığında, söz konusu borcun eksik borç olduğu, dava ve takibin muhatabı olan borçlu tarafından ileri sürülebilir. İtirazda olduğu gibi, eksik borç iddiası ilgili olan herkes tarafından ileri sürülemez.

Eksik borcun ileri sürülmesini def'i olarak veya itiraz olarak kabul eden yukarıda açıkladığımız yargı kararları ve bütün görüşler, eksik borç halinde geçerli bir borç doğduğu, bunun ifa edilebileceği ve ifa edildiğinde de iadesinin talep edilemeyeceği konusunda ittifak halindedirler. Bu sebeple, eksik borcun ileri sürülmesinin itiraz olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü itiraz, bir borcun doğmadığı veya sona erdiğine ilişkin bir savunma aracıdır. Ancak eksik borç söz konusu olduğunda, geçerli ve ifa edilebilir bir borç bulunmaktadır.

Borcun, eksik borç haline getiren zamanaşımının ileri sürülmesinin bir def'i olarak kabul edilmesi konusunda uygulamada ve doktrinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak kumar ve bahis borçlarının, evlenme simsarlığından doğan ücret borcunun ve hatta ahlâki bir ödevin yerine getirilmesinden doğan borçların hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği yukarıda açıkladığımız üzere kabul edilmektedir. Bu sebeple bir borcun eksik borç olduğunun ileri sürülmesinin bütün eksik borçlarda, istisnasız olarak tam anlamıyla bir def'i olduğunu kabul etmek doğru olmaz. Şöyle ki, evlenme simsarlığından doğan ücret hakkı ile kumar ve bahisten doğan borçlar için dava açılmayacağı ve takip yapılamayacağı kanunda açıkça ifade edilmiştir. Kanunun açık hükmü karşısında hâkim, açılmış olan bir davada, dava konusu alacağın evlenme simsarlığından doğan veya kumar ve bahisten doğan bir borç olduğunu tespit ederse, ilgili emredici hükümler gereği davayı reddetmesi gerekir. Borçlu tarafından eksik borç olduğu ileri sürülme dahi dava kanunun ilgili maddelerinde açıkça "*dava açılmaz ve takip yapılamaz*" hükmü yer aldığından, hâkimin bu durumu re'sen dikkate alması gerekir. Bu açıklamalara göre, evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten doğan borçların eksik borç olduğunun ileri sürülmesini, teknik anlamda def'i olarak da kabul etmek mümkün değildir. Zira def'i söz konusu olduğunda hâkim re'sen dikkate

alamaz taraflarca ileri sürülmelidir. Yukarıda yaptığımız açıklamalara göre, bu borçlar geçerli ve ifa edilebilir bir borç olduğu için, evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten doğan borçların ileri sürülmesi itiraz da değildir. Buna göre evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten doğan borçların ileri sürülmesi, itiraz olmadığı gibi tam anlamıyla def'i de değildir. Bu borçların eksik borç olduğunun ileri sürülmesini re'sen dikkate alınması gereken bir def'i olduğunu kabul etmek de yerinde bir değerlendirme olmaz. Dolayısıyla kanaatimizce evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten doğan borçların, eksik borç olduğunun ileri sürülmesinin kendine özgü bir hukuki niteliği vardır.

Evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten doğan borçlarda, dava devam ederken, borçlu ifada bulunursa, hâkim geçerli bir ifa olduğu için, yapılan ifanın iadesine de karar veremez. Hâkim burada borcun ifasıyla ilgilenmez. Ancak kanunda açıkça dava açılmayacağı ve takip yapılamayacağı ifade edilmiş olduğundan, hâkimin bu hükmü dikkate alması gerekir.

Evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten doğan borçlar dışındaki eksik borçların, eksik borç olup olmadığı konusunda hâkim tarafından re'sen değerlendirme yapılmamalıdır. Davada taraflar, özellikle borçlu tarafından ileri sürülmediği müddetçe hâkime böyle bir görev vermek hâkimin işini zorlaştırır. Bu durum kabul edildiğinde, hâkimden her alacak davasında, borcun eksik borç olup olmadığını araştırması beklenmesi gerekir. Hâkimin her alacak davası için böyle bir görevinin bulunduğunu kabul etmek, hem yargılama hukuku hem de maddi hukuk açısından yerinde bir değerlendirme olmaz. Evlenme simsarlığında veya kumar ve bahisten doğan borçlarda kanunda açık hüküm olduğundan, hâkim bu hususu re'sen dikkate almak zorundadır. Bu borçların eksik borç olduğunun ileri sürülmesini def'i olmaktan ayıran özelliği de bu durumdur.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar ve itiraz ve def'i haklarının farkları bağlamında bir değerlendirme yaptığımızda, evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten doğan borçlar dışında diğer eksik borçların, eksik borç olduğunun ileri sürülmesi bir def'idir.



SONUÇ

Eksik borçlar, geçerli olarak doğmuş, ancak dava ve takip edilemez borçlardır. Borçlu, söz konusu borcu ifa ettiğinde de iadesini talep edemez. Eksik borcun ifası sebepsiz zenginleşme teşkil etmeyeceği gibi bağışlama da olmaz. Bir borç, kumar ve bahis borçlarında veya ahlâki bir görevin yerine getirilmesinden doğan borçlarda olduğu gibi, doğuştan eksik borç olabileceği gibi, sonradan da, zamanaşımına uğramış borçlarda olduğu gibi, eksik borç haline gelebilir. Evlenme simsarlığında veya kumar ve bahis borcundan doğan borçlar dışındaki borçların eksik borç olduğunun ileri sürülmesi, itiraz değil, def'idir. Çünkü itiraz bir borcun doğmadığının veya sona erdiğinin ileri sürülmesidir. Oysa eksik borçlar, doğmuş, geçerli ve varlığını devam ettiren borçlardır. Sadece dava ve takip edilemezler. Bu sebeple ifayı geçici veya sürekli olarak engelleyen def'i savunması, eksik borçlar için daha uygundur. Ancak evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten doğan borçlar Kanununun açık hükmü gereği, hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiğinden, bunların ileri sürülmesi tam anlamıyla bir def'i değildir. Söz konusu borçların, eksik borç olduğunun ileri sürülmesi, itiraz da olmadığından kanaatimizce kendine özgü bir hukuki niteliğe sahiptir.



KAYNAKLAR

AKINCI Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, 10. Baskı, Konya 2017.

ANTALYA Osman Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. V/I, I, Ankara 2019.

AYAN Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara 2016.

AYDEMİR Efrail, Taşınmaz Mal Sımsarlığı İlişkisinde Sözleşmenin Kurulması ve Konusu, **THD**, C. 9, S. 100, Y. 2014, s. 267-270.

BİLGE Necip, Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar, **İÜMHAD**, C. 3, S. 1, Y. 1958, s. 7-15.

CANPOLAT Ferhat, Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları, **EÜHFD**, C. 3, S. 1, Y. 2008, s. 255-270.

CANSEL Erol/ÖZEL Çağlar, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 2. Baskı, Ankara 2017.

ÇUKADAR Neslihan, **Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar**, Ankara 2014.

DOĞAN Murat/ŞAHAN Gökhan/ATAMULU İsmail, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, Ankara 2019.

ERDOĞAN İhsan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara 2019.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara 2019.

GUHL Theo (Çev. A. Pulat Gözübüyük), Eksik Borcun Mahiyeti, **İÜMHAD**, C. 3, S. 4, Y. 1958, s. 158-161.

GÜVEN Kudret, Eksik Borçlar Temel Özellikleri İle Hüküm ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme, **BAÜHFD**, C. 2, S. 2, Y. 2016, s. s. 37-72.

HATEMİ Hüseyin/GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Baskı, İstanbul 2017.

KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Ankara 2019.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, **Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme**, 6. Bası, İstanbul 2014.



NOMER Haluk N, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, İstanbul 2017.

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 17. Baskı, İstanbul 2019.

REİSOĞLU Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, İstanbul 2014.

TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul 1993.

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2016, s. 98.

TÜZÜNER Özlem, Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege Ferenda Düşünceler, **TBB**, C. 26, S. 107, Y. 2013, s. 245-272.

von TUHR Andreas (Çev. Cevat Edege), **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Cilt:1-2, 2. Baskı, Ankara 1983.

YILDIRIM Abdulkerim, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara 2018.