

**^HBORCA BATIK OLMAYAN BİR SERMAYE ŞİRKETİNİN KONKORDATO
TALEBİNİN BAŞARIYA ULAŞAMAYACAĞI KESİN MÜHLET İÇİNDE
ANLAŞILDIĞINDA MAHKEME RE'SEN VE BAŞKA BİR İNCELEME
YAPMAKSIZIN İFLASA KARAR VERMELİ MİDİR?**

*(SHALL THE COURT, ON ITS OWN MOTION AND WITHOUT ANY FURTHER
INVESTIGATION, DECIDE ON BANKRUPTCY OF A CORPORATION WHICH IS NOT OVER-
INDEBTED IF IT EMERGES IN THE DEFINITE RESPITE THAT THE CONCORDAT WILL
NOT SUCCEED?)*

Doç. Dr. Levent BİÇER
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Fethi ŞUA*** ******

ÖZ

Bir sermaye şirketinin âdi konkordato talep edebilmesi için borca batık olması zorunlu değildir. Borca batık olmama durumu tüm konkordato süresince devam da edebilir. Bir başka deyişle, nakit sıkışıklığı içerisinde olan ancak aktif pasifinden fazla olan bir sermaye şirketine geçici mühletin sonunda kesin mühletin verilmesi mümkündür. Öte yandan, İİK 292/1/b'de kesin mühlet içerisinde konkordatonun başarıya ulaşamayacağına tespiti halinde mahkemece re'sen iflasa karar verileceği düzenlenmiştir. Borçlunun bir sermaye şirketi olması halinde ise, iflas kararı verilebilmesi için borca batık olmasının gerekip gerekmediği konusunda İİK'da açık bir düzenleme mevcut değildir. İİK 292/1/b'nin salt lafzına sıkı sıkıya bağlı bir değerlendirme yapıldığında, hiçbir ayırım yapılmaksızın iflas kararı verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Oysa, kanaatimizce, borçlunun iflası hakkında karar vermeden önce konkordato projesinin başarılı olmamasının şirketin faaliyetleri ve tercihleri dışındaki sebeplerden kaynaklanabileceğini göz ardı etmemek gerekmektedir. Bu itibarla, mahkemece borca batık olmayan bir şirketin re'sen ve her halükârda iflasına karar verilmesinin isabetli olmayacağı görüşündeyiz. Zira, kendi kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle konkordato projesinin başarıya ulaşamayacağı anlaşılan bir şirketin her durumda iflasına karar verilmesi yerine, faaliyetlerine sınırlı ölçüde dahi olsa devam edebilmesine, küçülmesine veya mali problemlerini başka yöntemler ile çözmesine izin verilmesi, hem konkordato kurumunun varlık sebebine ve ruhuna uygun olacak, hem de TTK'nın şirketler hukukuna dair düzenlemeleriyle daha uyumlu olacaktır.

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 05.02.2021. İlk hakem raporu: 08.02.2021. İkinci hakem raporu: 24.02.2021. Onaylanma tarihi: 24.02.2021.

* Kocaeli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9998-5289.

*** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

**** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7498-8467.

Eserin Atf Şekli: Levent Biçer, M. Fethi Şua, "Borca Batık Olmayan Bir Sermaye Şirketinin Konkordato Talebinin Başarıya Ulaşamayacağı Kesin Mühlet İçinde Anlaşıldığında Mahkeme Re'sen ve Başka Bir İnceleme Yapmaksızın İflas Kararı Vermeli midir?", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.727-741.

Anahtar Kelimeler: konkordato, feragat, borca batıklık, başarıya ulaşmama, sermaye şirketi.

ABSTRACT

Over-indebtedness is not a condition for a corporation to request the ordinary concordat. The situation of not being over-indebted may continue throughout the whole concordat proceeding. In other words, it is possible to grant a definite respite after the provisional respite for the benefit of a corporation which is not over-indebted, but in the shortage of cash. On the other hand, the Art. 292/1-b of the Code of Execution and Bankruptcy regulates that the court, on its own motion, shall decide on the bankruptcy if it is ascertained that the concordat will not succeed. However, in case that the debtor is a corporation, the Code of Execution and Bankruptcy does not have any clear provision whether the over-indebtedness of that corporation is required to decide on bankruptcy. According to the strict literal (grammatical) interpretation of the Art. 292/1-b, it may be deduced that the bankruptcy shall be decided in any case. However, in the opinion of authors, it should not be ignored, when deciding on the bankruptcy of the debtor, that the failure of the concordat project may result from external factors other than the corporation's conducts and practices. In this respect, it is not always accurate to decide on the bankruptcy of a corporation which is not over-indebted, by the court's own motion and in any case. In the opinion of authors, instead of to decide in any case on the bankruptcy of a corporation, of which the concordat project is rejected due to reasons other than its fault; that corporation should be authorised to carry on its activities -even to a limited scale, or to downsize, or to overcome its financial distress by alternative methods. This is because such an interpretation would be more compatible with both the ratio legis of the concordat institution and corporate law provisions of the Turkish Commercial Code.

Keywords: concordat, renunciation, over-indebtedness, failure to succeed, corporation.

GİRİŞ

7101 sayılı Kanun ile 2018 Mart ayından itibaren Türk konkordato hukukunda temel değişiklikler yapılmıştır. Değişikliklerden birisi “geçici mühletin” tanınmış olması ve borca batık olmayan bir sermaye şirketinin geçici mühlet talebinin reddi halinde, konkordato korumasına başvurmuş olan borçlu şirketin iflasına karar verilememesidir¹. Diğer temel bir

¹ Öğretide, geçici mühlet kararı verilmemesi halinde, mahkemece re'sen iflas kararı verileceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı, bu durumun kanun koyucunun daha geçici mühlet aşamasında borçlu hakkında re'sen iflas kararı verilmesini istemediği şeklinde yorumlanması gerektiği, zira 285. maddede borç ödmeden aciz hali yahut tehlikesi içinde bulunan borçlunun muhtemel bir iflastan kaçınmak için de konkordatoya başvurabileceğini kabul ettiğini, daha bu kadar erken bir aşamada, yalnızca konkordato talep etmesi üzerine, borçluyu iflas tehdidiyle karşı karşıya bırakmanın amaca uygun gözükmediği, geçici mühlet talebinin reddi halinde İİK 292'nin uygulanamayacağı, ancak borca batıklığın bunun istisnası olduğu, çünkü sermaye şirketlerinin borca batık oldukları halde bu durumu düzeltmeden ticari faaliyetlerine devam etmelerinin (ve şirket ortaklarının sınırlı sorumluluk ilkesinden yararlanmayı sürdürmelerinin) kanun koyucunun emredici kanun hükümleriyle önlemeyi öngördüğü bir durum olduğu belirtilmiştir. **BUDAK/TUNÇ YÜCEL, ÖZTEK-** Konkordato Şerhi,

değişiklik ise borca batık olmayan sermaye şirketlerine² feragat hakkının tanınmış olmasıdır (İİK 292/1/d)³. Böylece kesin mühlet içerisinde olan ve borca batık olmayan bir sermaye şirketi dilediği zaman feragat hakkını kullanabilecektir⁴. Görüldüğü üzere yeni sisteme göre kanun koyucu, borca batık olmayan borçlulara, konkordato sürecine girdikten sonra, süreç başarıyla yürümese veya nihai aşamaya ulaşmasa dahi “yaşama hakkı” tanımıştır. Böylece, şirketlerin aktiflerinin pasiflerinden fazla olması durumunun, mühlet boyunca muhafaza edilmesinin borçlular açısından hayati önemde olduğu ifade edilebilir. Söz konusu finansal gücün sürekli biçimde korunması aynı zamanda ve tabii ki alacaklıların teminatıdır.

Kanun koyucu tarafından bu temel değişiklikler yapılırken, borca batık durumda olmayan ve fakat konkordato projesinin başarıya ulaşma imkânı kalmadığı değerlendirilen bir şirket hakkında, mahkemece re’ sen ve başka bir inceleme yapmaksızın iflasa karar verilmesi gerektiği sonucunu doğurabilecek bir ifade tarzının benimsendiği görülmektedir. Konkordato talebinin başarısız olmasında kusuru bulunmayan ve borca batık da olmayan bir şirketin her halükârda iflasına karar verilmesi sonucunu doğuracak bir yorumun, hem yeni konkordato sisteminin mantığına, hem konkordato müessesinin ruhuna hem de ticaret hukukumuzun mevcut ticari müesseseleri ayakta tutmayı hedefleyen “kurulu tezgâhı dağıtmama”⁵ düşüncesine aykırı olacağı kanaatindeyiz. Bu gerekçelere ek olarak, iflasın sosyal ve ekonomik açıdan çok ağır sonuçları da nazara alındığında borca batık olmayan şirketlerin salt konkordato talep etmiş olmaları nedeniyle mutlaka iflasına karar verilmesi yönündeki düşüncenin sorgulanması gerektiği fikrini taşımaktayız.

Nitekim, bazı durumlarda borçlunun konkordato sürecine girmesine neden olan temel sebepler kendi kusurundan dâhi kaynaklanmayabilir. Örneğin, borçlunun ödeme gücüne düşmesinin sebebi ülkemizde daha önce benzeri yaşanmamış bir pandeminin borçlunun sektöründeki faaliyetleri uzun süreli olarak durdurması veya belirli yatırımları yaptıktan

m. 287, N. 8 ve 27. Aynı yönde, **Leyla AKYOL ASLAN**, 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordato Borçlunun Doğrudan Doğruya İflasına Karar Verilebilecek Haller, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 42, Yıl: 2019, s. 59. Buna karşın, Pekcanitez/Erdönmez olması gereken hukuk bakımından, konkordato başvurusu ciddi ve inandırıcı olmayan borçluların geçici mühlet taleplerinin reddedilerek iflaslarına karar verilebilecek olmasının, konkordato başvurularına ciddiyet kazandırabileceği gibi, mali durumunun düzelmesi mümkün olmayan işletmelerin ayıklanması bakımından da doğal bir süzgeç işlevi göreceğini belirterek bu tercihi eleştirmekte, henüz bu aşamada dahi iflasa imkân tanıyan İsv. İİK. 293a/3 düzenlemesinin daha yerinde olduğunu ifade etmektedir. **Hakan PEKCANİTEZ / Güray ERDÖNMEZ**, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018, s. 27.

² Sermaye şirketleri için yaptığımız açıklamalar “kooperatifler” için de geçerlidir.

³ Söz konusu hükmün *borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketinin konkordato talebinden feragatinin* iflasa yol açacağı açıkça düzenlenmiş olmasından, *borca batık olmayan* şirketlerin feragat etmesi hâlinde salt bu gerekçeyle iflasa karar verilemeyeceği ortaya çıkmaktadır. Nitekim, 7101 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerden sonraki konkordato hukuku uygulaması da bu yönde gelişmiş, borca batık olmayan şirketler feragat hakkını kullanabilmiş ve eğer başkaca bir iflas sebebi ortaya çıkmamış ise, şirketler iflas etmeksizin faaliyetlerine devam etme imkânına kavuşmuşlardır. “Feragat” hususu II/B başlığı altında ayrıca değerlendirilmiştir.

⁴ Mahkemeler tereddüt yaratan durumlarda genellikle borçlu sermaye şirketinin malvarlığının güncel bir değerlemesinin yapılması için derhal bir bilirkişi heyeti atamakta, şirketin borca batık olup olmadığını tespit ettirmekte ve bilirkişi raporunun sonucuna göre karar vermektedirler. Buna mukabil, yine uygulamada, borçlunun borca batık olduğuna dair bir emare veya ciddi bir iddia yok ise şirketin mali durumunu yakından takip etmekte olan konkordato komiser heyetinin “borca batıklık hakkındaki görüşü”ne dayanarak da karar verilebilmektedir.

⁵ **Ahmet TÜRK**, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s. 231.

sonra yetkili kuruluşların yeni düzenlemeleri nedeniyle yatırımların karşılıksız kalması veya devam eden bir inşaat projesinin üzerinde bulunduğu arsanın kamulaştırılması sonucunda ödemelerini zamanında yapamaz hâle gelmesi olabilir⁶.

Değerlendirmelerimizi yaparken öncelikle İİK 292/1/d'de yer alan düzenlemeyi inceleyecek (I), daha sonra borca batıklık ve feragat kavramları üzerinde duracak (II) ve nihayetinde “başarıya ulaşamama” kavramını irdeleyeceğiz (III). Söz konusu üç başlık altında yapacağımız incelemeler ile “başarıya ulaşamama durumunda” borca batık olmayan şirketlerin her durumda ve re'sen iflasına karar verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılabilir kanun metnine ilişkin değerlendirmelerimizin dayanaklarını izah etmeye çalışacağız.

I- İİK 292/1/d'DE YER ALAN DÜZENLENMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İncelememizin konusu olan İİK 292/1/b düzenlemesine çok yakın bir hüküm, 7101 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce de İİK'da yer almaktaydı⁷. Buna mukabil tamamen yeni bir düzenleme olan İİK 292/1/d hükmüyle borca batık olmayan sermaye şirketlerine feragat hakkı tanınmış olması, İİK 292/1/b'nin kapsamının anlaşılmasında ve yorumunda önemli etkiler doğurabilecek esaslı bir değişiklik olarak kabul edilebilecektir. Şöyle ki, önceki Konkordato Hukuku'muzda öğreti, feragat hakkının kullanılmasını olumsuz karşılamış ve kötüniyetli bir davranış olarak tanımlamıştır⁸. Benzer görüşte olan Yargıtay 19. HD de feragat hakkı kullanıldığında alacaklıların borçlunun doğrudan doğruya iflasını talep etme hakkına sahip olacağı yönünde karar vermiştir. Buna karşın, 15 Mart 2018'de yürürlüğe giren 7101 sayılı Kanun'un getirdiği değişiklik ile “feragat” müessesesinin kullanılmasına yönelik olarak kanun koyucu bakışı açık bir şekilde göstermiştir. Artık, İİK 292/1/d'ye dayanarak borca batık olmayan şirketler iflas etmeksizin konkordato sürecinden feragat hakkını kullanarak çıkabileceklerini görebilecek bir duruma kavuşmuşlardır⁹. Kon-

⁶ Benzer değerlendirmeler öğretide haklı olarak yıllar önce ifade edilmiştir: “Özellikle, üretim süreci içerisinde yer almak suretiyle ülke ekonomisine katkıda bulunan ve binlerce işgücü istihdam eden iyiniyetli hukuk sülhelerinin, konjonktürel dalgalanmalar, plân ve programda meydana gelen irade dışı sapmalar gibi ellerinde olmayan nedenlerden ötürü, içine düştükleri malî sıkıntılar yüzünden iflâs yoluyla tasfiye edilmelerine göz yumulması ya da rıza gösterilmesi, hem üretim kaybına ve dolayısıyla kamu ekonomisinin zarar görmesine hem de bir takım insanların işsiz kalmasına ve dolayısıyla sosyal barışı ve güvenliği bozabilecek ya da tehdit edebilecek tutum ve davranışların ortaya çıkmasına neden olabilir. Özellikle, son işaret edilen durumun, bizim ülkemiz gibi ekonomik istikrarsızlığın ve yoğun enflasyonist koşulların egemen olduğu ülkelerde ortaya çıkması muhtemeldir”. **Süha TANRIVER**, Konkordato Prosedürünün Islahı İle İlgili Bazı Düşünceler, AÜHFD, C. 50, S. 3, 2001, s. 1.

⁷ İİK'nın 7101 s. Kanun değişikliğinden önceki metni şu şekildeydi: m. 287/7, “Borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli ise veya konkordatonun gerçekleşmeyeceği açıkça anlaşılıyorsa, konkordato mühleti komiserin talebi üzerine mühletin sona ermesinden önce kaldırılabilir.”

⁸ **Süha TANRIVER**, Konkordatonun Tasdiki Şartı Olarak Dürüstlük Koşulu, Makalelerim I, 1985-2005, Ankara 2005 s. 303-316; **Leyla AKYOL ASLAN**, Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2010, s. 266.

⁹ Borçlular konkordato başvuru aşamasında değerlendirmelerini bu hükmü nazara alarak yapacaklardır. Bu durum, makul başvuruların yapılmasında dahi iflas tehdidinden çekinerek konkordato sürecine girmeyecek firmalar için önemli bir imkân olarak karşımıza çıkmaktadır. Hemen belirtelim ki, konkordato talep eden firmaların ilke olarak itibarları çok ağır bir şekilde zedelenmekte, vadeli ticaret yapmaları neredeyse imkânsız hâle gelmekte ve zor durumdaki şirketin yeni kredi alması da çok zorlaşmaktadır. Dolayısıyla, konkordato, şirketlerin kolaylıkla seçebileceği bir hukuki süreç değildir. Kaldı ki, bir hakkın kötüye kullanılması ihtimalini nazara alarak, o hakkın kullanılmasının ta-

kordato talebinin haklı olmadığı veya kötüniyetli olduğu durumlarda, borçluya kesin mühlet verilmesine gerek olmadığı ise izahtan varestedir¹⁰.

Dolayısıyla hem feragat hakkının kullanıldığı hem de konkordato başvurusunun reddedildiği¹¹ durumlarda yeni Türk konkordato hukuku, İsviçre hukukundan farklılaşarak borca batık olmayan şirketlerin iflasını zorunlu tutmamıştır. Görüldüğü üzere, “borca batık olmama” Türk konkordato hukuku bakımından iflas kararı verip vermemede en kritik ölçütlerden birisini oluşturmaktadır.

Gerçekten de İİK 292'nin metni incelendiğinde (d) bendinde “borca batıklık” hususunun açıkça düzenlendiği ve böylece, İsviçre Hukuku'ndan ve önceki konkordato hukukumuzdan farklı bir biçimde konkordato sürecinin sona erdiği görülmektedir:

“Kesin mühlet içinde konkordato talebinin reddi ile iflâsın açılması:

İflâsa tabi borçlu bakımından, kesin mühletin verilmesinden sonra aşağıdaki durumların gerçekleşmesi hâlinde komiserin yazılı raporu üzerine mahkeme kesin mühleti kaldırarak konkordato talebinin reddine ve borçlunun iflâsına resen karar verir:

- a) Borçlunun malvarlığının korunması için iflâsın açılması gerekiyorsa.
- b) Konkordatonun başarıya ulaşamayacağı anlaşılıyorsa.
- c) Borçlu, 297 nci maddeye aykırı davranır veya komiserin talimatlarına uymazsa ya da borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ettiği anlaşılıyorsa.
- d) Borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketi veya kooperatif, konkordato talebinden feragat ederse.”

Yukarıda yer alan yeni İİK 292/d hükmü, bir kez daha belirtelim ki, borçluya, iflas etmeksizin, konkordato sürecinden çıkma imkânını tanımıştır. Söz konusu İİK 292/d'nin mehaz İsviçre Hukuku'nda karşılığı bulunmamaktadır.

İİK m. 292/1/d ile getirilen yeni düzenlemenin borca batık olmayan sermaye şirketlerine tanıdığı bu imkânın yeni Türk konkordato hukuku açısından doğurabileceği önemli etkilerin öğretide yeteri kadar irdelenmediği kanaatini taşımaktayız¹². Esasen, İİK 292/1/d

mamen yasaklanmasını doğru bulmadığımız gibi, konkordato komiserinin talimatlarına uymak zorunda olan (gereğinde İİK 297/1/c.2 uyarınca yönetici komiser tarafından yönetilen) ve hem TMK 2'ye hem de İİK'nın konkordato hukukuna dair hükümlerine riayet etmek zorunda olan bir borçlunun, konkordato talep hakkını kötüye kullanmasına müsaade edilmemesi gerektiğinden şüphe etmek gerekir (Bkz. İİK 291, 292, özellikle 292/1/c'de yer alan “borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ettiği anlaşılıyorsa” re'sen iflasa karar verileceği düzenlemesi, 297 ve borçlunun faaliyetlerini ve davranışlarını sınırlayan diğer hükümler).

¹⁰ Aynı husus borçlunun kendisinin iflas talep etmesi için de geçerlidir. İflasın yalnız alacaklıların değil, kamu yararını ilgilendiren iktisadi ve önemli bir olay olduğu, borçlunun muvazaa ve kötüniyetle hareket etmesine müsaade edilmemesi gerektiği yönünde, bkz. **Münir Hayri ÜRGÜPLÜ**, Borçlunun Müracaatı Üzerine İflas Kararını Mutlak Surette Vermek Mecburiyeti Var mıdır? (Hukuki Bilgiler Mecmuası, 1939/2-122, s. 7155- 7156.

¹¹ Borçlunun konkordato başvurusunun reddi halinde verilecek karar açısından Türk Hukuku, mehaz İsviçre İcra ve İflas Kanunu'ndan ayrılmaktadır. Konkordato talebinin ilk aşamasında yer alan söz konusu fark Pekcanitez/Erdönmez tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “Başvurunun reddi dışında ilave bir yaptırım Kanun'da öngörülmemektedir. Bir diğer ifadeyle, mahkeme borçlunun ön projesini incelediğinde ticari işletmenin iyileşme ümidinin bulunmadığını görse bile, iflâs kararı veremeyecektir. Türk hukukunun bu düzenlemesi mehaz İsviçre İcra ve İflas Kanunu'ndan ayrılmaktadır”. **PEKCANİTEZ/ERDÖNMEZ**, s. 26. Gerçekten de İsviçre İcra ve İflas Kanunu 293a/3 düzenlemesi, 294/3 ve 296b'nin içeriği ile benzer şekilde, iyileşmenin veya konkordatonun tasdikinin açıkça beklenemeyeceği durumlarda re'sen iflasa karar verileceğini düzenlemektedir.

¹² Feragat konusundaki değerlendirmeler hakkında bakınız “II/B-Feragat” başlığı altındaki açıklamalarımız.

ile getirilen bu yeni düzenleme, İİK 292/1/b'nin kapsamının anlaşılması ve yorumlanmasında büyük bir öneme sahiptir. Bu önem ve etkinin daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle "borca batıklık" kavramı ve sonuçları üzerinde durulması gerekmektedir.

II- BORCA BATIKLIK ve FERAGAT

A- Borca Batıklık

TTK 376/3/c.2 uyarınca, borca batıklık, aktiflerin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesidir¹³. Sermaye ortaklıklarında borca batıklığın ayrı bir iflas nedeni olarak kabul edilmesinin amacı, alacaklıların eşit olarak ve en yüksek derecede tatmininin borca batıklığın en düşük olduğu aşamada sağlanmasıdır¹⁴. Zira sermaye ortaklıklarında sınırlı sorumluluk söz konusu olup, ortaklığın malvarlığı alacaklıların yegâne güvencesini teşkil etmektedir¹⁵.

Borca batıklık kavramının sermaye şirketleri bakımından önemli sonuçları bulunmaktadır. TTK 376'nın mehzazı olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 725. maddesinde de bir anonim şirketin faaliyetine devam edip etmeyeceğinin belirlenmesinde asıl parametrenin borca batıklık olarak seçildiği görülmektedir¹⁶.

Gerekli önlemler alınmadığında veya mali durum düzeltilmediğinde borca batık şirketler iflas sürecine girecekler ve devamında iflas edeceklerdir. Nasıl ki "borca batık olmak" zikredilen olumsuz sonuçları doğurabilmekte ise "borca batık olmayan" sermaye şirketleri açısından da faaliyetlerine devam etme imkanının, diğer bir ifadeyle tüzel kişiliğin "yaşama hakkının" korunması ihtiyacı doğabilmektedir. Gerçekten de öz sermayesini kaybetmemiş ve malvarlığı borçlarını karşılamaya yeten bir sermaye şirketinin, salt "konkordato sürecinin başarıya ulaşamayacağına anlaşılması" sebebiyle her durumda iflasına karar verilmesi gerektiği görüşü sorgulanmak durumundadır¹⁷. Burada önemle vurgulamak gere-

¹³ Hükmün gerekçesine göre borca batıklık, kavramı, şirket aktifleri yıllık bilançoda olduğu gibi defter (iktisap) değerleriyle değil – fakat gerçek (olası satış değerleri) değerleriyle değerlemeye tâbi tutulsalar bile alacaklıların, alacaklarını alamamaları, yani şirketin borç ve taahhütlerini karşılayamaması demektir. Benzer bir tanım için ayrıca bkz. **Oğuz ATALAY**, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2007, s. 20.

¹⁴ **ATALAY**, s. 53.

¹⁵ **TÜRK**, s. 229; **Cumhur RÜZGARESEN**, İflas Sebepleri, Ankara 2009, s. 452.

¹⁶ **PETER, Henry/CAVADINI**, Francesca, Commentaire Romand, m. 725, prg. 34a, s. 1164, Bâle 2017.

¹⁷ Türk ekonomisinde rol alan şirketlerin ve şirketler hukukunun tartışmasız en önemli türü olan sermaye şirketlerinin oluşturdukları ekonomik değerlerin korunması, istihdam yaratılmasına ve vergi toplanmasına katkı sağlamanın yanında ülkemizde hâli hazırda yapılmış olan yatırımların muhafazası açısından da vazgeçilmezdir. Ayrıca ve özellikle de belirtmek gerekir ki, bir sermaye şirketinin kuruluşu, sermayenin getirilmesi, korunması, kaybı ve borca batık olma durumunun sonuçları, şirketin denetlenmesi, şirketin yönetiminde uyulması gereken ilkeler, yönetim görevi yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu ile bir şirketin sona erme sebepleri hususlarında esas düzenlemeleri içeren kanun, Türk Ticaret Kanunu olup söz konusu kanun, bir şirketin kuruluşundan itibaren sermayesinin korunmasını amaçlayan çok sayıda düzenleme içermektedir. Bu itibarla malvarlığının ve dolaşısıyla, varlığının korunmasına özel önem verilen sermaye şirketlerinin "sermayesini koruyabildiği" ve kusurlu da olmadığı durumlarda iflasına karar verilmemesi gerektiği kanaatinizi taşımaktayız.

kir ki “konkordato sürecinin başarıya ulaşmaması” her zaman borçlunun kusurundan veya davranışlarından kaynaklanmayabilir¹⁸.

Yukarıda da belirtildiği üzere, adi konkordato talep edilebilmesi için borçlunun borca batık olması zorunlu değildir. Aynı durum yargılamanın devamında da geçerlidir. Bu nedenle, konkordato hukukuna dair hükümler değerlendirilirken borca batık olmayan sermaye şirketlerinin kapsam dâhilinde olduğuna özellikle dikkat etmek gerekir. Nitekim, sermaye şirketlerinin ülke ekonomisi açısından taşıdığı büyük önemin farkında olan Türk kanun koyucusu yeni düzenlemeyle söz konusu şirketlere “feragat” hakkını tanımıştır.

B- Feragat

Feragat, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir (HMK 311). Feragatin temel unsurları ve sonuçları da dikkate alınarak öğretilerde¹⁹ yapılmış olan bir tanıma²⁰ göre, “davadan feragat, davalının ve mahkemenin kabulüne ve herhangi bir şarta bağlı olmaksızın davacının, dava konusundan (talep sonucundan) kısmen veya tamamen vazgeçtiğini, yazılı veya sözlü olarak mahkemeye yönelik tek taraflı, kesin, açık ve rücu edilemez bir irade beyanıyla açıklaması suretiyle davaya son veren, böylece esas haktan da vazgeçilmesine neden olan ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğuran karma karakterli bir işlemdir”. Öğretilerde yapılan bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, davadan feragat edilebilmesi için davalının veya mahkemenin kabulüne gerek bulunmamaktadır. Davacının mahkemeye yönelik olarak, tek taraflı, kesin, açık bir biçimde irade beyanını yöneltmesi yeterli olmaktadır.

Kural olarak her türlü davadan feragat mümkündür. Bununla birlikte, sadece davacının değil üçüncü kişilerin de menfaatini ilgilendiren bazı hallerde kamu düzeni düşüncesinden hareketle feragat davayı sona erdirmemekte, mahkeme feragat beyanına rağmen davaya devam edebilmektedir²¹. Hakimlere karşı açılan tazminat davasında, ortaklığın giderilmesi davasında, sahtelik davasında, boşanma ve ayrılık davasında, evliliğin butlanı davasında, kadastro davasında, iflas davasında, ihalenin feshi isteminde feragatin mümkün olmadığı belirtilmektedir²².

7101 sayılı yasanın kabulünden önce, konkordato tasdiki talebinden feragatin doğuracağı sonuçlar konusunda Yargıtay’ın 11. HD ile 19. HD arasında görüş birliği bulunmamaktaydı. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 24.12.1990 T., 7962/8310 sayılı kararında, “...*Feragat kati bir hükmün hukuki sonuçlarını doğurur (HUMK m. 95/1). Davacı, konkordato istemi hakkında işin esası hakkında bir karar verilmeden önce feragat etmesine göre, davanın feragat nedeniyle reddi gerekir. Nitekim mahkemece bu husus gözönüne alınmış ve bu yolda karar verilmiş bulunmaktadır. Fakat mahkemece ayrıca işin esasına girilmiş ve bu husus değerlendirilerek işin esası hakkında da karar tesis edilmiştir. Davacı, konkordato*

¹⁸ Ticaret ortamındaki ileriye dönük tahminler ve hesaplamaların hiç beklenmedik bir şekilde gerçekleşmemesi, kredi faiz oranlarının sert bir şekilde yükselmesi veya düşmesi, yabancı para birimlerindeki ani yükseliş veya düşüşlerin olması vb. sebepler ile borçlunun o güne kadar makul kabul edilebilecek projeksiyon ve hedeflerinin reel ekonomide ciddi sapmalara uğraması söz konusu olabilmektedir. En azından mehzaz düzenlemelerin alındığı İsviçre’deki ekonomik düzenin kısa, orta ve uzun vadeli hareketleri ile ülkemizin ekonomik düzeni arasında bir kıyaslama yapıldığında, kendi ülkemizin ihtiyaçlarına uygun düzenlemeler yaparak hukuk sistemimiz ile piyasalarımız arasında bir uyum sağlanabileceği ifade edilebilir. Ayrıca, bkz. yukarıda dipnot 6 ve ilgili metin.

¹⁹ **AKYOL ASLAN**, Feragat, s. 231.

²⁰ Doktrinde davadan feragatin yapılan farklı tanımları için bkz. **AKYOL ASLAN**, Feragat, s. 15 vd.

²¹ **AKYOL ASLAN**, Feragat, s. 231.

²² **AKYOL ASLAN**, Feragat, s. 231-262.

isteminden feragat ettiğine göre, işin esası hakkında bir karara yer verilmeksizin sadece davanın feragat nedeniyle reddi gerektiğinin gözden uzak tutulması doğru görülmemiştir. Öte yandan, İİK'nın 301/2. maddesine göre konkordatonun onanmasını reddeden mahkeme teminat aramaksızın borçlunun kabili caiz mallarının ihtiyaten haczine karar verir. Bu kural işin esası hakkında verilecek kararlar ilgili olduğundan, borçlunun feragati nedeniyle konkordatonun reddi halinde borçlunun malları için haciz kararı verilemez. Mahkemece, bu hususun dahi gözönüne alınmaması doğru değildir.” denilmiştir.

Hükmün karşı oy yazısında ise “...Kural olarak; birkaç istisna hariç, her davadan feragat mümkündür. Bu itibarla konkordato isteminden de feragat mümkündür. Ancak, HUMK'nun 95. maddesi gereğince, feragat, kat'i hükmün hukuki sonuçlarını meydana getirir. Binnetice, bir davanın esastan reddi bazı hukuki sonuçlar doğuracak ise, aynı davanın feragat nedeniyle reddinin de aynı sonuçları doğuracağına kabulü gerekir (HUMK 95/1). Çünkü, feragat nedeniyle red, esastan reddin sonuçlarını doğurmaktadır. Bu itibarla esastan red ile feragat nedeniyle reddin sonuçları bakımından bir ayırım yapmanın hukuki nedenini bulmak zordur. Kaldı ki, kendisine konkordato mühleti verilmiş, mühletin kabulü sonuçlarından yararlanmış olan borçlu konkordatonun reddi sonuçlarına da katlanmalıdır. Aksinin kabulü halinde konkordatonun İİK'nın 298. maddesi gereğince reddedileceğini anlayan her borçlu feragatla konkordatonun reddi sonuçlarını ortadan kaldırma imkanına kavuşur ki bu hem usul kanununa aykırı, hem de alacaklıların konkordatonun reddi sonucundan doğan haklarının ihlali sonucunu doğurur ki bu da kabul edilebilecek bir netice değildir. Olayın somut özelliği itibariyle de, konkordato komiserinin müsbet raporundan sonra mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu konkordato isteyen malvarlığının ancak borçlarının % 34,2'sinin karşılıdığı ve bu nedenle istemin esastan reddedileceğini (İİK 285/4) anlayan istek sahibinin bu bilirkişi raporundan sonra isteminden feragat ederek reddin sonuçlarından kurtulmaya çalışması ve buna imkan tanınması hukuken terviç edilemez. Açıklanan nedenlerle mahkemenin feragat nedeniyle de olsa konkordato isteminin reddi üzerine İİK 301/2. maddesi gereğince borçlu mallarının ihtiyaten haczine karar vermesi usul ve yasaya uygun olup, aksine görüşle hükmün bozulmasına karar veren çoğunluğa katılmıyorum.” şeklinde görüş ifade edilmiştir²³.

Yargıtay 11. HD'den farklı yönde karar veren 19. HD'nin 03.07.1992 T., 5338/3202 sayılı kararında²⁴ ise, “...28.06.1998 tarihinde talep edilen konkordato mehli üzerine hakkında yapılmış bütün icra takiplerini bugüne kadar durdurmuş olan borçlunun dört yıl sonra konkordatonun tasdikine ilişkin yargılamanın son aşamasında konkordatonun tasdiki isteğinden vazgeçmesi, konkordato komiserliğince düzenlenen raporun tasdik edilmemesi ve konkordato mehlinin de kalkması sonucunu doğurmaktadır. Konkordato mehlinin ister Tetkik Merciiince İİK 290/2 maddesine göre kaldırılması, ister konkordato koşullarının gerçekleşmediğinden reddi suretiyle ortadan kalkması yahut konkordatonun tasdiki isteğinden feragat üzerine reddedilen dava hukuki sonucu olarak gerek konkordato komiserinin raporunun tasdik edilmemiş olması, gerekse konkordato mehlinin kalkması itibariyle, kon-

²³ Karar için bkz. YKD 1991/4, s. 576.

²⁴ Karar için bkz. YKD 1994/6, s. 958-959. Yargıtay 19. HD'nin T. 07.10.1993, E. 1993/6712, K. 1993/6307 sayılı kararında da “...konkordatonun hukuki niteliği dikkate alındığında, iyiniyetli borçlular için tanınan bu müessesenin amaç dışı alacaklılar aleyhine kullanımına imkân tanımak ve feragat sebebiyle de olsa konkordatonun tasdiki isteminin reddedilmesi halinde, 301/1. maddenin uygulanma olanağı bulunduğunu kabul etmek gerekir. Konkordato isteminin reddine karar vermiş olan mahkemenin kararında, İİK 301/2. maddenin uygulanmasını öngörmemiş olması bu sonucu değiştirmez.” denilerek aynı görüş tekrarlanmıştır.

kordato mehil süresince takipleri duran alacaklıların hukukunun korunması amacı ile getirilmiş olan İİK'nın 301. maddesinin uygulanmasına karar verilmesi gerekirken, mahkemece aksine hüküm kurulması isabetsiz görülmüştür.” denilmiştir.

Öğretide de, konkordatonun tasdiki talebinden feragat edilmesi halinde, İİK'nın (eski) 301. maddesinin uygulanmasının mümkün olması gerektiği, konkordatonun tasdiki talebi reddedilmese bile, tasdik talebinden feragat halinde de, alacaklıların borçlunun doğrudan doğruya iflasını talep edebilmesi ve borçlunun ihtiyaten haczine karar verebilmesi gerektiği, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin görüşünün daha isabetli olduğu ifade edilmiştir²⁵.

Buna mukabil, kanun koyucu 7101 sayılı yasa ile 19. HD'nin ve öğretinin yukarıda belirtilen görüşünün aksi yönde bir tercih yapmıştır. Mahkemeler, 7101 sayılı Yasa'nın kabulünden sonra, feragatin tek taraflı ve davayı sona erdiren kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğuran bir işlem olduğu, feragatin hüküm ifade etmesinin mahkemenin kabulüne bağlı olmadığı, konkordato talep edenin usulüne uygun bir şekilde feragat etmesinden sonra şirketin borca batık olup olmadığına tespit edilmesi gerektiği yönünde kararlar vermişlerdir. Eğer şirket borca batık değilse, mahkemelerin konkordato talebinin feragat nedeniyle reddine karar verdikleri görülmektedir²⁶. Böylece konkordatoda feragat hakkının olumsuz bir hukuki işlem ve hatta kötüniyetli bir davranış olarak kabul edilmesine ilişkin görüşün yeni konkordato hukukunda mahkemeler tarafından da benimsenmediğini söyleyebiliriz.

III- BAŞARIYA ULAŞAMAMA KAVRAMI VE SONUÇLARI

Konkordato kurumunun temel amacının konkordatonun başarıya ulaşması olduğu söylenebilir. Nitekim, konkordato süreci içerisindeki en kritik aşamalarda kanun koyucu, “başarıya ulaşmanın mümkün olması” ölçütünü esas almaktadır. Şöyle ki, İİK 287/3'te, mahkemenin geçici mühlet kararıyla birlikte konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olup olmayacağını yakından incelenmesi amacıyla geçici bir konkordato komiseri görevlendirileceği, İİK 289/3'te konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması halinde borçluya kesin mühlet verileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla gerek geçici mühlette gerek kesin mühlette konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olması temel kriter olarak belirlenmiştir. Bunun aksi yani konkordatonun başarıya ulaşamayacağını anlaşılması ise kesin mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddi için bir sebep olarak kabul edilmiştir (İİK 292/1/b).

Konkordatonun başarıya ulaşması kanunda tanımlanmamakla birlikte, İİK 287 ve İİK'nın 292. maddesinin gerekçesinde, “konkordatonun başarıya ulaşması” ibaresi (birbirine benzer bir şekilde) tanımlanmıştır. İİK'nın 287. maddesinin gerekçesine göre, “*Konkordatonun başarıya ulaşması ile kastedilen husus, konkordato talebinde bulunanın mali durumunun düzelmesinin mümkün olup olmadığı veya konkordato teklifinin tasdiki şartlarının yerine gelip gelmeyeceğidir.*” İİK 292 hükmünün gerekçesinde de, “başarıya ulaşmama” ibaresi ile kastedilen hallerin iyileşmenin veya konkordatonun tasdikinin hiç mümkün olmadığı haller olduğu belirtilerek aynı tanım tekrarlanmıştır. Bu çerçevede konkordatonun başarıya ulaşması, borçlunun mali durumunun iyileşmesi veya konkordatonun tasdik edil-

²⁵ AKYOL ASLAN, Feragat, s. 266; Ömer ULUKAPI, Konkordatonun Feshi, Konya 1998, s. 49, dn. 360.

²⁶ Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E. 2020/312, K. 2020/461, T. 17.7.2020 sayılı kararı. İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E. 2020/167, K. 2020/175, T. 12.03.2020 sayılı kararı, Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E. 2018/1169, K. 2020/215, T. 27.02.2020 sayılı kararı, İstanbul BAM 45. HD. E. 2020/1450, K. 2020/201, T. 4.11.2020 sayılı kararları da aynı yöndedir.

mesi olarak tanımlanabilecektir. Dolayısıyla, tasdik şartlarının sağlanamaması konkordatonun “başarıya ulaşamaması” anlamına gelecektir.

Konkordatonun başarıya ulaşamayacağını anlaşılmış olması çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir: Teklif edilen ödemelerin vadesinde uyuşulamamış olması ve şirketin kaynaklarıyla alacaklıların talepleri arasında açık bir farklılık bulunması, bazı alacaklıların açıkça karşı çıkması sonucunda sürecin başarıya ulaşamayacağını anlaşılmaması²⁷, kesin mühletin içerisinde ortaya çıkan sektörel bir daralmanın oluşmasıyla şirketin ciro hedeflerinin yakalanamayacağını ortaya çıkması anlaşılabilir.

Alacaklıların olumlu oy kullanmayacağını açıkça beyan etmesi ve sürecin devamına engel olması, bazı özel durumlarda, alacaklıların içerisinde bulunduğu ekonomik grubun (şirketler topluluğunun) sahip olduğu bağlı şirketlerin yapısından kaynaklanabilir. Şöyle ki, söz konusu şirketler topluluğu içerisinde borçlunun önemli rakiplerinden bir tanesi mevcut olabilir ve borçlunun konkordato talebinin başarıya ulaşamaması durumu, borçluluyla anlaşma sağlandığı ihtimale nazaran, şirketler topluluğunun daha çok yararına sonuç doğurabilir. Bir başka deyişle, bazı durumlarda, alacaklıların da asıl olarak alacağına kavuşmaktan ziyade borçlusunun ticari faaliyetine zarar verme kastı taşıyabileceği değerlendirilmeye alınabilir.

Görüldüğü üzere bir sermaye şirketinin konkordato talebinin başarıya ulaşamaması çok çeşitli nedenlerden kaynaklanabilir. Önemle ve tekrar belirtmek gerekir ki, bu durum her zaman borçlunun kusurlu davranışının sonucu da olmayabilir. İşte tam da bu noktada özellikle belirtilmesi gereken husus şudur: Konkordato sürecinin başarıya ulaşması, tacirin ticari faaliyetini sürdürebilmesi için veya tacirin iflas etmemesi için yegâne yol değildir. Konkordato başarıya ulaşmasa dahi tacirin iflase nazaran daha tercih edilebilir süreçler izlemesi söz konusu olabilecektir. Gerçekten de konkordato sürecinin başarıya ulaşamayacağını anlaşılmaması durumunda, iflase tâbi borçluların önünde sadece *iflâs* kurumunun olduğunu kabul etmek isabetli olmayacaktır²⁸. Çünkü, borca batık olmayan ama nakit sıkışıklığı nedeniyle konkordato talep eden bir şirket hakkında İİK 292/1/b mutlak biçimde uygulanacak olur ise belki de ticari faaliyetine sınırlı da olsa devam etmesi mümkün olabilecek bir tacirin iflasına karar verilebilecektir. Bu durum ise ne konkordato hukukunun ne de ticaret hukukunun tercih edeceği bir durumdur. Nitekim, olağan koşullarda iflasına hükmedilemeyecek bir tacir hakkında salt konkordato projesinin hedefine ulaşamayacağı ortaya çıktığı için iflas kararı verilmesi, tacirlere finansal iyileşme imkânı sunan konkordato hukuku açısından amaca²⁹ aykırı bir sonuç doğuracaktır. Yeni konkordato hukuku uygulaması da genel itibarıyla bu görüşümüz³⁰ yönünde oluşmuştur³¹.

²⁷ Konkordato sürecine karşı çıkan alacaklıların sayısı ve alacaklarının miktarını gören komiser veya komiser heyetinin gerekli nisapların sağlanamayacağını tespit etmesi durumunda Mahkeme'ye sürecin sonlandırılması amacıyla durumu aktarması gerektiği ifade edilmektedir. **GANI**, Lucien, *Commentaire Romand*, art. 295, prg. 19, s. 1418, Basel 2005.

²⁸ Nitekim, kanun koyucunun borçluya “feragat” hakkını tanımış olması bu görüşümüzü desteklemektedir.

²⁹ “Öte yandan unutulmamalıdır ki, kanunların yorumunda amaçsal yorum, sağlıklı sonuçlara yol açar” **Ejder**, **YILMAZ**: Borçlunun İhtiyarı İle Kendi İflâsını İstemesi Durumunda Mahkemenin İnceleme Yetkisi, Ankara Barosu Dergisi, 1985/1, s. 33. Amaçsal yorum için bkz. **Kemal OĞUZMAN/ Nami BARLAS**, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul 2019, s. 70- 71.

³⁰ Bu görüşümüz için bkz. makalemiz ile aynı isimli bildirimizin yayınlandığı 15-17 Kasım 2018’de gerçekleştirilen uluslararası ECOEI IV kongresinin özet bildiri kitabı s. 59.

³¹ Nitekim, İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin E. 2019/653, K. 2020/251, T. 6.7.2020 sayılı kararında, “...komiser heyetinin 17.06.2020 tarihli konkordato projesinin başarıya ulaşamayacağı

Bu noktada çeşitli olasılıklar üzerinde durabiliriz. İlk olarak, konkordato sürecine girmeden önce ağır bir borç ve haciz yaptırımını tehdidi altında olan sermaye şirketinin mali durumundaki zayıflıkların zamanla azaldığı, bazı alacaklılar ile anlaşma sağladığı, buna mukabil, tasdik koşullarından bir tanesini sağlayamayacağını açıkça önceden anlaşıldığı ihtimâlin³² değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda Mahkeme'nin ilk olarak şirketin

yönündeki raporu ile davacı şirketlerin konkordato projesi kapsamında şirketlerin başarıya ulaşmasının ve mali durumlarını iyileştirerek ticari yaşamlarına devam edebilmeleri için kaynak akışının her iki şirkete ait ve... projesi kapsamında inşa edilecek yapının inşası ve satışından elde edilecek gelire bağlanmış olması ve fakat projenin inşasına tahsis edilmiş olan arsanın acele olarak kamulaştırılmasına yönelik idari işlem tesis edilmiş olması ile bu projenin hayata geçmesinin imkansız hale gelmiş olması, komiser heyetini konkordato projesinin başarıya ulaşmayacağı yönünde kanaat belirtmiş olması ve davacıların geçici mühlet süresince başarısız olacağı anlaşılan projelerini revize etmemiş olmaları nazara alındığında davacı şirketlerin konkordato projelerinin İİK 292/1-b kapsamında başarıya ulaşamayacağı anlaşıldığından davacı şirketler hakkında 18.11.2019 tarihinde verilen geçici mühlet kararının ayrı ayrı kaldırılmasına, kesin mühlet talebinin reddine..." denilmiştir (Karar için bkz. Lexpera). Söz konusu karardaki olayda olduğu gibi (konkordato projesinden edilecek gelirin ana kaynağını oluşturan taşınmazın kamulaştırılması), konkordato projesinin başarıya ulaşamayacağının anlaşılması halinde, borçlunun faaliyetlerine devam etmesine imkân tanınabilmelidir.

AKYOL ASLAN ise, kanunun konkordatoda iflasa karar verilebilecek hallerle ilişkin düzenlemesinin bazı çelişkileri bünyesinde barındırdığının görüldüğü, öyle ki, henüz geçici ve kesin mühlet aşamasında m. 292'deki sebeplerin gerçekleşmesini tek başına borçlunun iflasına karar verebilmek için yeterli sayan kanun koyucunun, konkordatonun tasdik edilmemesi ve tamamen feshi hallerinde, salt bu sebepleri iflas sebebi saymayıp, ayrıca borçlu hakkında bir doğrudan doğruya iflas sebebinin bulunması şartını aradığı, bu nedenle sonuç olarak, kanunda kesin mühlet talebinin reddi halinde iflasa karar verileceğine dair kanunda açık hüküm bulunmaması ve İsviçre hukukunda konuya ilişkin açık hükmün kanunumuza alınmamasından hareket edildiğinde, kesin mühlet talebinin reddi halinde borçlunun iflasına karar verilemeyeceğinin ileri sürülebileceği, ancak m. 292'nin henüz geçici mühlet aşamasında dahi uygulanabileceği dikkate alındığında, kesin mühlet talebinin reddi halinde borçlunun iflasına karar verilebileceğinin savunulabileceği, çünkü m. 292'de iflasa karar verilebilecek hallerden birinin de konkordatonun başarıya ulaşamayacağının anlaşılması olduğu, bu nedenle konkordatonun başarıya ulaşamayacağının anlaşılması nedeniyle kesin mühlet talebinin reddine karar veren mahkemenin, aynı zamanda borçlunun iflasına karar verebilmesi gerektiği, bütün bu tereddütlerin aşılması için kanunda bu hususun açıkça düzenlenmesinin oldukça yararlı olacağı, çünkü sonucunda borçlu hakkında iflas gibi ağır bir yaptırıma karar verileceği, oysa iflas kararının kanun hükümlerinin yorumu yoluyla değil, açık kanun hükmüne dayanılarak verilmesinin daha doğru olacağı kanaatindedir. **AKYOL ASLAN**, Doğrudan Doğruya İflas Halleri, s. 66-67.

Öğretide savunulan bu görüşün aksine uygulamada, İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E. 2020/167, K. 2020/175, T. 12.03.2020 sayılı kararı; Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E. 2018/1169, K. 2020/215, T. 27.02.2020 sayılı kararı, İstanbul BAM 45. HD. E. 2020/450, K. 2020/201, T. 4.11.2020 sayılı kararlarında kesin mühlet dönemi içerisinde konkordatonun başarıya ulaşamayacağının anlaşıldığı hallerde, borçlu şirket borca batık değilse, borçlunun iflasına hükmedilmeksizin konkordatonun reddine karar verilmiştir.

Buna karşılık, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. HD. 08.03.2019 341/333 sayılı kararında, mahkemenin bu durumda konkordato mühleti kaldırılan borçlunun, borca batık olup olmadığını araştırma yükümlülüğünün bulunmadığına, komiserin raporuna göre konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün gözükmemesi halinde, mahkemenin m. 292/1-b hükmüne göre borçlunun re'sen iflasına karar verilebileceğine hükmettiği belirtilmektedir. **AKYOL ASLAN**, Doğrudan Doğruya İflas Halleri, s. 73, dipnot 86.

³² Unutmamak gerekir ki "konkordatonun başarıya ulaşması" kavramı geniştir ve içerisinde "tasdik şartlarının" tamamını barındırmaktadır. Dolayısıyla, tasdik şartlarından sadece bir tanesinin gerçek-

borca batık olup olmadığını incelemesi gerekli ve eğer borca batıklık var ise iflas kararı vermemelidir.

Borca batık olmayan şirketler açısından ise, somut olayın koşullarını dikkate aldığı Mahkeme “iflas kararı”nı gerektirecek bir sebep tespit etmez ise iflas kararı vermeme yetkisine sahip olmalıdır³³. Diğer bir deyişle, İİK 292/1/b'nin sadece borca batık şirketler bakımından mutlak bir iflas sebebi oluşturduğu kanaatini taşımaktayız. Zira, borca batık olmayan şirketlerin alacaklılarının alacakları kural olarak, borçlunun malvarlığı ile karşılanabilecek durumdadır. Diğer bir deyişle, alacaklılar beklemek zorunda kalmış olmalarına rağmen borçlunun malvarlığı kaybolmamış ve borçluya başvurma engeli de artık ortadan kalkmıştır. Beklemek zorunluluğunu yaşayan alacaklı, eğer proje başarıya ulaşsa idi, alacağını tahsil edebilmek için projede öngörülen vadeleri beklemek zorunda kalacak idi. Konkordatonun sağladığı hukuki koruma kalkınca alacaklı artık hukuki süreçleri daha etkili kullanabilecek bir konuma kavuşmuş olacak ve ayrıca, âdi alacakları için faize hak kazanacaktır³⁴. İşte bu aşamada, borca batık olmayan borçlu hakkında iflâsı gerektiren bir başka sebep ortaya çıkmamış ise, salt konkordato talebinde bulunması nedeniyle Mahkemece mutlaka ve re'sen borçlunun iflasına karar vermek zorunda tutulması eleştiriyeye açık olmaktadır³⁵. Kanaatimizce, bu durumdaki bir borçlunun iflasına karar verilmemelidir.

Mahkemelerin de bu görüşümüz ile aynı yönde karar verdiği görülmektedir³⁶. Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E. 2018/1169, K. 2020/215, T. 27.02.2020 tarihli kararında, revize projenin gerçekleşme ihtimali olmadığı, gelinen aşamada alınan raporlar ve geçen süreç içindeki şirketin faaliyetleri dikkate alındığında konkordatonun başarıya ulaşmasını beklemenin gerçekçi bulunmadığı, davacının rayiç değer bilançosuna göre borca batık durumda olmadığı dikkate alınarak, İİK 292/1/b uyarınca davacının konkordato talebinin reddine karar verilmiştir. Kararda dikkat çeken nokta, Mahkemenin İİK 292/1/b uyarınca konkordatonun başarıya ulaşamayacağını tespit etmesine rağmen borca batık olmadığı için yalnızca konkordato talebini reddetmekle yetinmesi ve iflas kararı vermemesidir. Oysa

leşmeyeceğinin önceden anlaşılması hâlinde İİK 292/1/b'de belirtilen “başarıya ulaşamamanın anlaşılması” sonucu doğmaktadır.

³³ İflasların, kamu düzeniyle ve ülke ekonomisiyle yakın ilgisi üzerinde duran Prof. Dr. Ejder YILMAZ, haklı olarak yargıcın yetkilerinin iflas davaları bakımından geniş olması gerektiğini belirtmiştir: “Bir ülkede iflâsların aşırı (anormal) sayıda artması ve bu nedenle de, gerek alacaklıların sayısı, gerek iflâs tasfiyesine tâbi tutulan malvarlığının büyüklüğü oranında sorun kamu düzenini ve ülke ekonomisini ilgilendirir. Bu yüzden Devlet'in, mahkemeleri eliyle iflâs olayına karışması ve iflâsın kamu düzenini ve ülke ekonomisini ilgilendirdiği oranda, iflâsla ilgilenmesi ve sorunu en iyi şekilde çözümlenecek önlemler alması doğaldır. Devlet bu faaliyetini, iflas davasına bakan mahkeme eliyle yapacaktır; dolayısıyla yargıcın yetkilerini, basit icra takiplerinden veya alacak taleplerindekinden farklı olarak düzenleyecektir. Diğer bir ifadeyle, kamu düzenini ilgilendiren her olayda olduğu gibi, yargıcın yetkileri, iflas davaları bakımından da geniş tutulacaktır; çünkü, Devlet yargıcı eliyle kamu düzenini ve ülke ekonomisini gözleyecek ve kollayacaktır.” Söz konusu haklı gerekçeler, tabii ki, Mahkeme'nin iflas kararı verip vermemesi bakımından da takdir yetkisinin geniş olması yönündeki görüşümüzü desteklemektedir. **Ejder YILMAZ**, Borçlunun İhtiyarı İle Kendi İflâsını İstemesi Durumunda Mahkemenin İnceleme Yetkisi, Ankara Barosu Dergisi, 1985/1, s. 27.

³⁴ Konkordato tasdik edilseydi, İİK 294/3 uyarınca alacaklı kural olarak faize hak kazanamayacak idi.

³⁵ Nitekim, bazı durumlarda, alacaklıların da hakkında iflas kararı verilmiş bir borçlu yerine, borca batık olmayan ve ticari faaliyetine devam etme çabasında olan bir sermaye şirketinden alacağını daha erken tahsil etme imkânı olduğu ifade edilebilir.

³⁶ Bu görüşümüz için bkz. makalemiz ile aynı isimli bildirimizin yayımlandığı 15-17 Kasım 2018'de gerçekleştirilen uluslararası ECOEI IV kongresinin özet bildiri kitabı s. 59.

Kanunun salt ilgili bendine bakıldığında, konkordatonun başarıya ulaşamayacağına ortaya çıkması durumunda davacı şirketin borca batık olması veya olmaması gibi bir ayırım yapılmadığı ve sanki her iki olasılıkta da iflase hükmedilmesi gerektiği izlenimi yaratıldığı görülmektedir.

İstanbul BAM 45. HD., E. 2020/1450, K. 2020/201, T. 04.11.2020 tarihli kararında da, “*Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2018/1081 E., 2019/1202 K. 21.11.2019 tarihli kararı ile...davacı şirketin mahkemeye sunmuş olduğu konkordato ön projesinin başarıya ulaşmasının mümkün olmadığı kanaatine varılmış ve rayiç değerlerine göre de borca batık durumda bulunmadığı dikkate alınarak konkordato talep eden borçlu...anonim şirketin,...TC nolu...’nın konkordato taleplerinin reddine, hüküm ile birlikte mahkememiz tarafından verilen tüm tedbirlerin kaldırılmasına... karar verilmiştir... (B)u durumda şirketin konkordato projesinin geçen süreç de değerlendirildiğinde başarı şansının olmadığı anlaşılmaktadır. İlk derece mahkemesinin gerek davacı şirket gerek davacı gerçek kişiler yönünden kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.*” denilerek istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir. Kesin mühlet aşaması için verilen söz konusu BAM kararında, konkordato talebinin başarıya ulaşamayacağı anlaşıldığında dâhi, borca batık olmayan sermaye şirketlerinin iflâsına karar verilmediği görülmektedir.

Söz konusu mahkeme kararlarının isabetli olduğu görüşüdeyiz. Zira, borçlunun konkordato sürecinden iflas etmeden çıkması halinde, bazı durumlarda, aksaklıklara rağmen ticari yaşamına devam edebileceği kabul edilebilir. Kanaatimizce, kendi kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle konkordato projesinin başarıya ulaşamayacağı anlaşılan bir şirketin her durumda iflâsına karar verilmesi yerine, faaliyetlerine sınırlı ölçüde dahi olsa devam edebilmesine, küçülmesine veya mali problemlerini başka yöntemler ile çözmesine izin verilmesi, hem konkordato kurumunun varlık sebebine ve ruhuna uygun olacak hem de TTK’nın şirketler hukukuna dair düzenlemeleriyle daha uyumlu olacaktır.

Öte yandan, İİK 292/3 uyarınca mahkeme, karar vermeden önce alacaklılar kurulunu duruşmaya davet edecektir. Bu duruşmada, alacaklılar kurulunu dinleyecek olan mahkeme borçlunun konkordato süreci içerisindeki faaliyetleri hakkında doğrudan bilgi alacaktır. Hatta ihtiyaç duyulan hallerde, mahkeme diğer alacaklıları da duruşmaya çağırıp dinleyebilecektir. Uygulamada, bazı durumlarda, alacaklılar ile borçlunun ödeme takvimi üzerinde mutabakata varamamasına rağmen, alacaklıların borçlunun iflâsını talep etmedikleri ve borçlunun faaliyetini sürdürmesini tercih ettikleri görülmektedir³⁷. Dolayısıyla, konkordato kurumuna çeşitli ekonomik veya sektörel gerekçeler nedeniyle başvurmak durumunda kalan, projesinin başarıya ulaşmamasında kusuru dâhi olmayabilecek olan ve borca batık da olmayan bir sermaye şirketi hakkında, feragat hakkı kullanılmaması durumunda, Mahkemenin verebileceği tek kararın iflas kararı olarak ortaya çıkmasını hem kendi içerisinde çelişkili hem de menfaatler dengesi açısından sakıncalı olarak değerlendirmekteyiz. Esasen İİK 292/1/b’yi tek başına değil, içerisinde bulunduğu Kanun’un ve hatta süjesi³⁸ olan ser-

³⁷ İflas sonucunun uygulamada alacaklıları tatmin etmekten uzak olduğunu ifade edebiliriz. Aynı durumun önceden de var olduğu yıllar önce vurgulanmıştır: “*Özellikle, uygulamada rastlandığı üzere, şu veya bu nedenle iflâs tasfiyeleri, Kanunda (İİK m. 256) gösterilenin ve arzu edilenin aksine, çok uzun sürmekte ve yılları bulmaktadır...Kaldı ki, yıllar sonra alacaklı alacağıının tamamına da (genellikle rastlandığı üzere) kavuşmayacaktır.*” YILMAZ, s. 28.

³⁸ Bu noktada kullanılacak doğru ifade “süjelerinden birisi olan sermaye şirketleri” olsa da çalışmamızın konusu borca batık olmayan sermaye şirketleri olduğu için, söz konusu şirketlere ait düzenlemelerin nazara alınmasından bahsedilmştir.

maye şirketlerini düzenleyen şirketler hukukunun hükümlerini nazara alarak değerlendirmek gerekir³⁹.

SONUÇ

Yeni Türk konkordato hukukuna göre, konkordato projesinin başarıya ulaşamayacağını anlayan ve borca batık olmayan bir sermaye şirketi feragat hakkına sahiptir. Buna mukabil, borca batık olmayan şirketlere ilişkin ayrı bir düzenleme içermeyen İİK 292/1/b'nin salt lafzı dikkate alındığında söz konusu şirketler hakkında "Mahkeme re'sen ve başka bir inceleme yapmaksızın iflasa karar vermelidir" şeklinde bir görüşün ortaya çıkma olasılığı söz konusu olabilecektir. Borca batık olmayan söz konusu şirketler hakkında mahkemelerin sadece iflas kararı vermek zorunda olmasının isabetli bir tercih olmadığı, şirketlerin kusurundan bağımsız olarak konkordato süreçlerinin yaşanmasının mümkün olduğu ve işletmelerin ve toplumun, iflasın ağır hukuki ve mali sonuçlarıyla karşılaşmasının son tercih olması gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle, İİK 292/1/b'nin sadece borca batık şirketler bakımından mutlak bir iflas sebebi oluşturduğu sonucuna ulaşmış bulunmaktayız.

Borca batıklığın söz konusu olmadığı ve feragatin mümkün olduğu hallerde, eğer başkaca bir iflas sebebi ortaya çıkmamış ise mahkemenin İİK 292/1/b kapsamında iflas kararı vermesi isabetli olmayacaktır. Her ne kadar mahkemeler genel itibarıyla bu durumda iflas kararı vermeseler de kanun koyucunun borca batık olmayan sermaye şirketlerini daha açık bir şekilde koruyacak düzenleme yapması veya bu düzenleme yapıncaya dek hiç olmazsa yerleşik bir içtihat oluşturulması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

AKYOL ASLAN Leyla, Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2010 (Feragat).

AKYOL ASLAN Leyla, 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Borçlunun Doğrudan Doğruya İflasına Karar Verilebilecek Haller, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 42, Yıl: 2019, s. 41- 105 (Doğrudan Doğruya İflas Halleri).

ATALAY Oğuz, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2007,

BİÇER Levent/ŞUA Mehmet Fethi, Borca Batık Olmayan Bir Sermaye Şirketinin Konkordato Talebinin Başarıya Ulaşamayacağı Kesin Mühlet İçinde Anlaşıldığında Mahkemece Resen ve Başka Bir İnceleme Yapmaksızın İflasa Karar Vermeli Midir?, European Congress of Economic Issues IV (ECOEI IV), Kocaeli, 16 Kasım 2018 (Özet Bildiri/Sözlü Sunum), s. 59.

GANI Lucien, *Commentaire Romand*, Basel 2005.

OĞUZMAN Kemal / BARLAS Nami, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul 2019.

ÖZTEK Selçuk/BUDAK Ali Cem/TUNÇ YÜCEL Müjgan/KALE Serdar/Yeşilova Bilgehan, Yeni Konkordato Hukuku, Ankara 2019.

PEKCANİTEZ Hakan/ERDÖNMEZ Güray, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018.

PETER Henry/CAVADINI Francesca, *Commentaire Romand*, Bâle 2017.

³⁹ Bkz. yukarıda dipnot 17.

RÜZGARESEN Cumhuri, İflas Sebepleri, Ankara 2009.

TANRIVER Süha, Konkordatonun Tasdiki Şartı Olarak Dürüstlük Koşulu, Makalelerim I, 1985-2005, s. Ankara 2005, 303- 316.

TANRIVER Süha, Konkordato Prosedürünün İslahı İle İlgili Bazı Düşünceler, AÜHFİD, C. 50, S. 3, 2001, s. 1-9.

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

ULUKAPI Ömer, Konkordatonun Feshi, Konya 1998.

ÜRGÜPLÜ Münip Hayri, Borçlunun Müracaatı Üzerine İflâs Kararını Mutlak Surette Vermek Mecburiyeti Var mıdır? (Hukuki Bilgiler Mecmuası, 1939/2-122, s. 7155-7157.

YILMAZ Ejder, Borçlunun İhtiyarı İle Kendi İflâsını İstemesi Durumunda Mahkemenin İnceleme Yetkisi, Ankara Barosu Dergisi, 1985/1, s. 22- 34.