

## PARA BORÇLARININ ÖDENMESİNDEKİ GECİKMEDEN DOĞAN ZARAR VE ZİYAN (1)

Yazan  
**Georges BALIS**

Tercüme eden  
**Asist. Dr. Akar ÖÇAL**

Jüstinyen Pandektlerinin Hermojeniene ait bir ibaresinde, satış bedelinin ödenmesinde temerrüt halinde bulunan alıcının, borçlanılmış olan parayı zamanında alan satıcının kazanacağı her şeyi ödemeye mecbur olmadığı, fakat sadece faiz ödemekle borçlu olduğu ifade ediliyordu (2). Bu hükme dayanan bazı eski hukukçular, temerrüt halinde bulunan borçlunun borcunu ödememesi sonucu maruz kalınan zarar ne olursa olsun, para alacaklısının zarar ve ziyan olarak ancak borçlanılmış olan paranın kanunî faizini talep edebileceği şeklinde ifade edilebilen umumi bir prensibi ortaya koydular. Romalı hükmün, şüphesiz ki hatalı olan bu tefsiri, artık kabul edilmiyor (3); bununla beraber bu tefsir tarzı, bu mesele üzerinde bir teorinin ortaya çıkmasına sebep oldu ve Medeni Kanunun mübeşşirleri tarafından da kabule mazhar olarak pratik hayata geçti ve Napolyon Kodunun 1153. maddesinde ifadesini buldu.

Bu teoriye göre, borcu bir miktar para ödemekten ibaret olan borçlunun durumu, akdi mahiyette olan diğer bütün borçlarından tamamen farklıdır. İfade edildiğine göre, bir bina inşa etmek veya

---

(1) Bu yazı, müellifin *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* adlı dergide (sene 1934, C. LIV, No: 1 - 4, s. 97 - 104) yayınlanan «Des dommages et intérêts dus à raison du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent» adlı makalesinden, bazı dip notları hariç kalmak üzere, tercüme edilmiştir.

(2) Lex 20 (19) Dig. 18. 6.

(3) Girard - Senn: *Droit Romain*, s. 687/4; *Cuq: Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, 1917, s. 602.

bir evin kullanılmasını temin etmek borcu ile yükümlü olan borçlu, önceden mes'uliyetinin genişliğini ölçebilir ve kendine terettüpeden borçların ifasındaki gecikmenin neticelerini takdir edebilir. Bu halde zararın araştırılması (ve isbatı) evin kullanılmasına bağlı hususlarla sınırlanmış olacaktır. Halbuki bir para borcunun bahiskonusu olması halinde durum böyle değildir. Paranın sınırlı bir faydalanması yoktur; para, farklı bir kullanma sahasında sahip olabilir ve çeşitli faaliyetlerin temelini teşkil edebilir; bunun için alacaklı zararını tesbit ve taleplerinin şumulünü takdir etmekte çok geniş bir alana sahiptir. Şöyleki; alacaklı parayı zamanında alamadığını ve bu suretle iflâs durumuna girerek zarara duçar olduğunu, mallarının müzayede ile satıldığını ve hattâ altın yüklü pers donanmasının Salamin denizinden çıkarılması teşebbüsüne iştirakine mani olduğunu iddia edebilir! Borçluyu, önceden sezmesine inkân olmayan ve üstelik mutlak bir şekilde tesadüflere bağlı olan bu gibi talepler karşısında bırakmak, hiç şüphesiz ki hakka-niyete aykırıdır.

Diğer taraftan, bu düşünce zararın genişliğini tayin edecek olan hakim bakımından mütalâa edildiği takdirde, daha isabetli görülecektir. Filhakika hakiki olan zarar, müsbit hâdiselerin ve delillerin hazırlanmasında davacının maharetinin neticesi olan farazi ve suni zararlardan ayırdetmek, artık kolay değildir. Şu halde, Jüstin-yen'in zarar ve ziyanın sınırı hakkında koymuş olduğu ve bu zararını akitte zikredilmiş olan kıymetin iki mislini aşamayacağı şeklinde ifade edilen mâruf kaidesinin tesisinde korktuğu hususun, bu kere, meselemizde hâkimin başına da gelmesinden korkulur.

\*

Bu düşüncenin tesiri altında Medeni Kanununun 1153. maddesinin sınırlayıcı hükmü formüle edildi. 1150. maddenin, borçlunun ancak mukavelede öngörülmüş veya öngörülebilecek olan zarar ve ziyandan mes'ul olacağı hükmünü vazederken, bir miktar paranın ödemesi borcu için dahi biraz evvel ifade ettiğimiz mahzurları bertaraf ettiği ileri sürülebilir ve bu da doğrudur; şu halde 1153. maddedeki özel hükmün ısdarını gerektirecek hiç bir zaruret mevcut değildi. Bu düşüncelere rağmen, kanunun hazırlayıcıları bahiskonusu olan mes'uliyetin daha fazla tahdit edilmesi gerektiğine inandılar ve bir miktar para borçlusunun öngörebileceği zararın

genişliği hakkındaki adlî araştırmayı bile kabul etmiyerek, sadece, borcun ödenmemesinden doğan zarar ve ziyanın, ancak kanun tarafından tesbit edilmiş faize mahkûmiyetten ibaret olacağı hükmünü sevk ettiler. Üstelik bir taraftan muhataralı araştırmaları bertaraf ederek, aynı zamanda alacaklıya, umumi kaidelere göre yapılması gerekenin aksine, hiçbir zararın isbatına ihtiyaç göstermeden, zarar ve ziyan hükmederek, onu avantajlı bir duruma geçirmiş oldular.

\*

1153. maddenin ortaya çıkarmış olduğu istisna, zarar ve ziyanın mukaddem şartlarına değil (Md. 1146 - 1148) ve fakat genişliğine ilişkindir (Md. 1149 - 1151). Borçlu, kendisine isnad olunamayan bir sebepten neşet eden bir gecikmeyi isbat edememişse (Md. 1147), diğer bütün borçların ifasındaki gecikme hallerinde olduğu gibi, 1153. maddenin şumulü dahilinde de olsa, gecikme tazminatı ödemekle mükellefti. Bu gecikmenin hatasından, hilesinden veya suinietinden neşet etmiş olmasının ehemmiyeti yoktu. Binnetice, bize göre, 1153. maddenin tahdidi hükmünün gecikmenin hatadan, hileden veya borçlunun suinietinden neşet ettiği hallere ilişkin olmadığını kabul eden 7 nisan 1900 tarihli kanundan önceki mahkeme içtihatları, kanun metni ile uyuşmuyordu. Bunun için bu içtihat, 1153. maddenin borçlu için sahip olduğu tahdidin çok müsamahakâr neticelerini hafifletmek yolundaki bir temayülün neticesi olarak mütalâa edilmelidir. Esasen kazai içtihatların 1382 ve 1383. maddelerde dahi, bu metinler akdi mahiyetteki hataya tatbik edilmediğinden, bir çözüm yolu bulamadığını belirtmek gerekir.

Her ne olursa olsun, bugün 7 nisan 1900 tarihli kanunun hükümleri altında, şayet gecikme borçlunun fena niyetinden neşet ediyorsa (daha doğrusu borçlunun hilesinin bahis konusu olması halinde) atacaklı, alacağının faizinden müstakil olarak, bu gecikme sebebiyle kendisine verilmiş bütün zararları talep edebilir.

Borçlu, 1153. madde hükmüne rağmen, gecikmeden doğan zarar belirsiz bile olsa, bilhassa alacaklının her türlü zararını telâfi edeceği şartını koşmak suretiyle gecikmeden doğan sonuçları farklı şekilde tanzim edebilir. Filhakika, 1153. maddenin tahdidi, tehlikeli bir netice verecek mahiyette olan bir zararlı mahkeme usulünün

akibetine karşı borçluyu himayeyi istihdaf ediyor. Bu sebeble bu hüküm amme intizamından değildir. Şayet borçlu bu himayeden feragat ederse, bu hal bir tehlike sezmediğini ifade eder. Şu halde, kanun borçlunun bu hareketine rağmen onu himaye etmekte ısrar edemez. Hatta, böyle genişletilmiş bir mes'uliyet şartı, durumlara göre, zımni olarak da telâkki edilebilir. Bir ödünç akdinde, şart kılınmış paranın önceden tesbit edilmiş özel bir kullanmağa tahsis edildiği işaret edilmişse, durum bu merkezdedir. Paranın, meselâ, alacaklı tarafından bir istirdat hakkının kullanılmasına, bizzat alacaklı tarafından deruhte edilmiş ve cezai şartı taşıyan bir taahhüdün icrasına tahsis edilmiş olmasında olduğu gibi; bütün bu hallerde, akitte başka bir şart mevcut olmamasına rağmen, muayyen bir vadede ödenmesi gereken paranın özel bir cihetle tahsisinin belirtilmesi, borçlunun 1153. maddeye müracaattan vazgeçtiğini kapsayan bir şart olarak mütalâa edilebilir. Bu sebeble, borçlu borcunun ödenmesindeki gecikme sonucu alacaklı tarafından maruz kalınan bütün zarardan mes'ul olarak kabul edilmelidir.

Bütün mesele, bir miktar para borçlusunun, ödemenin gecikmesi halinde, zarar ve ziyân olarak — kanuni faizden başka —, önceden tesbit edilmiş bir miktarı, alacaklı tarafından bir zararın isbatına bağlı olmadan, ödemek mecburiyetinde olduğunun şart edilmesine müsaade edilip edilmeyeceğini bilmekten ibarettir. Şüphesiz, adi işlerde bile kanuni faiz nisbetini tesbit serbest oldukça (18 nisan 1918 tarihli kanun), tazminatın götürü bir şekilde tesbitini muhtevi böyle bir şart kanuna aykırı olarak mütalâa edilemez

Nihayet, Fransada kanuni bir kuru olan para borçlarının bahis konusu olması halinde, 1153. madde manasında bir para borcunun mevcut olduğu kabul edilmelidir. Binnetice, ödemenin yabancı para ile yapılmasının gerekli olduğu hallerdeki borçlar buraya dahil olmazlar. Bu sebeble, yabancı para üzerinde yapılmış taahhütlerin bahis konusu olması halinde tatbik edilmesi gerekli olan kaideler, umumi kaidelerdir.

\*

Napolyon Kod'unun 1153. maddesinin tahdidi hükmü, evvelce 1794 tarihli Prusya Umumi Kanunu (Allgemeines Preussisches Landrech) tarafından kabul edilmişti; daha sonra 1811 tarihli Avusturya Kod'una dahil edildi (Md. 1333), bununla beraber bu sonun-

cu kanun bakımından, kanuni faizden fazla zarar ve ziyan tahsisinin mümkün olup olmadığı meselesi, hükmünün müphem yazılması sebebiyle, uzun zaman doktrinde olduğu kadar mahkeme içtihatlarında da münakaşa edildi.

Yeni kodifikasyon çalışmaları bahismevzuu tahdid için hüsnükabul göstermediler. Böylece, İsviçre Borçlar Kanunu (Md. 106, 1881 tarihli eski Borçlar Kanununun 121. maddesi), alacaklım, gecikme halinde yalnız kanuni faizi değil, ve fakat borçlu gecikmenin kendisine isnad olunamayacağını isbat etmediği takdirde, diğer bütün zarar ziyanını talep edebileceği hükmünü vaz etmiş bulunmaktadır. Alman Medeni Kanunu da (Md. 288) aynı şekilde alacaklımın kanuni faiz ötesindeki diğer bütün zararlarının giderilmesini isteyebileceğini ifade etmektedir. Avusturya Medeni Kanununun geniş bir revizyonu için seçilmiş olan Çek komisyonu, projesinde (Md. 1230), Alman Medeni Kanununda belirtilmiş olan hükmü, «zararın kazai tayinindeki böyle bir usulü, zarar tayini mevzuundaki aşikâr müşkillerden müstakillen sınırlamak, komisyona uygun görülmedi» şeklindeki ifadesiyle tekrar etmekle yetindi.

1928 tarihli Fransız - İtalyan Akitler ve Borçlar Kanunu Projesi, 102. maddesinde, para borçlarında zarar ve ziyan kanuni faize mahkûmiyetten ibarettir; fakat hâkim, fazla zararını isbat eden alacaklıya munzam tazminat tahsis edebilir hükmünü ihtiva etmektedir. Bununla beraber, Fransız Medeni Kanununun istisnai hükmünün evvelce İtalyan Medeni Kanunu tarafından da kabul edilmiş (Md. 1231) olmasından dolayı, bu projeyi hazırlayan bilgilerin bu istisnai hükmü terketmemeleri de umulabilir, filhakika, arbitrium iudicis'e tabi olmak, borçluyu adli araştırmaların tehlikeleri önünde bırakmanın lâzım gelip gelmediğinden ibaret olan meseleye en iyi bir hal çaresi teşkil edemez.

\*

Paraya ilişkin taahhütlerdeki zarar ve ziyanın sınırlandırılmasındaki esas (ki onu görmüştük), borçluyu, bizzat hakim kurbanlarından biri olacağı, suni veya seyyal ve hatta hileli hareketler vasıtasıyla (Jüstinyen'in dediği gibi, ex machinationibus et emmodicis perversionibus), sözde zararı takdir eden bir hükmün neticelerine tahammül ettirmekten ibaret bir haksızlık tehlikesine maruz bırakır. Zarar ve ziyan davasının açılabilmesi için davacının

bir taraftan kazançtan mahrumiyet gibi bir zararın doğumuna sebebiyet veren olayları diğer taraftan da bunun borcun gecikmesi ile olan ilgisini isbat etmesi gerekir. Kâfi derecede mahir olan bir alacaklı birinci elemanı kolayca isbat etmek durumunda olacaktır. İkinci elemana gelince, para spekülâtif mahiyette olan her türlü kullanıma elverişli olduğuna göre, davacı onu da kolayca isbat etmek durumundadır. Medeni Kanununun 1153. maddesindeki tahdide muhalefet edenler şüphesiz bu tehlikeleri tanımazlar, onlar davada yemini sağlayan hükümlerle (Medeni Kanun 1366, 1368..) bu tehlikelerin uzaklaşmış olduğunu kabul ederler. Bu hükümlere göre, hâkim zararın genişliği ve miktarı hakkında tam bir serbestiyet içinde kararını verir. Bununla beraber uzaklaştırılması gereken tehlike, hakikatte, bu karar içinde bulunmaktadır.

Şimdiye kadar verilen izahattan sonra aşağıdaki kanaata ulaşmış oluyoruz: Bize göre müsbet zarar (dommun emergens) ve menfi zarar (lucrum cessans) arasında bir ayırma yapılırsa, mesele çok daha doğru ve adil bir şekilde halledilmiş olacaktır. Müsbet zarar, bilindiği gibi, alacaklının patrimuanının aktif kısmının azalmasından, yani bugünkü mallara dahil edilmiş bir elemanın kaybından ibarettir. Menfi zarar ise aktifin artmamasından veya beklenen kazancın tahakkuk etmemesinden ibarettir. Hareket noktası olarak bu fark nazara alınır, borçlanılmış paranın ödenmesindeki gecikmenin sebep olduğu bütün müsbet zararın telâfi edilmesinin gerekeceği kabul edilmelidir. Alacaklı gecikme sebebiyle meselâ bir vefa hakkının sukutuna, bir akdin feshine, mallarının düşük fiatla alenen satılmasını gerektiren bir duruma, bir cezai şartın neticelerine ve hatta paraya sahip olmaması sebebiyle bakımsızlık yüzünden telef olmak durumuna düşen evini tamir etmekten veya onu tamamlamaktan mahrum kalmışsa durum bu merkezdedir. Filhakika bütün bu hallerde zararın mevcudiyetinin ve miktarının tahakkuku nisbeten kolay ve doğrudan doğruya bu zarara sebebiyet veren hadiselerle bağlıdır. Bu sebeple her iki taraf arasında gayrikanuni bir savaş tehlikesi pek muhtemel görünmez. Buna mukabil, menfi zararın bahiskonusu olması halinde durum başkadır, burada tazminat ödemedeki gecikmenin hileli bir manzara arzettiği hal hariç bırakılırsa, kanuni faiz miktarını aşmamalıdır.

Bu düşüncelerden sonra, bahiskonusu yaptığımız mesele bakımından aşağıda ifade edildiği veçhile, de lege ferenda, bir metin kaleme alınabilir :

Borcunu ödemekte mütemerrit olan para borçlusunu, kanun tarafından tesbit edilmiş faizi ödemekten başka, bu gecikme sonucunda alacaklısına vermiş olduğu müsbet zararın tamamının telâfisini de yükümlü olur. Alacaklı, aynı zamanda gecikmenin borçlunun hilesinden neşet ettiği hallerde, isbat edebildiği bütün zararın telâfisini de isteyebilir.