

## TEMERRÜDÜN ESASI

Prof. Henry Bovay

*Temerrüdün tarifinin ne olduğunu söylüyor. Bu hususta Pomponius, temerrüdün ne tarif edilebileceğini, ne de bunun ne zaman meydana geldiğinin tayin edilebileceğini, söylüyor.*

(La Gloze) [1]

### 1. TEMERRÜT HAKKINDA EVVELCE VERİLMİŞ KISA VE NOKSAN TARİFLER; MESELENİN VAZ'I \*.

Roma hukukçularının *mora* terimile ifade ettikleri, ödemini muntazam bir şekilde ifa etmiyen borçlunun veya alacaklının bu haline, her an, her zamanın hukukunda, ve bilhassa modern hukukta tesadüf olunmak-

[1] Terc. edenin notu: Bu sözler, Floransada doğmuş olan, İtalyan hukukçusu Accurs'e (1182 - 1260) aittir.

[\*] BİBLİYOGRAFIYE DAİR NOT: Burada, temerrüdü tetkik eden hususi mahiyette eserlerden, muayyen bir kısmının isimlerini vereceğiz. Bu müessese, her hukuka ait ümumi şerh ve manuel'lerde, sathî bir şekilde tetkik edilmiştir. Bunlar herkes tarafından kâfi derecede bilindiğinden, isimlerini burada zikretmiyeceğiz. Hususi eserlere gelince, bunlardan bazılarını, ancak vaktile elimizde bulunurken tasarruf edebildiğimizden, haklarında aşağıda, kat'î olarak tam olmayı, malûmat vermeğe, meselâ müellifin küçük ismini, kitabın kaynak ve neşir tarihini bildirmemeğe mecbur kaldık.

ROMA HUKUKU VEYA ALMAN MÜŞTEREK HUKUKU: Marcus Antonius Baverius, *Tractatus de mora*; Bartholomeus de Saliceto, *aynı isimde eser*; her ikisi de *Tractatum doctorum iuris*, cilt I, s. 123 ve müt. ve 161 ve müt.de. — Aemilius Ferrerius, *Libellus singularis de mora*, 1550. — Hugo Donellus, *Tr. de mora*, 1558. — Conditus, *Tr. de div. mora generibus* (1557 ve 1570 arasında). — De la Reberteria, *Opus de mora*, 1567. — Barthol. Romuleus, *Compendium seu tr. morae...*, 1569. — Dominicus Arumaeus, *Comment. methodicus de mora*, 1603. — Johann Saporita, *compend. morae*, 1668. — Taco A Glins, *Tr. singularis de mora*, 1649. — Nicolaus Klen, *Disputatio iuridica inauguralis de mora*, 1753. — G. I. de Schmakowski, *Dissertatio de mora*,

tadır. Bu hal alacaklı veya borçlunun istiyerek maruz kalacakları, aksi takdirde kanunun onlara cebir yolu ile kabul ettireceği mühim neticeleri haizdir. Bu halde borçlu veya alacaklı ne zaman *mora* (temerrüt) hâlinde, eski Fransız hukuk diline göre ne zaman *morosifs'*dirler? Bunun

1831. — Menochius, *De arbitrariis iudicium quaestionibus*, lib. II, cent. III. Casus 220, *Mora quando commissa dicatur...* — C. F. G. Meister, *Morae notionem iudicorum sistens*, 1745. — H. Lotz, *De morae initio*, 1818. — C. G. Wehrm, *Doctrina juris explicatrix...*, 1795. — Hennig-Ratten, *De mora...*, 1824. — Teller, *De mora creditoris*, 1765. — Purmannus, *Disputatio iuridica de purgatione morae*, 1667. — Daha sonra *mora mevzuunda aşağıdaki şahısların doktora tezleri gelir*: I. E. Hollwed, Heidelberg 1911. — Koeler, Altdorf, 1622. — I. O. Tabor, Argent, 1639. — I. Teklenburg, 1698. — Lehmann, Iena, 1682. — A. Kirschmann, Argent, 1685. — v. Madai, *Die Lehre der mora*, 1837. — C. W. Wolf, *Zur Lehre von der mora*, 1841. — Fr. Mommsen, *Die Lehre von der mora*, 1855. — F. Knlep, *Die mora des Schuldners nach röm. und heut. Recht*, 1871. — J. R. v. Waldberg, *Die mora debitoris in ihrer Beziehung zur Culpa*, 1878. — Siber, *Interpellatio und mora*, *Z. der Sav. Stiftung* (R. Abt.) 1908, s. 108 ve müt. — J. v. Schey, *Mora creditoris in oesterr. und. gem. R.*, 1884. — Hirsch, *Zur Revis. der Lehre v. Gläubigerverzug*, 1895. — Koch, *Mora creditoris*, Diss. Gött. 1895. — Jacobi, *Jherings Jahr.* XVII, 1879. — J. J. Kohler, *Arch. f. Bürgerl. R.* XIII, 1897, s. 149 ve müt. — Aynı müellifin, *Jherings Jb.* XVII, 1879, s. 261 ve müt. — Esmarch, *Inter moram solvendi et culpam a debitore praestandam quae sit differentia...* Gött. 1852. — L. Lariche, *Trad. des textes du Digeste, relatifs à l'influence du fait ou de la demeure d'un débiteur sur le sort de ses codébiteurs...*, etc., These Paris 1868. — A. Girault, *Des effets de la mora*, Poitiers, 1889. — J. Berney, *De la demeure en droit romain, français et suisse*, These Lausanne 1886. — Munk, *Mora creditoris*, Berlin 1898. — Rosenberg, *Der Verzug des Gläubigers*, *Jherings Jb.* XLIII. — Schmidt - Scharff, *Wirkungen der mora accipiendi*, Diss. Gött. 1891. — Manns, *Von der mora*, 1878. — Bettmann, *Die Mahnung*, Diss. Bonn 1886. — E. Meumann, *Der Verzug des Schuldners*, Diss. Erlangen 1898. — Richard, *Die Culpa bei der mora debitoris*, Diss. Gött. 1888. — Leonhard, *Jherings Jb.*, cilt 41, s. 4 ve müt. — A. Montel, *La mora del debitore, Requisiti nel diritto romano e nel diritto italiano*, 1930.

FRANSIZ HUKUKU: Windscheid, *Die Lehre des franz. Rechts von der mora* (Verzug, demeure), dans *Archiv f. d. Civil-und Krim. Recht der K. preussischen Rheinprovinz*, N. F. cilt 37. — F. Cirier, *De la demeure du créancier*, These, Poitiers 1886. — J. Leblond, *De la mise en demeure du débiteur*, These, Lille 1893. — J. Berney (bk. Roma Hukuku kısmı). — M. Planhol, *Note sous Dalloz* 1896/2, s. 457, ve *sous Dalloz* 1892/1, s. 257. — J. Paget, *Essai sur la mise en demeure et ses effets*, Paris 1870.

ALMAN HUKUKU: Bruckmann, *Deutsche J. Zeit.*, 1902, s. 220 ve müt. — Brecht, *Jherings Jb.* cilt 53, s. 234 ve müt. — H. de Claparede, *Beiträge zur Lehre von Leis-*



tanınması ve tarif edilmesinin imkânsız olduğu söyleniyor.

Hakikat halde, ihtimal haksız olarak, Pomponius'a atfedilen iktidar-sızlık itirafının, Accurse'ün izah ve haşiyelerine hâs bir şey olduğu; Rabelais'nin, bu hukukçuyu «güzel bir elbiseye konmuş çirkin bir süs»

*tungsverzuge*, 1903. — Hölder, *Deutsche J. Zeit.*, 1900, s. 101 ve müt. — Kipp, *aynı mecmua*, s. 253 ve müt. — Paech, *Der Leistungsverzug*, 1902. — H. Pagenkamper, *Unmöglichkeit und Verzug bei Unterlassungspflichten*, Diss. Breslau 1905. — G. Rehbein, *Mora creditoris, eine Studie zum E. G. B.*, Diss. Halle 1897. — A. Schmidt, *Setzt der Eintritt des Verzuges schuldhafte Unterlassung der Erfüllung voraus?* Diss. Greifsw. 1900. — Paasche, *Unmögl. der Leistung und verzug bei Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen*, Diss. Leipzig 1903. — Lehmann, *Archiv f. ziv. Praxis*, cilt 96, s. 61 ve müt. — Staub, *die positive Vertragsverletzungen, Festgabe z. 26. Deutschem jur. Tage* (1904). — Aynı müel., *Komm. z. H. G. B.*, II inci tabı, 1921, ad 1 374. — Thiele, *Archiv f. ziv. Praxis*, cilt 89, s. 85 ve müt. — Laband, *aynı mecmua*, cilt 73, 74. — Rogowski, *Die Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungsverbindlichkeiten...* 1907. — Roemer, *Deutsche J. Zeit.*, 1907, s. 873. — Frankenburger, *Erfüllungsverzug...*, *Seufferts Bl.* cilt 74, s. 275, 757; cilt 75, s. 307, 344. — Hoelder, *Zur Lehre v. der Haftung für Verzug, Unmöglichkeit und Unvermögen, Recht* 1911, s. 873 ve müt. — Freudenthal, *Voraussetzungen des Verzuges des Käufers...*, 1912. — Heymann, *Das Versuchulden beim Erfüllungsverzuge*, Marburg 1913. — Oertmann, *Einrede und Verzug*, *Zeitschrift f. d. Ges. RR.*, cilt 78, s. 1 ve müt. — Adler, *Zur Lehre vom Leistungsverzug beim Kauf*, aynı mecmua, cilt 86, s. 1 ve müt.

ISVİÇRE HUKUKU: Ernst, *Rechtshist. Begründung der mora*, Diss. Bern 1882. — J. Berney (Roma Hukuku kısmına bk.). — F. Matter, *Verzug des Gläubigers*, Diss. Bern 1887. — Blumenstein, *Z. bern. J. Vereins*, cilt 36, s. 290 ve müt. — Marcusen, aynı mecmua, cilt 15, s. 524 ve müt. — *Z. f. schweiz. Recht*, XII. — Burckhart, *Z. f. schweiz. Recht*, cilt 22, N. F., s. 469. — Max Dorer, *Die Elemente des Gläubigerverzuges...*, Diss. Zürich 1906. — G. Meyer, *Der Verzug des Gläubigers im S. O. R.*, Diss. Zürich 1906. — Meyerhofer, *Schweiz. J. Zeitung*, VI, s. 169 ve müt. — H. Oser, *Z. f. schweiz. Recht*, 24, N. F., s. 437 ve müt. — Hodler, *Der Widerruf nach S. O. R.*, Diss. Zürich 1906. — Blass, *Zum Wahlrecht nach Obligationenrecht art. 107*, *Rev. Suisse de Jurisprudence*, cilt 14, s. 201-203. — F. Voser, *Der Schuldnerverzug im schweiz. O. R.*, Diss. Zürich 1914. — A. Comment, *De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux, art. 109-111 C. D.*, Th. Bern 1924. — Schweizer, *Zum Rücktritt des Verkäufers*, *Schweiz. J. Zeitung*, cilt 9, s. 101-102. — Goeschke, *Z. bern. J. Vereins*, cilt 60, s. 14 ve müt., 68 ve müt.

ITALYAN HUKUKU: Messa, *Mora* (in *Enc. Giuridica*). — Scuto, *La mora del creditore*, Catania, 1905. — A. Montel, *La mora del debitore, Requisiti nel dir. rom. et nel dir. italiano*, 1930.

olarak tavsif ederken; ve Dante'nin Bolonyada meşhur olan babasının halefini, Accurse'e kadar cehennem çenberine sokarken; fazla sert hareket etmemiş oldukları tasavvur edilebilir.

Bu düşünce aldatıcıdır. Romalılarından bize kadar olan zaman merdiveni aşılacak olursa, temerrüdün, üzerinde tam bir vuzuh aramaktan vazgeçilmesi icap eden, daima karışık, esrarlı, batını bir şey olduğu fikri hasıl olur. Ferretus, 1550 de, tarifi «hukuk tarafından sebepsiz olarak ihmal edilmemiş olan» bu kelimenin ifade ettiği mânanın öğrenilmesiyle iktifa etmek istiyor. Doneau, 1558 de, aynı kanaatta bulunmaktadır: «Bir tarif vermek için bu kadar ince ve dakik mütalâalar değil, terimin şümulünü kavramak kâfidir». Keza Corpus'un de Godefroy «temerrüdün ne zaman meydana geleceği söylenemez» demektedir.

Asil Dominique van Arum, Dominicus Arumaeus (1603) ise, müşkülât karşısında kalan kimselerin ekseriya kullandıkları bir kıyastan istifade ediyor: «temerrüdün tarifini vermek güç ve bunun neticesi olarak imkânsızdır, zira güç şeyler imkânsız şeylerin miktarı kadar olmalıdır». Bütün bunlar, ne Ferretus, ne Doneau, ve ne de Arumaeus'un, hayrete şayan bir neticesizlik içinde, temerrüdün her nevi tereddütten masun bir tarifini, derhal ve sakın bir şekilde, vermelerine mâni teşkil etmemiştir.

Hakikati halde muayyen bir Romalı hukukçu veya şarihleri temerrüdü tarif ve teşhis etmenin imkânsız olduğunu söyledikleri zaman, bunların fikrimizce, iki meseleyi, gayri şuuri olarak, yekdiğerine karıştırmış ve birleştirmiş olmaları mümkündür: hukukta temerrüdle ne anlaşıldığı, yani kanun koyucunun bu terimle istihdaf ettiği hallerle, fiiliyatta muayyen, müşahhas bir hâdisede, bu hallerin mevcut olup olmadığı meselesini birbirine karıştırmışlar, ve belki, bu son ihtimali gözönünde tutarak, temerrüdün bir hukuk meselesi olmaktan ziyade, fiilî bir hâdiseye olduğunu iddia etmişlerdir. Fakat aradaki fark fikirlerinde açık olarak gözükmüyor, zira tarifini verebilmek için temerrüdden nazari olarak bahsettikten sonra, derhal onun fiiliyatta tanınmasındaki müşkülâta kayıyorlar ve bu güçlüğü umumî olarak yani gerek nazari tarif ve gerek müşahhas bir hâdisede temerrüt fiilinin ispatı bakımından ifade ediyorlar. Bize daha yakın bir zamanda, on dokuzuncu asrın ikinci yarısında, Kohler «temerrüdde, tatbikatta durmadan yeni şekiller alan ve her kanunî tanzimle alay eden bir Protée [2] mahiyeti» görmektedir. Ve nihayet, 1930 da, en salâhiyetli ve en büyük Alman şerhlerinden biri de, temerrüdde bulunması gereken

[2] Terc. edenin notu: «Protée», mitolojide, sorulan suallere cevap vermemek için konuşmayan, ve istediği zaman çehresini değiştiren, deniz ilâhıdır.



esası unsurlar hakkında, müellifler arasındaki mutlak zıddiyeti müşahede ederek, bunun tarifini vermek ıztırabı içinde çabalamaktadır.

Böylece hukuk âleminde, ifade etmek istedikleri mâna umumiyetle anlaşılmadan daima kullanılan yüzlerce senelik mefhumlar vardır. Bunlar müdil olduklarından, ve bunları derinleştirmek, muhtevalarını tayin etmek için nadiren vakit bulunduğundan, bunlar üzerinde berrak bir fikir edinilmekten vazgeçilir, ve hususî bir halde, elde edilmek istenen neticeye göre ona şu veya bu vasfı vererek müesseseden iyi veya fena istifade edilir. Meselâ borçlunun mânevî bakımdan mesul olmamasına rağmen, hakkaniyete uygun görüldüğünden, muayyen bir vaziyet mahkûm edilmek mi isteniyor: temerrüdün, zarurî olarak, kusurun varlığını farzetmediği söylenir; aynı halde, o vaziyete ait mükemmel sebepler dolayısıyla, borçlu kurtarılmak mı isteniyor, kusursuz temerrüt olmayacağı fikri müdafaa edilir.

Çok değerli müellifler tarafından, bir şey ilâve edilmeden, zikredildiği görülen en tahminî fikir, temerrüdün *borcun ifasında bir gecikme* olduğudur; bu, ileride görüleceği gibi, hiç bir şey ifade etmeyen, tefekkürü hiç bir sarîh hukukî hâdise karşısına koymıyan, karanlık bir fikirdir.

Bu vuzuhsuzluğu dağıtmak isteyenlere gelince, bunlar bilhassa temerrüdün *kusurlu* bir gecikme olduğunu, veya bunun aksine olarak daima kusurdan masun bir gecikme olduğunu; veya temerrüdün, kusurun tevliht ettiği hukukî hal olmayıp, *bizzat kusurun kendisi olduğunu*; bazı ödemelerde kusurun temerrüdü husule getirdiğini, halbuki diğerlerinde temerrüdün kusuru intaç ettiğini; nasıl olursa olsun, ve ne sebepten doğmuş olursa olsun her nevi borçlarda, temerrüdün tarifi icabı olarak, vücuda gelebileceğini; hattâ buna borçlar hukuku sahasının dışında, bilhassa aynı haklarda tesadüf olunabileceğini; halbuki diğer nazariyecilerin bunu borçlara, ve yalnız akdî borçlara, hasr ve tahdit ettiklerini; hattâ bazılarının daha dar bir tahdit yaparak, bunun sahasını akdî borçlardan sadece *yapma* borçlarına hasrettiklerini; nihayet diğerlerinin, bunu ancak akdî teslim borçlarında gördüklerini söylemektedirler (bu sonunculara göre bir şey yapmağa veya yapmamağa ait akdî borçlarda temerrüt tasavvur olunamaz, keza haksız fiillerden, sebepsiz iktisaptan, veya sebep mesuliyetinden doğan borçlarda da vaziyet farklı değildir).

Her ne kadar bazı hukukçular, bu meseleyi, mükemmel bir neticeye varan, ve karşılaştıkları muğlâk mefhumu gerçekten aydınlatan kudretli ve derin bir görüşle, ele almışlarsa da, ekserisi, bilhassa umumî trete muharrirleri, bunu, diğer bir çok bahislerin yanında geçerken, mütalâa etmişler, esasına nüfuz etmemişler, ve bundan bir şey anlamamışlardır. Bunların verdikleri tarifler, çıkardıkları neticeler, mantık esaslarının karşı durmağa çalıştığı bir vuzuhsuzluk, kifayetsizlik, mugalâta, fasit



daire içinde bir düşünce tarzı, ve diğer düşünme noksanlarından müteşekkil geniş bir zemindir. İlk nazarda, temerrüdün tarifinin umumî, mutlak, ve bütün mevzuat için aynı olmadığı fikrini kabul edenler için dahi, bu isabetsiz müşahedeler doğrudur. Her şeyden önce burada, fizik âlemindeki, her zaman aynı kalan, ve tasnif ve sistematize edilmeleri bahis mevzuu olan saf ve basit hâdiselerle meşgul olmadığımızı tebarüz ettirmek lâzımdır. Temerrüd hukukî bir müessesedir, yani beşerî bir eser, kelimenin en geniş mânasile kanun koyucunun bir eseridir; o bir tek terimde, bir tek isimde, kanun koyucunun istediği gibi seçebildiği, az veya çok miktarda ve tenevvüde unsuru terkip eder. Bu suretle her hukuk sistemi, her hukuk tarihi, temerrüdü gelişi güzel yani ona hoşuna gideni ve gitmiş olanı ilâve ederek tarif edebilir ve edebilmiştir. Roma, Fransız, Alman, İtalyan kanun koyucuları kabul ettikleri sistemin neticesi olarak, kusursuz temerrüdün tasavvur olunamayacağını, sarîh veya zımnî olarak beyan etmiş olduklarından, buna muhalefet edilemez, kusur unsuru bertaraf edilerek temerrüt tarif edilemez. Bunun aksine olarak İsviçre kanunkoyucusu, kusurdan tecerrüt etti ise, temerrüt başka bir şekilde tarif edilmek icap eder. Bu noktaya biraz sonra, mantık kaidelerinden nominal (ismî), ve réel (hakikî) tariflere temas ederek, döneceğiz. Fakat ilk olarak şimdiden şunu tebarüz ettirelim ki, hattâ tek bir hukuk sisteminin içinde, muayyen bir mevzuatta bile, müellif veya hâkimler tarafından, temerrüt hakkında, verilmiş tarifler birbirinden tamamile farklı, ve yekdiğerine zıt bulunmaktadır; şu halde temerrüdün esaslı unsurlarını muayyen bir hukukta, İsviçre, Alman veya Anglo-Sakson hukukunda toplamak, tetkik etmek mümkün, muvafık olacaktır.

Sonra bilhassa bu muhtelif millî temerrütlerin, belki bazı kısımlarında yakınlık arzettikleri, bu halde mantık prensiplerine göre, bunlar daha umumî bir nev'in bir zümresini teşkil etmek itibarile, muayyen bazı unsurlardaki farklara rağmen, bunların hepsini içine alan, daha umumî nev'in tarifini yapmağa hizmet eden, müteaddit veya hiç olmazsa bir tek müşterek unsuru haiz oldukları, görülmeyebilir mi?

Eğer vaziyet böyle olsaydı, borçlunun veya alacaklının temerrüdü müessesesinde bütün hukukların kabul ettikleri son bir veya müteaddit unsurun nazarı itibara alınmasile, nihai bir tarif yapmayı hakikaten düşünebilirdik. Bu tetkik ve varacağı netice, hâkimi olduğu kadar nazariyatçıyı da yanlış yola sevkeden, umumiyetle anlaşılmamış olarak kalan, çok esaslı bir meselenin aydınlanmasına, mümkün ise, çalışacaktır.

Aşağıdaki mütalâalarımızla takip ettiğimiz gaye bundan ibarettir.



## 2. HUKUK MÜELLİFLERİ TARAFINDAN VAZEDİLDİĞİ ŞEKİLDE, TEMERRÜT MEFHUMUNUN TAHLİLİ; VUZUHSUZLUKLAR VE TEZATLAR.

Bu mevzuda en eski vakıalardan, yani temerrüt sahasında, kanun ve içtihatlardan hareket edebilirdik. Bu vakıaların toplanması teşebbüsü, bizden evvel bu meseleye müteaddit defalar temas edenler tarafından yapılmamış olsaydı, bunu yapmamız dahi lâzım gelirdi. Onun için ilk olarak, verilmiş olan tariflerdeki unsurları tetkik edeceğiz, daha sonra, bizi tamamiyle tatmin etmedikleri takdirde, bunları bertaraf ederek, yeni fikir ve müesseseler kurarak, daha geriye ve esaslı prensiplere kadar gideceğiz. Bunun yanında, seleflerimize göre, temerrüdün unsurlarını tetkik ederken, onların varmış oldukları neticelerden, mümkün olduğu kadar, tecerrüt edeceğiz. Temerrüdün unsurlarını tebarüz ettiren bir tarif, yani, bizce bilinen bütün hukuklara göre, temerrüdün mevcut olduğu fiiliyat ve hukuka ait son âmillerin metnini vermeğe bilhassa gayret edeceğiz. Temerrüdün hükümlerine gelince bunu mümkün olduğu kadar ihmal edeceğiz. Bunu tetkikimizin ve belki de tarifimizin, tamamiyle dışında bırakmıyorsak bu ekseriya hükümlerin, yalnız çok esaslı olmasında değil, fakat hâdiseyi sebepleri kadar tavsif edecek derecede tam bir tesiri haiz olması sebebiyledir. Esasen bir hâdisenin, iki şey arasında, hiçe indirilmiş zaman veya mekân yokluğu (néant) ile, ancak daima hükümlerinin takip ettiği sebeplerden müteşekkil olduğu fikri müdafaa edilebilir; bu mefhum, temerrütte âni bir hukukî hâdisi mahiyeti gören nazariyelerin zımnen esasını teşkil eder: borçlu veya alacaklı muayyen bir âna kadar, henüz hiç bir şey borçlu değildi: temerrüt husule geldiği anda, bunu meydana getiren mütemerrit onun neticelerine maruz kalacaktır; çünkü, Roma hukukçularının tercihan kullandıkları terminolojide olduğu gibi, o temerrüt etmiştir (moram facere).

Şimdi, müelliflerin temerrüt mefhumuna ithal ettikleri hukukî vakıalara gelelim. Bu tefsirlerden bazılarını onlar tarafından alınan unsurları ihtiva eden, kısa formüller halinde, yukarıda gördük; bunları esasen basit ve sade olan tariflerine nazaran, oldukça daha mufassal olarak tahlil edeceğiz. Bu tetkikin mahiyetile telifi kabil olmaması dolayısıyla, isim, tarih ve sayfa bakımından hiçbir referans vermeyeceğiz. Bu gerçekten, bir sistematik denemesi, kısa bir sentez olup, esas itibarile muayyen bir hukuktaki vaziyeti izah etmekten ziyade, bizden evvel gelenlerin fikirlerini göz önünde tutarak, bizzat kendimizin vasıl olduğu neticeyi vaz ve izah etmek gayesini takip edecektir; şurada burada zikrettiğimiz kanaatlar, bazı kimşelerin bu sahada tedris ettikleri ve misal olarak elde edilebilen fikirlerdir.



Yukarıda da söylendiği üzere, temerrüdü tesis eden unsurlara ait ka-naatlar tehalüf etmektedir; fakat bu farklılık, yüz müellifin bu mevzuda kat'i mahiyette olarak beş veya altı unsuru kabul etmesi, ve diğer yüz müellifin de diğer beş veya altı unsuru kat'i mahiyette addetmesi mânasında değildir. Burada bu şekilde biribirine karşı duran, aynı prensipleri müdafaa eden mütecanis bir topluluk yoktur. Bunun tamamile aksine olarak, bir noktada, meselâ kusur meselesinde (bunu kabul etmek veya hariç bırakmak için de) diğer birile aynı fikirde olan bir kimsede, temerrüdün kabul edilebileceği hukuk sahası, yapma borcu, yapmama borcu, kanunî veya illî borçlar ve ilh. gibi yerlerde ona karşı cephe alır. Böylece tasavvur olunabilecek unsurlar, beş, on, belki on iki, birer tanzim ve hal tarzı teşkil edip, herbirinin birbirinden ayrı birer tarafları vardır. Bu sebeple, bu dağınıklığı imkân derecesinde önlemek, ve meseleyi en basit ve vâzih esaslara irca etmek icap eder.

Planiol'a göre temerrüt «mesuliyeti takdir için kanunun nazarı itibara aldığı borçlunun gecikmesine verilen isimdir». Buna mücbir sebep dolayısıyla vukubulan bütün imkânsızlıkların, bilhassa mücbir sebep dolayısıyla vuku bulan gecikmelerin, temerrüdü husule getirmesi itirazı yapılabilir, zira kanun bunu, borçlunun mesuliyetini tayin, ve umumiyetle bu halde azaltmak için, nazarı itibara almıştır. Burada Planiol'un, lûgat muharrirleri gibi hareketini nazarı itibara almasak bile, temerrüdü, aynı mânada diğer bir kelimeye «gecikme - retard» a atıf yaparak tarif etmesi, mantık ilmi bakımından bir tarif değildir; hele müteradifi olan kelime bizzat temerrüt kelimesinden daha açık ve sarîh değilse, bu izah tarif olmağa daha az müsaittir. — Rossel temerrüdde «borcun ifasında yapılan gecikmede tecelli eden *sui generis bir kusur mahiyeti*» görmektedir. Şu halde ifa etmeme ifa zamanına taallük ettiği takdirde *sui generis bir kusur* olacaktır; aynı mülâhazayı niçin bütün ödeme tarzları, ifa mahalli, borçlu şahıslar, miktar, ölçü, gönderme ve saire için kabul etmiyelim? Kusur tek bir şekli olan bir mefhum, herhangi bir vaziyette alınmaması icap eden bir vaziyet değildir. Yalnız şiddeti bakımından değil, culpa lata, levis ve sa., fakat nevileri bakımından da muhtelif şekilleri vardır ki, bu yeni bir şeydir. Bundan maada, gecikme sadece bir kusurdur dendiği zaman, Rossel'in meşgul olduğu İsviçre hukukunun, temerrüdü zarurî olarak kusur üzerine istinat ettirdiği mânası çıkar ki, bu bütün İsviçre doktrin ve mahkeme içtihatları tarafından reddedilmiştir. Esasen «ifada gecikmeden başka bir kusurun mevcudiyetine lüzum yoktur» diye devam eden Rossel kendisinin İsviçre hukukunda temerrüt için kusurun zarurî bir unsur olduğu fikrinde bulunduğunu göstermektedir. — Ruggiero'ya göre, temerrüt (İtalyan hukukunda) borçlunun «kusurlu her gecikmesidir». Bu, ödemi ni ifaya davet edil-



diği anda, borçlunun kusurunun ortaya çıktığı şekillerden birisidir. Bu basit bir gecikme değildir. Bunun olması lâzımdır: şu halde her gecikme temerrüt olmayabilir, halbuki Rossel'e göre, gecikme müsavî kusurdur, ve Rossel kusurlu gecikmeden (*retard fautif*), *kusurlu kusurdan* (*faute fautive*) bahsetmeden, ve lüzumsuz bir tekerrür yapmadan bahsedemez. — Demogue «temerrüt kusurdan masun olmıyan bir gecikmedir» diyor. Buraya kadar bunun, birçok Fransız, İtalyan ve Alman medeniyecileri gibi, biraz evvel zikrettiğimiz Ruggiero'nun tarifi olduğunu anlıyoruz. Fakat Demogue temerrüdün «kusurla birleşmediğini» ilâve ediyor. Bunu da anlıyoruz: kusurlu gecikme kusur değildir; bu kusurun meydana getirdiği bir vaziyet olup, bunun neticesinde, muayyen bir anda beklenen ifa daha geç yapılmış, veya hiç yapılmamıştır; bütün bunlar fevkalâde vâzıhtır, fakat böyle olmıyan yukarıdaki cümlelerin (temerrüt kusurla birleşmez), şimdi zikredeceğimiz sonudur: «bununla beraber onun mevcudiyetini farzettirir»! Şu halde *kusurlu gecikme* olarak tarif edilen temerrüt, kusurun mevcut olduğunu karine olarak icap ettirir. Bu ne demektir? Karineler umumiyetle cerhedilebilir ve ekseriya aksi ispat edilebilir (esasen bu, biz-zat Fransız hukukundaki bir haldir, burada borçlu kusuru olmadığını ispat ederek temerrüdün neticelerinden kurtulabilir): o halde, Demogue tarafından, kusurlu bir gecikme olarak tarif edilen, temerrüt zarurî olarak kusurun mevcudiyetini farzetmez; temerrüdün kusurla müterafik olduğuna dair bir karine vardır. Görülüyor ki, hattâ temerrüdün tarif edildiği yerlerdeki terimlerde tezat vardır, ve bu sahada zuhur eden, vaziyetlere dair görüşler, birbirine tamamille zıt hâdiselere aynı ismi verecek kadar, esassız, müphem ve kifayetsizdir. Şüphesiz burada Demogue'un tebarüz ettirmek istediği, ve esasen Fransız hukuku için doğru olan, *gecikmenin temerrüdü*, yani *kusurlu gecikmenin* varlığını farzettiğidir. — Bütün hal-lere uygun tam bir tarif vermenin imkânsızlığını kabul eden Haberstich, (Accurse'a, ve on altıncı asır müelliflerine göre, Pomponius'un ileri sürdüğü kanaatin yeniden canlanması), temerrütle ifadaki haksız gecikmenin anlaşılması lâzım geldiğini söylemektedir. Şimdiye kadar zikrettiğimiz unsurlar arasında haksız mefhumuna tesadüf etmemiştik: filhakika haksız «kusurlu» demek değildir; bu, bilâkis hukuka aykırı olanı ifade eder, fakat hukuka aykırı vaziyetler hiç kimsenin ve bilhassa borçlu veya alacaklının kusuru olmadan da husule gelebilirler. Haberstich'in kanaatinde, buraya kadar, garip bir şey yoktur; bu fikir, sahibini, kusurun mevcudiyetini zarurî kılmadan temerrüt taraftarı yapmaktadır. Fakat terimlerdeki tezat kendisini göstermekte gecikmiyecektir. Mademki temerrüt halinde olmak için kusurlu olmak şart değildir, bizim bu noktada sebat etmemiz icap ederdi: halbuki Haberstich «kusurun mücerret gecikme fiili



ile mevcut olduğunu» yani her gecikmenin bir kusur olduğunu acele olarak ilâve etmektedir. Şu halde her temerrütte bir kusur vardır ki müellif az önce buna muhalefet etmekte idi. — Eğer Haberstich, burada, hattâ borçlunun iradesinden müstakil sebepler neticesinde, ifanın imkânsız hale gelmesinde dahi, gecikmenin niçin bir kusur olduğunu izah etmeseydi, kendimizi sadece Rossel'le birlikte bulmuş olacaktık: Haberstich'e göre, bu halde dahi, borçlu kusurludur, çünkü mukaveleyi akdetmiştir, taahhütlerini yerine getirebileceğinden kat'î surette emin olmadan taahhüt altına girmemesi icap ederdi. Böylece, bu ihtimalde dahi, temerrüdün kusurlu bir gecikme olduğu, fakat kusurun gecikmeden evvel mevcut olup, borçluyu ve borcu bunun akdinden itibaren takip ettiği ilâve ediliyor. Zaman zaman başka yerlerde, ve bilhassa Jhering'de, temerrüde ait fasılda, rastlanan bu fikir çok hususî mahiyettedir. Bu fikrin Haberstich'de tezahür eden yanlış tarafı, kusursuz dahi olsa gecikme ile temerrüdün husule gelmesi fikrini teyit etmesi, ve bunun tamamile aksini, yalnız kusurlu gecikmeleri alarak söylemesidir. Şimdi gelenler daha kötüdür: «bundan maada esasen kusur temerrütle beraber bulunabilir»! Demek ki kusursuz temerrütler de olacaktır. Fakat Haberstich, her temerrüdün bir gecikme olduğunu, ve her gecikmenin de kusurlu olduğunu, bize henüz göstermiştir! Ve nihayet en hayrete şayan olan şey, müellifin aynı sayfada borçlunun kusuru olmadan ifanın imkânsız hale gelmesinin, temerrüdü ve onun doğuracağı neticeleri ortadan kaldıracığını kabul etmesidir. Son vermek için bu düşünce tarzını şematize edelim: «1. Temerrüt *daima kusurlu olan bir gecikmedir.* 2. *Temerrüt kusurlu olmayabilir.* 3. *İfada geciken mütemerit borçlu, bu gecikme, kendi kusuru olmadan meydana gelse dahi, gecikmenin zararlı neticelerinden mesul olur.* 4. *Borçlu, kusuru olmadan husule gelen gecikmenin neticelerinden mesul olmaz!*». Bu kaideleri tatbik ederek, temerrüt halini, hâkim bulacaktır. — Bu müellif üzerinde biraz durmamız, bunun yalnız fevkalâde dikkate şayan, ve İsviçre hukuk literatüründe birinci plânda bir önemi haiz olması değil, aynı zamanda kısmen istidlâlde mantık katiyetinin eksikliği, ve kısmen aynı sahifede farklı iki mânada aynı terimlerin (temerrüt, gecikme, kusur) kullanılması, sebebile meydana gelen tezat, akıl ve mantığa aykırılık hususunda oldukça güzel bir misal teşkil etmesidir. Esasen tetkik ettiğimiz mevzuda, daha büyük isimlerin dahi, bu hatalardan salim olduğunu tasavvur etmemek lâzımdır.

Biraz sonra izah edeceğimiz sebepten dolayı, bililtizam muhtelif hususlara taallük eden, tetkikimize devam edelim.

Fick, 1910 da, İsviçre federal borçlar kanununun, gecikmeden doğan bazı neticeleri kusursuz borçluya, diğer bazı neticeleri ise ancak mütemerit ve kusurlu borçluya tahmil ederek, kusur sahasında mutavassıt bir hal



tarzı kabul ettiği fikrindedir. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da kabul edilen bu teori, bu noktada, mantıka aykırı ve tenkide şayan değildir. Fakat temerrüdün esaslı unsurları bakımından da yeni bir şey ilâve etmiyor. — Gösterdiği unsurlar bakımından en fakir tarif «temerrüt resmen tespit edilen... bir gecikme fikrini hatırlatır!» diyen Josserand'ın tarifidir. Bu müellif muhtelif hukukçuların, bilhassa Fransız hukukunda, yaptıkları hatayı takip ederek, *temerrüt* ile *temerrüt haline koymayı* karıştırıyor ve başka izahat vermeden, temerrüt haline koymanın tasavvur edilemeyeceği hususlarda (ona göre, haksız fiiller, yapmama borcu), temerrüdün bulunmayacağını kabul etmektedir. Eğer bazı hallerde alacaklı *temerrüt haline koymaktan* muaf tutulmuşsa, bu alacaklı tarafından temerrüt haline koyma olmadan, *kanunen* temerrüdün meydana gelmesine bir mâni teşkil etmeyeceğini, bu hukukçu unutupuyor. — Josserand'ın bir kaç satır sonra, temerrüt haline koyma olmadan, kanunen temerrüdün husule geldiği, bir seri kanunî sebepleri zikretmesile, müphemiyetin ne kadar kabul edilemez mahiyette olduğu görülmektedir.

Bir çok müellifler, bilhassa eskiler, sadece kusur unsuruna bağlanıyorlar, ve bununla tariflerinin hem kusur, hem kusurlu ödememezliğe tatbiki kabül oluyor, yani bunlar (gayri ihtiyarî olarak) temerrütle kusur veya kusurlu ödememezlik arasında bir ayniyet görüyorlar. «*Delictum culpabile in debito solvendo vel credito recipiendo commissum*» (Salicetus). — «*Mora est culpa praetermittendi officii in solvendo*» (Hotomanus). — «*Mora non est maleficium, sed culpa*» (Cujas). — «*Mora est ea species doli aut culpae...*» (Wehrn). — Aynı kelimeye farklı bir mâna vererek, bazı müelliflerin ve esasen aynı şekilde fikirlerini izhar ettikleri halde, biri bir unsurun, meselâ kusurun, zarurî olarak kabulü lehinde ve diğeri aleyhinde buldukları eksik değildir: bu suretle Glück (1796 da) temerrüt için objektif kusuru aradığı halde, v. Wening-İngerheim (1841 de) bunu kabul etmemektedir: bununla beraber her ikisi de temerrüdü haksız bir gecikme (*widerrechtliche Verzögerung*) olarak tarif ediyorlar. — Hakikate yaklaşan, v. Waldberg için, kelimenin teknik mânasında temerrüt, kanun tarafından bazı hükümler terettüp ettirilen, borcun ifasını temin etmemek vakıasıdır. Planiol'un tarifinde olduğu gibi, bu da, hattâ daha geniş olarak, bütün kusurlu ödememezlik hallerine, ve mücbir sebepten doğan imkânsızlığa tatbik olunabilir. — Meselenin mütehassısları tarafından tetkikinde, zahiren daha sarıh olan tariflere tesadüf ediyoruz. Rehbein (1897) «borç taahhüdünün ifasında borçludan sadir olan bir gecikmeye, *keyfî, haksız ve kusurlu bir gecikmeye*» temerrüt ismini vermektedir. Claparède'e göre (1903), «temerrüt, edim vadesinin kayıtsız şartsız ihlâlini tazammun eder ki, bunun nihayete ermesile, o zamana kadar objektif



olarak haklı olan gecikme, alacaklının haklarını zarara sokan, ve borçluyu mesul eden bir *mora* haline girer». — Paech (1902) için, temerrüdün kıstası, zamanında ifa edilmemiş olan edimin, sonradan, veyahut, belki bu gecikmiş ifanın henüz mümkün olduğu zaman kısmı esnasında, ifası imkânında tecelli eder. Unsurların daha derin olarak teferruatına girmekle, ve daha ince bir tahlil yapmakla, vuzuh ve sükûnete kavuşmayı tasavvur etmiyelim. Böylece, Paech, ifanın gecikmiş olsa da, henüz mümkün olabileceği bir müddetin mevcudiyetinin hiç de zarurî bir unsur olmadığı; bilâkis temerrüdün âni bir şey, husule gelmesinden itibaren kanunun onu nazarı itibara almağa sevkettiği, maziye ait bir ihlâl olduğu (burada Romaluların *moram facere*, *mora fieri*'si yeniden hatırlatılıyor), cevabını derhal Claparede'den almaktadır. — Claparede ayrıca şunları ilâve etmektedir: Buna mukabil, bizim âni ihlâlimiz, borcun değil, çünkü aynı olarak kalmaktadır, fakat muhtevasının değişmesini intaç eder; bu değişiklik esasen borcun mahiyetine göre hasıl olmakta, ve onu diğer bir şeye tahvil etmektedir: geç ifadan dolayı zarar ve ziyan talebine, ve para borcu bahis mevzuu olduğu takdirde, bilhassa temerrüt faizlerine, parça borcu (ferden tayin edilmiş eşya borcu) mevzuunda tesadüfî hallerden mesuliyete; başka yerlerde de ifanın kusursuz olarak imkânsız hale gelmesinden doğan alacağa tahvil etmektedir. — Pandekt hukukçuları arasında, ilk safta Windscheid, burada birbirinden esaslı surette farklı iki müessese göreyerek, ve borçlunun temerrüdünü borcun muhtevası nazariyesine, alacaklının temerrüdünü ise bilâkis borçların sukutu kısmına ithal ederek, alacaklının ve borçlunun temerrütlerini ayrı olarak incelemiştir. — Ve bununla beraber, her ikisinin de, eğer edimde temerrüt (*Leistungsverzug*) değilse, ifada temerrüt (*Erfüllungsverzug*) teşkil ettiklerini, Claparede ilâve etmektedir.

Bu açıklamalar karşısında, biraz evvel işaret etmiş olduğumuz gibi, henüz güçlükler yenilmiş değildir. Eski müelliflere göre, temerrüdün bir kaç basit unsurdan ibaret olduğunu ve bunların bizim için bir tarif teşkil ettiğini zannetmiştik (veya hemen hemen aynı şey olan şartlarını, zira şartların metni biraz daha mufassal bir tarif olup, bu mufassal olma vasfı daima mümkündür, çünkü zarurî unsurların nerede durduğu bilinemez, ve bunun dışında olanlar teferruat mahiyetinde olup tarife yabancı kalırlar). Halbuki biraz derinleştirmekle, bu unsurların çoğaldığı, ve gerek adet ve gerek mâna bakımından, gittikçe fazlalaşan kararsız ve müdil bir vaziyetin meydana geldiği görülüyor. Yalnız Windscheid ve Claparede, tek başlarına, bizi şu tereddütler karşısında bırakmaktadırlar: temerrüt bir zaman kısmı mıdır? Yoksa âni bir ihlâl midir? Temerrüt olması için gecikmiş borcun ifasının, sonradan ifa edilebilir mahiyette olması lâzım mıdır?





fikirlerin evvelden tanzim ve tasnif edilmeden arzedilmesi doktrinindeki, ve tabii olarak bunu takip eden muhtelif zaman ve yerlerdeki içtihatlardaki karışık durumu gösterir. Bu karışıklık, vâzih bir fikir edinmek için metinler üzerinde çalışan kimsenin karşısına derhal çıkar ve bunu, esaslı noktalarında, bilhassa umumiyetle sükût ettikleri yerlerde, her hukukta gayet hissedilir derecede aynı olan, kanun metinleri muvacehesinde görmek lâzımdır. Öyle ki, kat'i olarak temerrüt mefhum ve tarifi, her yerde, hususî ve sarîh bir müspet hukuk metninden ziyade, mevzuat sistemlerinden çıkarılmak icap eder.

### 3. TARİF HAKKINDA MANTIK KAİDELERİNİN TATBİKİ

Temerrüdün, yukarıda kısaca izah ettiğimiz, tarif ve tahlillerinde olduğu gibi, müphem ve karışık bir vakıa vaziyeti bulunduğu takdirde, bir tek çare ve yol vardır: mantık ilmindeki tarif kaidelerine, ve aslı prensiplere avdet etmek. Bu kaideler, bizzat Aristo'dan değil, fakat onun Yunan tefsircilerinin Organon ismini vermelerinden itibaren, bugünkü en yeni mantık eserlerine varıncaya kadar, ortaçağın skolastiğinden, ve Port-Royal'ın mantığından geçerek, bunu genişletmek için boş yere çalışmış olan on dokuzuncu asırdaki İngiliz mantıkçılarının, bilhassa Stuart Mill ve Bain'in büyük gayretlerine rağmen, bir değişikliğe uğramamıştır.

Bilindiği üzere, *nominal* veya *ismî* tarifler, *hakikî* (*réelle*) tarif veya *şeyadan* inbias eden tarifler tefrik olunmaktadır. (Biz bu ayırmanın esaslı olduğunu zannetmiyoruz, ve *bütün tariflerin* son bir tahlilde *hukukî bir tarif* olduğunu düşünürüz. Fakat şimdilik bu noktada, tetkiklerimizin ihtiyaçlarına kifayet ettiği kadar, mantığın bu klâsik nazariyesini kabul edelim). Bir mefhumun ihtiva ettiği, bir veya müteaddit fikirler *itibarî bir karar* tesis ettiği takdirde, tarif *nominaldir*. Mefhum hakikî veya muhayyel olabilir, fizik veya mânevî âlemde fiilen mevcut olan bir şeyi istihdaf edebilir; *şenî* bir maddenin, meselâ bir taşın, *mayi* veya *ağaç*, veya *güzellik* olarak isimlendirilmesi *kararlaştırılabilir*; her ne kadar, her bir unsuru şeniyetten çıkarılmakta ise de, heyeti mecmuası, muhayyel, müdîl ve hayrete şayan bir varlık olan, ejdere, *itibarî* olarak hayvan ismi verilebilir. Nominal tarifler, sadece *indî* birer karar mevzuudurlar, ve bu sebeple, ne hakikî ne yanlışlırlar, ne doğru ne hatalıdırlar, ne iyi ne fenadırlar; şu kelimeyi veya şu ismi kullanmakla, şu şenî veya farazî şeyin istihdaf edileceği hakkında başkasile veya bizzat kendisile mutabık kalınmaktadır. Temerrüt de nominal olarak tarif edilebilir: eğer muayyen bir müellif, muayyen bir kanun, temerrütte, sebepleri, tezahürleri, ve neticeleri ne olursa olsun, ifa imkânsızlığının istihdaf edildiğini beyan ederse, tarifin koyduğu kaide bakımından, kimse buna itiraz edemez; herkes bir



terime istediği mânayı verebilir, yeter ki bunu bize bildirsin, ve bir kelimenin ona göre ifade ettiği mâna hakkında malûmat sahibi olalım. Diğer bakımlardan hata edilmiş olmasının, aynı kelime ile başka mânalar ifade eden ekseriyetle tezat haline düşülmesinin, ve hususî bir kanun veya münferit bir müellif tarafından keyfi olarak tarif edilmiş olan kelimenin hususî mânası unutulmuş okuyanlar üzerinde müphemiyet (iki mânahlık) yaratacak bir lisan kullanılmasının ehemmiyeti yoktur.

Çalışmamızın mevzuunu teşkil eden (ve biraz sonra izah edeceğimiz) bu etütte, temerrüt teriminin nominal mânasına yer verilmeyecektir: ancak doktrin, içtihatlar ve umumî olarak her yerin ve her zamanın hukukları tarafından yapılmış olan, birbirine uygun veya zıt tarifler yanyana konacaktır.

Fakat, yukarıda gördüğümüz münferit bir tarifçi tarafından hazırlandığı farzedilen tarif, yalnızlık vasfını bırakır, ve diğer kanunlar, diğer hukuklar ve diğer müellifler, buna temerrüt hakkında sarîh veya zımnî tarifler verdikleri takdirde, temerrüdün hakikî bir tarifi yapılmış olur. Böylece bu tarif ve tasvir serisi, yalnız mevcudiyetleri, ve birlikte mevcudiyetleri dolayısıyla bir vakıa, veya bir vakıa serisi, bir kelime ile müspet bir kaziye, bir hâdise, ve esasen dış âlemin bir hâdisesini teşkil eder.

Şu halde muhtelif hukuklarda bulunan bu teklifler serisinde temerrüdün esaslı bir tarifini, yani hepsinde en az bir müşterek vasfın bulunduğu farzedilirse, devirler boyunca ve muhtelif hukuk sistemlerinde, teklif edilen bütün tariflere hâs müşterek vasıfları veya vasfı, araştırmak mümkün olur. Esasen müşterek vasıfların miktarı birden fazla olsaydı, hattâ bütün tariflerdeki bütün vasıfları içine alacak kadar çok olsaydı, araştırdığımız esaslı tarifi yapması kolaylaşacak, ve teklif edilmiş bütün tariflerin her noktada yekdiğerine tetabuk etmesile ortada hiç bir güçlük kalmıyacaktı: böylece temerrüdün esaslı tarifi sadece bu tarihî tariflerden birinin tekrarından ibaret olacak, ve biz de demin bahsettiğimiz indî nominal tarifi tekrar etmekten başka hiç bir zahmet çekmiyecektik.

Tarafımızdan verilen bazı misaller, maalesef bunun aksine olarak, kanaatlardaki farklılığı, yalnız bir hukuktan diğerine, veya aynı hukuk içinde bir devirden diğerine hâs olarak değil, fakat aynı hukukun aynı andaki eğer *horresco referens* [3] aynı sahife ve aynı cümlede değilse, tefsircileri arasında olmak üzere bize göstermektedir. (Esasen mütalâa etti-

[3] Terc. edenin notu: *Horresco referens*, «anlatırken titriyorum» demektir. İstihza makamında kullanılan bu kelimeler Laocoon'un ölümünü anlatan Enée'nin sarfettiği bir nidadır (Virgile, Enéide, II, 204).

ğımız birçok müellifler arasında hiç birisi nominal mi yoksa hakiki bir tarif mi vazetmiş olduklarını düşünmüş değildir; bununla beraber, tariflerinin mümkün olan çift mahiyetlerine ait ortaya çıkabilecek meseleden hiç şüphe etmeksizin, onların da, bizim çalıştığımız gibi, hakiki bir tarif araştırdıkları ve bunu vermek iddiasında buldukları, yani umumî olarak, veya muayyen bir devrin, muayyen bir hukuku için, temerrüdün esasını tasvir etmek istedikleri, o kadar müphem olan eserlerinden istihraç edilebileceği düşünülebilir.)

Tarife ait mantık kaidelerinden bazılarını hatırlatmış olmamız, belki muahazeyi mucip olabilir. Eğer bütün tefsirciler ve doğmatik nazariyeciler, bunu nazarı itibara almış olsalardı, müşahede etmekte olduğumuz âhenksizlik şüphesiz meydana gelmemiş olacaktı. Gerçekten, müstakbel cinsi ve nevi farkını araştırmadığı takdirde, ve bir kere vazedilen tarif bütün muarrefe ve yalnız muarrefe uymadığı takdirde her tarifin fena olduğunu unutmamak iyi olurdu. Bu kaideler ihmal edilerek Aristo'nun tenkidine göre, «ancak bir yazı ile mevzuu izah edilebilen fena ressamların anlaşılmayan tabloları» gibi bir tasvir, bize sunuluyor.

Temerrüde tatbik edilen bu prensiplerin mânası nedir?

Muayyen bazı mantıkçılara göre, cins (le genre) tarif edilecek vakıayı ihtiva eden bir vakıalar mecmuasıdır; diğer bazılarına göre, bu mecmuanın bütün vakıalarına, binaenaleyh tarif edilecek vakıaya, ve diğer vakıalara müşterek olan sıfattır. Temerrüde ve diğer hukukî vaziyetlere müşterek sıfat, farzedelim ki meselâ, yerine getirilmesi icap eden zamanda borcun ifa edilmemiş olması vakıasıdır; borcun ifa edilmemesi müşterek vasıf olacaktır. Bu vasıf müstakbel cinsi (le genre prochain) yani tavsif edilen temerrüt vaziyetini ihtiva eden, adet bakımından en ziyade tahdit edilmiş vaziyetler mecmuasını meydana getirecektir. Eğer hukuk mefhumlarında daha fazla miktarda bulunan, diğer bir vasfı, meselâ borcun bir neticesi olmak hâdisesini, seçmiş olsaydık, gene bir cins tesis etmiş olacaktık, fakat müstakbel bir cins değil, zira tesis edilen borcun neticesi cinsi, borcun ifa edilmemesi cinsinin ihtiva ettiğinden, çok daha fazla hukukî vaziyetleri içine alacaktır; ilk olarak bu sonuncu cinsi ihtiva edecek, ve ayrıca, borcun neticeleri, diğer bir çokları arasında tediyeğe ait bütün tarzlar, herhangi bir sebeple sukut ve sa. ve sa., olduğuna göre diğer cinsten de bir miktar ihtiva edecektir.

Cins ve müstakbel cins bulunmakla, diğer bir ifade ile, temerrüt borcun ifa edilmemesi cinsine yerleştirilmekle, işimiz bitmiyecektir. Filhakika temerrüt denen ödememezlikle, diğer ödememezlikleri tefrik edemiyeceğiz. Gerçekten ödememezlikler çok ve çeşitlidir; borcun muayyen bir veya



diğer unsuruna, edimin mahal, zaman, şahıs, miktar vasfına taallûk edebilir; ödememezlik sebeplerine, insan iradesine veya bu iradeye yabancı bir sebebe taallûk edebilir; ödememezliğin neticelerine: borçlunun ibrası, veya bilâkis, ilk olarak deruhte edilmiş borca nazaran geniş veya mahdut olarak, muayyen bir ölçüde mesuliyetine taallûk edebilir. Bu muhtelif nevi ödememezlikler, bilhassa temerrüt ile diğerleri arasında yapılacak tefrik, nevi farkı bulunursa, yani ancak temerrüt olarak vasıflandırılan ödememezlikte bulunan sıfat diğer ödememezlik hallerinde mevcut değilse, mümkün olur. Ödememezlik sıfatı cinsin bütün parçalarını, bütün ödememezlikleri birbirine bağladığı halde, nevi (specifique) sıfatı bunları birbirinden, her birini bize tanıttak şekilde, ayırmaktadır. Eğer mevcutsa, bu nevi farkını bulmağa çalışacağız. Böylece kat'i olarak: 1. müstakbel cinsi ve nevi farkını tesis; 2. bütün muarrefe, bütün temerrüt hallerine, ve yalnız muarrefe, yani yalnız temerrüde, diğer bir hukuk müessesesine değil, uygun bir tarif vermiş olacağız.

Müstakbel cinsi ve nevi farkını bulmak, temerrüt hakkında, bize verilmiş izahlarda, ilk nazarda kolay girişilecek bir şey olarak görülebilir. «Temerrüt bir gecikmedir, veya gecikme fikrini hatırlatır...» Bu çok basit, fakat ilk istifade teşebbüsünden itibaren tatmin etmeyecek olan bir tekliftir: temerrüt eğer bir gecikme ise, tam vadesinde buğdayı Londra yerine Madrیده teslim eden borçlu temerrüt halinde olmayacaktır; zira teslimde gecikme olmamış, borç ancak mahal bakımından ihlâl edilmiştir. Bir vagon kömür yerine, tam vadesinde, çakıl teslim eden kimse, temerrüt halinde değildir, ifada gecikmemiştir, sadece, teslimle mükellef olduğu emteaya, noksanları dolayısıyla, hiç benzemiyen fena vasıfta mal teslim etmiştir. Temerrüde ait naklettiğimiz bazı tasvirler üzerinde düşünülürse, ve bunlar mihenk taşı olarak vakıalar ve hukukî vaziyetlerle araştırılırsa, bu mefhumun neyi ihata ettiği, veya neyi ihata etmediği bilinemez. Bu andan itibaren, borcun aslı prensiplerine ve mümkün neticelerine gidilmediği takdirde, bu çıkmazdan kurtulunulamıyacağını zannediyoruz; temerrüt bunlardan birisidir, o vuzuha sevkedilmek isteniyor. Fakat hangi?

#### 4. BORÇ MEFHUMU

Borç, kanun tarafından bir kimseye cebren kabul ettirilen, aktif veya pasif bir vaziyettir. Bu umumilik derecesini takyit eden her gayret, tarife yeni vasıflar ilâve ederek, açık olarak onun bir kısmını teşkil eden parçaları, borçların çevresinden çıkaracaktır.

Yukarıki tarifimizden bilhassa bütün borçların terimin geniş, son ve esasen yegâne doğru mânasile kanunî olduğu fikrini kabulü çıkar. Bu mâ-

nada alındığı takdirde, meselâ kanunî borçların zıddı olarak akdi borçlar yoktur; akdi borçlar ancak cinsten bir parçadır. Bu prensibin muhtelif hukukçular tarafından tanınmış olması memnuniyete şayandır; bununla beraber, bunlardan hiç biri, muayyen bir çekingenlik göstermeden ve bundan sonra hemen an'anevi tasniflere dönmeden, meselâ ex contractu, ex delicto ve ex lege borçlar tasnifinde olduğu gibi, bunu ifade etmeğe cesaret edememiştir.

Bunu tebarüz ettirdikten sonra, her hukukî rabitanın kanunun otoritesine, ve yalnız ona istinat etmesine mukabil, kanunun muayyen bir sahası için borçlara müteallik neticeler atfettiği muhtelif vakıalar olabileceğini kaydedelim. İptidai vakıalar ismini verebileceğimiz bu vakıalar şunlardır:

### *I. Kanunkoyucunun borç yüklediği iptidai vakıalara ait birinci gurup.*

1. a) Kanun diğerleri arasında, borç tahmil ettiği şahıslardan her birine, veya içlerinden muayyen birine, başkasının veya bizzat kendisinin, aktif veya pasif bazı vaziyetlerine riayet etmek vazifesini, yükler; bu vecibeyi mükellef şahsın başkası ile, bahis mevzuu kanunun hâkimiyetinin tecelli ettiği yerdeki hukuk nizamının âzası olmaktan maada diğer bir alakası bulunmasını, ve bilhassa, topluluğun bu iki âzasının aralarında en küçük bir vaad teati etmelerini, aramaksızın tahmil eder. Şu halde burada, oldukça umumî bir içtinap borcu, pasif bir borç ile karşılaşırız.

b) Bazan aynı şartlar içinde kanun, mükellef şahıstan, başkası veya bizzat kendisi hakkında aktif bir hareket tarzı ister. Teati edilen vaatler dışında, kanundan doğan, bu aktif borçlar pek çoktur, bilhassa bundan evvelkilere nazaran pek çoktur, ve bir çok müelliflerin, eğer bu yalnız bir içtinap borcu değilse, bunu niçin kanunî borçlar içinde görmek istedikleri düşünülebilir.

a ve b harfleri altında zikrettiğimiz iki ihtimalde hukuk tarafından cebren kabul ettirilen bir borç vardır, buna uygun hareket etmiyen kimse, kanunun terminolojisine göre, bir haksız fiil ika etmiş olur; buraya bazan, aksi takdirde daima, ahlâk ve âdâba aykırı hareketler ithal olunur.

2. Bundan evvel izah ettiklerimizi, mevzuat ancak oldukça müphem olarak anlamış, imtina veya hareket borcundan çok kısa, noksan ve tesadüfi olarak bahsetmiştir. Bu mefhumu, zımnen belki, haksız fiil sebebiyle mesuliyetin tarifinde bulmak güçlülükle mümkün olabilir. Kanunkoyucu, derhal, bütün ihtimamını tahsis ettiği, diğer bir kanunî borca geçmiştir: bundan evvelki borcun ihlâlinden soğan, diğer bir terimle, bundan evvelki



ihlâli ifade eden haksız fiilden doğan borca geçmiştir. Bu yeni kanunî borç, umumî olarak ihlâlden evvelki halin iadesile, zararı telâfi etmek borcunda tecelli eder. Bu kısmî telâkkiden İsviçre Borçlar Kanununun birinci bap, ikinci faslı, haksız fiillerden doğan borçlar, doğmuştur. Eğer her hangi bir şey taahhüt eden kimseye kabul ettirilen aktif veya pasif hareket tarzı, evvelden derpiş edilmediği takdirde (Borçlar Kanunu mad. 1 ve müt.), hemen akdî ihlâl edene yüklenen vecibe ile yani zarar ve ziyan ödemek borcu ile (İsv. B. K. mad. 97 - Türk B. K. mad. 96) meşgul olunsaydı, kanun burada da akdî sahada seçmiş olduğu bu yolu ihtiyar etmiş olacaktı. Hakikat halde karışıklık «metodik» dahi değildir, çünkü Borçlar Kanunu 41 inci ve müt. maddeleri boyunca, bu faslın başlığının ifade ettiği gibi, münhasıran haksız fiillerin neticelerine dair kaideler değil, fakat bu fiillerden doğum şartlarına ait olanları da görüyoruz. Riayet edilmesi lâzım gelen hukukî malların nevine ait hükümler, veya bu riayetın zarurî olmadığı, ve netice itibarile mecburî olmadığı ihtimalleri böyledir. Bundan maada, bütün bir borç kategorisinin mevcudiyet sebebi olmak itibarile, hukukî mallara riayet mükellefiyetine ait umumî kaide, prensiplerden müteşekkil bir fasılda mütalâa ve sistematize edilmesi icap ederken, bütün hukuk sisteminin şurasında, burasında, dağınmık bir şekilde bulunmaktadır. Bundan ekseriya bir katiyet eksikliği çıkar: nafaka borcu; kocanın, karı tarafından getirilen cihazı iade borcu; aile reisinin murakabe vazifesi; sebepsiz iktisaba terettüp eden iade borcunda, Borçlar Kanunu, mad. 41 ve müt.deki mânasında bir haksız fiilin bulunup bulunmadığı, bulunursa umumî olarak bütün neticelerile mi, yoksa hususi olarak muayyen bazı neticelerile mi bahis mevzuu olduğu, düşünülebilir.

*II. İkinci gurup. Kanunun tanzimile borç doğuran iptidai vakıalar gurubu.* Kanunun mecburî bir netice atfettiği, dış âlemin hâdiseleri arasında, bu netice bir borç, yani mükellef bir şahsın, bir veya bir kaç kimse lehine, ihtiyar etmesi gereken aktif veya pasif bir hareket tarzı olduğuna göre, gerek bir şey yapmak, gerek bir şey yapmamak, ve gerek bir vaziyete tahammül etmek, gerek buna maruz kalmak hususunda, söz vermek, taahhüt altına girmek hallerini zikretmek lâzımdır. Bu taahhüt, kanunun dışına çıkmağa müsaade etmediği hudutlar dahilinde yapıldıkça, irade doğru olarak beyan edildikçe ve kanunun çizdiği dar ve mahdut yollarda kaldıkça, bir irade beyanı hüküm ifade edecektir: alacaklı ve borçlu tarafından evvelden tayin edilmiş hususlar, eşyanın mahiyetinin müsaade ettiği ölçüde, icap ederse cebren tahakkuk edecektir. Taraflar yalnız mânen değil, fakat aynı zamanda hukuken borç altına girmişlerdir. İkinci kısımda bulunan kanunî borçlar, birincilerden kanunkoyucunun bunâ raptettiği iptidai vakıa ile ayrılır.



Bu iki gurup vakıalarla, bizim hukukî ve fizik âlemimizde tasavvur olunabilecek, bütün vakıalar tükenmiş oluyorlar. Ve bütün bu vakıalar arasında, fizik veya mânevî, en küçüğünden en fevkalâdesine kadar, hepsi hukukî neticelere malik olabilirler, yani hepsi hukukî birer vakıa olabilirler, verilmiş sözün neticelerini, kanun, bu hâdisenin fevkalâde ehemmiyetine, insan tabiatından gelen ehemmiyetine binaen, hususî olarak tanzim etmiştir. Sonra kanunkoyucu, iradî taahhüt dışında, diğer bütün vakıaları, karma karışık bir şekilde diğer bir kısma koymuştur. Fakat tekrar edelim ki; bütün bu borçlar, aralarında hiç bir tefrik yapılmaksızın, ve en yüksek derecesinde birer kanunî borçturlar, çünkü irade, diğer bütün iptidai vakıalar gibi, ancak kanunun emir ve müsaadesile hukukî hükümler ihdas edebilir.

Demek oluyor ki, kanunî borçları, diğerlerine karşı koyan bütün ananevî tasnifler müphemdirler. Borçların *ex contractu*, *ex delicto*, ve *ex lege* tefriki gibi. Borcun kaynağı olarak haksız fiili kanuna karşı koymakla, ve haksız fiilden doğan borçta, bazı vecibelerin kasdî, kusurlu olarak veya olmıyarak ihlâline, kanun tarafından bağlanan cebredici vâziyeti tanıtmamak gayri mantikîdir, demek ki, bu da *ex lege*'dir. Şu halde bir tek cins vardır: *ex lege* borçlar; ve bu cinste nevi farkı bulunduğu kadar zümre vardır.

Bir nevi farkının mevcut, ve zümrelere taksimin mümkün olması biz-zat cinsin tarifile kat'î olarak ortaya çıkar. İptidai vakıanın kanunen taahhüt teşkil eden bir irade beyanı olması halinde akdî borçlardan; hâdiseye yapılmış taahhütlerin çevresi dışında âmir bir hükümün umumiyetle kusurlu ve ahlâka aykırı olarak bir ihlâlini teşkil etmesi halinde - mülkiyet, aile, şahsiyet haklarının ihlâli - *ex delicto* borçlardan; böyle âmir bir hükümün umumî olarak kusursuz olarak ihlâlinde illî borçlardan bahsolunabilir; ve diğer zümreleri ifade etmek için diğer isimler seçilebilir, meselâ iptidai vakıanın yukarıda zikredilen, âmir hükümlerin bir ihlâli olmadığı, fakat kanunun bir kimseye aktif veya pasif bir hareket tarzı emrettiği yerlerde cebren kabul ettirilmiş borçlardan - kocayı karının mallarını idareye mecbur eden evlenme gibi [4]; veya keza insan için sakınılması kabil olmıyan vakıalara bağlı borçları mücbir sebep ismi altında toplamakta hiç bir mahzur yoktur. Bunun aksine olarak *ex lege* borçların yanında *ex delicto* borçların mevcudiyetine inanmak, veya sadece bunu söylemek vahimdir, zira bu, *ex delicto* borçlara, hattâ haksız fiile tekaddüm eden borçlara,

[4] Terc. edenin notu: Bu misal, karı koca mallarının idaresinde, kanuni usul olarak mal birliği rejimini kabul eden, İsviçre hukuku için varittir.



ex lege borçlara tatbiki kabil kaidelerin, tatbik edilmemesini mucip olduğu gibi, her borcun mâna ve hattâ menşei hakkında büyük bir vuzuh-suzluk doğurur. Tarafımızdan tenkit olunan, isabetsiz ve mahdut mânada ex lege tâbir olunan borçların, meselâ ex delicto borçların zıddı olan bir mahiyeti haiz olmasına, ve böylece bizim tasnifçilerin, haksız fiillerin daima esasını teşkil eden, kusurdan tecrit etmelerine itiraz edilmemelidir. Bu itiraz iki bakımdan zayıftır: ilk olarak, doğru olsa bile, bu bir kısmını teşkil ettiği cinsin ismile gösterilmesini değil, fakat bu borç kategorisine sadece hususî bir zümre ismi verilmesi imkânını sağlayacaktır. Diğer taraftan tezat içinde bulunan müelliflerimizin, burada nevi ferki olarak kusuru ileri sürmeleri hatalıdır: ex delicto kısmında bir takım borçlar vardır ki, gene bu tasnifçilerin ifadesine göre kusurun zarurî olarak mevcudiyetini farzetmez (İsviçrede, iş sahibinin müstahdeminin fiilinden borcu, gayri mümeyyizin mesuliyeti); buna mukabil, kanunî tâbir olunan borç, kusurun hariç bırakılmadığı bir iptidai vakiya istinat edebilir (haklı olmıyan bir haciz yapan kimsenin zararı tazmin borcu ve saire).

Esasen kanun, mecbur edici bir vaziyeti kabul ettirmek için, iptidai vakıalar guruplarını birbirile irtibatı olmıyan kısımlara kapamıyor: irade beyanı (akdi borçlar); himaye edilecek iktisadi veya mânevî malların mevcudiyeti (bunlar hakkında muayyen aktif veya pasif bir vaziyet alarak, bu mallara riayet etme hususunda herkese terettüp eden umumî vecibe); bu umumî vecibenin ihlâli (haksız fiillerden doğan borçlar), ve sa. ve sa. Bunun tamamile aksine olarak, iptidai vakıalar gurubu, yukarıda zikredilen, muhtelif guruplara ait farklı unsurları çekmek bakımından, ekseriya müdil olacaktır. Böylece borçlu taahhüt altına girmiş olacaktır, fakat bu taahhüt veya bunun ifası, himaye edilmiş muayyen bir hukukî varlığa kısmen zarar iras edecek şartlar içinde yapılmış olacaktır: yarısını kumar borcu teşkil eden on bin frank tediye taahhüdü; bir müzayedeye iştirak, fakat bunu dürüst olmayan hareketlerle ifsat etmek taahhüdü, bunun gibidir. Bu ve buna benzer hallerde, borç taahhüde ve kanuna riayet etmek; iradenin hukuka uygun olarak takip ettiği ölçüde hareket etmek veya etmemek (yapmak veya yapmamak); ifanın himaye edilmiş mallara zarar verdiği hallerde, bilâkis emredici hükmü yerine getirmek, olacaktır. Yahut satıcı ve müşteri mebiin ölçme veya nakil masrafları üzerinde hiç bir şey konuşmamışlardır: kanun onları taahhütlerine göre şeyi satmağa ve almağa mecbur eder; kanun, âkit taahhüt etmiş olduğundan dolayı değil, fakat sadece alım satım akdinde taraf teşkil ettiği için, taraflardan birini masrafları ödemeğe mecbur tutar; esasen akitten itibaren, taraflar aynı zamanda ve bizzat, gözönüne alınmış noktalar üzerinde, taahhütlerinden doğan borçlara, ve kanun tarafından vazedilen diğer borç-



lara tâbidirler. Demek ki bu, unsurlarını, kısmen birinci ve kısmen ikinci iptidaî vakıalardan alan, müdil hâdiseler gurubunun vasatî haddile, irade beyanları olan iptidaî vakıalardan, her irade beyanını hariç bırakan, hâdiselere azar azar geçilebilen, bir alâimissemadır. Bunu görmek hâkime düşer, zira, ona meseleler umumiyetle kanunların sistematiğinde, ve trete'lerde halledildiği gibi değil, fakat hayatın vücuda getirdiği usul, nizam ve âdetlere en ziyade aykırı, terkipler halinde getirilir; hayat kanun-koyucunun basit faraziyelerin terkibi halinde ne yapılacağını mülâhaza etmeden, mütalâa ettiği, ve neticeler terettüp ettirdiği farazî hallerden, ekseriya içinden çıkılamaz girift şebekeler husule getirir.

Şüphesiz iptidaî vakıa ancak nisbî bir eskiliği haizdir: bir irade beyanı husule gelir, ve kanunen borç doğuran neticeler ibraz eder; buna ex delicto veya diğer bir borç (kaza sonunda yapılan anlaşma) takaddüm edebilir ve bir haksız fiille beraber veya haksız fiilden sonra (eğer kayıtsız ve şartsız onu meydana getirmiyorsa) olabilir: ex delicto kanunî bir borç doğuran bir fiil dolayısıyla yapılan anlaşmada (sulh) veya onun ifasında hile. Diğer bir misal: her taahhüdün dışında olarak himaye edilmiş malların mevcudiyeti, onlara riayet borcunu husule getirir; bu vecibenin ihlâli zararı tazmin borcunu doğurur; zararı muntazaman tazmin borcunun ihlâli de (tazminata mahkûm olan münasip bir şekilde ifade bulunmazsa) kendi başına temerrüt faizleri ödeme borcunu ve belki de diğer borçları doğuracaktır, ve ilâhire. Her borç içtimâî münasebetler silsilesine hiç durmadan bağlanan zincirdeki bir halkadan başka bir şey değildir; her birisi, ancak kendisinden evvelki, bir halkanın mevcudiyet ve ziyayı sayesinde doğabilir; her birisi ancak bir halka vücuda getirdikten sonra zeval bulur.

##### 5. İFA VE İFA ETMEME (ÖDEMEMEZLİK) MEFHUMU

Gördük ki bütün borçlar esaslî ve son bir kaç vasıfta hülâsasını bulurlar: bir iptidaî vakıa gözönünde tutularak, topluluğun muayyen âzâsına kanun tarafından cebren kabul ettirilen aktif ve pasif bir vaziyet.

Borçlu, kendisine kabul ettirilen hareket tarzına, mükellef tutulduğu bütün tarzlarla (modalités) beraber, riayet ederse, borç ifa edilmiştir. Bu halde borç nihayet bulacak, bu hususî vaziyete riayet vecibesi sona erecektir.

Bunun aksine olarak borçlu, en küçük teferruatına kadar, kendisi için çizilen yolu, bu tarzların herhalde alacaklı için haiz olduğu menfaat kadar, tam olarak takip etmezse, bazılarında göre borç muntazam olarak ifa edilmemiştir, bize göre borç sadece ifa edilmemiştir. Bu halde, kanunun vazettiği mecburiyet, borçlu için kararlaştırılan vaziyetin, alacaklı tara-



ından kuvvet zoru ile, ve ekseriya diğer ve daha fazla bir şey elde edilmesine yarayan müeyyide, müdahale eder; bütün bunlar eşyanın mahiyeti hakkında imkân ölçüsünde olur, zira Eschyle'in mukadderatı keşfe çalışan mısralarına göre: «hiç bir şey hattâ ülûhiyet bile vuku bulanın vuku bulmamasına mâni olamaz», bu, belki zamanın gayri kabili akis olduğunu hafifçe kabul eden, her devrin filozofları tarafından müşâbih şekle konmuş olan bir fikirdir.

İfa etmemenin ne olduğunu, yani ödemin bütün tarzlarına dakikası dakikasına tam olarak riayet etmemeyi, daha yakından tetkik edelim, ve bunun için müşahhas bir misal alalım: önümüzdeki kış ihtiyacı için, bu yaz bana teslim edilebilecek beş bin kilo kömür satın alınması, ve bunun şu anda bana getirilmesi. Borcun bazı unsurlarını alalım, müteahhidin emteayı teslim ve bunun mülkiyetini devir borcu altına girdiğini tespit edelim. O bana noksansız emtea vermeğe borçludur, ağırlığını tayin için onu bizzat tartmak bana kadar münasip bir şekilde nakletmek, ihtimamla boşaltmak, hattâ depoya koymakla ve bütün bunları ilk soğuklardan itibaren kullanabilmem için zamanında yapmakla mükelleftir. Teferruata ait daha on tarz zahmetsizce kaydolunabilir: nakil için yağmursuz bir gün seçmek, kömürün üstünü örtmek, boşaltırken etrafı kirletmemek ve evi zarara sokmamak, kömürü toz haline getirmemek için bu nakli ihtiyatla yapmak, boş çuvalları derhal kaldırmak, ve sa., ve hepsini arzu olunan zamanda yapmak.

\*\*\*

Bütün bu tarzlardan, her birinin ihlâli arasında, ehemmiyetleri sırasına göre bir tasnif yapmağa mahal var mıdır? Şahıslara ait ödememezlik, mahalle ait olandan daha mı ehemmiyetlidir? Miktar bakımından ödememezlik, vasıf bakımından olan ödememezlikten ve bu da kendi başına zaman bakımından olan ödememezlikten daha mı vahimdir? Bütün bunlar hususî hallere ait işlerdir. Umumiyetle önemli olan, muayyen bir nevi işte, böyle olmayabilir; kömürü bana hiç teslim etmemek, benim için ancak diğer bir müteahhide telefon etmeyi mucip olabilir, halbuki boş çuvalların kaldırılmaması, beni mahveden bir yangına sebep olabilir. Bir kelime ile, en ince, görünüşte en zararsız olan bir usulsüzlük, icabı halinde mühim, esashi olmak, ve en büyük zararları doğurmak istidadını haizdir. Bilhassa ifa mahallindeki noksan, misalimizde verilen halde, ayıplı malı teslim etmekten yüz defa fazla telâfisi gayri kabil olabilir. Vahimliği bakımından, zamana ait ödememezlik, kısaca ve mutlak olarak, diğer bütün ödememezliklere muadildir. (

\*\*\*



Ödememezlikleri tamir ve telâfi edilebilir vasfı haiz olup olmamaları bakımından tasnif edebilir miyiz ve bunu şimdi bu restitutio'nun ehemmiyeti, ve zaman bakımından ödememezliğin, başkaları aksini dermeyan ettikleri halde, bazan iddia edildiği gibi tamir ve telâfisinin kabil olduğu meselesile meşgul olmaksızın yapabilir miyiz? Eğer ödememezliğin neticelerini telâfi etmenin ifade ettiği mâna, muadil bir edim temin edilmesi değil, fakat muntazam olarak yerine getirilmemiş olanın aynı iktisadi, mânevî ve içtimai kıymeti haiz olan diğer bir edim ifa etmekse, zaman da dahil olduğu halde herhangi bir tarzın ihlâli, hal ve vaziyetin icaplarına göre, tamiri kabildir, veya değildir. Bu sebepten dolayıdır ki zamana ait ödememezlikleri, diğer ödememezliklerden farklı olarak telâkki etmeğe mahal yoktur, ve bu hususta temerrüt, ekseriya yapıldığı gibi, tamiri kabil bir ödememezlik olarak tarif edilemez. Esasen zaman, veya diğer bir tarza ait ihlâlin tamiri gayri kabil olması halinde olduğu gibi, kabil olması halinde de temerrüt olabilir; bunun aksine, meselâ mücbir sebep neticesinde (burada sakınılması gayri kabil olan) ihlâlin telâfisi kabil olsun veya olmasın temerrüt olmayabilir. Bu kıstas, haklı olarak, bir çokları tarafından reddedilmiştir.

\* \* \*

Temerrüdü, ödemin diğer tarzlarına riayet edildiği halde, sadece zaman bakımından bir ihlâl telâkki eden tarifi de mahkûm etmek lâzımdır (telâfinin kabil veya gayri kabil olmasından tecerrüt ederek). Borçlu borcunu zamanında ifa etmediği takdirde o, borcunu esasen her hangi bütün ödeme tarzları hakkında ihlâl etmiş olur, çünkü tespit edilen günde ödemin unsurlarından hiç birisi alacaklının eline geçmemiştir; aksine olarak borçlu tespit edilen o günde ödemi bütün noktalardan tam olmayarak yerine getirirse, tesbit edilen gün hakikî ödem yapılmadan geçer. (Gecikme) hakikî, mutlak bir mâni husule getirir (Esasen mora kelimesinin ve müstaklânının, isim ve fiillerinin, en çok rastlanan mânalarından biri bu idi). Eğer vaziyet böyle olmasaydı, sadece küçük parmağını kaldırarak, temerrüdün neticelerinden kurtulmak çok kolay olurdu: (eğer bu bir an için kabili tasavvur farzedilirse) borçlu, zaman müstesna, ödemin diğer bütün tarzlarını ihlâl edecekti. Kahve gemisini tam olarak Londrada zamanında teslim edemeyince, tesbit edilen günde bir kaç kilo bozuk kahveyi Rio de Janeiro'daki ikametgâhında teslim edecek ve emteanın ayıplı olması veya Borçlar Kanununun 97 nci maddesindeki (Türk B. K. mad. 96) ademi ifa sahasına yerleşecektir ki, bu kendisini, belki tesadüfi halden mesuliyetten veya B. K. 107 (Türk B. K. 106) nci maddeye göre, akitten rücadan masun olan, daha müsait bir sahaya götürecektir. Hakikati halde hâkimin sadece 96 nci maddeyi tetkikle ve zarar ve ziyan yoluyla bütün



bu noktalarda onu tutabilmesi şüphesizdir, ve bu da kısaca ademi ifa ile temerrüt arasında ayniyete varan, ve bizim sık adımlarla yaklaştığımız, benzerliği gösterir. |

\* \* \*

Temerrüdü, yalnız zamana ait ödememezlik olarak, diğer ödememezlik şekillerine karşı koyanlar, düşünce tarzlarında, diğer esaslı bir noksan müşahede edebilirlerdi.

«Temerrüdü sadece zaman bakımından ödememezlik addediniz: miktar, vasıf, mahal gibi diğer edim tarzlarını tamamile yerine getirilmiş bulacaksınız; bu yalnız gecikmiş olarak yerine getirilmiştir. Bilâkis, zamana ait olmıyan ve binnetice temerrüt teşkil etmiyen ödememezliklerde, eğer hepsi birden değilse, muayyen bazı tarzlar mevcut değildir.» — Bize gelince, bunun üzerinde şunları müşahede ediyoruz: temerrüdün mevcudiyetini yani diğer edim tarzları var olup, sadece vâde anının ihlâlini tesbit için, edimin ifa edildiği vâdeden sonraki âna yerleşmek lâzımdır; diğer tarzların tahakkuku yalnız bu halde görülebilir. Daha evvel vâde anında, hiç bir şey husule gelmediği gibi, bir şeyin meydana geleceği, edimin daha geç yapılacağı ve yalnız zamanın ihlâl edilmiş olarak görüneceği bilinmiyordu. Netice olarak, vâdeden sonra ve gecikmiş edim anına kadar, temerrüt meşkûktür; arada temerrüt hükümlerinin ve daha iyi bir ifade ile bundan doğan mesuliyetlerin meydana gelip gelmediği bilinemez; temerrüt faizlerinin, temerrütten husule gelen diğer zarar ve ziyanların borçlanıldığı, tesadüfi halin borçlu tarafından yüklenildiği, iki taraflı bir akitte diğer tarafın akitten rücu edebilmesi ve saire bilinmez; meselâ -tezath olan - ancak temerrüt mevcut olduğu takdirde bir mühlet tesbit eden alacaklı (B. K. mād. 107 - Türk B. K. mad. 106), geciken edim yerine getirilince bu müddeti tesbit edemez. — Bu hale kadar mütemerridin mesuliyeti bir kere daha ona tatbik olunamaz, çünkü bunun yerine ödememezlikten dolayı mesuliyetin geçeceği bilinmemektedir. — Ve vâdeden itibaren temerrüt için en az bir imkân bulunduğu söylenmemelidir, zira gecikmiş olsa da edim ifa edilebilir ve «daha geç» edim yapılmadığı ve bunun bütün neticeleri yerine, ödememezliğin neticeleri geçerek, düşmek suretiyle temerrüdün hükümleri şarta bağlı olarak tatbik edilebilir. Bu ilk olarak şüphe, karışıklık ve tezada maruz hukuki vaziyetler tevlit edecektir. Fakat bundan maada borçlunun devamlı pasifliği önünde geç bir ifaya olan inanış hangi anda nihayete ermelidir; ne zaman şarta bağlı temerrüt yerini farklı neticeleriyle beraber kat'i bir ödememezliğe bırakacaktır?

Vâdeden itibaren borçlunun sadece zaman bakımından değil fakat tam



olarak ifa etmediğini gözönünde tutmak ne kadar daha tabii değil midir?

\*\*\*

Esasen niçin kat'i olarak bu böyledir? Bunun sebebi gayet basittir: zaman diğerleriyle tam mânasiyle yanyana gelebilecek bir edim ve ifa tarzı değildir; o ancak bir adem olup ve ancak mecmuu, ifanın sonunu ve tamamlanmasını teşkil eden, çeşitli müşahhas hâdiselerin tevalisi olarak anlaşılabilir. O her ifa tarzının zarurî haricî şeklidir, ve katı bir cismin kendisini teşkil eden maddeden ayırt edilemeyeceği gibi, bu da ondan ayrılamaz. Şu halde temerrüdün yalnız zamana ait ödememezliğin hususî bir nev'i olduğu söylenemez; ve bu vesile ile Staub'ın temerrüdü, yalnız zamana ait ödememezliği, akdın müsbet ihlâllerine karşı koyan tefrikinin kabul etmediğimizi söyliyelim; zamana ait ödememezlik te diğerleri kadar müsbettir. Bir kelime ile mühletin ihlâlî bulunduğu andan itibaren, borçlanılmış edim muntazam bir şekilde yerine getirilmemiş olur, ve sadece bu kadar. Ancak hepsi zaman içinde yapılan tam ve kısmî ödememezlikler vardır. Aynı şey o kadar mekân için de söylenebilir, çünkü ifanın ve ödememezliğin bütün müşahhas hâdiseleri zaman ve mekân içinde geçer, bu müşahhas hâdiselerin dışında içi boş şekiller, adem bahis mevzuudur.

\*\*\*

İsviçrede Borçlar Kanunu 102 nci ve müteakip maddeler (Türk B. K. mad. 101 ve müt.), 96 ncı maddede vazeden ödememezlikten dolayı mesuliyet prensibinin inkişaf ve teferruatından başka bir şey değildir; bunlar temerrüdün yani ödememezliğin Lex generalis'ini teşkil ederler, ve daha hususî bir hüküm bahis mevzuu olmadıkça, kabili tatbiktirler (alım satım faslında ayıpları ve muhtevayı garanti, alacaklının temerrüdü, 96 ncı ve müt. maddeler, 117 nci maddenin diğer hükümleri, v.s.).

\*\*\*

Hâlen bulunduğumuz bu noktada temerrüdün hemen hemen tam bir tarifini verebiliriz: bu, ne zaman bakımından bir ödememezliktir, ne âni bir ihlâl hâdisesidir, ne riayet edilmeyen vâdeden sonra cereyan eden bir zaman müddetidir, ne tamirî kabil olan bir ödememezliktir, ne sadece bir kusurdur, ne gecikmeyi tevlit eden bir kusurdur, ne kusuru tevlit eden bir gecikmedir; bu kısaca bir ödememezliktir.

Fakat, buna daha yakından bakınca, ödememezliğin ancak, istenilen anda borçlunun evvelden tanzim edilmiş olan ve beklenen hareket tarzını ihtiyar etmediğini ifade eden, menfi, boş bir mefhum olduğu derhal müşahede olunur. Halbuki temerrüt, kanunun bundan çıkardığı bütün neticeleriyle, borçlunun devamlı bir halidir: borçlu temerrüt halindedir ve bu



hal bir mesuliyet halidir. Müttemerrit borçlu mesul bir borçludur. Neden mesuldür? Borcu hukuk tarafından tahlil edilecek ve muhtelif edimleri, muhtelif unsurları mevzuata göre belki farklı olarak teferruatı haiz olacaktır.

Demek ki temerrüt bir borçla mükellef olan, yani muayyen bir anda muayyen bir vaziyeti, bir hareket tarzını izhar etmeğe kanunen mecbur olan ve bu anda bunu yapmamış olan bir kimsenin mesuliyet halidir.

Bu vasıflar, temerrüt hakkında, hukuk sistemlerinde veya tefsircileri tarafından verilen bütün tarif ve izahlarda bulunur. Ödememezlik neticesinde meydana gelen borç, temerrüdün girdiği ve bizim araştıracağımız müstakbel cinstir.

Temerrüdün ödememezlik neticesinde mesuliyet ifade ettiğini gördük. Bunun için, şimdiye kadar, borcu bilhassa muhtevası bakımından aldık. Fakat, hakikati halde, temerrüt hakkındaki tarifimiz, bütün ödememezliklere ve bütün borç nevilerine tatbik edilebilecek gibidir. Bunu tahkik etmek için muhtelif ödememezlik sebeplerini ve muhtelif borçları gözden geçirmek kâfidir. Her yerde aynı son hâdiseyi müşahede edeceğiz: borçlu tarafından istiyerek veya istemiyerek nazarı itibara alınmamaya müsait kanun tarafından cebren kabul ettirilen bir vaziyet: bu, etüdün sonunda yapacağımız gibi, borcun menşei veya ödememezliğin sebebi ne olursa olsun temerrüdün fiilen mümkün olduğunu kabul suretiyle tarifimizi tamamıyla doldurmağa ve tamamlamağa yarayan bir vaziyettir. Bunları gözden geçirirken alacaklının temerrüdünün de, her hangi bir borçta alacaklının dahi borçlusunun borçlusunu yani onun hakkında muayyen bir vaziyet ihtiyar etmeğe mükellef olmakla, bunun esasının dahi, borçlunun temerrüdündeki esasın aynı olduğunu tebarüz ettireceğiz.

## 6. ÖDEMEMEZLİK (ADEMİ İFA) SEBEPLERİ

Ödememezlik sebeplerinin ehemmiyeti temerrüdün tarifinde tecelli etmektedir. Basit olan bu husustaki sistemi iki kelime ile hatırlatmak lâzımdır. Bütün ödememezliklerin, hattâ insan iradesinin karıştığı ödememezliklerin, menşeiine mücbir sebep, kör mukadderat yerleştirilmek istenmiyorsa, ilk olarak, serbest iradeyi kabul etmek lâzımdır. Serbest ihtiyar kabul edilirse, borçların ifa edilmemesine ait yalnız iki büyük sınıf vardır: borçlunun serbest iradesi bir taraftan, borçlunun iradesinin makul bir surette karşı duramayacağı hâdiseler diğer taraftan.

Böylece ifade bulunan borçlu bunu ancak bu sebeplerden biri veya diğeri dolayısıyla yapamaz: terimin en geniş mânasile, mücbir sebep, veya ifa etmemek hususunda serbest olarak verdiği karar. Bu serbest karar bir



kusur teşkil eder. Binaenaleyh ancak kusurlu ödememezlilikler ve mücbir sebepten hasıl olan kusursuz ödememezlilikler olabilir.

İnsanın ve eşyanın mahiyetile tezat halinde olarak, bazı müellifler tarafından tesis olunan, üçüncü sınıf âmilleri tanıyamayız; netice itibarile bunu, arzu etseydi, kanunkoyucu dahi yaratamazdı, zira o da imkân hudutları içinde kalmak mecburiyetindedir. İnsanın kusurlu olmıyan fiilinden bahsedelim; bu ne insanın kendisi tarafından serbest olarak istenmiş bir vaziyet, ne de onun hâkim olmadığı harici bir kuvvet tarafından kendisine zorla kabul ettirilen bir vaziyet olan bir fiildir. Şüphesiz, yukarıda bahsettiğimiz, normal tarifler sahasında, bir kanunkoyucu veya bir hukukçu, insan fiiline gerek serbest olarak alınmış bir fiil, gerek bilâkis bir mücbir sebep fiili, yani ödememezlilik mevzuunda, kusurlu bir ödememezlilik veya bilâkis borçlunun iradesinden müstakil bir ödememezlilik ismini verebilir. Biz, sadece bu sebebe vermiş olduğu ismi, diğer bir yerde daha evvel başka bir şeye vermiş olduğunu; muayyen bir şey için bazan mücbir sebep, bazan insanın kusurlu fiili ismi verilerek, aynı şey için iki terim bulunduğunu bilirdik. Fakat, beşerî kusur ile mücbir sebep arasında, hakikatte mevcut fiillerden üçüncü bir sınıf yaratmak, bu, hukukun kuvvetini aşar.

İnsanî kusurundan ve fiilinden mesul etmenin mânası, hakikati halde: a) onu ancak kusursuz fiil ismi verilen sebebin, hakikati halde kusurlu bir fiil olduğu bütün hallerde, mesul etmek; b) insanın iddia olunan fiilinin, hakikati halde borçlunun serbest iradesinden müstakil bir sebep teşkil ettiği bütün hallerde, onu hem kusurundan, hem de mücbir sebepten mesul etmektir. Ne bir kusur neticesi olan, ne de mücbir sebep hali olan, insan fiili, hiç bir zaman tarif edilmemiştir. Bilhassa, nazarı itibara alınan ferdin hakikî veya hükmi şahsiyetinin, bu ferde veya tesadüfe isnat edilmesi bahis mevzuu olan netice ile herhangi bir münasebeti olmasının ehemmiyeti yoktur; çöken bir tribünden düşerken, bir adamın diğerini ezmesi, veya uyurgezerlik (somniaambulisme), veya ilâçla uyuma (narcose) halinde iken bir kimsenin diğerini yaralamasının ehemmiyeti yoktur: bu nevi hallerde, serbest irade tezahür edemediğinden itibaren, eğer zarar uhdesine verilirse, bu bir kimsenin mücbir sebepten mesul edildiği bir hal olur. Esasen bu, bazan hakkaniyete uygun olan, ve bu şeklele tenkit etmediğimiz, bir hal tarzıdır: bizim ortaya çıkarmak istediğimiz, böyle bir halde, kusursuz da olsa, failin iradesinden müstakil sebepler içine, yani mücbir sebebe girmeyen, bir insan fiilinin bulunduğunu zannetmek hatasıdır.

Şu halde eğer, İsviçrede olduğu gibi bazı mevzuat, temerrüdün borçlunun kusuru ile olduğu kadar fiilile de meydana gelmesi halinde, temerrüdü borçluya izafe ederse, bundan, bu fiilin onun serbest iradesinden müs-



takil olduğu bütün hallerde, bu mevzuatın mücbir sebepten meydana gelse bile temerrütten borçluyu mesul ettiği mânası çıkar. Böyle bir hukuk sisteminde, böyle bir halde, temerrüdü, bir taraftan kusuru olmasa da kendi hesabına kaydedilmesi lâzım gelen borçlunun bütün fiillerine (die er zu «vertreten» hat); diğer taraftan «gecikme» mücbir sebep tarafından vukua geldiği takdirde temerrüdün bulunmaması, hususunda evvelden bir ayırma yapmak mütenakız bir vaziyet doğurur.

## 7. TEMERRÜDÜN SAHASI

Hangi borçlarda temerrüt mümkündür?

Bunun cevabı, yukarıda izah etmiş olduğumuz, borç mefhumundan, ve kısmen vazettiğimiz temerrüdün tarifinden derhal çıkar.

Borç, alelâde bir iptidai vakıadan hareket ederek kanunun bir şahsa cebren kabul ettirdiği aktif veya pasif her vaziyet olduğuna göre, bu borcun ifa edilmesi icap eden anda, muntazam olarak ifa edilmediğini anlamak daima mümkündür. Şu halde temerrüt her borçta zuhur edebilir.

Kanun tarafından verilen muhtelif borç vaziyetlerini kısaca gözden geçirelim, ve bunlara mukaddem hal tarzını tatbik edelim, ve kusurlu veya kusursuz ödememezliğin yani temerrüdün bunlar üzerinde nasıl meydana geldiğinin görelim.

*I. Vâde hariç olduğu halde bütün tarzlarla beraber, ödemin menşe ve mahiyeti bakımından mülâhaza olunan borçlar.*

A. *Akdî kanunî borçlar.* Bunlar *yapma borcuna* (maddî bir şeyin teslimi dahil), ve *yapmama borcuna* (bir fiile maruz kalmak ve ona tahammül etmek dahil) ayrılırlar.

a) *Yapma borçları* (obligations de faire): 1. Maddî bir şeyi teslim bahis mevzuu olduğu zaman hiç bir güçlük yoktur, istenilen zamanda, ifa etmemekle, bu anlaşılır. 2. Diğer yapma borçları (imal etmek için faaliyet): burada da aynı vaziyet ve aynı hal tarzı.

b) *Yapmama borçları* (obligations de ne pas faire) (başkasının fiillerine tahammül etmek veya buna maruz kalmak borcu dahil). Burada çok münakaşalar olmuştur, hiç bir mevzuat bu mevzuda açık olarak bir fikir dermeyan etmediği halde, müellifler yalnız bir hukuktan diğerine değil, fakat tek ve aynı hukukun tefsiri üzerinde dahi, derin ayrılıklara düşmüşlerdir. Bir taraftan miktarı oldukça mahdut olmakla beraber, yapmama borçlarında temerrüdü kabul edenler vardır: umumiyetle oldukça doğru düşünen bu müelliflere göre, bir içtinap borcu zamanında ifa edilmeyebilir, ve bundan mesul olunabildiğinden bu halde temerrüt mümkündür.



Meselâ Arntz, borçlunun mücerret kanun veya mukaveleye aykırı hareketle temerrüt halinde olduğunu söylemektedir. Bu doğru fikrin, hakikati halde bazan, muharriri tarafından fena idare edilen istidlâllere müstenit olduğu söylenebilir; meselâ, Mourlon, ilk olarak bir şey yapmamağı taahhüt eden borçlunun, bunu yapmakla, mücerret mukaveleye aykırı hareket dolayısıyla temerrüt halinde olduğunu söyleyecektir. Demek ki Mourlon'a göre, mukaveleye aykırı hareket anına kadar, borçlunun ifada bulunduğu müddetçe temerrüt yoktur. Bu Mourlon'un bir kaç satır ötede, yapmama borçlarında temerrüt, taahhüt olunan borcun doğumu ile, her zaman ve daha mukaveleye aykırı hareketten evvel, mevcut olduğunu iddia ederek, bunun tamamile aksi kanaati müdafaa etmesine mâni teşkil etmemiştir: «yapmama borcu bahis mevzuu olduğu zaman, buna muhalif hareket eden borçlu, mücerret bu muhalif hareketinden dolayı, her ne kadar taahhüdünü yerine getirmek hususunda temerrüt haline konmamışsa da, tazminle mükellef olur; filhakika bizzat bu borcun mahiyeti icabı, borçlu buna muhalif hareket etmemek hususunda daima temerrüt halindedir». Mourlon ifa borcu ile ademi ifayı birbirine karıştırarak, biraz evvel vermiş olduğu izahatı unutuyor, ve bizzat kendisiyle tezat haline düşüyor. Onun son düşünce tarzının neticeleri vahim olabilir, çünkü Fransız hukuku prensiplerine göre mükellefiyet altına girdiğinden itibaren, kusurlu addedilen borçlu, bu andan itibaren, meselâ, tesadüfi halden mesul olur.

Yapmama borçlarında temerrüdün aleyhinde bulunanlara gelince, bunların fikirleri bazan müphemiyet ve iltibaslara istinat eder, ve bazan da müşahhas hakikatin dışında geometri teoremlerine benzer. Alacaklı tarafından temerrüt haline koymayı aramadığı için, yapmama borçlarında temerrüdü hariç bırakarak, Josserand'ın yaptığı iltibası alalım: bu hukukçu, alacaklı tarafından temerrüt haline koymağa lüzum olmaksızın temerrüdün mevcut olabileceğini, ve temerrüdün bazan ihtar (interpellation) dışında, kanun tarafından önceden derpiş edildiğini, ve buna bizzat kendisi tarafından yirmi satır yukarıda işaret edilmiş olduğunu unutuyor. Temerrüdün haksız bir unutmama, ihmal olduğunu iddia eden Mommsen'in, yapmama borçlarında ihlâlin ancak müspet bir fiil olabildiğini, ve netice itibarile yapmama borçlarında temerrüdün bulunamayacağını söylemesi; mücerret bir teoremin lâhakikiliğini, bir prensibin fasit daire içinde izahıdır. Bu düşünce tarzı bilhassa temerrüdün zarurî olarak bir unutmama olduğu esasına istinat etmesi sebebiyle yanlıştır; yapmama, içtinap veya buna muadil diğer terimlerle ne anlaşılacak icap ettiğini araştırırken, biraz sonra göreceğimiz gibi, bu her zaman ve belki hiç bir zaman, bir unutmama değildir. Gerçekten Mommsen tarif bakımından (begrifflich), temerrüdün hariç bırakıldığı borç nevelerinden bahsederek, ve buna yapmama borcunu



ithal, ve temerrüdün tarifi bakımından bunun dışında olduğunu, veya «hiç olmazsa pratik ehemmiyeti bulunmadığını» söyliyerek, varmış olduğu neticeyi hafifletiyor. Bu mevcut mudur, değil midir? Olmak veya olmamak, bu hususta bir karar vermek, bunu kabul veya reddetmek lâzımdır. Eğer bu mevcutsa, hal ve vaziyetlerin icaplarına göre, daima büyük bir pratik ehemmiyeti haiz olabilir; ancak Mommsen tarafından vazedilen takyitle, temerrüdün tarif icabı yapma borcunun dışında bulunduğu hakkındaki umumî kaidenin mi, yoksa çekingen bir şekilde mahfuz tutulan ve esasen tarif icabı kabul edilemiyen istisnanın mı bulunduğunu hâkim nasıl bilecektir? — Aynı akıl ve mantıka aykırı fikirlerle aynı mücerret nazariyeciliğe Pagenkemper'de tesadüf olunmaktadır; buna göre, içtinap borçlarında, borçlunun temerrüdü bahis mevzuu olamaz, zira bu borçlar vâdeye mütehammil değildir, ve bu sebepten vâdenin ihlâli neticesini doğuramaz; keza bu halde alacaklının temerrüdü de olamaz, zira bunun menfisi kabul edilemez, ve alacaklı edimi almakta mütemerrit olamaz. Bu aynı müellife göre yapmama borcu ve buna riayet edim (Leistung) değil, fakat edimin zıddıdır.

Bütün bunlar kelime ve metafizikten ibarettir. Vakıalarda geçeni araştıracak yerde, geliş güzel vazedilmiş bazı mefhumlardan hareket ediliyor, ve bunlardan neticeler çıkarılıyor; bunların mantıklı olarak elde edilmesile, bir muadelenin diğer bir muadeleye tahvilinden başka bir şey yapılmış değildir, ve sonunda bulunan, bu neviden her hesap ameliyesinde görüldüğü gibi, başta konmuş olan şeyin diğer bir şekle bürünmesinden başka bir şey değildir.

\* \* \*

Bu münasebetle içtinap borcu ve ihlâlile, bilhassa mevzuat ve içtihatların ne anladıklarını araştıralım. Göreceğiz ki, içtinap borcu, bazılarınca anlaşıldığı gibi, hiç bir suretle bir yapmama, bir mutavaat, bir adem değildir; aktif tarzlarla, hareketlerle dolu, diğerleri gibi bir vaziyettir, ve içtinap borcunun ihlâli, pasif olduğu kadar aktif tarzlarla dolu diğer bir vaziyetten başka bir şey değildir; bu halden itibaren yapmama borcu, son tahlilde, yapma borcundan hiçbir veçhile ayrılmaz, ve birinin ihlâli, diğerinin ihlâline ait, bütün şekilleri alabilir, hususile bir yapma borcunun ihlâli mutavaattan değil, fakat aktif bir vaziyetten doğabilir, ve hiç bir suretle zaruri bir hareketsizlik değildir.

Şu halde, müşahhas olarak, in concreto, yapmama borcu nedir?

İsviçre Federal Mahkeme içtihatlarından aldığımız çok alâka çekici bir kararı (1902 tarihli) misal olarak alalım: 1895 de yapılan bir gayrimenkul satışı dolayısıyla, bir fabrika, işçileri için, fabrikanın bir lokalinde,



içki ve yiyecek maddelerini serbest olarak satmak hakkını bedelsiz olarak münhasıran komşu lokanta sahibine veriyor. Fabrika mücbir sebep veya tesadüfi hal neticesinde harap olursa, bu hak sukut edecek, fabrika yeniden inşa edilir ve faaliyete geçerse bu hak tekrar doğacaktır. Fiiliyatta içki ve yemek satışı işçilerin dinlenme saatlarında, sabahları saat 9 ile 9,15 arasında, ve öğleden sonra, 4 ile 4,15 arasında yapılmaktadır. 1900 senesinde fabrikada bir grev oluyor, işçiler günde ancak 10 saat çalışmak istiyorlar (mesut zamanlar!). İşçilerle anlaşan fabrika günde 10 saat çalışmayı kabul ediyor, fakat sabah ve akşamları yapılmakta olan on beşer dakikalık dinleme fasılasını kaldırıyor. Böylece, kendisi için içki ve yemek satışı imkânsız hale gelen lokantacı dava açıyor. Kanton ve Federal Mahkemeleri, burada fabrikanın uhdesinde bir yapmama borcu bulunduğunu, ve buna riayet edilmemiş olduğunu kabul ve onu zarar ve ziyana mahkûm ediyorlar. Bu ihtilâfın hâkime vazettiği meseleler arasında, biz, yalnız bahis mevzuu borcun mahiyeti üzerinde duracağız. Bu hakikaten bir yapmama borcu mudur? Bunu kabul etmeğe hazırız. Fakat aksi de kabul edilebilir. Fabrikanın borcu sadece pasif kalmak değildi, onun organları satış yapan lokantacı önünde ellerini ve kollarını bağliyerek, donmuş gibi kalamazdı. Burada, borçlu onun hizmetine bir lokal vermek, bunun işleme için zarurî şartların bulunmasına dikkat etmek; işçi tedarik ederek lokantaya müşteri temin etmek (çünkü ancak mücbir sebep dolayısıyla işletmenin tatili borçluyu borcundan kurtarıyordu); günlük iş zamanında, çalışma esnasında, fasıla vermek mükellefiyeti altında idi; bir kelime ile müspet bir takım fiiller ifa etmek zorunda idi ki bunlar yapılmadığı takdirde içtinap borcunun hiç bir mânası ve tahakkuk imkânı yoktur. Bize şöyle bir itiraz yapılamaz: «müşahedelerinizden burada bir yapmama borcu değil, fakat bir veya müteaddit yapma borçları mevcut olduğu neticesi çıkar, ve tasnife ait mukaddes prensipler baki kalır». Hakikatin ve böyle bir meselenin karşısında, eğer nazari ve farazi olarak değilse, borçlunun vaziyetindeki unsurları dağıtmanın imkânsız olduğu kanaatındayız: bu unsurlar birbirine o kadar sıkı bir şekilde bağliırlar ki, birbirlerinin mevcudiyet şartlarını teşkil ederler, biri diğer bulunmaksızın mevcut olamaz; fabrika meselâ yapmama borcunu ihlâl ederek (lokantacı tarafından satışa mâni olarak), yapma borcuna (lokanta için lokal vermek, müşteri temin etmek) riayet edemez; zira, ipso facto tâbir olunan satışa mâni olmak demek, satıcının emrine istenen imkânları tahsis etmemek demektir; keza fabrika müspet borçlarını ihlâl ederek (lokal ve müşteri temin etmiyerek), yapmama borcuna (satışı menetmemek) riayet edemez.

Böylece yapmama borcu, hakikatle temas etmiyenlerin nazari olarak anladıkları gibi, hiç bir suretle, bir içtinap, bir mutavaat, bir hareketsizlik



değildir. Bu her ne olursa olsun bütün yapmama borçlarında tahakkuk edecek bir kaidedir; inşa etmemek, bir araziden geçmemek borcu, bilhassa bazı üçüncü şahısların, borçlunun müstahdemlerinin, çocuklarının ve sa. buradan geçmemelerini icap ettirir.

Netice itibarile, bazı müellifler tarafından yalnız yapmama borçlarına tahsis edilmek istenen temerrüt, burada da kabul edilmelidir; zira yapmama borçları da yapma borçları kadar aktif ve hareketlidir, ve borçluyu bütün hallerde muayyen bir vaziyet almağa mecbur ederler. Keza mukaveleye aykırılığın telâfisinin gayri kabil olması delilile, temerrüt «yapmama»nın dışında değildir; deminki misalde fabrika kendi lokallerinde kantin hakkının icrasına, sonradan muhalefesinde devam etmeksizin, yalnız bir gün mâni olabilirdi ve içtinap borcu bir zaman müddeti üzerine değil de, küçük bir ana taallük etse bile, telâfisi kabildir; vâdedilmiş böyle bir içtinap tahakkuku anında meydana gelmediği için böyle bir tecrübe muvaffak olmaz; bu sonra yeniden ele alınabilir, ve diğer muahhar bir anda içtinap evvelce temin edilmemiş olan içtinaba «içtimai bakımdan» muadil olabilir (mademki ödememezlikten sonra telâfi imkânının tarifi buradadır).

Fakat, biz daha ileri giderek, şu neticeye varacağız: yapmama borcunun az veya çok aktif mahiyetinin ehemmiyeti yoktur; keza bir içtinap borcunun ihlâllerinin tamiri imkânının da ehemmiyeti yoktur: ne mahiyeti, ne de mümkün olan iade imkânı, yukarıda görüldüğü gibi, bizim için bilhassa müsbet hukuklarda temerrüdün zarurî unsurlarından değildir: temerrüt ancak, vâdesinde beklenen ifa meydana gelmediği takdirde, mesuliyet hâli olduğundan, temerrüt en fazla yapmama borçlarında mümkündür.

B. *Mukavele dışında kanunî borçlar.* Bir vaziyeti tanzim için kanunun hareket ettiği iptidai hâdise, burada verilmiş sözün yapılmış taahhüdün dışında fizik veya mânevî âlemdeki herhangi bir vakiadır. Bu vakıa, haklarında temerrüdün mümkün olup olmadığını anlamak için, aşağıda birbirini takiben göreceğimiz muayyen sınıflardan neşet edebilir.

*Mukavele dışı kanunî borçlar.* a) *himaye edilecek hucukî bir malın mevcudiyeti: mülkiyet, hayat, şahsiyet ve bunların diğer benzerleri.* Bu malların varlığından, bunları himayeye yarayan hukuk kaideleri doğmuştur; bunlar bütün şahısları veya aralarından bazılarını, bu mallar karşısında hususî bir vaziyet almağa mecbur eder. An'anevî tasnifleri takip ederek, emredilen vaziyetin bazan bir içtinap, bazan bir faaliyet olduğunu araştırabiliriz. Bazı müellifler, hukukî varlıkların korunmasına ait kanun kaidelerinde, ancak içtinaba ait umumî emredici bir kaide koymuşlardır: bu varlıklara riayet, bu müellifler her ne kadar aktif vaziyetleri tasavvur



etmişler, ve bunları içtinaptan sarih olarak tefrik etmişlerse de, bu sahada ancak bir hareketsizlik vecibesi görmüşlerdir: haksız fiil ika etmemek, harekette bulunmamak, başkalarının malları karşısında pasif kalmak. Ve bununla beraber, hattâ temerrüt sahasında kalarak, kanunun bir harekette bulunmayı emrettiği kısımların, diğerleri kadar, belki diğerlerinden daha fazla olduğu itirazı yapılabilir. İçtinap dahi, ekseriya fiil kadar haksızdır. Mahkemeler tarafından hüküm verilen mevzular içinde kalarak bazı misaller zikredelim. Himaye edilecek malların muhafazasını ve bunlara riayeti tahakkuk ettirmek için kanunun herkesi almağa mecbur ettiği tedbirler ekseri hallerde ifa edilmesi gereken müsbet fiillerdir: ben asansörüme emniyet âletlerini koymak mecburiyetindeyim; makineleri ancak zarurî bütûn tedbirleri aldıktan sonra kullanabilirim; elektrik tellerini başkasının üzerine düşmiyecek şekilde raptetmek. — Bankacı veya sarraf olarak, zarar ve ziyan tehdidi altında, bana tediye emri veren kimse nin para vaziyeti hakkında malûmat sahibi olmak mecburiyetindeyim. — Tarihçi, gazeteci olarak, hâdiseleri ve şahısları ancak kâfi derecede malûmat aldıktan sonra takdir edebilirim. — Hekim, noter veya avukat olarak, ilme göre hareket etmeğe mecburum. — Hayvanların maliki olarak, onlara münasip şekilde bakmakla mükellefim; harp esnasında bombardıman edilen binayı, kendiliğinden yıkılmadan, tahrip etmek, aksi takdirde, mücbir sebep yerini, kusurum sebebiyle vukubulan bir kazaya bırakacaktır; içi oyuk bir ağacı, rüzgârın bir yolcunun üzerine devirmesine meydan kalmadan kestirmek. — Lehime inhisar olarak bırakılmış bir faaliyetin vaziülyedi olmak sıfatile onu icra etmeğe borçluyum. — Davada taraf olmak itibarile defterlerimi, müşahit olmak sıfatile bildiklerimi, doğru olarak ifade etmeğe mecburum. — Zarar gören kimse bu zararı hafifletecek bütûn tedbirleri almakla, üçüncü bir şahıs tarafından fıçılarımın, ahırımın açılmış, hayvanlarımın bağının çözülmüş olduğunu görürsem bunları kapamak mecburiyetindeyim; yaralandığım takdirde zarurî olan müsekkin ameliyata tâbi olmağa mecburum (her ne kadar «insanın kendisine karşı» kusuru hususî bir mefhum ise de, icabı halinde cebri icra yolu ile talep edilmesi kabil hukukî borçlar doğurabilir). — Bazı yeni ceza kanunlarına göre, ceza tehdidi altında olsa bile, bir kaza kurbanına yardım etmek mecburiyetindeyim; denizdeki mecburî yardım ve kurtarma, bu fikrin daha eski bir misalidir. — Ekseriya sükût kabule şayan değildir, konuşmak lâzımdır. — Bütûn bir seri içtinaplar gayri ahlâkidirler, ve zarar ve ziyana sebebiyet verebilirler: kapısının önünde ağır hasta olarak düşen bir şahsı reddeden otelci gibi.

Burada tetkik ettiğimiz kanunî borçlarda, temerrütte (yanlış olarak) bir unutmama mahiyeti görülmek istense bile, temerrüde geniş bir yer var-



dır. Bunu, borçlunun emredilen vaziyeti, vâdede almamak fiilinden doğan kanunî mesuliyet olarak tarif eden, bizim için, bu yer o kadar da kat'îdir. Temerrüt - unutmaya taraftarlarına serdedilecek, ve mukavelevî kanunî borçlar dolayısıyla üzerinde kâfi derecede ısrar ettiğimiz diğer bir delil daha vardır: diğer yerlerde olduğu gibi, burada da, mükellef şahsın tamamen hareketsiz ve içtinapçı vaziyetini tecrit etmek en güç bir meseledir; kanun, bazan zarurî olarak, ona muayyen bir fiilde bulunmak, himaye edilecek hukukî malları koruyacak vaziyeti müsbet olarak ihtiyar etmesini emrediyor. Meselâ bir çocuğun eline silâh, veya patlayıcı maddeler vermektan içtinap edilmesi ne demektir? Lokantaya giren avcı hakkında bu hükmü vazetmenin, mantıkî bakımdan zarurî olan iç yüzü silâhını emin bir yere koymak, ve binaenaleyh muayyen bir harekette bulunmak hakkındaki kanun kaidelerinin ipso facto emretmesi demek değil midir?

Burada mümkün olan temerrüt, ika edilen haksız fiilden, kendisinden beklenen harekete, vaziyete aykırı olarak hareketten sonra failin vaziyetidir; bu sebebiyet verilen zarart tazmin borcudur. Burada temerrüdün, temerrüde ait kaidelerin ve neticelerinin ancak teferruat teşkil ettiği bir mükellefiyet, bir mesuliyet hali, bir borç olduğunu müşahede ve tesbit ediyoruz.

Bir haksız fiil failini, borcunu ifa etmediği, başkasının malına riayet etmediği, ona zarar iras ettiği için temerrüt halinde bir borçlu gibi mütalâa etmek, umumî fikirlere aykırı değil midir? Haksız fiilden itibaren gecikme faizleri ödenen modern hukukun telâkkisi bu değildir. Keza aynı şekilde düşünüldüğü takdirde, Roma hukukunun *fur semper in mora* (hırsız dâima temerrüt halindedir) kaidesi gayet iyi anlaşılır: eşyayı almakla, hırsız, göstermekle mükellef olduğu, riayet vaziyetini ihlâl etmiştir: şu halde hırsızlık onu temerrüt haline sokmuştur; burada ihlâlden yeni bir borç doğduğunu, ve bu münasebetle hırsızın bunu çaldıktan sonra ve bu andan itibaren temerrüt halinde olduğunu farzetmek daha tabiidir, zira temerrüt yalnız mukaveleden doğan borç vakıyasından hasıl olmıyan bir ödememezlik halidir.

b) *Hukukî malların himayesine ait bir kaidenin ihlâli*. Yukarıda mütalâa olunan, riayete dair bu umumî borç içinde hukukî malların korunmasına dair kaidelerden birisini ihlâl ettiğim bütün hallerde, temerrüt yani mesuliyet altına girdiğim bütün hallerde, kanun mesuliyetimi medenî bir borç şeklinde gösteriyor: zararı tazmin borcu. (Mantıkî bakımdan burada zarurî hiç bir şey yoktur: kanun burada benden endişe etmiyebilir, veya beni ancak cezaî bakımdan mesul edebilirdi). — Tazmin borcu müstakil bir mevcudiyet alır, çünkü eğer bütün borçlar temerrüt değilse, bunun aksine olarak bütün temerrütler birer borçturlar. Borcum, haksız fiilin tem-



sil ettiği iptidai hâdise dolayısıyla, bana cebren kabul ettirilen aktif veya pasif bir vaziyette tecelli edebilir; bu vaziyete intibak, tediye, derhal tazmin, veya tesbit edilen anda tazmin edebilirim; böylece haksız fiilden gelen borcum hakkında temerrüt halinde bulunmayacağım. Bunun aksine olarak eğer, meselâ bu borcu sarih olarak tesbit eden anlaşma veya hükümden sonra, istenen zamanda ifada bulunmazsam, yeniden temerrüt haline, hususî bir kanunun bulunmaması halinde, bunun tazammun ettiği umumî mesuliyet haline yeniden gireceğim. Meselâ 100.000 frank ödemek suretile tazminat ödemeğe mahkûm olduğum ve onu tesbit edilen anda ödemediğim takdirde, tesadüfi halden mesul olacağım, ve tediye akçesinin değeri kıymet azalması dolayısıyla sıfıra inerse, ilk otomobil kazası dolayısıyla değil, fakat uhdeme doğan borcu muntazaman ifa etmediğim için, bundan mesul olacağım.

Haksız fiiller mevzuunda temerrüdün muhtelif hukuklarda bir çok müellifler tarafından kabul edilmiş olduğunu hatırlatalım; fakat onlar istihdaf ettikleri şeyi, fiille ihlâl edilen riayet borcunu, veya bunun ihlâlin-den doğan borcu, nazarı itibara almışlar mıdır?

İsviçrede her ne kadar kanunkoyucu Borçlar Kanununun 97 nci ve müt. maddelerini yazarken, sadece akdî borçları düşünmüşse de, bu faslın başlığı, ve 102 nci madde (Türk Borçlar Ka. mad. 96 ve 101) bunun bütün borçlara tatbik edilmesi imkânını verir.

c) *Bir borç doğuran diğer iptidai vakıalar.* Bu vakıalar mukavelelerin, suçların, yani umumiyetle kusurlu vaziyetlerin dışında, alelâde hukukî vakıalar olabilir: evlenme, hısımların, ve çocukların mevcudiyeti, mülkiyet veya zilyetlik gibi aynî haklar. Ve bunlardan aynî denen iddialar (dinglicher Anspruch), sebepli borçlar, ve sa. çıkar. Ekseriya hukukî birer müessese olan bütün bu ihtimallerde, ve bunlardan hareket ederek, kanunkoyucu herhangi bir kimseye aktif veya pasif bir vaziyet tahmil edebilir; aileyi beslemek (nafaka), zina irtikâb etmemek, ev işlerine ait ortaklık uzuvlarını mürakabe etmek, zaruret içinde bulunan bazı hısımlara yardım, bulunan vasiyetnameyi tevdi, haksız olarak kaldırılan zilyetliği iade, mücbir sebep dolayısıyla meydana gelen zararı tazmin, ve sa. Burada dahi, temerrüt, muayyen bir anda mükellef bulunulmanın aksine hareketten dolayı mesuliyet, kayıtsız olarak mümkündür; menedilen vaziyete kuvvetli neticeler izafe eden, hususî bir hüküm olmadıkça, temerrüde ait umumî prensipler takip edilecektir.

C. *Vâdelerine veya muacceliyetlerine göre nazarı itibara alınan borçlar.* Her hangi bir kimseye borç doğuran bir vaziyet yüklemek için, kanunun hareket ettiği iptidai hâdise ne olursa olsun, bu vaziyet muayyen bir



anda husule gelmelidir. Bu anı tam olarak nasıl tayin etmeli? Bu, borç doğarken tarafların önceden derpiş etmeleriyle, veya daha sonra olabilir; bu, alacaklı tarafından yapılan bir ihtar (interpellation) ile olabilir; bu, ihtar lüzumu olmaksızın, kanunen de olabilir. Aralarında, nazariyatta meraklı olduğu kadar, pratikte ehemmiyetli olanları bulunan, bu meseleleri teferruatile tetkik etmiyeceğiz. Her borç doğuran vaziyetin, muayyen bir an için, müşahede edilmesi, ve bu anın her hangi bir suretle, daima tayini kabil olduğunu bilmek kâfidir. Şu halde istenilen anda ifa yapılmaması halinde, hangi borçta olursa olsun, temerrüde, yani bu ödememezlik için mesuliyete mevzu teşkil eder. Onun için kat'î olarak günü tesbit edilen borçların, vadesinde ifa edilmedikleri takdirde, tamiri gayri kabil olarak ifa edilmemiş ve ifa edilemez olduğu sebebi ileri sürülerek, bunların temerrüde mahal verip vermiyeceği hakkında sonsuz münakaşaları anlamıyoruz. Herhangi bir diğerinden fazla olduğunu nazara katmaksızın (yukarıda söylediklerimize bakınız), tamiri kabil veya gayri kabil olmasının temerrüdün esaslı bir unsuru olduğunu tebarüz ettirmeksizin, tarihî bütün hukuklar tarafından kabul edilmiş, müşterek bir vasfa istinat eden, umumî bir tarif araştıran için, bu vasıf ancak ihtarâ tâbi bir borç olabilir: İsviçre Borçlar Kanunu, ve diğer bir çok hukuk sistemleri, müsbet hukukta kabili inkâr olmıyan, hattâ günü kat'î olarak tesbit edilen borçlarda ve bilhassa bunlarda, temerrüdün bulunduğunu kat'î olarak kabul etmişlerdir, çünkü, bunlar hakkında temerrüt, alacaklının diğer bir hareketine ihtiyaç olmaksızın, yalnız kanun hükmü ile husule gelir.

### 8. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ

Alacaklının temerrüdü borçlunun temerrüdü ile aynı mahiyeti haizdir. Borç bağı bakımından her iki tarafın bir mesuliyeti vardır; hiç bir mukavele yoktur ki, bunda taahhüt altına girdikten sonra, ivazsız olması bahis mevzuu olsa bile, alacaklı, yalnız, haklara sahip olmak için, her nevi mükellefiyetten masun olsun. Bilhassa edimi kabul etmeyi reddeden alacaklı, Kohler'in arzu ettiği gibi, kimsenin şikâyet edemiyeceği şekilde, bir haktan feragat etmiyor; bilâkis vermiş olduğu söze, vaade aykırı hareket ediyor; ifada bulunmuyor, ve istenen zamanda ifayı yapmamış olması dolayısıyla, oldukça geniş bir mesuliyet altına sokulabiliyor. Bu bakımdan bizce, yalnız bir taraf için borç doğuran, tek taraflı hukukî muameleler yoktur; ancak bir tarafın muayyen bir vaziyet için, karşı tarafın diğer bir vaziyeti için, bu borçlunun ödemeni kabul olabilir, taahhüt altına girdikleri iki taraflı akitler vardır. Hattâ, alacaklının - söylediklerimize göre, her iki taraf hem alacaklı, hem de borçlu olduğuna göre, bu tâbir bilmem doğru mudur - sadece almak, kabul etmek hakkının bulunduğu bir akit



müsbet hukukta mevcut mudur (farzediniz ki bu hak bizim iddia ettiğimiz gibi bir borçla tahmil edilmiş olmasın)? Lehine hibe yapılan şahsı nazarı itibara alalım; o, minnettarlık vazifesile ifade olunan diğer bir çokları arasında, bir takım mükellefiyetlere tâbidir; bu mükellefiyetin ihlâl edilmesi hibe edene hibeden rücu salâhiyetini verir. Bir borç ikrarından alacaklı olanın vaziyeti, her nevi vecibeden, daha ziyade masun olarak, telâkki olunabilir: bununla beraber, diğerleri arasında, o ibraname vermekle ve senedi iade etmekle mükelleftir; bunun basit bir unutulması vahim neticeleri haiz olabilir.

Fakat, biz daha ileri gideceğiz, ve alacaklının kabul etmeyi beyan ettiği edimi, borçlunun rızası olmadan reddetmeğe hakkı olmadığı fikrini ileri süreceğiz; bu hususta alacaklı, borçlunun borçlusudur, onun karşısında hakikî bir borcu vardır.

Netice olarak, alacaklının temerrüdünü, bu hususta bir *lex specialis* (hususî kanun) bulunmadıkça, borçlunun temerrüdüne ait umumî prensipleri takip ederek daha geniş tanzim edilmiş olarak, borçlunun temerrüdüne muadil tutuyoruz. — İsviçre Borçlar Kanununun 91 inci maddede (Türk B. K. mad. 90) alacaklının temerrüdünün aşağı yukarı bir tarifini verdiği halde, borçlunun temerrüdü hakkında 102 nci maddede (Türk B.K. mad. 101) hiç bir tarif vermemesi gariptir; fakat 91 inci madde de, muayyen bir ölçüde, müphem olarak kalmaktadır; burada «temerrüt alacaklının ..... reddetmesidir» denmiyor; fakat «alacaklı reddettiği takdirde ..... temerrüt halindedir» deniyor; bu ifade tarzı, kanunkoyucunun, müphem olarak, alacaklının reddi neticesinde, husule gelen hukukî halini tasavvur ettiği zehabını veriyor, ve bu hal Borçlar Kanunu 92 nci ve müt. maddelerde (Türk B. K. mad. 91 ve müt.) derpiş edilen mesuliyetlerin heyeti mecmuasıdır. )

### 9. NETİCE; TEMERRÜDÜN TARİFİ.

Bu etütte ilk olarak, bu müesseseyi tanıyan hukuk sistemlerinde, muhtelif zamanlarda, verilmiş olan kısa ve noksan tarifleri gördük.

Sonra, bunları unsurlarile, daha tafsilâtlı olarak, tahlil ederek, aralarında tam bir uyumsuzluk müşahede ettik.

Böylece aynı zamanda, her tarifteki kaideleri kısaca hatırladıktan sonra, bunları nazarı itibara aldığımız, bütün hukuklarda, temerrüdü tavsif eden son unsuru aramak için kullandık. Bu unsura temerrütle aynı olan, ödememezlik dolayısıyla mesuliyette rastladık. Daha sonra temerrüdün, her nevi borçta ödememezliğin sebebi ne olursa olsun, bulunabileceğini, netice yolu ile tebarüz ettirdik.



Temerrüt, bizzat ödememezlik olduğundan, veya daha iyi bir ifade ile, bunun tevlit ettiği mesuliyet olduğundan, bu cinse girmez, fakat onunla birleşir, ve onu tesis eder.

Bunun karşısında, bu cins neveleri ihtiva edebilir ve filhakika ihtiva etmektedir. Muayyen mevzuatta, meselâ, temerrüt ödememezlikte zarurî olarak kusuru farzeder, böylece, biz Fransız veya İtalyan veya Alman temerrüt nevine malik olacağız. Bu vasıf, kusur, zarurî olarak kusuru kabul etmiyen İsviçre temerrüdü ile, mezkûr hukuklar temerrüdü arasındaki nevi farkı olacaktır. — Esasen bir tek ve aynı hukukta da iki nevi temerrüt olabilir: birisi muayyen bazı borçlar hakkında olmak üzere zarurî olarak kusuru arar, ikincisi diğer borçlar hakkında bunu aramaz. İsviçre sistemi budur ve saire ve sa. — Fakat bütün bu nevelerde müşterek bir şey vardır: ödememezlik sebeble mesuliyet vasfına girmek.

Tarafımızdan nazarı itibara alınmış bütün hukuklarda, temerrüt, borçların ifa edilmemesi sahasına, kusurlu ödememezlik, veya mücbir sebep dolayısıyla ödememezliğe dahildir. Temerrüdü, kusursuz kabul etmiyen mevzuat, bunu kusurlu bir ödememezlik olarak tanzim etmek mecburiyetindedir; temerrüdü, muayyen bazı borçlar, veya temerrüt halinde mesuliyetin muayyen bazı tarzları (akdi fesih gibi) hakkında kusursuz ademi ifa addedenler, bu noktalar üzerinde, bunu, mücbir sebep neticesinde ifa imkânsızlığı bahsinde tanzim etmeleri icap eder.

Temerrüdün tanzimine dair hali hazır sistemleri, temerrüde ait hususî kaideleri beyan ederek, haksız olarak, kusurlu ödememezlik ve mücbir sebepten dolayı ödememezlik yanında, bunların her ikisine girmiyen, üçüncü bir hukukî vaziyetin bulunduğu zannını veriyorlar. İsviçrede Borçlar Kanununun 102 nci ve müt. maddelerile ortaya çıkan vaziyet budur; halbuki bu maddeler, Borçlar Kanununun 97 ve 98 inci maddelerindeki (Türk B. K. 96 ve 97 nci mad.) umumî prensibe göre, kusurlu borçluya terettüp eden borcu kısmen tatil, ve kısmen objektif imkânsızlık halinde borçluya düşen borcu tafsilden başka bir şey yapmıyorlar (Borçlar Kan. mad. 119 - Türk B. K. mad. 117).

İki nevide, kusurlu ödememezlik ve objektif olarak imkânsız olan ödememezlik ile, ödememezlik mefhumu tamamiyle kâfi geldiğinden, temerrüt terimi kanunlarımızdan çıkarılmalıdır. Nitekim Anglo-Sakson sistemleri, Roma hukukundan gelen sistemlerin ihtiva ettikleri, bu müesseseyi almakta vazgeçmiş görünmektedirler.

\*\*\*

Temerrüt, ismi baki kaldıkça, aşağıdaki şekilde tarif olunabilir:

1. Temerrüt, herhangi bir edim dolayısıyla, kanun tarafından emredi-



len vaziyete, mecbur olduğu anda riayet etmiyen, borçlunun mesuliyet halidir.

2. Bu mesuliyet hali, muhtelif mevzuata göre, farklı sebeplerden neşet edebilir, borçlunun kusuru ile husule gelen ödememezlik, veya bilâkis mücbir sebep dolayısıyla ödememezlik gibi.

3. Bu mesuliyet hali, bir tek ve aynı mevzuatta, edimin mahiyetine göre, kusur veya mücbir sebep gibi muhtelif sebeplerden doğabilir; bunun gibi bir tek ve aynı mevzuatta, temerrüdün muayyen bir sebebi, muayyen neticeleri, diğer bir sebebi de farklı neticeler tevhit edebilir.

Verdiğimiz şu tarif, 1 rakkamı altında cinsi, 2 ve 3 de temerrüdü nevelerini gösterdiğinden, bu, edimin ifa edilmemesi sebebiyle mesuliyeti de tarif edebilir. Esasen temerrüt, bundan başka bir şey de olamaz, çünkü, umumiyetle farklı olarak anlaşılmış olan, bu iki müessesenin aynı olduğu neticesine varmış bulunuyoruz.

Hanri Bovay

Tercüme eden: ZAHİT İMRE