

TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİNDE ÖDÜNÇ ALANIN ÖDEME GÜÇSÜZLÜĞÜ VE BU GÜÇSÜZLÜĞÜN YARATTIĞI HUKUKÎ SONUÇLAR

*Insolvency of the Borrower in Loan for Consumption and
Legal Consequences of this Insolvency*

Yrd. Doç. Dr. Arif Barış ÖZBİLEN*

ÖZET

Ödünç verenin, bir miktar paranın ya da misli bir eşyanın mülkiyetini ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktardaki para veya eşyayı ödünç verene geri vermeyi üstlendiği sözleşme şeklinde tanımlanabilecek olan tüketim ödünç sözleşmelerinde, ödünç alanın ödeme gücü ayrı bir öneme sahiptir. Öyle ki, Türk Borçlar Kanunu ödeme güçsüzlüğüne düşen ödünç alan karşısındaki ödünç verene, belirli şartların gerçekleşmesi hâlinde sözleşme ile bağlı kalmaktan kurtulma imkânı tanımıştır. Bu çalışma ile, özellikle ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde olduğuna işaret eden özel durumların belirlenmesi ve ödünç alanın ödeme güçsüzlüğüne düşmesinin hukukî sonuçlarının ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tüketim Ödünç Sözleşmesi, Ödeme Güçsüzlüğü, İflas, Haczin Sonuçsuz Kalması.

ABSTRACT

The solvency of the borrower has a special importance in terms of loan for consumption which can be defined as a contract whereby the lender undertakes to transfer the ownership of a sum of money or of other fungible goods to the borrower, who in return undertakes to return objects of the same quantity and quality to him. In fact, the Turkish Code of Obligations recognizes to the lender against the borrower who becomes insolvent, the opportunity of withdrawing from the contract in case of realization of certain conditions. This essay is aimed to present the circumstances indicating the insolvency of the borrower and also the legal consequences of this insolvency.

Keywords: Loan for Consumption, Insolvency, Bankruptcy, Execution Without Satisfaction.

◆◆◆◆

I. Ana Hatlarıyla Tüketim Ödünç Sözleşmesi

Tüketim ödünç sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tü-

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.
bozbilen@bilkent.edu.tr

ketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir. Bu tanım, Türk Borçlar Kanunu m. 386 hükmü ile öngörülmüştür. Önceki (818 sayılı) Borçlar Kanunu m. 306'da yapılan tanımda¹ ise, kanımızca daha isabetli bir biçimde, ödünç verenin ödünç konusu şeyin yalnızca zilyetliğini değil, onun mülkiyetini de ödünç alana devretmeyi borçlandığı hususu açıkça ortaya konulmaktaydı². Mülkiyetin devrinin borçlanılması, tüketim öduncü sözleşmesini, kullanma öduncü (ariyet) ya da kira sözleşmesinden ayırmaktadır. Nitekim anılan sözleşmelerde, borçlu, sözleşme konusu şey üzerindeki mülkiyet hakkının devrini değil, sadece bunun kullanılmasını sağlamak amacıyla zilyetliğinin devrini üstlenmektedir³. Tüketim öduncü sözleşmesinde ise, ödünç alanın kullanımına sunulan, ödünç konusu şeyin kendisi değil, onun değeridir⁴. Dolayısıyla ödünç veren, yalnızca tüketim öduncüne konu olan şeyin kullanılmasına değil, onun ödünç alan tarafından tüketilmesine de izin vermektedir⁵. Bu nedenle ödünç alan, ödünç konusunun kendisini değil, ödünç olarak devraldığı şeyle aynı nitelik ve miktardaki bir başka şeyi geri vererek ödünç verene karşı sahip olduğu iade borcundan kurtulabilecektir.

¹ eBK m. 306'da yapılan tanım şu şekildeydi: “*Karz, bir akittir ki onunla ödünç veren, bir miktar paranın yahut diğer bir misli şeyin mülkiyetini ödünç alan kimseye nakil ve bu kimse dahi buna karşı miktar ve vasıfta müsavi aynı neviden şeyleri geri vermekle mükellef olur*”.

² Bkz. Mustafa Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, 3. Bası, İstanbul 2013, sh. 365. Keza « mülkiyetin devri » ifadesi, hükmün İsviçre Borçlar Kanunundaki karşılığını oluşturan 312. maddenin Fransızca ve Almanca metinlerinde de yer almaktadır: « Le prêt de consommation est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à transférer **la propriété d'une somme d'argent ou d'autres choses fongibles à l'emprunteur, à charge par ce dernier de lui en rendre autant de même espèce et qualité** ». Aynı şekilde: „Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Übertragung des **Eigentums** an einer Summe Geldes oder an andern vertretbaren Sachen, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte”.

³ Aydın ZEVKLİLER/Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara 2014, sh. 393; Halûk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Bası, İstanbul 2008, sh. 298 ; Murat AYDOĞDU/Nalan KAHVECİ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, sh. 635; Pierre ENGEL, Contrats de droit suisse, 2^{ème} éd., Berne 2000, sh. 269 ; Christian BOVET/Alexandre RICH, Commentaire Romand (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), Code des Obligations I, 2^e édition, Art. 305-318, Du prêt, Genève 2012, sh. 1946.

⁴ Fikret EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, sh. 494, dn. 1; Pierre TERCIER/Pascal G. FAVRE/Hubert BUGNON, Les contrats spéciaux, 4^e éd., Zurich 2009, § 29 - § 41, sh. 439; GÜMÜŞ, sh. 365; Heinz SCHÄRER/Benedikt MAURENBRECHER, Basler Kommentar (Hrsg.: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Obligationenrecht I, Art. 305-318, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 312 OR, No: 1; Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012, sh. 298.

⁵ ENGEL, Contrats, sh. 267; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 440.

Her ne kadar TBK m. 386 hükmünde yapılan tanımda açıkça ifade edilmiş olsa da, tüketim ödöncü sözleşmesinin konusunu, para ya da mislî eşya oluşturur. Bilindiği üzere mislî eşya, sayma, tartma ve ölçme suretiyle belirlenebilen ve yerine bir başkası konulabilen eşyayı tanımlamak üzere kullanılan bir kavramdır⁶. Her tür mislî eşya, tüketim ödöncü sözleşmesinin konusunu oluşturabilir⁷. Bu bakımdan, TBK m. 386 hükmünde yer alan ifadenin aksine, tüketilebilir şeylerin yanında niteliği itibariyle tüketilemeyen şeyler de bu sözleşmeye konu olabilir⁸. Bununla birlikte mislî olmayan eşyanın, örneğin bir heykeltıraş tarafından yaratılan belirli bir heykelin, tüketim ödöncü sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkün değildir. Bu tür eşya, kullanım ödöncü (ariyet) ya da kira sözleşmesine ise konu olabilir.

Sürekli bir borç ilişkisi niteliğinde olan⁹ tüketim ödöncü sözleşmesi ivazlı olarak akdedebileceği gibi, bu sözleşmenin ivazsız olarak kararlaştırılması da mümkündür¹⁰. Özellikle sözleşmeye konu olan şeyin devri karşılığında, ödünç alanın ödünç verene faiz ödeyeceği kararlaştırılmışsa, sözleşme, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği taşır¹¹. Tüketim ödöncü sözleşmesinin faizsiz olarak yapıldığı hâllerde ise, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ile karşı karşıya kalınmaktadır¹². Diğer taraftan TBK m. 387 hükmüne göre, ticarî

⁶ Bkz. Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 11. Bası, İstanbul 2013, sh. 8; Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015, sh. 111; Necip KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1), 4. Bası, İstanbul 2008, sh. 59; Selahâttin Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Halûk BURCUOĞLU/ Atilâ ALTOP, Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993, sh. 12; O. Gökhan ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2015, sh. 55; Hüseyin HATEMİ/Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015, sh. 213; Peter GAUCH/Walter R. SCHLUEP/Jörg SCHMID/Susan EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 10. Aufl., Zürich 2014, sh. 26; Andreas von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı C: 1-2, (çev.: Cevat Edege), Ankara 1983, sh. 53-54.

⁷ Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN, Türk Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2014, sh. 736.

⁸ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, sh. 394 ; GÜMÜŞ, sh. 365; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 439.

⁹ GÜMÜŞ, sh. 366; EREN, Özel Hükümler, sh. 495; Pınar ALTINOK ORMANCI, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011, sh. 61; Benedikt MAURENBRECHER, Das verzinliche Darlehen im schweizerischen Recht: Dogmatische Grundlagen und praktische Konsequenzen, Bern 1995, sh. 76; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 440 ; SCHÄRER/ MAURENBRECHER, Art. 312 OR, No: 3.

¹⁰ GÜMÜŞ, sh. 366; Heinrich HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010, sh. 260; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 440; SCHÄRER/ MAURENBRECHER, Art. 312 OR, No: 1; ENGEL, Contrats, sh. 267.

¹¹ MAURENBRECHER, sh. 60.

¹² Ödünç alanın, sözleşmenin sonunda ödünç konusu şey ile aynı nitelik ve miktardaki şeyi ödünç verene iade etme borcu, ödünç verenin ediminin karşılığını (sinallagmasını)

olmayan tüketim öduncü sözleşmelerinde faiz istenebilmesi için, bu hususun sözleşmede kararlaştırılmış olması gerekirken; ticarî tüketim öduncü sözleşmelerinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebileceği belirtilmiştir.

Tüketim öduncü sözleşmesinde ödünç veren, ödünç alana karşı ödünç konusu para veya misli eşyanın mülkiyetini devir ve teslim borcu altına girmekle birlikte, ödünç konusu ile ilgili olarak ayıp ve zapttan da sorumludur¹³. Ödünç alanın ödünç verene karşı sahip olduğu borçlar ise, ödünç konusunu aynı miktar ve nitelikte geri verme, sözleşme yapma giderlerini ödeme ile faizli ödünç sözleşmeleri bakımından da bunlara ilâveten, faiz ödeme ve ödünç konusunu teslim alma şeklinde sıralanabilir¹⁴.

II- Ödünç Alanın Ödeme Güçsüzlüğü

1) Genel olarak

TBK m. 390/f. 1 hükmü, ödünç alanın ödünç sözleşmesinin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde, ödünç verenin, ödünç konusunu teslimden kaçınabileceği hususunu öngörmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu sonradan öğrenen ödünç verenin de aynı hakka sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.

Görüldüğü gibi söz konusu hüküm, sözleşmede edimini ilk olarak yerine getirmesi gereken taraf olan ödünç verene, ödeme güçsüzlüğüne düşen ödünç alan karşısında kendini güvence altına alma hakkı tanıyarak, ödünç verenin, ödünç konusunu ve (kararlaştırılmışsa) faizini kaybetme riskini ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Bu bakımdan TBK m. 390 hükmünün, ödünç verenin

oluşturmadığından, bu durumda eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme bulunmaktadır. Bkz. Claire HUGUENIN, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zurich 2008, sh. 86; EREN, *Özel Hükümler*, sh. 496. Kaldı ki, ödünç alanın iade borcundan bahsedilebilmesi için, ödünç verenin, ödünç alana karşı sözleşmeden doğan mülkiyeti devir ve teslim borcunu yerine getirmiş olması gerekmektedir. Bkz. TANDOĞAN, sh. 299; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, sh. 734.

¹³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, sh. 752-753; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, sh. 407; TANDOĞAN, sh. 348; GÜMÜŞ, sh. 370-372; EREN, *Özel Hükümler*, sh. 510-513; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 442; ENGEL, *Contrats*, sh. 269; Alfred KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR, Band 1*, Bern 2012, sh. 326; Markus MÜLLER-CHEN/Daniel GIRSBERGER/Andreas FURRER, *Obligationenrecht - Besonderer Teil*, Zürich 2011, sh. 175; HUGUENIN, sh. 87.

¹⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, sh. 754-755; GÜMÜŞ, sh. 372-375; EREN, *Özel Hükümler*, sh. 513-515; TANDOĞAN, sh. 353; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, sh. 408-409; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 443; ENGEL, *Contrats*, sh. 271; HONSELL, sh. 259; KOLLER, sh. 326-327; HUGUENIN, sh. 87-88.

koruyucu bir düzenleme niteliğinde olduğu rahatlıkla söylenebilir¹⁵.

Özellikle ticaret hayatında ayrı bir öneme sahip olan, konusunu belli bir miktar paranın oluşturduğu tüketim ödünçü sözleşmelerinde, borçlunun (ödünç alanın) ödeme gücü, ödünç veren açısından sözleşmenin kurulması noktasında belirleyici bir etken olarak yer almaktadır. Bu da, TBK m. 390 hükmünün uygulamadaki önemini daha da belirgin hâle getirmektedir.

Ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içerisine düşmesinin hukukî neticelerini ortaya koymadan evvel, hangi durumlarda ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde sayılabileceği hususuna değinilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

2) Ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğunu gösteren hâller

a) Ödünç alanın iflası

Ödünç alan hakkında iflas kararı verilmiş olması, onun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu gösteren emarelerin başında gelmektedir¹⁶. İflas müessesesi, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 6'ncı, 7'nci ve 8'inci bablarında düzenlenmiş, bununla birlikte, iflasın tanımına söz konusu kanunda yer verilmemiştir. İflas, borcunu kendi rızası ile ifa etmeyen borçlunun tüm malvarlığının, bütün alacaklıları yararına tasfiyeye tâbi tutulması şeklinde açıklanabilir¹⁷. İflas, dışa karşı çoğu kez borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu yönünde bir görüntü yansıtılmaktadır. Gerçekten, günlük kullanımı itibariyle iflas kavramının, acz içinde bulunma, borca batık olma, borçlarını ödeyememe gibi olgularla açıklandığı görülmektedir¹⁸. Her ne kadar TBK m. 390 hükmünde, iflasa ya da haciz işleminin sonuçsuz kalması gibi bir başka olguya, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünü ortaya koyan bir sebep olarak ayrıca ve özel olarak yer verilmemişse de; TBK m. 98/f. 1 hükmü, iflasın, ifa güçsüzlüğünü ortaya koyan sebeplerden biri olduğunu açıkça ifade etmektedir¹⁹. Hâlbuki ödeme güçsüzlüğünü, iflasın açılması bakımından olmazsa olmaz bir koşul olarak kabul etmemek gerekir. Nitekim malî bakımdan çok iyi durumda olan bir borçlu hakkında bile, kendisini iflas yoluyla takip eden alacaklısına karşı sahip olduğu borcunu ödemediği takdirde, pekâla iflas kararı verilebilecektir. Keza, malî du-

¹⁵ Bkz. GÜMÜŞ, sh. 371.

¹⁶ ENGEL, Contrats, sh. 270 ; TANDOĞAN, sh. 351.

¹⁷ Bkz. Abdurrahim KARSLI, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014, sh. 459; Mehmet Kâmil YILDIRIM/Nevhis DEREN-YILDIRIM, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015, sh. 333.

¹⁸ KARSLI, sh. 459.

¹⁹ Bununla birlikte, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğunun ispat edilebilmesi için ödünç alan hakkında mutlaka iflas davası açılmış olması gerekmez. Bkz. BOVET/RICHA, sh. 1958.

rumu çok kötü olan borçlu, şayet kendisine karşı iflas yoluyla takipte bulunan alacaklısına karşı sahip olduğu borcunu (örneğin kredi almak suretiyle) ödemeyi başarabilirse, iflastan kurtulacaktır²⁰.

Bu çerçevede özellikle iflas yoluyla adi takip ile kambiyo senetleri (çek, poliçe ve bono) hakkındaki özel takip usullerine ilişkin hükümler dikkate alındığında, borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunmasının, bu alanlarda iflasın açılabilmesi için gerçekleşmesi gereken bir koşul olarak kabul edilmediği rahatlıkla görülebilecektir. Bu alanlarda iflas kararının verilmesi için bazı şekli koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir²¹. Bu koşullar, iflas yoluyla adi takip bakımından İİK m. 155-166 hükümleri, kambiyo senetlerine dayalı iflas yoluyla takip bakımından ise İİK m. 167 ile m. 171-176/b hükümleri vasıtasıyla ortaya konulmaktadır. Söz konusu hükümler uyarınca, borçlu hakkında iflas kararı verilebilmesi için mahkeme tarafından borçlunun malvarlığı üzerinde bir incelemede bulunulması ve malvarlığındaki aktiflerin, borçları karşılamaya yetip yetmediğinin araştırılması yönünde bir zorunluluk bulunmamaktadır²². Borçlunun -maddî durumu nasıl olursa olsun- vadesi gelmiş bir borcunu iflas davasına rağmen ödememesi ya da diğer bir ifade şekliyle, borçlunun ödemelerini tatil etmesi Türk-İsviçre hukukunda genel iflas sebebi olarak kabul edilmektedir²³. Bu olgu, öğretide şekli iflas sebebi olarak tanımlanmaktadır²⁴.

Diğer taraftan, borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması, her ne kadar iflasın açılması bakımından zorunlu bir unsur olarak kabul edilmese de, İcra ve İflas Kanunu'nun "Doğrudan Doğruya İflas Hâlleri" başlığı altında düzenlenen kısmında, borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması ya da diğer bir anlatımla, ödeme güçsüzlüğüne delalet eden finansal zorlukların varlığı, iflas kararının verilmesinde önemli etkenler olarak yer almaktadır. Örneğin bu bağlamda, iflasa tâbi bir borçlunun, aciz hâlinde bulunduğunu bildirmek suretiyle yetkili ticaret mahkemesinden iflasını istemesi mümkündür. Yalnız, hakkında iflas kararı verilebilmesi için, borçlunun, bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren mal beyanını iflas talebine eklemesi

²⁰ Baki KURU, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, sh. 1084-1085.

²¹ Örneğin, kambiyo senetlerine dayalı iflas yoluyla takibin söz konusu olduğu hâllerde, alacaklı, takip talebinde İİK m. 58 hükmünde öngörülen hususların dışında, iflasa tâbi borçlusuna aleyhine haciz ve iflas yollarından hangisini istediğini bildirmeye ve kambiyo senedinin aslı ile borçlu adedi kadar tasdikli örneğini takip talebine eklemeye mecbur tutulmuştur (İİK m. 167).

²² Timuçin MUŞUL, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Cilt: 2, Ankara 2013, sh. 1402; KARSLI, sh. 469.

²³ KURU, sh. 1084; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, sh. 340.

²⁴ YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, sh. 340; MUŞUL, sh. 1402; KARSLI, sh. 469.

ve bu belgeyi mahkemeye ibraz etmesi zorunlu kılınmıştır²⁵ (İİK m. 178/f. 1). Mahkeme, kendisine sunulan belgeleri göz önünde bulundurarak iflasa tâbi olan borçlunun borçlarını ödemekten âciz olduğuna kanaat getirirse, onun hakkında iflas kararı verir. Keza sermaye şirketleri ile kooperatifler bakımından, borçlarının aktifinden fazla olduğunun (borca batık durumda olduğunun) tespit edilmesi, türk hukukunda zorunlu bir iflas sebebi olarak yer almaktadır²⁶. İİK m. 179 hükmüne göre, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borçlarının aktifinden fazla olduğu hususu, idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kişiler tarafından veya şirket ya da kooperatifin tasfiye hâlinde olması hâlinde tasfiye memurları tarafından ya da bir alacaklı tarafından beyan edilir ve bu durum mahkemece tespit edilirse, önceden takibe gerek kalmaksızın, bunların doğrudan doğruya iflasına karar verilir. Son olarak, terekenin (İİK m. 180 hükmü uyarınca) doğrudan doğruya iflas hükümleri çerçevesinde tasfiye edilmesinde de benzer bir durum söz konusu olmaktadır. Özellikle, ölüm tarihi itibarıyla mirasbırakanın ödemeden aczinin açıkça belli olması veya bu durumun resmen tespit edilmiş olması hâlinde, miras reddedilmiş sayılacak (MK m. 605/f. 2) ve terekenin tasfiyesi doğrudan doğruya iflas hükümlerine göre yapılacaktır.

b) Ödünç alan hakkında iflasın ertelenmesine karar verilmesi

Ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde olup olmadığının tespiti bakımından iflasın ertelenmesi kararının herhangi bir etki taşıyıp taşımadığına da bakılması icap eder. İflasın ertelenmesi, kısaca tanımlanacak olursa, borca batık hâlde (borçlarının aktifinden fazla) olduğu bildirilen ve mahkeme tarafından da tespit edilen sermaye (anonim ya da limited) şirketi veya kooperatifin iflasının yasa da öngörülen belirli şartların gerçekleşmesi durumunda geçici bir süreliğine ertelenmesidir²⁷. TTK m. 377 hükmü uyarınca, bir anonim şirket hakkında iflasın ertelenmesine karar verilmesinin istenebilmesi için, şirket yönetim kurulu ya da herhangi bir alacaklı tarafından, yeni nakit sermaye konulması da dâhil olmak üzere, nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri gösteren bir iyileştirme projesi-

²⁵ Bu durumda, aciz hâlinde bulunan borçlu, kendi iflasını isteyip istememek konusunda serbest bırakılmıştır. Fakat kanunda, borçlunun kendisi hakkında iflas talebinde bulunmasının mecburî olduğu bir hâl de bulunmaktadır. İİK m. 178/f. 3 hükmüne göre, iflasa tâbi olan borçlu aleyhine alacaklılardan bir veya birkaçının haciz yolu ile takipte bulunması, bu takipler neticesinde yapılan haczin borçlunun yarı mevcudunun elinden çıkmasına sebep olması ve borçlunun kalan mevcudunun da borçlunun muaccel ve vadesi bir sene içinde gelecek olan diğer borçlarını ödemeye yetişmemesi hâlinde, borçlu derhâl aczini bildirerek iflasını istemeye mecburdur.

²⁶ YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, sh. 374.

²⁷ Bkz. Timuçin MUŞUL, İflasın Ertelenmesi, 2. Baskı, İstanbul 2010, sh. 20.

nin mahkemeye sunulması gerekmektedir. Bu kural, limited şirketler hakkında da uygulama alanı bulur (TTK m. 634). Keza 1163 sayı ve 24.4.1969 tarihli Kooperatifler Kanunu m. 63/f. 3 hükmüne göre de, malî durumun düzeltilmesinin mümkün görülmesi hâlinde, mahkeme, kooperatif yönetim kurulunun veya alacaklılardan birinin isteği üzerine iflasın açılmasını erteleyebilir. Bu durumda mahkeme, mevcutlar defterinin tutulması, yönetim memuru atanması gibi kooperatif varlığının korunmasına ve devamına yarayan tedbirleri alacaktır.

Sermaye şirketleri ile kooperatifler hakkında iflasın ertelenmesi kararının verilebilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlar İcra ve İflas Kanunu m. 179, 179/a ve 179/b hükümlerinde belirtilmiştir²⁸. Bu maddeler uyarınca, özetle, bir sermaye şirketi ya da kooperatifin borca batık durumda olduğunun kanunda öngörülen kişiler tarafından mahkemeye bildirilmiş ve mahkeme tarafından tespit edilmiş olması; iflasın ertelenmesinin talep edilmiş ve bu talebin ilan edilmiş olması; iyileştirme projesi ile iyileştirme ümidinin varlığını gösteren somut bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulmuş ve bunların mahkeme tarafından ciddi ve inandırıcı bulunmuş olması; fevkalâde mühletten yararlanılmamış olması ve gerekli masraflar ile kayyımın ücret avansının mahkeme veznesine yatırılmış olması gerekmektedir²⁹.

Mahkeme tarafından erteleme kararının verilmesiyle birlikte, borçlu aleyhine 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış olan takipler de durur. Erteleme sırasında yalnızca taşınır, taşınmaz veya ticarî işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir. Fakat bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez (İİK m. 179/b).

²⁸ İcra ve İflas Kanununa göre, kendisine iflasın ertelenmesi konusunda istemde bulunulan mahkeme, envanter düzenlenmesi, yönetim kurulunun yerine geçmesi ya da yönetim kurulu kararlarının onaylanması için derhâl bir kayyım atar. Mahkeme ayrıca şirketin ve kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli diğer önlemleri alır. Kayyımın atanmasına ilişkin kararla birlikte kayyımın mahkemece belirlenmiş olan görevleri, kayyımın temsil yetkisi ile bunun sınırları ve iflasın ertelenmesine ilişkin talep, mahkeme tarafından ilan ve ticaret siciline tescil ettirilir. Bu arada mahkeme iflasın ertelenmesi talebini karara bağlar. İflas ertelenmişse kayyım her üç ayda bir şirketin projeye uygun olarak iyileştirme gösterip göstermediğini mahkemeye rapor eder, mahkeme bu rapor üzerine veya gerek gördüğünde alacağı bilirkişi raporuna göre erteleme istemini değerlendirir. Şayet iyileştirmenin mümkün olamayacağı kanaatine varırsa erteleme kararını kaldırır (İİK m. 179/a).

²⁹ Bu şartlar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. MUŞUL, İflasın Ertenilmesi, sh. 38 vd.; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, sh. 380 vd.

Konumuzla ilgili olarak şu soruya yanıt aranması gerekir: Acaba ödünç alan konumunda bir sermaye şirketinin ya da bir kooperatifin olması durumunda ve bunun hakkında mahkemece iflasın ertelenmesine karar verilmesi hâlinde, ödünç veren, TBK m. 390 hükmünden faydalanarak ödünç konusunu teslimden kaçınabilecek midir? Daha yalın bir şekilde sorulacak olursa, ödünç sözleşmesinin kurulmasından sonra ödünç alan hakkında mahkemece verilen iflasın ertelenmesi kararı, ödünç verenin kendi edimini yerine getirmekten kaçınması konusunda haklı bir sebep teşkil eder mi? Öğretideki bir görüş, bu soruya olumsuz yanıt vermektedir³⁰: Bu görüşe göre, ödünç alan hakkında verilen iflasın ertelenmesi kararı, ödünç verenin TBK m. 390 hükmünden yararlanmasına cevaz vermeyeceği gibi, böyle bir durum karşısında TBK m. 98 hükmü de uygulama alanı bulmayacaktır. Zira burada borçlu şirket hakkında henüz kesin bir iflas kararı verilmiş değildir. Zaten, borçlu şirket sürekli bir ödeme güçsüzlüğü içinde bulunsaydı, onun lehine iflasın ertelenmesine karar verilmesi de mümkün olmayacaktı. Öte yandan, borçlu olan şirketin malî durumunun iyileştirilmesi için, onun yeterli derecede likiditeye kavuşturulması gerekir. Bu nedenle iflasın ertelenmesi kararı karşısında, ödünç verenin daha evvel akdedilmiş olan ödünç sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmek zorunda bırakılması, iflasın ertelenmesi müessesesi ile güdülen amaca daha uygun düşecektir.

Bu görüşe karşı çıkan diğer bir görüş ise, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından, iflasın ertelenmesi kararının ne borçlunun borca batıklık hâlini ne de sözleşmenin diğer tarafının alacağına tehlikeye düşmüş olduğu gerçeğini ortadan kaldırmadığı düşüncesinden hareket ederek özellikle TBK m. 98 hükmünün -malî durumun iyileştirildiğinin kesinlik kazandığı istisnaî durumlar haricinde- iflasın ertelenmesi süresi içinde de uygulanması gerektiğini savunmaktadır³¹.

Kanımızca da, ödünç alan konumundaki borçlu şirket hakkında iflas yerine iflasın ertelenmesine karar verilmiş olması, borçlunun artık hiçbir şekilde iflas etme tehlikesi ile karşı karşıya kalmayacağı anlamına gelmez. Nitekim iflasın ertelenmesi kararı verilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlar arasında, ser-

³⁰ Bkz. Selçuk ÖZTEK, İflasın Ertelenmesi, Bankacılar Dergisi, Sayı: 59, Yıl: 2006, sh. 42. Eser sözleşmeleri bakımından bu yönde bkz. Mustafa ÖZBEK, Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin İflâsının Ertelenmesiyle Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, Doç. Dr. Haluk Konuralp İçin Özel Sayı, 2008/1, sh. 33-34.

³¹ Bkz. Oğuz ATALAY, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2007, sh. 159, 177; Ahmet TÜRK, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukukî Sonuçları, Ankara 1999, sh. 345.

maye şirketi ya da kooperatifin borca batık durumda bulunmasının yanısıra, borca batıklığın mahkemece tespit edilmiş olması şartı da yer almaktadır³². Kaldı ki ödünç verenin TBK m. 390 hükmü ile sağlanan imkândan yararlanabilmesi için, ödünç alan hakkında iflas kararı verilmiş olması gerekmez. Maddede yalnızca ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünden bahsedilmektedir. İflasın ertelenmesinin şartları arasında yer alan iyileştirme ümidinin bulunması ise, kanaatimizce ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünü tamamen ortadan kaldıran bir sebep olarak değerlendirilemez. Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin iflaslarının engellenmeye ya da en azından ötelenmeye çalışılmasının gerek söz konusu şirketler, gerek bunların alacaklıları gerekse sosyal ve ekonomik düzenin korunması bakımından büyük faydaları olduğu muhakkaktır. Ancak, bu yükü olduğu gibi sözleşmenin bir tarafının (ödünç verenin) omuzlarına yüklemek ve onun, kanun tarafından kendi lehine getirilmiş olan bir imkândan yararlanamayacağını savunarak, ödünç vereni, belki de karşılığını hiç elde edemeyeceği ya da elde etmekte büyük güçlükler çekeceği³³ edimini yerine getirmeye zorlamak da, ödünç veren ile ödünç alan arasındaki menfaatler dengesini büyük ölçüde bozacaktır.

c) Ödünç alan hakkında yapılan haciz işleminin sonuçsuz kalması

Ödünç alan aleyhine yapılan haciz işleminin sonuçsuz kalması ya da diğer bir ifadeyle haczin semeresiz kalması da, onun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğunu gösteren emarelerden biri olarak kabul edilmektedir³⁴. Bu husus her ne kadar TBK m. 390 hükmünde açıkça ifade edilmemişse de; TBK m. 98

³² Bkz. bu yönde Yarg. 23. HD., 23.10.2015 tarih ve E. 2014/7858, K. 2015/6803 sayılı kararı: *"...her iki şirketin de borca batık olmadığı anlaşılmaktadır. İflas ertelemeye karar vermek için bilançonun borca batık olması şart olduğundan mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekir..."*. Ayrıca bkz. Yarg. 23. HD., 26.9.2014 tarih ve 1351/5963 sayılı; Yarg. 23. HD., 29.5.2012 tarih ve 1269/3742 sayılı kararı. Bkz. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 1.3.2016).

³³ Bilindiği gibi iflasın ertelenmesi kararı üzerine, erteleme süresi içinde borçlu aleyhine kural olarak hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış olan takipler de durur. Bu konuda bkz. Yarg. 12. HD., 28.2.2011 tarih ve 20801/1993 sayılı kararı: *"İflasın ertelenmesi kararı ile birlikte yürürlüğe giren takip yasağı bakımından, bu karardan (iflasın ertelenmesi kararından) önce doğan alacaklar için yapılacak takipler ile erteleme süresi içinde doğan alacaklar için yapılacak takipler arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Alacakları erteleme kararından sonra doğan ve muaccel hâle gelen alacaklılar da borcu şirkete karşı icra (veya) iflas yolu ile takip yapamazlar"*. Bkz. KURU, sh. 1178, dn. 111.

³⁴ Peter HIGI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V/2b, Die Leihe, Art. 305-318 OR, 3. Aufl., Zürich 2003, Art. 316 OR, No: 15; Laurent BUTTICAZ, La notion d'insolvabilité en droit privé suisse, Genève 2011, sh. 71; TANDOĞAN, sh. 351; BOVET/RICHA, sh. 1958; ENGEL, Contrats, sh. 270.

hükmü, borçlu hakkında gerçekleştirilen haciz işleminin sonuçsuz kalmasını, borçlunun borcunu ifade güçsüzlüğe düştüğünün somut bir göstergesi olarak kabul etmiştir.

Ödünç alan aleyhine yapılan haczin semeresiz kalması, onun hakkında icra dairesi tarafından borç ödmeden aciz belgesi (vesikası) düzenlenmesi suretiyle ortaya konulmaktadır. Resmî belge niteliği taşıyan aciz belgesi, aleyhinde icra takibinde bulunan borçlunun mallarının paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen bedelin, alacaklının tüm alacağını karşılamaya yeterli olmadığını belgeleyerek alacaklının alacağının ödenmemiş olan tutarını belirtmektedir³⁵.

İİK m. 143/f. 1 hükmü gereği, alacaklı alacağının tamamını alamamış ve aciz belgesi düzenlenmesi için gerekli şartlar da yerine gelmişse, icra dairesi kalan miktar için alacaklıya hemen bir aciz belgesi düzenler, bunun bir suretini de borçluya verir. Bu belgeler hiçbir harç ve vergiye tâbi değildir. Aciz belgesinin bir nüshası ise her il merkezinde Adalet Bakanlığınca tespit edilen icra dairesi tarafından tutulan özel sicile kaydedilmek üzere bu icra dairesine gönderilir³⁶. Bu şekilde düzenlenen aciz belgesi, “kesin aciz belgesi” olarak da isimlendirilir³⁷. Kesin aciz belgesi niteliğinde olan bir başka belge ise, borçlunun haciz sırasında haczedilebilir malının bulunmadığını tespit eden haciz tutanağıdır. Nitekim İİK m. 105/f. 1 hükmünde “*Haczi kâbil mal bulunmazsa haciz tutanağı 143’üncü maddedeki aciz vesikası hükmündedir*” ifadesi yer almaktadır. Borçlunun haczedilebilir hiçbir malının bulunmadığı, haciz tutanağı ile tespit edildiğinde, alacaklıya ayrıca bir aciz belgesi verilmesine gerek yoktur; zira haciz tutanağı borç ödmeden aciz belgesi yerine geçer³⁸.

Diğer taraftan, haciz sırasında borçlunun haczedilebilir bir miktar malı olduğunun tespit edilmesine rağmen bu mallar için takdir edilen değer takip konusu alacağı yetmeyeceği anlaşılırsa, bu hususta düzenlenen haciz tutanağı da geçici aciz belgesi yerine geçer (İİK m. 105/f. 2)³⁹. İcra memurunun bu durumda

³⁵ KARSLI, sh. 327; İlhan E. POSTACIOĞLU/Sümer ALTAY, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2010, sh. 634; KURU, sh. 744; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, sh. 266.

³⁶ Borç ödmeden aciz belgesinin takip hukuku, maddî hukuk ve ceza hukuku bakımından sahip olduğu etkiler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KURU, sh. 745-747; POSTACIOĞLU/ALTAY, sh. 635-639; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, sh. 267-269.

³⁷ KURU, sh. 748.

³⁸ KURU, sh. 749.

³⁹ Geçici aciz belgesi, kesin aciz belgesinden farklı olarak alacaklıya yalnızca İİK m. 277 uyarınca borçlunun belli tasarruflarına karşı iptal davası açabilme yetkisi vermektedir. Elinde geçici aciz belgesi bulunan alacaklının, kesin aciz belgesinin takip hukuku açısından doğuracağı diğer sonuçlardan yararlanma yetkisi ise bulunmamaktadır. Bkz. YILDIRIM/ DEREN-YILDIRIM, sh. 269; POSTACIOĞLU/ALTAY, sh. 635.

ayrıca geçici aciz belgesi adı altında bir belge düzenleme yetkisi yoktur⁴⁰.

Haciz işleminin sonuçsuz kaldığını gösteren kesin aciz belgesi, TBK m. 98 hükmü anlamında borçlunun borcunu ifade güçsüzlüğe düştüğüne delalet ettiği gibi, TBK m. 390 çerçevesinde ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu da işaret eder⁴¹. Geçici aciz belgesi de, her ne kadar borçlunun haczedilebilir mallarına ilişkin olarak icra memuru tarafından takdir edilen (tahminî) bir değere göre düzenlense⁴², diğer bir deyişle borçlunun malî durumu ya da ödeme gücü hakkında kesin bir bilgiyi ortaya koyamasa da, öğretide bu belgenin de tıpkı kesin aciz belgesi gibi gerek TBK m. 98 gerekse TBK m. 390 hükmü kapsamında etki doğuracağı kabul edilmektedir⁴³.

Bize göre de, borçlunun borcunu ifade güçsüzlüğe düştüğünü gösteren örneklerden biri olarak TBK m. 98 hükmünde açıkça zikredilen “*borçlu hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması*” hâlinin, TBK m. 390 hükmü bağlamında da aynı etkiye sahip olması ve ödünç verenin, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdeki diğer alacaklılarla eşit bir korumaya kavuşturulması gerekir. Bunun neticesinde, ödünç alan hakkında kesin ya da geçici nitelikte aciz belgesi düzenlenmiş olması, onun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu işaret eden olgular arasında kabul edilmeli ve böyle bir durum karşısında ödünç veren, ödünç alana karşı TBK m. 390 hükmünün kendisine sağladığı imkânlardan yararlanabilmelidir.

d) Ödünç alanın konkordato istemiş olması

Ödünç alanın konkordato teklifinde bulunmuş olması da, onun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu gösteren emarelerden biri olarak kabul edilmektedir⁴⁴. Bilindiği üzere konkordato, malî durumu bozulmuş olan borçlunun, kanunda öngörülen şartlar dâhilinde alacaklılarının çoğunluğu ile yaptığı ve ticaret mahkemesinin tasdiki ile hüküm ifade eden cebrî bir anlaşma olarak

⁴⁰ Bkz. Yarg. 17. HD, 15.1.2008 tarih ve 22130/223 sayılı; Yarg. 12. HD, 2.12.2008 tarih ve 18203/21511 sayılı kararı.

⁴¹ Bu görüşte bkz. KURU, sh. 747.

⁴² İİK m. 87 hükmünde haczi yapan memurun, haczedtiği malın kıymetini takdir edeceği ve gerektiğinde bu konuda bilirkişiyeye müracaat edebileceği hususları düzenlenmektedir. Haczi yapan memur tarafından düzenlenen haciz tutanağında, alacaklı ve borçlunun kimlikleri, alacağın miktarı, haczin hangi gün ve saatte yapıldığı, haczedilen mallar ile takdir edilen kıymetleri ve varsa üçüncü şahısların iddiaları yazılır ve haczi icra eden memur tarafından imza edilir (İİK m. 112).

⁴³ Aczin ispatı için ödünç alan hakkında kesin bir aciz belgesi alınmasının şart olmadığı, geçici aciz belgesinin de bu konuda yeterli olacağı görüşünde bkz. TANDOĞAN, sh. 351; BOVET/RICHA, sh. 1958; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 9; BUTTICAZ, sh. 17.

⁴⁴ TANDOĞAN, sh. 351; BOVET/RICHA, sh. 1958; BUTTICAZ, sh. 72.

nitelendirilmektedir⁴⁵. Bu anlaşma neticesinde alacaklılar borçludan olan alacaklarının belirli bir yüzdesinden vazgeçmekte ve borçlu da borçlarının konkordato ile kararlaştırılan kısmını ödemek suretiyle borçlarının tamamından kurtulmuş sayılmaktadır⁴⁶.

İİK m. 287/f. 1 hükmüne göre, konkordato hükümlerinden yararlanmak isteyen borçlu -ve hattâ iflas talebinde bulunabilecek herhangi bir alacaklı-tarafından yapılan konkordato teklifi, icra mahkemesince uygun bulunursa, mahkeme borçluya en fazla üç aylık bir mühlet verir. Ancak bu mühletin verilebilmesi için, konkordato talebinin ilanından itibaren on gün içinde alacaklılar tarafından konkordato mühleti verilmesini gerektiren bir hâl bulunmadığı yönünde bir itiraz ileri sürülmemiş olması ya da icra mahkemesinin bu itirazı reddetmiş olması gerekir. İcra mahkemesi, mühlet kararı ile birlikte bir veya birkaç konkordato komiseri de tayin eder (İİK m. 287/f. 1 ve 2).

Mahkeme tarafından verilen mühlet, borçlu bakımından olduğu kadar alacaklılar bakımından da önemli bir takım sonuçlar doğurmaktadır. Bu çerçevede konkordato mühleti içinde borçlu aleyhine 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz, evvelce başlamış olan takipler durur ve ihtiyatî haciz kararları da uygulanmaz (İİK m. 289/f. 1). Keza borçlu da, icra mahkemesinin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez, taşınmazları üzerinde sınırlı aynî hak tesis edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz (İİK m. 290/f. 2).

Görüldüğü gibi, konkordato mühleti kararı ile borçlunun malvarlığına yönelik olarak kanun tarafından getirilen tüm bu kısıtlamalar, onun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu dair önemli bir kanıt ortaya koymaktadır. Bu nedenle, bir ödünç sözleşmesi ilişkisi içerisinde, ödünç alan hakkında sözleşmenin kuruluşundan sonra konkordato mühleti verilmesine karar verilirse, ödünç verenin TBK m. 390 hükmü gereği ödünç konusunu teslimden kaçınabilmesi gerekir⁴⁷. Bununla beraber, öğretideki bazı yazarlara göre⁴⁸ ödünç verenin bu haktan yararlanabilmesi için, ödünç alan hakkında icra mahkemesi tarafından

⁴⁵ YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, sh. 504; KURU, sh. 1443; MUŞUL, sh. 1672; KARSLI, sh. 533.

⁴⁶ KURU, sh. 1443-1444.

⁴⁷ Marius SCHRANER, Obligationenrecht (Hrsg.: Peter Gauch/Jörg Schmid), Teilband V 1e, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000, Art. 83 OR, No: 13; Sylvain MARCHAND, Contrats et insolvabilité, Actualités du droit des contrats: Le contrat à la croisée des chemins (édit: Martina Braun), Lausanne 2008, sh. 18, 40.

⁴⁸ Bkz. bu görüşte Beat SCHÖNENBERGER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Hrsg.: Marc Amstutz/ve diğerleri), Zürich 2007, Art. 316, No: 3.

mutlaka bir konkordato mühleti kararı verilmesine dahi gerek yoktur, ödünç alanın mahkemeye gerekçeli bir konkordato dilekçesi ile müracaat ederek konkordato teklifinde bulunmuş olması, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu konusunda başlı başına yeterli bir delil teşkil etmektedir⁴⁹.

e) Ödünç alanın borca batık durumda olması

Ödünç alanın borca batık durumda olmasının, ödünç verene TBK m. 390 hükmünden yararlanma imkânı verip vermeyeceği de üzerinde ayrıca durulması gereken bir konudur⁵⁰. Yukarıda da değindiğimiz gibi, aynı zamanda sermaye şirketleri ile kooperatifler bakımından zorunlu bir iflas sebebi olan borca batık olma hâli, anonim şirketlerle ilgili olarak TTK m. 376/f. 3 hükmünde “*aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi*” olarak ifade edilmiştir. İcra ve İflas Kanunu m. 179 hükmünde ise, sermaye şirketleri ile kooperatifler bakımından borca batıklığın “*borçların aktiften fazla olması*” şeklinde izah edildiği görülmektedir. Öğretiye bakıldığında da borca batık olma, “*pasifin aktiften fazla olması*” şeklinde açıklanabildiği⁵¹ gibi, özellikle pasif ile borç kavramlarının birbirinden farklı anlamlar taşıdığı için altını çizen diğer bir görüşün, borca batıklığı, “*borçların aktiften fazla olması*” ya da “*şirket mevcudunun (ve alacaklarının), borçlarını karşılamaya yetmemesi*” olarak tanımlamayı tercih ettiği⁵² görülmektedir⁵³.

⁴⁹ İİK m. 285/f. 1 hükmü uyarınca borçlu, konkordato hükümlerinden yararlanabilmek için icra mahkemesine gerekçeli bir dilekçe ve bir konkordato projesi vermek zorundadır. Bu projeye ayrıca ayrıntılı bir bilanço ve gelir tablosu ile -şayet borçlu defter tutma zorunluluğu olan kişilerden ise- defterlerinin durumunu bildiren bir cetvel de eklenir.

⁵⁰ Ödünç alanın borca batık durumda olması hâlinde, ödünç verenin TBK m. 390 hükmünden yararlanabileceği görüşünde bkz. BOVET/RICHA, sh. 1958; BUTTICAZ, sh. 74; SCHÖNENBERGER, Art. 316 OR, No: 3; HIGI, Art. 316 OR, No: 15; SCHÄRER/ MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 9. Bkz. KURU, sh. 1159.

⁵² Bkz. MUŞUL, sh. 1430. Yazara göre, pasif, borç kavramından daha geniş bir içeriğe sahip olup, malvarlığının pasif kısmında yer alan her kalem, şirketin borcu olarak nitelendirilemez. Pasifte yer almakla birlikte, borç olarak nitelendirilemeyecek olan esas sermaye (itibarî rakam olarak), yedek akçeler ile karşılıklar gibi kalemlerin ağırlığı nedeniyle, pasifin aktiften fazla olduğu ortaya çıkıyor ise şirketin borca batık olduğundan söz edilemeyecektir. Aynı şekilde bkz. MUŞUL, iflasın Ertelenmesi, sh. 41; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, sh. 380, KARSLI, sh. 497.

⁵³ Yargıtay'ın bu son görüşü benimsediğine işaret eden bir kararı için bkz. Yarg. 23. HD, 26.11.2015 tarih ve E. 2014/6695, K. 2015/7590 sayılı kararı: “*borca batıklık hesaplanırken, bilançodaki kaydı değerlere göre değil, şirketin tüm aktiflerinin rayiç değerleri (satış değerleri) esas alınarak hesaplama yapılması gerektiği, bunun için tüm aktif malvarlığı değerlerinin incelemenin yapıldığı tarihteki rayiç değerleri esas alınması gerektiği, ... şirketin 2011 yılı sonu itibariyle aktiflerinin 105.540,00 TL olarak hesaplandığı, dört icra dosyasında toplam borç 157.777,45 TL olarak kabul edildiğinde dahi davalı şirketin borca batık olduğu... gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir*”. Bununla birlikte aynı dairenin, borca batıklığın tespiti konusunda borç-aktif dengesine değil pasif-aktif dengesine itibar ettiği kararlarının

Nasıl tanımlanırsa tanımlansın, borca batıklığın ödeme güçsüzlüğü ile eşdeğerde olmadığı muhakkaktır. Öyle ki, borçlunun borca batık durumda olması, onun kesin olarak ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu anlamına gelmez. Borçlu, her ne kadar borca batık durumda olsa bile, en azından geçici bir süre için alacaklılarına karşı sahip olduğu muaccel borçlarını -meselâ kredi almak suretiyle- ödeme gücüne sahip olabilir⁵⁴. Bununla birlikte, borca batıklığın süreklilik arz ettiği veya borç-aktif dengesinin büyük ölçüde aktif aleyhine bozulduğu durumlarda, borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu reddetme imkânı da ortadan kalkacaktır⁵⁵.

Kanımızca ödünç veren, ödünç alanın borca batık hâle gelmesi ile birlikte TBK m. 390 hükmü ile öngörülen hukukî imkândan yararlanabilmelidir. Zira ödünç verenden, ödünç konusunun iadesine ve -varsa- faize ilişkin alacaklarını elde edememe riskini üstlenmesini bekleyerek, onu, aktifi borçlarını karşılamaya yetmeyen ödünç alan karşısında borcunu ifa etmeye zorlamak, söz konusu hükmün *ratio legis'*i ile de bağdaşmayacaktır.

f) Ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğuna işaret edebilecek diğer durumlar

Yukarıda, özel olarak üzerinde durduğumuz hâller dışında, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğuna delalet eden ve bu bakımdan ödünç verene TBK m. 390 hükmü kapsamında ödünç konusunu teslimden kaçınma imkânı veren durumlar da mevcuttur. Bu bağlamda, ödünç alan hakkında birçok icra takibi yapılmış olması⁵⁶, ödünç alanın üçüncü kişilere yapacağı ödemeleri sürekli olarak erteleme yoluna gitmesi⁵⁷, ödünç alanın senetlerinin protesto edilmiş olması⁵⁸ veya borçlarını ödeyebilmek için karşılıksız çek vermiş ve hatır bonolarına başvurmuş olması⁵⁹ öğretide ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünü yansıtan olgular olarak gösterilmektedir. Keza ödünç alanın işletmesini kapatarak alacaklılarından kaçmasının

da bulunduğu göze çarpmaktadır. Bu yöndeki bir kararı için bkz. Yarg. 23. HD, 9.11.2015 tarih ve E. 2014/9772, K. 2015/7165 sayılı kararı: "... gayrimenkulün değeri de davacı şirket aktifine eklendiğinde şirketin **borca batık olmadığı ve aktifinin pasifinden fazla olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir**".

⁵⁴ SCHRANER, Art. 83 OR, No: 14; BUTTICAZ, sh. 34.

⁵⁵ BUTTICAZ, sh. 34.

⁵⁶ TANDOĞAN, sh. 351.

⁵⁷ BOVET/RICHA, sh. 1958; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 9; HIGI, Art. 316 OR, No: 15.

⁵⁸ TANDOĞAN, sh. 351.

⁵⁹ TANDOĞAN, sh. 351; HIGI, Art. 316 OR, No: 15; BUTTICAZ, sh. 75.

da öduncü veren açısından aynı etkiyi doğuracağı savunulmaktadır⁶⁰.

Buna karşılık, öduncü alanın ticarî faaliyetlerde bulunmak amacıyla yerleşim yerini yurtdışına taşıması nedeniyle ona karşı takip yapılmasının zorlaşması, öduncü alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu yönünde bir delil oluşturmadığı gibi, öduncü alanın ekonomik durumunun öncesine nazaran kötüye gitmesi de onu, tek başına, borçlarını ödemekten âciz hâle getirmez⁶¹.

III- Öduncü Alanın Ödeme Güçsüzlüğüne Düşmesinin Hukukî Sonuçları

1) Öduncü verenin sahip olduğu haklar ve ispat meselesi

TBK m. 390/f. 1 hükmü, öduncü alanın öduncü sözleşmesinin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, öduncü verenin öduncü konusunu teslimden kaçınabileceğini ortaya koymaktadır. Şayet öduncü veren, öduncü alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu sözleşmenin kurulmasından sonra öğrenirse de aynı hakka sahip olacaktır (f. 2). Görüldüğü üzere öduncü veren, TBK m. 390 hükmü kapsamında, öduncü konusunun tesliminden iki hâlde kaçınabilmektedir: Öduncü alanın, öduncü sözleşmesinin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşmesi ya da öduncü alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olmasına rağmen, öduncü verenin bu durumu sonradan öğrenmesi.

İlk ihtimâl, öduncü alan bakımından söz konusu olan ödeme güçsüzlüğünün öduncü sözleşmesinin kuruluşundan sonraki bir zaman diliminde gerçekleşmiş olmasıdır. Bu olasılıkta, öduncü veren, karşı âkit ile ilgili olarak sözleşmenin kuruluşu ânında mevcut olmayıp, sonradan meydana gelen olumsuz bir durum karşısında, sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmekten kaçınmasına olanak sağlayacak bir hukukî korumaya kavuşturulmaktadır. Öduncü verenin TBK m. 390/f. 1 ile öngörülen bu imkândan yararlanabilmesi için, onun, öduncü sözleşmesinin kurulmasından sonra öduncü alanın ödeme güçsüzlüğüne düştüğünü ispat etmesi gerekmektedir. Nitekim MK m. 6 hükmü, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her birinin, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olduğunu belirtmektedir.

Öduncü alanın malî durumunda eskiye nazaran bir kötüleşme olduğuna yönelik bir takım şüphe ve endişelerin varlığı başlıbaşına onun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu ispatlamaya yetmese de⁶², öduncü verenin, öduncü ala-

⁶⁰ HİGİ, Art. 316 OR, No: 15.

⁶¹ BUTTICAZ, sh. 74.

⁶² Pierre ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2^{ème} éd., Berne 1997, sh. 659; TANDOĞAN, sh. 351.

nın içine düştüğü ödeme güçsüzlüğünü ispat edebilmesi için, bu güçsüzlüğün resmî belgelerle tespit edilmiş olması da zorunlu sayılmamalıdır. Şu hâlde, ödünç veren belirli sayıdaki makul ve uygun delili ortaya koymak suretiyle ödünç alanın içine düştüğü ödeme güçsüzlüğünü ispat edebilir⁶³.

Ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü karşısında, ödünç verene, ödünç konusunu teslim etmekten kaçınma hakkı veren bir diğer imkân da TBK m. 390/f. 2 hükmü ile tanınmıştır. Bu hüküm uyarınca ödünç alan, ödünç sözleşmesinin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olsa dahi, şayet ödünç veren bu bilgiyi ödünç sözleşmesinin kurulmasından sonra öğrenmişse, tıpkı TBK m. 390/f. 1 hükmünde olduğu gibi ödünç konusunu teslimden kaçınabilecektir⁶⁴. Dolayısıyla şayet ödünç veren, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu bilmesine rağmen ona ödünç

⁶³ Özellikle, ödünç verenin ödünç verme işini meslekî bir faaliyet olarak sürdürdüğü bazı durumlarda, ödünç alanın, kendi finansal durumuna ait bilgileri ortaya koyan hesap dökümlerini, muhasebe kayıtlarını, ticarî defterleri ve bu gibi belgeleri, belirli dönemlerde ve belirli aralıklarla ödünç verene sağlamak zorunda olduğu hususu, taraflar arasındaki ödünç sözleşmesinde kararlaştırılmış olabilir. Söz konusu belgeler, ödünç alanın içinde bulunduğu ödeme güçsüzlüğünün ispatı noktasında büyük önem arz etmektedir.

Öte yandan ödünç veren, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 219 vd. hükümleri uyarınca, ticarî defterler, hesap bilgileri ve muhasebe kayıtları gibi ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünün ispatını sağlayacak olan belgeleri ibraz etmesini mahkemeden talep edebilir.

⁶⁴ Bu nedenle öğretilerde söz konusu hükmün, irade sakatlığını düzenleyen hükümlerin bir tamamlayıcısı olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. BOVET/RICHA, sh. 1958; BUTTICAZ, sh. 75. Ödünç verenin böylesi bir durum karşısında, ister irade sakatlığı hakkındaki hükümlere, isterse TBK m. 390/f. 2 hükmüne başvurabileceği yönünde bkz. HIGI, Art. 316 OR, No: 6.

Tandoğan'a göre TBK m. 390/f. 2 hükmü olmasaydı, ödünç verenin, ödünç alanın ödeme gücüne sahip olduğu düşüncesindeki yanılması basit bir saikte yanılma olarak kabul edilecek ve sözleşmenin geçerliliği konusunda herhangi bir etkiye sahip olmayacaktı. Bkz. TANDOĞAN, sh. 352. Aynı yönde bkz. Hugo OSER/Wilhelm SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Art. 184-418 OR, vol. V/2, 2. Aufl., Zurich 1936, Art. 316 OR, No: 4. Bu yazarlara göre de, ödünç alanın ödeme gücü hakkındaki yanılma, TBK m. 32 anlamında esaslı sayılan saik yanılması (temel hatası) niteliğinde olmadığından, ödünç verene sözleşmeyi iptal hakkı vermez. Dolayısıyla, TBK m. 390/f. 2 hükmü, ödünç verene sağladığı edimini yerine getirmekten kaçınma imkânı nedeniyle ayrı bir önem kazanmaktadır.

Ödünç alanın ödeme gücüne sahip olduğu yönündeki düşüncede yanılmanın esaslı saik yanılması sayılması gerektiğini savunan farklı görüş için bkz. EREN, Özel Hükümler, sh. 512; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 443.

Ödünç sözleşmesinin kurulması sırasında malî durumunda meydana gelen kötüleşmeyi ödünç verenden gizleyen ödünç alan hakkında -hukuken "ödeme güçsüzlüğü" içinde sayılmaması nedeniyle- TBK m. 390/f. 2 hükmü uygulanamayacak olsa da, irade sakatlığını düzenleyen hükümler (özellikle TBK m. 36 hükmü) uygulama alanı bulabilir. Bkz. SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 6; Eugen BUCHER, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zurich 1988, sh. 195.

vermeyi kabul etmişse, artık onun ödünç konusu şeyi teslimden kaçınma hakkı bulunmayacaktır⁶⁵.

Görüldüğü gibi, ödünç verenin bu haktan faydalanabilmesi için, onun, ödünç sözleşmesinin kurulduğu sırada ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde olduğundan haberdar olmaması gerekmektedir. Öyle ki, ödünç verenin, sözleşme öncesinde ödünç alanın maddî durumunu araştırma yönünde herhangi bir yasal yükümlülüğü de bulunmamaktadır⁶⁶. Ödünç verenin bu konuda iyiniyetli olduğu, diğer bir ifadeyle, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu bilmediği, karine olarak kabul edilmelidir⁶⁷. Dolayısıyla bunun aksini iddia eden, iddiasını ispat etmek durumundadır. Ödünç verenin, sözleşme kurulurken ödünç alanın malî durumu hakkında bilgi sahibi olduğu ya da somut olaydaki şartlara göre onun ödeme güçsüzlüğünden haberdar olması gerektiği yönündeki hususlar, bunları iddia eden tarafça ispat edilmelidir⁶⁸. Bu bağlamda, ödünç veren ile ödünç alan arasında uzun zamandan beri süregelen yakın iş ilişkilerinin varlığının ispatı ile, ödünç verenin, hayatın olağan akışına göre ödünç alanın maddî durumu hakkında bilgi sahibi olması gerektiği yönünde bir sonuca varılabilecektir⁶⁹.

Bununla birlikte, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu resmen ortaya koyan şartların varlığı hâlinde ödünç verenin iyiniyetinden bahsedile-

⁶⁵ EREN, Özel Hükümler, sh. 513.

⁶⁶ İsviçre hukukunda ise, tüketici kredisi sözleşmeleri kapsamında kredi verene, kredi alanın finansal durumunu araştırma konusunda yasal bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu nedenle, İsviçre öğretisinde tüketici kredisi sözleşmeleri bakımından, ödünç verenin ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünden haberdar olmadığını ileri süremeyeceği savunulmaktadır. Bu yönde bkz. BUTTICAZ, sh. 77; HIGI, Art. 316 OR, No: 21. Gerçekten, 23.3.2001 tarihli Tüketici Kredisi Hakkındaki İsviçre Federal Yasasının (Loi fédérale sur le crédit à la consommation) 28'inci, 29'uncu ve 30'uncu maddeleri uyarınca, kredi veren ile finansal kiralama şirketleri, akdedilecek olan sözleşme öncesinde kredi alanın veya kiracının finansal durumu hakkında gerekli araştırmaları yapmak zorunda tutulmuşlardır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun dikkate alındığında ise, türk hukukunda kredi veren açısından bu yönde bir yükümlülüğe yer verilmediği görülmektedir.

⁶⁷ BUCHER, sh. 195; BUTTICAZ, sh. 77; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 5; HIGI, Art. 316 OR, No: 21. Tandoğan ise, karşı tarafın (ödünç alanın) ödeme güçsüzlüğünden haberdar olmadığı hakkındaki iddiayı, ödünç verenin ispat etmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak yazara göre, ödünç verenin, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğunu bilmediği yönündeki iddiasını ispatlama konusunda çok da sıkı hareket edilmemesi gerekir. Şayet taraflar arasında yakın iş ilişkileri ya da kişisel bir bağ yoksa ödünç verenin, ödünç alanın malî durumundan haberdar olmadığına ilişkin iddiası doğru kabul edilmelidir. Bkz. TANDOĞAN, sh. 352.

⁶⁸ BOVET/RICHA, sh. 1958.

⁶⁹ Bkz. BUTTICAZ, sh. 78; HIGI, Art. 316 OR, No: 23.

memesi gerekir⁷⁰. Örneğin, ödünç sözleşmesinin kuruluşundan evvel, ödünç alan hakkında İİK m. 219 hükmü uyarınca⁷¹ iflasın açılmasının ya da İİK m. 288 hükmü gereği⁷² konkordato mühleti verildiğine dair kararın ilan edilmiş olması durumunda, ödünç veren, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu bilmediğini iddia edemeyecektir. İflas dairesi veya icra mahkemesi tarafından ödünç alanla ilgili olarak bu konularda yapılan ilanlar, ödünç verenin, ödünç sözleşmesinin kurulması sırasındaki iyiniyet iddiasını ortadan kaldıracaktır⁷³. Öyle ki, ödünç sözleşmesinin kuruluşundan önce ödünç alan hakkında iflasın açıldığına veya konkordato mühleti verildiğinin ilan edilmiş olmasına rağmen, ödünç veren bu bilgiyi sözleşmenin kuruluşundan sonra öğrense dahi, artık onun TBK m. 390/f. 2 hükmünden yararlanarak ödünç konusunu teslimden kaçınma hakkı olmayacaktır⁷⁴.

2) Ödünç alanın ödeme güçsüzlüğüne düşmesinin ödünç sözleşmesine etkisi

TBK m. 390 hükmünün verdiği yetki kapsamında ödünç verenin, sözleşmenin diğer tarafının ödeme güçsüzlüğü nedeniyle ödünç konusunu teslimden kaçınması, öğretide çoğunlukla dönme hakkı olarak nitelendirilmektedir⁷⁵. Buna göre, ödünç veren TBK m. 390'da öngörülen bu hakkını kullandığı vakit, ödünç sözleşmesi geçmişe etkili olarak (*ex tunc*) ortadan kalkacak, sanki söz-

⁷⁰ BOVET/RICHA, sh. 1958; HIGI, Art. 316 OR, No: 21; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 5.

⁷¹ İflas dairesi İİK m. 166/f. 2 gereği, iflasın açıldığı bilgisini kendiliğinden ve derhâl tapuya, ticaret sicil memurluğuna, gümrük ve posta idarelerine, Türkiye Bankalar Birliği'ne, mahallî ticaret odalarına, sanayi odalarına, taşınır kıymet borsalarına, Sermaye Piyasası Kurulu'na ve diğer ilgililere bildirir. Daire, ayrıca iflas kararını karar tarihinde tirajı ellibinin üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtım yapılan gazetelerden biri ile birlikte iflas edenin işlem merkezinin bulunduğu yerdeki bir gazetede ve Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan eder.

⁷² Söz konusu hükme göre konkordato mühleti, icra mahkemesince karar tarihinde tirajı ellibinin üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde ilan olunur ve icra dairesi ile tapu dairesine bildirilir. Borçlu bir tacir ise ticaret sicili memurluğuna ve deniz ticaretiyle meşgul ise ayrıca gemi sicil memurluğuna da haber verilir. Borçlunun gemisi sicile kayıtlı olduğu takdirde gemi sicil memuru, konkordato mehli hakkında sicile şerh verir. Mühlet kararı, ayrıca diğer ilgililere de bildirilir.

⁷³ Keza İİK m. 192 hükmüne göre de, iflasın açılmasından sonra müflise ödemede bulunan kimse müflisin alacaklılarına karşı ancak masaya giren para veya kıymet nispetinde borcundan kurtulacaktır. Fakat söz konusu hüküm ile, iflasın ilanından evvel müflise ödemede bulunan borçlunun iflastan haberi olmaması hâlinde, borcundan kurtulacağı öngörülmektedir.

⁷⁴ HIGI, Art. 316 OR, No: 23; BUTTICAZ, sh. 78-79. Aksi yönde bkz. SCHÄRER/ MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 5.

⁷⁵ Bkz. bu görüşte GÜMÜŞ, sh. 371; TANDOĞAN, sh. 351; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR No: 2, 11; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 316 OR, No: 3; CHRIST, § 37, I, No: 7; BUCHER, sh. 195.

leşme hiç kurulmamış gibi bir netice meydana gelecektir⁷⁶.

Bazı yazarlar ise ödünç verenin sahip olduğu bu hakkı, dönme hakkı olarak nitelendirmek yerine, kanunda yer aldığı şekliyle, ödünç konusunu teslimden kaçınma hakkı olarak isimlendirmektedir⁷⁷. Kanaatimizce bu hakkın, ödünç verene, ödeme güçsüzlüğü içinde bulunan ödünç alana karşı yalnızca süresiz bir teslimden kaçınma yetkisi verdiğini, bunun ödeme güçsüzlüğü sona erinceye dek kullanılabileceğini, bununla birlikte ödünç verenin bu sözleşmeden kurtulma imkânının bulunmadığını savunmak güçtür. Nitekim bazı durumlarda ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünden kurtulması hiçbir şekilde mümkün olmayabileceği gibi, onun yeniden ödeme gücüne kavuşmasını bekleyerek ödünç konusu para veya misli eşyayı bu süre zarfında elde tutmaya mecbur bırakılmak da ödünç veren açısından katlanılması zor bir durum yaratabilir. Bu nedenle biz de, TBK m. 390 hükmünde öngörülen şartlar dâhilinde, ödeme güçsüzlüğüne düşen ödünç alan karşısındaki ödünç verenin, sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerektiğini düşünüyörüz.

Öte yandan, ödünç sözleşmesinin konusunu birden fazla bölünebilir şeyin kısım kısım teslimi oluşturuyor ise, bu kısımlardan birkaçını, ödeme güçsüzlüğü içindeki ödünç alana teslim etmiş olan ödünç verenin, TBK m. 390'da öngörülen hakkını kullanmakla, ödünç sözleşmesini geçmişe etkili olarak değil, yalnızca ileriye etkili olacak biçimde (*ex nunc*) sona erdirdiğini kabul etmek, dolayısıyla bu hâllerde dönme hakkından değil, sözleşmenin feshinden bahsetmek gerekir⁷⁸.

3) TBK m. 390 hükmünün uygulanabilirliği noktasında ödünç konusunun ödünç alana devredilmiş olması

Ödünç verenin, TBK m. 390 hükmü ile sağlanan hukukî korumadan yararlanabilmesi için, ödünç sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmemiş olması, diğer bir ifadeyle, ödünç konusunu tamamıyla ödünç alana devretmiş olması gerekir. Ödünç konusu para veya misli eşyayı karşı tarafa tamamen devretmiş olan ödünç veren, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, artık TBK m. 390 hükmünden yararlanamaz. O ancak, ödünç alanın sözleşmeden doğan geri verme ve faiz borçlarını zamanında yerine getirmemesi hâlinde, borçlu temerrüdünü düzenleyen TBK m. 123 vd. hükümlerine

⁷⁶ BOVET/RICHA, sh. 1958. MAURENBRECHER, sh. 188.

⁷⁷ ENGEL, Contrats, sh. 270; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 442.

⁷⁸ Bkz. bu görüşte BUTTICAZ, sh. 80; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR No: 11; CHRIST, § 37, I, No: 7; BOVET/RICHA, sh. 1959.

başvurabilir⁷⁹. Bununla birlikte İsviçre öğretisinde, ivazlı (tam iki tarafa borç yükleyen) ödünç sözleşmeleri bakımından, ödünç verenin ödünç konusunu karşı tarafa (ödünç alana) teslim etmiş olması ve ödünç alanın da sonradan ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olması hâlinde, TBK m. 390 hükmü olmasa da, TBK m. 98/f. 2 hükmünün uygulanabileceği savunulmaktadır. Buna göre, sözleşmenin kuruluşu sırasında ödünç konusunun iadesine ve faizin ödenmesine ilişkin olarak herhangi bir teminatın istenmemiş olduğu durumlarda, sözleşmenin kuruluşundan sonra ödeme güçsüzlüğüne düşen ödünç alan, TBK m. 98/f. 2 hükmü gereği uygun bir süre içerisinde ödünç verene istediği güvenceyi sağlayamazsa, ödünç verenin ödünç sözleşmesinden dönebilmesi gerekir. Öte yandan, ödünç veren bu imkâna yalnızca, faizli ödünç sözleşmelerinde sahip olabilecektir. Nitekim TBK m. 98 hükmü, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde -ve dolayısıyla da faizsiz ödünç sözleşmelerinde- uygulanamaz⁸⁰.

Bir diğer mesele de, ödünç verenin ödünç sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmeye başladıktan sonra -fakat tamamen yerine getirmeden evvel- TBK m. 390 hükmünden yararlanma imkânına sahip olup olmadığı ile ilgilidir. Özellikle ödünç sözleşmesinin birden fazla bağımsız kısmın devrini konu alması ve ödünç verenin bu kısımlardan bazılarını ödünç alana devretmeye başlamış olması durumunda, ödünç verenin, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünü gerekçe göstererek ödünç konusunu teslimden kaçınıp kaçınmayacağı hususunda öğretilerde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bazı yazarlara göre, ödünç veren sözleşmeden doğan borcun ifasına bir kere başlamışsa, artık onun TBK m. 390 hükmü ile öngörülen hukukî korumadan faydalanma imkânı kalmayacaktır⁸¹. Bizim de görüşlerine katıldığımız diğer bazı yazarlar ise, TBK m. 390 hükmü sayesinde, ödünç verenin sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmeye başlamış olmasına rağmen, ödeme güçsüzlüğüne düşen ödünç alana karşı, hiç olmazsa henüz devretmemiş olduğu kısımları teslimden kaçınma hakkına sa-

⁷⁹ Peter GAUCH/Viktor AEPLI/Hugo CASANOVA, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil mit Einschluss des Handels und Wertpapierrechts (Art. 184-1186), Rechtsprechung des Bundesgerichts, 2. Aufl., Zürich 1990, sh. 179; Frédéric KRAUSKOPF, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, (Peter Gauch/Viktor Aepli/ Hubert Stöckli), 7. Aufl., Zürich 2009, sh. 315.

⁸⁰ Bkz. bu yönde HIGI, Art. 316 OR, No: 38-39; MARCHAND, sh. 18.

⁸¹ HIGI, Art. 316 OR, No: 13, 36. Yazara göre, ödünç verenin ödünç sözleşmesinden doğan borcunu tamamen veya kısmen ifa etmesinden sonra ödünç alan ödeme güçsüzlüğüne düşerse, TBK m. 390 hükmü değil, ancak TBK m. 98/f. 2 hükmü uygulama alanı bulabilir. Ancak bunun için, ödünç sözleşmesinin faizli (ivazlı) olarak yapılmasına karar verilmiş olması şarttır. Faizsiz ödünç sözleşmelerinde ise TBK m. 98 hükmü uygulanamayacağından, ödünç veren, ödünç sözleşmesini ancak, ödünç alanın içine düştüğü ödeme güçsüzlüğünün, sözleşmenin feshi için haklı bir sebep teşkil etmesi hâlinde sona erdirebilecektir. Bkz. HIGI, Art. 316 OR, No: 38-39.

hip olacağını savunmaktadırlar⁸². Bununla birlikte ödünç veren, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğüne düştüğünü ileri sürerek, ona daha önce devretmiş olduğu kısımların iadesini isteyemeyecektir⁸³.

Konu, yukarıda bahsetmiş olduğumuz gibi, ödünç sözleşmesinin irade sakatlığına ilişkin hükümlere dayanılarak ödünç veren tarafından iptal edilebilirliği bakımından da önem taşımaktadır. Bu bağlamda, ödünç alanın ödünç sözleşmesinin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu sonradan öğrenen ödünç veren, ödünç konusu şeyi ödünç alana henüz tamamiyle devretmemişse, doğrudan doğruya TBK m. 390/f. 2 hükmünden faydalanabilecek; irade sakatlığına yönelik hükümlere başvurarak ödünç sözleşmesini iptal etmesine de gerek kalmayacaktır⁸⁴. Bununla birlikte ödünç alan, sözleşmenin kurulmasından evvel ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olup; ödünç veren bu bilgiyi, ödünç konusu para veya mislî eşyayı ödünç alana teslim ettikten sonra öğrenmişse, onun başvurabileceği hukukî yol, temel yanılması ve aldatma hakkındaki TBK m. 32 ve m. 36 hükümlerine dayanarak sözleşmenin iptalini sağlamak olacaktır⁸⁵.

IV- TBK m. 390 Hükümü ile TBK m. 98 Hükümü Arasındaki İlişki

TBK m. 390 hükümü ile ödünç veren lehine öngörülen hukukî korumanın, aslında temelini TBK m. 98 hükmünde düzenlenen ifa güçsüzlüğü konusundaki temel ilkeden aldığı söylenebilir⁸⁶. Bilindiği üzere TBK m. 98 hükümü, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkının tehlikeye düşmesi durumunda, hakkı tehlikeye düşen tarafın, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabileceğini öngörmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca, hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir

⁸² BOVET/RICHA, sh. 1959; CHRIST, § 37, I, No: 7; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 9.

⁸³ BOVET/RICHA, sh. 1959.

⁸⁴ Bkz. CHRIST, § 37, I, No: 7.

⁸⁵ Bkz. ENGEL, Contrats, sh. 270; CHRIST, § 37, I, No: 7. Higi'ye göre ise, ödeme güçsüzlüğünün sözleşmenin kurulmasından önce söz konusu olduğu hâllerde, ödünç konusu şey ödünç alana tamamen teslim edilmiş olsa bile, TBK m. 390/f. 2 hükümü kıyasen uygulanabilmeli ve ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu bilgisini sonradan öğrenen ödünç veren, ödünç sözleşmesini feshedebilmelidir. Yalnız, ödünç verenin bu (sözleşmeyi fesih) hakkını, irade sakatlıklarının ileri sürülmesi için kanunda (TBK m. 39) öngörülen süreler içinde kullanması gerekir. Bkz. bu görüşte HIGI, Art. 316 OR, No: 37.

⁸⁶ Bu konuda özellikle bkz. Gülçin ELÇİN GRASSINGER, BK m. 82 ile BK m. 310 Hükümlerinin Karşılaştırılması, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, sh. 221 vd.

sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönme hakkına da sahip olmaktadır.

TBK m. 390 ile TBK m. 98 hükümleri, uygulama alanları bakımından bir karşılaştırmaya tabi tutulacak olursa, herhâlde ilk olarak söylenmesi gereken TBK m. 98 hükmünün karşılıklı borç yükleyen tüm sözleşmeler bakımından ifa güçsüzlüğünü konu alıyor olmasıdır. Dolayısıyla bu hüküm, TBK m. 390 hükmüne göre genel nitelikte bir hüküm olmasına rağmen, yalnızca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından uygulama kabiliyetine sahiptir⁸⁷. Oysa ki TBK m. 390, yalnızca tüketim ödünçü sözleşmelerindeki ödeme güçsüzlüğünü düzenleyen özel nitelikte⁸⁸ bir düzenlemedir⁸⁹. Bununla beraber TBK m. 390 hükmü, ödünç sözleşmesinin faizsiz olarak kararlaştırılması durumunda da⁹⁰ (sözleşmenin eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği taşıması durumunda da) uygulama alanı bulacaktır⁹¹.

Söz konusu hükümlerle ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer fark da, ödeme güçsüzlüğünün gerçekleştiği zamana ilişkindir. Nitekim TBK m. 98 hük-

⁸⁷ Susan EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne außervertragliches Haftpflichtrecht (Hrsg.: Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid), Band II, 9. Aufl., Zürich 2008, sh. 29; Urs LEU, Basler Kommentar (Hrsg.: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Obligationenrecht I, Art. 68-90, 6. Aufl., Basel 2015, sh. 538; ELÇİN GRASSINGER, sh. 224; MARCHAND, sh. 18; Ahmet M. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2014, sh. 607.

⁸⁸ Hizmet sözleşmeleri bakımından özel nitelikteki benzer bir düzenleme de TBK m. 436 hükmü ile getirilmiştir. Bu düzenleme ile işçi, ödeme güçsüzlüğüne düşen işveren karşısında hukukî bir koruma elde etmektedir. Söz konusu hükme göre, işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde işçi, sözleşmeden doğan hakları uygun bir süre içinde işveren tarafından güvenceye bağlanmazsa, sözleşmeyi derhâl feshedebilecektir.

⁸⁹ Yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız gibi, tüketim ödünçü sözleşmesi, bir kredi işlemi olduğu için ve ödünç alanın ödeme gücü bu sözleşme bakımından özel bir öneme sahip olduğu için, kanunkoyucu ödünç verenin menfaatlerinin korunmasına yönelik daha ileri düzeyde imkânlar ortaya koymuştur. Bkz. TANDOĞAN, sh. 350; ELÇİN GRASSINGER, sh. 230.

⁹⁰ Bilindiği gibi, faizsiz tüketim ödünçü sözleşmesinde tarafların borçları bakımından bir karşılıklık söz konusu olmaz. Zira ödünç verenin ödünç konusunun mülkiyetini ve zilyetliğini devir borcu, sözleşmenin kurulması ile birlikte ortaya çıkmasına rağmen, ödünç alanın ödünç konusunu geri verme borcundan söz edilebilmesi için, onun, öncelikle ödünç konusunun mülkiyetini ve zilyetliğini kazanmış olması gerekir. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, sh. 734; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 440.

⁹¹ TANDOĞAN, sh. 350; BOVET/RICHA, sh. 1957; ELÇİN GRASSINGER, sh. 230; OSER/ SCHÖNENBERGER, Art. 316 OR, No: 1; Nicolas JEANDIN, Les effets de la faillite sur le contrat de durée, Le contrat dans tous ses états: Publication de la société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125e anniversaire de la Semaine Judiciaire (éd.: François Bellanger/François Chaix/Christine Chappuis/Anne Héritier Lachat), Berne 2004, sh. 78-79; Ivan CHERPILLOD, La fin des contrats de durée, Lausanne 1988, sh. 44.

mü, taraflardan birinin sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamada⁹² borcunu ifade güçsüzlüğe düşmesi hususunu düzenlerken; TBK m. 390, ödeme güçsüzlüğünün gerek sözleşmenin kurulmasından sonra gerekse sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşmesi hâllerinde uygulanabilecek bir hüküm özelliği göstermektedir⁹³. Gerçekten TBK m. 390/f. 2 hükmünde, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu sonradan öğrenen ödünç verenin de ödünç konusunu teslimden kaçınabileceği ifade edilmektedir.

Diğer taraftan, TBK m. 98 hükmüne göre bir kimsenin sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmekten kaçınabilmesi veya sözleşmeden dönebilmesi için, karşı âkidin borcunu ifade güçsüzlüğe düşmüş olması yetmez, bu durumun ayrıca kendi hakkını tehlikeye düşürmesi de gerekir. Borçlunun borcunu ifade güçsüzlüğe düşmüş olmasına rağmen kendi hakkı tehlike altında olmayan taraf, TBK m. 98 hükmü ile öngörülen bu imkânlardan faydalanamaz⁹⁴. Buna karşılık TBK m. 390 hükmü uyarınca, ödünç verenin sözleşme konusunu ödünç alana teslimden kaçınabilmesi için, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğüne düşmesi yeterli olup, ayrıca bu durumun kendi hakkını (iadeye veya faize ilişkin alacaklarını) tehlikeye düşürmüş olması gerekmez⁹⁵.

Keza TBK 98 hükmü, alacağı tehlikede bulunan tarafın sözleşmeden dönebilmesi için, öncelikle, borcunu ifade güçsüzlüğe düşen tarafa, teminat göstermesi için uygun bir süre vermesi gerektiğini; karşı taraf bu süre içerisinde bir güvence veremezse, alacağı tehlikeye düşen tarafın ancak bu durumda, diğer bir deyişle ikinci aşamada sözleşmeden dönme hakkına sahip olacağını belirtmektedir. Oysa TBK m. 390'da öngörüldüğü şekliyle, ödünç alanın ödeme

⁹² Hemen belirtelim ki, sözleşmenin kurulması safhasında aslında ödeme güçsüzlüğü içinde bulunan fakat karşı tarafı sözleşme yapmaya iknâ edebilmek için maddî durumunu olduğundan farklı gösteren borçluya karşı, alacaklı, TBK m. 36/f. 1 hükmünden yararlanarak aldatma nedeniyle sözleşmenin iptalini sağlayabilecektir. Bkz. SCHRANER, Art. 83 OR, No: 16. Karşı âkidin ödeme gücünün varlığına ilişkin saikteki yanılmanın esaslı yanılma sayılıp sayılmadığı meselesi ise öğretide tartışmalıdır. Bkz. BUTTICAZ, sh. 82. Bu konudaki genel eğilim, sözleşme yapmaya karar verilirken karşı tarafın ödeme gücüne sahip olduğuna dair beklentinin boşa çıkmasının, yalnızca basit bir saik yanılması olarak nitelendirilebileceği ve bu husustaki yanılmanın, bu düşünceye dayanılarak kurulan sözleşmenin iptaline cevaz vermeyeceği yönündedir. Bkz. SCHRANER, Art. 83 OR, No: 16; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 316 OR, No: 4. Aksi yönde bkz. ENGEL, Traité, sh. 659.

⁹³ ELÇİN GRASSINGER, sh. 231; Ingeborg SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, sh. 447.

⁹⁴ KILIÇOĞLU, sh. 608.

⁹⁵ TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 442; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 10; HIGI, Art. 316 OR, No: 5; CHRIST, § 37, I, No: 7; GÜMÜŞ, sh. 371; ELÇİN GRASSINGER, sh. 231.

güçsüzlüğüne düştüğü ödünç sözleşmeleri bakımından, ödünç veren, teminat istemek, teminat gösterilmesi için uygun bir süre vermek veya herhangi bir sürenin dolmasını beklemek zorunda kalmaksızın doğrudan doğruya sözleşmeden dönebileceği gibi⁹⁶; ödünç alanın veya üçüncü bir kişinin yeterli güvencesi vermesi hâlinde dahi dönme hakkını kullanabilir⁹⁷.

Tüm bu farklar, bize ortada biri genel, diğeri ise özel nitelikte olan ve aynı konuyu değişik biçimde düzenleyen iki ayrı hükmün bulunduğu işaret etmektedir. Bu bakımdan öğretilerdeki bazı yazarlar⁹⁸ tarafından savunulduğu gibi, TBK m. 390 hükmünün, TBK m. 98 ile ortaya konulan genel ilkenin ödünç sözleşmeleri bakımından bir tekrarı, bir uygulama biçimi olduğunu kabul etmek bize mümkün görünmemektedir⁹⁹. Kanaatimizce, ödünç sözleşmelerinde ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünü düzenleyen özel nitelikteki TBK m. 390 hükmünün varlığı, genel olarak ifa güçsüzlüğünü düzenleyen TBK m. 98'in uygulanabilirliğini ortadan kaldıracaktır. Bu bağlamda ödünç veren, ödeme güçsüzlüğü içindeki ödünç alana karşı ödünç sözleşmesinden doğan borcunu tamamıyla yerine getirmiş olmadıkça, henüz devretmemiş olduğu kısmın tesliminden TBK m. 390 hükmü gereği kaçınılabilecektir. Buna karşılık, ödünç konusunun tamamı ödünç alana devredilmişse, artık ne TBK m. 390 hükmüne ne de TBK m. 98 hükmüne dayanılması imkânı kalır. Böyle bir durum karşısında, ödünç veren, ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması nedeniyle örneğin faize ilişkin alacağını kendisine ödeyemeyen ödünç alana karşı bu hükümlere değil, TBK m. 123 vd. maddelerinde düzenlenen borçlu temerrüdü hakkındaki hükümlere başvurabilecektir¹⁰⁰.

⁹⁶ TANDOĞAN, sh. 351; GÜMÜŞ, sh. 371.

⁹⁷ GÜMÜŞ, sh. 371; TANDOĞAN, sh. 351; EREN, Özel Hükümler, sh. 512; ELÇİN GRASSINGER sh. 232; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 442; BOVET/RICHA, sh. 1957; OSER/ SCHÖNENBERGER, Art. 316 OR, No: 2.

⁹⁸ Bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 316 OR, No: 1; MAURENBRECHER, sh. 192. Bu görüş uyarınca, TBK m. 98 ile TBK m. 390 hükümleri arasında bir yarışma söz konusudur ve ödünç alanın ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde ödünç veren, ödünç konusunu karşı tarafa devretmiş olmadıkça, ister TBK m. 390 hükmüne, isterse TBK m. 98 hükmüne dayanarak kendi edimini yerine getirmekten kaçınabilir. Şüphesiz, bu imkândan yararlanılabilmesi için, taraflar arasındaki sözleşmenin faizli ödünç sözleşmesi olması gerekir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi TBK m. 98, yalnızca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından uygulanabilir bir hüküm niteliğindedir.

⁹⁹ TBK m. 98'e göre özel hüküm niteliğinde olan TBK m. 390 hükmünün öncelikle uygulanması gerektiği yönünde bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, sh. 753 ; GÜMÜŞ, sh. 371 ; TANDOĞAN, sh. 350; BOVET/RICHA, sh. 1957.

¹⁰⁰ BUTTICAZ, sh. 85; EREN, Genel Hükümler, sh. 997-998; ELÇİN GRASSINGER, sh. 231; GAUCH/AEPLI/CASANOVA, sh. 179.

SONUÇ

Birçok banka kredisi işleminin temel sözleşme ilişkisini oluşturan tüketim ödücü sözleşmelerinde ödünç alanın ödeme gücü ayrı bir önem taşımaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun tüketim ödücü sözleşmesini düzenleyen hükümlerine bakıldığında, akıllara, ödeme güçsüzlüğü içerisindeki ödünç alanın, ödeme güçsüzlüğüne düşen diğer borçlulara nazaran daha az himaye edildiği şeklinde bir düşünce gelebilir. Gerçekten, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi hâlinde uygulanacak genel nitelikteki TBK m. 98 hükmünde böyle bir imkân tanınmasına rağmen; TBK'nın tüketim ödücü sözleşmesine ilişkin hükümlerinde, ödeme güçsüzlüğüne düşen ödünç alanın, borcunu ifa edeceğine dair ödünç verene bir güvence vermesi hâlinde dahi, ödünç verenin sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu görülmektedir. Aynı şekilde, ifa güçsüzlüğüne düşen borçlu karşısında TBK m. 98'de öngörülen haklardan yararlanılması, ancak kendi hakkı tehlikeye düşen alacaklılar bakımından mümkün olurken; ödünç verenin ödeme güçsüzlüğü içinde bulunan ödünç alana karşı TBK m. 390 hükümünden yararlanabilmesi için, hakkının tehlikeye düşmüş olmasına dahi gerek bulunmamaktadır. Hattâ tüketim ödücü sözleşmeleri bakımından, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önceki safhada ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olmasının bile, ödünç verenin sözleşme ilişkisinden kurtulabilmesi konusunda ayrı bir etkiye sahip olduğu görülmektedir. Nitekim ödünç veren, sonradan öğrenmek koşuluyla, ödünç alanın sözleşmenin kuruluşu ânında ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğunu gerekçe göstererek dahi tüketim ödücü sözleşmesinden dönebilecektir (TBK m. 390/f. 2).

Tüm bu hususlar, tüketim ödücü sözleşmelerinde borçlunun (ödünç alanın) ödeme gücünün, diğer sözleşmelerdekine nazaran çok daha önemli bir yere sahip olduğunu göstermektedir. Öte yandan TBK m. 390 hükmünün, ödeme güçsüzlüğü içinde bulunan borçlu karşısında, ödünç verene, diğer sözleşmelerdeki alacaklılara göre daha geniş imkânlar tanıması, söz konusu hükümün, TBK m. 98'de öngörülen genel ilkenin tüketim ödücü sözleşmeleri bakımından bir tekrarı niteliğinde olduğu yönündeki savı da zayıflatmaktadır. O hâlde, borçlunun ödeme güçsüzlüğü ile ilgili olarak Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bu iki hükmün, aynı konuyu farklı şekilde ortaya koyan biri genel, diğeri ise özel nitelikteki düzenlemeler olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır.



KAYNAKÇA

ALTINOK ORMANCI Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011

ANTALYA O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2015

ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012

ATALAY Oğuz, Borca Batıklık ve İflasın Ertenmesi, İzmir 2007

AYDOĞDU Murat / KAHVECİ Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013

BUCHER Eugen, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zurich 1988

BOVET Christian / RICHA Alexandre, Commentaire Romand (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), Code des Obligations I, 2^e édition, Art. 305-318, Du prêt, Genève 2012

BUTTICAZ Laurent, La notion d'insolvabilité en droit privé suisse, Genève 2011

CHERPILLOD Ivan, La fin des contrats de durée, Lausanne 1988

CHRIST Bernhard, Der Darlehensvertrag, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Band VII/2, Basel 1979

ELÇİN GRASSINGER Gülçin, BK m. 82 ile BK m. 310 Hükümlerinin Karşılaştırılması, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, sh. 221 vd.

EMMENEGGER Susan, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne außervertragliches Haftpflichtrecht (Hrsg.: Peter Gauch / Walter R. Schlupep / Jörg Schmid), Band II, 9. Aufl., Zürich 2008

ENGEL Pierre, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2^{ème} éd., Berne 1997 (*Traité*)

ENGEL Pierre, Contrats de droit suisse, 2^{ème} éd., Berne 2000 (*Contrats*)

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015 (*Genel Hükümler*)

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014 (*Özel Hükümler*)

GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R. / SCHMID Jörg / EMMENEGGER Susan,

Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 10. Aufl., Zürich 2014

GAUCH Peter / AEPLI Viktor / CASANOVA Hugo, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil mit Einschluss des Handels und Wertpapierrechts (Art. 184-1186), Rechtsprechung des Bundesgerichts, 2. Aufl., Zürich 1990

GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, 3. Bası, İstanbul 2013

HATEMİ Hüseyin / GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015

HIGI Peter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V/2b, Die Leihe, Art. 305-318 OR, 3. Aufl., Zürich 2003

HONSELL Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010

HUGUENIN Claire, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zurich 2008

JEANDIN Nicolas, Les effets de la faillite sur le contrat de durée, Le contrat dans tous ses états: Publication de la société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125^e anniversaire de la Semaine Judiciaire (édit: François Bellanger / François Chaix / Christine Chappuis / Anne Héritier Lachat), Berne 2004, sh. 71 vd.

KARSLI Abdurrahim, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014

KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2014

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1), 4. Bası, İstanbul 2008

KOLLER Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR, Band 1, Bern 2012.

KRAUSKOPF Frédéric, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, (Peter Gauch / Viktor Aepli / Hubert Stöckli), 7. Aufl., Zürich 2009

KURU Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013

LEU Urs, Basler Kommentar (Hrsg.: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand), Obligationenrecht I, Art. 68-90, 6. Aufl., Basel 2015

MARCHAND Sylvain, Contrats et insolvabilité, Actualités du droit des contrats: Le contrat à la croisée des chemins (édit: Martina Braun), Lausanne 2008, sh. 15 vd.

MAURENBRECHER Benedikt, Das verzinsliche Darlehen im schweizerischen Recht: Dogmatische Grundlagen und praktische Konsequenzen (Abhandlungen zum schweizerischen Recht), Bern 1995

MUŞUL Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Cilt: 2, Ankara 2013

MUŞUL Timuçin, İflasın Ertelenmesi, 2. Baskı, İstanbul 2010 (İflasın Ertelenmesi)

MÜLLER-CHEN Markus / GIRSBERGER Daniel / FURRER Andreas, Obligationenrecht - Besonderer Teil, Zürich 2011

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 11. Bası, İstanbul 2013

OSER Hugo / SCHÖNENBERGER Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Art. 184-418 OR, vol. V/2, 2. Aufl., Zürich 1936

ÖZBEK Mustafa, Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin İflâsının Ertelenmesiyle Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, Doç. Dr. Haluk Konuralp İçin Özel Sayı, 2008/1, sh. 19 vd.

ÖZTEK Selçuk, İflasın Ertelenmesi, Bankacılar Dergisi, Sayı: 59, Yıl: 2006, sh. 39 vd.

POSTACIOĞLU İlhan E. / ALTAY Sümer, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2010

SCHÄRER Heinz / MAURENBRECHER Benedikt, Basler Kommentar (Hrsg.: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand), Obligationenrecht I, Art. 305-318, 5. Aufl., Basel 2011

SCHÖNENBERGER Beat, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Hrsg.: Marc Amstutz / ve diğerleri), Art. 305-318 OR, Zürich 2007.

SCHRANER Marius, Obligationenrecht (Hrsg.: Peter Gauch / Jörg Schmid), Teilband V 1e, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000

SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009

TANDOĞAN Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Bası, İstanbul 2008

TEKİNAY Selahâttin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atillâ, Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993

TERCIER Pierre / FAVRE Pascal G. / BUGNON Hubert, Les contrats spéciaux, 4^e éd., Zurich 2009, § 29 - § 41.

TÜRK Ahmet, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukukî Sonuçları, Ankara 1999

von TUHR Andreas, Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı C: 1-2, (çev.: Cevat Edege), Ankara 1983

YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak, Türk Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2014

YILDIRIM Mehmet Kâmil / DEREN-YILDIRIM Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015

ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara 2014