

## KARŞILIKLI TAAHHÜTLERİ HAVİ AKİTLERDE BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ

Borçlar Kanununun (106 - 108) inci maddeleri hakkında bir tetkik

Yazan: O. Işık Nazıkiöğlu

### PLAN

#### I

#### BORÇLAR KANUNUNUN 106 - 108 inci MADDELERİNİN TATBİK ŞARTLARI

##### A — Karşılıklı Taahhütleri havi akitler

1 — Tarif

2 — 106 - 108 inci maddelerin tatbikine kısmen veya tamamen imkân olmayan iki taraflı akitler

3 — Bir tek muamelenin müteaddit akitleri ihtiva etmesi.

##### B — BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ

1 — Borcun muaccel olması

2 — Alacaklının ihtarı

3 — İhtara lüzum olmayan haller

4 — Kusur.

#### II

#### BORÇLAR KANUNUNUN 106 - 108 inci MADDELERİNİN TATBİKİ İÇİN YERİNE GETİRİLMESİ ZARURİ FORMALİTELER

##### A — Mehil tesbiti

B — Derhal yapılması icap eden beyan

C — Mehil tâyinine lüzum olmayan haller

#### III

#### MÜTEMERRİT BORÇLUSUNA KARŞI ALACAKLININ UÇ ŞIKLIK MUHAYYERLİĞİ

A — Aynen ifayı ve gecikmeden mütevellit zarar ziyarı talep hakkı

B — İfadan vazgeçme ve ademi ifadan mütevellit zarar ziyarı talep hakkı

C — Aktin feshi ve fesihden mütevellit zarar ziyarı talep hakkı

1 — Akti feshetmenin neticeleri - Karşılıklı edaların iadesi

2 — Aktin feshedilmesi sebebi ile alacaklının tazminat talebine bakki ve tazminatın şümulü.

#### I

#### BORÇLAR KANUNUNUN (106 - 108) inci MADDELERİNİN TAT- BİKİ ŞARTLARI :

Borçlar kanunumuz borçlunun umumiyetle temerrüdünün şartları ve hükümlerini tetkik ettikten sonra 106 ve müteakip maddelerinde ala-

çakıya bazı haklar bahsetmiştir. Ancak bu hakların kullanılmasını bir takım şartların tahakkukuna bırakmıştır. Alacaklıya mütemerrit borçlusuna karşı muhtelif hareket imkânları veren bu hakların mahiyetini incelemeye başlamazdan evvel bunların tatbik sahası ve şartlarını tesbit etmemiz yerinde olur. Bk. 106 ncı maddesi "karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte, iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde "demek suretiyle mezkûr maddelerin tatbik sahasını çizmiştir. Binaenaleyh kaide olarak evvelâ karşılıklı taahhütleri havi bir akit mevcut bulunacak ve sonrada bu aktin ifasında taraflardan biri mütemerrit olacaktır.

**A — Karşılıklı taahhütleri havi olan akitler :** Hemen şuna işaret edelim ki, mezkûr hükümler haksız fiilden, haksız iktisaptan doğan borçlara değil, akitten doğan borçlara ve sadece iki taraf için borç doğuran, hukukî bir sebebe istinat ederek meşru bir şekilde in'ikat etmiş olup kanunî bir müeyyidesi bulunan yani hukuken takibi mümkün olan akitlere tatbik edilecektir (1). Şu halde bu hükümler hibeye, kumar ve bahse, tabii borçlara, nişanlanma, eblenme mukavelesi gibi aile hukukuna taallük eden akitlere tatbik edilmez (2).

1 — Yukarıda işaret ettiğimiz gibi 106 ve müteakip maddeler karşılıklı taahhütleri havi olan akitlere taallük ederler. Karşılıklı taahhütleri havi akitten maksat âkit taraflara karşılıklı borçlar tahmil eden akitlerdir. Her iki tarafta aynı zamanda hem alacaklı ve hem de borçludur. Her hakkın kullanılması bir borca tekabül eder. Böyle akitlere ivazlı akitler de denir. Meselâ alım - satım akdi bir ivazlı akitir. Müşteri semeni ödemek bâyide satılan malı müşteriye teslimle mükelleftir. Kira, istisna akdi, neşir mukavelesi hep iki tarafa külfet yükleyen mukavelelerdir. Bunlara tam iki taraflı akitler de denir. Akdin teşekkülü anında her iki tarafta muhakkak surette borç altına girmiştir.

Tam iki taraflı akitlere mukabil sade bir tarafa külfet yükleyen akitler ve nakıs iki taraflı akitler vardır.

Tek tarafa borç tahmil eden akitlerde diğer taraf hiçbir edimle mükellef olmaksızın sadece akitten istifade eder. Bağışlamada olduğu gibi, bunlara ivazsız akitler de denir.

Nakıs iki taraflı akitlerde ise tam iki taraflı akitlerin aksine akit teşekkül edince bir taraf muhakkak surette borç altına girer, fakat diğer

(1) Albert Comment, De la demeure du debiteur dans les contrats bilatéraux. Thèse: p. 37.

(2) Albert Comment'a göre evliliğin devamı müddetince karı koca arasında cebri icraya tevessül edilemeyecekse de (Mk. 173), bu hükümleri karı koca arasındaki iki taraflı akitlere de tatbik mümkündür, zira onlar birbirleri aleyhine mahkeme taraf alabilmektedirler. (a. g. tez sahife: 37).

tarafın borç altına girip girmeyeceği aktin teşekkülü anında belli değildir. Ekseriya akit hitama erdikten sonra arada bazı hâdiseler vukua gelmiş ise diğer taraf için de borç doğmuş olabilir. Meselâ vekâlette ücret şart edilmemişse müvekkil ücret vermeğe mecbur değildir, bununla beraber vekil kendisine verilen işi yaparken bazı masraflar ihtiyar etmiş, yahut avans olarak diğer tarafa bir miktar para vermiş ise müvekkil bunları faizi ile birlikte ödiyecektir. Bunun gibi vekil işi ifa ederken bazı zararlara uğramış ise bununda tazminini müvekkilinden istiyecektir. (Bk. 394). Binaenaleyh akit teşekkül edince yalnız bir tarafın borcu varken, sonradan bazı hâdiseler dolayısıyla diğer tarafın da borcu doğuyor. Vadiada durum böyledir (3).

İşte Bk. 106 ve müteakip maddelerin kaide olarak bütün tam iki taraflı akitlere tatbik edilmesi lâzımdır.

II -- Ancak bu kaideye akitlerin mahiyetinden doğan sebeplerle bir takım istisnalar tanınmıştır. Ve bu hallerde kısmen veya tamamen bu hükümlerin tatbiki imkânsızlaşmıştır. Tam iki taraflı akitleri bu bakımdan şöyle bir tasnife tâbi tutmanın mümkün olacağını söylerler (4).

Bu maddelerde vaz edilen kaidelerle karakteri hiçbir şekilde telif edilemeyecek olan akitler ve mahiyetinden veya mukaveledeki arızı bir unsurdan veyahut ta kanundan doğan bir sebeple bu hükümlerin ancak kısmen tatbik edilebileceği akitler.

a — Birinci gruba aile hukukuna taallük eden akitler girebilir. Nişanlanma, evlenme mukavelesi, evlât edinme, aile şirketi gibi. Bunlar hep iki taraflı akitler oldukları halde ifa ve fesih hususunda 106 ve müteakip maddeler hükümlerine bağlı değildir. Nişanlanmış olan taraflardan biri diğerini evlenmeye zorhyamıyacağı gibi nişanın bozulması halinde de Mk. 84 ve müteakip maddelerine göre hareket edilmek lâzım gelecektir. Evlenme mukavelesi ve aile şirketinde de taraflardan birinin temerrüdünün neticesi hususî hükümlerle tanzim olunmuştur (Mk. 174 ve müteakip. Mk. 330). Evlât edinme mukavelesi de taraflara para ile kabili takdir borç yüklediği için mezkûr maddelerin tatbiki mevzuu bahis olmayacaktır.

Bir şeyin yapılmamasına taallük eden akitler: Temerrüt 106 ve müteakip maddelerin tatbiki için bir şart olduğuna göre temerrüdün imkânsız olduğu hallere bu madde hükümlerinin tatbik edilemeyeceği aşikârdır. Mevzuu bir şeyin yapılmamasına taallük eden bir akitte borçlunun yapılmayacak olan şeyi yapmasında temerrüt değil akte riayetsizlik vardır

(3) Ferit H. Saymen, Borçlar Hukuku dersleri, Cilt, I, 1st; 1950 s. 12.

(4) Albert Comment, a. g. tez p. 38.

ve bu takdirde Bk. 97 inci maddesinin 2 inci fıkrası hükmü tatbik olunur (4b).

b — İkinci gruba giren akitler ise iki muhtelif kısımda tetkik edilebilir.

I — Tarafların mukavele ile 106 ve müteakip maddelerin tatbikini men ettikleri akitler: zamanı rücu olarak pey akçesi verilen hallerde (Bk. 156) ve cezaî şart kabul edilen akitlerde olduğu gibi (Bk. 158). Bu vaziyetlerde taraflar kanundaki hususi hükümler dairesinde hareket edeceklerdir.

2 — Bu ikinci kısım akitlerde ise alacaklı ihtiyarına bırakılmış olan şıklardan bazılarında aktin mahiyeti icabı müracaat edemeyecektir. Meselâ taksitle satışlarda alıcının temerrüdü halinde (Bk. 222) satıcı ödenmemiş taksitin tediyesini talep edecek veya kendisi için bu hakkı muhafaza etmişse satılanın mülkiyetini iddia veya bey'i feshedebilecektir. Binaenaleyh bu halde 106 ncı maddede yazılı olduğu surette, ademi ifa sebebi ile bir zarar ziyan talebi kabul edilemeyecektir. Müzayede ile satışta (Bk. 229) ve icar aktinde (Bk. 260) da vaziyet böyledir (5). Kredi ile (Bk. 211) ve taksitle satışlarda alacaklı sarahaten bu hakkını mahfuz tutmadığı müddetçe aktin feshi veya 108 inci madde anlamında bir zarar ziyan talebi mevzuu bahis olmayacaktır. İstisna aktinde de (Bk. 358) müteahhidin gecikmesi bütün tahminlere nazaran için muayyen zamanda bitmesine imkân vermeyecek derecede olursa iş sahibi sadece akti feshedecek ve bu halde aynen ifa veya ademi ifa sebebi ile bir zarar ziyan talebi mevzuu bahis olmayacaktır.

III — Bir muamelenin müteaddit akitleri ihtiva etmesi halinde bunlar iki taraflı iseler yukarıdaki prensipler dairesinde hareket edilir. Eğer tek taraflı iseler, netice itibariyle tarafların her ikisi de borç altına girseler dahi 106 ve müteakip maddeler tatbik edilmeyecektir.

Mesele akitlerden bir kısmının tek diğerlerinin iki taraflı olması halinde ehemmiyet kesbeder. Bu vaziyette borçlulardan birinin temerrüdü halinde nasıl karar vermek lâzımdır? Böyle hallerde, eğer bu tek muamele içerisinde birleşmiş olan akitler arasında bir rabıta, yani birinin icrası diğerinininkine sıkı surette bağlı ise akitlerin nisbi ehemmiyetine göre hareket edilmelidir (6). Meselâ: A ve B beraber iki akit yapımlar birinci-

(4b) Albert Comment, a. g. tez, p. 59.

(5) Albert Comment, a. g. tez, p. 42.

(6) Edouard Beguelin, Demeure du debiteur dans les contrats Bilatéraux. Fiches juridiques suisses. No: 664.

Albert Comment, a. g. tez, p. 49.

sine göre A muayyen bir zaman için ve bedava olarak üç tane atı kullanmak üzere B ye verecek ve ikinci akte göre de B on vagon kömürü A ya evine kadar taşımak şartı ile satacak olsun. Eğer bu iki aktin birbiri ile hiçbir rabitası yoksa A nın atları teslimde temerrüt etmesi halinde 106 ve müteakip maddeler hükümleri tatbik edilemeyecektir. Buna mukabil iki akit arasında bir irtibat varsa ve meselâ atı olmıyan B bu atları sırf bu satış aktini ifa edebilmek maksadı ile ödünç almış olursa bu halde hangi aktin daha ehemmiyetli olduğunu araştırmak lâzımdır. Kömür satışının daha ehemmiyetli olduğu şüphesiz bulunduğuna göre ariyet aktine de 106 ve müteakip maddeler tatbik edilecektir. B atları teslimde temerrüt eden A ya karşı, kaideten bu akte mezkûr maddelerin tatbiki imkânsız olduğu halde, 106 ile 108 inci maddelere göre hareket edebilecektir (7).

#### B — Borçlunun temerrüdü :

Bk. 106 ve müteakip maddelerinin tatbik şartlarından ikincisi iki taraftan birinin mütemerrit olmasıdır. "Temerrüt bir vecibe ile bağlı yani muayyen bir anda muayyen bir şekilde harekete mecbur olan kimsenin o anda tâyin edilen şekilde hareket etmemesinden doğan mes'uliyet halidir." (8). Herhangi bir aktin ifası muayyen bir taahhüdün ifasıdır. İfanın matluba uygun olması için ise muayyen bir zaman ve mahalde vuku bulması lâzımdır. Aksi halde akitten beklenen netice elde edilmiş olmayacaktır. İfa vecibesini zamanında yapmayan borçlu mütemerrit olur (9). Binaenaleyh temerrüt ifanın gecikmesidir.

Temerrüdü vecibenin ifa edilmemesi, ifanın imkânsızlığı ile karıştırmamak lâzımdır. Temerrüt halinde borcun yerine getirilmesi henüz mümkündür (10). Eğer eda imkânsız hale gelirse ifa mükellefiyeti ile birlikte temerrüd de ortadan kalkar, ifa edilecek borç yerine tazminat kaim olur (11). Eğer temerrüdün başladığı anda borcun yerine getirilmesi ihtimali mevcut değilse bu halde temerrüd değil ademi ifa mevzu bahis olacak ve kanunun bu hususa ait hükümlerine göre hareket etmek lâzım gelecektir. Şayet gecikme müşahede edildikten sonra borcun ifası henüz mümkünse temerrüd mevcut olacak ve temerrüdden sonra imkânsızlık zuhur etmiş

(7) Albert Comment, a. g. tez. p. 49 - 50.

(8) Atif Yonsel'in adı geçen makalede Henry Borray'a atfen zikrettiği tarif. Sayfa 365. Ist Baro Mec. 1945 sayı -.

(9) Andreas Von Tuhr. Partie Generale du Code Federal des obligation. V. II P. 532, 72.

(10) Albert Comment. A. G. Tez sahife 51.

(11) Arsebük, Esat. Borçlar Hukuku 1943. C. II S. 843.

olsa bile gene temerrüd hükümleri tatbik edilmek iktiza edecektir (12). Ancak bazı mükellefiyetler vardır ki bunlara nazaran ademi ifa ve temerrüd birbiriyle tamamen karışır. Bunlar mevzuu bir miktar para olan borçlardır. Bu sahada ademi ifa daima bir temerrüdüdür. Zira eğer borçlu vadesinde borcunu ödememişse alacaklısını tamamen tatmin edebilmesi için borçlu olduğu esas paradan başka bir de gecikme faizini ödemesi lâzım gelecektir (13). Bu ise ademi ifanın değil daha ziyade temerrüdün hükümlerine uyan bir neticedir.

Temerrüd ifanın gecikmesidir, dedik. Ancak her gecikme temerrüt sayılabilecek midir? Gecikmenin temerrüt haline inkılâp edebilmesi için alacaklının ihtarı ile birleşmesi lâzımdır. Yani kabili ifa olan bir vecibenin talep edilmesi icap eder. Alacaklının sükût etmesi halinde temerrüt vücut bulmuş olmayacaktır. Zira bu sükût, alacaklının gecikmeden mütevellit bir zarara uğramadığının vecibenin hemen ifasında bir menfaati bulunmadığının ve borçluya bir zaman daha müsaade ettiğinin bir karinesidir (14). Binaenaleyh temerrüdün şartı borcun muaccel olması ve alacaklının ihtarda bulunmasıdır.

**1 — Borcun muaccel olması :** Alacaklının alacağını isteyebilmesi için ne kanuna ne de mukaveleye dayanan bir engelin bulunmaması halinde ortada muaccel bir alacak var demektir (15). Yani muacceliyet alacaklının hukuken borcunu talep edebileceği zamandır. Bu ekseriya mukaveleden neş'et eder. Taraflar ifa için birlikte bir müddet veya vade tesbit edebilecekleri gibi, ifa anının taraflardan yalnız biri veya bir üçüncü şahıs tarafından istenildiği gibi tesbit olunacağını da kararlaştırmış olabilirler, veyahutta bu anı herhangi bir hâdisenin vukuuna talik edebilirler.

Bu hususta bir anlaşma bulunmadığı takdirde işin mahiyeti esas tutulur. Meselâ iade borcu umumiyet itibariyle hemen kabili ifa değildir (16). Ödemenin zamanı ne akitle ve ne de münasebetin mahiyeti ile muayyen değilse borç derhal ödenebilir ve ödeme hemen talep edilebilir. Ancak bu hemen tâbirinin tefsirinde hüsnüniyet kaidelerinin ışığında hare-

(12) Albert Comment. a. g. tez. 51. Borçlar Kanununun 103 "102" inci maddesinden istihraç edilen budur.

(13) Martin (A), Des dommages - interets resultant de l'inexecution de obligation "Zeitschrift für Schweizerisches Recht. 33. 1914. S. 69.

(14) Baudry - Lacantinerie, G - Precis de droit civil. Tome: II. p. 73.

(15) H. Oser - W. Schönerberger, Borçlar Hukuku. Çev. Recai Seçkin. 2 inci kısım, s. 751.

(16) Fritz Funk, Jun, Borçlar Kanunu Şerhi - I Umumi Hükümler. Çev. Hıfzı Veldet - Cemal H. Selek. s. 128.

ket etmek doğru olacaktır (17). Eda konusunun elde edilmesi için gerekli uygun bir zamanın da hesaba katılması lâzımdır. (18).

**Muaccel olma zamanını şunlarla karıştırmamalıdır :**

1 — Borcun tekemmülü zamanı; bu borcun doğumunu için gerekli vakaların hepsinin gerçekleşmiş tahakkuk etmiş olduğu zamandır. O andan itibaren borç ödenebilirse de (borçlunun iflâs etmiş olması hariç) ödemesi talep edilemez (19), bunun için borcun tekemmül etmiş olması yetmeyip muacceliyet kesbetmesi de lâzımdır.

2 — Borçlunun temerrüde düştüğü zaman: Bu zamandan itibaren borçlu ifa ile mükelleftir. Muacceliyet ise alacaklıya bu ifayı talep hakkını bahşetmektedir. Birinde borçlu için bir mükellefiyet diğersinde alacaklı için bir talep hakkının doğduğu görülür (20).

3 — Edanın şartı olan zaman: Burada daha geç vukubulacak edanın artık eda olarak kabul edilmesine alacaklının zorlanamayacağı mânasında olmak üzere, edanın şartı olarak konulmuş bulunan zaman söz konusudur (Bk. 107). (21).

**Borçlunun defî dermeyanına hakkı bulunması :** Borçlunun böyle bir hakkı olduğu ve bu hakkını kullandığı nisbette muacceliyet bertaraf edilebilecektir. Bir borcun müruru zamana uğramış olması muacceliyetine mâni teşkil etmez bunun bir defî zmnında ileri sürülmüş olması lâzımdır. Zira herhangi bir defî ancak dermeyan edildiği takdirde hüküm ifa eder.

Muacceliyete mani olmaları bakımından durdurucu ve talik edici defiler arasında bir tefrik yersizdir (22). Ve meselâ non adimpletei contractus veya ifa için bir mühletten istifade etmekte olduğu defilerini de zamanasını gibi ileri sürebilecek ve borcunun muaccel olmasına mani olabilecektir.

**Borçlunun ifa etmeyeceğine dair beyanı :**

Muacceliyet temerrüdün vücudu için zarurî bir şart olduğuna göre, borçlunun borcu henüz muaccel değilken ifa etmeyeceği hususundaki beyanı alacaklıya 106 ve müteakip maddeler uyarınca hareket imkânını bahşetmeyecektir. Bu beyan borcun muaccel olmasına ve binnetice temerrüdün vücuduna tesir etmeyecektir. Böyle bir beyanda bulunmakla borç-

(17) Albert Comment, a. g. tez, p. 53; Arsebük, Esat a. g. e. sa: 739.

(18) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 753.

(19) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 632.

(20) Atif Yonsel, a. g. mak. Ist. Baro Mec. s. 397, 1945.

(21) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. 2 inci kısım s. 632.

(22) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. 2 inci kısım. s. 752.

lu muaccel olduktan sonra borcunu muteber bir şekilde ifa edebilecektir. Federal mahkemenin de kanaati bu merkezdedir (23).

II — *Alacaklının İhtarı*: Yukarda işaret etmiş olduğumuz gibi borcun muaccel olması ile temerrüt vücut bulmaz. Buna alacaklının ihtarının da inzimam etmesi lâzımdır. Filhakika borçlunun temerrüdü şartlarından bahseden Bk. 101 inci maddesi "muaccel bir borcun borçlusunu alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur" demek sureti ile bu hususu sarahaten ifade etmiştir. İhtar borcun muaccel olduğunu borçluya hatırlatmak ve onu ifaya davet etmek maksadı ile alacaklının izhar ettiği irade beyanıdır. Bu suretle borçlu için, muaccel olan borcun ifa mükellefiyeti doğmuş olur. Yani ihtar ile temerrüt hali meydana gelir. Ancak bu hukukî neticenin yani temerrüdün sebebi ihtarda bulunanın iradesi değildir. Yani alacaklı ihtarı ile borçlunun mütemerrit olmasını istememektedir. Onun iradesi önceden hukukî münasebette mevcut bulunan eda mükellefiyetine tevcih olunmuştur. Yani o sadece borcun ifa edilmesini istemektedir. Temerrüt kanununun ihtarla bağladığı bir neticedir. Bu bakımdan ihtar hakiki manası ile bir hukukî muamele değildir. (24), (25). İhtar hukukî muameleye benzeyen ve kanun tarafından kendisine hüküm izafe olunan vusule bağlı bir irade beyanıdır. Bu sebeple hukukî muameleye dair kaidelere tabi tutulur:

İhtarda bulunanın temyiz kudretini haiz olması lâzımdır.

İhtar alacaklı veya mümessili tarafından yapılır.

Burada bir haktan vaz geçme veya borç yüklenme mevzuu bahis olmadığına göre ihtarda bulunanın medenî hakları kullanma ehliyetine sahip olmasına lüzum yoktur (Mk. 15 ve 394). (26).

Borçlunun ise medenî hakları kullanma ehliyetine sahip olması zarureti vardır. Aksi halde ihtar borçlunun kanunî mümessiline yapılmalıdır.

İhtarın nerede ve ne zaman yapılacağına dair bir hüküm yoksada hüsnüniyet kaidelerine göre hareket etmek iktiza eder. Meselâ bir balo veya camide yapılan ihtarı kabulden muhatap kaçınabilir. (27).

(23) Albert Comm - ent, a. g. tez, p. 54, A. T. F. 23. p. 1789.

(24) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 752 - 753.

(25) Hukukî muamele bir veya daha ziyade kimselerin bir hakkı veya bir hak rabatasını ihdas veya izale etmek yani hukukî bir netice elde etmek maksadı iradelerini açığa vurmaktır. Arsebük, Esat, a. g. e. cilt. I. s. 94.

(26) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 754.

(27) Albert Comment, a. g. e. tez. p. 55; H. Oser - Schönerberger, a. g. e. s. 754. "İş saatleri dışında veya istenilen mahalden başka bir yerde yapılan ihtar, ancak borçludan hüsnüniyet kaideleri mucibince ifanın talep edilebileceği zaman hüküm ifade eder." Arsebük, Esat, a. g. e. s. 845.



İhtar şekle bağlı değildir. (28). Fransız hukukunun aksine olarak Borçlar kanunumuz ihtarın şeklini tayin etmemiştir (29). Sözle, yazılı şekilde veya ihtarı gösteren bir fiille yapılabilir. Fakat alacaklının borcu talep ettiği açıkça anlaşılacak iktiza eder. Postaya para yatırmaya mahsus kâğıt gönderilmesi irade gösteren fiil ile ihtar mahiyetindedir. Fakat faturanın ibrazı ihtar demek değildir, zira bu ibraz kaide olarak ancak ibraz edenin alacağının tutarını ibraz olunana bildirmek manasına gelir, yoksa borcun hemen yerine getirilmesini istemek manasına değil (30).

İbraz lâzım gelen bir senede bağlanmış bulunan bir alacak hakkındaki ihtarın muteber olması için senedin ibrazı zaruridir. (31).

Şarta talik edilmiş bir ihtar ifa zamanının kesin olarak tayinine imkân verdiği takdirde hüküm ifade eder. Meselâ borçlu bir malını sattığı veya onun bir alacağı kendisine ödendiği takdirde ifanın yapılması lüzumuna dair ihtar şarta bağlıdır. Bu gibi hallerde temerrüt şartın gerçekleştiğine borçlunun vakıf olması ile başlar (32).

İhtar mahiyeti itibariyle alacağa tekabül etmelidir. Eğer alacaktan eksik bir talep yapılmışsa, sadece o miktara inhisar eder ve ancak alacaklının kısmî bir ödemeyi talebe hakkı olması halinde muteberdir (33).

Alacaktan daha fazlası için yapılmış olan bir ihtardan eğer o sırada mevcut olan asıl borç ödendiği takdirde alacaklının bunu kabul edebileceği anlaşılabilirse bu ihtar muteber olacaktır (34).

Borçlunun nerede olduğunun bilinmemesi veya akıl hastası olması gibi imkânsızlık halleri ihtar vecibesini bertaraf etmez. Yerine göre ilana veya borçluya kayyım tayin ettirmek suretiyle ihtar yapılabilir.

**III — İhtara lüzum olmayan haller:** İhtar muacceliyet gibi, temerrüdün zarurî bir şartı değildir. Zira gayesi netice itibariyle borçluya ifa zamanının geldiğini bildirmek ve onu borcunu yerine getirmeye davet etmektir. Bu bakımdan bazı hallerde ihtara lüzum olmayacaktır.

(28) Daepfen - Reymond. Le code fédéral des obligations interprété par la jurisprudence du tribunal fédéral. p. 192.

(29) Fransız hukukuna göre gecikme olayının resmen tesbit edilmiş olması lâzımdır. Arsebük, E. a. g. e. s. 842 not: 3 == Mazeaud, Traité de la responsabilité civile, T. 2, p. 609 et suiv; Josserand, Droit Civil T. 2, p. 301.

(30) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 753.

(31) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 754 - 48 II 114.

(32) Arsebük, E. a. g. e. s. 845; H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 755.

(33) Fritz Funk, jun. a. g. e. s. 162.

(34) A. Comment, a. g. tez, p. 52; H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 755.  
Daepfen - Reymond, a. g. e. p. 192.

1 — Borcun ne zaman ifası lazım geldiğini alacaklının bilmeyip borçlunun bilmesi,

2 — Borçlunun ihtara lüzum olmadığını kabul etmesi ve alacaklıyı bundan muaf tutması,

3 — Muaccel bir vecibenin borçlusu açıkça borcunu ifa etmeyeceğini beyan ederse. Bay Fuat Hulûsi ve Sabri Şakir, Borçlar kanunu şerhinde şu mütalâayı yürütüyorlar: "Borçlunun ihtara rağmen edada bulunmayacağı mezum olursa ihtar zait görülebilir." (35). Fakat borçlunun borç muaccel olmazdan evvel onu yerine getiremeyeceğini söylemiş olması ihtarın neticesiz kalacağını kabule yetmez. Çünkü borç muaccel olduktan sonra borçlunun ilk defaki düşüncesinden dönmüş olması mümkündür (36).

4 — Bk. 101 inci madde ikinci fıkrasında kabul edildiği gibi borcun ifa edileceği gün müttefikan tayin edilmişse. Bu hüküm vadenin sonu ihtar demektir - Dies interpellat pro homine - —kaidesine istinad eder. Ancak her vade ve tarih borcun yerine getirilmesi için kararlaştırılmış bir vade veya gün mahiyetinde değildir. Vade veya tarih borcun tamamıyla meydana gelmesi için kararlaştırılmış bir vade veya tarih (Bk. 74 ve sonraki) olabileceği gibi riayeti bağtın muteber kalması için kararlaştırılmış bir vade veya tarih (Bk. 107) de olabilir. Meselâ ay sonu için bir at satılmıştır. Bu şu manalara gelebilir: alacaklı ay sonunda atın teslimini isteme hakkını kazanacaktır ay sonunda satıcı atı teslim etmeyecek olursa temerrüde düşecektir veyahutta ay sonunda satıcı atı teslim etmeyecek olursa alıcı başka bir muameleye ihtiyaç olmaksızın bağtın dönme hakkını haiz olacaktır (37). Binaenaleyh bu manalardan hangisinin kastedilmiş olduğunu anlaşmanın muhtevasına bakarak halletmek lâzımdır (38).

Tayin edilen zamanın borçluya en geç hangi tarihe kadar borcunu ifa etmesi lâzım geleceğini kat'i bir şekilde bildirmesi lazımdır.

Kanun tarafların iradeleri ile müttefikan bir ifa zamanı tayin etmeleri haline işaret ettiğine göre (Bk. 101, fıkra; 2) Alman hukukununun

(35) Atif Yonsel, a. g. e. mak. Ist. Baro mec. 1945, s. 398.

(36) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 755.

(37) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 756.

(38) "... temerrüt keyfiyetinin vücut bulması Bk. 101 inci maddesi mucibince borcun ifa edileceği günün taraflarca müttefikan tayin edilmiş olmasına mütevakıf olup takibe müstenid olan senette vadeli olan borcun ödeneceği gün tayin ve tasrih kılınmamış ve hadisede borçlunun mütemerrit olması için alacaklının ihtarını lâzım gelip .....". I. I. K. 23-3-940 — 1206/1543. H. Halis Sungur, Borçlar kanunu ve tatabikati. s. 315.

aksine vadenin kanun veya hakim tarafından tayin edilmesi halinde ihbar vecibesi ortadan kalkmış olmayacaktır (39).

5 — İfa zamanının tayini iki taraftan birine bırakılmış ve o da bunu usulen bir ihbar ile bildirmişse.

İhbar bir edanın hemen veya daha sonra muaccel olmasına tevcih edilmiş bir irade beyanıdır ki borç münasebeti üzerinde bir yenilik doğurmaktadır. Bu bakımdan ihtardan farklı olarak, ihbar tam manasiyle tek taraflı vusule bağlı bir hukukî muameledir.

“İhbar, 102 (T. Bk. 101) inci madde uyarınca asıl görevi olan muaccel olmayan alacağı muaccel hale koymak neticesini meydana getirmekle kalmamakta aynı zamanda ihtarın hükmünde meydana getirmektedir; o aynı zamanda borçluyu temerrüde sokmaktadır.” (40).

Temerrüden diğer şartları olarak alacaklının edayı kabule hazır olması temerrüdün fer'i noktalara değil borcun esasına taallük etmesi gibi hususlar da ileri sürülür.

**IV — Kusur temerrüdün şartı mıdır?** Fransız hukukunda mesele münakaşalıdır. Berney temerrüdün tamamen objektif olduğu ve borcunu ifada geciken bir kimsenin şahsi vaziyeti ne olursa olsun ister kusurlu olsun ister olmasın mütemerrit hale sokulabileceğini söylediği halde, Baudry - Lacantinerie ve Barde Fransız hukukuna nazaran temerrüdün borçluya isnat edilebilecek ve resmi şekilde tesbit edilmiş bir gecikme olduğunu kabul ederek Fransız hukukunda da Romada olduğu gibi kusur temerrüdün bir unsurunu teşkil eder demektedir. Alman hukukunda ise kusur temerrüdün bir unsuru olarak kabul edilir (41). İsviçre ve bizim hukukumuzda göre ise kusur temerrüdün bir şartı değildir. Fakat kusursuz olduğunu ispat eden borçlunun temerrüdün neticelerinden kısmen veya tamamen kurtulmak imkânı vardır.

Kusur temerrüdün bir şartı olmayınca borçlu parayı vaktinde ödemeyen âkitten bir kusuru olmasa dahi faiz talebi mümkün olur. Bunun gibi borçlu vecibesini bir kusuru olmaksızın vaktinde yerine getirmemişse alacaklı o akdi feshedebilir. (42).

(39) Albert Comment, a. g. tez, p. 56; H. Oser - W. Schönberger, a. g. e. s. 757.

(40) H. Oser - W. Schönberger a. g. e. s. 759.

(41) Albert Comment, a. g. tez, p. 58.

(42) Atif Yonsel, a. e. mak. İst Baro mec. 1945, sayı: I., s. 399.

## — II —

**BK. 106 - 108 inci MADDELERİN TATBİKİ İÇİN YERİNE GETİRİLMESİ ZARURİ FORMALİTELER :**

Bk. 106 ve müteakip maddelerinin tatbiki şartlarını tesbit ettikten sonra, alacaklının mezkûr maddelerde kendisine bahsedilen haklardan istifade edebilmesi için ne gibi formalitelere riayet etmesi lâzımgeldiğinin tetkikine geçelim:

**A — Mehil tesbiti** Bk. 106. cı maddesi birinci fıkrasında "karşılıklı taahhütleri havi olan akitlerde iki taraftan biri mütemerrit olduğu taktirde diğeri borcun ifa edilmesi için münasip bir mehil tayin veya münasip bir mehil tayinini hakimden isteyebilir." demek suretiyle ikinci fıkrasında bahsettiği hakların kullanılması için bir mehil tayini zaruretine işaret etmiştir.

Bu mehil vermenin muhtevası zamanında vuku bulmayan ifanın yapılabilmesi için yeni bir zaman bırakmak, borcun ifasını istemektir.

Temerrüt, yukarıda işaret ettiğimiz gibi, ifanın henüz mümkün olduğu hallerde mevzu bahis olur. Şu halde mütemerrit olan borçlu ifa imkânına malik olduğu halde borcunu yerine getirmemek suretiyle akde riayetsizlik etmiş, ve binnetice kendini bu akitle bağlı addetmemiştir. Bu vaziyet karşısında akdi vecibelerini yerine getirmiş veya getirmeye hazır olduğunu bildirmiş olan tarafın bu akitle daha uzun bir müddet bağlı kalmasının nafaset kaideleriyle telifi imkânsızdır. Binaenaleyh temerrüt vuku bulur bulmaz alacaklı aynen ifadan vazgeçip zarar ziyan talep edebilmelidir. Ancak bu suretle hareketin borçluyu umulmayan ağır zararlara duçar edeceğini düşünen kanun vazı, bu neticeleri onun lehine tahfif etmek maksadiyle kendisine son bir imkânın bırakılması zaruretini derpiş etmiştir.

Verilecek bu mehil içinde hazırlıklarına daha evvel başlamış olan borçlu, borcunu ikmal ve vecibesini yerine getirecektir. Görülüyor ki bu, tamamen borçlunun menfaati gözönünde tutularak alınmış bir tedbirdir. Ve bu menfaatin icap ettirmediği hallerde - ki bu hususlar Bk. 107 ci md. sinde derpiş edilmiştir - böyle bir mehlin verilmesine lüzum olmayacaktır (43).

Mehil verme, ihtar gibi hukuk işlemine benzer usule bağlı bir beyandır ki onun hukukî neticesi mühtevasından sarfınazar, kanun hükmü ile tayin edilmiştir (44).

(43) Albert Comment, a. g. tez, s. 61.

(44) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. p. 773.

Mehil, alacaklı, kanunî temsilcisi veya mümessili tarafından verilir veyahut ta mahkeme vasıtasıyla tayin ettirilir. Ancak, mahkeme tarafından bu mehil tayininin ne gibi bir faydası olacağı sarih değildir. Borçluya çok kısa bir müddet verilmesine mani olmak mülâhazası ileri sürülebilirse de; borçlu zaten bu hallerde ifa ile mükellef olmayıp, mehil münasip bir miktar uzatılabilecektir. Bundan başka, Martin'in işaret ettiği gibi (45) mehil mahkemece tesbit edilmiş olsa bile - bu baptaki karar borçlu istima edilmeksizin verilmiş olacağı cihetle - onun itirazına hedef olacaktır. Oser'de (46) bu suretle mehil tayininin bir dereceye kadar mehilin uygunluğu hakkında teminat teşkil edeceğini ve fakat mahkemece verilen karara itiraz edilebileceğini kabul etmektedir (47).

Mehilin mahkemece verilmesi bu hususun ispatını kolaylaştıracaktır, fakat taraflar bunu daha başka yollardan temin etmeği daima tercih edeceklerdir: meselâ Noter vasıtasıyla mehil tayini daha kolay bir yol olacaktır (48).

Mehil temerrüt halinde bulunan borçluya, kanunî temsilcisine veya mümessiline verilir.

Borçlunun Temerrüt haline vücut verecek olan ihtarla birlikte mehilin tayin edimesi de mümkündür.

*Şekil:* Kanun mehil tayinini muayyen bir şekle tabi tutmamıştır. Fakate ispat bakımından, meselâ taahhütlü mektupla yapılması faydalı olacaktır (49).

Mehilin belli bir sınırı olmalıdır. Tani muhtevasında alacaklının hangi tarihe kadar ifayı kabul edeceği sarahaten anlaşılmalıdır. Sadece "münasip mehil" içinde borcun ödenmesi lüzumuna dair olan ihtar kanunun mehle izafe ettiği neticeleri meydana getirmez (50). Mehil kat'iyet ifade etmelidir ve borçlu muayyen müddetin hitamından sonra temerrüdün bütün netayicine katlanmak mevkiinde olacağını bilmelidir.

Mehlin uygunluğu: Kanunumuz mehilin "münasip" olması lüzumuna işaret etmiştir. Ne zaman mehil münasip olacaktır? Bu hususun takdi-

(45) Borçlar kanunu şerhi - Umumi nazariyatı, tercümesi. s. 135.

(46) a. g. e. p. 776.

(47) Fick mahkeme tarafından tayin edilen mehilin uygun olmadığı iddiasında bulunulamaz, demek suretiyle bu usulün faydasına işaret eder. (A. Schneider et H. Fick, Commentaire du Code fédéral des obligation. p. 235 No: 17.

(48) Atıf Yonsel a. g. mak, Ist. Baro mec. 1945, sayı: I. s. 400; "kanun neşir sözleşmesinde mahkeme tarafından mehil verilmesini açıkça emretmiştir (Bk. 375, f. 3. H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 776.

(49) A. Schneider et H. Fick, a. g. e. Tome: I, p. 735.

(50) Arsebük, Esat. a. g. e. s. 859, not: 53.

rinde borç mevzuu olan şeyin mahiyetini, borçlu ve alacaklının menfaatlerini aynı derecede nazarı itibara almak lâzımdır. Tayin edilen müddetin bir taraftan borçluya ifa imkânını vermesi diğer taraftan alacaklıyı zarara duçar edecek kadar da uzun olmaması lazımdır. (51).

Münasip mehil edanın başlanıp bitmesi için lüzumlu olan müddet demek değildir. Alacaklı borçlunun daha önceden edanın gerekli kıldığı şeyleri yapmağa başlamış ve fakat edanın bir kısmını henüz bitirmemiş olduğu esasından hareket edebilir (52).

Verilen mehilin çok kısa olması onun hükümsüzlüğünü intaç eder mi? Yani borçlu mehilin kısalacağı bahanesi ile ifadan içtinap edebilecektir?

Kısa bir mehle karşı her zaman itiraz edilip münasip bir miktar uzatmak imkânı mevcut olduğuna göre kendisine kısa bir mehil verilen borçlu bu mehle itiraz etmeli ve uygun sayılabilecek bir mehilde edada bulunabilmek için elinden geleni yapmalıdır. (53). Eğer borçlu eli kolu bağlı alacaklısının kendisine münasip bir mehil vermesini sessizce beklerse kısa olsa dahi bu mehil hüküm ifade edecektir (54). Ses çıkarma ma mehilin uygun olduğuna bir karinedir (55).

Alacaklının borçluya verdiği bu mehilin doğurduğu neticeler şunlardır:

(51) "Alacaklı malı bir an evvel tesellüm etmek ihtiyacında ise, münasip mehil kısa olacaktır. Çünkü münasip mehil temerrüt halinde bulunan borçlunun menfaatlerini korumak için kabul edilmiştir; bunun mukavele hükümlerine bağlı kalan alacaklıya zararlı olması hiç bir suretle doğru görülemez." Arsebük, Esat. a. g. e. s. 860.

(52) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 774, No: 14 "Mehlin neden ibaret olduğunu kirada, hasılat kirasında (265, 293 — T. E. K. 260, 288 ve Sigorta kanunu m. 20) kanun tarafından tayin edilmiştir. Yeni kiracı tarafından eski kiracıyı çıkartmak için kiralayana verilmiş (Bl. f. handelsrecht Entsch. 6 s. 79) veyahut da büyük miktarda mal teslimi için alacaklı tarafından borçluya verilmiş (Bl. f. Zürich. Rspr. 7 No: 46) bir günlük mehil ve ahırın yapılışını değiştirerek lokanta haline getirmek için borçluya verilen 20 günlük mehil (BGE 32 s. 729) mehil çok kısa sayılmıştır. (BGE II 230 ve 43 II 173'e de bak.).

(53) "Sadece tayin edilen mehilin kısa olması hadisesi alacaklıyı mutazarrır etmeye kifayet etmez. O, mehilin münasip olması halinde bile borçlunun ifa etmeyeceğini ve binaenaleyh dermeyan edilen bu şekil noksanının menfaatlerini ihlâl etmediğini ispat edebilmelidir. (29 II 266; 1904 I 163; 43 II 173 (IV No: 101); 1917 I 583), Deapen/Reymond, a. d. e. p. 197.

(54) "Alacaklı tarafından verilen çok kısa bir mehil tebliğinin vürudundan itibaren borçlu münasip bir müddet zarfında borcunu ifa etmezse mezkûr kısa mehil hüküm ifade etmeye başlar. F. M. K. 7-5-1935 - Kâmil Tepeci, Notlu ve İzahlı Borçlar kanunu. 1949, s. 231.

(55) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 775; Andreas von Tuhr, a. g. e. V: II, p. 546.

a — Borçlu bu müddet zarfında vecibesini ifa edebilecek ve alacaklı bu edayı kabulle mükellef olacaktır. Eğer kabulden içtinap ederse kendisi mütemerrit duruma düşecektir.

b — Bu müddet boş yere geçecek olursa alacaklının evvelce olduğu gibi aynen ifayı ve gecikme sebebi ile zarar ziyan istemek hakkı bulunduğu gibi buna iki diğer hak daha inzimam edecektir. O artık isterse aynen ifadan vaz geçip ademi ifa sebebi ile zarar ziyan isteyebilecek veya hutta akitten rücu ederek müfesihi olmasından mütevellit zarar ziyana talep edebilecektir. Ancak bu son saydığımız şıkları tercih ettiğini borçluya derhal bildirmesi lâzımdır.

**B — Derhañ yapılması icap eden beyan :** Bu alacaklının borçlusuna hangi hareket tarzını ihtiyar edeceğini bildirmesidir. Mehil tâyininin olduğu gibi bunun da gayesi borçlunun menfaatini himayedir. Boş yere geçen bir mehilden sonra borçlu için alacaklının ihtiyarına bırakılmış üç şıktan hangisini seçeceğini bilmesinde büyük menfaat vardır. Aksi takdirde alacaklı piyasa değişikliklerinden istifade maksadı ile kendisi için en faydalı bir zamanda seçim hakkını kullanacak bu suretle borçlu aleyhine spekülâsyon yapacaktır (56). Eğer alacaklı hemen yapacağı bir beyanla hangi şıkkı seçtiğini bildirecek olursa bu ihtimal önlenmiş olacaktır.

Yukarıda işaret ettiğimiz gibi bu beyanın gayesi alacaklının borçlu karşısındaki durumunu aydınlatmak olduğuna göre bu hususu temin için muhtevâsının kat'i ve sarîh olması iktiza etmektedir. Bu beyana vakıf olan borçlu alacaklının ne yapacağını sarahaten bilmelidir. "Seni dâva edeceğim", "bütün zarardan mes'ul olacaksın", "Eğer şu tarihte nakliyata başlamazsan neticeden kendin hesap vereceksin" (57) tarzındaki ibareler 106 ıncı maddede bahşedilen haklar muvacehesinde alacaklının durumunu açıkça ifade etmedikleri cihetle bu mânada tatminkâr bir beyan teşkil etmeyecektir. Muhtevâsı açık olmayan müphem bir beyanı kabul mecburiyeti yoktur, ve bu beyan vuku bulmamış sayılır (58). Ancak bu hususun takdirinde sadece beyanın metnine bağlı kalmamam, hüsnüniyet ve tefsir kaidelerini (Bk. 18) göz önünde tutmak doğru olur (59).

Alacağın sadece bir kısmına taallük eden beyanlar o kısım için hüküm ifade edecektir. Fakat burda da alacaklının arzusunu iyi ifade ede-

(56) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 781; Albert Comment, a. g. tez. p. 71.

(57) Albert Comment, a. g. tez. s. 73.

(58) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 782.

(59) Albert Comment, a. f. tez. s. 77.

mediği borcun bütünü hakkında beyanda bulunmak istediği açıkça anlaşılabilirse, öylece kabul etmek lâzım gelecektir (60).

Kanunumuz bu beyanın "derhal" yapılması zaruretine işaret etmektedir. Kanaatimizce bu derhal ibaresi yukarıda izahına çalıştığımız gayenin teminini mümkün kılacak bir zaman ölçüsü ifade etmektedir. İşin mahiyeti nazarı itibara alınarak hüsnüniyet kaidelerine göre tefsiri doğru olur. Alacaklının fiyat inip çıkmalarından istifade etmesine imkân vermeyecek bir süre içerisinde beyanda bulunması lâzımdır (61). Comment'in işaret ettiği göre (61,b) federal mahkeme bir odun satışı hakkında verdiği 1918 tarihli bir kararında, son ifa müddetinin geçiminden 15 gün sonra yapılan beyan, bu müddet zarfında mühim fiyat inip çıkmaları olduğu mucip sebebi ile gecikmiş bir beyan olarak kabul edilmiştir.

Bu beyanın muhakkak mühletin geçmesinden sonra mı yapılması lâzımdır? Umumiyetle kabul edildiği ve bizde pratik hayatta daima görüldüğü gibi mehille beraber alacaklının bu husustaki kararını da bildirmesi mümkündür ve alacaklı bu beyanı ile bağlı kalacaktır. Sonradan dönmesi caiz değildir (62). Meğer ki diğer tarafla anlaşmış ola (63).

**Mahiyeti :** Bu beyan ihtar ve mehil verme gibi vusule bağlı yenilik doğuran bir muamele olmakla beraber onların aksine, hukukî bir muameledir. Çünkü beyanda bulunanın iradesi meydana getirdiği hukuki neticeye teveccüh etmiştir. Bu netice onun tarafından istenilmiştir (64). Yenilik doğuran her işlem gibi bundan da tek taraflı olarak dönmek caiz değildir ve alacaklı bu beyanı ile bağlı kalacak ve mütemerrit borçlusu karşısındaki muhtelif hakları bu beyanla seçmiş olduğu hakka inhisar edecektir.

**Hiçbir beyanda bulunmamak** alacaklının aynen ifa ile gecikme sebebi ile zarar ziyarı talep ettiğinin karinesi olarak kabul edilir. Zira yukarıda işaret edildiği gibi bu husus için beyana lüzum olmayıp, borçlunun menfaati diğer iki şıkkın bildirilmesini icap ettirir. Ve eğer borçlu vecibesini ifa etmeyeceğini kat'iyetle bildirmişse, kendisi için bir zarar mevzuu bahis olmayacağına göre alacaklının seçtiği tarzı hareketi hemen bildirmesine lüzum kalmıyacaktır. Bunun aksine karar vermek hüsnüniyete ay-

(60) Albert Comment, a. g. tez, s. 78.

(61) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 781.

(61b.) Albert Comment, a. g. tez, s. 78.

(62) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 781.

(63) Albert Comment, a. g. tez, s. 80.

(64) W. Schönerberger - H. Oser, a. g. e. s. 783 No: 36.



kırı olur. Borçlunun ifayı reddetmesi ile aynen ifayı talep hakkı tazminat isteme hakkına inkılâp etmiş olacaktır (65).

**C — Mehil tâyinine lüzum olmayan haller :** Bk. 107 inci maddesinde ki mehil tâyinine lüzum olmayan haller üç numara altına sıralanmıştır.

1 — Borçlunun hal ve vaziyetinden bu tedbirin tesirsiz olacağı anlaşılırsa. Hakikaten eğer borçlunun hal ve vaziyetinden borcunu yerine getirmeyeceği kesin bir şekilde anlaşılıyorsa meselâ: sarahaten veya zimnen ifa etmeyeceğini alacaklısına bildirmişse, munzam bir mehil vermeğe lüzum olmayacaktır. Zira bu gibi hallerde alacaklının faraza aynen ifadan vaz geçerek zarar ziyanı talep etmesi karşısında, borcun ifası zımında hiçbir hazırlıkta bulunmayan borçlunun umulmadık bir zarara uğraması mevzuu bahis olmayacaktır.

Mehil vermenin tesirsiz olacağı borçlunun vaziyetinden - edada bulunmayacağını ciddi bir şekilde bildirmesi suretiyle - anlaşılacağı gibi, meselâ: konusu ferdin tâyin edilmiş bir mal olan borçlarda malın borçlunun elinden çıkmış olması gibi hallerden de istihraç edilir.

Borçlunun borç muaccel olmadan evvel ifa etmeyeceği hususundaki beyanı mehlin tesirsiz sayılması için yetecek midir? Borçlu bu beyanından borcun muaccel olmasına kadar cayabileceği ve sonradan ifada bulunabileceğine göre bu beyan ancak muacceliyet zamanına kadar borçlu tarafından geri alınmamışsa hüküm ifade edebilecektir (66).

2 — Borçlunun temerrüdü neticesi olarak borcun ifası alacaklı için faydasız kalmış ise. Evvelâ ifanın alacaklı için faydasız olması yani aktin maksadına cevap vermemesi lâzımdır. Akit yapan herkes muayyen bir maksatla hareket etmektedir, bu maksadın tahakkuku imkânı kalmadığı takdirde, temerrüt müşahede edilir edilmez hemen 106 inci maddedeki hakları kullanabilmelidir. Burada ifanın, aktin maksadına nazaran faydasız olması lâzımdır. Bu yapıldığı sırada akitle takip olunan maksattır (67).

Faidesizliği borcun bir kısmına taallük etmesi halinde, eğer bu kısım, borcun esasını teşkil ediyorsa alacaklının mehil vermesine lüzum olmayacaktır; aksi halde ise borcun esash kısmının ifasında alacaklının menfaati bulunacağı cihetle mehil vermesi icap edecektir (68).

Zannımızca bu faidesizliğin hususiyle muayyen bir akitteki alacaklıya nazaran değil aynı şartlar dahilinde alacaklı mevkiinde bulunacak her-

(65) Albert Comment, a. g. tez, s. 83.

(66) Albert Comment, a. g. tez, s. 87.

(67) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 789 No: 4.

(68) Albert Comment, a. g. tez, s. 89.

kes için mevcut olması lâzımdır (69), yani mevzu bahis olan bir bakıma objektif faidesizliktir.

Ancak borçlunun bu hususu bilmesine ve eğer işin mahiyetinden anlaşılmıyorsa alacaklının zamanında ödenmediği takdirde edanın kendisi için faidesiz olacağını borçluya bildirmesine lüzum olmayacaktır (70).

Alacaklının faidesizliğe istinat edebilmesi için temerrüt ile bu husus arasında bir illiyet rabitası bulunması lâzımdır. Faidesizliğin sebebi temerrütten başka bir vakıa olmamalıdır. Meselâ (71) Comment'un Biedermann'a atfen zikrettiği: İsmarladığı takımı balodan bir gün evvel alan bir kimsenin, balo biletinin numarası 13 olması ve bu rakamın uğursuzluğuna olan itikadı dolayısıyla baloya gitmemesi ve binnetice elbiseyi istediği zaman giyememiş olması halinde bu illiyet rabitası yoktur. Biletini daha evvel aldırması olsa bile 13 rakamının tesadüf etmesi mümkündür, binaenaleyh elbisenin daha evvel eline geçmemesi ile baloya gitmemesi arasında hiçbir münasebet yoktur. Balo için ismarlanan bu elbisenin o geceye yetişmemesi halinde (72) temerrütten mütevellit faidesizlik mevcuttur.

İfanın faidesiz olacağını ispatı alacaklıya düşer.

3 — Aktin hükümlerine göre borç tâyin ve tesbit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmek lâzım geliyorsa.

Burada kesin, kat'i - vadeli muameleler (fixgeschaeft) mevzu bahisdir. Bu gibi akitlerde, kaideten bağtın ikinci derecede önemli bir unsuru olan ifa zamanı esaslı unsur derecesine yükselmiştir (73). Bu bakımdan zamanında yapılmayan eda umumiyetle faidesiz olacaktır. Ancak bu 3 üncü bendin tatbiki için edanın faidesiz olması şart değildir. Yani muayyen zamanda ifa zarureti borç mevzuunun mahiyetinden değil akitten doğmaktadır. Bu akitlerde zaman unsuru, ne zaman veya ne zamana kadar edada bulunulursa kabul edileceği yani bu eda ile aktin ifa edilmiş sayılacağı sualine cevap teşkil eder (74).

Aktin kesin vadeli olduğu batığın metninden anlaşılabilir. Tarafların koyacakları "ancak iki ay içinde..." en geç 18 mart 951 tarihinde teslim,....." gibi şartlar bu husustaki iradelerini gösterecektir. "Takriben bir ay zarfında..." tarzında bir şart kesin bir vade teşkil etmez.

(69) Albert Comment, a. g. tez. s. 89; aksi fikirdedir.

(70) Albert Comment a. g. tez. s. 90; Arsebük, Esat, a. g. e. s. 861 Not: 65; Funk, Dr. Fritz, Jun. a. g. e. s. 171.

(71) Albert Comment, a. g. tez, s. 89.

(72) Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit. Borçlar Hukuku, s. 346.

(73) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 789, No: 5.

(74) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 790.

Aktin kesin vadeli olduğu borcu saran hal ve şartların heyeti umumiyesinden anlaşılabilir. Meselâ borsa kıymetleri gibi çabuk fiyat inip çıkmalarına maruz olan şeylere taallük eden borçlar veya ticarî alım satımlarda olduğu gibi (75 a) (Bk. 187) (75 b).

Eğer eda müddetinin sonunda borçlu ifada bulunmamış ve alacaklı da derhal harekete geçmemiş veya ifa için yeni bir müddet vermiş veyahutta ifayı gene kabul edebileceğini bildirmişse kesin vadeli akit bu vasfını kaybederek "mehil verilmesi zarurî olan akit mahiyetine inkılâp eder. Böylece yeni bir akit in'ikat etmiş değil sadece eski akit kesin vadeli olma karakterini kaybetmiştir (76).

### MÜTEMERRİT BORÇLUYA KARŞI ALACAKLININ MUHAYYERLİĞİ

Alacaklının borçluya verdiği bu son mehlin boş yere geçmesi halinde Bk. 106 ncı maddesi alacaklıya bir takım selâhiyetler verir. Şimdi bunların mahiyetini tetkik edeceğiz.

**A — Aynen ifayı ve gecikmeden mütevellit zarar ziyanı talep hakkı:**

Alacaklının bu şıkkı ihtiyar etmesi için 106 ncı maddede derpiş edilen formalitelere riayet zarureti yoktur. Borcun aynen ifasını ve gecikme sebebi ile zarar ziyanı her zaman umumî hükümler dairesinde (Bk. 102) isteyebilecektir (77).

Alacaklı bu yola ancak aynen ifanın mümkün olduğu hallerde gidebilir ve aynen ifadan başka bir de gecikme sebebi ile tazminat isteme hakkı vardır. Bu tazminatın şümulüne şunlar girer:

1 — Geç ifadan mütevellit maruz kalınan zarar: Alacaklının edayı temin zımında yaptığı mahkeme masrafları, avukat ücretleri geçici bir zaman için esas edanın yerini tutmak üzere zarurî olarak tedarik edilmiş olan şeylerin değer farkı, alacaklının kendi alacaklısına ödemesi gerekli temerrüt tazminatı gibi masraflar bu meyanda sayılabilir.

2 — Mahrum kalınan kâr: Borç mevzuu alacaklı tarafından satılacak bir mal olduğu takdirde bu satıştan elde edilecek kâr farkı, zamanında teslim edilmemiş bir çiftliğin gelir farkı, istifade edilemeyen semere-

(75a) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 790; Albert Comment, a. g. tez. s. 93; Arsebük, Esat, a. g. e. s. 862.

(75b) Ancak Ticaret kanunu borçlar kanunundaki (Bk. 187) esası kabul etmez. Şirket sermayeleri hakkındaki T. K. 133 üncü madde hükmü müstesna, Ticarî alım satımlarda alacaklının münasip bir mehil verme mecburiyeti vardır (T. K. 714).

(76) H. Oser-W. Schönerberger, a. g. e. s. 791; Albert Comment, a. g. e. tez. . 95.

(78) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 761, No: 5.

ler bu meyandadır. Geç teslim edilmiş olan şeyin bedeli temerrüt tarihinden itibaren düşmüş bulunuyorsa buna karşılık tazminatta istenebilir (78). Yani zarar takdir edilirken alacaklının vaziyeti göz önünde tutulacak ve vecibe vaktinde ifa edilmiş olsaydı mamelekinin bulunacağı durum ile geç ifa anındaki mamelek durumu karşılaştırılacaktır. Geç ifa bu mamelekte bir azalma tevliht etmiş ise veya vuku bulacak bir çoğalmaya mâni olmuşsa bu farkın mütemerrit borçlu tarafından ödenmesi lâzım gelir (79). İfanın gecikmesi sebebi ile zarara uğradığının ispatı alacaklıya aittir.

Gecikmede kusuru olmayan borçlu tazminat ödemekten kurtulacaktır. Kanun vazı bu hususun ispatını zaten zararlı olan alacaklıya değil borçluya tahmil etmiştir. Kanun temerrüdün borçlunun kusurundan neşet ettiğini karine olarak kabul etmiştir. Bu karineyi çürütmek borçluya düşer.

Bu talep hakkı on senelik mürruru zamana tabi olup (Bk. 125) müddet alacağın muaccel olduğu zaman başlar, alacağın muacceliyeti bir ihbar vukuuna tâbi ise mürruru zaman bu haberin verileceği günden itibaren cereyan eder. (Bk. 128). Borcun ifası için mehil tâyini veya alacaklının seçtiği şıkkı bildiren beyanı 133 üncü madde mânasında kati sebebi teşkil etmez (80).

**B — İfadan vazgeçme ve ademi ifadan mütevellit zarar ziyanı talep hakkı :**

Burada alacaklı sadece borcun ifa edilmesinden vazgeçmektedir. Yoksa akitten rücu etmiş değildir. Akit gene mevcuttur ve eskisi gibi hüküm ifade eder. Ancak borçlunun vecibesi tazminat şekline inkılâp etmiştir. Akit hüküm ifade ettiğine göre alacaklının kendi borcunu yerine getirmesi lâzımdır, eğer bu borcun mevzuu bir miktar paradan ibaretse bu paranın zarar ve ziyanla takasına imkân vardır (81). Şayet alacaklı daha evvel borcunu yerine getirmişse tabiatıyla bunu geri alamıyacaktır.

Bu şıkkı ihtiyar eden alacaklı ifanın mümkün olamayacağı veyahut artık kendisi için bir kıymet ifade etmeyeceği düşüncesi ile hareket etmektedir. Borcun yerine kaim olacak tazminatı elde etmek ümidi daha çoktur.

**Burada tazmin edilecek nedir?** Akit muayyen bir durum iktisap etmek maksadı ile yapılır. Tarafların muayyen menfaatleri onları böyle bir anlaşmaya sevk eder, binaenaleyh aktin ifa edilmesi ile tarafların men-

(78) Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit. a. g. e. s. 344.

(79) Atif Yonsel, a. g. mak. Ist. Baro Mec. 1945, s. 405.

(80) Albert Comment, a. g. tez, s. 106.

fatleri arasında sıkı bir rabita vardır. Vecibesini yerine getirmiyen taraf bu hareketi ile diğer tarafı zarar ve ziyana uğratmıştır. Bu suretle aktin ifası ile iktisap edeceği malî durumundan mahrum edilmiştir. İşte borçlu bunu tazminle mükelleftir. Yani burada tâvizi bir tazminat bahis mevzuudur (82).

Borcun son mehil içinde ifa edilmemesi neticesinde doğan zarar ziyan değil, umumiyetle edanın yerine getirilmesi halinde alacaklının elde edeceği menfaat karşılanacaktır. Aktin ifa edilmesi alacaklıyı nasıl bir duruma sokacak idi ise tazminatın bu malî durumu sağlaması lâzım gelecektir. İstenen müsbet zararın tazminidir. Şu halde bu talep iki unsuru ihtiva edecektir.

1 — **Maruz kalınan zarar.** Aktin ifa edilmemesi neticesinde alacaklının yaptığı masraflar burada hesaba katılır. Borç mevzuu ile sıkı surette alâkâli olarak satın alınan malların ademi - ifa sebebi ile bir kıymet ifade etmemesi halinde alacaklının uğrayacağı zarar bu meyanda sayılabilir. Fakat meselâ aktin in'ikadı zımında yapılan masraflar talep edilemeyecektir. Zira akit fesh edilmiş değildir (83).

Tazmini istenen zararla ademi - ifa arasında uygun bir illiyet rabitasının bulunması lâzımdır.

2 — **Mahrum kalınan kâr.** Burada borcun aynen ifası halinde alacaklıya temin edilecek menfaat mevzuu bahistir. İfa edilmeyen borcun mevzuu olan malı satmak suretiyle elde edilecek kârdan mahrumiyet gibi. Ancak tazminatın verilen mehilin sona erdiği zamanki durum esas ittihaz edilerek hesap edilmesi lâzımdır. Çünkü mehil bitmeden önce edada bulunmak henüz mümkündür. "Demekki borçlunun edada bulunmasını istemekten vaz geçmiş olan alacaklı eda konusu olan malı vaktiyle daha yüksek fiyatla elden çıkarabilecek olduğunu ileri süremez. Eğer bu durumdan istifade etmek isterse alacaklı tazminat ile beraber borcun yerine getirilmesini isteyebilir. Çünkü kanun içlerinden birini seçme hakkını tanıdığı üç nevi hakkın hükümlerinin birbiri ile karıştırılmasına müsaade etmemiştir." (84).

Zarar ziyanın mevcudiyetini ispat külfeti alacaklıya aittir. Alacaklının zararın mevcudiyetini delillerle ispat edipte kat'i miktarını tesbit edememesi halinde (Bk. 98) inci maddesi delaleti ile 42 inci madde hük-

(81) Arsebük Esat, a. g. e. s. 365.

(82) Dr. Ferit H. Saymen, a. g. e. s. 509; Albert Comment, a. g. tez, s. 111.

(83) Albert Comment, a. g. tez, s.112.

(84) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 779.

müne uygun olarak ahvalin umumî gidişine göre onun hâkim tarafından tâyin ve takdiri doğru olur (85).

Alacaklının bilfiil duçar olduğu bir zarar bulunmadığı, zararın yalnız kâra inhisar ettiği ve borcun da yerine getirilmesi borçlu için pek müşkül olduğu hallerde hakim 43 üncü maddeyi tatbik ve tazminatın tanziline karar verebilecektir. Hâdise bilhassa harp senelerinde mevzuu bahis olabilir. Akitler evvelce derpiş edilmeyen zorluklarla karşılaşmış bulunabilirler. (Fiyatların ani yükselişi gibi). Bunun akıbetini iki taraf arasında taksim etmek ve bu halin tahaddüs edebileceğini borçlu kadar alacaklının da bilmesi lâzım geleceğini kabul etmek hak ve nasafet kaidelerine uygundur. Tabiidir ki bu mülâhazalar alacaklının duçar olduğu zarar için kabili tatbik olamaz (86).

Borçlu edanın ifa edilmesinde kusuru olmadığını ispat etmek suretiyle tazminat mükellefiyetinden kurtulabilecektir. Filhakika 106 ncı madde de bu hususta bir sarahat yoksa da her zarar ziyan bir kusuru icap ettireceğine göre burada 96 ncı maddedeki umumî kaideye göre hareket edilmesi doğru olur (87).

Bu tazminat talebi mukaveleden neş'et ettiğine göre on senelik mürru zamana tabi olacak (87,b) ve zamanışımının başlangıcı, umumî kaideye uygun olarak borcun muaccel olduğu tarih olacaktır. Ancak bu dâva hakkı son mehilden hemen sonra yapılan beyanla doğacağı cihetle zamanışımının mehlin bittiği gün daha doğrusu derhal yapılacak beyanla cereyan etmeye başlaması lâzım gelecektir (88).

#### C — Akdin feshi ve fesihden mütevellit zarar ve ziyanı talep hakkı:

Alacaklı borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyanı talep edeceği yerde akdi feshederek fesihden mütevellit zarar ve ziyanı talep edebilir (Bk. 106 f. 2). Bu maksatla borçluya fesih hususundaki arzusunun bildirmesi ve meselâ: "Akdi feshediyorum, fesih sebebi ile zarar ziyanı isteyeceğim" tarzında bir beyanda bulunması lâzımdır. Ancak sözleşme ve protestolarda (akid feshi) sözü bazen bağıttan dönme bazen de ifadan vaz geçme mânasına kullanılmış olabileceği cihetle alacaklının hangi şıkkı kasdettiğinin tefriki bazı hallerde müşkül olacaktır. Bu gibi hallerde sözleşme veya beyanın lâfzına sıkı surette bağlı kalmıyarak halin

(85) Atif Yonsel, a. g. e. İst. Baro. mec. 1945, s. 407.

(86) Atif Yonsel, a. g. mak. İst. Baro. mec. 1945, s. 407.

(87) Albert Comment, a. g. tez. s. 135.

(87, b) Atif Yonsel a. g. mak. İst. Baro. mec. 1945 s. 408.

(88) Edouard Béguelin, Fich es juridiques suisses, No: 665, p. 4; A. Comment, a. g. tez, s. 135.

icabına göre bu fesih sözünü tefsir etmek uygun olur. Beyanı yaparken alacaklının kastedeceği ve diğer tarafın bundan mantiken çıkaracağı mânaya göre bir neticeye varmak doğru olur (89). Federal mahkeme bu beyanı tefsir ederken alacaklının zarar ziyan isterken ileri süreceği esbabı mucibeyi nazarı itibara almaktadır. Alacaklı akti feshettiğini ve fesih sebebi ile zarar ziyan isteyeceğini beyan ettiği halde; aktin ifa edilmemesinden mütevellit zararın tazminini talep etmesiyle Federal mahkeme alacaklının beyanında akti muhafaza niyetinin bulunduğunu kabul etmiştir (90).

Alacaklının bu son şıkkı seçtiğini bildiren beyanı ile akit münfesihtir. Borçlunun itirazı vaki olmazsa, fesih hususunda mahkemenin müdahalesine lüzum olmayacaktır.

Birden fazla borçlu veya alacaklının bulunması halinde fesih beyanın tesirsiz olmaması için bütün alacaklılar tarafından borçluların hepsine karşı yapılması lâzımdır. Bir tek alacaklıdan sadır olup, sadece bir tek borçluya teveccüh eden fesih beyanı neticesiz olur (91).

Borçlunun kusurlu olup olmamasının aktin feshinde bir rolü olmayacaktır. Alacaklı borçlunun kusuru olmasa dahi akti feshedebilir. Ancak bazı müellifler eğer alacaklı edimin bir kısmını zaten almış ve bunu kendi kusuru neticesi iade edememek vaziyetinde bulunmuşsa feshe cevaz vermemektedirler (92). Kanaatimize mütemerrit olmayan tarafta iade edilmesi gereken malın yok olması feshe bir mani teşkil etmemelidir. Zira karşılıklı istirdat dâvaları birbirinden tamamen müstakildirler (Bk. 81 inci maddesi buraya tatbik edilmez ve malın aynen iadesi mümkün olmayan hallerde de nakten iadesine cevaz vardır (93)).

Borçlu mükellefiyetini kısmen ifa etmişse alacaklının akti ifa edilmeyen kısım hakkında feshetmeye selâhiyeti var mıdır? Funk bunu ancak alacaklı tarafından yerine getirilmesi icap eden karşı edimin dahi kabili taksim olması, her iki tarafın edimlerdeki muhtelif kısımların birbirine tekabül etmesi ve karşı - edimin bakiyesini elde edemeyecek olduğunu bilmiş olsaydı borçlunun akdi yapmıyacak olduğunu kabule mahal bulunmaması halinde" caiz olacağını söylemektedir (94).

**I — Akti feshetmenin neticeleri :** Fesih makale şâmil hüküm ifade eder. Yapıldığı andan itibaren akti ortadan kaldırır. Yani fesihle ak-

(89) Daepfen/Reymond a. g. e. p. 199.

(90) Albert Comment, a. g. tez. p. 138, Note: 2 = A. T. F. 49 II, No: 6, p. 35.

(91) Albert Comment, a. g. tez. s. 138.

(92) Dr. Fritz Funk, jun. a. g. e. s. 170.

(93) Aynı fikir, Albert Comment, a. g. tez. s. 139.

(94) Dr. Fritz Funk, jun. a. g. e. s. 170.

tin yapılmasından önceki duruma avdet edilecektir. Fesihle aktin, makabline şâmil olarak, heyeti umumiyesi ile ortadan kalkmasının neticesi olarak meselâ borçlunun borcu için yapılmış olan kefalet akti de ortadan kalkacak (95), alacaklı karşı tarafı mükellefiyetini ifaya icbardan feragat etmiş olacağı gibi kendisine arz edilen edayı kabulden de içtinaba hak kazanacaktır (96).

Fesihle aktin hiç yapılmamış sayılacağı esastan iki netice çıkar:

a) Eğer akit yapıldığı tarihten itibaren taraflardan herhangi biri tarafından borcun ifası zımında bir fiil yapılmamışsa bu vaziyet hiçbir değişikliğe uğramadan öylece devam eder.

b) Eğer fesihden önce edada bulunmuş ise edada bulunan edasını geri isteyebilir.

**Karşılıklı edaların iadesi :** Borçlar kanunumuz "akitten rücu eden alacaklı, vaad olunan şeyi vermektan imtina ve tediye eylediği şeyi istirdat edebilir" demekte fakat alacaklının buna mukabil iade mükellefiyetinden bahis etmemektedir. Bununla beraber iadenin karşılıklı olması lâzımdır (97). Ancak geri isteme hakkı birinci derecede mütemerrit olmıyan ve daha önce edada bulunmuş olan tarafa ait olup mütemerrit olan tarafın, bütün bağıt ortadan kalkmış ise kısmi edasının iadesini istemek hakkı olacaktır (98).

Bu hak sırf alacak hakkı mahiyetinde, şahsi bir takip hakkıdır. (99). Iflasta mal üzerinde istihkak iddiasına mesnet teşkil etmiyeceği gibi iyi niyetli veya kötü niyetli olmaları söz konusu olmaksızın üçüncü şahıslara karşı dermeyanı caiz değildir. (100). Meğer ki mülkiyeti muhafaza kaydı ile verilmiş ola (101).

Tarafların prensip itibariyle aldıklarını aynen iade etmek mükellefiyetleri vardır. Ancak eda mevzuunu teşkil eden şeyin kaybı veya hüsnüniyetle üçüncü şahıslara nakledilmesi halinde veyahut semereler ve meyvelerin iadeye tabi tutulup tutulmayacağı hususunda kanunda bir sarahat yoktur. Binaenaleyh bu gibi hallerde umumî hükümler dairesinde hareket etmek icap edecektir. Bazı müellifler 192 ve 205 inci

(95) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 792.

(96) Edouard Béguelin, a. g. e. fiches juridiques suisses, No: 665, p. 5.

(97) Albert Comment, a. g. tez, s. 141.

(98) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 793.

(99) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 793; Alfret Marten a. g. e. s. 137.

(100) H. Oser - W. Schönerberger, a. g. e. s. 793.

(101) Edouard Béguelin a. g. e. fiches juridiques suisses, p. 6, No: 665.

(102) Albert Comment'ın zikrettiğine göre: (a. g. e. p. 142): Biedermann,



maddelerde ki hükümlerin kıyasen tatbikini ileri sürmekte iseler de (102). Umumiyetle kabul edildiği gibi sebepsiz zengileşme hükümlerinin tatbiki daha doğru olacaktır. (103). Hernekadar haksız surette mal iktisabı kaidelerinin ancak dava zamanında borçlunun mamelekinde ki tezayüt nisbetinde iadeye imkân verdiği ve bu bakımdan alacaklının verdiklerini tamamen geri almasını temin edemeyeceği, alacaklının kâfi derecede korunmamış olacağı mülâhazaları ile kabul edilmek istenilmemişse de alacaklı kaybını tazminat davası zmnında isteyebileceği cihetle bu itiraz varit değildir (104).

Aktin mevzuu mal olupta el'an mevcut değilse borçlunun mamelekinde ki tezayüt nisbetinde nakten istirdat olunur. (105). İadesi istenilen şeyin değerinin tutarını ispat, geri istemeye hakkı olan şahsa aittir (106).

İadenin aynen yapılması prensibine rağmen borcunu mahalli para ile ödemek mükellefiyetinde olan alıcı akti feshettikten sonra, yabancı para ile yaptığı kısmi tediyesinin tutarı kadar, iadesinin mahalli para ile yapılmasını isteyebilir; Borçlunun yabancı parayı muhafaza etmiş olması ehemmiyetli değildir (107).

Geri isteme dâvası 66 ncı maddedeki müruru zamana tabi olacak ve aktin feshi tarihine itiladan bir sene içinde müruru zaman tahakkuk edecektir. Madde de zikredilen on senelik müruru zamanın burada ameli bakımdan tatbikine imkan görülemez (108).

**II — Aktin feshedilmesi sebebi ile alacaklının tazminat talebine hakkı ve tazminatın sumulü:** Bk. 108 inci maddesinin ikinci fıkrası ile alacaklıya verdiklerini geri istemek hakkından başka, borçlunun kusursuz olduğunu ispat edemediği hallerde, ayrıca bir de aktin hükümsüzlüğünden mütevellit tazminat isteme hakkını bahsetmektedir. Ancak ortada bir akit mevcut olmadığı ve haksız surette mal iktisabı sadece verilen istirdadına imkân verip ayrıca bir tazminata yol açmayacağı cihetle mevzuu bahis tazminatın hukuki mesnedi ne olacaktır? Bunun tesbiti tazminata tatbik edilecek hükümlerin tayini bakımından faydalı olur.

Bu hususta evvelâ - culpa in contrahendo - akit yapılırken işlenen kusur nazariyesi düşünülmüştür. Jhering'e atfedilen bu nazariye şöylece

(103) Albert Comment, a. g. tez, s. 144; Dr. Fritz Funk, jun. s. 172; Alfret Marten, a. g. e. s. 137.

(104) Albert Comment, a. g. tez, s. 144.

(105) Daepfen/Reymond, a. g. e. p. 205.

(106) Dr. Fritz Funk, jun. a. g. e. s. 172.

(107) Federal mahkeme kararı, (1923 I 621), Daepfen/Reymond, a. g. e. p. 205.

(108) Albert Comment, a. g. tez, p. 145.

hülâsa edilebilir: "Bir akit yapmak teklifinde bulunan herkes'in, ne kendi şahsı bakımından ve nede kendisine tereküp eden borç mevzuu bakımından, hiçbir şey'in o aktin mevcudiyet ve mer'iyetini ihlâl etmeyeceğine emniyet getirmiş olması lâzımdır. Zaten akit yapma teklifinde bulunurken bu tahkikatı yaptığını, başka bir ifade ile mukaveleyi akte derken ileride karşı taraf aleyhine bir zararın husulüne imkan vermeyecek bir vaziyette bulunduğunu temin etmektedir. Binaenaleyh onun şahsına veya kendi borcunun mahiyetine atfedilecek bir sebeple akit feshedilecek olursa bundan mes'uldür. Zira bu yukarda izah edilen tahkikatın yapılmadığını veyahutta fena yapılmış olduğunu gösterir. Bu gibi hallerde diğer tarafa, aktin in'ikat etmemiş olması halinde ki menfaatlerinin mukabilini tazminat olarak vermekle mükelleftir. "(109). La culpa in contrahendo batıl bir mukavele aktedene karşı ileri sürülebilir. Bu aktin in'ikadında ki hatadır. Halbuki hadisemizde mukavele muteber olarak in'ikat etmiş ve muayyen mehil zarfında icra edilmemiş olduğu için feshedilmiştir. (110).

Mevzuu bahis tazminatı haksız fiile istinat ettirmekte müşkildir. Zira aktin feshi bir haksız fiilin mevcudiyetini icap ettirmez (111).

Kanaatimizce bazı müelliflerle beraber bu tazminatı kanuna istinat ettirmek en doğru hal caresi olacaktır. (112). Albert Comment teferruatını tetkik edebilmek için bu tazminat davasını mukaveleden neş'et eden. Bir davaya kıyasen mütalea etmenin doğru olacağını kabul etmektedir. (113). Zira bu tazminatın temerrütle alakalı olması, - haksız fiillerin aksine - borçlunun kusursuz olduğunu ispat mükellefiyeti ve bu tazminat talebinin tahaddüs edebilmesi için bir aktin yapılmış olmasının icap edeceği, gibi hususlar mezkur davayı haksız fiilden ziyade mukaveleden neş'et eden davalara yaklaştırmaktadır.

**Müruru zaman:** Tazminatın mesnedi haksız fiil veya sebepsiz mal iktisabı olmadığına ve kanundan tevellüt ettiği göre, bu davanın umumi hükümler dairesinde (Bk: 125)) on senelik müruru zamana tabi olması icap edecektir. (114).

**Fesihten mütevellit tazminatın şunulü:** Alacaklı bu şıkkı ihtiyar etmekle kendisini akitle hiçbir şekilde bağlı hissetmeyecek ve kendisine te-

(109) Albert Comment, a. g. tez, p. 150, note: 2 = Jhering, Jahrbücher 4 et suiv.

(110) Albert Comment, a. g. tez, p. 150.

(111) "Aktin her ihlâli, hukuki bakımdan dahi, mutlaka bir haksız fiil teşkil etmez". Albert Comment, a. g. tez, p. 151.

(112) Edouard Béguelin, a. g. e. fiches juridiques suisses. No: 665, p. 6.

(113) Albert Comment, a. g. tez, p. 151.

rettüp eden mükellefiyeti yerine getirmeyecektir. Böyle olunca aktin ifa edilmesi halinde nail olacağı menfaatleri karşı taraftan talep edemeyecektir. Akit bütün teferruatı ile ortadan kalkmıştır. Burada tazmin edilmesi mebzuu bahis olan zarar aktin icra edilmemesinden tevelliüt eden değil, aktin in'ikadından doğan zarardır. Alacaklı eğer diğer tarafla akit yapmamış olsaydı hangi vaziyette bulunacak idi ise o vaziyete avdet etmeyi istemektedir. Müsbet zararın mukabili olan, güvenin, itimadın boşa çıkmasından tahassül eden bu zarara menfi zarar denir ve maruz kalınan zarar ile mahrum kalan kardan ibarettir.

Maruz kalınan zarar aktin in'ikadı dolayısı ile yapılan masraflardır. Noter masrafı, aktin mevzuunu teşkil eden şeyi görmek için ihtiyar edilen yol masrafı, veya malı koymak için tutulan deponun kira bedeli gibi (115).

Mahrum kalan kâr alacaklının aktin neticeleneceğine olan itimad dolayısı ile aynı mevzuda başka teşebbüslere girmemesi yüzünden mahrum kalacağı kârdır; yoksa burada aktin icra edilmemesi sebebiyle mahrum kaldığı kâr mevzuu bahis mevzuu değildir.

Menfi zararın bazı hallerde müspet zararlarla karışması da mümkündür. Bu mahiyette bir talebi Federal mahkeme kabul etmiştir. (116)

(114) Edouard Béguelin, a. g. e. fiches juridiques suisses, No: 665, p. 7; Daepfen/Reymond, a. g. e. p. 205; Albert Comment, a. g. e. p.155.

(115) Albert Comment, a. g. tez, p. 147.

(116) Meselâ alacaklı eğer mütemerit borçlu ile akit yapmamış olsaydı aynı akti başkası ile yapacak ve bu suretle aynı menfaati temin edebilecektir.

Bak. Albert Comment, a. g. tez, p. 149, Note: 2 = A. T. F. 39 II, No: 18, p. 98.