

AVRUPA TOPLULUĞU ACİZ USULLERİ TÜZÜĞÜ
MİLLETLERARASI YETKİ-UYGULANACAK
HUKUK-ETKİ TANIMA

Doç.Dr.Gülin GÜNGÖR*

Giriş

İflâs, aciz haline düşmüş şirketlerin veya diğer tüzel kişilerin mecburi tasfiyesi, her türlü adli konkordato ve benzeri aciz usulleri, ayrı bir Avrupa Topluluğu (AT) sözleşmesine konu yapılacağı düşüncesiyle milletlerarası yetki, tanıma ve tenfiz konularını ele alan Medeni ve Ticari Konularda Verilen Mahkeme Kararlarının Tenfizi ve Yargı Yetkisi Hakkında 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesinin (m.1/2)¹, hazırlandığı tarihte, uygulama alanı dışında bırakılmıştır. 1980 yılında İflâs, Mecburi Tasfiye, Konkordato ve Benzeri Usuller Hakkında AT Sözleşme Tasarısı² hazırlanmışsa da Tasarı, Türkiye'nin de taraf olduğu 5.6.1990 tarihli İflâsın Belirli Milletlerarası Yönleri Hakkında Avrupa

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (1968). Değişiklikler öncesi metin için bkz. *OJ L 304* (1978), 36 vd.; sözleşmenin raporu için bkz. Report By Jenard on the Convention 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, *OJ C 59/1* (1979); değişik konsolide metin için bkz. 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Consolidated Version), *OJ C 27*, 26.1.1998, 1 vd.

2 Bankruptcy, Winding-up, Arrangements, Compositions and Similar Proceedings, Draft Convention and Report, Bulletin of the European Communities, Supp.2/82, 1-116.

Konvansiyonu (İstanbul Sözleşmesi)³ üzerinde çalışmaların tamamlanması üzerine rafa kaldırılmıştır. AT Hukukunda özel bir düzenleme bulunmadığı sürece üye devletler arasındaki sınır aşıcı aciz usullerini de idare etmesi düşünülmüş olan İstanbul Sözleşmesi, Güney Kıbrıs dışında onay alamamıştır. Bunu takiben hazırlanan ve 25.9.1995'de imzaya açılan AT Aciz Usulleri Sözleşmesini⁴ ise, Deli Dana Krizini (BSE) bahane eden İngiltere imzalamamış, dolayısıyla Sözleşme yürürlüğe girememiştir⁵. Bu sözleşmeye AT Hukuku dışında yürürlük kazandırılması yönünde bir gelişme de olmamıştır. Böylece, AT Hukukunda sınır aşıcı aciz usullerinin bir AT sözleşmesine konu yapılması fikri de son bulmuştur.

1995 sonrasında AT Hukukunda genel olarak sınır aşıcı aciz usulleri (*cross-border insolvency proceedings*) olarak anılan⁶, milletlerarası iflâs, yeniden yapılandırma, konkordato vb. usulleri düzenlemek bakımından 1960'lı yıllardan beri yürütülen çalışmalar, 2 Ekim 1997'de akdedilen ve başta Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma (ATA-A) olmak üzere belli başlı Topluluk düzenlemelerinde değişiklik öngören Amsterdam Antlaşması⁷ sonrasında ivme kazanmıştır.

³ European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy, ETS 136 için bkz. <<http://www.coe.fr.>>; sözleşme hakkında bilgi için bkz. GÜNEY-SU, G., *The New European Bankruptcy Convention*, Yearbook of European Law, C.11 (1991), 295 vd.; GÜNGÖR, G., *Istanbul Sözleşmesi Modelinde Milletlerarası İflâsın Düzenleniş Biçimi*, Prof.Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, 113 vd.

⁴ The Convention on Insolvency Proceedings, Council Document CONV/INSOL/XI, International Legal Materials, C.35 (1996), 1223 vd.

⁵ Opinion of the Economic and Social Committee on the Initiative of the Federal Republic of Germany and the Republic of Finland With A View to Adoption of a Council Regulation on Insolvency Proceedings, Submitted to the Council on 26 May 1999, OJ C 75, 15.03.2000, 1-4; Insolvency Regulation, Legislative History and other Information, <<http://www.kolumbu.fi/harri.lindroth/nibinsol.htm>>, 1 (*Legislative History*).

⁶ Son yıllarda, tacirlerin konu edildiği külli usulleri de kapsamak için, anılan müesseseleri ifade etmek için *insolvency/aciz* teriminin üst kavram olarak sıklıkla kullanılmaya başlandığı, ancak, Kuzey Amerika Hukuk düzenlerinde bu halleri ifade eden yerleşik terimin *bankruptcy*/iflâs olduğu doktrinde ifade edilmektedir: BLOCK-LIEB - WESTBROOK J.L., *Teaching International and Comparative Insolvency Law*, Workshop on Bankruptcy, May 17-19 2001, St.Louis Missouri, <<http://www.aalorg/profdev/bankruptcy/westbrook3.html>>, 3 dn.3.

⁷ Treaty of Amsterdam Amending the Treaty of European Union, the Treaties

Amsterdam Antlaşması m.2 paragraf 15 uyarınca Konsey ATA Antlaşması eski m.73i (yeni m.61/c)'de öngörülen hukuki konularda hukuki yardımlaşma alanında tedbirleri alır. ATA Antlaşması m.61/c uyarınca, Konsey, ilerlemeye açık bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı yaratmak için m.65'de (eski m.73m) öngörülen konularda hukukî yardımlaşma konusunda gerekli olan tedbirleri alma hususunda yetkilidir. Sınır aşıcı etkileri bulunan konularda hukukî yardımlaşma için, m.67'ye (eski m.73/o) uygun olarak ve iç pazarın işlevini düzgün yerine getirebilmesi için gerekli olduğu ölçüde alınacak tedbirler ATA Antlaşması m.65'de gösterilmiştir. Bu tedbirler,

- a) hukuki ve ticari konularda verilen kararların tanınması ve tenfizinin geliştirilmesi ve basitleştirilmesi (ATA-A eski m.73m/a, yeni m.65/a);
- b) üye devlet hukuklarında kanunlar ihtilâfı ve milletlerarası yetkiye ilişkin kuralların uyumlaştırılması (ATA-A eski m.73m/b, yeni m.65/b);
- a) hukuk usullerinin işlevini iyi görmesi için engellerin kaldırılması ve gerekli ise üye devlet ülkelerinde uygulanan hukuk usulü kurallarının birbiriyle bağdaşırılığının arttırılmasıdır (ATA-A eski m.73m/c, yeni m.65/c).

Bu çerçevede Konsey, Amsterdam Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık geçiş süresi içinde Komisyonun veya üye devletlerin teklifi üzerine, Avrupa Paramentosuna da danıştıktan sonra oybirliğiyle düzenleme sevk edebilir (ATA-A eski m.73o/1, yeni m.67/1).

Sınır aşıcı aciz usullerinin (iflâs, yeniden yapılandırma, konkordato vb. usuller) de iç pazarın işlevini düzgün olarak yerine getirmesinde etkisi bulunduğu düşünülmektedir⁸. Bu husus, üye devletlerin milli seviyede aldıkları hukuki tedbirlerle sağlanabilir görülmediğinden, bağlayıcı bir Topluluk Hukuku düzenlemesiyle sınır aşıcı etkileri olan birbirinden farklı aciz usulü rejimleri arasında koordinasyonu sağla-

Establishing the European Communities, <<http://www.kanzlei.de/ams-e.htm>>.

⁸ Judicial Cooperation in Civil Matters, Insolvency Proceedings, <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l33110.htm>>, 1.

yacak bir çerçeve kurularak⁹ bunların hızlandırılıp geliştirilmesi suretiyle İç Pazarın düzgün işlemesinin geliştirilmesi hedeflenmiştir¹⁰.

Bu itibarla, Amsterdam Antlaşması ile başlayan süreçte, Avrupa Birliği (AB) bünyesinde alınan bir seri hukuki tedbirlerden biri de ATA Antlaşması m.67/1'in (eski m.73o) verdiği yetkiye dayanılarak Alman ve Fin Ortak İnsiyatifi girişimiyle¹¹ sevk edilen ve 29 Mayıs 2000 tarihinde Brüksel'de kabul edilen Aciz Usulleri Tüzüğüdür¹². Danimarka dışında¹³ tüm üye devletleri bağlayan Tüzük¹⁴, 31 Mayıs 2002 tarihinde yürürlüğe girmiş olup (m.47), bu tarihten sonra açılan aciz usullerine uygulanacaktır (m.43 c.1)¹⁵.

Tüzük, üye devletler arasındaki ikili ve çok taraflı sözleşmelerin konuyla ilgili hükümlerinin yürürlüğüne de son vermektedir. Ancak, Tüzük, üye devletlerin üçüncü devletlerle akdettiği mevcut milletlerarası sözleşmelerle, ve Birleşik Krallık bakımından mevcut Commonwealth düzenlemeleriyle telif edilebilir olmadığı ölçüde kabili tatbik değildir.

Tüzük, aciz usulünü açacak mahkeme ile aciz usulüne ilişkin davalara bakacak mahkemenin milletlerarası yetkisi, uygulanacak hukuk, etki tanıma (tanıma-tenfiz) konularında düzenleme getirmek suretiyle bu konularda yürürlükte bulunan AT sözleşmelerinin aciz usulleri itibariyle eksik kalmış yönlerini tamamlamayı amaçlamıştır. Tüzük, AB üyesi devletlerin sınır aşıcı özellik taşımayan aciz usulleri söz konusu olduğunda uygulayacakları hükümleri uyumlaştırma ya da birleştirme amacı taşımamaktadır. Bu itibarla, iç hukuk düzenlemeleri-

⁹ EC Regulation on Insolvency Proceedings, <http://hbslaw.co.uk/pubs/news/international_law/ec.htm>, 1.

¹⁰ Legislative History (dn.5), 1.

¹¹ Legislative History (dn.5), 1.

¹² Council Regulation (EC) No.1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, OJ L 160, 30/06/2000, <http://europa.eu.int/eur-lex/en/lif/dat/2000/en_300R1346.html>, 1-13.

¹³ Danimarka, benzer kuralları, Toplulukla yapacağı bir sözleşme çerçevesinde uygulama niyetinde olduğunu belirtmiştir. Bkz. Internal Market, Insolvency Proceedings, <http://www.telfa.org/archive/4_00/b_mark2.htm>, 2.

¹⁴ Tüzük, Preamble, Par.33.

¹⁵ Tüzüğün yürürlüğe girmesinden önce açılan aciz usulleri, açıldıkları tarihte yürürlükte olan mevzuata göre yürütülecektir (m.43 c.2).

ni yeknesaklaştırma amacı bulunmayan diğer düzenlemeler gibi, Tüzük de, yabancı doktrinde mütevazı bir adım olarak değerlendirilmiştir¹⁶. Buna karşılık, Tüzük, birden çok AB üyesi devletin ülkesinde hukuki sonuç doğuracak, sınır aşıcı etkisi bulunan aciz usullerinin açılması, yürütülmesi, ve aciz usulünü açan kararlar ile bunlara ilişkin kararların tanınması ve tenfizine ilişkin hükümleri birleştirerek Avrupa Birliği içi "Intra-Community" bir sınır aşıcı aciz usulleri modeli getirmektedir. Belirtilmelidir ki, Tüzük hükümlerine işlerlik kazandırılabilmesi için iç hukuk düzenlemelerinin bu yönde tadili ya da sınır aşıcı aciz usullerine uygulanacak paralel hükümlerin sevk edilmesi ihtiyacı doğabilecektir¹⁷.

Tüzük, yeni evrensellik anlayışı olarak nitelendirebileceğimiz, kontrollü¹⁸ ya da değiştirilmiş¹⁹ evrensellik (*controlled / modified universality*) olarak da anılan yaklaşımı esas almaktadır²⁰. Bu yeni yaklaşım, ilkesel plânda orta yol bulunması yönündeki gayretin bir ürünü olmakla birlikte, aslolan evrensellik ilkesidir²¹. Mülkîlik ve evrensellik ilkeleri telif edilmeye çalışılırken, teklik ilkesi kısmen terk edilmiş, evrensellik ilkesi ise, yeni bir çehre kazanmıştır. Yeni evrensellik anlayışı, teklik esasına değil, ana-tali usul ayırımı çerçevesinde işleyen çokluk esasına dayanan ve fakat kural olarak öncelikle alacaklıların eşitliğini korumayı hedefleyen bir yaklaşımdır. Borçlunun temel menfaatlerinin merkezinin bulunduğu üye devletin ülkesinde açılan aciz usulü, Topluluk bazında tek ve evrensel nitelik taşıırken (*principles of unity and universality*), borçlunun işletmelerinin bulunduğu

¹⁶ BLOCK-LIEB/WESTBROOK (dn.6), 3.

¹⁷ (dn.9), 2.

¹⁸ Yeni evrensellik anlayışı hakkında bkz. HANISCH, H., "Universality" versus Secondary Bankruptcy: A European Debate, *International Insolvency Review*, C.2 (1993), 151 vd.

¹⁹ LONDOT, J.K., *Handling Priority Rules Conflicts in International Bankruptcy: Assessing the International Bar Association's Concordat*, <[http://www.law.emory.edu/pub-cgi/print_hit_bold.p.../londot.html?European Communit](http://www.law.emory.edu/pub-cgi/print_hit_bold.p.../londot.html?European%20Communit)>, 5.

²⁰ Building Effective Insolvency Systems, Debtor-Creditor Regimes, Washington, D.C., September 14-15, 1999, <http://www4.worldbank.org/legal/insolvency_ini/wg10-paper.htm>, Par.35.

²¹ LUEKE, W., *The New European Law on International Insolvencies: A German Perspective*, 17 *Bankruptcy Developments Journal*, 2000-2001, 373.

üye devletlerin ülkesinde açılan aciz usulü veya usulleri çokluk ve mülkilik özellikleri (*principles of plurality and territoriality*) ile farklı menfaat gruplarını koruyarak²² evrensel aciz usulünün hukukî sonuçlarını kontrol altında tutan bir etkiye sahiptir. Böylece, İstanbul Sözleşmesi ile başlayan, UNCITRAL Model Sınır Aşıcı Aciz Kanunu²³ ve 1995 AT Aciz Usulleri Sözleşmesinde kendisine yer bulan yeni evrensellik anlayışı, Aciz Usulleri Tüzüğü ile AT Hukukunda yerleşmiş olmaktadır.

I. Topluluk Tüzüğü Olarak Düzenlemenin Önemi ve Yorum

Yeknesak maddî hukukun yaratılması araçlarından olarak, Topluluk tüzükleri, AT Hukukunun ikincil kaynaklarından en önemlisi olarak mütalâa edilmektedir²⁴. Topluluk tüzükleri, genellikle yeknesak maddî hukukun yaratılması aracı olarak fonksiyon ifa etmekle birlikte, bazen kanunlar ihtilâfî hukukuna veya milletlerarası usul hukukuna ilişkin hukukî sorunları da konu edinirler²⁵. Aciz Usulleri Tüzüğü de bu özelliğe sahiptir. Nitekim, Tüzüğün asıl amacı, sınır aşıcı aciz usulleri konusunda ortaya çıkan kanunlar ihtilâfî hukuku ile milletlerarası usul hukuku hukukî sorunlarını yeknesak kurallarla düzenlemektir.

ATA Antlaşmasında “Çeşitli Kurumlara İlişkin Ortak Hükümler” başlığı altında yer alan m.249/II (eski m.189/II) uyarınca “Tüzükler genel uygulamaya sahiptir. Bütünüyle bağlayıcıdır ve bütün üye devletlerde doğrudan uygulanır”.

²² Legislative History (dn.5), 2.

²³ UNCITRAL Model Legislative Provisions on Cross-Border Insolvency, <http://www.juristint.org/pub/01/en/doc/343_1.htm>. UNCITRAL Model Aciz Kanununun tasarısı için bkz. Draft UNCITRAL Model Legislative Provisions on Cross-Border Insolvency, Report of the Working Group on Insolvency Law on the Works of Its Twenty-First Session, United Nations Commission on International Trade Law, A/CN.9/435 (New York 20-31 January 1997), Draft 19.2.1997, 4; tasarı hakkında bilgi için bkz. GÜNEYSU-GÜNGÖR, G., *UNCITRAL Model Kanun Tasarısı ve Milletlerarası İflâs*, BATİDER, C.19/2 (Aralık 1997), sh.65 vd.

²⁴ ARAT, T., *Avrupa Toplulukları Adalet Divanı*, Ankara 1989, 112.

²⁵ LASOK, D./STONE, P.A., *Conflict of Laws in the European Community*, Oxon 1987, 91.

Topluluk tüzükleri, üye devletleri tamamen bağlamaları, üye devlet hukuklarının üzerinde bir güce sahip olarak, genel ve doğrudan uygulanma kabiliyetini haiz olmaları sebebiyle AT Hukukunun entegrasyonuna hizmet eden en etkili hukuk araçları olarak kabul edilmektedirler²⁶.

Yukarıda belirtilen özellikleri itibariyle, Topluluk tüzükleri, ilk olarak, üye devlet hukuklarına intibaka muhtaç değildir. Üye devletlerin ülkesinde uygulanması milli bir tasarrufa ihtiyaç göstermemesi sebebiyle²⁷ doğrudan uygulanan, dolayısıyla doğrudan etkiyi haiz²⁸ Topluluk tasarruflarıdır. Üye devletlerin tâbiyetini taşıyan kişiler, üye devletlerin ülkesinde yerleşik kişiler, tüm kuruluşlar, AB organ, kurum ve yetkilileri için bağlayıcıdır²⁹. Aciz Usulleri Tüzüğü'nün, Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma uyarınca tamamen bağlayıcı ve üye devletlerin ülkesinde doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip olduğu Tüzük m.47'yi takiben yer alan son ifadelerde belirtilmiştir³⁰. Bu itibarla, Aciz Usulleri Tüzüğü, AB tipi (ve içi) sınır aşıcı aciz usulleri kanunu şeklinde değerlendirilebilir.

İkinci olarak, Topluluk tüzüklerinin metinden ayrılmadan, düzenlemenin AT Hukuku tasarrufu niteliği göz önünde tutularak, olduğu gibi ve yeknesak bir biçimde uygulanması asıldır³¹. Bu husus, yorum birliği gereğine işaret etmektedir. AT Hukukunda yorum birliği ön ka-

²⁶ LASOK/STONE (dn.25), 84.

²⁷ Öte yandan, bazı Topluluk tüzükleri üye devletlerin ulusal uygulama işlemlerinde bulunmasını öngörebilir. Tüzükte ulusal uygulama işlemlerinin öngörülmesi düzenlemenin üye devlet ülkelerinde aynı şekil ve zamanda uygulanması amacına yönelik olup, doğrudan uygulanabilirlik ve buna bağlı olarak doğrudan etkililik ile çelişen bir husus olarak görülmemektedir. Bu yönde bkz. TEKİNALP, G.- TEKİNALP, Ü.-ATAMER, Y.M.-ODER, B.E.-OKUTAN, G., *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul 1997, 114-115. Aciz Usulleri Tüzüğü'nde ise, ulusal uygulama işlemleri gerektiğine dair bir hüküm yer almamıştır.

²⁸ Bir Topluluk tüzüğü'nün doğrudan etkili olması onun bireyler için hak ve yükümlülükler doğurmasını ifade etmektedir. Tüzükler yatay doğrudan etkiye sahip olarak bireyler arasındaki ihtilaflara da uygulanır: TEKİNALP-TEKİNALP (dn.27), 104,113.

²⁹ TEKİNALP-TEKİNALP (dn.27), 56-57.

³⁰ (dn.9), 2.

³¹ LASOK/STONE (dn.25), 84.

rar (*preliminary ruling*) usulü ile sağlanmaktadır³². Ön karar usulü, üye devlet mahkemelerinde açılan davalarda AT Hukukunun bütünlüğü bozulmayacak şekilde yeknesak olarak yorumlanmasının temini için Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmalarla Avrupa Toplulukları Adalet Divanına verilmiş bir yetkidir (ATA-A eski m.177, yeni m.234)³³.

ATA Antlaşması yeni m.234/I-b uyarınca ATAD, Topluluk kurumlarının tasarruflarının geçerliği ve yorumu hakkında, ön karar yoluyla hüküm verme yetkisini haizdir. Topluluk Tüzüklerinin de Topluluk kurumlarının tasarrufu olması itibariyle, Konsey ve Komisyonun çıkardığı Topluluk tüzüklerinin anlamlarının açıklanması, kapsamlarının belirlenmesi de ön karar konularından biri³⁴ olarak ön karar usulüne konu olabilir. Bir üye devlet mahkemesi, görülmekte olan bir davada karara varmak için konu hakkında bir karara ihtiyacı olduğu kanaatine ulaşırsa ATAD'dan ön karar talebinde bulunabilir (ATA-A yeni m.234/II). Üye devlet mahkemesinin nihai merci olduğu durumlarda ise, ATAD'a ön karar için başvurma zorunluluğu vardır (ATA-A yeni m.234/III).

Öte yandan, Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma³⁵ II. Kısım, Dördüncü Başlık³⁶ uyarınca verilen yetkilere dayanılarak sevk edilen Topluluk tasarruflarının, bu arada Aciz Usulleri Tüzüğü'nün özel bir durumu bulunduğu doktrinde ifade edilmiştir. ATAD'ın bu kategoriye giren tedbirleri yorumlama yetkisi ATA-A m.68 (eski m.73p)'de yer alan özel sınırlamalara tâbidir. ATA-A m.68/1 uyarınca, Topluluk kurumlarının bu başlığa dayanan tasarruflarının yorumuna, ATA-A m.234, ihtilâfın önüne geldiği mahkemenin nihai merci olması şartıyla uygulanır. Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma II.Kısım, IV.Başlığa dayanılarak sevk edilen Topluluk tasarruflarının yorumu söz konusu olduğunda bunların yorumu hakkında sadece nihaî mercii olan mahkeme ön karar talebinde bulunabilir (m.68/1). Eğer bir milli mahkeme nihai merci ise ve uyuşmazlık hakkında karara varabilmesi için

³² TEKİNALP/TEKİNALP (dn.27), 211.

³³ ARAT (dn.24), 98-99.

³⁴ ARAT (dn.24), 107.

³⁵ Treaty Establishing the European Community.

³⁶ "Vize, İltica, Göç ve Kişilerin Serbest Dolaşımına İlişkin Diğer Politikalar" (m.61-69).

ATAD'ın bir yorum kararına ihtiyaç olduğu kanaatinde ise, ATAD'a başvurabilir³⁷. Nihai merci olmayan milli mahkemelerin ise, ATA-A II.Kısım IV. Başlığa dayanılarak sevk edilmiş Topluluk tasarruflarının yorumu söz konusu olduğunda ATAD'dan ön karar talep etme yetkisi bulunmamaktadır. Yine, Konsey, Komisyon ya da üye devletler de II.Kısım IV. Başlığa dayanılarak sevk edilen tasarrufların yorumu hususunda ATAD'dan ön karar talebinde bulunabilirler (m.68/3). Ön karar, henüz kesinleşmemiş olan tüm davalarda dikkate alınacaktır. ATAD ön kararları mevcut durumu bildirici nitelik taşır³⁸. Bu bakımdan üye devlet mahkemesi, ATAD'ın ön (yorum) kararını ilgili olduğu kuralın bir parçası kabul ederek, kuralı ön karara uygun olarak yorumlamalıdır³⁹. ATAD'ın ön kararları, ilgili üye devlet mahkemesini ve genel etkiye sahip olması sebebiyle, aynı konuda yeni bir ön karar verilinceye kadar diğer üye devlet mahkemelerini bağlar (*erga omnes etki*)⁴⁰.

II. Tüzüğün Kapsamı ve Uygulama Alanı

Tüzük, tacir olup olmadığına bakılmaksızın temel menfaatlerinin merkezi AB üyesi devletlerin ülkesinde bulunan⁴¹ gerçek veya tüzel kişi borçlunun tasarruf yetkisinin kısmen veya tamamen kısıtlanması (*partial or total disinvestment of the debtor*) ve aciz idaresi (*liquidator*) atanmasını gerektiren kollektif aciz usullerini konu edinmektedir (m.1/1)⁴². Aciz usulleri (*insolvency proceedings*) kavramı üye devletle-

³⁷ FLETCHER, I.F., *International Insolvency At the Crossroads, A Critical Appraisal of Current Trends, Schmitthoff Conference 2000, Law and Trade in the 21st Century, Draft Papers For Sessions 4-6*, <<http://www.ccledu/ec-lu/events/schmitthoff.html>>, 187-188.

³⁸ ARAT (dn.24), 107; TEKİNALP-TEKİNALP (dn.27), 216 par.109.

³⁹ ARAT (dn.24), 109.

⁴⁰ ATAD, içtihadını re'sen veya bir üye devlet mahkemesinin başvurusu üzerine değiştirebilir. İstisnaen aksi kararlaştırılabilirse de, ön kararın etkisi geriye yürür (*ex-tunc*). Bkz. ARAT (dn.24), 108-109; TEKİNALP/TEKİNALP (dn.27), 216 Par.109.

⁴¹ Tüzük, Preamble, Par.14.

⁴² Tasfiye memuru, borçlunun tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı malvarlığı kalemlerini idare veya tasfiye, veya işlerinin idaresini denetleme ile görevli kişi veya organ (m.2/b) olarak tanımlandığı için bu çalışmada aciz idaresi olarak anılacaktır.

rin anlayışına bırakılmamış, bu kavramla m.1/1'de belirtilen özellikleri haiz usullerin kastedildiği açıkça belirtilmiştir (m.2/a). Şu halde, Tüzüğe göre aciz usulleri, borçlunun tasarruf yetkisinin kısmen veya tamamen kısıtlanmasını ve aciz idaresi atanmasını gerektiren kolektif usullerdir. Bu tanımdan hareketle, hangi aşamada olursa olsun, borçlunun tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını ve aciz idaresi atanmasını gerektiren kolektif usullerin Tüzüğün konu alanına dahil olduğu söylenebilir. Anılan özellikler çerçevesinde Türk Hukukunda, örneğin, iflâs ve konkordato Tüzüğün uygulama alanına girmektedir. Tüzüğün uygulama alanına giren aciz usullerini her bir üye devlet, m.1/1'deki özellikleri dikkate alarak kendisi bakımından Ek A'da belirtmiştir (m.2/a)⁴³.

Tüzüğün uygulanabilmesi için, ilk olarak, borçlunun temel menfaatlerinin merkezinin bir AB üyesi devletin ülkesinde bulunması gereği vardır. Borçlunun temel menfaatlerinin merkezi AB'nde değil ise Tüzük uygulanmaz⁴⁴. Bununla birlikte, temel menfaatlerinin merkezi AB'nde bulunmayan borçlular hakkında AB üyesi devletlerin ülkesinde mülki niteliği haiz birden çok mahalli aciz usulünün açılması ihtimal dahilindedir. Bu bağlamda, üye devletlerin milletlerarası yetki kurallarının tadilini öngörmeyen Tüzük, zayıf irtibat noktalarına dayanarak borçlu üzerinde aşkın yetki tesisinin önüne geçmeyerek mahalli usullerin açılması imkânının devamını mümkün kılmak bakımından eleştiriye açıktır⁴⁵. Temel menfaatlerinin merkezi AB'nde bu-

⁴³ Örneğin, Birleşik Krallık ülkesi bakımından aciz usulleri, gerçek kişilerin iflâsı ("*bankruptcy*" İngiliz Hukuku; "*sequestration*" İskoç Hukuku), şirketlerin mahkeme tarafından veya mahkeme denetimi altında mecburi tasfiyesi (*winding-up by or subject to the supervision of the court*), alacaklıların isteği ve mahkeme onayı ile tasfiye (*creditors' voluntary winding-up with confirmation by the court*), isteğe bağlı anlaşmalar, örneğin, konkordato (*voluntary arrangements under insolvency legislation*) ve idaredir (*administration*). Anılan müesseseler için bkz. Insolvency Act 1986, British Companies Legislation, B.6, C.1, Oxfordshire 1991; ayrıca bkz. Definitions of Insolvency and Bankruptcy Terms and Expressions for England and Wales, Alphabetic Glossary, <<http://www.insolvency.co.uk/legal/termseng.htm>>; İskoç Hukuku hakkında bkz. Sequestration and Winding Up, Inland Revenue, Collection 4, Scotland, <<http://www.Inlevenue.gov.uk>>. İngiliz Hukuku hakkında bkz. TOLMIE, F., *Introduction to Corporate and Personal Insolvency Law*, London 1998, 135-191.

⁴⁴ Tüzük, Preamble, Par.14.

⁴⁵ Ayrıca bkz. FLETCHER (dn.37), 176-177.

lunan borçlular hakkında ise, aşkın yetki tesisi ihtimali az da olsa vardır. Bununla birlikte, etkisi sınırlandırılmıştır. Bir ana usulün bulunmadığı ihtimalde, mahallî usul aşkın yetki tesisi ile açılmış bile olsa, borçlunun işletmelerinin mevcudiyetinden daha zayıf bir irtibata dayanan her mahallî usul Tüzüğün sistemi dışında bırakıldığından izole olacaktır. Bununla birlikte, izolasyonun, olağan mevcut durumu muhafaza eden bir yaklaşım olarak başlıbaşına borçlunun malvarlığının parçalanarak verimsizleştirilmesine engel bir işlevi olamayacağı belirtilmelidir.

İkinci olarak, sigorta yüklenimleri⁴⁶, kredi kurumları⁴⁷, üçüncü kişiler için fon ve menkul kıymet saklama hizmeti veren yatırım fonları ile külli yatırım yüklenimleri⁴⁸, özel hukukî düzenlemelere konu yapıldığı veya yapılması düşünüldüğü ve bunlar üzerinde üye devletlerin milli denetim makamlarının geniş yetkileri bulunduğu için, Tüzüğün konu ve uygulama alanı dışında bırakılmıştır (m.1/2)⁴⁹.

Tüzüğün verdiği tanımlardan, aciz usulünün mutlaka adli mercilerce başlatılmasının gerekli olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim Tüzük, “mahkeme” ibaresini, üye devlet tarafından aciz usulünü başlatmaya yetkili kişi veya organ şeklinde geniş olarak tanımlamaktadır (m.2/d). Yine, aciz usulüne yol açan hukuki fiil ve işlemlerin sadece bu Tüzüğe uygunluğu değil, ilgili üye devletin hukukuna da uygunluğu asıldır.

⁴⁶ Directive 2001/17/EC of the European Parliament and of the Council of 19 March 2001 on the Reorganisation and Winding-Up of Insurance Undertakings, *OJ L* 110, 20/04/2001, 28-39.

⁴⁷ Directive 2001/24/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 on the Reorganisation and Winding up of Credit Institutions, *OJ L* 125, 05/05/2001, 15-23.

⁴⁸ Külli yatırım yüklenimlerinin sınır aşıcı aczi özel bir direktife konu yapılmamıştır. Bununla birlikte, Nihai Mutabakat Direktifi (*Settlement Finality Directive*) olarak anılan “Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemlerinde Nihai Mutabakat Hakkında Avrupa Paramentosu ve Konseyinin 19 Mayıs 1998 tarihli 98/26/EC Direktifi”, bir mutabakat sistemine taraf olan katılımcının aczi halini konu edindiğinden bunlar hakkında da uygulanacaktır. Bkz. Directive of 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on Settlement Finality in Payment and Securities Settlement Systems, *OJ L* 166, 11/06/1998, 45-50.

⁴⁹ Legislative History (dn.5), 2,3.

III. Milletlerarası Yetki

Tüzükde yer alan ve aciz usulünü açacak olan üye devlet mahkemesinin milletlerarası yetkisini belirlemeye yönelmiş doğrudan yetki kuralları, dolaylı milletlerarası yetki kuralı fonksiyonunu da haizdir (m.3, m.16/1 par.1)⁵⁰. Bu çerçevede ana usul, tali usul ile mahallî usul hakkında özel yetki kuralları sevk edilmiştir. Tüzüğün tasnifi karşısında, artık AB tüzel kişilerinin diğer üye devletlerin ülkesinde şube açmak yerine mahalli hukuka tâbi tüzel kişiliği haiz ayrı oluşumlar, örneğin yavru şirketler, eliyle sınır aşıcı örgütleneceği düşünülmektedir⁵¹.

A- Ana Usul

Ana usul (*main proceeding*)⁵² borçlunun temel menfaatlerinin merkezinin bulunduğu üye devletin ülkesinde açılan aciz usulüdür. Ana usul, yeniden yapılandırma, veya iflâs gibi mecburi bir aciz usulü olabilir⁵³.

Ana usul tektir ve AB üyesi devletlerin ülkeleri ile sınırlı bir evrensel nitelik ve etkiye sahiptir. Bununla birlikte, ana usulü açan üye devletin hukuku öngördüğü takdirde borçluya ait olup AB dışında bulunan malvarlığı kalemlerinin de, kural olarak, ana usule dahil olacağı belirtilmelidir⁵⁴.

Ana usulü açmaya, borçlunun temel menfaatlerinin merkezinin (*debtor's center of main interests*) bulunduğu üye devletin mahkemeleri yetkilidir (m.3/1). Borçlunun temel menfaatlerinin merkezinin, onun

⁵⁰ Tüzük, Preamble, Par.15.

⁵¹ The EU Regulation on Insolvency Proceedings, <<http://www.freshfields.com/practice/finance/publications/pdfs/23215.pdf>>, Dec.2000, 4.

⁵² Ana usul ibaresi için bkz. Tüzük m.27.

⁵³ (dn.51), 5; PAULUS, C.G., *The EU Insolvency Regulation*, Insol Europe, 21st Annual Congress, Rome, 1-3 November 2001, <<http://www.insol-europe.org/publications/Rom-INSOL.confpaperpdf>>, Par. B/II/j.

⁵⁴ KELLY, P., *EU Insolvency Regulation*, Insol Europe, 21st Annual Congress, Rome, 1-3 November, 2001, 2, <<http://www.insol-europe.org/publications/InsolEurope-SpeechbyMrJusticePKelly.pdf>>; PAULUS (dn.54), Par. B/II/1/d.

menfaatlerinin idaresini düzenli olarak yürüttüğü, bu bakımdan da üçüncü kişiler tarafından tespit edilebilecek yerde bulunduğu kabul edilmektedir⁵⁵. Yine, Tüzük ile hemen hemen aynı hükümlere sahip bulunan 1995 Sözleşmesinin yayınlanmamış raporu olan *Virgos-Schmit* Raporu paragraf 71'de, borçlunun temel menfaatlerinin merkezinin belirli bir süreklilik arzeden yerde bulunduğu; belirleyici unsurun, borçlunun niyeti değil, faaliyetin dış görünümü olduğu belirtilmiştir⁵⁶.

Bu çerçevede, şirketler ile diğer tüzel kişi borçluların temel menfaatlerinin merkezinin, aksi ispat edilmedikçe, tescil edilmiş merkezin (*the place of the registered office*) bulunduğu üye devletin ülkesinde olduğu yönünde âdi bir karine sevk edilmiştir (m.3/1 c.2). Ancak, öngörülen âdi karinenin aksinin ispatının, borçlunun temel menfaatlerinin merkezi kavramının tüzel kişiler bakımından ATAD'ın bir (ön) yorum kararını gerekli kılabilmesi unutulmamalıdır. Bu noktada, AB dışında kurulup AB'nde faaliyet gösteren, dolayısıyla tescil edilmiş idare merkezi AB'nde bulunmayan tüzel kişilerin temel menfaatlerinin merkezinin fiili olarak AB'nde bulunduğu sabit ise, bunların da Tüzüğün uygulama alanına gireceği belirtilmelidir⁵⁷.

Gerçek kişiler bakımından ise, âdi bir karine sevk edilmediği gibi yol gösterici esaslara da yer verilmemiş olması bir eksiklik⁵⁸. Mevcut durumda, Tüzüğün yeknesak uygulanmasının temini bakımından, hem gerçek kişi hem de tüzel kişi borçluların temel menfaatlerinin merkezinin tayini, ATAD'ın bir yorum kararına ihtiyaç gösterebilecektir⁵⁹. Yorumun münferit üye devletler tarafından, borçluya ilişkin iribatların değerlendirilmesi suretiyle yapılması, kıstasa AB bünyesinde farklı anlamlar yüklenmesi itibariyle hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirliğin yanısıra yeknesak uygulamayı da yok edebileceğinden tercih edilmemelidir.

⁵⁵ Tüzük, Preamble, Par.13.

⁵⁶ FLETCHER (dn.37), 179'dan naklen.

⁵⁷ (dn.51), 6.

⁵⁸ Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu bünyesinde hazırlanan, Aciz Usulleri Hakkında UNCITRAL Model Kanununda ise, gerçek kişi borçluların temel menfaatlerinin merkezi, aksi ispat edilmediği sürece mutaden sakin olunan yer olarak kabul edilmiştir (m.16/3).

⁵⁹ Ayrıca bkz. Court of Justice, Jurisdiction, <<http://europa.eu.Int/cj/en/pres/comp.htm>>, 2.

B- Tali Usul

Tali usul, ana usulün, borçlunun temel menfaatlerinin merkezinin bulunduğu AB üyesi devletin ülkesinde açılmasından sonra borçlunun işletmelerinin bulunduğu diğer AB üyesi devletlerin ülkesinde açılan aciz usulü veya usulleridir. Borçlunun işletmeleri ibaresi ile borçlunun geçici olmayan bir ekonomik faaliyetini insan araçları ve mallar eliyle yürüttüğü yerler kastedilmiştir (m.2/h). Mahallî bir usulün tali usul niteliğini kazanması için, kural olarak, ana usulün açılmasını takiben açılması gerekli olsa da, bu husus tek başına yeterli değildir. İlk olarak, tali usulün tasfiye usulü olması lüzumu vardır (m.3/3 c.2). Bunun yanısıra, mahallî usul, borçlunun işletmelerinin bulunduğu üye devletin veya devletlerin ülkesinde açılmış olmalıdır. Bu itibarla, tali usulde başvurulmuş milletlerarası yetki kıstası borçlunun işletmeleri olmaktadır. Borçlunun işletmelerinin bulunduğu üye devletlerin mahkemeleri, ana usulün açılmasını takiben, tali usul açmaya milletlerarası yetkilidir. Tali usule ilişkin özel hükümler ileride ayrıntılı olarak ele alınacaktır⁶⁰.

C- Mahallî Usul

Borçlunun temel menfaatlerinin merkezinin AB üyesi devletlerin ülkesinde bulunması halinde dahi Tüzük, bazı hallerde, borçlunun işletmelerinin bulunduğu üye devletlerin ülkesinde mahallî bir aciz usulünün açılmasına cevaz vermektedir. Mahallî bir usulün açılmasına cevaz verilen hallerde, borçlunun temel menfaatlerinin merkezinin bulunduğu üye devletin ülkesinde bir ana usul açılmamış ya da henüz açılmamıştır.

İlk hal, borçlunun temel menfaatlerinin merkezinin bulunduğu üye devletin ülkesinde ana usulün o hukukdan kaynaklanan sebeplerle açılmadığı haldir (m.3/4-a). Borçlu, temel menfaatinin merkezinin bulunduğu üye devlet hukukuna göre örneğin iflâsa tâbi kişilerden değil ise veya yeniden yapılandırmaya konu olamıyorsa, o borçlu hakkında bir ana usulün açılması da mümkün olmayacaktır. Bu halde, borçlunun işletmelerinin bulunduğu diğer üye devletlerin ülkesinde mahallî bir aciz usulünün, örneğin mahallî bir iflâs ya da yeniden yapılandırma usulünün açılmasına imkan tanınmaktadır⁶¹.

⁶⁰ Bkz. aşa. Başlık V.

⁶¹ Tüzük, Preamble, Par.17.

İkinci olarak, borçlunun temel menfaatlerinin merkezinin bulunduğu devletin ülkesinde ana aciz usulünün açılmasından önce, m.3/4-b'de sözü edilen alacaklılar, borçlunun işletmelerinin bulunduğu üye devletlerin ülkesinde mahallî bir aciz usulünün açılmasını talep ettikleri takdirde ilgili üye devletin ülkesinde Tüzüğün uygulama alanına giren bir mahalli usul açılabilir. Bu halde, mahallî bir usulün açılmasını talep edebilecek alacaklılar, ikametgahı, mutad meskeni, tescil edilmiş (statüdeki idare) merkezi borçlunun işletmesinin bulunduğu üye devletin ülkesinde bulunan (mahalli) alacaklılar ile, alacağı borçluya ait bir işletmenin işletilmesi sebebiyle doğmuş olan alacaklılardır (m.3/4-b). Borçlunun temel menfaatlerinin merkezinin bulunduğu üye devletin ülkesinde ana aciz usulü açılmadan önce sadece mahallî alacaklılar ile mahalli işletmenin alacaklıları, borçlunun ilgili işletmesinin bulunduğu üye devletin ülkesinde, mahallî ve mülkî bir usulün açılması talebinde bulunabilir.

Bir ana usulün bulunmadığı hallerde, borçlunun işletmelerinin bulunduğu üye devletlerin ülkesinde açılan mahallî usuller tali nitelik kazanamayacağından, mülkî olan bu usuller (m.3/4), kural olarak, sadece mahallî mallar üzerinde hukukî sonuç doğuracaktır (m.3/2)⁶².

Borçlunun işletmelerinin bulunduğu üye devletin ülkesinde mahallî usulün açılmasından sonra borçlunun temel menfaatlerinin merkezinin bulunduğu üye devletin ülkesinde bir ana usul açıldığı halde ise, Tüzük, mahallî usule de bazı hukukî sonuçlar bağlamaktadır (m.36). Yürürlük kazanmış mahallî usulün bulunduğu aşama ile telif edilebilir olduğu ölçüde, Tüzük m.31 ilâ m.35 hükümleri borçlunun işletmelerinin bulunduğu üye devletlerin ülkesinde açılan mahallî usullerden ilk açılan hakkında da uygulanır. Bu hükümler, aciz idareleri arasında hukukî yardımlaşma ve haberleşme yükümlülüğüne (m.31); alacaklıların haklarına (m.32); tasfiyenin tatiline (m.33); tali usulleri sona erdiren tedbirlere (m.34) ve tali usullerin tasfiye artığının devrine (m.35) ilişkindir. Bu halde ilk açılan mahalli usul, anılan hükümlerin uygulama alanı ile sınırlı olarak tali nitelik kazanacaktır (m.36)⁶³.

Yine bu halde, ana usulün aciz idaresi, ana usuldeki alacaklıların ya-

⁶² Tüzük, Preamble, Par.17.

⁶³ Karş. Tüzük, Preamble, Par.17.

rarına ise, Ek (A)'da sayılan mahalli usulün Ek (B)'de sayılan mecburi tasfiye usullerine (*winding-up proceedings*) dönüştürülmesini mahalli usulü açan mahkemeden talep etme yetkisini haizdir (m.37/1). Bu halde, mahalli usulü açan mahkeme ilgili usulün Ek (B)'de yer alan tasfiye usullerine dönüştürülmesine karar verecektir (m.37/2). Dönüştürme kararını takiben ilgili mahalli usul tali nitelik kazanır⁶⁴.

IV. Uygulanacak Hukuk

A- Bağlama Kuralı

Daha iyi bir hukukî durum elde etmek amacıyla, bir ülkeden diğerine yapılan malvarlığı transferlerinin etkisiz bırakılması ve *forum shopping*'in önüne geçilmesi amacıyla⁶⁵, milletlerarası yetki ile uygulanacak hukuk birbirine bağlanmış; her aciz usulü, kural olarak, onu açan üye devletin hukukuna tâbi tutulmuştur (*state of the opening of proceedings / lex fori concursos*) (m.4/1).

B- Yetkili Hukukun Uygulama Alanına Giren Hukuki Sorunlar

1. Genel Olarak

Aciz usulünün açıldığı üye devletin hukuku (*lex fori concursos*), Tüzükde özel olarak düzenlenen konular dışında, esasa ve usule ilişkin tüm hukukî sorunları da idare edecektir (m. 4/1) ⁶⁶. Ana, tali (m.28) ve mahalli usullerden her biri, Tüzükde özel düzenlemeye kavuşturulmuş hukukî sorunlar dışında, kendisini açan üye devletin hukukuna tâbidir⁶⁷. Bununla birlikte, AB üyesi devletlerin ülkesinde bir tali ya da mahallî usul bulunmadığı sürece, ana usulü açan mahkemenin hukukunun, aciz usulünün açılması, yürütülmesi ve sona ermesine ilişkin tüm hukukî sorunları, bu arada aciz usulünün diğer üye devletle-

⁶⁴ Tüzük, Preamble, Par.17.

⁶⁵ Legislative History (dn.5), 1-2.

⁶⁶ Tüzük, Preamble, Par.23.

⁶⁷ HANISCH (dn.18), 164.

rin ülkesinde meydana getireceği hukuki sonuçları da, kural olarak, idare edeceği unutulmamalıdır⁶⁸.

Aciz usulünün açılmasının şartları, yürütülmesi ve sona ermesi, kural olarak, aciz usulünü açmaya yetkili olan mahkemenin hukukuna tâbi olduğu halde, Tüzük, yetkili hukukun uygulama alanına giren hukukî sorun kategorilerini ismen sayma yoluna gitmiştir. Ancak yetkili hukukun uygulama alanına giren hukukî sorun kategorilerinin sayılanlarla da sınırlı olmadığı kabulü gerekir.

Tüzük m.4/2 uyarınca,

- a) ehliyet itibariyle hangi borçlular hakkında aciz usulü başlatılacağı (m.4/2-a)⁶⁹.
- b) borçluya ait malvarlığı kalemlerinden hangilerinin o usule dahil olacağı ve aciz usulünün açılmasından sonra borçlunun malvarlığına katılan değerlerin aciz usulüne dahil olup olmayacağı(m.4/2-b);
- c) borçlunun ve aciz idaresinin görev ve yetkileri (m.4/2-c);
- d) takas-mahsubun (*set-off*) şartları (m.4/2-d);
- e) aciz usulünün açılmasının borçlunun taraf olduğu akitlere etkisi (m.4/2-e);
- f) derdest davalar hariç, aciz usulünün bireysel usuller üzerinde etkisi (m.4/2-f);
- g) aciz usulünde yazdırılabilecek alacaklar ile aciz usulünün açılmasından sonra doğan alacakların durumu (m.4/2-g);
- h) alacakların yazdırılması, incelenmesi ve kabulü (m.4/2-h);
- ı) paraların paylaşılması, alacakların sırası, aciz usulünün açılmasından sonra alacağını bir aynî hak ya da takas-mahsup sebebiyle kısmen almış alacaklıların hakları (m.4/2-i);
- j) özellikle konkordato ile olmak üzere, aciz usulünün sona ermesi şartları ve hükümleri (m.4/2-j);

⁶⁸ Ayrıca bkz. KELLY (dn.54), 3.

⁶⁹ Örneğin, borçlunun iflâsa tâbi kişilerden olup olmadığına (iflâs yeteneği) ilişkin hukukî sorunlar.

- k) aciz usulünün sona ermesinden sonra alacaklıların hakları (m.4/2-k);
- l) aciz usulü süresince yapılan masraf ve harcamalara kimin katlanacağı (m.4/2-l);
- m) tüm alacaklıların zararına olan hukukî işlemlerin hükümsüzlüğü, iptali veya dermeyan edilebilirliğine (m.4/2-m) ilişkin hukukî sorunlar, aciz usulünü açan mahkemenin iç hukukuna ait hükümlerinin uygulama alanına girmektedir.

2. Yeknesak Hükümlere Konu Edilen Hukuki Sorunlar

Tüzük, aciz usulünü, kural olarak, onu açan üye devletin hukukuna bağlarken pek çok hukuki sorun hakkında sınır aşıcı aciz usullerine özgü yeknesak kurallar öngörerek ilgili hukuki sorun kategorilerini uygulanacak hukukun sınır aşıcı nitelik taşımayan aciz usullerine uygulanan hükümlerinin uygulama alanı dışında bırakmıştır. Sınır aşıcı aciz usulleri söz konusu olduğunda üye devletlerin sınır aşıcı nitelik taşımayan aciz usulleri için sevk ettiği kurallar, yeknesak hükümlere konu yapılmış aşağıdaki hukuki sorunlar hakkında uygulanmayacaktır.

Mülkiyeti Muhafaza Kayıtları (*Reservation/Retention of Title Clauses*). Alıcı hakkındaki aciz usulü, açıldığı anda diğer üye devletlerin ülkesinde bulunan malvarlığı kalemleri üzerinde satıcının mülkiyeti muhafaza kaydı sebebiyle sahip olduğu hakları etkilemeyecektir (m.7/1). Satıcı hakkındaki aciz usulünün ise, malın tesliminden sonra açılmış ve satılan malın aciz usulünün açıldığı anda başka bir üye devletin ülkesinde bulunuyor olması şartlarıyla, satım sözleşmesinin sona ermesi ya da feshi sebebi teşkil etmeyeceği ve alıcının satılan malın mülkiyetini kazanacağı kabul edilmiştir (m.7/2). Ancak, bu hüküm, mülkiyeti muhafaza kaydının hükümsüz veya iptale tâbi olduğu ya da dermeyan edilemeyeceği iddiasıyla (m.4/2-m) dava açılmasına engel değildir. Bu halde anılan hukukî sorunlar, aciz usulünü açan üye devletin hukukuna göre araştırılacaktır (m.7/3).

Borçluya Yapılan Ödemeler (*Honouring of An Obligation To A Debtor*). Aciz usulünün bir üye devletin ülkesinde açılmasından sonra, borçlunun borçlusunun diğer bir üye devletin ülkesinde borçluya yaptığı

ödemenin aciz idaresine karşı geçerli kabul edilebilmesi ve onu borçtan kurtarabilmesi (*discharge*), ancak borçlunun borçlusunun borçlu hakkında aciz usulünün açıldığını bilmemesi halinde mümkündür (m.24/1). Bu konuda kıstas, ödemenin aciz usulünü açan kararın ilânından ve aciz idaresini atayan kararın ilgili üye devletin ülkesinde yayınlanmasından (m.21/1) önce yapılıp yapılmadığıdır. Ödeme, aciz usulünü açan kararın ilânından ve aciz idaresini atayan kararın ilgili üye devletin ülkesinde yayınlanmasından (m.21/1) önce yapılmışsa, aksi ispat edilmedikçe, borçlunun borçlusunun aciz usulünün açıldığından haberi bulunmadığı kabul edileceğinden, borçlunun borçlusu aciz idaresine karşı da borçtan kurtulmuş olacaktır. Yayın ve ilandan sonra yapılan ödemede ise, borçlunun borçlusunun aciz usulünün açıldığından haberi olduğu varsayılacak olmakla birlikte, aksinin ispatı yolunun yine açık tutulduğu belirtilmelidir (m.24/2).

Topluluk Patent, Marka ve Tasarımları. Topluluk patentleri, Topluluk markaları ve AT Hukukuna uygun olarak tesis edilmiş benzer hakların hangi aciz usulüne dahil olacağı hukuki sorunu AT Aciz Usulleri Tüzüğü m.12 uyarınca bunların borçlunun temel menfaatlerinin merkezinin bulunduğu üye devletin ülkesinde açılmış (ana) aciz usulüne (m.3/1) dahil olduklarının kabulü ile çözülmüştür. Topluluk tasarımları ise, 12 Aralık 2001 tarihli ve 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımları Tüzüğü⁷⁰ ile yine borçlunun temel menfaatlerinin merkezinin bulunduğu üye devletin ülkesinde açılan aciz usulüne dahil kabul edilmiştir (m.31/1)⁷¹.

Üçüncü Kişilere Ait Aynî Haklar. Aciz usulü, açıldığı anda diğer üye devletlerin ülkesinde bulunan, borçluya ait, belirli veya zaman içinde değişen belirsiz mallardan oluşan mal toplulukları⁷² dahil, maddi var-

⁷⁰ Council Regulation (EC) No.6/2002 of 12 December 2001 on Community Designs, *OJ L 3*, 5.1.2002, 1-24.

⁷¹ Hakkında aciz usulü yürürlük kazanmış borçluya ait bir Topluluk tasarımının söz konusu olduğu hallerde, yetkili milli merciin talebi üzerine, bu durum İç Pazarı Uyumlaştırma Ofisi (Marka ve Tasarım) nezdindeki sicile kaydedilecek ve Topluluk Tasarımları Bülteninde yayınlanacaktır (m.31/3; m.12; m.2).

⁷² 1995 Sözleşmesi Tasarısında ihmal edilen bazı aynî haklar, örneğin yüzen yük (*floating charge*), Tüzüğün bu düzenleme tarzı ile hükmün uygulama alanına dahil edilmiştir.

lığı olan veya olmayan (*tangible-intangible*), menkul veya gayrimenkul mallar üzerinde üçüncü kişilerin ve alacaklıların sahip olduğu aynı haklar bakımından hukukî sonuç doğurmayacaktır (m.5/1).

Tüzük m.5/1'de sözü edilen haklardan, özellikle, m.5/2'de sayılan hakların anlaşılacağı belirtilmiştir. Bunlar, a) özellikle, ipotek veya hapis hakkına dayanarak malı paraya çevirme veya paraya çevirttirerek satış bedelinden veya gelirinden alacağı tahsil etme hakkı; b) özellikle, hapis hakkı veya bir alacağın teminat için temlik ile teminat altına alınmış alacağın ödenmesi hususunda münhasır talep hakkı; c) yetkili tarafın arzusu hilâfına malları kullanan kişi veya zilyetten, malı talep etme ve/veya tazminat isteme hakkı; ve, d) maldan faydalı yararlanma hakkı veren aynı haklardır (m.5/2). Bunların yanısıra, bir kamu siciline tescil edilmiş ve üçüncü kişilere karşı dermeyeran edilebilen ve m.5/1 anlamında üzerinde aynı hak tesis edilebilen haklar da aynı hak olarak kabul edilmiştir (m.5/3).

Ancak, üçüncü kişilere veya alacaklılara ait olup, aciz usulünün açılmasından etkilenmeyen aynı hakların hükümsüzlüğü, iptale tâbi olduğu veya dermeyeran edilemeyeceği iddiasıyla dava açılması mümkün olup (m.5/4), bu halde anılan hukuki sorunlar, aciz usulünü açan üye devletin hukukuna göre araştırılacaktır (m.4/2-m).

Öte yandan, ödeme ve menkul kıymet mutabakat sistemleri söz konusu olduğunda, bir sistem katılımcısının aczi halinde dahi sistemin mutabakata açık bulundurulması arzu edilmektedir. Bu husus, aciz usulünün munzam karşılık teminatı üzerinde hukukî sonuç doğurması ile mümkündür⁷³. Bu itibarla, Nihai Mutabakat Direktifinde, her türlü munzam karşılık teminatı sözleşmelerinde, teminat veren⁷⁴ aczi halinde, teminat alanın⁷⁵ haklarının aciz usulünden etkilenmeyeceği; aciz usulüne rağmen, munzam karşılık teminatının paraya çevrilebileceği kabul edilmiştir (m.9/1).

⁷³ NIEROP, E./STENSTRÖM, M., *Cross Border Aspects of Insolvency, Proceedings For Credit Institutions-A Legal Perspective*, International Seminar on Legal and Regulatory Aspects of Financial Stability, Basel, Switzerland, 21-23 January 2002, European Central Bank, <http://www1.worldbank.org/finance/assets/images/Nierop_Stenstrom_pdf>, 16.

⁷⁴ Bir katılımcı, üye devlet merkez bankalarının karşı tarafı veya Avrupa Merkez Bankasının karşı tarafı.

⁷⁵ Bir katılımcı, üye devlet merkez bankası veya Avrupa Merkez Bankası.

Denkleştirme Kuralları. Tüzük, alacaklıların eşitliği ilkesini (*par conditio creditorum*) gerçekleştirme amacıyla iki denkleştirme kuralına (*hotchpot rules*) yer vermektedir⁷⁶. İlk olarak, ana usulün açılmasından sonra, borçluya ait ve fakat başka bir üye devletin ülkesinde bulunan bir malvarlığı kalemi üzerinden alacağını özellikle icra yoluyla olmak üzere herhangi bir yolla, kısmen ya da tamamen almış alacaklılar, m.5 ve m.7 hükümleri saklı kalmak üzere, elde ettikleri menfaati aciz idaresine iade ile yükümlü tutulmuştur (m.20/1). İkinci olarak, AB bünyesinde başlamış birden fazla aciz usulüne alacağını yazdıran bir alacaklıya bunlardan herhangi birisinden ödeme yapılması halinde, diğer aciz usulünün aynı kategori veya sırada bulunan alacaklılarına aynı oranda ödeme yapılmadığı sürece o alacaklının diğer aciz usulünde yapılan paylaştırmaya katılmasına müsaade edilmemiştir (m.20/2).

Bilinen AB Alacaklılarına Şahsen Bildirim. Aciz Usulleri Tüzüğü, AB alacaklıları olarak nitelendirebileceğimiz bazı alacaklılara bildirim hususunu özel olarak teminat altına almaktadır. Aciz usulünü açan üye devlet hukukunun mahalli alacaklıları kayıran düzenleme ve uygulamaları bulunması ihtimaline karşı AB alacaklılarının eşitlerarası eşitlik esası çerçevesinde aynı hukuki durumda bulundurulması amaçlanmıştır (m.40/1). Bu alacaklılar, mutad meskeni, ikametgâhı veya tescil edilmiş merkezi (idare merkezi) AB'nde bulunan alacaklılardır. Teminat, aciz usulünü açan mahkeme ile aciz idaresinin, AB alacaklılarına şahsen bildirimde bulunma yükümlülüğüne müncerdir. Aciz usulü açılır açılmaz, yetkili mahkeme ya da aciz idaresi, ikametgâhı, mutad meskeni veya tescil edilmiş merkezi (statüdeki idare merkezi) diğer üye devletlerin ülkesinde bulunan bilinen alacaklılara derhal şahsen bildirimde bulunacaktır (m.40/1 ve 2)⁷⁷. İkametgâhı, mutad meskeni veya tescil edilmiş merkezi aciz usulünün açıldığı üye devletin ülkesinde bulunan alacaklılar ile, AB üyesi olmayan devletlerin ülkesinde bulunan bilinen alacaklılar bakımından ise, şahsen bildirim öngörülmediği gibi, bildirimle ilişkin tüm hukuki sorunlar aciz usulünü açan üye devletin hukukuna tâbi olacaktır.

⁷⁶ FLETCHER (dn.37), 185. Denkleştirme kurallarının muhtelif görünümleri için bkz. İstanbul Sözleşmesi m.5, m.24; İİK Nizamnamesi m.51; İsviçre IPR-G m.172/3.

⁷⁷ Bildirimde, süre sınırlamaları, uyulmaması halinde cezalar, alacakların yazdırılacağı kişi/organ ve diğer hukukî tedbirlere ilişkin hususlar yer almaktadır (m.40/2).

Alacakların Yazdırılması. Aciz usulünü açan üye devlet hukukunun mahalli alacaklıları kayıran düzenleme ve uygulamalara sahip olduğu ihtimalde diğer alacaklıların hukuki durumunun teminat altına alınması amacıyla Tüzük m.32 sevk edilmiştir. Buna göre, üye devletlerin vergi ve sosyal güvenlik kurumları dahil tüm alacaklılar alacaklarını üye devlet ülkelerinde açılan ana veya tali aciz usullerine yazdırabileceklerdir (m.32/1)⁷⁸. Hükmün önemi, uzun yıllar milletlerarası özel hukukta hâkim olan, alacaklılar arasında kamu alacaklarının varlığının aciz usulünü açan karara başka devletlerin ülkesinde etki tanınmasına engel olduğu yaklaşımını⁷⁹ bertaraf etmesi ve bunun yanı sıra daha da ileri giderek, Tüzüğün uygulama alanı ile sınırlı olsa da, bu alacakların aciz usulünde diğer alacaklar gibi muamele göreceğini kabul etmesinde yatmaktadır.

Alacaklının, üye devletlerin vergi ve sosyal güvenlik makamları dahil, ikametgâhının, mutad meskeninin ya da tescil edilmiş merkezinin aciz usulünün açıldığı üye devletten başka bir üye devletin ülkesinde bulunduğu hallerle sınırlı olarak, yazılı başvurusuna da cevaz verilmiştir (m.39). Diğer alacaklıların yazılı olarak başvurup başvuramayacağı ise, aciz usulünü açan üye devletin hukukunun (*lex fori concursus*) cevap vereceği bir hukuki sorun olarak bırakılmıştır.

Ana ve tali aciz idaresi kendisine yazdırılan alacakları, alacaklılarının menfaatleri olduğu takdirde, diğer aciz usulüne de yazdırma yükümlülüğü altındadır. Bununla birlikte, uygulanacak hukukun cevaz vermesine bağlı olarak münferit alacaklının bu hususa itiraz veya kendi alacağının yazdırılması için yapılan talebi geri çekme yetkisi vardır (m.32/2).

Aciz İdarelerinin Koordinasyon ve Haberleşme Ödevi. Ana usul ile tali usullerin aynı zamanda yürürlük kazanmasından beklenen fayda, bu usuller arasında koordinasyonun sağlanması suretiyle borçlunun malvarlığının verimli bir şekilde paraya çevrilmesinin teminidir. Hu-

⁷⁸ Alacaklı, varsa, alacağı tevsik eden belgelerin bir örneğini de ekleyecek, alacağın niteliğini, doğduğu tarihi, miktarını, imtiyazlı ya da bir aynî hakla temin edilmiş olup olmadığını, mülkiyeti muhafaza iddiası bulunup bulunmadığını ve iddia edilen hakkın hangi malvarlığı kalemlerine şamil olduğunu bildirecektir (m.41).

⁷⁹ GÜNEYSU-GÜNGÖR, G., *Milletlerarası Özel Hukukta İflâs*, Ankara 1995, 103-104.

kukî yardımlaşma ne kadar sıkı ise, teklik idealine de o kadar yaklaşılacağı dile getirilmektedir⁸⁰. Bu ideale yakınlaşmak için Tüzük, bilgi akışını sınırlayan kurallar saklı kalmak şartıyla, ana ve tali usulün aciz idareleri için karşılıklı haberleşme ve yardımlaşma yükümlülüğü getirmiştir. İlk olarak, aciz idareleri karşılıklı yardımlaşma yükümlülüğü altındadır (m.31/2), özellikle tali aciz idaresi, mahallî malların tasfiyesi ve kullanılması (örneğin, işletilmesi) hususunda ana aciz idaresine öneri sunma imkânını erkenden vermekle yükümlüdür (m.31/3). İkinci olarak, aciz idareleri birbirlerine yararlı bilgileri, özellikle alacakların yazdırılması ve incelenmesinde ulaşılan aşama ile aciz usullerini sona erdirme amacıyla alınan tüm tedbirlere ilişkin bilgiyi gecikmeksizin diğerine iletmekle ödevlidir (m.31/1).

C- Yetkili Hukukun Uygulama Alanına Girmeyen Hukukî Sorunlar ve “Yeknesak Özel Bağlama Kuralları”

Bazı hukuki sorun kategorileri yeknesak özel bağlama kurallarına konu yapılarak yetkili hukukun (*lex fori concursos*) uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Ancak, Nihaî Mutabakat Direktifi hükümlerinin Tüzük’de yer alan yeknesak özel bağlama kurallarına göre yetkili olan hukukun uygulama alanını da sınırlandırabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

Alacaklılara veya Üçüncü Kişilere Ait Ayni Haklar. Aciz usulünün açıldığı anda diğer üye devletlerin ülkesinde bulunan ve m.5/1 anlamında üzerinde ayni hak tesis edilebilen, alacaklılara veya üçüncü kişilere ait haklar da, sicil yeri hukukuna uygun olarak kamu sicillerine tescil edilmek ve üçüncü kişilere karşı dermeyeran edilebilmek şartıyla diğer üye devletlerin ülkesinde de aynî hak olarak kabul edilecektir (m.5/3)⁸¹. Bu itibarla, üçüncü kişilere ve alacaklılara ait sicile kayıtlı hakların ayni hak vasfının sicil tutulduğu yer hukukuna göre araştırılacağını söyleyebiliriz.

Öte yandan, Nihaî Mutabakat Direktifi uyarınca, menkul kıymetlerin ve/veya menkul kıymetlerdeki hakların, katılımcılara ve/veya üye devlet merkez bankalarına veya Avrupa Merkez Bankasına, munzam karşılık teminatı olarak gösterildiği hallerde, teminat alanın (veya

⁸⁰ PAULUS (dn.54), Par. B/I/2.

⁸¹ Rehin, ipotek, hapis hakkı, yüzen yük vs.

bunlar hesabına hareket eden atanmış kişi, temsilci veya üçüncü kişinin) hukuka uygun olarak bir üye devletin ülkesindeki sicile veya hesaba ya da merkezî mevduat sistemine kaydedilmiş menkul kıymetler itibariyle hakları⁸² ile, bunların o menkul kıymetler itibariyle munzam karşılık teminatı hakkı sahibi olarak tespitine ilişkin hukukî sorunlar, sicilin, hesabın veya merkezî mevduat sisteminin bulunduğu üye devletin hukukuna tâbidir (m.9/2).

Takas-Mahsup.Nihaî Mutabakat Direktifinin özel hükümleri saklı kalmak üzere, alacaklıların takas-mahsup (*set-off*) taleplerinin kabulü, borçlunun alacağını idare eden hukukun cevaz vermesi şartına bağlanmıştır (m.6/1). Borçlunun alacağını idare eden hukuk cevaz veriyorsa, alacaklılar, aciz usulünün açıldığı halde de takas-mahsup talebinde bulunabilirler. Takas-mahsuba konu edilen alacakların hükümsüzlüğü, iptale tâbi olup olmadığı veya dermeyeran edilebilirliği (m.4/2-m) ise, ayrı hukuki sorunlar olarak aciz usulünü açan üye devletin hukukuna (*lex fori concursos*) tâbidir (m.6/2).

Öte yandan, gerek mahalli gerek sınır aşıcı ödeme ve menkul kıymet mutabakat sistemlerini konu edinen Nihaî Mutabakat Direktifi hükümleri, hem Tüzük m.4'de öngörülen aciz statüsünün (*lex fori concursos*) hem de ödeme ve mutabakat sistemleri ile finansal piyasaları idare eden yetkili hukukun (Tüzük m.9) uygulama alanını sınırlandırmaktadır. Bu bağlamda, ödeme ve mutabakat sistemleri çerçevesinde finansal piyasalarda yapılan ve takas-mahsup niteliği taşıyan bir işlem olan netleştirme (*netting*) Nihaî Mutabakat Direktifinde ayrıca ve özel olarak düzenleme alanı bulduğundan, düzenlenen hususlarda takas-mahsup hususunda genel olarak yetkili bulunan aciz usulünün açıldığı üye devletin hukuku (*lex fori concursos*) değil, Nihaî Mutabakat Direktifi hükümleri uygulanacaktır. Buna göre, bir katılımcı hakkında aciz usulünün açılmasından önce geçerli olarak tamamlanmış netleştirme hiç bir suretle bertaraf edilemez (m.3/2). Sistem katılımcılarından biri hakkında aciz usulünün açılması halinde de, bazı şartlarla netleştirme ile transfer emirleri icra edilebilir. Transfer emri aciz usulünün açılmasından (m.6/1)⁸³ önce sisteme girilmişse⁸⁴ üçün-

⁸² Directive on Settlement Finality in Payment and Securities Settlement Systems of 19/5/1988, <http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/payment/d...>, 2-3.

⁸³ Nihaî Mutabakat Direktifi m.6/1 uyarınca aciz usulü, ilgili adlî veya idarî makamın kararını verdiği anda açılmış sayılır.

cü kişileri bağlayacaktır (m.3/1 par.1). Transfer emrinin, aciz usulünün açılmasından sonra ve fakat aynı gün sisteme girildiği ve o gün içinde icra edildiği hallerde ise, mutabakatı takiben, mutabakat temsilcisi, merkezi karşı taraf ya da kliring ofisi aciz usulünün açılmasından haberdar olmadığını veya olması gerekmediğini ispat ettiği takdirde, emrin yine üçüncü kişilere karşı dermeyan edilebileceği, bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir (m.3/1 par.2).

Ödeme Sistemleri ve Finansal Piyasalar. Aciz usulünün, finansal piyasalara, ödeme sistemlerine (*payment systems*) ve mutabakat sistemlerine (*settlement systems*) taraf olan kişilerin hak ve borçları üzerindeki hukuki sonuçları, kural olarak, ilgili ödeme ya da mutabakat sistemini veya finansal piyasayı idare eden üye devletin hukukuna göre araştırılacaktır (m.9/1). Bununla birlikte, Tüzük madde beş uyarınca, üçüncü kişilerin veya alacaklıların sahip olduğu aynî haklara ilişkin hukuki sorunlar bu hukukun uygulama alanı dışında kalmaktadır. Öte yandan m.9/1 hükmü, tamamlanmış hukukî işlemlerin veya yapılmış ödemelerin hükümsüz veya iptale tâbi ya da dermeyan edilemeyeceği iddiasıyla dava açılmasına da engel değildir (m.9/2). Genel kuraldan (m.4/2-m) farklı olarak, bu halde anılan hukuki sorunlar aciz usulünü açan üye devletin hukukuna göre değil, ilgili ödeme sistemi, mutabakat sistemi veya finansal piyasayı idare eden hukuka göre araştırılacaktır (m.9/2). İlgili sistem veya finansal piyasayı idare eden hukukun cevaz vermesi şartına bağlı olarak, tamamlanmış hukuki işlemlerin veya yapılmış ödemelerin bertaraf edilmesi mümkündür. Bununla birlikte, Nihaî Mutabakat Direktifi, ilgili ödeme veya menkul kıymet mutabakat sistemini idare eden hukuku belirlediği gibi, üye devlet hukuklarına mahalli ve sınır aşıcı mutabakat sistemlerine uygulanmak üzere intikal eden hükümlerinin yetkili hukukun uygulama alanını sınırlandırabileceği de unutulmamalıdır.

Nihaî Mutabakat Direktifine göre, ödeme ve menkul kıymet mutabakat sistemlerini idare eden hukuk, sistem katılımcılarının seçtiği üye devletin hukukudur. Ancak, hukuk seçimi imkânı sınırlı olarak tanın-

84 Transfer emirlerinin ne zaman sisteme girilmiş sayılacağını sistem kuralları idare eder. Bununla birlikte, mutabakat sistemini idare eden hukuk bu konuda bazı şartlar öngörüyorsa, sistem kurallarının bu şartlara uygun olması gereği vardır (m.3/3). Yine, sistem kurallarının öngördüğü andan sonra, sistemdeki hiç bir katılımcı veya üçüncü kişi transfer emrini geri alamaz (m.5).

mıştır. Katılımcılardan en az birinin idare merkezinin, hukuku seçilen üye devletin ülkesinde bulunması lüzumu vardır (m.2/a-ii). O halde hukuk seçimi, a)ancak bir üye devletin hukukunun yetkili hukuk olarak seçilmesi; ve, b)en az bir katılımcının idare merkezinin de, hukuku seçilen üye devletin ülkesinde bulunması ile sınırlı olarak tanınmıştır. Mutabakat sistemi katılımcılarından birinin aczi usulünün açılması halinde, katılımcının sistemden doğan hak ve borçlarına ilişkin hukuki sorunlar ile sisteme katılımına ilişkin hak ve borçlarına ilişkin hukukî sorunlar, sistemi idare eden üye devletin hukukunun uygulama alanına dahildir (m.8). Bununla birlikte, aciz usulü, bir katılımcı hakkında aciz usulünün açılmasından (m.6/1) önce katılımcının sisteme katılımından doğmuş, veya sisteme katılımına ilişkin olan hak ve borçları üzerinde hukukî sonuç doğurmayacaktır (m.7)⁸⁵. Nihaî Mutabakat Direktifi, hukuk seçimi bulunmayan hallerde, hangi hukukun uygulanacağı hususunda bir hüküm getirmemiştir. Ancak üye devletler, Nihaî Mutabakat Direktifinin uygulama alanına giren sistemleri ve m.6/2'ye uygun olarak ülkelerinde belirledikleri milli merciyi Komisyona bildirmek durumundadır (m.10/1, m.6/2). Bu bildirimde hangi üye devletin hukukunun her bir sistem itibariyle katılımcılara (muhtemel dolaylı katılımcılar ve katılımcı değişiklikleri dahil) uygulanacak hukuk olarak seçildiğinin gösterilmesi zorunluluğu bulunduğundan (m.10 par.2), objektif bağlama aşamasına geçilmesi zayıf bir ihtimal olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, bu ihtimal yine de vardır. AB üyesi olmayan bir devletin hukukunun veya katılımcıların idare merkezinin bulunmadığı bir üye devletin hukukunun seçilmesi başlangıçta önlenbilirse de, hukuk seçiminin geçersizliği sonucunu doğuracak diğer haller için, örneğin, hukuku seçilen üye devletin ülkesinde başlangıçta sadece bir katılımcının idare merkezinin bulunduğu ve o katılımcının da idare merkezini sonradan başka bir üye devletin ülkesine veya üye olmayan bir devletin ülkesine naklettiği ihtimalde olduğu gibi, yeknesak bir objektif bağlama kuralı sevk edilmesi yararlı olurdu. Zira, bu direktifte özel hüküm bulunmayan hukukî sorunlara Tüzük uygulanacağı ve Tüzük m.9/1'de öngörülen özel yeknesak bağlama kuralı da mutabakat sistemini idare eden hukuka gönderme yapmakla yetindiğinden hukukî sorun üye devlet hukuklarına terkedilmek suretiyle ortada bırakılmıştır. Mevcut durumda, hukuk seçiminin geçersiz olduğu hallerde, aciz usulünü

⁸⁵ Ayrıca bkz. NIEROP/STENSTRÖM (dn.73), 16.

açan üye devletin hukukuna göre yetkili olan hukukun uygulanacağı söylenebilir. Ancak, bu hukukun uygulama alanının da Nihaî Mutabakat Direktifinde yer alan ve üye devlet hukuklarına hem mahalli hem de sınır aşıcı mutabak sistemlerine uygulanmak üzere intibak etmiş yukarıda incelediğimiz hükümlerle sınırlı olduğu unutulmamalıdır⁸⁶.

Üçüncü Kişi Alıcının Korunması. Aciz usulünün açılmasından sonra borçlunun, ivazlı olarak, bir taşınmaz, kamu siciline tescile tâbi bir gemi ya da uçak, veya mevcudiyeti tescil şartına bağlı menkul kıymetler (varakasız menkul kıymetler/kaydî menkul kıymetler/*book-entry securities*)⁸⁷ üzerinde tasarruf ettiği hallerde, anılan malvarlığı kalemlerini konu edinen tasarruf işlemlerinin geçerliliğine ilişkin hukuki sorunlar, taşınmazın bulunduğu veya sicilin otoritesi altında tutulduğu yer hukukuna bağlanmıştır (m.14). Anılan tasarruf işlemlerinin geçerliliğinin sicilin tutulduğu yer hukukuna bağlanmasıyla, Tüzük, ilk olarak, bir kamu siciline kayıtlı taşınmaz mallar ile gemi ve uçakları sicil yeri ülkesinde kabul ederek *lex rei sitae* kuralını teyit etmektedir. İkinci olarak, varakasız/kaydî menkul kıymetleri konu edinen tasarruf işlemlerinin geçerliliğine ilişkin hukukî sorunların da sicilin tutulduğu devletin hukukuna bağlanmasıyla, bunlar bakımından, *lex rei sitae* kuralının kıymetli evrak hukuku alanında bir çeşitlemesi olan *lex cartae sitae*⁸⁸ kuralının teyidinin yanısıra, maddî varlığı olmayan varakasız/kaydî menkul kıymetlerin nerede bulunuyor (*situs*) sayılacağına da ışık tutulmuştur. Tüzük uygulamasında, varakasız/kaydi menkul kıymetler, kayıtlı oldukları sicilin otoritesi altında tutulduğu devletin ülkesinde bulunuyor sayılacaktır.

Derdest Davalar (*Lawsuits Pending*). Aciz usulünün, borçlunun üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlandığı bir mal ya da hakkı konu edinen derdest davalar üzerindeki hukukî sonuçları, bu bağlamda, derdest

⁸⁶ Örneğin, Nihaî Mutabakat Direktifi m.3, m.7, m.9 hükümleri.

⁸⁷ Varakasız menkul kıymetlerin türleri ve özellikleri hakkında bkz. TURANBOY, A., *Varakasız Kıymetli Evrak*, Ankara 1998, 76 vd.; ayrıca konu hakkında bkz. TEKİNALP, Ü., *Evraksız Kıymetli Evrak veya Kıymet Haklarına Doğru*, BATİDER, 1988, C.XIV, 3, 8-15.

⁸⁸ *Lex cartae sitae* kuralı hakkında ayrıca bkz. TEKİNALP, G., *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul 2002, 254 vd.; NOMER, E., *Devletler Hususi Hukuku*, B.11, İstanbul 2002, 202,256; ÇELİKEL, A., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. (Tıpkı) Bası, İstanbul 1997, 230.

davaların aciz usulünün açılması ile durması veya devamına ilişkin hukukî sorunlar, milletlerarası özel hukukta yerleşik anlayışa uygun olarak davanın açıldığı üye devletin hukukuna (*lex fori*) bağlanmıştır (m.15)⁸⁹.

Alacaklıların Zararına Hukukî Fiil ve İşlemlerde Karşı Tarafın Korunması. Aciz usulünün açılmasından önce, bazı hukuk düzenlerinde «şüphe süresi» (*suspect period*) olarak anılan dönemde⁹⁰, borçlunun girişmiş olduğu hukukî fiil ve işlemlerin (*suspect period actions*) hükümsüzlüğü, iptali veya dermeyan edilebilirliğine ilişkin hukuki sorunlar, kural olarak, aciz usulünü açan üye devletin hukukuna bağlanmıştır (m.4/2-m). Ancak Tüzük, hukuki fiil veya işlemin karşı tarafının menfaatini de koruma amacıyla bir istisna kuralı sevk etmiştir (m.13). On üçüncü maddede öngörülen istisna kuralı ile, hukuki fiil veya hukuki işlemde hukukî yarar sağlayan kişiye özel bir defa ileri sürebilme imkânı tanınmaktadır. Bertaraf edilmesi talep edilen hukuki fiil veya hukukî işlemin esasına uygulanacak hukuk, aciz usulünü açan üye devletin hukukundan başka bir üye devletin hukuku olup bu hukuk o hukukî fiil veya işleme o halde saldırılmasına cevaz vermiyorsa, aciz usulünü açan üye devletin hukuku aksini öngörüyor olsa da, hukuki fiil ya da işlemin bertaraf edilmesi kabul edilmemiştir. İspat yükü, hukuki fiil veya işlemde hukukî yarar sağlayan kişiye yüklenmiştir.

İş Akitleri. İşçiyi ve istihdamı koruma amacıyla⁹¹, aciz usulünün açılmasının borçlunun taraf olduğu iş akitleri ve iş ilişkileri üzerindeki hukuki sonuçları, iş akdini idare eden üye devletin hukuka bağlanmıştır (m.10)⁹². Mevcut durumda, aciz usulünün açılması halinde iş akitlerinin sona erip ermeyeceği ile her halükarda tarafların hak ve

⁸⁹ Doktrinde bir görüşe göre on beşinci madde *lex rei sitae* kuralının bir görünümüdür. Bkz. JOHNSON, G.W., *The European Convention on Insolvency Proceedings: A Critique of the Convention's Corporate Rescue Paradigm*, INSOL International Insolvency Review, C.5/1 (1996), 92.

⁹⁰ Örneğin, aciz usulünün açılması talebinin yapıldığı veya aciz usulünü açan kararın verildiği andan önce.

⁹¹ Tüzük, Preamble, Par.28.

⁹² Bkz. Akdî Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme (Roma Sözleşmesi) m.6. Roma Sözleşmesinin İngilizce metni için bkz. "Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome, 19 June 1980)", *Uniform Law Review* (1991/I), 68-113.

borçlarına ilişkin hukuki sorunlar iş akdini idare eden üye devletin hukukunun uygulama alanına girecektir. Buna karşılık, işçi alacaklarının sırası ile imtiyazlı olup olmadığı konuları, aciz usulünü açan üye devletin hukukuna göre araştırılacak hukuki sorunlardır⁹³.

Taşınmaz Mallara İlişkin Akitler. Taşınmaz malların iktisabı veya taşınmaz maldan yararlanma hakkı veren akitler üzerinde aciz usulünün açılmasının hukuki sonuçlarını, taşınmazın bulunduğu üye devletin hukuku idare edecektir (m.8)⁹⁴.

V. Tali Usule İlişkin Özel Hükümler

A- Tali Usulün Açılması Talebi

Tali usulün açılması pek çok nedenle istenebilir. Bunlardan ilki ve belki de en önemlisi, mahalli alacaklıların menfaatinin korunmasıdır. Ancak, tali usul, mahalli alacaklıların menfaatinin korunmasının yanı sıra başka amaçlarla da açılabilir. Borçlunun malvarlığının tek bir birim olarak idare edilemeyecek kadar karmaşık olması veya ilgili üye devlet hukukları arasında farklılıklar sebebiyle ana usulün hukuki sonuçlarının borçlunun malvarlığı kalemlerinin bulunduğu ilgili üye devletlerin ülkesine teşmilindeki güçlük de, ana aciz idaresinin borçlunun mamelekinin etkili olarak idaresi için gerekli olduğu takdirde tali usul talebine karar vermesinde etkili olabilecek sebeplerden bazılarıdır⁹⁵. Ana usuldeki aciz idaresi ya da tali usulün açılacağı üye devletin hukukuna göre o usulün açılmasını talep edebilecek kişi ve merciler tali usulün açılmasını talep etmeye yetkilidir (m.29). Tali usullerin açılması, yeni evrensellik anlayışına «kontrollü» olma özelliğini veren husustur.

B- Tali Usulün Açılması Sebebi

Ana usulün açılması ve buna bağlı olarak üye devletlerin ülkesinde kendiliğinden hukukî sonuç doğurması, borçlunun işletmelerinin bulunduğu üye devletin ülkesinde tali bir usulün açılması için yeterlidir

⁹³ Tüzük, Preamble, Par.28.

⁹⁴ Bkz. Roma Sözleşmesi m.9.

⁹⁵ Tüzük, Preamble, Par.19.

(m.27 c.1). Borçlunun, işletmelerinin bulunduğu ilgili üye devletin ülkesinde, acz haline düşmüş olması, örneğin, pasifinin aktifinden fazla olması ya da ödemelerini tatil etmiş olması aranmayacaktır. Ana usulün, örneğin ana iflâsın varlığı, tali bir iflâsın açılması bakımından yeterlidir (doğrudan iflâs sebebi). Bu örnekte, tali iflâs, doğrudan bir iflâs yolu olma özelliğini haizdir.

C- Tali Usulün Özellikleri

Aciz Usulleri Tüzüğü Ek (B)'de sayılan tasfiye usullerinden biri olmak zorunda olan (m.27 c.2) tali usul, çoğalmaya da elverişlidir. Tali usulün birden fazla üye devletin ülkesinde açılması mümkündür (çokluk ilkesi). Bu nedenle, tali usul mülkî olup, hukukî sonuçlarını kural olarak açıldığı üye devletin ülkesinde ve sadece mahallî mallar üzerinde doğurabilir (m.27 c.3)⁹⁶. Tali usule girecek malvarlığı değerleri tali usulün açıldığı üye devletin ülkesinde bulunanlar ile tali usulün açılmasından sonra ülke dışına çıkarılanlarla sınırlıdır.

D- Tali Aciz İdaresinin Görev ve Yetkileri

Tali usulün mahalli olmasına bağlı olarak, tali aciz idaresi de, kural olarak, sadece mahallî mallar üzerinde yetkiyi haizdir (m.3/2 c.2); görev ve yetkilerini ülke dışında kullanamaz (mülklik ilkesi). Tali usulün açılmasından sonra ülke dışına çıkarılarak başka bir üye devletin ülkesine götürülen menkul malları dava yolu veya dava dışı yollarla talep yetkisi, bunun istisnasıdır (m.18/2 c.1). Bu amaçla, tali aciz idaresine, alacaklılarının menfaatine olan hallerde hukukî işlemlerin iptalini dava ve talep yetkisi verilmiştir (m.18/2 c.2). Öte yandan, menkul malın üçüncü bir devletin ülkesine götürülmesi haline ilişkin hüküm getirilmemiştir. Bunun sebebi, Tüzüğün, AB'nde açılan bir aciz usulünün AB dışı hüküm ve sonuçlarını düzenlemeyi amaçlamıyor olması olabilir. Bu nedenle, böyle hallerde tali aciz idaresinin ilgili malvarlığı kalemini dava yolu veya dava dışı yollardan talep yetkisi bulunup bulunmadığına ilişkin hukuki sorunlar ancak, kanunlar ihtilafı hukuku kuralları da dahil olmak üzere, malvarlığı kaleminin çıkarıldığı ve götürüldüğü devlet hukuklarının birlikte değerlendirilmesi neticesinde çözülebilecek hususlardır.

⁹⁶ Legislative History (dn.5), 3.

Tali usul mülkî olmakla birlikte, Tüzüğün, tali aciz idaresine, diğer aciz usullerine ve alacaklıların toplantılarına, alacaklı statüsünde katılma yetkisini verdiği de belirtilmelidir (m.32/3).

E- Tali Usulün Tasfiye Artığının Devri

Tali usulde, tali usule yazdırılan alacaklardan kabul edilenler ödenir. Mahalli malların paraya çevrilmesi ve tasfiye bedelinin tali usulün alacaklıları arasında paylaşılmasını takiben, kaldığı takdirde, tasfiye artığının borçluya değil, ana usule döndürülmesi kabul edilmiştir (m.35). Tali usulün tasfiye artığının ana usule devri, yeni evrensellik anlayışının evrenselliği asıl kabul eden özelliğinin bir sonucudur.

F- Tali Usul Tasfiyesinin Tatili

Ana usuldeki aciz idaresinin talebini alan tali usulü açan mahkeme, tali usul tasfiyesinin kısmen veya tamamen ve fakat üç aya kadar tatiline karar verecektir (m.33/1 c.1 ve 3)⁹⁷. Tatil, aynı süre ile uzatılabilir ya da yenilenebilir (m.33/1 c.4). Tali tasfiyenin tatili talebi, sadece, ana usulün alacaklılarının tasfiyenin tatilinde menfaati olmadığını aşikar olduğu halde reddedilebilir (m.33/1 c.2). Tasfiyenin tatiline karar verecek olan mahkeme, gerekli görürse, tali usulün alacaklılarının ve belirli alacaklı gruplarının menfaatini teminat altına alacak uygun hukukî tedbirlerin alınmasını ana aciz idaresinden isteyebilir (m.33/1 c.1).

Tasfiyenin tatili süresince, sadece ana aciz idaresi veya, onun rızasıyla borçlu, konkordato, kurtuluş planı (*rescue plan*) veya eş tedbirlerle tali usulün sona erdirilmesini teklif edebilir. Bunlar dışındaki kişi ve makamlar tarafından yapılan teklifler oylanamaz veya tasdik edilemez (m.34/3, m.34/1).

Tali usulü açan mahkeme, ana usuldeki aciz idaresinin talebi üzerine tatile son verecektir (m.33/2 c.1). Tatilin devamı hususunda, özellikle

⁹⁷ Buna karşılık, ana usul tasfiyesinin tatiline ilişkin karar, tali usulün açıldığı üye devletin ülkesi hariç, diğer üye devletlerin ülkesinde kendiliğinden hukukî sonuç doğuracaktır (m.17/1). Ayrıca bkz. BUFFORD, L./ADLER, L.D./BROOKS, B./KRIEGER, M., *International Insolvency*, Federal Judicial Center 2001, <<http://www.fic.gov/newweb/jnetweb.nsf/pages/377>>, 80.

ana veya tali usulün alacaklıları bakımından haklı sebep kalmamış ise, mahkeme, re'sen, alacaklılardan birinin talebi ya da tali aciz idaresinin talebi üzerine tatile son verecektir (m.33/2 c.2).

G- Tali Usulü Sona Erdiren Tedbirler

Tali usulü açan mahkemenin hukukuna göre, konkordato, kurtuluş planı veya eş tedbirlerle aciz usulünün tasfiyesiz sona ermesinin mümkün olduğu hallerde, ana usuldeki aciz idaresine bu tedbirleri teklif etme yetkisi verilmiştir (m.34/1 par.1)⁹⁸.

Tali usulün anılan tedbirlerle sona ermesinden ana usuldeki alacaklıların mali menfaatleri etkileniyorsa, ana usuldeki aciz idaresinin rızası olmadan tedbirin kesinleşmesine cevaz verilmeyerek ana usuldeki aciz idaresine bir çeşit veto yetkisi verilmiştir⁹⁹. Ana usuldeki aciz idaresinin rıza göstermediği hallerde, eğer alınacak tedbirler ana aciz usulünün alacaklılarının mali menfaatlerini etkilemiyorsa tedbirin kesinleşebileceği esası benimsenmiştir (m.34/1 par.2). Bu son halde, mahalli malların tasfiye bedeli tali usuldeki alacakların ödenmesine yetmiyorsa, ana usulün alacaklılarının mali menfaatlerinin örneğin konkordatonun tasdikinden etkilenmeyeceği söylenebilir¹⁰⁰. Tali usulde anılan tedbirlerin alacaklıların haklarına getirdiği hukuki sınırlamalar (örn.ödemelerin durması, ibra gibi) menfaati bulunan tüm alacaklıların rızası olmadığı sürece borçlunun tali usule dahil olmayan malvarlığı kalemleri üzerinde hukukî sonuç doğurmayacaktır (m.34/2). Menfaati olan tüm alacaklıların rıza göstermemesi, alınan hukuki tedbirin, borçlunun tedbirin alındığı/tali usulün açıldığı üye devletin ülkesindeki mevcudu ile sınırlı kalmasına müncerdir.

⁹⁸ Talî usul tasfiyesinin tatili sırasında ise, sadece ana usuldeki aciz idaresi ile, onun rızası ile borçluya, talî usulü sona erdiren tedbirlerin alınmasını teklif yetkisi tanınmıştır (m.34/3).

⁹⁹ The European Union Regulation on Insolvency Proceedings - Main and Secondary Proceedings, Corporate Recovery and Insolvency Group, Legal Update (2001/2), <http://www.mayerbrown.com/london/pdf/insolve_eureg.p>, 3 (Corporate Recovery and Insolvency).

¹⁰⁰ Karş. Corporate Recovery and Insolvency (dn.99) 6 dn.22.

VI. Etki Tanıma

A- Aciz Usulünü Açan Kararların Tanınması

Ana ve tali aciz usulünü açan kararlar için kabul edilen etki tanıma usulü "tanıma"dır¹⁰¹. Tüzük m.3'de yer alan yetki kıstaslarına dayanarak doğrudan milletlerarası yetki tesis etmiş bir üye devlet mahkemesinden verilen aciz kararı (dolaylı yetki) verildiği üye devletin hukukuna göre icra edilebilir olduğu andan itibaren diğer üye devletlerin ülkesinde de kendiliğinden tanınacaktır (m.16/1 par.1). Aciz usulünü açan kararın kesinleşmesi gerekmediği gibi, borçlunun diğer üye devletlerin hukukuna göre, o aciz usulüne tâbi kişilerden olmaması da tanımaya engel değildir (m.16/1 par.2). Borçlu, diğer üye devletlerin hukukuna göre o aciz usulüne tâbi kişilerden olmasa dahi, aciz usulünü açan kararın tanınması kabul edilmiştir. Borçlunun, etki tanıma devletinin hukukuna göre ilgili aciz usulüne konu kişilerden olmaması, geçmişte üye devlet uygulamalarında kamu düzenine aykırılık çerçevesinde sıkça başvurulmuş bir etki tanıma engeli iken, Tüzüğün bu düzenlemesi ile bu hususun temel hukuk ilkelerine aykırılık nedeniyle kamu düzenine açık aykırılık kapsamında yapılacak değerlendirmelerin dışında bırakılmış olması dikkate değerdir. Son durumda, Tüzük m.3 uyarınca yetkili bir üye devlet mahkemesinden verilen, örneğin iflas kararı, dolayısıyla müflis statüsü, borçlunun iflasa tâbi kişilerden sayılmadığı üye devletlerin ülkesinde de kendiliğinden tanınacaktır.

Tanıma devletinin temel hukuk ilkeleri ile ferdi anayasal hak ve hürriyetlerine aykırılık ise, kamu düzenine açık aykırılık çerçevesinde somutlaştırılan tanıma engelleri olarak Tüzükde yer almaktadır (m.26)¹⁰². Bu çerçevede değerlendirebilecek hukuki sorunlardan, borçlunun şahsî hürriyetinin¹⁰³ veya haberleşme hürriyetinin sınırlandırılması sonucunu doğuran kararların tanınması mecburiyeti bulunmadığı hususu ise, ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir (m.25/3).

¹⁰¹ Karş. ANDRES, J.R./ALFARO, J.M., *European Community, International Corporate Insolvency Law* (Ed.D.Campbel), London 1992, 625.

¹⁰² Örneğin, savunma hakkına riayetsizlik.

¹⁰³ Örneğin, ceza mahkemeleri tarafından verilen hileli iflâs kararları (*criminal bankruptcy decree*).

Ana aciz usulünü açan karar, açıldığı üye devlet hukukunun kendisine bağladığı hukuki sonuçları, Tüzükde aksine düzenleme bulunan konular ile Tüzük m.3/2'de sözü edilen mülkî usullerin açılması istisnaları dışında, diğer üye devletlerin ülkesinde de, herhangi bir şarta bağlı olmaksızın aynen doğuracaktır (m.17/1). Ana aciz usulünü açan kararın tanınması, mülkî bir aciz usulü açılmadığı sürece, ana aciz usulü hukuki sonuçlarını diğer üye devletlerin ülkesinde de doğurmasına müncerdir. Ancak, ana aciz usulünü açan kararın varlığına bağlı olarak tanınmasının, diğer üye devletlerin ülkesinde tali aciz usullerinin açılmasına hukuki zemin hazırladığı da unutulmamalıdır (m.16/2).

Birden çok üye devlet arasında, ana usulün açılması itibarıyla, ortaya çıkabilecek dolaylı milletlerarası yetki ihtilâflarının -ki, bu aşamada söz konusu olan aslında karar ihtilâflarıdır- hangi üye devletin mahkemelerinden verilen aciz kararı lehine çözüleceği hususunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, Tüzüğün Ön Açıklamalarında, bu sorunun ilk aciz usulünü açan üye devletin lehine çözüleceği belirtilmektedir¹⁰⁴. Bu tür ihtilâfların haline yönelik olarak, yürürlük kazanmış aciz usullerinin kaydının tutulduğu bir Avrupa Sicilinin Internet'te oluşturulmasının yararlı olacağı doktrinde ifade edilmiştir¹⁰⁵.

Tali aciz usulünün açıldığı hallerde, tali aciz usulünü açan kararın da kendiliğinden tanınacağı anlaşılmakla birlikte (m.16/1), tali usulün borçlunun malları üzerindeki hukuki sonuçları, kural olarak mülkidir (m.3/2 c.2), sınır aşıcı etkisi yoktur¹⁰⁶. Ancak, tali aciz usulünün açılmasından sonra, borçluya ait bir malvarlığı kaleminin ülke dışına çıkartıldığı hallerde, tali aciz idaresinin ilgili malvarlığı kalemini dava ve takip yetkisi ile alacaklıların zararına olan hukukî işlemlerin iptal-

¹⁰⁴ Tüzük, Preamble, Par.22.

¹⁰⁵ PAULUS (dn.54), Par.A/I/1.

¹⁰⁶ Bu itibarla, diğer üye devletlerin ülkesinde açılan davalarla tali veya mahalli aciz usulünün hukukî sonuçlarının bertaraf edilmesi kabul edilmemiştir. Yine, tali veya mahalli aciz usulünün diğer üye devletlerin ülkesinde bulunan mallar itibarıyla alacaklıların haklarına getirdiği her türlü sınırlama, özellikle tasfiyenin tatili veya ibra, sadece bu duruma rıza gösteren alacaklılar itibarıyla hukukî sonuç doğuracaktır (m.17/2).

lini dava ve talep yetkisini kullanabilmesi ile sınırlı istisna bakımından (m.18/2) kendiliğinden tanıma bir anlam taşımaktadır¹⁰⁷.

Son olarak, Tüzük m.16/1 par.1'de yer alan genel kural nedeniyle, ana aciz usulünün yokluğu halinde Tüzük m.3/4'e uygun olarak açılan mahalli aciz usulünü açan karar hakkında da kendiliğinden tanıma esasının geçerli olduğunu ekleyelim.

B- Aciz Usulü İle İlgili Kararların Tanınması ve Tenfizi

Tüzük m.16 uyarınca aciz usulünü açan kararı kendiliğinden tanınan bir mahkemenin aciz usulünün devamı süresince verdiği kararlar ile sona ermesine ilişkin kararlarının; yine bu mahkeme tarafından verilmiş konkordatonun tasdiki kararlarının (m.25/1 par.1); başka bir mahkeme tarafından verilmiş olsa dahi doğrudan aciz usulünden kaynaklanan ve onunla yakından ilgili olan kararların (m.25/1 par.2); ve aciz usulünün açılması talebinden sonra karara bağlanmış muhafaza tedbirlerini konu edinen kararların (m.25/1 par.3) diğer üye devletlerin ülkesinde kendiliğinden tanınması kabul edilmiştir. Anılan kararların tenfizi hakkında ise, Medenî ve Ticarî Konularda Verilen Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi ve Milletlerarası Yargı Yetkisi Hakkındaki Brüksel Sözleşmesi, m.34/2 hariç¹⁰⁸, m.31-51 hükümleri uygulanacaktır (m.25/1). Aciz Usulleri Tüzüğü m.25/1'de sayılanlar dışında olup aciz usulü ile ilgili olan diğer kararların tanınması ve tenfizi hakkında da, Sözleşmenin uygulama alanına giriyor olması şartıyla, Brüksel Sözleşmesinin uygulanacağı kabul edilmiştir (m.25/2). Bununla birlikte, Aciz Usulleri Tüzüğü m.25'de yer verilen kararlardan, borçlunun şahsî hürriyetini veya haberleşme hürriyetini sınırlandıran kararların tanınması veya tenfizi zorunluluğu bulunmadığı tekrar belirtilmelidir (m.25/3).

¹⁰⁷ Anılan sınırlı amaçlar çerçevesinde tali aciz idaresi, tali usulün açıldığına dair yapılmış olan ilânın ve gerekli görülen hallerde kendisini atayan kararın ilgili üye devletlerin ülkesinde yayınlanmasını talep edebilir (m.21/1) İlânda yabancı iflâs idaresinin tali usul neticesinde atanmış olduğu belirtilir (m.21/1 c.2).

¹⁰⁸ Brüksel Sözleşmesi m.34/2 ve onun göndermesiyle m.27 ve m.28'de yer alan yabancı mahkeme kararlarının tanınması talebinin reddi sebepleri uygulanmaz.

Bu noktada, Aciz Usulleri Tüzüğü m.25/1'de sayılan kararların tenfizi ile m.25/2 uyarınca bunlar haricindeki kararların "uygulama alanına giriyor olması şartıyla" tanınması ve tenfizinin Brüksel Sözleşmesi hükümlerine tâbi tutulması, Brüksel Sözleşmesinin konu itibariyle uygulama alanına, ATAD'ın Brüksel Sözleşmesi m.1/2'ye ilişkin yorum kararına ve Sözleşmenin yürürlüğüne kısaca temas edilmesini gerekli kılmaktadır.

Başlarken de belirttiğimiz gibi, iflâs, aciz haline düşmüş şirketlerin veya diğer tüzel kişilerin mecburi tasfiyesi, her türlü adli konkordato ve benzeri usuller Brüksel Sözleşmesinin uygulama alanı dışında bırakılmıştır (m.1/2).

Yine, ATAD'ın Brüksel Sözleşmesi m.1/2'i itibariyle incelediği Gourdain v. Nadler davası ile ilgili olarak verdiği ön/yorum kararında¹⁰⁹, bir kararın m.1/2'de sayılan usullere ilişkin kabul edilerek Brüksel Sözleşmesinin uygulama alanı dışında bırakılabilmesi için, o kararın doğrudan anılan usullerden kaynaklanması ve bu usullerle sıkı irtibatlı olması gerektiğini belirtmiştir. ATAD'a göre, doğrudan kaynaklanma ve sıkı irtibattan kasıt, talebin hukuki dayanağının anılan aciz usullerini düzenleyen hukuk alanı olup olmadığıdır. Talebin hukuki dayanağını, anılan müesseseler ile benzeri müesseselere ilişkin hukuk kuralları oluşturuyor ise, bu talepleri hüküm altına alan kararların tanınması ve tenfizinin Brüksel Sözleşmesinin uygulama alanı dışında

¹⁰⁹ Gourdain v. Nadler davası için bkz. Judgment of the Court of 22 February 1979, Henri Gourdain v. Franz Nadler, Reference for A Preliminary Ruling: Bundesgerichtshof-Germany, Brussels Convention, Bankruptcy and Proceedings Relating to the Winding-Up of Insolvent Companies or Other Legal Persons, Actions for Making Good Deficiency, Case 133/78, *European Court Reports* 1979, 733 veya bkz. <<http://europa.eu.int>> (Doc.61978J0133); ayrıca bkz. STONE, P., *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, London 1998, 19. Brüksel Sözleşmesi m.1/2'de sayılan usulleri konu edinen kararların Sözleşmenin uygulama alanı dışında kaldığını teyit eden bir başka karar için bkz. Coursier v. Fortis Bank, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 29 April 1999, Eric Coursier v. Fortis Bank and Martine Coursier, Reference for A Preliminary Ruling: Cour Supérieure de justice-Grand Duchy of Luxembourg, Brussels Convention-Enforcement of Decisions-Article 31-Enforceability of A Decision-Collective Proceedings for the Discharge of Debts, Case C-267/97, *European Court Reports* 1999, I-2543 veya bkz. <<http://europa.eu.int>>, Par.16.

kaldığı kabul edilmiştir. Brüksel Sözleşmesi m.1/2 hakkında sonraki tarihli bir yorum kararı da bulunmamaktadır.

Brüksel Sözleşmesinin yerini 1.3.2002'de yürürlüğe giren (m.76) ve Danimarka ve üye devletlerin ana ülkeleri dışındaki egemenlik alanları hariç, AB üyesi devletler arasında uygulanacak olan (m.68/1), Medeni ve Ticari Konularda Verilen Mahkeme Kararlarının Tenfizi ve Tanınması ve Yargı Yetkisi Hakkında 22.12.2000 Tarih ve 44/2001 Sayılı (EC) Konsey Tüzüğü (Brüksel I Tüzüğü)¹¹⁰ almıştır. Brüksel I Tüzüğü, Brüksel Sözleşmesine yapılan her göndermeyi kendisine yapılmış kabul etmekte (m.68/2) ve Brüksel Sözleşmesi m.1/2 hükmünü de aynen korumaktadır (m.1/2-b)¹¹¹.

Mevcut durumda, Aciz Usulleri Tüzüğü'nün Brüksel I Tüzüğüne nazaran sonraki tarihli özel kanun niteliğini haiz olması sebebiyle, Brüksel I Tüzüğü m.1/2-b'ye rağmen, özellikle Aciz Usulleri Tüzüğü m.25/1'de sözü edilen kararların tenfizi hakkında Brüksel I Tüzüğü'nün uygulanacağını söyleyebiliriz. Aciz Usulleri Tüzüğü m.25/2'de sözü edilen diğer kararların Brüksel Sözleşmesinin yerini alan Brüksel I Tüzüğü hükümlerine göre tanınması ve tenfizi ise, bu kararların Brüksel I Tüzüğü'nün konu itibariyle uygulama alanına giriyor olması şartına bağlıdır. Bu noktada, sonraki tarihli özel kanun olan Aciz Usulleri Tüzüğü'nün Brüksel Sözleşmesi ve dolayısıyla onun yerini alan Brüksel I Tüzüğü hükümlerine yaptığı gönderme sebebiyle Brüksel I Tüzüğü m.1/2-b'de bu Tüzüğü'nün konu itibariyle uygulama

¹¹⁰ Council Regulation (EC) No.44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, *OJ L 12*, 16.1.2001, 1-23; düzeltmeler için bkz. Corrigendum to Council Regulation (EC) No.44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, *OJ L 307*, 24.11.2001, 28; Brüksel I Tüzüğü'nü değiştiren tüzük için bkz. Commission Regulation (EC) No 1496/2002 of 21 August 2002 amending Annex I (the rules of jurisdiction referred to in Article 3(2) and Article 4(2)) and Annex II (the list of competent courts and authorities) to Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters, *OJ L 225*, 22.08.2002, 13.

¹¹¹ Brüksel I Tüzüğü'nün tanıma tenfizi konu edinen hükümleri m.32 ve devamında yer almaktadır. Brüksel Sözleşmesi m.34/2 ve onun göndermesiyle m.27 ve m.28 hükümlerini Brüksel I Tüzüğü'nde sırasıyla m.41, m.34 ve m.35 karşılamaktadır.

alanına ilişkin olarak yer alan sınırlamaların mümkün olduğunca dar yorumlanması fikrimizce yerinde olacaktır.

VII. Aciz İdarelerinin Görev ve Yetkilerini Diğer Üye Devletlerde Kullanması

Ana aciz usulü açılmadan ve fakat açılması talebini takiben, talebin yapıldığı mahkemenin hukukuna uygun olduğu takdirde, ana aciz usulünün açılması talebi ile açılması arasındaki sürede borçluya ait malvarlığı kalemlerinin korunması amacıyla bu mahkeme geçici bir idareci (*temporary administrator*) tayin edebilir. Geçici idareci tayin edilmiş ise, geçici idarecinin diğer AB üyesi devletlerin ülkesinde bulunan malvarlığı kalemlerinin toplanması ve muhafazası için mahalli hukuka uygun olarak geçici tedbirlere hükmedilmesini talep etmeye yetkili kılınacağı belirtilmelidir (m.38).

Ana aciz usulü açıldıktan sonra ise, ana usulün açıldığı üye devletin ülkesinde atanmış aciz idaresi, ana usulü açan mahkemenin hukukuna göre sahip olduğu görev ve yetkileri (m.18/1 c.1), sıfatını ispat etmek şartıyla¹¹², diğer üye devletlerin ülkesinde de kullanabilir. Hatta, üçüncü kişilerin aynî hakları (m.5) ile mülkiyeti muhafaza kayıtları (m.7) saklı kalmak şartıyla, mahalli malları ülkeden çıkartabilir (m.18/1 c.2). Ancak, ana aciz idaresi, görev ve yetkilerini icra ederken mahalli hukuka, özellikle mahallî malların paraya çevrilmesi usulü hususunda, uygun davranmak durumundadır. Yine, ana aciz idaresi ülke dışı cebri yetkilerle donatılmadığı gibi, diğer üye devletlerin ülkesinde ortaya çıkan hukukî ihtilâflar hakkında karar verme yetkisine de sahip değildir (m.18/3 c.2).

Ana aciz idaresi, görev ve yetkilerinin ülke dışı icrası açısından lüzumlu gördüğü takdirde, ana aciz usulünü açan karara ilişkin ilân ile, kendisini atayan kararın ilgili üye devletlerin ülkesinde yayınlanmasını talep edebilir (m.21/1 c.1). Yayınlanan metinde, aciz idaresinin, atandığı hususu ile, ana aciz usulü neticesinde atandığı hususu belirtilir (m.21/1 c.2). Borçlunun işletmelerinin bulunduğu üye devlet hu-

¹¹² Kendisini atayan kararın onaylı bir örneği ya da yetkili mahkeme tarafından düzenlenmiş başka bir belgenin ibrazı yeterli olacaktır. Belgenin ilgili üye devletin resmî dil ya da dillerinden birine tercüme edilmesi de istenebilir (m.19).

kuklarının yayın mecburiyeti öngördüğü halde ise, ana aciz idaresi veya muadili organ yayının yapılması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür (m.21/2).

Ana aciz idaresi, ana aciz usulünü açan kararın üye devletlerin ülkesinde tutulan tapu sicili, ticaret sicili ve diğer kamu sicillerine şerhini de talep edebilir (m.22/1). İlgili üye devletlerin hukuku yayın ve/veya şerh verilmesi hususlarını mecburî kılıyorsa, bunu temin yükümlülüğü yine ana aciz idaresine aittir (m.22/2)¹¹³.

Ana aciz idaresinin diğer üye devletlerin ülkesinde görev ve yetkileri, ilgili üye devletlerin ülkesinde tali bir usulün açılması veya tali usulün açılması talebini takiben ana aciz idaresinin görev ve yetkilerini kullanmasını engelleyen bir muhafaza tedbirine hükmedilmesi halinde son bulur (m.18/1 c.1). Bununla birlikte, ana aciz idaresinin, diğer aciz usulüne ve alacaklıların toplantılarına, alacaklı statüsünde katılma yetkisini haiz olduğunu belirtelim (m.32/3).

Tali veya mahalli aciz idaresinin görev ve yetkileri de aciz usulünü açan üye devletin hukukuna tâbi olmakla birlikte, m.18/2 istisnası çerçevesinde tali veya mahalli aciz idaresi görev ve yetkilerini diğer üye devletlerin ülkesinde de kullanabilir. On sekizinci maddenin ikinci fıkrasına göre, borçluya ait bir malvarlığı kalemi, mahalli veya tali bir usulün açılmasından sonra ilgili usulü açan üye devletin ülkesinden çıkarılarak bir başka üye devletin ülkesine götürülmüş ise, ilgili mahalli aciz idaresi ülkesinden çıkarılan malvarlığı kalemini, götürüldüğü üye devletin ülkesinde dava yolu ile, veya dava dışı yollarla talep etme ve alacaklıların menfaatine olan hallerde malvarlığı kaleminin götürüldüğü üye devletin ülkesinde hukukî işlemlerin bertaraf edilmesini (m.4/2-m) dava ve talep yetkisini haizdir (m.18/2).

Sonuç

AB üyesi devletlerin ülkesinde kanun gücüne sahip olarak uygulanacak olan AT Aciz Usulleri Tüzüğü, Topluluk Hukukunda sınır aşıcı aciz usullerine ilişkin hukuki sorunları konu edinen birbirinden farklı milli hukuk rejimlerini mümkün olabildiği nisbette yeknesaklaştırmaya çalışmıştır. Böylece, 1960'lı yıllardan bu yana Avrupa Birliğini

¹¹³ Yayın ve şerh masrafları masa borcu olarak kabul edilmiştir (m.23).

meşgul eden iflâs, yeniden yapılandırma, konkordato vb. hükümdeki sınır aşıcı nitelik taşıyan aciz usullerinde milletlerarası yetki, uygulanacak hukuk ve etki tanıma konuları, mütevazı da olsa, yeknesak bir hukuki düzenlemeye kavuşmuştur.

Tali aciz usulleriyle ana usulü denetim altında tutan bir kontrollü evrensellik anlayışı benimseyen Tüzüğe göre, ana aciz usulü Topluluk bazında evrensel nitelik taşır. Buna bağlı olarak da, açıldığı üye devletin hukukuna göre sahip olduğu hukuki sonuçları, kural olarak, diğer üye devletlerin ülkesinde de, aynı andan itibaren, aynen ve kendiliğinden doğurur. Ana aciz usulünü mali açıdan desteklemek ve kontrol altında tutmak için düşünülmüş olan tali ve mahalli usuller ise, çoğalmaya elverişli olup, kural olarak, mülkidir.

Topluluk Hukukunda, Tüzük kapsamında devam eden aciz usulleri bulunduğu sürece, bu usullerde atanmış aciz idareleri arasında sürekli bir haberleşme ve yardımlaşma söz konusu olacak ve nihayetinde, tali ve/veya ilk açılan mahalli aciz usulü tasfiyesinin tamamlanmasını takiben, varsa, tasfiye artığı ana aciz usulüne devredilecektir.

Belirtilmelidir ki, sadece temel menfaatlerinin merkezi AB'nde bulunan borçlular itibariyle hukuki kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik sağlanmış; yine, sadece bu borçluların AB alacaklılarının hukuki durumu teminat altına alınmaya çalışılmıştır. Diğer borçlular ile diğer alacaklılar bakımından ise, belirsizlik devam etmektedir. Özellikle, temel menfaatlerinin merkezi AB'nde bulunan bir borçlunun, meskeni, ikametgâhı ya da tescil edilmiş merkezi AB'nde bulunmayan alacaklıları bakımından alacaklıların eşitliği ilkesi zedelenmiştir. Üye devletlerin AB alacaklılarına karşı ayrılıkçı uygulamalarının önüne geçilmek istenirken, temel konulardan biri olan alacaklılara bildirim (m.40) ve yazılı başvuru (m.39) itibariyle, yeni ve bölgesel bir mahalli alacaklılar kategorisi olarak "AB Alacaklıları" yaratılmıştır. AB alacaklılarının hakları şahsen bildirim ve/veya yazılı başvuru imkanı ile teminat altına alınırken, hukukunda mahallî alacaklı kategorisi bulunan ve/veya uzak yerlerdeki bilinen alacaklılar için şahsen bildirim ve/veya alacaklılara yazılı başvuru imkanı vermeyen üye devletlerin hukuklarına veya müstakbel iç hukuk düzenlemelerine müdahale edilmediği için, eşitlerarası eşitlik anlayışı diğer alacaklılar aleyhine bozulmuştur. Tüzüğün çözmeye çalıştığı hukuki sorunlar arasında, bilinen alacaklılara şahsen bildirim ile alacaklılara yazılı başvuru im-

kanı veren hükümler, ayrıntı gibi görünebilirse de, özellikle uzak yerlerde bulunan alacaklılar bakımından asli önem taşıyan hususlardır. Bu konularda AB alacaklıları dışındaki alacaklıların hukuki durumunun teminat altına alınmamış olması alacaklılar arasında gizli bir ayrılıkçı tutuma işaret ederken alacaklıların eşitliği ilkesinin potansiyel olarak baştan gölgelenmesi itibariyle eleştiriye açıktır. Bu nedenle, Tüzüğün kısmî ve yanlı bir teminat öngören sisteminin uygulamaya geçilmesini takiben değiştirilmesi ihtiyacı doğabileceği belirtilmelidir.