



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 02.06.2020
Revizyon Talebi: 25.07.2020
Son Revizyon: 09.08.2020
Kabul: 25.10.2020

Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri

Levent Börü* , Şafak Parlak Börü** 

Öz

Konkordato, borçlarını vadesi geldiği halde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan bir borçlunun borçlarını proje ile belirli bir vade veya indirim yoluyla yeniden yapılandırabileceği bir hukuki imkandır. Konkordato geçici mühletli sonunda konkordatonun başarıya ulaşma ihtimalinin olması durumunda borçluya bir yıllık kesin mühlet verilir. Konkordatonun borçlu ve alacaklıları üzerinde takip hukuku ve maddi hukuk ile ilgili önemli sonuçları bulunmaktadır. Ayrıca asıl borç için kefalet sözleşmesi yapılması durumunda konkordatonun kefalete etkileri ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda konkordatonun ilgi alanına alacaklıların ve borçlunun dışında, alacaklıya karşı borçtan birlikte sorumlu olan kefil de dahil olmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda hükme bağlanan kefalete, borçlunun konkordato sürecine girmesi ile birlikte İcra İflas Kanunu hükümlerinin de uygulanması gerekir. Zira, İİK'nun konkordato ile ilgili düzenlendiği bölümde kefalete ilişkin hükümler bulunduğu gibi, TBK'nun kefalete ilişkin düzenlendiği bölümde konkordatoya ilişkin hükümler bulunmaktadır. Her ne kadar kefalet bakımından İİK hükümlerinin TBK hükümlerine göre özel hükümler olduğu kabul edilse de konkordatonun kefalete olan etkileri bu hükümlerin birlikte uygulanmasını zorunlu kılar.

Anahtar Kelimeler

Konkordato, Kefalet, Birlikte borçluluk, Konkordato mühletli, Konkordatonun tasdiki

Effects of Concordat on the Suretyship

Abstract

Concordat is a legal opportunity for reorganizing the debts of any debtor, who cannot pay his debts or who is in danger of failing to pay at a maturity date, with a project via a certain maturity date or discount. The debtor will be given 1-year definitive period if the concordat is likely to be successful at the end of the provisional period. Concordat has important consequences related to procedural law and substantive law on debtors and creditors. Furthermore, the effects of concordat on the suretyship arise in the case of signing a suretyship contract for the original debt. Hence, the surety who is jointly liable to the creditor with the debt is also included in the interest of the concordat apart from the creditors and the debtor. The provisions of the Enforcement and Bankruptcy Code (EBC) must also be applied to the suretyship stipulated in the Turkish Code of Obligations (TCO) after the debtor enters the concordat process as there are provisions regarding suretyship in the section where Enforcement and Bankruptcy Code is organized on concordat, and there are provisions on concordat in the section where TCO is organized on suretyship. The effects of concordat on the suretyship require that these provisions be applied together although it is accepted that the provisions of the EBC regarding suretyship are special provisions according to the provisions of the TCO.

Keywords

Concordat, Suretyship, Joint indebtedness, Concordat period, Approval of the concordat

* **Sorumlu Yazar:** Levent Börü (Doç. Dr.), Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: leventboru@hacettepe.edu.tr ORCID: 0000-0003-3043-3467

** Şafak Parlak Börü (Dr. Öğr. Üyesi), Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: sparlak@law.ankara.edu.tr. ORCID:0000-0002-9843-6034

Atf: Boru L, Parlak-Boru S, "Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri" (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1239.

<https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0004>



Extended Summary

A debtor who is unable to pay his debts due to deterioration of his financial situation or is in danger of failing to pay at a maturity date can restructure his debts via a certain maturity date or discount by the concordat institution settled in the law as a result of acceptance by the qualified majority creditors stipulated in the Enforcement and Bankruptcy Code and approval by the court. For creditors who can take their receivables in a suspended or reduced form, concordat requires self-sacrifice because, from the concordat period to the validation of the concordat, creditors cannot claim their receivables from the debtor in principle. The creditors who secure their receivables with suretyship will attempt to get the receivables after that, which they could not collect from the debtor, from the surety this time. This is because the consequences of the concordat period are valid only for the creditor and debtor and not for the suretys who are responsible for the debt jointly. Moreover, in the process from the decision of provisional period to approval of the concordat, the creditors have the right to apply for the entire receivable against the suretys who are responsible for the debt. In this process, the creditor can initiate execution proceedings against the surety or continue the execution proceedings that have started.

The surety, who is jointly responsible with the debt to the creditor, is also included in the area of interest of the concordat besides the creditor and the debtor if the creditor in the concordat uses his right to apply to the surety. Therefore, the concordat provisions, which only result in terms of creditors and debtors, are now associated with the surety because with the suretyship contract, a unique tripartite legal relationship is created on the creditor, the surety and the debtor. The fact that this tripartite legal relationship is related to concordat raises some problems that are difficult to comprehend. Hence, special provisions have been provided to TCO and EBC regarding the effects of concordat on suretyship. These provisions clarify the conditions of the creditor, the debtor, and the surety associated with the suretyship in the concordat. According to the provisions in the TCO (*lex specialis*), the concordat provisions regarding the suretyship foreseen in the EBC are special provisions, and they should be applied first. However, the fact that the provisions of the concordat in the EBC related to suretyship are special provisions in comparison with the provisions of the TCO does not mean that the concordat-related provisions in the TCO cannot be applied. At this point, the provisions of the concordat regarding the suretyship in the TCO will complete the provisions of the EBC to the extent they comply with its nature, whereas the provisions of the concordat in the EBC regarding suretyship are applied primarily.

Only the concepts of concordat or concordat period are involved in the provisions of the TCO regarding suretyship. However, the concordat, which is stipulated by the EBC, consists of three stages: the concordat application, the decision of the

concordat provisional and definitive period, and the approval of the concordat. The concordat process can continue for approximately 2 years from the decision of the concordat period to the approval of the concordat. In our study, it was aimed to reach the conclusions by examining the effects of the non-bankruptcy ordinary concordat application, period, and approval on suretyship by considering the provisions of the concordat as regards the suretyship in TCO and EBC.

The main features of suretyship are briefly explained in the first part of our study to solve the problems related to the effects of concordat on suretyship because these basic features related to suretyship may present some exceptional cases regarding the concordat institution. For example, on ordinary suretyship unless the creditor applies to the debtor, he cannot follow the surety. Otherwise, the surety may argue that the original debtor should be applied first (discussion plea) if the creditor applies directly to the surety before applying to the debtor. However, the creditor will gain the right to apply to the surety directly after the concordat provisional period is given (TCO art 585/I-b. 4).

The debtor should indicate the information and documents showing his financial status in the concordat application and the suretyship relations in the concordat application (EBC art 286, I-b). In practice, it is accepted that the liabilities arising from the suretyship should be shown in the debtor's balance sheet as liabilities that are likely to be paid by determining the burden they can bring with a realistic assessment because if the surety pays the debt arising from the suretyship, the main debtor has the right to recourse. The financial position of the debtor may be affected by taking part in the active part of the balance sheet if the surety can obtain this receivable. Accordingly, the court will freely evaluate the effect of the debts arising from the suretyship on the concordat application.

Article 300 of EBC has been introduced in order to reveal the conclusions regarding the rights to the surety belonging to the period after the approval of the concordat. After the approval of the concordat, the creditor firstly must perform the conditions stipulated in article 303 of EBC in order to use the right of application against the surety who is jointly responsible for the original debt. In addition, the creditor should also meet the conditions stipulated in the concordat related provisions in the TCO, which is pointed out by article 303 of EBC. In order to take full advantage of the opportunity to apply against the surety in article 303 of EBC, the creditor must register his receivable. After the creditor has registered his receivable, benefitting from the opportunity foreseen in article 303 of EBC requires that the creditor act within the numerous possibilities in the provision. Accordingly, the creditor who rejects the concordat maintains all his rights against those who are jointly responsible for the debt, and the creditor has the right to request the entire debt from the surety

as if there was no concordat. The creditor who accepts the concordat will be able to request his own rights from the surety, on condition that he will transfer his rights to the individuals responsible for debt in exchange for payment and inform them at least ten days before the meeting date.

It is important to explain what is necessary for the protection of the creditor's rights against the surety, which is not envisaged in the EBC but envisaged in the TCO. For example, although there is no provision for informing the surety in article 300 of EBC, the creditor is obliged to inform the surety when he learns that the debtor is given a concordat period.

Consequently, the effects of concordat on suretyship necessitates that special provisions in TCO and EBC be applied together. In this study, it was aimed to develop common solutions on the effects of concordat on suretyship by evaluating the mentioned provisions in substantive and procedural law together.

Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri

Giriş

Mali durumunun bozulması sebebiyle vadesi geldiği halde borçlarını ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan bir borçlu, Kanun'da öngörülen nitelikli çoğunlukta alacaklıları tarafından kabul edilmesi ve mahkemece tasdik edilmesi sonucu borçlarını vadelenendirme veya indirim yapılmak şekliyle İİK'nda düzenlenen konkordato¹ kurumu ile yeniden yapılandırabilmektedir². Bu bakımdan konkordatonun borçlunun mali durumunu yeniden yapılandıran karakteristik bir özelliği bulunmaktadır³. Borçlunun konkordatodan yararlanabilmesi için onun iflâsa tabi kişilerden olması şart değildir⁴; bununla birlikte iflâsa tabi olmayan borçlu için de gerek konkordato başvurusunda gerek konkordatonun tasdikinde konkordato projesinde yer alan teklife göre alacaklıların eline geçmesi öngörülen miktar ile borçlunun iflâsı halinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel miktarın varsayımsal olarak tespit edilmesi gerekmektedir (İİK m 286,I-d; 305, I-a)⁵. Burada egemen olan düşünce borçlunun mali durumunun mümkün ise tasfiyeden, iflâstan ve iflâsın yıkıcı etkilerinden korunarak yeniden yapılandırılmasıdır⁶. Konkordato kurumu ile iflâsa tabi olmayan borçlu için borçlunun malvarlığının icra yoluyla paraya çevrilmesine kıyasla daha iyi değerlendirilmesi amaçlanırken⁷; iflâsa tabi kimse için ise alacaklılara iflâs tasfiyesine kıyasla daha avantajlı bir öneri getirilen toplu bir borç tasfiyesi amaçlanır⁸. Borçluya ise borçlarını ödeyebilmek konusunda belirli süre tanınarak onun malvarlığına karşı icra takibi yapılmasının önüne geçilir; bu bakımdan konkordato ile, esas itibarıyla borçlunun menfaatleri ön planda tutulmuştur⁹.

İcra İflâs Kanunu'nda konkordato, iflâs dışı (adi) konkordato, iflâs içi konkordato (iflâstan sonra konkordato) ve malvarlığının terki suretiyle konkordato olarak hükme bağlanmıştır. İflâs dışı konkordato, iflâsa tabi olmayan borçlularla henüz

¹ Konkordato, kelime anlamıyla sözleşme, anlaşma anlamına gelen "concordat", "konkordat", "concordato" kelimesinin karşılığıdır. Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi* (Yetkin 2016), 1256.

² Bkz ve karşı Daniel Hunkeler, *Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands* (Universitätsverlag Freiburg 1996) 5 ff; Selçuk Özbek, 'İİK m 285'in Selçuk Özbek (ed) *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet 2019), 134 ff; Sümer Altay ve Ali Eskioçak, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku* (4. Bası, Vedat 2018) 16 ff; Timuçin Muşul T, *İflâs ve Konkordato Hukuku* (Adalet 2018) 347 ff; Hakan Pekcanitez ve Güray Erdönmez, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Vedat 2018) 4 ff.

³ Hans Hurter, *Der Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung* (Keller & Co AG 1988) 34 ff.

⁴ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası E, *İcra ve İflâs Hukuku* (5. Bası, Yetkin 2019) 544.

⁵ Bu hükümlerin iflâs dışı konkordatonun niteliği ile bağdaşmadığı için Kanundan kaldırılması gerektiği görüşü için bkz Oğuz Atalay, 'Konkordato Projesinin Hazırlanması' iç *MHBİR XVI 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı 2019) 99.

⁶ Sema Taşpınar, 'Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler' (2003) 27 (2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 52.

⁷ Jolanta Kren Kostkiewicz, *Schuldbeitreibungs- & Konkursrecht* (3. Auflage, Schulthess 2018) 481.

⁸ Hunkeler (n 2) 14.

⁹ Süha Tanrıver, *Konkordato Komiseri* (Yetkin 1993) 4.

iflâs etmemiş olan borçluların teklif ettiği konkordato türüne verilen isimdir¹⁰. Bu çalışmamızda uygulamada da esas olarak ortaya çıkan konkordato türü olan iflâs dışı konkordatonun¹¹ kefalete etkileri irdelenecektir.

Alacaklarını vadelenendirilmiş veya indirilmiş şekilde alabilecek olan alacaklılar için konkordato özverili olmayı gerektirmektedir¹². Zira, konkordato mühleti verilmesinden konkordatonun tasdikine kadar alacaklılar alacaklarını borçludan kural olarak talep edemezler. Bunun üzerine alacaklıları kefalet ile güvence altına alan alacaklılar, borçludan tahsil edemedikleri alacaklarını bu kez kefiliden almaya çalışacaklardır. İşte bu noktada konkordatonun ilgi alanına alacaklıların ve borçlunun dışında, alacaklıya karşı borçtan birlikte sorumlu olan kefil de dahil olmaktadır¹³. Böyle bir durumda sadece alacaklı ve borçlu bakımından sonuç doğuran konkordato hükümlerinin artık kefil ile de ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, konkordatonun kefalete etkileri konusunda TBK'na ve İİK'na özel hükümler konulmuştur. Çalışmamızda bu Kanunların ilgili hükümleri dikkate alınarak borçluya tanınmış iflâs dışı adi konkordato başvurusunun, mühletinin ve tasdikinin kefalet sözleşmesine etkileri incelenecektir. Çalışmamızın ilk bölümünde konkordatonun kefalet sözleşmesine etkilerine ilişkin sorunların çözülebilmesi için kefalete ilişkin temel özellikler kısaca açıklanacaktır.

I. Kefaletin Tanımı, Tarafları, Temel Özellikleri Ve Türleri

A. Tanımı, Tarafları ve Temel Özellikleri

Kefalet sözleşmesi, TBK m 581'de tanımlanmıştır. Buna göre, kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir¹⁴. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere kefalet sözleşmesi, alacaklıya kişisel teminat sağlanması amacıyla yapılarak üçlü bir ilişkiyi zorunlu kılar ve bu kişisel teminat fonksiyonu, kefalet sözleşmesinin asıl amacını ve hukuki sebebinin oluşturur¹⁵. Bu bakımdan kefaletin amacı, asıl borcun

¹⁰ Serdar Kale, *Sorularla Konkordato* (On İki Levha 2017) 4; Süha Tanrıver ve Adnan Deyneki, *Konkordatonun Tasdiki* (Yetkin 1996) 42.

¹¹ Yılmaz (n 1) 1257.

¹² İhsan Erdoğan, 'Konkordatonun Müşterek Borçlulara ve Kefillere Etkisi' (1984) 10 (1-2) *Yargıtay Dergisi* 158.

¹³ ibid 158.

¹⁴ Bu konuyla ilgili doktrin tarafından yapılan çalışmalara da bakıldığında yürürlükten kaldırılan 818 sayılı eski BK m 483 ile karşılaştırıldığında, 6098 sayılı TBK m 581'de hükmeye bağlanan kefalet sözleşmesine ilişkin tanımın yeterli olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple kefalet sözleşmesine ilişkin ayrıca kanun metni dışında bir tanımlama yapılması gerekmediği belirtilmiştir. Bkz Serkan Ayan, *Kefalet Sözleşmesi* (Adalet 2018) 15; Burak Özen, *6098 Sayılı TBK Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi* (4. Bası, Vedat 2017) 57; Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (2. Bası, Cem Web Ofset 2013) 20; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (9. Bası, Beta 2014) 1361; Kasım Buluş, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Birlikte Kefaletin Türleri ve Hükümleri* (Seçkin 2017) 23; Ömer Çınar, *Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi* (On İki Levha 2013) 1; Nami Barlas, 'Yeni Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler' iç Çiğdem Karca (ed), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (Vedat 2013) 213.

¹⁵ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (7. Bası, Yetkin 2019) 771; Reisoğlu (n 14) 20.

alacaklısını güvence altına almaktır¹⁶. Buna göre, kefil, borçlunun borcunu ifa etmeyi sağlamaktan ziyade onun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi durumunda bunu kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenir¹⁷. Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için mevcut ve geçerli aslı bir borcun varlığı, kefilin kefalet ehliyetine sahip olması (TBK m 582), kefalet sözleşmesinin yazılı olması ve kefilin garanti ettiği miktarın açıkça belirtilmiş olması (TBK m 583) gerekir¹⁸.

Kefalet sözleşmesinin tarafları alacaklı ile kefiledir. Başka bir deyişle, kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında yapılmasına rağmen, alacaklı, kefil ve borçlu arasında doğan üçlü ilişkiden kaynaklanan hukuki sonuçları ortaya çıkarır; dolayısıyla kefaletle temin edilen asıl borcun borçlusu kefalet sözleşmesinin tarafı değildir¹⁹. O halde kefalet sözleşmesinin yapılmasıyla, kefil ile borçlu arasında bir sözleşme ilişkisi ortaya çıkmaz; sadece kefil, belli özellikleri olan borçlunun borcu için, örneğin arkadaşı, ortak olduğu şirket veya ticari ilişkisi sebepleriyle kefil olmak isteyecektir²⁰.

Alacaklı, kefil ve borçlu üzerinde üçlü bir hukuki ilişki yaratan kefalet sözleşmesinin kendine özgü bazı temel özellikleri bulunmaktadır. Söz konusu bu temel özellikler onun diğer benzer hukuki kurumlardan²¹ ayırt edilmesini sağlamaktadır. Doktrinde kefalet sözleşmesinden doğan temel özellikler kısaca şu başlıklar altında belirtilmiştir²²:

-Kefalet borcu, fer’i bir borç ilişkisi doğurur: Kefalet sözleşmesi, kefil tarafından güvence altına alınan asıl bir borcun varlığını gerektirir ve bu borç, asıl borca bağlı hüküm doğurur²³. Buna göre, asıl borcun sona ermesi durumunda kefalet borcu da sona erecektir (TBK m 131,I). Asıl borç kısmen sona erdiği takdirde, kefilin sorumluluktan kurtulması da kısmen gerçekleşir²⁴. Kefalet sözleşmesinin fer’i özelliği sebebiyle, kefaletin varlığı, devamı ve sona ermesi de asıl borca bağlıdır²⁵. Bu sebeple kefalet borcu, asıl borç miktarıyla sınırlıdır ve kefile asıl borçtan fazla bir sorumluluk yüklenemez²⁶; yine alacak asıl borçluya karşı muaccel olmadan

¹⁶ Reisoğlu (n 14) 24; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri C 2* (4. Bası, Vedat 2008) 701.

¹⁷ Gülçin Elçin Grassinger, *Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları* (Alfa 1996) 13; Yavuz (n 14) 1363; Tandoğan (n 16) 696-697.

¹⁸ Reisoğlu (n 14) 43 ff; Ayan, 81 ff.

¹⁹ Reisoğlu (n 14) 20; Ayan, 15.

²⁰ Ayan (n 14) 16; Reisoğlu (n 14) 20.

²¹ Kefalet sözleşmesinin benzer olan garanti sözleşmesinden, rehin sözleşmesinden, müteselsil borçluluktan, borca katılmadan, avalden ayırt edilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Reisoğlu (n 14) 107 vd; Özen (n 14) 7 ff; Özlem Acar, *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi* (On İki Levha 2015) 19 ff.

²² Bkz ve karşı. Özen (n 14) 72 ff; Ayan (n 14) 18 ff; Reisoğlu (n 14) 22 ff; Acar (n 21) 9 ff; Eren (n 15) 774 ff; Barlas, (n 14) 213 ff.

²³ Reisoğlu (n 14) 22; Buluş (n 14) 25.

²⁴ Çınar (n 14) 6; Gizem Özkan Şahin, *'Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi' (2019) 25 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi (Prof.Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 1301.*

²⁵ Elçin Grassinger (n 17) 13.

²⁶ Bu kuralın istisnası alacaklının konkordatoyu reddi durumundadır. Bkz aşağı III, C, b, aa.

kefile karşı da muaccel olmaz²⁷. Ayrıca kefilin sorumluluğu kural olarak ikincil (tali) niteliktedir; bu sebeple, asıl borcun muaccel olması ile birlikte, yani borçlunun borcunu ifa etmemesinden sonra kefile başvurulabilir²⁸.

- Kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen ivazsız bir sözleşmedir: Kefalet sözleşmesi ile yalnızca kefil, alacaklıya karşı borç altına girmektedir²⁹. Başka bir deyişle, bu sözleşme ile alacaklı herhangi bir borç altına girmez ve kefilin kendisine karşı borç edimini yüklediği kimse borçlu olmayıp, alacaklıdır. Ayrıca, kefil, borçlanmış olduğu edime karşı alacaklıdan herhangi bir ivaz elde edemez³⁰.

- Kefalet sözleşmesinin hukuki sebebi alacaklıya kişisel teminat sağlamaktır: Kefalet sözleşmesi, kefil ile alacaklı arasında yapılması sebebiyle, kefil alacaklıya karşı kişisel güvence vermektedir³¹. Burada dikkat edilmesi gereken husus, asıl borç ile kefalet borcunun hukuki sebeplerinin birbirinden farklı olmasıdır; asıl borç, bir satış veya kira sözleşmesine dayanırken, kefalette daima kişisel teminat sebebine dayanılması gerekecektir³².

-Kefilin borcu, asıl borçtan ayrı bağımsız bir borçtur: Kefalet sözleşmesi ile kefil alacaklıya borçlunun edimini değil, kendi üstlendiği edimi borçlanır; böylelikle kefilin borcu, içerik ve şekil bakımından asıl borçtan bağımsızlaştırılır³³. Başka bir deyişle, kefalet sözleşmesinin geçerliliği, temel ilişkideki asıl bir borcun varlık ve geçerliliğine bağlı olmasına rağmen, kefalet sözleşmesi, alacaklı ile borçlu arasında yapılan temel borç ilişkisinden ayrı hüküm ve sonuç doğurur³⁴. Bu sebeple, kefilin alacaklıya yapacağı ifa ile asıl borç sona ermez; söz konusu ifayla kefalet borcu ortadan kalkar ve kefil alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olur (TBK m 596).

B. Türleri

Konkordato ile ilgili kefaletin türlerine göre TBK’nda ayrıksı hükümler düzenlenmiştir; bu sebeple, çalışmada konuyla ilgisi olduğu ölçüde kefaletin türlerine kısaca değinilmesinde yarar vardır. Ayrıca diğer bölümde kefaletin konkordato karşısındaki sonuçlarına değinilecektir³⁵. Kefalet, adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte (toplu) kefalet, kefile kefalet ve rücu kefalet olmak üzere çeşitli türlere ayrılır:

²⁷ Eren (n 15) 776; Reisoğlu (n 14) 22-23.

²⁸ Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (12. Bası, Yetkin 2019) 468; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C II* (3. Bası, Vedat 2014) 288.

²⁹ Ayan (n 14) 18-19.

³⁰ Eren (n 15) 772-773.

³¹ Ayan (n 14) 18.

³² Eren (n 15) 777.

³³ Özen (n 14) 24; Eren (n 15) 774.

³⁴ Ayan (n 14) 46.

³⁵ Bkz aşağı B, 3.

- 1- Adi Kefalet: Borçlunun borcunu yerine getirmemesi durumunda alacaklının kefile başvurabildiği kefalet türüne ‘adi kefalet’ denir (TBK m 585). Bu kefalet, kefalet sözleşmesinin asıl olan türüdür³⁶. Adi kefalette kefilin borcu, tam anlamıyla ikincil bir borçtur; bu sebeple, alacaklının alacağını önce asıl borçludan talep ederek başvuruda bulunması gerekir³⁷. Kefile başvuru ile icra takibinin yapılması veya davanın açılması anlaşılmalıdır³⁸. Alacaklı borçluya başvurmadan, doğrudan doğruya kefile başvurursa, kefil, alacaklıdan önce borçluyu takip etmesi defini ileri sürebilir; doktrinde buna “tartışma def’i” adı verilmektedir³⁹. TBK m 585,II’e göre, alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan rehnin paraya çevrilmesi yolu ile alınmasını talep edebilir. Doktrinde buna “rehnin paraya çevrilmesi def’i” adı verilmektedir⁴⁰. Tartışma ve rehnin paraya çevrilmesi defileri kefile tanınmış iki savunma vasıtası olup, bu iki savunma birbirinden bağımsızdır. Dolayısıyla, kefil, öncelikle tartışma defini, bunun gereği yerine getirilip kendisine tekrar başvurulması durumunda ise, şartları var ise rehnin paraya çevrilmesi defini ileri sürebilecektir⁴¹.
- 2- Müteselsil Kefalet: Kefilin, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiği kefalete, ‘müteselsil kefalet’⁴² denir (TBK m 586). Bu tür kefalette alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden doğrudan kefilin takip edebilir; ancak bunun için borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir (TBK m 586). Müteselsil kefaleti diğer türlerinden farklı kılan, alacaklının asıl borçluyu takip etmesine gerek kalmadan müteselsil kefile başvurabilmesidir⁴³. Buna göre, alacaklı, borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda asıl borçluyu takip edebileceği gibi, bu hükümdeki şartlar gerçekleştiğinde müteselsil kefilin veya her ikisini de aynı anda takip edebilir⁴⁴. Başka bir deyişle, müteselsil kefalette kefilin, tartışma defini ileri sürme hakkı bulunmamaktadır; buna karşın rehin bakımından kefil, sadece taşınmaz rehninde rehnin paraya çevrilmesi defini ileri süremezken, alacak ve taşınır rehinlerinde bu defiyi ileri sürebilir⁴⁵. Müteselsil kefalette, asıl borçlu takip edilmeden ve

³⁶ Ayan (n 14) 291.

³⁷ Eren (n 15) 786.

³⁸ Ayan (n 14) 293.

³⁹ Aral ve Ayrancı (n 28) 480; Eren (n 15) 786; Ayan (n 14) 293.

⁴⁰ Ayan (n 14) 293; Elçin Grassinger (n 17) 214; Aral ve Ayrancı (n 28) 482; Eren (n 15) 787; Ali Cem Budak, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip* (Yeditepe Üniversitesi 2008) 27.

⁴¹ Özen (n 14) 260; Gümüş (n 28) 331; Ayan (n 14) 293.

⁴² Müteselsil kefaletin, müteselsil borçluluktan ayırt edilmesi gerektiği konusunda bkz Fulya Ertüle, ‘Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması’ (2003) 7 (1-2) *Atatürk Üniversitesi Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 632; Acar (n 21) 28; Nurchan Dalcı Özdoğan, *Müteselsil Sorumluluk* (Seçkin 2015) 73.

⁴³ Acar (n 21) 7.

⁴⁴ Nahide Siller, *Müteselsil Kefalet* (Seçkin 2019) 20; Acar (n 21) 7.

⁴⁵ Eren (n 15) 788.

taşınmaz rehni paraya çevrilmeden doğrudan kefile başvurabildiği için, kefaletin ikincilliği burada önemini yitirmiştir⁴⁶.

- 3- Birlikte Kefalet⁴⁷: Birden fazla kişinin, her biri kendi payı için adi kefil gibi, diğerlerinin payı için kefile kefil gibi sorumlu olmak üzere aynı borca birlikte kefil olmaları durumunda ortaya çıkan kefalet türüne ‘birlikte kefalet’ denir (TBK m 587). TBK m 587,II’e göre, borçluyla birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, borcun tamamından sorumlu olur. Ancak, bir kefil, kendisiyle birlikte daha önce veya aynı zamanda müteselsilen yükümlü bulunan ve Türkiye’de takip edilebilen bütün kefillere karşı takibe girilmiş olmadıkça, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir. Bu tür kefalet için kefillerin aynı anda kefil olmaları şartı aranmamakla birlikte, her bir kefilin başka kişilerin de kefalet sorumluluğu olduğunu bilmesi gerekmektedir⁴⁸.
- 4- Kefile Kefalet: ‘Kefile kefalet’, alacaklıya karşı, daha önce kefil olmuş veya olacak kimselerin borcunun üstlenilmesi durumunda ortaya çıkan kefalet türüdür (TBK m 588); adi veya müteselsil şekilde kefile kefalet ilişkisi kurulabilir⁴⁹. Bu tür kefalette kefil, alacaklıya karşı, borçluya kefil olmuş kişiye kefil olmakta ve böylece borçlunun ödemediği borcu kefilin de ödememesinin sorumluluğunu üstlenmektedir⁵⁰. Bu sözleşmenin tarafları, asıl borç ilişkisinde alacaklı ile kefile kefilidir⁵¹. TBK m 588,I’e göre, kefile kefil, alacaklıya karşı tartışma defini ve rehlin paraya çevrilmesi defini ileri sürebilir⁵².
- 5- Rücua Kefalet: Asıl borçluyla rücu eden kefile karşı, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumluluk üstlenilmesinde ortaya çıkan kefalet türüne rücua kefalet (TBK m 588,II) denir⁵³. Bu sözleşme, rücua kefil ile kefil arasında yapılır ve rücua kefil, alacaklıya ödemediği kefilin rücu alacağını teminat altına alır⁵⁴. TBK m 588, II’e göre, borcu ödemek zorunda kalan kefil, ödemediği sonra borçluya rücu eder ve ondan ödemiş olduğu borcu ister⁵⁵.

⁴⁶ Ayan (n 14) 85.

⁴⁷ Doktrinde birlikte kefalet için ‘toplu kefalet’ adı da kullanılmaktadır. Bkz Özen (n 14) 330 vd; Eren (n 15) 789; Buluş (n 14) 109.

⁴⁸ Buluş (n 14) 110.

⁴⁹ Reisoğlu (n 14) 201; Ayan (n 14) 107.

⁵⁰ Eren (n 15) 791.

⁵¹ Ayan (n 14) 108.

⁵² Eren (n 15) 791.

⁵³ Ayan (n 14) 108.

⁵⁴ Aral ve Ayrancı (n 28) 488.

⁵⁵ Eren (n 15) 792.

II. Konkordatonun Kefaleti Etkileyen TBK ve İİK Hükümlerinin Birbiri ile İlişkisi

TBK ve İİK’nda konkordatonun kefaleti etkileyen hükümleri bulunmaktadır. Söz konusu hükümler konkordatoda kefaletle ilişkili olan alacaklı, borçlu ve kefilin durumlarını açıklamaktadır. İİK’nda düzenlenen kefalete ilişkin konkordato hükümleri, TBK’nda yer alan hükümlere göre özel hükümlerdir (lex specialis) ve bunların öncelikle uygulanması gerekir⁵⁶. Ancak İİK’nda yer alan konkordatonun kefalete ilişkin hükümlerinin TBK’nda yer alan hükümlerine göre özel hükümler olması, TBK’nda düzenlenen konkordatonun kefalete ilişkin hükümlerinin uygulanamayacağı anlamına gelmez; burada öncelikle İİK’ndaki konkordatonun kefalete ilişkin hükümleri uygulama alanı bulurken, TBK’nda düzenlenen konkordatonun kefaletle ilişkin hükümleri ise niteliğine uygun düştüğü ölçüde İİK hükümlerini tamamlayacaktır. İİK m 297,II ve 300’de konkordatonun kefalet ile ilişkisi; TBK m 585, I-4, 585,III, 586,II, 590,II, 594,II-III’de ise kefaletin konkordato ile ilişkisi düzenlenmiştir. Bu hükümlerin birbirleriyle ilişkilerine ise aşağıdaki bölümlerde değinilecektir⁵⁷.

III. Kefalet Sözleşmesinin Konkordatonun Aşamalarında Değerlendirilmesi

A. Kefalet Sözleşmesinin Konkordato Başvurusuna Etkisi

İİK m 285 hükmüne göre, herhangi bir borçlu, konkordato başvurusunu yapabilir. Borçlunun konkordato başvurusu yapabilmesi için borcun kaynağının bir önemi yoktur; örneğin, borçlunun finans kuruluşlarına kredi kartı sözleşmesinden doğan borcu olabileceği gibi, başka diğer alacaklılara özel hukuk sözleşmeleri olan satım veya kiradan doğan borcu da olabilir⁵⁸. İşte bu noktada kefalet sözleşmesinin konkordato başvurusuna etkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Borçlunun kendi mali durumunu gösteren bilgi ve belgelerle birlikte kefalet ilişkilerini de konkordato başvurusunda belirtmesi gerekir (İİK m 286, I-b). Uygulamada kefaletten doğan yükümlülüklerin borçlunun bilançosunda, gerçekçi bir değerlendirme ile getirebileceği yükü tespit edilerek ödenmesi muhtemel gerçek borçlar olarak pasifte gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁹. Zira, kefil kefalet borcunu öderse, asıl borçluya rücu hakkına sahiptir; kefilin bu alacağı tahsil imkânı varsa, bilançonun aktif kısmında yer alması ile borçlunun mali durumu

⁵⁶ Brigitte Umbach Spahn, Stephan Kesselbach, Christian Exner, ‘Art 303 SchKG’ in Kren Kostkiwicz J, Vock D (eds) Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (4. Auflage Schulthess 2017) Art 303 N 1; Alexander Vollmar, ‘Art 303’ in SchKG’ in Adrian Staehelin, Thomas Bauer, Daniel Staehelin (eds) *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (2 Auflage Helbing Lichtenhahn, 2010) Art 303 N 2.

⁵⁷ Bkz aşağı III, B ve C.

⁵⁸ Pekcanitez ve Erdönmez (n 2) 7; Serhat Sarısözen, *Konkordato* (Yetkin 2020) 102.

⁵⁹ Mahmut Bilgen, *İflâs İflâsın Ertelenmesi, Konkordato Yargılama Usulü* (Adalet 2012) 735; Bkz Yargıtay 19 HD, 10197/11933, 17.12.2009; Yargıtay 11 HD, 6992/5896, 08.11.1991 (www.kazancı.com.tr) (erişim tarihi: 01.05.2020).

etkilenebilecektir⁶⁰. Buna göre, kefaletten doğan borçların konkordato başvurusuna etkisini mahkeme serbestçe değerlendirecektir⁶¹.

Uygulamada özellikle ticari şirket ortaklarının, bankadan alınan şirkete ait kredi borçları için aynı zamanda müteselsil kefil oldukları; hatta aynı ticari şirket ortaklarının farklı bir tüzel kişilik adı altında kurdukları şirketin borçlarına da müteselsil kefil oldukları sıklıkla görülmektedir⁶². Doktrinde, borçlu ve borca kefil olan diğer tüzel kişiliklerin TTK m 195'e göre grup şirket (şirketler topluluğu) olarak değerlendirilmemesi ve tek şirketmiş gibi konkordato başvurusunda bulunamaması gerektiği kabul edilmektedir; bununla birlikte şirketler topluluğunu oluşturan her bir şirket kendi adına ayrı ayrı projeler hazırlayarak ayrı ayrı dilekçelerle konkordato talebinde bulunabilirler⁶³. Bunun dışında borçlu ile kefilin aynı dilekçe ile konkordato başvurusunda bulunmasının mümkün olup olmadığı doktrinde tartışma konusu olmuştur:

Doktrindeki bir görüşe⁶⁴ göre, her gerçek veya tüzel kişi, yalnız kendisi için konkordato talep edebilecek olup, birden fazla gerçek veya tüzel kişinin birlikte aynı konkordato usulü içinde konkordato başvurusu yapması mümkün değildir; çünkü aynı dilekçeyle başvuru durumunda, her bir borçlunun farklı alacaklı gruplarının yapacakları oylamada karışıklıklar ortaya çıkabilecektir.

Doktrindeki diğer bir görüşe⁶⁵ göre ise, birbirlerine uyumlu projeler sunulması şartıyla tüzel kişi ve kefillerin aynı dilekçeyle konkordato başvurusunda bulunmaları mümkündür; bu durumda her bir borçlu için şartların ayrı ayrı değerlendirilmesi ve mahkemece ayrı ayrı karar verilmesi gerekir.

Yargıtay kararlarına⁶⁶ bakıldığında, genel olarak grup şirketlerinin her birinin birlikte konkordato talebinde bulunabileceği; fakat konkordato mühleti ve konkordato tasdiki için gerekli şartların her bir şirket için ayrı ayrı gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Kararına göre⁶⁷, şirket ortakları veya kefilleri tarafından sunulan konkordato projesinin sadece bir borçlu şirketin projesine dayanması durumunda, kefil için sunulan bu proje uygulanabilir değildir.

⁶⁰ Bilgen (n 59) 736.

⁶¹ Bkz Yargıtay 23 HD, 7489/4706, 13.11.2019 (www.kazancı.com.tr) (erişim tarihi: 01.05.2020).

⁶² Bkz ve karşı. Müjgan Tunç Yücel, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları* (On İki Levha 2020) 51.

⁶³ Öztekin (n 2) 146; Sarısözen (n 58) 113.

⁶⁴ Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku C 4* (3. Bası, Alfa 1997) 3595; Sarısözen (n 58) 113.

⁶⁵ Öztekin (n 2) 146; Muhammet Özkes, 'Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı' in Muhammet Özkes (ed), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (2018) 55.

⁶⁶ "...Ltd Şti, Turcihan ve ...Turcihan birlikte konkordato teklifinde bulunmuşlardır. Konkordato tasdik talebinin birlikte istenmesine engel yoksa da konkordatonun tasdiki için gerekli koşulların her bir borçlunun şahsında gerçekleşmesi gerekir. Bu durumda konkordato teklif eden borçluların ayrı ayrı borç ve alacakları üzerinde durularak, tasdik koşullarının incelenmesi, bilanço ile bildirilen borç arasındaki farkın nedeninin açıklattırılması ve varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekir." Yargıtay 23 HD, 3457/701, 05.02.2020; Yargıtay 19 HD, 7121/10981, 23.11.2016; aynı yönde bkz Yargıtay 19 HD, 8721/564, 25.01.2001 (www.kazancı.com.tr) (erişim tarihi: 01.05.2020).

⁶⁷ İstanbul 17 BAM, 3202/2239, 20.12.2018 (app.e-uyar.com) (erişim tarihi: 01.05.2020).

Kanaatimizce, her bir şirketin ve kefilin aynı dilekçeyle konkordato başvurusu yapabilmesinden ziyade, her birinin kendine ait ayrı ayrı projeler hazırlaması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Zira şirketin ve kefilin birbirleri ile hukuki ilişkisi olsa dahi her birinin birbirlerinden farklı alacak grupları bulunmaktadır; buna göre her birinin borçlarını hangi gelirlerle ödeyebileceklerini ayrı ayrı bağımsız projelerle somutlaştırmaları gerekmektedir.

B. Konkordato Mühletinin Kefalet Sözleşmesine Etkisi

1. Genel Olarak

Borçlunun konkordato talebi üzerine mahkemece konkordato için gerekli şartların oluştuğuna kanaat getirilmesi durumunda borçluya konkordato geçici mühleti verilecektir (İİK m 287). Konkordato geçici mühleti, kesin mühlete geçilebilmesi için gerekli olan zorunlu bir aşamadır⁶⁸. İİK, alacaklı ve borçlu bakımından konkordato (geçici ve kesin) mühleti verilmesine birtakım sonuçlar bağlamıştır. İİK m 288’de geçici mühletin, kesin mühletin sonuçlarını doğuracağı hükme bağlanmışsa da, ayrıca metinde geçici mühletin sonuçları tek tek sayılmamıştır. Buna göre, kesin mühletin sonuçlarının niteliğine uygun düştüğü ölçüde geçici mühlet için de uygulanması gerekir⁶⁹. Çalışmamızın bu bölümünde konkordato (geçici) mühletinin konkordatonun tasdik edilmesine kadarki süreçte kefalet sözleşmesi bağlamında asıl borçlu ve kefil bakımından ortaya çıkan etkileri değerlendirilecektir.

2. Borçlu Bakımından Etkisi

Konkordato mühleti kararının asıl borçlunun kefalet sözleşmesi yapabilmesine etkisi bulunmaktadır. İİK m 297, II’e göre borçlu, mahkemenin izni dışında geçici mühlet kararından itibaren kefil olamayacaktır. Mühlet dönemi içerisinde borçlunun kefalet sözleşmesi yapabilmesi mahkeme iznine bağlandığı için, doktrinde buna “yasak işlem” adı verilmiştir⁷⁰. Buna göre, borçlunun mühlet kararından itibaren adi kefalet, birlikte kefalet, rücu kefalet veya müteselsil kefalet⁷¹ vermesi yasaktır⁷². Bunun amacı ise borçlunun malvarlığının alacaklıların menfaati ölçüsünde

⁶⁸ Ali Cem Budak ve Müjgan Tunç-Yücel, ‘İİK m 289’ iç Selçuk Özbek (ed) *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet 2019) 272; Hakan Albayrak, *İflâs Dışı Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları* (Yetkin 2020) 54.

⁶⁹ Alacaklılar kurulunun oluşturulması, alacaklıların alacaklarını bildirmeye davet edilmesi, alacaklılar toplantısının yapılması kesin mühlette söz konusu olup geçici mühlette yer almamaktadır. Bkz Pekcanitez ve Erdönmez (n 2) 30; Geçici mühlet kararının verilmesi dosya üzerinden yapılan incelemeye dayanması mümkün iken, kesin mühlet hakkındaki kararın mutlaka duruşmalı olarak yapılan inceleme sonucunda verilmesi gerekir. Bkz Atalı M, ‘Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları’ iç Muhammet Özkes (ed), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (On İki Levha 2018) 89; Özkes (n 65) 71.

⁷⁰ Hunkeler (n 2) 206; İlhan Postacıoğlu, *Konkordato* (2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1965) 65; Tanrıver (n 9) 75; Atalı (n 69) 97.

⁷¹ Bkz kefalet türleri için yukarı I, B.

⁷² Tanrıver (n 9) 74; Bilgehan Yeşilova, ‘İİK m 297’ iç Selçuk Özbek (ed) *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet 2019) 416.

korunmasıdır⁷³. Borçlunun bu yasağa rağmen yapmış olduğu kefalet sözleşmesi ise hükümsüzdür (İİK m 297, II). Kanun'da hükme bağlanan hükümsüzlük yaptırımının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır:

Doktrindeki birinci görüş⁷⁴ göre, Kanun'daki "hükümsüzlük" ile kastedilenin yürürlükten kaldırılan 818 sayılı BK m 20'e göre "mutlak butlan", yürürlükte olan 6098 sayılı TBK m 27'e göre ise "kesin hükümsüzlük (geçersizlik)" yaptırımı olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, yapılan işlem maddi hukuka göre geçersizdir ve hükümsüz olan bu işlemler sonradan geçerli duruma getirilemezler; hatta konkordato kalkmış veya tasdik edilmemiş olsa dahi kefalet sözleşmesi hükümsüz olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla işlem yapıldıktan sonra mahkemeden sonradan onay (icazet) alınması mümkün değildir. Yine komiserin işleme onay vermesine rağmen, mahkemece izin verilmeyen işlem de geçersizdir. Bu hükümsüzlüğü alacaklı, borçlu ve üçüncü kişiler ileri sürebilirler. Mahkeme de kendiliğinden bu hükümsüzlüğü dikkate alabilir. Başka bir deyişle, kesin hükümsüzlük, sadece taraflar yönünden değil, herkese karşı etkili olduğundan, menfaati olan herkes geçersizliği ileri sürebilir.

Doktrindeki ikinci görüş⁷⁵ göre ise kanun metnindeki hükümsüzlük tabiri esas olarak maddi hukuk anlamındaki kesin hükümsüzlüktür; fakat bu yaptırımın somut olaya göre TMK m 2'deki dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Nitekim şekle aykırı olarak yapılan bazı işlemlerin yaptırımı kesin hükümsüzlük olmasına rağmen, bazı durumlarda bu şekle aykırılığın ileri sürülmesi TMK m 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması yasağı olarak değerlendirilmektedir. Özellikle işlemin geçersiz sayılması adil olmayan sonuçlar doğuruyorsa, hakimin dürüstlük kuralına aykırılığı da kendiliğinden dikkate alınması gerekir. Bu hüküm ile borçlunun değil, alacaklıların korunması amaçlanmıştır; dolayısıyla bu çerçevede ve olayın özelliklerine göre, hukuki işlemin geçerli olarak kabul edilebileceği durumların olması halinde mahkemenin sonradan da gerekirse bu işlemlere icazet (onay) verebilmesi gerekir; mahkemenin icazet talebini reddetmesi durumunda ise bu işlem hükümsüz kalmaya devam etmelidir.

Doktrindeki üçüncü bir görüş⁷⁶ ise, İİK'daki "hükümsüzlük" tabirinin maddi hukuk anlamında mutlak veya nisbi butlan olarak değil; takip hukukuna göre hükümsüzlük olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Borçlunun bu tür işlemleri yapması durumunda mahkemenin vereceği sonradan icazet ile hükümsüzlük giderilebilir ve geçerli bir işlem haline getirilebilir; çünkü burada amaç, yargısal kontrol güvencesinin sağlanmasıdır. Mahkemenin izni olmadan bu işlemlerin yapılması, erteleyici şartta

⁷³ Alexander Vollmar, 'Art 298' in SchKG'in Adrian Staehelin, Thomas Bauer, Daniel Staehelin (eds) *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (2 Auflage Helbing Lichtenhahn, 2010 Art 298 N 1.

⁷⁴ Yeşilova (n 72) 413 ff; Sarısözen (n 58) 319-320; ayrıca 2003 tarihli 4949 sayılı Kanun değişikliği öncesi aynı yönde Tanrıver (n 9) 76; Postacıoğlu (n 70) 58-59; Saim Üstündağ, İflâs Hukuku, İflâs, Konkordato, İptal Davaları (8. Bası, Yaylacık 2009) 240.

⁷⁵ Albayrak (n 68) 124-127.

⁷⁶ Taşpınar (n 6) 69-70; Ahmet Başözen A, *Müflisin Tasarruf Yetkisi* (Turhan Kitabevi 2005) 112-114.

olduğu gibi düşünülmelidir ve izinsiz devredilen malvarlığı unsurları her zaman konkordato borçlusunun malvarlığına geri alınabilmelidir. Mühlet içinde bu izin alınmamışsa şart yerine gelmediğinden işlem geçersiz olmalıdır.

İİK m 297'nin mehzını İsviçre İİK m 298 hükmü teşkil etmektedir; bu hükme göre, mühlet döneminde mahkemenin izni dışında borçlu tarafından yapılan kefalet işlemi hukuken geçersizdir. Mehoz Kanun'da bizimkinden farklı olarak bir kesin hükümsüzlük yaptırımı öngörülmemiştir ve iyiniyetli kazanımların korunacağı hükme bağlanmıştır⁷⁷. İsviçre doktrininde eskiden mahkemenin izni alınmaksızın yapılan yasak işlemlerin yaptırımı mutlak butlan (hükümsüzlük) (Nichtigkeit) olarak kabul edilmekteydi; fakat günümüz doktrininde mahkemenin izni dışında yapılan yasak işlemlerin hükümsüzlükle geçersiz kılınması yaklaşımından vazgeçilmiştir ve mahkemenin daha sonra vereceği onayla bu işlemlerin geçerli hale gelebileceği kabul edilmiştir⁷⁸. Dolayısıyla İsviçre doktrininde, mahkemenin izni dışında borçlu tarafından yapılan kefalet işleminin maddi hukuk anlamında hükümsüz olarak değil, sadece icra hukuku anlamında alacaklılara karşı geçersiz olduğu kabul edilmektedir⁷⁹.

Kanaatimizce, Kanun'daki "hükümsüzlük" ile "askıda hükümsüzlük"⁸⁰ anlaşılmalıdır. Zira, hükümde açıkça bu işlemin geçerliliği mahkemenin iznine tabi kılınmıştır ve iznin zamanı konusunda bir açıklık getirilmemiştir. Buna göre, hukuki işlem, kurucu unsurları gerçekleştiği halde, bazı nedenlerle hükümlerini doğurmayıp, bir askı durumu içindedir; burada eksik olan unsur mahkemenin iznidir; eksik olan bu unsur gerçekleşirse, sözleşme kurulduğu andan itibaren hüküm ifade eder veya bu unsur gerçekleşmez ise, kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz olarak kabul edilir⁸¹. Onay verilmediği dönem için bunu mahkeme kendiliğinden göz önüne almak zorundadır⁸². Mahkemenin izin vermediği durumda, işlemin takip hukukuna göre geçersiz olduğunu kabul etmek değil; maddi hukuka göre geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir; aksi takdirde borçlu konkordato mühleti boyunca dürüstlük kuralına aykırı işlemlere girişebilir.

⁷⁷ İİK'da açıkça iyiniyet konusunda bir hüküm yoktur. Bununla birlikte doktrinde konkordato mühlet kararının verilmesiyle ilanı arasındaki zaman sürecinde yapılan iyiniyetli işlemlerin korunması gerektiği belirtilmiştir. Bkz Yeşilova (n 72) 419; Cenk Akil, *Sorularla Adı Konkordato* (Adalet 2019) 173.

⁷⁸ Bkz Hunkeler (n 2) 207; Vollmar (n 73) Art 298 N 14; Thomas Bauer, Daniel Staehelin, *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs Ergänzungsband* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2017), Art 298 N 23.

⁷⁹ Brigitte Umbach Spahn, Stephan Kesselbach, Stefan Bossart, 'Art 298 SchKG' in Kren Kostiwicz J, Vock D (eds) *Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (4. Auflage Schulthess 2017) Art 298 N 12,16; Vollmar (n 73) Art 298 N 14.

⁸⁰ Bkz Nagehan Kırkbeşoğlu, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük* (Vedat 2011) 76.

⁸¹ Kırkbeşoğlu (n 80) 76.

⁸² Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Vedat 2016) 179-180.

3. Kefil Bakımından Etkisi

Konkordato (geçici veya kesin) mühletinin sonuçları, yalnızca alacaklı ve borçlu bakımından geçerli olup, borçtan birlikte sorumlu olan kefiller bakımından geçerli değildir⁸³. Buna göre, konkordato geçici mühleti kararından konkordatonun tasdik edilmesine kadarki süreçte borçtan birlikte sorumlu olan kefillere karşı alacağın tamamı hakkında alacaklıların başvuru (müracaat) hakkı vardır; alacaklı bu süreç içerisinde kefile karşı icra takibi yapılmasını veya başlamış olan icra takibine devam edilmesini sağlayabilir⁸⁴. Ortağın şirkete kefil olması durumunda alacaklı ortağa karşı mühlet kararının bütün sınırlamalarından bağımsız hareket edebilir ve bunun sonucunda ortağın kâr payına haciz koydurtabilir veya ortağın payını paraya çevirtirebilir⁸⁵. Ancak konkordato alacaklısının, borçluya konkordato mühletinin verilmesi ile birlikte kefile karşı takip yapabilmesi için ayrıca bu borcun da muaccel olması gerekir; zira iflâstaki kuralın (İİK m 195) aksine borçluya konkordato mühleti verilmesi ile borç kendiliğinden muaccel hale gelmez⁸⁶ ve alacak asıl borçluya karşı muaccel olmadan da kefile karşı muaccel olamaz⁸⁷.

Konkordato borçlusu hakkında geçici mühlet kararı verilmesi durumunda asıl borca kefil olan kimseden borcun talep edilebilmesi imkânı İİK ve TBK hükümlerinin birlikte uygulanması sonucunu ortaya çıkarır.

Konkordato mühletinin kefalet sözleşmesine etkisi tespit edilirken, kefaletin türüne dikkat edilmelidir⁸⁸. Kefaletin türlerinden ve özelliklerinden yukarıda da bahsedildiği üzere⁸⁹, adi kefalette alacaklı borçluya başvurmadıkça kefil takip edemez; aksi durumda alacaklı borçluya başvurmadan önce doğrudan kefile başvurursa kefil önce asıl borçluya başvurulması gerektiğini (tartışma defini) ileri sürebilecektir; fakat borçluya konkordato geçici mühleti verilmesi ile birlikte alacaklı doğrudan doğruya kefile başvurabilme hakkına sahip olacaktır (TBK m 585/I-b 4). Yine, alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını talep edebilir (TBK m 585,II). Fakat, borçluya konkordato geçici mühleti verildiği andan itibaren artık alacaklı adi kefile karşı doğrudan doğruya icra takibi başlatabilir ve kefil de, İİK m 45’de öngörülen rehinin paraya çevrilmesi defini ileri süremez⁹⁰.

⁸³ Dilek Aydemir, ‘Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkisi’ (2019) 15 (43) *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 547; Erdoğan (n 12) 165; Tunç Yücel (n 62) 36-37.

⁸⁴ Tunç Yücel (n 62) 37; Mahmut Bilgen, *Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar* (2. Bası, Adalet 2017) 560.

⁸⁵ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku* (2. Bası, Yetkin 2019) 672.

⁸⁶ Tunç Yücel (n 62) 42.

⁸⁷ Eren (n 15) 776; Reisoğlu (n 14) 22-23.

⁸⁸ Muşul (n 2) 379.

⁸⁹ Bkz yukarı I, A ve B.

⁹⁰ Tunç Yücel (n 62) 39; Budak (n 40) 29; Muşul (n 2) 381 ff.

Müteselsil kefalette alacaklı, konkordato mühletinin verilmesiyle birlikte borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden doğrudan kefil takip edebilir (TBK m 586, I). Bu hükme göre, asıl borçlu hakkında konkordato geçici mühleti kararı verilmişse, artık müteselsil kefile karşı alacaklının doğrudan başvuru hakkı doğmaktadır. Dikkat edilirse, konkordato mühleti boyunca asıl borçluya karşı herhangi bir icra takibi başlatılmıyorken, müteselsil kefile karşı icra takibi başlatılabilecektir⁹¹. Ayrıca asıl borçluya konkordato mühleti verilmesi durumunda, alacağın, ipotekle, teslimle bağlı taşınır rehniyle veya alacak rehni ile güvence altına alınmış olmasının herhangi bir etkisi olmaz ve doğrudan müteselsil kefile karşı başvuru (veya icra takibi) yapılabilir (TBK m 586,II) ; başka bir deyişle bu tür durumlarda İİK m 45,I deki def'i ileri sürülemez⁹².

Konkordato geçici veya kesin mühleti döneminde kefil, kendisine karşı icra takibi yapılmasını TBK m 590, II'de öngörülen hükmün yerine getirilmesi şartıyla önleyebilir. Buna göre, bütün kefalet türlerinde⁹³ kefil, aynı teminat (güvence) karşılığında hakimden, mevcut rehinler paraya çevrilmeye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini talep edebilecektir. Madde metnindeki “konkordato kararı” ifadesinin İİK’nda tam bir karşılığı olmadığı için doktrinde “konkordatonun tasdiki kararı” şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir⁹⁴. Bu hükme göre, konkordatonun tasdik edilmesine karar verilinceye kadar takibin her aşamasında kefaletin türü ne olursa olsun kefil, aynı güvence karşılığında hakimden kendisine karşı yöneltilen icra takibinin durdurulmasını isteyebilecektir⁹⁵. Doktrinde kefile tanınmış bu talep hakkına “takibin durdurulması def’i” adı verilmektedir⁹⁶. Kanun metninde sadece “takibin durdurulması” ifadesinin kullanılması sebebiyle, kefile karşı açılan alacağa ilişkin davalarda bu hüküm uygulama alanı bulamaz⁹⁷. Konkordato borçlusunun projesinde tasdik edilen konkordatonun, İİK m 308/c, I’e göre, tasdik kararının kesinleşmesiyle bağlayıcı hale geleceği kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumda ise “konkordato tasdik kararı” ifadesinin “konkordato tasdik kararının kesinleşmesi” şeklinde anlaşılması gerekir; çünkü, böyle bir durumda mühletin etkileri, kanunda öngörülen istisnalar saklı kalmak kaydıyla bağlayıcı hale geldiği tarihe kadar devam eder (İİK m 308/c, I).

⁹¹ Tunç Yücel (n 62) 41.

⁹² Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (2. Bası, Adalet 2013) (El Kitabı) 989; Tunç Yücel (n 62) 41.

⁹³ Bkz yukarı I, B.

⁹⁴ Aydemir (n 83) 551; Tunç Yücel (n 62) 41; Ayan, 507; Gümüş (n 28) 426.

⁹⁵ Bkz Özen (n 14) 84; Ayan (n 14) 488-489.

⁹⁶ Gülçin Elçin Grassinger, ‘Kefalet İşlemleri’, *Yeni Borçlar Kanunu’nun Değerlendirilmesi ve Değişikliklerin Uygulamaya Yansımaları* (İktisadi Araştırmalar Vakfı 2012) 53.

⁹⁷ Ayan (n 14) 488; Aydemir (n 83) 548.

TBK m 590, II'e göre takibin durdurulabilmesi için kefil tarafından aynı teminat gösterilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla kefilin şahsi teminat göstermesi, bu hükmeye göre takibin durdurulabilmesi için yeterli değildir. Aynı teminatlar olarak taşınmaz rehni, taşınır rehni, pay senedi rehni, ticari işletme rehni örnek verilebilir⁹⁸. Bu noktada teminatın türünü kefil belirlerken, teminatın miktarına ise hakim karar verecektir⁹⁹. Doktrinde teminatın miktarı konusunda bir tartışma bulunmaktadır:

Doktrindeki bir görüşe¹⁰⁰ göre, takibin durdurulması için gerekli teminat miktarı kefilin sorumlu olduğu en yüksek tutar kadar olmalıdır.

Doktrindeki diğer bir görüşe¹⁰¹ göre ise, kefil tarafından gösterilmesi gereken teminat miktarı, takibin durdurulmadan devam ettirilmesi durumunda alacaklının elde edeceği tutar kadar olmalıdır.

Kanaatimizce, TBK m 590, II ihtiyati tedbir türlerinden bir tanesidir ve bu sebeple teminat miktarı konusunda HMK m 392 hükmü dikkate alınmalıdır. Buna göre, kefil tarafından gösterilmesi gereken teminat miktarı, alacaklının muhtemel zarar miktarı kadar olmalıdır. Ayrıca, kefalet borcu, asıl borç miktarıyla sınırlıdır ve kefile asıl borçtan fazla bir sorumluluk yüklenemeyeceği için, teminatın miktarı kefilin sorumlu olduğu miktardan fazla olamaz. Dolayısıyla, hakim, somut olayın niteliğine göre kefilin sorumlu olduğu miktarı aşmamak kaydıyla teminat miktarını hakkaniyete uygun bir oranda serbestçe belirleyebilmelidir.

Kefile karşı başlatılan takibin durdurulabilmesi için hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğuna ilişkin kanun metninde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple bu konu hakkında doktrinde bazı görüşler ileri sürülmüştür.

Bizim de katıldığımız doktrindeki birinci görüşe¹⁰² göre, kefile karşı başlatılmış icra takibinin durdurulması icra takibinin yapıldığı icra dairesinin bağlı olduğu yerdeki icra mahkemesinden, kefil hakkında iflâs takibi yapılıyorsa, iflâs davasına bakan asliye ticaret mahkemesinden talep edilmelidir. Bu görüşe göre, kefilin TBK m 590, II'ye dayanarak başvurusu konkordato sürecine dahil bir cebri icra organının yaptığı bir işlem aleyhine değildir; dolayısıyla alacaklının kefile karşı yaptığı takibin konkordato prosedüründen bağımsız olması sebebiyle konkordato mühletine karar veren asliye ticaret mahkemesi görevli olamaz. Bu görüşe göre, kefile karşı genel haciz yoluyla takipte takibin yapıldığı icra dairesinin bağlı olduğu yer icra mahkemesi veya iflâs takibi yapılması durumunda asliye ticaret mahkemesi yetkili ve görevli olmalıdır.

⁹⁸ Gümüş (n 28) 424; Özen (n 14) 84; bunların içerisinde banka teminat mektuplarının da sayılabileceği görüşü için bkz Ayan (n 14) 497.

⁹⁹ Ayan (n 14) 501.

¹⁰⁰ Ayan (n 14) 501; Gümüş (n 28) 424-425; Aydemir (n 83) 549.

¹⁰¹ Özen (n 14) 84-85.

¹⁰² Ayan (n 14) 435; Aydemir (n 83) 550.

Doktrindeki ikinci görüşe¹⁰³ göre, konkordato mühleti içinde takibin durdurulması yönündeki talep, konkordato mühletini veren asliye ticaret mahkemesinden istenmelidir.

Kefil TBK m 590,II'e göre takibin durdurulmasını doktrindeki bir görüşe¹⁰⁴ göre, sadece bir kez talep edebilir ve takip durduktan sonra alacaklı kefile karşı başlattığı takibe devam etme imkânını tekrar elde ederse, artık kefil, aynı hükme göre takibin yeniden durdurulmasını talep edemez. Kanaatimizce, TBK m 590'II hükmüne göre kefilin başvuru hakkı sınırlanmadığından, bu konuda kefil için bir sınırlama getirilmesi de yerinde değildir. Kefilin takibin durdurulmasına ilişkin talep hakkının sınırı, TMK m 2 ve HMK m 29'da düzenlenen dürüstlük kuralı ile serbestçe hakim tarafından belirlenmelidir.

Asıl borçluya (konkordato borçlusuna) kefil olan kimsenin aynı zamanda rehin veren üçüncü kişi olması da muhtemeldir. Zira uygulamada özellikle, ticaret şirket ortaklarının, şirketin banka kredi borçları için hem kendi malvarlığında rehin tesis etmesi hem de müteselsil kefil olduğu sıklıkla görülmektedir¹⁰⁵. Böylelikle bankalar kredi alacağını hem şahsi hem aynı teminatla güvence altına almaktadırlar. Böyle bir durumda TBK m 586'a göre borçluya konkordato mühleti verilmesi ile birlikte borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düştüğü kabul edilerek, aynı zamanda alacaklının tercihine göre müteselsil kefil olan üçüncü kişiye karşı tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla genel haciz yoluyla takip veya rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilecektir¹⁰⁶.

Sonuç olarak, konkordato geçici mühleti kararından itibaren alacaklı, kefile karşı icra takibi yapılmasını veya başlamış olan icra takibine devam edilmesini sağlayabilir. Böyle bir durumda kefil aleyhine yapılan takip sonucunda kefilin borcu ödemesi durumunda, alacaklının alacaklı sıfatı ortadan kalkar ve artık konkordato alacaklısı olamaz. Bu durumda ödeme yapan kefil, alacaklının haklarına TBK m 596, I'e göre kanunen halef olduğundan, konkordatoya alacaklı olarak kaydedilir¹⁰⁷ ve konkordatonun tasdik edilmesi durumunda konkordato borçlusuna karşı, ancak konkordato projesinde öngörülen şartlar ölçüsünde rücu hakkına sahip olur¹⁰⁸. Burada dikkat edilmesi gereken husus, konkordatonun tasdikinden sonra kefilin alacaklıya ödediği paranın kısmen veya tamamen iadesinin İİK m 303'e göre talep edilemeyeceğidir¹⁰⁹. Böyle bir durumda borçluya rücu hakkı olan kefilin halefiyet ilkesi gereği (TBK m 168) alacağını doğrudan konkordato komiserine kaydettirmesi gerekecektir¹¹⁰.

¹⁰³ Tunç Yücel (n 62) 41.

¹⁰⁴ Ayan (n 14) 495; Aydemir (n 83) 552.

¹⁰⁵ Tunç Yücel (n 62) 51.

¹⁰⁶ Bkz ve karşı Tunç Yücel (n 62) 51-52; Kuru, El Kitabı (n 92) 989.

¹⁰⁷ Erdoğan (n 12) 164.

¹⁰⁸ Altay ve Eskiocak (n 2) 324; Aydemir (n 83) 548; Kuru, El Kitabı (n 92) 1520; Tunç Yücel (n 62) 38.

¹⁰⁹ Kuru, El Kitabı (n 92) 1520; Tunç Yücel (n 62) 38.

¹¹⁰ Ayhan Akyürek ve Remziye Akyürek, *Konkordato Hukuku* (Yetkin 2019) 418; Tunç Yücel (n 62) 52-53.

C. Konkordatonun Tasdikinin Kefalet Sözleşmesine Etkisi

1. Genel Olarak

İİK m 303’de borçtan birlikte sorumlu olanlara karşı haklar üst başlığı ile bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre alacaklının konkordato projesini kabul veya reddetmesi durumunda birlikte borçlulara karşı sahip olduğu haklarını tam olarak koruyabilmesi için yapılması gerekenler hükme bağlanmıştır¹¹¹. 7101 sayılı Kanunla¹¹² 28.02.2018 tarihinde İİK m 295 yerine m 303 ile “müşterek borçlu, borçlunun kefilleri ve borcu tekeffül eden” kavramları yerine “borçtan birlikte sorumlu olanlar” ifadesi tercih edilmiştir¹¹³. Borç ilişkisinde borçlu tarafın birden fazla kişi olması durumu birlikte borçluluk olarak ifade edilebilir; bu durum taraf iradelerinden, kanun hükmünden veya borcun konusu olan edimin niteliğinden kaynaklanabilir¹¹⁴. Buna göre, aynı borç ilişkisinde sorumluluğun birden fazla kişi üzerinde toplanması gerekir. Borçtan birlikte sorumlu olanlar kavramı içerisine özel bir hukuki ilişki sebebiyle konkordato borçlusu ile birlikte borca taraf olan kefiller de dahildir¹¹⁵. Başka bir deyişle, borçtan birlikte sorumlu olan kavramı, kefil ve müteselsil borçluları da içine alan daha geniş bir kavramdır¹¹⁶. Nitekim, İİK m 303 hükmünün mehzazını İsviçre İİK m 303 teşkil etmektedir ve bu hükmün üst başlığı borçtan birlikte sorumlu olanlara karşı haklar (Rechte gegen Mitverpflichtete) olarak belirtildikten sonra madde metninde bu kavramın içerisine kefaletin (Bürgen) de dahil olduğu açıkça hükme bağlanmıştır¹¹⁷. Dolayısıyla birlikte borçlu kavramı içerisine, borçlu lehine müteselsil veya ikincil (tali) olarak yükümlülük altına girmiş olan herkes dahildir¹¹⁸; bu şekilde kanun maddesinde sınırlayıcı değil, örnekleyici bir düzenleme yapıldığını ifade edebiliriz¹¹⁹. Söz konusu madde ile alacaklının, asıl borçlunun ödeme güçlüğü (aciz hali) içerisnde olması durumunda borca taraf olan kimselere başvurabilmesi imkânı verilmiştir¹²⁰.

İİK m 303 hükmü, konkordato mühleti dönemini değil, aksine konkordatonun tasdik edilmesinden sonraki döneme ait olan kefile karşı haklar ile ilgili sonuçları

¹¹¹ Üstündağ (n 74); 248 dn 225a; Aydemir (n 83) 523.

¹¹² Kabul Tarihi: 28.02.2018, RG 15.03.2018/30361.

¹¹³ Bkz İİK m 303’ün mehzazını teşkil İsviçre İİK (SchKG art 303) m 303 başlığı da “borçtan birlikte sorumlu olanlar” olup, madde metni içerisinde açıkça kefillere de uygulanabileceği hükme bağlanmıştır. 7101 Sayılı Kanun öncesi İİK m 295’deki kurum, madde başlığı dışında esasına ilişkin bir değişiklik yapılmadan m 303 ile yeniden düzenlenmiştir. Bu durumda İİK m 295 için yapılan yorumlar aynen m 303 için de geçerliliğini korumaya devam etmektedir. Bkz Aydemir (n 83) 524; 2018 tarihli değişiklikle İİK m 303 hükmü yeniden düzenlenmekle birlikte, bu hükmün mehzazı olan İsviçre İİK m 303’si ise 21.06.2013 tarihli revizyonda değiştirilmemiştir. Bkz Bauer (n 78) Art 303 N 2a.

¹¹⁴ Dalcı Özdoğan (n 42) 50.

¹¹⁵ Selçuk Özteke ve Müjgan Tunç Yücel, ‘İİK m 303’ iç Selçuk Özteke (ed) *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet 2019) 509.

¹¹⁶ Tunç Yücel (n 62) 38.

¹¹⁷ Bauer (n 78) Art 303 N 2a.

¹¹⁸ Bkz Vollmar (n 56) Art 303 N 7; BGE 121 III 191 E. 2.

¹¹⁹ ibid N 7.

¹²⁰ Erdoğan (n 12) 163.

ortaya koyar. Başka bir deyişle, bu hüküm uyarınca alacaklının borçtan birlikte sorumlu olan kefile karşı bütün haklarını koruyup koruyamayacağı yönündeki hukuki sonuçların doğabilmesi konkordatonun tasdikine bağlıdır¹²¹. Konkordatonun tasdikinden sonra alacaklının asıl borçtan birlikte sorumlu olan kefile karşı başvuru hakkını kullanabilmesi için öncelikle İİK m 303’de öngörülen şartları yerine getirmesi gerekir. Ayrıca, İİK m 303’ün işaret ettiği TBK’nda yer alan konkordato ile ilgili hükümlerinde öngörülen diğer şartlar da sağlanmalıdır. Buna göre, konkordatonun tasdikinden sonra, alacaklının kefile karşı haklarının korunabilmesi için konkordato mühleti sırasında İİK m 300 ve bunun işaret ettiği TBK’nun ilgili maddelerindeki şartlar yerine getirilmelidir¹²². Ancak, konkordato alacaklılar toplantısında oy hakkı bulunmayanlar (İİK m 302), örneğin rehinli alacaklılar bakımından İİK m 300 uygulama alanı bulamaz; çünkü bu kişiler toplantıda oy kullanma hakları bulunmadığından projenin kabulü konusunda etki edemezler ve dolayısıyla kefilin durumunu kötüleştiremezler¹²³. Bu sebeple, borçlunun bilançosunda veya alacaklı listesinde kayıtlı konkordatoda oy hakkı bulunmayan imtiyazlı alacaklılarının, rehinli alacaklılarının ve borçlunun yakınlarının kefile karşı alacakları tam olarak korunur¹²⁴.

Sonuç olarak alacaklının kefile karşı haklarını koruyabilmesi için öncelikle alacağını kaydettirmeli ve aynı zamanda haklarının korunması için gerekli diğer işlemleri yapmalıdır (TBK m 594, II).

2. Alacaklının Kefile Karşı Haklarının Korunması

a. Alacağın Kaydettirilmesi

Alacaklının kefile karşı İİK m 303’deki imkândan tam olarak faydalanabilmesi için onun alacağını kaydettirmesi gerektiği doktrin tarafından kabul edilmektedir¹²⁵. Her ne kadar İİK m 303’de alacaklının kefile karşı başvuru hakkını koruyabilmesinin bir şartı olarak alacaklının alacağını kaydettirmesi öngörülmüş olmasa da, TBK m 594’de açıkça alacaklının alacağını kaydettirmesi gerektiği hükmüne bağlanmıştır. Kanaatimizce alacaklının alacağını kaydettirmesi gerekliliğini İİK m 299 ile birlikte değerlendirmek gerekir. Zira bu hükmeye göre, kesin mühlet içerisinde komiser tarafından yapılacak olan ilandan itibaren on beş gün içinde alacaklıların alacaklarını bildirmeleri şarttır; bununla birlikte ilandan itibaren süresi içinde bildirilmeyen alacaklar açısından da borçlunun bilançosunda veya konkordato projesindeki alacaklılar listesinde yer alması durumunda alacaklının alacağını bildirdiği

¹²¹ Ömer Ulukapı, *Konkordatonun Feshi* (Mimoza 1998) 96 dn 692; Tunç Yücel (n 62) 37; Aydemir (n 83) 536.

¹²² Bkz Aydemir (n 83) 536 ff.

¹²³ Umbach-Spahn, Kesselbach, Exner (n 56) Art 303 N 2; Vollmar (n 56) Art 303 N 3; Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 511; Aydemir (n 83) 546.

¹²⁴ Bkz Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (6. Bası, On İki Levha 2019) 509.

¹²⁵ Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 510, 511; Sarısözen (n 58) 368; Aydemir (n 83) 536; Kuru (n 64) 3815.

varsayılmalıdır¹²⁶. O halde, alacaklı alacağını kaydettirmemiş olsa dahi, borçlunun bilançosunda veya alacaklılar listesinde yer almış olması durumunda İİK m 300'deki imkândan faydalanabilmelidir¹²⁷.

Alacaklının alacağını konkordato komiserine ilandan itibaren belirli süre içerisinde bildirmesinden sonra, komiser bu alacak bildirimini üzerine borçlunun beyanını alır (İİK m 300). Eğer alacaklının alacağını veya alacağın miktarını borçlu kabul etmezse, alacak veya miktarı çekişmeli duruma gelir ve ilgili alacağın konkordato projesinin oylanmasında nisaba dahil edilip edilmeyeceğine mahkeme karar verir (İİK m 302,VI). Alacağı itiraza uğramış olan alacaklı, konkordatonun tasdiki durumunda tasdik kararının ilanından itibaren bir ay içinde dava açmalıdır (İİK m 308/b,I). Tasdik kararını veren mahkeme konkordato projesi uyarınca çekişmeli alacaklara isabet eden payın, kararın kesinleşmesine kadar borçlu tarafından mahkemece belirlenen bir bankaya yatırılmasına karar verebilir. Süresi içinde dava açmamış olan alacaklılar bu paydan ödeme yapılmasını talep edemezler; bu durumda yatırılan pay borçluya iade edilir (İİK m 308/b,II). İşte kefaletle güvence altına alınmış çekişmeli alacak sahibi söz konusu bu davayı açmazsa TBK m 594, II'deki hakların korunması için gerekeni yapmamış olur ve böylece kefil zarara uğramış olabilir; bu halde ise TBK m 594, III gereği, alacaklı kefilin uğradığı zarar miktarı ölçüsünde ona başvuru hakkını kaybeder¹²⁸. Dolayısıyla bu tür çekişmeli alacaklarda alacaklının alacağını sadece konkordatoya kaydettirmesi yeterli olmayıp, ayrıca kanunda hakkın korunması için gerekli diğer işlemlerin de yerine getirilmesi gerekir.

b. Alacaklılar Toplantısında Konkordato Projesinin Oylanması

Alacaklının alacağını kaydettirmesinden sonra, İİK m 303'deki imkânlardan ayrıca faydalanabilmesi çeşitli ihtimaller çerçevesinde hareket edilmesine bağlıdır:

aa. Alacaklının Konkordatoyu Reddi Durumunda

İİK m 303, I'e göre, konkordatoyu reddeden (muafakat etmeyen) alacaklı borçtan birlikte sorumlu olanlara karşı bütün haklarını muhafaza eder ve alacaklı asıl borçluya kefil olan kimseden sanki konkordato yokmuş gibi alacağının tamamını talep etme hakkına sahip olur¹²⁹. Başka bir deyişle, konkordatonun tasdik edilmesi ile birlikte konkordato projesinde asıl borcun vade veya tenzilat ile ödenmesi öngörülmüş olsa dahi, alacaklı alacağını herhangi bir vadelenendirme veya tenzilat yapılmaksızın kefalet

¹²⁶ Bkz Levent Börü, 'Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi' (2019) 10 (1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 178 ff.

¹²⁷ Bkz Kuru (n 64) 3815.

¹²⁸ Aydemir (n 83) 534, 539; Özen (n 14) 425.

¹²⁹ Kuru, El Kitabı (n 92) 1516.

borcunun normal vadesinde tam olarak kefilden talep edebilme hakkına sahip olur¹³⁰. Bu durum kefalet borcunun, asıl borç miktarıyla sınırlı olması gerektiği ve kefile asıl borçtan fazla bir sorumluluk yüklenemeyeceği kuralına istisna teşkil etmektedir; çünkü, borçlu konkordatoda projesinde kabul edilen miktarla yükümlü olurken, kefil, bu miktarı aşan nispette ödeme ile yükümlü olmaktadır¹³¹.

O halde, alacaklının, İİK m 303'e göre kefile karşı başvuru haklarını tam olarak koruyabilmesi için, İİK m 302'e göre yapılan alacaklılar toplantısında açıkça konkordato projesine red oyu vermesi gerekir. Bununla birlikte alacaklı, İİK m 302,VII'e göre, alacaklılar toplantısına katılmaz ve toplantının bitimini takip eden yedi gün içinde de herhangi bir oy kullanmazsa, yine onun oyunun red şeklinde değerlendirilmesi gerekir¹³². Ayrıca, alacaklılar toplantısında veya bu toplantının bitimini takip eden yedi gün içinde alacaklının avukatı tarafından kullanılan oy kabul yönünde olmuş olsa dahi, alacaklı vekilinin HMK m 74'e göre, konkordato projesine muvafakat etme veya sulh olma konusunda özel yetkisi yoksa, yine bu kabul yönündeki oy geçerli kabul edilmeyip, reddi yönünde değerlendirilmesi gerekir¹³³.

bb. Alacaklının Konkordatoyu Kabulü Durumunda

Alacaklının konkordato projesini kabul etmesi durumunda kefile karşı başvuru hakları İİK m 303,II'de hükme bağlanmıştır. Buna göre, konkordatoyu kabul (muvafakat) eden alacaklı kendi haklarını, borçtan sorumlu olan kişilere ödeme karşılığında devir teklif etmek ve onlara toplantıların¹³⁴ günü ile yerini en az on gün önce haber vermek şartıyla bu hükümden yararlanır. Bu hükümden hareket edilmesi durumunda, alacaklının konkordatoyu kabul etmesi durumunda iki durum ortaya çıkmaktadır:

1-Alacaklı, borçtan sorumlu olan kefile ödeme karşılığında devir teklif etme ve onlara alacaklılar toplantısının yerini en az on gün önceden haber verme şartını yerine getirmeden doğrudan konkordato projesini kabul edebilir. Alacaklı bu şartı yerine getirmeksizin konkordato projesini kabul etmiş olursa, yine de kefile karşı başvuru hakkını tamamiyle kaybetmez¹³⁵; sadece kefilden alacağını, konkordato projesinde öngörülen şartlar dahilinde talep etme hakkına sahip olur; örneğin, konkordato projesinde indirim öngörülmüşse artık, bu indirim oranı ayrıca kefilden talep edilemez¹³⁶.

¹³⁰ Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 511; Kuru (n 64) 3808; Aydemir (n 83) 540; Postacıoğlu (n 70) 138; Mustafa Saldırım, 'İflâstan Önce Konkordatonun Tasdikinin Hüküm ve Sonuçları' (2000) 4 *Ankara Barosu Dergisi* 246; Erdoğan (n 12) 169.

¹³¹ Reisoğlu (n 14) 24.

¹³² Kuru (n 64) 3807; Saldırım (n 130) 246; Kale (n 10) 72; Aydemir (n 83) 540.

¹³³ Bkz ve karşı Altay ve Eskiocak (n 2) 215.

¹³⁴ İİK m 303 metninde her ne kadar "toplantıların" kavramı kullanılmış olsa da, İİK m 302'e göre konkordatoda alacaklılar toplantısı bir kez yapılabilir. Bu sebeple İİK m 303'deki "toplantılar" kavramının "toplantı" şeklinde anlaşılması gerekir.

¹³⁵ Kuru (n 64) 3809; Doktrindeki diğer bir görüşe göre, konkordatoyu kabul eden alacaklı, müşterek borçlu veya kefile karşı başvuru hakkını mutlak olarak kaybeder. Bkz Enver Buruloğlu ve Yuda Reyna, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat* (Yörük Matbaası 1968) 88.

¹³⁶ Kuru (n 64) 3808; Postacıoğlu (n 70) 505; Aydemir (n 83) 540; Turgut Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk* (Sevinç Matbaası 1971) 183.

TBK m 168,II'ye göre, alacaklı diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse, bunun sonuçlarına katlanması gerekir; şöyle ki kefile karşı başvuru hakkının korunması için gerekli şartların yerine getirilmemiş olmasından ötürü, kefil zarar görmüşse, kefilin sorumluluğu, alacaklının bu davranışından doğan zarar kadar azalır (TBK m 594, III); örneğin, %25 indirim öngörülen bir konkordatoda, %25 oranında alacaklı asıl borçluya karşı alacağından feragat ettiği için, kefilin de gördüğü zarar bu oran olarak kabul edilir ve kefile bu zarar miktarı için başvuru yapılamaz¹³⁷. Bu sonuca İİK m 303,II'deki hüküm ile de ulaşılmaktadır; çünkü, alacaklı kefile ödeme karşılığında devir teklif etme şartını yerine getirmemişse, kefile karşı haklarını tam olarak koruyamaz.

Doktrinde İİK m 303'deki imkândan yararlanılabilmesi için ayrıca konkordato projesini kabul eden alacaklının oyunun İİK m 302deki toplantı nisabına etkisi bakımından bir tartışma bulunmaktadır.

Doktrindeki bir görüşe¹³⁸ göre, konkordatoyu kabul eden alacaklının oyu dikkate alınmadan konkordato projesinin kabulü için gerekli nisabın sağlanması durumunda, alacaklının kefile karşı alacağının tamamı için başvuruda bulunabilmesi mümkündür.

Doktrindeki ikinci görüşe¹³⁹ göre ise, konkordatoyu kabul eden alacaklının oyu dikkate alınmadan konkordatonun üçte iki çoğunlukla kabul edilmiş olması durumunda, alacaklının kefile karşı bütün alacağı için başvurabilmesi mümkün olmalıdır.

Bizim de katıldığımız doktrindeki üçüncü bir görüşe¹⁴⁰ göre ise, kanunda konkordatonun tasdiki için gerekli çoğunluğun hangi alacaklının oyu ile sağlandığına ilişkin bir ayırım bulunmamaktadır; ayrıca bunun diğer alacaklıları etkileyip etkilemediğinin tespiti de çok zordur; bu sebeple bu konuda alacaklının oyunun etkili olup olmadığına göre değerlendirilme yapılması yerinde değildir.

2-Alacaklı, borçtan sorumlu olan kefile ödeme karşılığında devir teklif etme ve onlara alacaklılar toplantısının yerini ve zamanını en az on gün önceden haber verme şartını yerine getirerek konkordato projesini kabul edebilir. Böyle bir durumda alacaklı kefile karşı başvuru haklarını tam olarak koruyacaktır (İİK m 303, II). Burada hemen şunu belirtmek isteriz ki, hükümde belirtilen şart, her alacaklıya göre değişebilen bir şart değildir; alacaklı, kefile ödeme karşılığında kendi haklarını devir teklif etmelidir ve bu teklifin İİK m 302'de düzenlenen alacaklılar toplantısından en az on gün önce kefile haber verilmiş olmasını gerektirir. Şartın bu şekilde gerçekleşmesi durumunda alacaklı kefile karşı haklarını tam olarak korumuş olur¹⁴¹.

¹³⁷ Ayan (n 14) 694; Aydemir (n 83) 541.

¹³⁸ Kuru (n 64) 3810; Kale (n 10) 72; Saldırım (n 130) 248.

¹³⁹ Postacıoğlu (n 70) 142-143.

¹⁴⁰ Aydemir (n 83) 541.

¹⁴¹ Kale (n 10) 73; Umbach-Spahn, Kesselbach, Exner (n 56) Art 303 N 6.

Alacaklı, bu hüküm kapsamında kefile ödeme karşılığında devir teklif eder ve kefil de bu devir teklifini kabul ederse artık bu alacak kefile geçer¹⁴². Zira, alacaklı ile kefil arasında yapılan işlemin hukuki niteliğini TBK m 183 anlamında bir alacağın devri olarak kabul etmek gerekir¹⁴³. Alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağını borçlunun rızasına gerek olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak üçüncü bir kişiye devretmesine alacağın devri adı verilir; alacağın devrinde borçlu, kendi rızası dışında gerçekleşen alacaklı değişimine katlanmak zorundadır¹⁴⁴. Alacaklının, alacaklılar toplantısından en az on gün önce devir teklif etmesinin hukuki niteliğini ise bir “devir vaadi” olarak nitelendirmek gerekir¹⁴⁵. Birlikte kefil olması durumunda, alacaklı bu teklifi kefillerden her birine sunma hakkına da sahiptir¹⁴⁶. O halde alacaklının ödeme teklifi kefil tarafından kabul edilirse, bunun geçerliliği TBK m 184 gereği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır ve bu geçerlilik şartıdır¹⁴⁷. Alacaklı tarafından kefile yapılan bu ödeme teklifinin geçerliliği ise herhangi bir şekle bağlı değildir (TBK m 184, II); fakat alacağın devrine ilişkin teklifin ispata ilişkin bir sorun olarak ortaya çıkması muhtemeldir. Bu sebeple ödeme teklifinin yazılı olarak belgelendirilmesi yerinde olur; örneğin taahhütlü mektupla veya noter ihtarnamesi ile ödeme teklifi kefile bildirilebilir¹⁴⁸.

Alacaklının kefile ödeme karşılığında devir teklif etmesinin zamanının, alacaklılar toplantısından en az on gün önce olması gerektiği kanunla açıkça hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla alacaklının devir karşılığında ödeme teklifini kefile bildirmesinde bu zaman sınırına uymaması ve kefilin de bu teklifi reddetmesi durumunda, alacaklı İİK m 303, II’e göre artık kefile karşı başvuru hakkını tam olarak kullanamaz; yani alacaklı ancak tasdik edilen konkordato projesine göre kefile başvurabilir¹⁴⁹. Fakat, alacaklı, alacaklılar toplantısında hatta teorik olarak konkordatonun tasdik edilmesine kadar bu teklifi kefile sunabilir. Zira, Kanunda teklifin sunulması bakımından zaman sınırlaması konulmasının amacı, kefile düşünmek ve belgeleri incelemek için süre tanımadır; ancak bu süreye uyulmaksızın alacaklı tarafından bildirilen teklif kefil tarafından kabul edilirse bu devir işlemi de geçerli saymak gerekir¹⁵⁰.

¹⁴² Ayan (n 14) 694.

¹⁴³ İhsan Erdoğan, ‘Konkordatonun Müşterek Borçlulara ve Kefillere Etkisi’ (1984) 10 (3) *Yargıtay Dergisi*, 318; Kale (n 10) 73; Sarısözen (n 58) 366.

¹⁴⁴ Arif Burhanettin Kocaman, *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu* (2. Bası, Atilla Kitabevi 1992) 8, 103; Alacağın devri, kefalet, üçüncü şahıs yararına sözleşme, havale gibi üçlü bir ilişkiye dayanan bir hukuksal işlemidir; ancak bunlar arasında farklılıklar bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz Kocaman (n 144) 7 ff.

¹⁴⁵ Aydemir (n 83) 542.

¹⁴⁶ Umbach-Spahn, Kesselbach, Exner (n 56) Art 303 N 11.

¹⁴⁷ Erdoğan (n 143) 319; Aydemir (n 83) 543.

¹⁴⁸ Altay ve Eskiocak (n 2) 318; Erdoğan (n 143) 319; Kuru (n 64) 3813; Postacıoğlu (n 70) 138; Ulukapı (n 121) 98.

¹⁴⁹ Erdoğan (n 143) 319; Aydemir (n 83) 542; Doktrindeki bir görüşe göre, alacağın devri teklifi çok geç yapılır ya da hiç yapılmazsa ve fakat buna rağmen alacaklı konkordatoyu kabul ederse, alacaklının birlikte borçluya, yani kefile başvuru hakkı sona erer. Bkz Öztekin ve Tunç Üçel (n 115) 513; Sarısözen (n 58) 367.

¹⁵⁰ Kale (n 10) 74; Postacıoğlu (n 70) 139; Kuru (n 64) 3814.

İİK m 303, II'e göre, alacaklılar toplantısının günü ve yerinin de ödeme teklifinde belirtilmesi gerekir. Alacaklılar toplantısına davet ilanının, toplantıdan en az onbeş gün önce yapılması gerekir (İİK m 301). Dolayısıyla alacaklının ödeme teklifinde toplantının yerini ve zamanını kefile bildirebilmesi için ilanın yapılmış olması gerekir. Alacaklı kefile devir karşılığında ödeme teklifini toplantı gününün ilan edilmesinden önce bildirmişse, ayrıca sonradan ilan edilen alacaklılar toplantısı günü ve yerini de kefile yazılı olarak bildirmesi gerekir. Eğer alacaklı süresinde teklifi yapmış, fakat yeri ve zamanı kefile bildirmeyi ihmal etmişse, buna rağmen kefil zaten yeri ve zamanı biliyorsa, bu durumda teklifin yine de geçerli kabul edilmesi gerektiği doktrin tarafından benimsenmektedir¹⁵¹; aksi durumda kefilin toplantının yeri ve zamanı konusunda bilgi sahibi olmaması durumunda artık geçerli bir tekliften söz edilemez¹⁵². Kanaatimizce toplantının zamanı hakkında kefile herhangi bir bildirim yapılmamış olsa dahi, kefilin toplantının yeri ve zamanını biliyor olması bir ispat sorunudur ve bunun ispatına ilişkin yük alacaklının üzerindedir.

Kefil, kendi menfaatini ilgilendiriyorsa, yani kendisine herhangi bir zarar gelmeyeceğini düşünüyorsa alacaklının ödeme karşılığındaki bu devir teklifini kabul edebilir¹⁵³. Bu durumda kefil alacaklının haklarına halef olacağı için, alacaklının herhangi bir yetkisi kalmaz ve kefil alacaklılar toplantısına katılarak, konkordato projesine kabul veya ret oyu kullanabilir; konkordato tasdik edilerek kesinleşirse, kefil konkordato borçlusuna İİK m 308/c hükmü gereği konkordato projesi ölçüsünde başvurabilir¹⁵⁴. Eğer alacaklı tarafından yapılan bu teklif kefil tarafından reddedilirse, artık alacaklı konkordato projesini kabul etmiş olsa dahi kefile karşı haklarını tam olarak korumuş olacaktır¹⁵⁵.

cc. Kefile Müzakerelere Katılma Yetkisinin Verilmesi

İİK m 303, III'e göre, alacaklı başvuru (müracaat) hakkına zarar gelmeksizin borçtan birlikte sorumlu olan kefile konkordato müzakerelerine katılma yetkisini verebilir ve onun kararını kabul taahhüdünde bulunabilir. Doktrinde¹⁵⁶ alacaklı tarafından kefile konkordato müzakerelerine katılma yetkisinin verilmesinin hukuki niteliği, kefilin alacaklıyı temsil edebilme yetkisi şeklinde değerlendirilmektedir. Buna göre buradaki temsilin hukuki sonuçları konkordatonun niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK m 40 vd'a dayanmaktadır ve işin niteliği gereği burada verilen temsil yetkisi zaman ve konu bakımından sınırlı, özel bir temsil yetkisidir¹⁵⁷.

¹⁵¹ Erdoğan (n 143) 319; Kuru (n 64) 3814; Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 513; Kale (n 10) 74; Aydemir (n 83) 542-543.

¹⁵² Altay ve Eskiocak (n 2) 318; Kale (n 10) 74; Postacıoğlu (n 70) 138; Aydemir (n 83) 543.

¹⁵³ Kale (n 10) 74.

¹⁵⁴ Erdoğan (n 143) 320; Kale (n 10) 74; Saldırım (n 130) 248-249; Ulukapı (n 121) 98; Aydemir (n 83) 543.

¹⁵⁵ Altay ve Eskiocak, 317; Öztekin ve Tunç Yücel, 513; Aydemir, 543; Erdoğan, 319; Postacıoğlu, 138; Kale, 74; Sarısözen, 366.

¹⁵⁶ Erdoğan (n 143) 320; Ulukapı, 98; Aydemir (n 83) 544; Sarısözen (n 58) 367.

¹⁵⁷ Erdoğan (n 143) 320.

Temsil yetkisinin konu bakımından sınırlanması alacaklar toplantısında oyun kullanılmalıdır; bununla birlikte yetkinin zaman bakımından sınırlanmasında kanun metninde bir açıklık bulunmamaktadır¹⁵⁸:

Doktrindeki bir görüşe¹⁵⁹ göre, kanun metninde açıkça bir sınırlama olmadığından alacaklıya tanınan hakkın kullanılmasına dair bir zaman sınırlaması konulamaz; bu durumda alacaklı, kefile karşı temsil yetkisini toplantının (müzakerenin) başlayacağı ana kadar verebilmelidir.

Doktrindeki diğer bir görüşe¹⁶⁰ göre, kanun metninde bu süreç için belirli mühlet öngörülmemiştir; bu sebeple konkordatonun oylanmasından sonra tasdik yargılamasına kadar olan süre içinde olmak kaydıyla İİK m 303, II'deki on günlük sürenin burada da kıyas yoluyla uygulanması gerekir. Bu görüşten hareket edilmesi durumunda kefile verilebilecek temsil yetkisinin başlangıcı alacaklılar toplantısının yapılacağı on gün öncesine kadardır.

Doktrindeki üçüncü bir görüşe¹⁶¹ göre ise, alacaklılar toplantısından on gün önce toplantıdan sonraki yedinci günün sonuna kadar alacaklı tarafından kefile temsil yetkisi verilebilir.

Kanaatimizce, kanun metninde bu konuda bir açıklık getirilmesi son derece yerinde olur; çünkü, kefile bu teklif hakkında düşünme fırsatı tanınabilmesi gerekir. Dolayısıyla, İİK m 303, II'deki on günlük sürenin burada da kıyasen uygulanabilmesi yerinde olur. Buna göre, alacaklı temsil teklifini kefile bildirmesinde bu zaman sınırına uymazsa ve kefil de bu teklifi reddederse, alacaklı İİK m 303, III'e göre artık kefile karşı başvuru hakkını tam olarak kullanamaz; yani alacaklı ancak tasdik edilen konkordato projesine göre kefile başvurulabilme hakkına sahip olmalıdır. Fakat, alacaklı tarafından bildirilen teklif, kefil tarafından kabul edilirse, bu teklif işlemini İİK m 302 gereği alacaklılar toplantısının bitiminden itibaren yedi gün içinde yapılması şartıyla geçerli olarak kabul etmek gerekir.

TBK'nda temsil yetkisinin herhangi bir şekilde tabi olmadığı hükme bağlanmış olsa da, kefile verilen bu yetkinin İİK m 303'e dayanılarak yazılı şekilde yapılması gerekir¹⁶²; başka bir deyişle kefil, temsil yetkisini temsil belgesi ile ortaya koyabilmelidir¹⁶³; aksi takdirde kefil tarafından alacaklılar toplantısında kullanılan oy geçersiz sayılmalıdır. Başka bir deyişle temsil belgesinin yokluğu sebebiyle kefil

¹⁵⁸ Bu maddenin mehzazını teşkil eden İsviçre İİK (SchKG) m 303,III'de zaman bakımından bir sınırlama getirilmemiştir ve bu bakımdan İsviçre doktrininde de aynı yönde bir tartışma bulunmaktadır. Bkz Umbach-Spahn, Kesselbach, Exner (n 56) Art 303 N 17.

¹⁵⁹ Erdoğan (n 143) 320; Sarısözen (n 58) 367.

¹⁶⁰ Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 513; Umbach-Spahn, Kesselbach, Exner (n 56) Art 303 N 17.

¹⁶¹ Aydemir (n 83) 544.

¹⁶² Bkz Aydemir (n 83) 544.

¹⁶³ Erdoğan (n 143) 321.

bu yetkisini kullanamazsa sonuçlarına alacaklı katlanmalı ve İİK m 303,III'te verilen bu imkândan yararlanamamalıdır¹⁶⁴.

Alacaklının alacaklılar toplantısına katılma ve oy kullanma temsil yetkisi verme teklifinin kefil tarafından kabul edilmesi durumunda, alacaklı kefile karşı bütün haklarını İİK m 303, III gereği korumuş olacaktır¹⁶⁵. Kendisine yapılan teklifi kabul eden kefil, alacaklılar toplantısına katılabilir ve konkordatonun kabulü veya reddi yönünde oy kullanabilir¹⁶⁶; bu durumda kefilin hangi yönde oy kullandığının bir önemi olmaksızın, alacaklının kefile karşı başvuru hakkı tam olarak korunur¹⁶⁷. Asıl borç ilişkisinde birden çok kefil olması durumunda, birlikte kefalet ilişkisi ortaya çıkar¹⁶⁸ ve böyle bir durumda alacaklı her bir kefile kendi payı ölçüsünde temsil yetkisi verebilir¹⁶⁹.

Alacaklı, kefile temsil yetkisini verdikten sonra, alacaklılar toplantısında artık kendisinin oy kullanma hakkı olamaz¹⁷⁰; fakat buna rağmen böyle bir durumda alacaklı ve kefil aynı anda oy kullanmış olurlarsa, alacaklının TBK m 42'e göre temsil yetkisini kefilinden geri aldığı varsayıldığı için alacaklının İİK m 303, III'daki imkândan faydalandırılmaması gerekir; ayrıca bu durum konkordato komiseri tarafından İİK m 290 gereği tutanakla tespit edilmelidir¹⁷¹.

Alacaklının alacaklılar toplantısına katılma ve oy kullanabilme konusunda temsil yetkisi verme teklifinin kefil tarafından kabul edilmemesi durumunda, alacaklının kefile karşı bütün haklarını İİK m 303, III gereği korumuş olduğunun kabul edilmesi gerekir¹⁷²; çünkü, burada önemli olan alacaklının usulüne uygun olarak kefile toplantıya katılma ve oy kullanma konusunda temsil yetkisine ilişkin teklifin verilmesidir. Kefil bu yetkiyi kullansın veya kullanmasın alacaklı kefaletle temin edilen bütün asıl alacağı için alacağın vadesinde kefile başvurma hakkına sahip olacaktır¹⁷³.

¹⁶⁴ Aydemir (n 83) 544; Erdoğan (n 143) 320-321.

¹⁶⁵ Erdoğan (n 143) 321; Aydemir (n 83) 544.

¹⁶⁶ Alacaklı alternatif olarak kendi yerine birlikte borçluların konkordato müzakerelerine katılarak gerek tam yetki devriyle oy kullanmalarına gerekse kendi talimatı doğrultusunda oy kullanmalarına yetki verebilir. Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 513.

¹⁶⁷ Kuru (n 64) 3815; Erdoğan (n 143) 321; Aydemir (n 83) 545.

¹⁶⁸ Bkz yukarı I, B.

¹⁶⁹ Birden çok borçlu (kefil) olması durumunda, bunlar birlikte hareket etmek zorundadırlar Bir yada daha çok birlikte borçlu konkordatoyu kabul etmek istemez ve buna rağmen alacaklı konkordatoyu kabul ederse, bunlara başvuru hakkını kaybeder. Bkz Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 513; Aydemir (n 83) 545.

¹⁷⁰ Erdoğan (n 143) 322.

¹⁷¹ Erdoğan (n 143) 322; Aydemir (n 83) 545.

¹⁷² Kuru (n 64) 3815; Aydemir (n 83) 545.

¹⁷³ Ulukapı (n 121) 99; Saldırım (n 130) 249; Aydemir (n 83) 545.

c. Alacağı Kaydettirilmemesi

İİK m 303'e göre alacaklının kefile karşı başvuru hakkını kullanabilmesi için alacağını süresi içinde yazdırmış olması veya alacağını yazdırmamış olsa dahi borçlunun bilançosunda alacağının yer alması gerektiğini yukarıda belirtmişik¹⁷⁴. Bununla birlikte alacaklının alacağını süresi içinde kaydettirmemesi ve bilançoda da yer almaması durumunda onun kefile karşı başvuru hakkının kapsamı ve sonucu bakımından doktrinde bir tartışma bulunmaktadır:

Doktrindeki bir görüşe¹⁷⁵ göre, alacağını süresi içinde konkordatoya kaydettirmemiş olan alacaklı, kefile (birlikte borçluya) karşı sahip olduğu başvuru (müracaat) hakkını tamamıyla kaybeder. Bu görüşte olanların gerekçesi 2018 tarihinde 7101 sayılı İİK'nun değiştirilmesinden önceki hükümlerine dayandırılmaktaydı. Zira, eski İİK m 298,III'e göre, konkordatonun tasdik şartlarından bir tanesi de kaydedilmiş alacaklar için teminatın gösterilmesi idi; çünkü, alacaklı alacağını konkordatoya kaydettirmese söz konusu bu alacak için teminattan yoksun kalacak ve dolayısıyla da kefil de bundan yararlanamayacaktı¹⁷⁶. Fakat, 7101 sayılı İİK'nda yapılan değişiklikle artık konkordatonun tasdiki için alacağını kaydettiren alacaklı için teminat gösterilmesi şartı kaldırılmıştır. İİK m 305,I-d'e göre, konkordatonun tasdiki için İİK m 206'nın birinci sırasındakiler ve mühlet içinde komiserin izniyle akdedilmiş borçların ifasının, alacaklı bundan açıkça vazgeçmedikçe yeterli teminata bağlanmış olması gerekir. Bu durumda alacağını süresinde kaydettirmemiş olan alacaklı, artık teminattan açıkça kanun gereği vazgeçmediği için tasdik edilen konkordato projesi şartlarına göre kefile başvurabilme hakkına sahip olmalıdır¹⁷⁷.

Doktrindeki diğer bir görüşe¹⁷⁸ göre, alacaklının alacağını TBK m 594,II ve m 592,I gereği süresi içinde kaydettirmesi yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda alacaklının bu davranışından ötürü kefile karşı bir zarar oluşması durumunda, alacaklı, artık kefile karşı başvuru hakkını bu zarar ölçüsünde kaybetmelidir. Dolayısıyla kefilin sorumluluğu tamamen ortadan kalkmaz, fakat alacaklının bu yükümlülüğü yerine getirmemesi sebebiyle kefilin uğradığı zarar miktarı kadar sorumluluğu azalmalıdır.

Doktrindeki üçüncü görüşe¹⁷⁹ göre ise, konkordatoya kayıt yaptırmayan alacaklının durumu, onun kefile karşı rücu hakkının olup olmamasına göre ayırım yapılarak değerlendirilmelidir. Buna göre konkordatoya kayıt yaptırmayan alacaklı,

¹⁷⁴ Bkz yukarı C, 2, a.

¹⁷⁵ Bkz ve karşı Burhan Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri, İflâs, Konkordato, İptal Davaları* (Ajans Türk Matbaası 1966) 204; Saldırım (n 130) 251.

¹⁷⁶ Bkz Erdoğan (n 143) 322; Gürdoğan (n 175) 195; Buruloğlu ve Reyna (n 135) 91.

¹⁷⁷ Aydemir (n 83) 538.

¹⁷⁸ Bkz ve karşı, Ayan (n 14) 694 ff; Gümüş (n 28) 377; Postacıoğlu (n 70) 139-141; Aydemir (n 83) 538; Akıntürk (n 136) 184.

¹⁷⁹ Bkz Altay ve Eskiocak (n 2) 320; Özbek ve Tunç Yücel (n 115) 511; Sarısözen (n 58) 368; Kuru (n 64) 3817; Kuru, El Kitabı (n 92) 1519; Ulukapı (n 121) 97.

birlikte borçlulara (kefile) karşı, ancak onların konkordato borçlusuna rücu hakkının olmadığı durumlarda tüm haklarını koruyabilir; başka bir deyişle kefil konkordato alacaklısına ödeme yaptığı takdirde, konkordato borçlusuna karşı rücu hakkına sahip değilse, alacaklı kefileden alacağının tamamını talep edebilecektir; çünkü, konkordato borçlusunu ile birlikte borçtan sorumlu olanların, rücu haklarının söz konusu olmadığı durumlarda, alacaklının İİK m 303'teki yükümlülüklerine uymaması kefilin zararına sebep olmamış ve onun teminatının kaybolmasına yol açmamış olduğundan, alacaklının birlikte borçlu kefile başvuru yapmasına da engel olmamalıdır. Buna karşılık, kefil konkordato alacaklısına ödemedede bulunarak rücu hakkına sahip olursa, alacaklı konkordato projesi ile ibra edilen kısım için kefile başvuru hakkını kaybeder.

Ayrıca az yukarıda belirtilen görüşlere ek olarak doktrindeki bir görüş¹⁸⁰, alacağın konkordatoya kaydettirmemiş olan alacaklının, birlikte borçlulara ve kefillere karşı sahip olduğu başvuru hakkını tamamen kaybetmesini alacaklının kusurlu olup olmamasına bağlamaktadır. Buna göre, alacağın kaydettirilmemesinde alacaklının hiçbir kusuru yoksa, örneğin borçlunun konkordato mühletini aldığından haberi yoksa, o zaman, alacaklı, konkordato müzakerelerine katılma imkânından da yoksun kaldığından, konkordato projesinin şartları ölçüsünde kefile karşı başvuru hakkı tanınabilmelidir. Nitekim sözleşme sorumluluğuna ilişkin ilkenin uygulanması ile alacaklının bu yükümlülüğe aykırı davranışında kusuru olmadığını ispat etmesi durumunda, kefile karşı olan haklarını aynen koruması gerekir. Doktrindeki bir başka görüşe göre¹⁸¹ ise, borçluya konkordato mühleti tanınmasının açıkça ilan edildiği ve ilan edilen bir hususun bilinmediğinin ispat olunamayacağı (İİK m 288) sebepleriyle, konkordatoyu öğrenememesi ihtimali düşüktür; dolayısıyla ilk görüş kabul edilmemelidir.

Kanaatimizce, İİK m 303'deki imkânlardan alacaklının tam olarak faydalanabilmesi TBK m 594, II ve m 592, I gereği onun alacağını kaydettirmesine veya alacağını kaydettirmemiş olsa da borçlunun bilançosunda veya projesinde yer almasına (İİK m 299) bağlıdır. Buna göre alacaklının bu yükümlülüğünü ihmal etmesi ve borçlunun bilançosunda da alacağının yer almaması durumunda, kefile başvuru hakkı tamamıyla değil, ona zarar verdiği ölçüde kaybedilmelidir; örneğin indirim konkordatosunda alacaklı asıl borçlunun ibra edildiği oranda kefile zarar vermiş olmasından ötürü artık bu ibra edilen alacak miktarı için kefile başvuru hakkını kullanamamalıdır¹⁸².

¹⁸⁰ Kuru (n 64) 3816; Erdoğan (n 143) 323; Ayan (n 14) 694 vd; Gümüş (n 28) 377.

¹⁸¹ Altay ve Eskiocak (n 2) 321; Saldırım (n 130) 251.

¹⁸² Akıntürk (n 136) 184; Aydemir (n 83) 538.

d. Kefilin Konkordato Mühleti Hakkında Bilgilendirilmesi

Alacaklının alacağını kaydettirmesinin dışında TBK m 594, II'e göre, alacaklı kendi haklarının korunabilmesi için gerekeni yapmakla yükümlüdür¹⁸³. Buna göre, her ne kadar İİK m 300'de kefilin bilgilendirilmesine ilişkin bir hüküm olmasa da, alacaklı, borçluya konkordato mühleti (mehli) verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmekle yükümlüdür¹⁸⁴. TBK'ndaki konkordato mühleti (mehli) kavramının içerisine konkordato geçici mühleti de dahildir; dolayısıyla konkordato geçici mühleti ve konkordato kesin mühleti kararlarının ayrı ayrı kefile bildirilmesi gerekir.

Birden fazla kefil olması durumunda, bilgilendirmenin bütün kefillere yapılması gerekir¹⁸⁵. Kefilin bilgilendirmesi herhangi bir şekle bağlı olmasa¹⁸⁶ da ispat kolaylığı için bilgilendirmenin yazılı şekilde yapılması yerinde olur¹⁸⁷; zira bu konuda ispat yükü alacaklının üzerindedir¹⁸⁸. Bununla birlikte borçluya konkordato mühleti verildiğini, kefil başka bir şekilde ve zamanda öğrenmişse, alacaklının ayrıca kefilin bilgilendirmesi gerekmez; örneğin, şirket yöneticisinin, şirketin borcuna kefil olması durumunda, kefile bildirimde bulunulmadığı iddiasıyla kefilin sorumluluğunun azaldığının ileri sürülebilmesi gerekir¹⁸⁹.

Alacaklının alacağını konkordato komiserine bildirmesi ile alacaklının kefile bu konuda bildirim yapma yükümlülüğü ortadan kaldırılmış olmaz; çünkü bunlar iki ayrı yükümlülüktür¹⁹⁰. Alacaklı tarafından borçluya konkordato mühleti verildiği bilgisinin kefile yazılı olarak bildirilmesi ile, kefil borçluya konkordato mühleti verildiğini öğrenecek ve kefil rücu hakkını elde edebilmesi için gerekli tedbirleri

¹⁸³ Yürürlükten kaldırılan 818 sayılı BK'da, sadece borçlunun iflas etmesi durumunda alacaklının alacağını iflas masasına kaydettirme zorunluluğu hüküm altına alınmıştı. 6098 sayılı yürürlükte olan TBK m 594,II'e göre ise alacaklı alacağını kaydettirmekle yetinmeyecek, aynı zamanda haklarının korunması için gerekeni yapmakla yükümlü olacaktır. Bkz Acar (n 21) 285; TBK m 594,II'e dayanılarak konkordato mühleti döneminde alacaklının haklarını korumak için yapabileceklerine konkordato komiserinin tasarruflarını gözetlemek, İİK m 288,II'e göre ilandan itibaren yedi günlük kesin süre içinde dilekçeyle itiraz ederek konkordato mühleti verilmesini gerektiren bir durum bulunmadığı delilleriyle birlikte ileri sürmek ve mahkemeden konkordatonun talebinin reddini istemek örnek olarak verilebilir. Bkz Aydemir (n 83) 534.

¹⁸⁴ Doktrinde bir görüş, TBK m 594'ün, İİK m 303'e paralel bir hüküm olmadığını; çünkü, bu hükmeye göre, borçtan birlikte sorumlu olan diğer kişiler ile ilgili durumdan farklı olarak alacaklının kefile karşı haklarının korunabilmesi için konkordatoyu kabul etmemesinin yeterli olmayacağını; ayrıca alacağın kaydedilmiş ve konkordato mehlinin (mühletini) kefile bildirilmiş olmasının da gerektiği belirtilmiştir. Bkz Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 510; Doktrindeki diğer bir görüş ise, TBK m 594 ile İİK m 303 hükmünün birbirleriyle uyumlu olduğu yönündedir. Bkz Aydemir (n 83) 536 dn 69.

¹⁸⁵ Ayan (n 14) 704; Özen (n 14) 375; Borçlunun değil de, birlikte kefillerden birinin konkordato talep etmesi durumunda, alacaklının, TBK m 594,II'e göre yükümlülükleri diğer kefillere karşı yerine getirip getirmeyeceği konusunda kanunda bir düzenleme bulunmadığı için bu konuda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Doktrindeki birinci görüşe göre, birlikte kefillerden birinin konkordato talebinde kanunda bir düzenleme olmadığı için alacaklının herhangi bir yükümlülüğü bulunamaz; çünkü TBK m 594,II hükmü borçlunun konkordatosu ile ilgilidir (Bkz Reisoğlu (n 14) 157); Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, TBK m 592,I hükmünden hareketle, alacaklının TBK m 594, II anlamında birlikte kefillere karşı, kefillerden birisinin konkordato talebinden dolayı ihbar yükümlülüğü bulunmaktadır (Bkz Özen (n 14) 375; Acar (n 21) 285; Aydemir (n 83) 554).

¹⁸⁶ Özen (n 14) 376; Ayan (n 14) 705.

¹⁸⁷ Aydemir (n 83) 534.

¹⁸⁸ Reisoğlu (n 14) 157.

¹⁸⁹ Ayan (n 14) 704; Aydemir (n 83) 534.

¹⁹⁰ Gümüş (n 28) 431; Ayan (n 14) 704.

zamanında alabilecektir¹⁹¹. Bu şekilde kefile asıl borçlu hakkında alacağın kaydettirilmesi işlemlerini takip edebilme ve gerekirse alacağın kaydettirilmesinin bizzat kefil tarafından yapılabilmesine de fırsat verilmiş olur¹⁹². Aslında, alacaklının konkordato komiseri tarafından yapılacak ilandan itibaren alacağını bildirmesinden sonra, ayrıca kefilin alacak bildiriminde bir hukuki yararı yoktur; ancak, kefilin borcu ödemediği rücu hakkı doğmayacağından süresi içinde kayıt yaptırmama olasılığına karşı kefil, geciktirici koşula bağlı olarak kayıt yaptırabilir (İİK m 302/6); böyle bir durumda ise konkordatoya kayıt yaptıran kefilin, kefil olduğu borcu ödemesi durumunda, ilgili alacaklının artık oy kullanamaması gerekir; çünkü aynı alacak için sadece bir kez oy kullanılabilir¹⁹³.

Alacaklının kefilini bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranması sebebiyle kefilin uğradığı zarar miktarına alacaklı ona karşı haklarını kaybeder (TBK m 594,III).

IV. Konkordatonun Feshinin Kefalet Sözleşmesine Etkisi

Konkordatonun tasdikinden sonra alacaklılardan birine projede öngörülen vadede ödeme yapılmamasında veya konkordatonun kötü niyetle sakatlanmış olmasında konkordatonun feshi¹⁹⁴ talep edilebilir (İİK m 308/f-g). Konkordatonun fesih edilmesi kararı ile alacak hakkının konkordato sebebiyle ortaya çıkan kısıtlamaları ortadan kaldırılır¹⁹⁵. Konkordatonun feshinin kefalet sözleşmesi üzerindeki etkisinin ise konkordatonun kısmen ve tamamen feshi bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Kendisine karşı konkordato projesi uyarınca ödemediği bulunmayan her alacaklı konkordato sebebiyle kazanmış olduğu haklar saklı kalmak şartıyla konkordatoyu tasdik eden mahkemeye başvurarak kendisi hakkında konkordatoyu kısmen feshedebilir (İİK m 308/e, I). Konkordatonun herhangi bir alacaklı bakımından feshine karar verilmesi durumunda, kefile karşı İİK m 303'den doğan hakları saklı kalır¹⁹⁶; çünkü böyle bir durumda, konkordato tümüyle feshedilmemiş olup, halen geçerliliğini devam ettirmektedir¹⁹⁷. Başka bir deyişle, konkordatonun kısmen fesih

¹⁹¹ Aydemir (n 83) 534; Gümüş (n 28) 485.

¹⁹² Ayan (n 14) 705.

¹⁹³ Börü (n 126) 184; Altay ve Eskiöçak (n 2) 195-196; Reisoğlu (n 14) 149; Bilgen, Kefalet (n 84) 561; Kefilin henüz borcu alacaklıya ödemediği durumlarda henüz rücu hakkı da doğmadığından konkordatoya kayıt yönünden gerekli şartı sağlamadığı için oy hakkının tanınmaması gerektiği; aksi takdirde bu durumun uygulamada borçlu tarafından kötü niyetli bir şekilde kullanıldığı konusunda bkz Akyürek ve Akyürek (n 110) 418; Sarısözen (n 58) 369.

¹⁹⁴ Doktrinde fesih kavramının, konkordatonun hukuki niteliğine ilişkin yapısı ile bağdaşmadığı için Kanunda her ne kadar "fesih" kavramının kullanılmış olsa da bunun "iptal" şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. Şöyle ki, fesih, sözleşmenin taraflarından birinin tek taraflı yöneltilmesi gerekli irade beyanı ile sürekli borç ilişkisini ileriye etkili olarak son erdirirken; iptal, hukuken daha baştan sakat bulunan sözleşmeyi tümüyle geçmişe yönelik geçersiz kılmaktadır. Dolayısıyla Kanunda "konkordatonun feshi" ile ifade edilen kavramın, "konkordatonun iptali" şeklinde kullanılması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz Ulukapı (n 121) 107-109.

¹⁹⁵ ibid, 264.

¹⁹⁶ Postacıoğlu (n 70) 146; Ulukapı (n 121) 264; Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 512; Altay ve Eskiöçak (n 2) 323; Kale (n 10) 72-73; Saldırım (n 130) 248.

¹⁹⁷ Altay ve Eskiöçak (n 2) 323.

kararı ile, sadece borçlunun, fesih talep eden alacaklıya karşı konkordatodan ötürü kazandığı hakları ortadan kalkar; borçlunun, fesih talebinde bulunmayan diğer alacaklılara karşı sorumluluğu konkordato şartlarına göre devam eder¹⁹⁸. Bu durum kefilin borcunun, asıl borçtan ayrı bağımsız bir borç olmasından da kaynaklanır; zira, kefalet sözleşmesi ile kefil alacaklıya borçlunun edimini değil, kendi üstlendiği edimi borçlanır; böylelikle kefilin borcu, içerik ve şekil bakımından asıl borçtan bağımsızlaştırılmıştır¹⁹⁹. Buna göre, konkordato bir alacaklı bakımından kısmen feshedilmişse, bununla alacaklı, alacağını konkordato borçlusundan tam olarak talep edebilir; ancak, kefiliden yine konkordato şartlarına göre talep edebilir²⁰⁰.

Her alacaklı, kötü niyetle sakatlanmış konkordatonun feshini tasdik kararını vermiş olan mahkemeden talep edebilir (İİK m 308/f). Konkordatonun tamamen feshi durumunda, bu fesih kararı konkordatoyu kapsayacak şekilde genel sonuçlar doğurur ve bütün alacaklılara ve borçluya karşı konkordato tamamen ortadan kaldırılır²⁰¹. Dolayısıyla, borçluya karşı konkordatonun tamamen feshedilmesi aynı zamanda kefile karşı da feshedilmiş sayılacaktır; böylelikle konkordato kapsamında kefil hakkında İİK m 303'den doğan yükümlülükler yerine getirilmemiş olduğundan, bundan doğan rücu ilişkisinin etkisi ortadan kalkar ve alacaklı söz konusu borçluya ve kefile karşı alacağının tamamı bakımından yeniden başvuru hakkına sahip olur²⁰². Buna göre, konkordatonun tamamen feshi durumunda, İİK m 303'e göre konkordatoyu kabul etmesinin hukuken bir önemi kalmayacağından, konkordato projesindeki şartlara göre kefilin de ibrasının bir önemi kalmaz ve alacaklı kefile karşı bütün alacağı için (dava veya takip yolu ile) başvurabilir²⁰³.

Sonuç

Konkordato, borçlarını vadesi geldiği halde ödeyemeyen mali durumu bozulan bir borçlunun borçlarını belirli bir proje ile vade veya indirim yoluyla yeniden yapılandırabilecekleri bir hukuki imkândır. Konkordatonun sonuçları borçlu ve onun alacaklıları arasında hüküm ve sonuç doğurur ve bu sebeple konkordato (geçici ve kesin mühletli) kararının verilmesinden konkordatonun tasdikine kadar alacaklılar alacaklarını borçludan kural olarak talep edemezler.

Alacaklılarını kefalet ile güvence altına alan alacaklılar, borçludan tahsil edemedikleri alacaklılarını bu kez kefiliden almaya çalışacaklardır; çünkü, kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak

¹⁹⁸ Erdoğan (n 143) 327.

¹⁹⁹ Bkz yukarı I, B.

²⁰⁰ Ulukapı (n 121) 264; Postacıoğlu (n 70) 264.

²⁰¹ Postacıoğlu (n 70) 147; Erdoğan (n 143) 327; Ulukapı (n 121) 273.

²⁰² Ulukapı (n 121) 273; Altay ve Eskiocak (n 2) 323; Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 512; Saldırım (n 130) 248.

Ulukapı (n 121) 273; Aydemir (n 83) 547; Kale (n 10) 73; Pekcanitez ve Erdönmez (n 2) 174.

sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Kefalet, alacaklıya kişisel teminat sağlanması amacıyla yapılarak üçlü bir ilişkiyi zorunlu kılar ve bu kişisel teminat fonksiyonu, kefalet sözleşmesinin asıl amacını oluşturur. Böyle bir durumda konkordatonun kapsamına alacaklıların ve borçlunun dışında, alacaklıya karşı borçtan birlikte sorumlu olan kefil de dahil olmaktadır ve alacaklılarla borçlu arasında sonuç doğuran konkordato hükümlerinin artık kefil ile de ilişkisi ortaya çıkmaktadır.

Konkordatonun kefalete etkileri, TBK’nda ve İİK’nda özel hükümler ile hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükümler konkordatoda kefaletle ilişkili olan alacaklı, borçlu ve kefilin durumlarını açıklamaktadır. İİK’nda düzenlenen kefalete ilişkin konkordato hükümleri, TBK’nda yer alan hükümlere göre özel hükümlerdir ve öncelikle uygulanması gerekir. Ancak İİK’nda yer alan konkordatonun kefalete ilişkin hükümlerinin TBK’nda yer alan hükümlere göre özel hükümler olması, TBK’nda düzenlenen konkordatonun kefalete ilişkin hükümlerinin uygulanamayacağı anlamına gelmez; burada öncelikle İİK’ndaki konkordatonun kefalete ilişkin hükümleri uygulama alanı bulurken, TBK’nda düzenlenen konkordatonun kefalete ilişkin hükümleri ise uygun olduğu ölçüde İİK hükümlerini tamamlayacaktır. TBK’nda ve İİK’nda düzenlenen kefaletin konkordato ile ilgili maddeleri şunlardır: TBK m 585,I-4, 585, II, 586,II, 590,II, 594,II; İİK m 297,II, 303.

Konkordato geçici mühletli kararından itibaren alacaklı, kefile karşı icra takibinin yapılmasını veya başlamış olan icra takibine devam edilmesini sağlayabilir. Böyle bir durumda kefil aleyhine yapılan takip sonucunda kefilin borcu ödemesi durumunda, alacaklının alacaklı sıfatı ortadan kalkar ve artık konkordato alacaklısı olamaz. Bu durumda ödeme yapan kefil, alacaklının haklarına TBK m 596, I’e göre kanunen halef olduğundan, konkordatoya alacaklı olarak kaydedilir ve konkordatonun tasdik edilmesi durumunda konkordato borçlusuna karşı ancak konkordato projesinde öngörülen şartlar ölçüsünde rücu hakkına sahip olur. Burada dikkat edilmesi gereken husus, konkordatonun tasdikinden sonra kefilin alacaklıya ödediği paranın kısmen veya tamamen iadesinin İİK m 303’e göre talep edilemeyeceğidir. Böyle bir durumda borçluya rücu hakkı olan kefilin, halefiyet ilkesi gereği alacağını doğrudan konkordato komiserine bildirmesi gerekecektir.

İİK m 303’de borçtan birlikte sorumlu olanlar ile ilgili düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme, konkordato mühletli dönemi için değil, aksine konkordatonun tasdik edilmesinden sonraki döneme ait olan kefile karşı haklar ile ilgili hüküm ve sonuçları ortaya koyar. Konkordatonun tasdikinden sonra alacaklı, asıl borçtan birlikte sorumlu olan kefile karşı başvuru hakkını kullanabilmek için öncelikle İİK m 303’de öngörülen şartları yerine getirmelidir. Ayrıca, alacaklı İİK m 303’ün işaret ettiği TBK’nda yer alan konkordato ile ilgili hükümlerinde öngörülen şartları da sağlamalıdır.

İİK m 303'deki kefile karşı başvuru imkânından tam olarak faydalanabilmesi için alacaklının alacağını kaydettirmesi gerekmektedir. Alacaklının alacağını kaydettirmesinden sonra, İİK m 303'deki imkândan faydalanabilmesi onun hükümdeki çeşitli ihtimaller çerçevesinde hareket etmesine bağlıdır:

İİK m 303, I'e göre, konkordatoyu reddeden alacaklı borçtan birlikte sorumlu olanlara karşı bütün haklarını muhafaza eder ve alacaklı asıl borçluya kefil olan kimseden sanki konkordato yokmuş gibi alacağının tamamını talep etme hakkına sahip olur. Başka bir deyişle, konkordatonun tasdik edilmesi ile birlikte konkordato projesinde asıl borcun vade veya tenzilat ile ödenmesi öngörülmüş olsa dahi, alacaklı alacağını herhangi bir vade veya tenzilat yapılmaksızın (kefalet) borcunu normal vadesinde kefileden tam olarak talep edebilecektir.

Alacaklının konkordato projesini kabul etmesi durumunda ise kefile karşı başvuru hakları İİK m 303,II'de düzenlenmiştir. Buna göre, konkordatoyu kabul (ona muvafakat) eden alacaklı kendi haklarını, borçtan sorumlu olan kişilere ödeme karşılığında devir teklif etmek ve onlara toplantının günü ile yerini en az on gün önce haber vermek şartıyla bu hükümden yararlanır. Bu hükümden hareket edilmesi durumunda, alacaklının konkordatoyu kabul etmesi durumunda iki durum ortaya çıkmaktadır:

1-Alacaklı, borçtan sorumlu olan kefile ödeme karşılığında devir teklif etme ve ona alacaklılar toplantısının yerini en az on gün önceden haber verme şartını yerine getirmeden doğrudan konkordato projesini kabul edebilir. Alacaklı bu şartı yerine getirmeksizin konkordato projesini kabul ederse, kefile karşı rücu hakkını tamamıyla kaybetmez; ancak kefileden alacağını, konkordato projesinde öngörülen şartlar dahilinde talep edebilir; örneğin, konkordato projesinde indirim öngörülmüşse artık, bu indirim oranı ayrıca kefileden talep edilemez.

Alacaklı, borçtan sorumlu olan kefile ödeme karşılığında devir teklif etme ve ona alacaklılar toplantısının yerini ve zamanını en az on gün önceden haber verme şartını yerine getirerek konkordato projesini kabul edebilir. Böyle bir durumda alacaklı kefile karşı başvuru hakkını tam olarak koruyacaktır (İİK m 303,II). İİK m 303, III'e göre, alacaklı başvuru (müracaat) hakkına hanel gelmeksizin borçtan birlikte sorumlu olan kefile konkordato müzakerelerine katılma yetkisini verebilir ve onun kararını kabul taahhüdünde de bulunabilir.

Konkordatonun herhangi bir alacaklı bakımından feshine karar verilmesi durumunda, onun kefile karşı İİK m 303'den doğan hakları saklı kalır; çünkü böyle bir durumda, konkordato tümüyle feshedilmemiş olup, halen geçerliliğini devam ettirmektedir. Buna karşın, konkordatonun tamamen feshi durumunda İİK m 303'deki şartları yerine getirmemiş olan alacaklı, kefile karşı her türlü talep etme hakkına yeniden kavuşur; çünkü konkordatonun tamamen feshi durumunda, bu fesih

kararı konkordatoyu kapsayacak şekilde genel sonuçlar doğurur ve bütün alacaklılara ve borçluya karşı konkordato tamamen ortadan kaldırılır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Acar Ö, *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi* (On İki Levha 2015).
- Akıntürk T, *Müteselsil Borçluluk* (Sevinç Matbaası 1971).
- Akil C, *Sorularla Adi Konkordato* (Adalet 2019).
- Akyürek A, Akyürek R, *Konkordato Hukuku* (Yetkin 2019).
- Albayrak H, *İflâs Dışı Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları* (Yetkin 2020).
- Altay S, Eskiocak A, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku* (4. Bası, Vedat 2018).
- Aral F, Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (12. Bası, Yetkin 2019).
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S, Hanağası E, *İcra ve İflâs Hukuku* (5. Bası, Yetkin 2019).
- Atalay O, 'Konkordato Projesinin Hazırlanması' iç *MİHBİR XVI 7101 Sayılı Kanunu Çerçevesinde Konkordato* (Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı 2019) 93-105.
- Atalı M, 'Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları' iç Muhammet Özeker (ed), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (On İki Levha 2018) 111-134.
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku* (2. Bası, Yetkin 2019).
- Ayan S, *Kefalet Sözleşmesi* (Adalet 2018).
- Aydemir D, 'Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkisi' (2019) 15 (43) *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 519-558.
- Barlas N, 'Yeni Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler' iç Çiğdem Kırca (ed), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (Vedat 2013) 213-233.
- Başözen A, *Müflisin Tasarruf Yetkisi* (Turhan Kitabevi 2005).
- Bauer T, Staehelin D, *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs Ergänzungsband* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2017) (Bearb: Bauer T).
- Bilgen M, *İflâs İflâsın Erteleme, Konkordato Yargılama Usulü* (Adalet 2012).
- Bilgen M, *Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar* (2. Bası, Adalet 2017) (Kefalet).
- Börü L, 'Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi' (2019) 10 (1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 173-186.
- Budak A C, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip* (Yeditepe Üniversitesi 2008).
- Budak A C, Tunç Yücel M, 'İİK m 289' iç Öztekin S (ed) *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası 2019).
- Buluş K, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Birlikte Kefaletin Türleri ve Hükümleri* (Seçkin 2017).
- Buruloğlu E, Reyna Y, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat* (Yörük Matbaası 1968).
- Çınar Ö, *Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi* (On İki Levha 2013).
- Dalcı Özdoğan N, *Müteselsil Sorumluluk* (Seçkin 2015).
- Elçin Grassinger G, *Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları* (Alfa 1996).
- 'Kefalet İşlemleri', *Yeni Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi ve Değişikliklerin Uygulamaya Yansımaları* (İktisadi Araştırmalar Vakfı 2012) 45-63 (Kefalet).

- Erdoğan İ, 'Konkordatonun Müşterek Borçlulara ve Kefillere Etkisi' (1984) 10 (1-2) *Yargıtay Dergisi* 158-169.
- 'Konkordatonun Müşterek Borçlulara ve Kefillere Etkisi' (1984) 10 (3) *Yargıtay Dergisi* 318-331.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (7. Bası, Yetkin 2019).
- Erlüle F, 'Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması' (2003) 7 (1-2) *Atatürk Üniversitesi Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 629-644.
- Gümüş M A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C II* (3. Bası, Vedat 2014).
- Gürdoğan B, *İflâs Hukuku Dersleri, İflâs, Konkordato, İptal Davaları* (Ajans Türk Matbaası 1966).
- Hunkeler D, *Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands* (Universitätsverlag Freiburg 1996).
- Hurter, H, *Der Nahlassvertrag mit Gesellschaftsgründung* (Keller & Co AG 1988).
- Kale S, *Sorularla Konkordato* (On İki Levha 2017).
- Kırkbeşoğlu N, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük* (Vedat 2011).
- Kocaman A B, *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu* (2. Bası, Atilla Kitabevi1992).
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku C 4* (3. Bası, Alfa 1997).
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (2. Bası, Adalet 2013) (El Kitabı).
- Kren Kostkiewicz J, *Schuldbetreibungs- & Konkursrecht* (3. Auflage, Schulthess 2018).
- Muşul T, *İflâs ve Konkordato Hukuku* (Adalet 2018).
- Oğuzman K, Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Vedat 2016).
- Özekes M, 'Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı' in Özekes M (ed), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (2018) 43-72.
- Özen B, *6098 Sayılı TBK Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi* (4. Bası, Vedat 2017).
- Özkan Şahin G, 'Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi' (2019) 25 (2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi (Prof.Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı)* 1288-1336.
- Öztek S, 'İİK m 285'' iç Öztek S (ed) *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet 2019).
- Öztek S, Tunç Yücel, M, 'İİK m 303' iç Öztek S (ed) *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet 2019).
- Pekcanitez H, Atalay O, Sungutekin Özkan M, Özekes M, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (6. Bası, On İki Levha 2019).
- Pekcanitez H, Erdönmez G, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Vedat 2018).
- Postacıoğlu İ E, *Konkordato* (2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1965).
- Saldırım M, 'İflâstan Önce Konkordatonun Tasdikinin Hüküm ve Sonuçları' (2000) 4 *Ankara Barosu Dergisi* 229-271.
- Sarısozen S, *Konkordato* (Yetkin 2020).
- Siller N, *Müteselsil Kefalet* (Seçkin 2019).
- Reisoğlu S, *Türk Kefalet Hukuku* (2. Bası, Cem Web Ofset 2013).
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri C 2* (4. Bası, Vedat 2008).
- Tanrıver S, *Konkordato Komiseri* (Yetkin 1993).
- Tanrıver S, Deynekli A, *Konkordatonun Tasdiki* (Yetkin 1996).
- Taşpınar S, 'Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan Değişiklikler' (2003) 27 (2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 49-92.

Tunç Yücel M, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları* (On İki Levha 2020).

Ulukapı Ö, *Konkordatonun Feshi* (Mimoza 1998).

Umbach Spahn B, Kesselbach S, Bossart S, 'Art 298 SchKG' in Kren Kostkiwicz J, Vock D (eds) *Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (4. Auflage Schulthess 2017).

Umbach Spahn B, Kesselbach S, Exner C, 'Art 303 SchKG'in Kren Kostkiwicz J, Vock D (eds) *Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (4. Auflage Schulthess 2017).

Üstündağ S, İflâs Hukuku, İflâs, Konkordato, İptal Davaları (8. Bası, Yaylacık 2009).

Vollmar A, 'Art 303'in SchKG'in Staehelin A, Bauer T, Staehelin D (eds) *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (2 Auflage Helbing Lichtenhahn, 2010).

-- 'Art 298 SchKG'in Staehelin A, Bauer T, Staehelin D (eds) *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (2 Auflage Helbing Lichtenhahn, 2010).

Yavuz C, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (9. Bası, Beta 2014).

Yeşilova B, 'İİK m 297' iç Öztekin S (ed) *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet 2019).

Yılmaz E, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi* (Yetkin 2016).

