

ROMA HUKUKUNDA BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ (MORA DEBITORIS) KAVRAMININ GENEL ÇİZGİLERİ

*General Lines of Debtor's Default (Mora Debitoris)
in Roman Law*

*Dr. Öğr. Üyesi Sevgi Kayak**

ÖZET

Bu çalışmadaki amacımız, Roma Hukukundan günümüze gelen borçlunun temerrüdü kurumunu kavramsal olarak ve genel bir bakış açısıyla ele almaktır. Bugünkü temerrüt teorisinin temellerinin Roma Hukukundan geldiği bilinen bir gerçektir. Borçlunun temerrüdü, genel olarak, borçlunun ifada gecikmesi olarak tarif edilir ve borca aykırılık hallerinden biridir. Roma Hukukunda borçlunun temerrüdü ile ilgili pek çok hukuki mesele ve buna bağlı olarak da pek çok metin mevcuttur. Ancak bizim bu çalışmadaki amacımız, borçlunun temerrüdüne yönelik ayrıntılı bir çalışma yapmak değil, borçlunun temerrüdü kavramını genel hatlarıyla ortaya koymaktır. Bu sebeple çalışmamızda borçlunun temerrüdüne kavramsal olarak işaret eden sadece çok genel nitelikteki metinler dikkate alınmıştır ve yine bu bağlamda borçlunun temerrüdü hükümlerine de yer verilmemiştir.

Anahtar Kelimeler: temerrüt, borçlu temerrüdü, ifa yokluğu, sorumluluk, Roma Hukuku

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, sevgikayak@istanbul.edu.tr, ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0002-6147-6147>

Conclusion: Dans ce travail notre but est de traiter l'institution de la demeure du débiteur en droit Romain d'une manière générale et notionnelle. Les fondements de la théorie de la mise en demeure viennent du droit Romain. La demeure du débiteur est définie comme un retard injuste du débiteur dans l'exécution de la dette et elle est une des situations illégales et qui produit l'obligation de responsabilité. Il existe plusieurs de problème et naturellement beaucoup de texte concernant la demeure du débiteur dans le droit Romain. Pourtant dans ce travail notre cible n'est pas d'étudier la demeure du débiteur d'une manière détaillée; seulement est de traiter la notion de demeure du débiteur d'une manière générale. Pour cette cause, les textes généraux ont été pris en considération concernant la demeure du débiteur et les conséquences de la demeure du débiteur n'ont pas été examiné dans le cadre de ce travail.

Mots Clés: la mise en demeure, la demeure du débiteur, l'inexécution, la responsabilité, Droit Romain

Giriş

Bilindiği üzere bir borcun ifası alacaklının alacağına kavuşması ve borçlunun da borcundan kurtulması bakımından büyük önem taşımaktadır. Borcun ifa edilmiş sayılması için borç konusu olan edimin yerine getirilmiş olması yetmez, aynı zamanda gereği gibi yerine getirilmiş olması da aranır. Borcun sözleşmede kararlaştırıldığı konu ve miktarda ifası önemli olduğu kadar, kararlaştırılan yer ve zamanda ifası da önemlidir. Sözleşme konusunun kararlaştırılan zamanda ifa edilmemesi, Roma'dan günümüze nerdeyse aynı hükümlerle taşınmış olan temerrüt kurumuna denk düşer¹.

I. Genel Olarak

Modern hukukumuzda borçlunun temerrüdü, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 117-126 arasında düzenlenmiştir. “*B. Borçlunun temerrüdü- I. Koşulları*” kenar başlığını taşıyan ve borçlunun temerrüdünün ne olduğunu açıklayan madde 117/1 hükmü izleyen şekildedir:

Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.

¹ Roma sorumluluk hukukunun Türk Hukuku üzerindeki etkileri hakkında bkz.: Özlem Söğütü, **Roma Özel Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 345 vd.

Madde düzenlemesinde temerrüdün tam bir tarifi yapılmış değildir. Maddede borçlunun temerrüdü şartları tespit edilmekte olup bir tanıma yer verilmemektedir. Ancak maddeden yorum yoluyla anlaşılan, muaccel hale gelmiş bir borcun alacaklının ihtarına rağmen borçlu tarafından yerine getirilmemesinin borçlu temerrüdü olduğudur. Gerçekten de doktrinde borçlunun temerrüdü, taşınması gereken ve kanun metninde belirtilmiş şartlardan yola çıkarak şu yolda tarif edilmektedir: “*Borçlu, ifa etmekten kaçınamayacağı, muaccel ve mümkün bir edimi zamanında yerine getirmediği için alacaklının ihtarına maruz kalırsa, bu suretle gerçekleşen sorumluluk sebebine temerrüt denir*”².

Borçlunun temerrüdü borca aykırılık hallerinden biridir, borcun zamanında ifa edilmeyerek geciktirilmesi olayı borçlunun temerrüdünün varlığını ortaya koyar³. Borçlunun temerrüdü, ifası mümkün olduğu halde bir borcun ifa edilmemesi hali demek olduğundan, diğer borca aykırılık hali olan imkansızlık durumundan da ayrılır⁴.

Madde düzenlemesinde borçlunun temerrüdü için iki şartın bir araya gelmesi gerektiği öngörülmüştür: Muacceliyet ve ihtar. Ancak kanunda zikredilmemekle beraber borçlunun temerrüdünün oluşumu için başkaca birtakım şartların da ilavesi gerektiği doktrinde genellikle kabul görmektedir. Kanun koyucunun açıkça bildirmediği, ancak temerrüt kurumunun doğası gereği bulunması gereken şartların başında “ifanın mümkün olması” şartı gelir. İmkansızlık ile temerrüt kural olarak yan yana gelemeyecek kavramlar olduğu için, başlangıçtaki bir imkansızlığın varlığı halinde temerrütten söz edilemeyeceği aşikârdır⁵. Yine, kanunda açıklıkla belirtilmemiş olmakla birlikte, borçlunun henüz bir ifada bulunmamış olması da borçlunun temerrüdü için gerekli bir şarttır. Borçlunun kötü sayılabilecek olsa bile herhangi bir ifada bulunmuş ol-

² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 911.

³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: Rona Serozan, İfa- İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme- Ek: Uygulama Çalışmaları**, Gözden Geçirilmiş 7. bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, § 17 N. 3; Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1995, s. 23.

⁴ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, § 17 N. 3.

⁵ Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992, s. 16; Claude Ramoni, **Demeure du Débiteur aux Divers Contrats Du Code des Obligations**, Thèse de Licence et de Doctorat Présentée à la Faculté de Droit de L’Université de Lusanne, Schult-hess Zurich, 2002, s. 4.

ması temerrütten değil, borca aykırılık hallerinden bir diğeri olan kötü ifa hallerinden söz ettirir ve ona ilişkin hükümler uygulanır⁶. Borçlunun temerrüdü borcun yerine getirilmemesi şartına bağlı olduğundan, borçlunun temerrütte olup olmadığına dair ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta borcun ifa edilmediğini ispat yükü borçluya aittir⁷. Yine madde düzenlemesine bakıldığında, temerrüt için borçlunun kusurunun aranmadığı da anlaşılmaktadır⁸.

Borçlunun temerrüdünün şartları gerçekleştiğinde temerrütten doğan sorumluluk gündeme gelir. Borçlunun temerrüdündeki sorumluluk Türk Hukuku bakımından TBK (Türk Borçlar Kanunu) m. 118’de genel bir biçimde şu yolda düzenlenmiştir:

Temerrüde düşen borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmadığı ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.

Buna göre temerrüde düşmekte kusuru olan borçlu, bu geç ifanın alacaklıya verdiği zararı da ayrıca tazmin etmek zorundadır⁹. Yine, özellikle para borçları bakımından, temerrüt faizi adı altında bir ödemenin yapılması gereği de TBK m. 120’den çıkarılan bir başka hukuki sonuçtur¹⁰.

II. Roma Hukukunda Borçlunun Temerrüdünün Anlamı

A. Kavram

Roma Hukukunda borcun ifasındaki gecikme “mora/morae” sözcüğü ile ifade edilmiştir¹¹. Bu terim, hem borçlu hem de alacaklı kaynaklı gecikmeleri ifade etmek üzere kullanılmıştır¹². Borcun ifasındaki gecikme borçludan kay-

⁶ Henry Bovay, **Esence De La Demeure**, Lausanne, Librairie Payot, 1934, s. 36 vd.

⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 913.

⁸ Havutçu, s. 23. Temerrüt için kusurun aranmıyor olmasının İsviçre Hukukuna özgü olduğu yolunda bkz. Bovay, s. 13; ayrıca bkz. Barlas, s. 17.

⁹ Borçlu temerrüdünün Türk Hukukundaki sonuçları hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, § 17 N. 6 vd.; Havutçu, s. 67 vd.

¹⁰ Para borçlarının ifasında temerrüt faizi hakkında bkz. Barlas, s. 124 vd.

¹¹ Nadi Günel, “La Mora del Debitore (mora debitoris), **Fides Hvmantis Ivs, Studi in Onore di Luigi Labruna**, IV, Editoriale Scientifica, t.y. s. 2411.

¹² Bovay, s. 7; Mehmet Üçer, **Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü**, Ankara Turhan Kitabevi, 2007, s. 10; Diler Tamer, “Mora Creditoris”, **Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul**, Volume 35, No 52, 2003, s. 443.

naklanabileceği gibi alacaklıdan da kaynaklanabilir ve bu nedenle mora kavramı Roma Hukukunda çift boyutlu bir anlama sahiptir. İfadaki gecikme borçludan kaynaklanıyorsa, “mora debitoris” olarak tabir edilen borçlunun temerrüdünden; alacaklıdan kaynaklanıyorsa, “mora creditoris” olarak tabir edilen alacaklının temerrüdünden söz edilir¹³. Uzunca bir dönem Romalılar borçlunun temerrüdü kavramını hukuki bir kurum olarak görüp tanıyamamışlardır¹⁴. Nitekim dar hukuk davaları bakımından, borcun konusu telef olduğunda, borçlu ifayı geciktirmiş olsun veya olmasın, edimi aynen ifa imkanı artık ortadan kalktığı için, alacaklının sözleşmeden doğan davayı açması olanaklı değildir; zira bu durumda borçlunun telef olan şeyi kendisine söz verdiğini iddia ve talep etmesinin bir anlamı olmayacaktır¹⁵. Ancak bu durumun alacaklı için ne büyük bir haksızlık oluşturacağı da ortadadır. Her ne kadar haksız surette borcunu ifa etmeyen borçluyu cezalandırmaya yönelik mekanizmalar¹⁶ mevcut olsa da bu mekanizmalar alacaklıya aynen ifayı sağlamaya elverişli değildi. Alacaklı, sözleşmeden doğan davayı açmanın sağladığı pek çok avantajdan mahrum kalabiliyordu. Bu adaletsizlik, nihayet, ifadaki kusurun borcu daimi kılacağına ilişkin bir tespitle, borçlunun ifayı gerçekleştirememesindeki kusurundan dolayı sorumlu tutulmasıyla belli bir oranda giderilmişti. Daha açık ifadeyle, borçlu sadece ifayı yerine getirmemesindeki kusurundan dolayı değil, ifayı yerine getirmesine engel olan nedenlerin ortaya çıkmasındaki kusurundan da sorumlu tutulmaya başlanmıştı¹⁷. Mesela ödünç aldığı bir malı iade borcu altında olan bir ariyet alanın, ödünç aldığı malı çaldığı ve bu nedenle iade edememesi olayında, ifadaki kusurundan ziyade ifayı yerine getirmesine engel olan nedenin ortaya çıkmasındaki yani hırsızlığın yaşanmasındaki, kusurundan sorumlu tutulması, buna bir örnektir.

¹³ Raymond Monier, **Manuel Elémentaire de Droit Romain**, Tome II, Les Obligations, 4. édition, revue et complétée, Paris, Editions Montchrestien, 1948, s. 221; Üçer, s. 11.

¹⁴ Üçer, s. 14-15.

¹⁵ Edouard Cuq, **Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains**, 2. éd., Revue et Complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, 1928, s. 607.

¹⁶ Bu mekanizmalar çoğu kez actiones ex stipulationes praetoriae olarak karşımıza çıkar. Actiones ex stipulationes praetoriae, praetor'un, edictum'da yer verdiği ve gerekli gördüğü hallerde bir borç ilişkisi doğması için iki tarafı sözleşme yapmaya zorladığı stipulatio'lardır. Bu sayede praetor, imperium yetkisine dayanarak ilgililerden birinin talebi üzerine bir kimseyi diğerine karşı borçlandırmaya, aksi takdirde, meydana gelecek zararları tazmine zorlayabilirdi, (ayrıntı için bkz. Türkân Rado, **Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, 11. Basıdan 13. (Tıpkı) Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 83 vd.

¹⁷ Cuq, s. 607.

Klasik Hukuk Devrinden itibaren bu kavram hukuki olarak da yer etmeye başlayarak borcun ifasının haksız bir surette geciktirilmesi mora/temerrüt adı altında ele alınmıştır¹⁸. Borcun ifasındaki gecikme borçlunun davranışlarından ileri gelebileceği gibi alacaklının davranışlarından da ileri gelebilir, her iki halde de temerrüt vardır. Borcun yerine getirilmemesindeki sorumluluğun nedeni, birinci durumda borçlunun temerrüdü (mora debitoris); ikinci durumda, alacaklının temerrüdü (mora creditoris)'dür. Her iki halde de temerrüt gerçekleşmiş sayılarak, kusurlu taraf diğer tarafa geciken ifadan kaynaklanan zararı ödemek zorunda kalır. Bu nedenle Klasik Hukukta ve sonrasında da Ortak Hukukta, gerek mora debitoris gerek mora creditoris, temerrüt kurumunun iki alt türünden başkası olarak kabul edilmemiştir¹⁹. Günümüzde ise her iki temerrüt birbirinden bağımsız olarak ele alınmakta olup farklı hukuki sonuçlara bağlanmış iki ayrı hukuki kurum olarak görülmektedir²⁰.

Roma Hukuku kaynaklarında mora kavramının tam olarak bir tanımına rastlanmadığı gibi mora debitoris kavramının bir tarifine de rastlanmaz. Bu durum Romalıların tanım yapmak ya da kurallaştırmaya gitmek gibi faaliyetlerdeki çekingenliklerinden kaynaklanmaktan çok²¹ temerrüt kurumunun doğasından ileri gelir. Nitekim temerrüde ilişkin oldukça genel bir metin gibi duran D. 22. 1. 32 pr.'da da bu husus açıkça dile getirilmiştir:

D. 22. 1. 32 pr. Marcianus libro 4 Regularum:

Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit: quod apud iudicem examinabitur: nam, ut et pomponius libro duodecimo epistu-

¹⁸ Üçer, s. 14.

¹⁹ Üçer, s. 16.

²⁰ Üçer, s. 15.

²¹ Romalı hukukçular teorik açıklamalara eğilim göstermeyip kazuistik çalışmışlardır (Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, 1. 07. 2012'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu ve 13. 1. 2011'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Düzenlenmiş İkinci Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2016, s. 14). Bu sebeple Romalıların hak, hukuki işlem, borç gibi pek çok hukuki kavrama ilişkin uygulama problemlerini etraflıca incelemiş oldukları, ancak bu kavramlara dair genel bir teori oluşturmadıkları fark edilir; teorik temeller, esas olarak Roma Hukuku kaynaklarını tetkik eden Pandekt hukukçuları tarafından atılmıştır (Ziya Umur, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Umumi Mevhumlar- Hakların Himmeyesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984, s. 414). Pandekt Hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eşref Küçük, "XII. Yüzyıl Rönesans'ı ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku", **AÜHFD**, Cilt: 56, Sayı 4, 2007, s. 111 vd.

larum scripsit, difficilis est huius rei definitio. divus quoque pius tullio balbo rescripsit, an mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam iuris.

D. 22. 1. 32 pr. Marcianus Kurallar'ın 4 üncü kitabından:

Salt kendiliğinden değil, kişiden dolayı da, eğer borcu ifa etmesi için usulüne uygun bir ihtar yapılmışsa, temerrüdün gerçekleştiği varsayılır. Bu, hakim tarafından incelenecektir. Çünkü, Pomponius'un Mektuplar'ının on ikinci kitabında yazdığı gibi, temerrütte olmayı kesin olarak tarif etmek zordur. İmparator Antonius Pius'un Tullius Balbus'a gönderdiği bir rescriptum'da, bir borçlunun temerrütte olup olmadığına ne emirnameler ne de hukuki otorite tarafından karar verilebileceği yazılıdır; çünkü bu, hukuki olmaktan çok maddi bir meseledir.

Bu metinden anlaşılmaktadır ki Romalılar temerrüdün hukuki bir tarifinin yapılamayacağı fikrindedirler. Borçlunun temerrütte olup olmadığını, kanunlar ya da başkaca hukuki düzenlemeler vasıtasıyla önceden belirlemek mümkün değildir, bu, somut olayın özellikleri göz önünde tutularak hakim tarafından karar verilecek bir meseledir. Zira temerrüt; hukuki değil, maddi bir meseledir²².

Borçlunun temerrüdüne ilişkin bir tanım ortaya konamaması ise, borcunu ifa etmeyen borçlunun hangi hal ve şartlar altında temerrüde düştüğüne karar vermeyi Roma Hukuku için oldukça güç bir mesele haline getirmektedir. Gerçekten de, borcunu zamanında ifa etmeyen borçlu aynı zamanda bir ifa yokluğu içinde de bulunmaktadır. Borçlunun ifa yokluğundan ziyade bir temerrüt durumu içinde olduğuna karar vermek somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurmayı gerektirecektir. Borçlunun temerrütte olup olmadığına her somut olayda ayrıca karar verilecek olması, benzer olaylarda farklı sonuçlar ortaya çıkarabileceği gibi, borçlunun temerrüdünün varlığı için hangi şartların aranması gerektiğinin tespitini de güçleştirmektedir. Bu da Roma Hukukunda borçlunun temerrüdü şartları ile ilgili bazı tartışmaları kaçınılmaz kılmaktadır.

²² Monier, s. 222; Bruno Schmidlin / Carlo Augusto Cannata, **Droit Privé Romain, II, Obligations- Successions- Procédure**, Lausanne, 1987, s. 85.

Borçlunun temerrüdünün varlık şartları bakımından öncelikle tartışılan, borçlunun temerrüde düştüğünü kabul için, alacaklının ihtarına gerek duyulmuş olup olmadığının belirlenmesidir. Bu konuda Romanist doktrinde uzunca bir dönem hakim olan kanaat, borçlu temerrüdü için alacaklının ihtarının şart olduğu yolundaydı²³. Bu görüşe göre Roma Hukukunda basit bir gecikme ile temerrüt durumu birbirinden ayırt edilmişti. Borçlu, ancak alacaklının ihtar (interpellatio) ile temerrüde düşürülebilirdi. Bu görüş gerekçesini D. 22. 1. 32 pr.'daki metinden almaktaydı. Gerçekten de, yukarıda temas ettiğimiz bu metinde alacaklı tarafından borçluya yapılacak usulüne uygun bir ihtarın gerekliliği açıkça vurgulanmaktadır²⁴. Buna göre, Roma Hukukunda her ifade gecikme halinin bir temerrüt olarak nitelenemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Esasında temerrüt, borçlunun ifade gecikmesi değil, ifade direnmesidir. Temerrüdün varlığını kabul için, borçlunun ifade gecikmesi değil, ifade direnmesi, yani ifayı yerine getirmemekte ısrar etmesi gereklidir. Borçlunun ifade direndiğini anlamak için ise alacaklının ihtarına ihtiyaç vardır. Hem ifade geciken, hem de alacaklının ihtarına rağmen borcunu ödemeye yanaşmayan borçlu, ifaya direnen bir borçludur; yani temerrüt içindedir. Eğer borçlu ifade geciktiği halde henüz alacaklıdan bir ihtar almamışsa sadece geciken bir borçlu olup direnen, yani temerrüde düşen bir borçlu değildir²⁵.

Bu konuda ortaya çıkan yeni bir kanaate göre ise²⁶, Roma Hukukunda borçlunun temerrütte olduğunun kabulü için ihtar zorunlu bir unsur değildir. Alacaklının ihtarını borçlunun temerrüdünün objektif esaslı unsuru gibi telâkki eden klasik görüşün gözden kaçırıldığı husus, yukarıda andığımız ve ihtar zorunluluğundan bahseden D. 22. 1. 32 pr.'da yapılan interpolatio'dur. Metinde geçen "...id est, si interpellatus oportuno loco non solverit..." ifadesi, metne interpolatio ile dahil edilmiştir. Bu görüşe göre Klasik Hukukta borçlunun temerrütte olup olmadığına genel bir biçimde hakim karar verir ve hakim, alacaklının ihtarında bulunup bulunmadığını hiç dikkate almaksızın, gecikmenin borçluya yük-

²³ C. Accarias, **Précis De Droit Romain, Contenant Avec L'Exposé Des Principes Généraux, Le Texte, La Traduction Et L'Explication Des Institutes, De Justinien**, Tome II, 4. éd., Paris, Librairie Cotillon, 1891, s. 598; Paul Frédéric Girard, **Manuel Élémentaire De Droit Romain**, 8. édition, Revue Et Mise A Jour, Paris, Librairie Arthur Rousseau Editeur, 1929, s. 689; Cuq, s. 608.

²⁴ Cuq, s. 608.

²⁵ Cuq, s. 608.

²⁶ Monier, s. 222; Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, 5. tabından çeviren: Ziya Umur, 2. baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959, s. 367.

lenebilir bir gecikme olup olmadığını araştırır.²⁷ Yine bu görüşe göre, metinde geçen "...id est, si interpellatus oportuno loco non solverit..." şeklindeki interpolatio'lu cümle Iustinianus Hukukuna aittir. Roma Hukukunda borçlu temerrüdü için aranan alacaklının ihtarı şartı Iustinianus Hukukuyla birlikte gelmiştir ve ihtarın ancak bu andan itibaren borçlunun temerrüdünün objektif bir unsuru haline dönüştüğü saptanır.²⁸

Roma Hukukunda borçlunun temerrüdünün varlığı için borçlunun kusurunun şart olup olmadığı hususu da yeterince net değildir. Borçlunun temerrüdünün oluşumu için ihtarı şart gören yazarlar genellikle borçlunun ifadaki kusurunu da şart olarak dikkate alırlar²⁹. Bu görüşe göre, borçlunun ifaya direndiğini kabul için, bu direnişin kusurlu olması da aranmalıdır. Esasında, temerrüt için borçlunun kusurlu olması gereğinden açıkça söz eden bir metin bulunmadığı bu görüş taraftarlarınınca da tasdik edilmektedir³⁰. Fakat bazı haklı sebeplerin varlığı halinde borçlunun mazur görülebileceğini öngören birkaç metin³¹, temerrüt için kusurun şart olduğu yolunda bir sonuca varmayı gerektirir³². Kanaatimizce, temerrüt için kusurun şart olup olmadığına karar verebilmek için, ifade gecikmenin borçluya yüklenebilir bir gecikme olduğundan ne anlaşılması gerektiğini belirlemelidir. Nitekim borçlunun temerrüdü, ifanın haksız olarak gecikmesi demektir³³; ancak bu haksız gecikmeden kusur anlamı çıkarılabilir mi, bu husus tartışılmalıdır. Başka deyişle Roma hukukunda bu hususta belirsiz olan nokta, haksız gecikme şartından ne anlaşıldığının belli olmamasıdır. Borçlunun içinde bulunduğu gecikmenin haksız olup olmadığına hakim karar verecektir ve hakim, borçlunun ifadaki gecikmesinin onun kusurundan ileri gelmiş olması şartını arayabileceği gibi, zamanı geldiği halde ifayı yerine getirmemesini başlı başına bir kusur telâkki edip borçluyu temerrüdün ağır sonuçlarıyla karşı karşıya da bırakabilir. Nitekim bu bağlamda kimi yazarlar³⁴, ifanın konusunun alacaklı-

²⁷ Monier, s. 222 ve s. 222 dn. 2.

²⁸ Monier, s. 222; Di Marzo, s. 367-368.

²⁹ Cuq, s. 608; Eugène Petit, **Traité Élémentaire de Droit Romain**, 9. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, s. 489; Paul Kochaker / Kudret Ayiter, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1993, s. 200.

³⁰ Cuq, s. 608.

³¹ Mesela D. 22. 1. 23 pr., D. 22. 1. 21; D. 22. 1. 24 pr.

³² Cuq, s. 608.

³³ Ayrıca bkz. Rado, s. 178-179.

³⁴ Cuq, s. 608.

ya sunulmamış olmasını kusur kabul ederken; kimi yazarlar³⁵, alacalının ihtarına bağlı olarak, ifa zamanını öğrenen borçlunun buna rağmen ifayı yerine getirmemesini bizzat kusur olarak telâkki ederler.

Biz de bu konuda Roma Hukukunda borçlunun temerrüdünün oluşumu için borçlunun kusurunun şart olmayıp, borçlunun içinde bulunduğu gecikmenin haksız bir gecikme olmasının yeterli olmuş olduğu düşüncesini taşımaktayız. Nitekim kaynaklarda borçlunun kusurunu açıkça arayan bir metin mevcut değildir³⁶. Zamanı gelmiş olmasına rağmen borçlunun ifadan kaçınması onun bu davranışının kusurlu olduğunu değil, haksız olduğunu gösterir. İfada gecikmenin haksız olmasıyla kusurdan ileri gelmesi birbirinden farklı kavramlardır. Borcu ifa mecburiyetini ortadan kaldıran haklı bir sebep bulunmadıkça ifadan kaçınılması ifada gecikmenin varlığını gösterir ve bu, başlı başına borca aykırılık nedenidir. Bu borca aykırılıkta, dolayısıyla hukuka aykırılıkta, borçlunun kusurunun bulunup bulunmadığı ise ayrı bir değerlendirme konusu olup, temerrüdün varlığı için aranması gerekli bir şart değildir.

Borçlunun temerrüdü, bugün olduğu gibi Roma Hukukunda da borca aykırılık hallerinden biridir³⁷. Eğer kendisinden ifa istenen borçlu ifayı haklı bir sebeple yerine getiremiyorsa, mesela devlet görevi nedeniyle uzakta bulunuyorsa ya da tutukluysa, temerrüt durumu da kendiliğinden ortadan kalkacaktır³⁸; zira bu durumda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haklı bir sebep var demektir³⁹.

B. Borçlunun Temerrüdünün Benzer Hukuki İlişkilerden Farkları

³⁵ Rein Zimmermann, *The Law Of Obligations*, Oxford, 1995, s. 791 vd.

³⁶ Bu hususta bkz. Cuq, s. 608.

³⁷ Koschaker/Ayiter, s. 200.

³⁸ D. 22. 1. 23 pr.; Di Marzo, s. 367.

³⁹ Borçlu temerrüdünü ortadan kaldıran sebepler muhtelif metinlerde dile getirilmiştir. Mesela D. 50. 17. 88'de "*Nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est* (Talebin geçerli olmadığı yerde temerrüdün mevcut olması mümkün değildir)" diyerek alacaklının ifa talebinin geçerli olmaması durumunda, mesela borcun vadesi henüz dolmadığı halde talepte bulunulması gibi, temerrüt durumunun da söz konusu olamayacağı kurala bağlanmıştır. Yine, borçlunun alacaklı karşısında bir defa hakkına sahip olduğu durumlarda da hukuka aykırılık ortadan kalkacağı için temerrütten söz edilemeyecektir. Mesela D. 12. 1. 40 buna işaret eder: "*...non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest...* (Bir defa sebebiyle para borcu talep edilemeyen kimse temerrüt halinde değildir)". Ayrıntı için bkz. Di Marzo, s. 367.

1. Borçlunun Temerrüdünün İfa İmkansızlığından Farkı

Borçlunun temerrüdü ile imkansızlık yan yana gelemeyecek kavramlardır. İfa zamanı gelmeden önce borç konusu telef olmuş ve ifa imkansızlaşmışsa, borçlunun temerrüde düştüğünden değil, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık halinden bahsedilebilir⁴⁰. Başka ifadeyle, edimi yerine getirme olasılığının varlığı ya da yokluğu temerrüdü imkansızlıktan ayırıcı bir unsurdur⁴¹. İmkansızlık, borcun ifasına engel bir durumun bulunması sebebiyle borcun kısmen veya tamamen ifa edilememesi halidir. Bu imkansızlık borçluyu ya tamamen borcundan kurtarır ya da borçluyu alacaklıya karşı bir tazminat ödeme yükümlülüğüyle karşı karşıya bırakır. Borçlunun temerrüdünde ise ifa imkanı devam etmekte olup, borçlu, ifayı yerine getirmeye yanaşmamaktadır⁴². İfa imkansızlığında borçlu istese bile ifayı yerine getiremediği halde, temerrüt halinde borçlu istediği an ifayı yerine getirerek temerrütten kurtulabilir.

Yine, ifa imkansızlığında edim konusu borçlunun kusuru olmaksızın, mesela bir yangın ya da fırtına gibi beklenmedik hal sebebiyle, telef olmuşsa kusursuz bir ifa imkansızlığının söz konusu olması nedeniyle borçlu borcundan kurtulur⁴³. Halbuki temerrüt içerisinde olan borçlunun borcu, ifa konusu edim imkansızlaşmış olsa bile aynen devam eder⁴⁴.

İfa imkansızlığı ile temerrüt arasında mevcut diğer bir fark da, imkansızlığın ferden tayin edilmiş parça borçlarında söz konusu olmasına karşılık, temerrüdün nevi-parça ayrımı yapılmaksızın her türlü borç bakımından gündeme gelebilmesidir. Nevi borçlarında ifa imkansızlığının söz konusu olamayacağı “*genus non perit*” kuralıyla da sabittir. Bir miktar buğday ya da para borçlanmış olan borçlu, borç konusunun telef olması halinde dahi aynı miktar buğday ya da parayı vermekle yükümlüdür⁴⁵. Yine, bir miktar para borcunun söz konusu olduğu haksız fiil borçlarında da ifa imkansızlığı asla gündeme gelemez.

⁴⁰ G. Lepointe/Raymond Monier, **Les Obligations en Droit Romain et dans l’Ancien Droit Français**, Paris, 1954, s. 360.

⁴¹ Lepointe/Monier, s. 360.

⁴² Lepointe/Monier, s. 360.

⁴³ Monier, s. 227; Söğütlü, s. 382.

⁴⁴ Girard, s. 690. Bu durum D. 45. 1. 82. 1’de açıkça ifade edilmiştir: “*Si post moram promissoris decesserit, tenetur nihilo minus, proinde ac si homo viveret* (Borçlunun temerrüdünden sonra köle ölmüşse, borçlu, sanki köle ölmemiş gibi sorumlu olmaya devam eder)”, (Di Marzo, s. 368).

⁴⁵ Monier, s. 226.

Buna karşılık nevi borcu konusu olan tüm bu borç ilişkilerinde ya da haksız fiillerden doğan borçlarda borçlunun temerrüdü daima imkan dahilindedir⁴⁶.

İmkansızlık ile temerrüt birbirinden farklı ve aynı zamanda tezat kuramlar olduğu için genellikle yan yana gelemezler ancak imkansızlık ile temerrüdün birbiriyle örtüştüğü somut olaylar da yok değildir. Mesela sürekli edimli sözleşmelerde ifa zamanının kaçırılmış olması hem imkansızlığa hem de borçlu temerrüdüne yol açar. Mesela bir konser verme borcu altında olan, ancak konse-re yetişemeyen bir müzisyen, hem konser verme borcunda geciken, hem de artık bu borcu o konser saatinde ifa edemeyeceği için edimi imkansızlaşmış bir borç-lu durumundadır⁴⁷.

2. Borçlunun Temerrüdünün Alacaklı Temerrüdünden Farkı

Borçlunun temerrüdünün, alacaklının borcun ifasını engellemesi anlamındaki alacaklı temerrüdünden farklı olduğu da açıktır. Her şeyden önce alacaklının temerrüdünde temerrüde düşen kişi alacaklı olup bundan farklı hukuki sonuçlar doğar. Borçlunun temerrüdü, borca aykırılık hallerinden biri olduğundan, borçlu, bu aykırılığın karşı tarafa verdiği zararı tazmin etmek zorundadır ve bu anlamda borçlunun borcu bir sorumluluk borcu⁴⁸ mahiyetini alır⁴⁹. Buna

⁴⁶ Schmidlin/Cannata, s. 87.

⁴⁷ Ayrıntı için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, § 17 N. 1.

⁴⁸ Sorumluluk borcundan kasıt; zararı giderim borcudur. Bilindiği üzere taraflar arasındaki borç ilişkileri sözleşmelerden, haksız fiillerden veya kanun koyucunun tipik olarak düzenlediği bazı olgular dışında kalan olgulardan doğar. (Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Dersleri**, Birinci Fasikül, Hemen Hemen Hiç Değiştirilmemiş 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985, s. 89 vd. ve özellikle s. 95-96). Günlük hayatta olağan olan, taraflar arasında verme, yapma ya da yapmama konulu asli edim yükümleri doğuran bir borç ilişkisinin kurulmasıdır. Sözleşmeden doğan borç dendiği zaman esas olarak verme yapma yapmama konulu tipik bir davranış tarzı kastedilir. Başlangıçtan itibaren verme yapma yapmama asli edim yükümü doğuran borç ilişkileri yükümlülük borç ilişkileridir (Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm**, 4. bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, § 2 N. 1-6 ve N. 8). Asli edim yükümü doğuran borç ilişkileri, yani yükümlülük borç ilişkileri yerine getirilmediği zaman bu ilişkilerden doğan borç artık zararı giderme borcuna, yani sorumluluk borcuna dönüşür. Aynı şekilde son yıllarda dikkatleri üzerinde toplamaya başlayan ve asli edim yükümünden bağımsız kabul edilen özen ve koruma borçları da, bir yan edim gibi, yükümlülük borç ilişkisi kapsamındadır ve bu borçlara aykırılık halinde de sorumluluk borç ilişkisi doğar. Yükümlülük borç ilişkisi sorumluluk borç ilişkisine dönüştüğü andan itibaren verme yapma yapmama tipik konulu davranış artık zararı giderme borcu halini alır (Hatemi, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999, § 1 N. 6). Yükümlülük borç ilişkilerinde zararı giderme borcu, borç ilişkisinin ikincil konusudur; zira borç ilişkisinin birincil (asli) konusu verme yapma yapmama ya da edimden bağımsız özen ve koruma borcu olup, zararı giderme borcu bunların ifa edilmemesi halinde ortaya çıkacaktır, (Kocayusufpaşaoğlu, s. 18 ve ayrıca s. 24). Ancak bazı hallerde zararı giderme borcu başlangıçtan itibaren borç ilişkisinin birincil konusu ola-

karşılık alacaklı temerrüdünde borcun ifasına engel olduğu halde alacaklı sorumluluk borcu altında değildir, sadece hukuk düzeni tarafından öngörülmuş bazı hukuki sonuçlarla karşılaşır. Alacaklının karşısında borçlunun sorumluluğunun hafiflemesi, temerrütten sonraki masrafların alacaklıya ait olması, hasarın alacaklıya geçmesi gibi neticeler alacaklı temerrüdünün bu bağlamda belli başlı sonuçlarıdır⁵⁰.

C. Borçlunun Temerrüdünün Şartları

Borçlunun temerrüdü için öncelikle tam, ifası mümkün ve muaccel bir borcun varlığı gerektir⁵¹. Bunun dışında borcun zamanında ifa edilmesinin başaramamış olması, net deyişle ifada gecikme de mevcut olmalıdır. Ancak bu gecikmenin borçlunun kusurundan ileri gelmesinin gerekip gerekmediği ve borcun ifasına yönelik alacaklı tarafından yöneltilecek bir ihtarin şart olup olmadığı meselelerinin tartışmalı olduğuna yukarıda değinmiştik.

Borçlu temerrüdünün varlığı için ilk aranan şart⁵², zamanı gelmiş olmasına rağmen borcun ifasının yapılmamasıdır. İfade gecikmenin bulunup bulunmadığının tespiti ise elbette ifa zamanının bilinmesini gerektirir. Taraflar aralarında borcun ifa zamanını kararlaştırmış olabilecekleri gibi ifa zamanından hiç bahsetmemiş de olabilirler. İfade gecikmeden bahsedebilmek için muaccel bir

rak doğmuş olabilir. Haksız fiiller ve zararın tazminine dair anlaşmalar böyledir. Haksız fiillerden doğan borç her zaman bir zararı giderme borcudur. Burada haksız fiilin işlenmesi sonucu ilgililer arasında kanundan doğan bir borç ilişkisi meydana gelmekte ve borcun konusu da zarar giderimi olmaktadır. Aynı şekilde, zararın meydana gelmeyeceğine veya meydana geldiği takdirde üstlenileceğine dair anlaşmalarda da zararı giderme borcu yine borç ilişkisinin aslı konusudur (Zahit İmre, “Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri (İngiliz, Sovyet Rusya, Alman, Fransız ve İsviçre Hukukları Mukayesesiyle)”, *İÜHFİM*, Cilt: 13, Sayı 1- 4, 1947, s. 1481 vd.).

⁴⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bovay, s. 43; ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, § 17 N. 2.

⁵⁰ Alacaklı temerrüdü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üçer, s. 124 vd.

⁵¹ Tahiroğlu, s. 93.

⁵² Türk Hukukunda da borçlu temerrüdünün kanunda aranan şartların gerçekleşmesiyle meydana gelen bir ifade gecikme hali olduğu belirtilmiş ve ifade gecikmenin borçlu temerrüdünün ön safhası gibi düşünülmesi gereği ifade edilmiştir (Halil Akkanat, “İfade Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, *M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul, Beta Yayınları, 2000, s. 49.

borcun söz konusu olması, muacceliyete rağmen ifanın gerçekleştirilmemesi ve fakat ifa imkanının devam ediyor olması icap eder⁵³.

Taraflar borcun ifa zamanını kararlaştırmışlarsa vadeli borçlardan bahsedilir ve vadeli borçlarda borç, vade günü istenebilir hale gelecek olup alacaklının bu süreden önce alacağını talep etmesi geçerli değildir⁵⁴. Esas olarak, Romalıların anlayışına göre borç için bir vade tespit edilmesinin anlamı, alacaklının o tarihten evvel alacağını talep etmesine mâni olmaktır. Fakat bu durum borçlunun borcunu vadesinden önce ifa etmesine de engel oluşturmaz, zira muacceliyet ile ifa edilebilirlik kavramları birbirinden farklıdır⁵⁵. Vadeli borçlarda alacaklı tarafından vadeden önce bir ihtarda bulunulacak olursa, bu, borçluyu temerrüde düşürmeye yetmeyecektir⁵⁶. Taraflar ifa zamanını kararlaştırmamışlarsa vadesiz borçlardan bahsedilir ve vadesiz borçlarda alacaklı, edimin niteliği gereği ifa mümkün olduğu andan itibaren ifayı talep edebilir⁵⁷. Buna göre vadesiz borçlarda; alacaklı, kural olarak ifayı her zaman talep edebilir ve talep ettiği anda da borç muaccel hale gelir. Bununla birlikte bir binanın inşası, uzak bir yerde ödeme yapılacak olması gibi hallerde ifanın yerine getirilmesi için bir hazırlık süresine ihtiyaç duyulacağından bu süre boyunca borçludan bir ifa talebinde bulunulamaz. O halde ifa zamanının taraflarca kararlaştırılmadığı hallerde borcun ifası, işin doğası itibariyle, ifa mümkün olduğu andan itibaren istenebilir⁵⁸.

Şarta bağlı borçlar bakımından ise alacağın muaccel hale gelmesi ancak şartın gerçekleşmesinden sonra mümkündür. Bilindiği üzere şart, bir hukuki işlemin hüküm doğurmasının ya da doğmuş olan hükümlerinin sona ermesinin gelecekte gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olaya bağlanmasıdır⁵⁹. Şarta

⁵³ Di Marzo, s. 367.

⁵⁴ D. 50. 17. 186: "...cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito peti non potest (...borcun ifası için kararlaştırılmış olan zaman gelmeden önce talepte bulunulamaz)"; Di Marzo, s. 367 ve s. 385, ; Tahiroğlu, s. 93.

⁵⁵ Rado, s. 178.

⁵⁶ D. 45. 1. 49. 3; D. 50. 17. 88.

⁵⁷ D. 50. 17. 186: "Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam per solvi possit; ... (Hiç kimse, ifa konusunun doğasına göre teslimi mümkün olan zamandan önce ifa talep edemez...)".

⁵⁸ Lepointe/Monier, s. 356; Tahiroğlu, s. 93.

⁵⁹ Söğütü, s. 276; Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku**, Onüçüncü Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2019, s. 195.

bağlı borçlarda şartın tahakkukundan evvel borç doğmayacağından, temerrüdün gerçekleşmesi de beklenemez. Buradan çıkan sonuç; alacaklı, şartın tahakkukundan önce borcun ödenmesi yönünde bir talepte bulunsa bile, borçlu bu talebi reddedip, ifayı şartın gerçekleşmesine kadar geciktirebilir. Böyle bir durumda alacaklı ifada gecikme olduğundan bahisle temerrüt hükümlerini yürütemez⁶⁰.

Roma Hukukunda borçlunun temerrüdünün diğer bir şartı, hakim fikre göre, ihtar (interpellatio)'dur. İhtar, borcun ifa edilmesi yönünde alacaklı tarafından borçluya uygun yer ve zamanda yapılan bir uyarıdır⁶¹. İhtar alacaklı tarafından bizzat yapılabileceği gibi alacaklı tarafından bu konuda yetkilendirilmiş bir kişi tarafından da yapılabilir. İhtar, borçluya ya da borçlunun ehliyetsizliği halinde onun vasisine yapılır⁶². İhtar sözlü veya yazılı olarak yapılabilir ancak tanıklar huzurunda yöneltilmesi şarttır⁶³ ve ayrıca ihtarın, teknik olarak, alacaklının borcun ödenmesi yönündeki isteğini tam olarak kapsamaması da zorunlu bir husustur⁶⁴.

İhtarın en önemli işlevi hiç şüphesiz ifa zamanını borçluya haber vermektir. Özellikle ifa zamanının taraflarca kararlaştırılmadığı durumda ifa zamanının kim tarafından tayin edileceği noktasında bir sorun yaşanacaktır. Bu sorun ancak alacaklının ihtarı ile aşılmış olacaktır⁶⁵; alacaklı tarafından borçluya ifayı gerçekleştirmesi yönünde bir istekte bulunulduğunda her iki taraf da ifa zamanını öğrenmiş olacak ve bu zamana riayet edilmediğinde de temerrüt gündeme gelecektir. Bu düşüncenin etkisi altında yavaş yavaş interpellatio ve mora kavramları neredeyse eş anlamlı kullanılmaya başlanmış ve sonrasında artık, borçluyu temerrüde düşürmek için ihtar yapma geleneği yerleşmiştir⁶⁶. Iustinianus hukukuna gelindiğinde ise ihtar zorunlu hale gelmiştir⁶⁷.

İhtar Roma Hukukunda borçlunun temerrüdünün esaslı unsuru olarak kabul edilse bile bazı istisnalarının olduğu bilinmekteydi. Mesela vadeli borçlar

⁶⁰ Ayrıca bkz. Di Marzo, s. 367.

⁶¹ Girard, s. 689.

⁶² D. 45. 1. 24; ayrıca bkz. Cuq, s. 609.

⁶³ D. 22. 2. 2.

⁶⁴ İhtarın şekli hakkında ayrıntı için bkz. Accarias, s. 598; Di Marzo, s. 367.

⁶⁵ Günal, s. 2413.

⁶⁶ Zimmermann, s. 792.

⁶⁷ İhtarın Klasik devirde de mevcut olduğu ancak bazı istisnalarının bulunduğu yolunda bkz. Girard, s. 689.

ihtar zorunluluğunun istisnalarından biriydi. Bugünkü hukuklarda da geçerli olan ve “*dies interpellat pro homine* (vade insan yerine ihtar eder)” kuralı Roma Hukuku kaynaklarının derlenmesinden çıkan bir sonuçtur⁶⁸. Ancak önemle belirtelim ki doktrinde bu kuralın Roma Hukuku kökenli olmadığı, Ortaçağ hukukçularından Glossatorlarca yaratılmış olduğu fikri hakimdir. Zira Klasik hukukun anlayışına göre ihtar kendiliğinden değil (ex re), ancak bir insan vasıtasıyla (ex persona) gerçekleşebilir⁶⁹. Şu hâlde bu kural Klasik hukukun temerrüt anlayışına terstir. Vadeli borçlarda ihtarın gerekli olmadığı kuralı Roma Hukuku kaynaklarını bu şekilde yorumlayan Glossator’ların bir ürünüdür⁷⁰. İhtar gerekliliğinin ortadan kalktığı bir başka istisna da hırsızlıktan doğan mahkûmiyet borçlarıdır; hırsızın daima temerrütte olduğu kabul edilmiştir⁷¹. Bu iki istisnai durumun dışında borçlunun çok uzakta olması ya da gaipliği gibi bir nedenle ihtarın yapılmasının imkânsız ya da aşırı güç olduğu durumlarda da temerrüdü ex persona olarak değil, ex re olarak gerçekleşeceği kabul edilmiştir⁷².

Sonuç

“Roma Hukukunda Borçlunun Temerrüdü (Mora Debitoris) Kavramının Genel Çizgileri” başlıklı bu çalışmamızda ulaştığımız ilk tespit, borçlunun temerrüdünün Roma Hukukunda hukuki bir mesele olmaktan çok, maddi bir mesele olarak ele alındığıdır. Borçlunun temerrütte olup olmadığına somut olayın özelliklerine göre hakim karar verecektir. Borcunu zamanında ifa etmeyen ve bunda da haklı bir sebebi bulunmayan borçlu genellikle temerrütte kabul edilmiştir. Çalışmamızdaki bir başka tespitimiz, Roma Hukukunda borçlunun temerrüdünün maddi bir mesele olarak kabul edilmesi ve tespitinin hakime bırakılması nedeniyle borçlu temerrüdünün oluşumu için hangi şartların gerektiğinin baştan tespitinin güç olmasıdır. Genellikle kabul edilen, ifası mümkün ve muaccel olan bir borcun alacaklının ihtarına rağmen yerine getirilmemesinin borçlunun temerrütte olduğuna karar verilmesi için yeterli olduğudur.

⁶⁸ Di Marzo, s. 367; Tahiroğlu, s. 94.

⁶⁹ D. 22. 1. 32 pr.

⁷⁰ Di Marzo, s. 367; Tahiroğlu, s. 94.

⁷¹ D. 13. 1. 8. 1: “...*semper enim moram fur facere videtur* (...hırsızın daima temerrütte olduğu kabul edilir)”. Ayrıca bkz. Günel, s. 2413.

⁷² Petit, s. 489.

KAYNAKÇA

Accarias, C.: **Précis De Droit Romain, Contenant Avec L'Exposé Des Principes Généraux**, Le Texte, La Traduction Et L'Explication Des Institutes Tome II, 4. éd., Paris, Librairie Cotillon, 1891.

Akkanat, Halil: “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, **M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Yayınları, 2000, s. 1-49.

Barlas, Nami: **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992.

Bovay, Henry: **Esence De La Demeure**, Lausanne, Librairie Payot, 1934.

Cuq, Edouard: **Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains**, 2. éd., Revue et Complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, 1928.

Di Marzo, Salvatore: **Roma Hukuku**, 5. tabından çeviren: Ziya Umur, 2. baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959.

Girard, Paul Frédéric: **Manuel Elémentaire De Droit Romain**, 8. édition, Revue Et Mise A Jour, Paris, Librairie Arthur Rousseau Editeur, 1929.

Günel, Nadi: “La Mora del Debitore (mora debitoris)”, **Fides Hvmnitas Ivs, Studi in Onore di Luigi Labruna**, IV, Editoriale Scientificat. t.y.

Hatemi/Gökyayla: **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm**, 4. bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

Hatemi, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999.

Havutçu, Ayşe: **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1995.

İmre, Zahit: “Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri (İngiliz, Sovyet Rusya, Alman, Fransız ve İsviçre Hukukları Mukayesesiyle)”, **İÜHF**, Cilt: 13, Sayı 1- 4, 1947, s. 1475-1536.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Borçlar Hukuku Dersleri**, Birinci Fasikül, Hemen Hemen Hiç Değiştirilmemiş 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985.

Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: Rona Serozan, İfa- İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme- Ek: Uygulama Çalışmaları**, Gözden Geçirilmiş 7. bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

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

Küçük, Eşref: “XII. Yüzyıl Rönesans’ı ve “Yeniden Doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, **AÜHFD**, Cilt: 56, Sayı 4, 2007, s. 111-122.

Lepointe, G. /Raymond Monier, **Les Obligations en Droit Romain et dans l’Ancien Droit Français**, Paris, 1954.

Monier, Raymond: **Manuel Élémentaire de Droit Romain**, Tome II, Les Obligations, 4. édition, revue et complétée, Paris, Editions Montchrestien, 1948.

Petit, Eugène: **Traité Élémentaire de Droit Romain**, 9. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925.

Rado, Türkân: **Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, 11. Basıdan 13. (Tıpkı) Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

Ramoni, Claude: **Demeure du Débiteur aux Divers Contrats Du Code des Obligations**, Thèse de Licence et de Doctorat Présentée à la Faculté de Droit de L’Université de Lusanne, Schulthess Zurich, 2002.

Schmidlin, Bruno / Augusto Cannata, Carlo: **Droit Privé Romain, II, Obligations- Successions- Procédure**, Lausanne, 1987.

Söğütlü, Özlem: **Roma Özel Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Tahiroğlu Bülent / Erdoğmuş, Belgin: **Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku**, Onüçüncü Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2019.

Tahiroğlu, Bülent: **Roma Borçlar Hukuku**, 1. 07. 2012’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu ve 13. 1. 2011’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Düzenlenmiş İkinci Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2016.

Tamer, Diler: “Mora Creditoris”, **Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul**, Volume 35, No 52, 2003, s. 443-453.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Umur, Ziya: **Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Umumi Mevhumlar- Hakların Himayesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984.

Üçer, Mehmet: **Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü**, Ankara Turhan Kitabevi, 2007.

Zimmermann, Rein: **The Law Of Obligations**, Oxford,1995.