

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA
İFLÂS

DOKTORA TEZİ

Oğuz DORKEN

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Berk DEMİRKOL

OCAK 2024

ÖNSÖZ

$$S=k \ln(W)^*$$

Her tez, bilginin sınırlarında, yeni bilgi arayışına yönelmiş bir serüvendir. Walter Benjamin'in dediği gibi, *ancak yolu yürüyerek kateden kişi, yolun neye hükmettiğini öğrenebilir*. Bu çalışma, milletlerarası özel hukukta iflâs olgusunun analizine yönelen bir yolculuğun ürünüdür. Bilimsel açıdan zenginleştirici limanlara uğramak, literatürü keşfetmek ve hukuki normların inceliklerini sorgulamak bu serüvenin kattığı değerler arasındadır.

Çalışmanın sonucunda varılan yer önemli olmakla beraber belki de araştırmacının tekemmül arayışı, oraya gidilen yollardan geçmektedir. Bu çerçevede, bu tez, özünde bir *bilinmeyen ada* keşfi gibi, yeni bir bakış açısı ve katkı sağlama gayreti içerisindedir. Çalışma, *uluslararası iflâs* 'ın hukukunu, sadece bir akademik çıktı olarak değil, aynı zamanda bir öğrenme ve olgunlaşma süreci olarak ele almayı amaçlamıştır.

Bu serüvenin her adımında, bilgiyi keşfetmeye çalışırken yönümüzü belirleyen ve fikirlerimizin kristalize olmasını sağlayan bilgiler ve bekçiler yer almaktadır. Bu vesileyle, bilgeliği ararken adalet düşüncemin olgunlaşmasını sağlayan hukukun tüm kapı bekçilerine minnetimi sunmayı bir borç bilirim.

* Boltzmann'ın denklemi, Termodinamiğin İkinci Yasası olan entropiye dayanır. Entropi, bir sistemin enerji alışverişi olmaksızın zamanla daha düzensiz hale gelmesini ifade eder. Sistem, dışarıdan enerji almadıkça düzensizlik artar ve daha küçük alt sistemlere ayrılır, bozunur. Boltzmann denklemi, bir sistemin entropisi ile olası makro durumlarının sayısı arasındaki ilişkiyi ele alır. İflâsın karmaşık doğasıyla entropi artışı arasında kurulacak analogi ilham vericidir. İflâs, enerjisini tüketen bir ekonomik birimin kaynaklarının, yani müflis tacirin malvarlığının daha küçük parçalarla alacaklılara nasıl dağıtılacağını gösterir. Alacaklılar kaynakları toplamaya çalışırken, sistem yeniden denge bulma ve kararlılık kazanma çabası içindedir.

III

Bu çalışmayı tamamlamamdaki kararlılığımı destekleyen tez danışmanım Doç. Dr. Berk Demirkol'a da karşılaştığım zorluklar karşısında bana sağladığı değerli yönlendirme ve yardımlar için müteşekkirim. Tez jürimde yer almayı kabul eden ve akademik bilgi birikimleriyle çalışmamı zenginleştiren değerli hocalarım Prof. Dr. Ali Cem Budak, Prof. Dr. Bahadır Erdem, Prof. Dr. Güray Erdönmez ve Doç. Dr. İlhan Yılmaz'a da teşekkürlerimi sunmayı bir borç sayıyorum. Bu tez fikriyle beni tanıştıran eski tez danışmanım Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal'a, başladığım bu yolculukta verdiği ilk ilham için ayrıca teşekkür ederim.

Bunun yanı sıra, kütüphanesindeki kaynaklara erişim imkânı sağlayarak bu çalışmanın derinleşmesine katkıda bulunan Gün Avukatlık Bürosu'na ve Av. Mehmet Gün'e gösterdikleri destekten dolayı minnettarlığımı ifade etmek isterim.

Son olarak, tüm çalışmayı baştan sona inceleyerek, tartışarak, değerlendirerek önümde yeni ufuklar açan ve teze son halini vermeme büyük katkılar sunan değerli arkadaşım İlker Gökhan Şen'e,

Uzun soluklu tez sürecimin tüm aşamalarına sabırla iştirak eden ve teşviklerini asla esirgemeyen kıymetli aileme, Balık'a, Zeytin'e, Darwin'e, Kiki'ye ve diğer değerli dostlarıma,

Ve bu çalışmanın her bir hecesinde emeği olan; düzeltmelerdeki yardımı, kaynaklara erişimdeki desteği, tartışmalardaki derinliği ile bu çalışmanın ayrılmaz bir parçası haline gelen ilham kaynağım sevgili Kardelen Özden'e, bu çalışmayı tamamlamama vesile olan destekleri için sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Oğuz Dorken

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	IV
KISALTMALAR.....	VIII
RÉSUMÉ.....	XIV
ABSTRACT	XXIII
ÖZET.....	XXXII
GİRİŞ	1
1. İFLÂS KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ	5
1.1. İflâs Kavramı.....	5
1.1.1. İflâs Kavramının Etimolojik Kökeni ve Tarihçesi	5
1.1.2. İflâs Terminolojisinin Evrimi.....	13
1.2. İflâsın Hukukî Niteliği ve Amacı	17
1.2.1. Kolektiflik İlkesi	17
1.2.2. İflâs Usûlleri.....	21
1.2.3. İflâsın Sınırlı Usûlî Niteliği.....	27
1.2.4. İflâsta Korunan Menfaatlerin Dengelenmesi	29
1.2.5. İflâsın Kamu Hukukuna ve Özel Hukuka Ait Yönleri.....	33
1.2.5.1. İflâsın Özel Hukuk Boyutu	34
1.2.5.2. İflâsın Kamu Hukuku Boyutu	37
1.3. İflâs Hukukunun Kendine Özgü Alanı	41
1.3.1. Takip Kavramı ve İflâs.....	42
1.3.2. İflâsta Gözetilen Kamu Yararı Düşüncesi.....	49

2. ULUSLARARASI İFLÂS: KAVRAMSAL VE TEORİK ÇERÇEVE.....	53
2.1. Uluslararası İflâs Kavramı.....	53
2.2. Uluslararası İflâsın Tarihi Gelişimi.....	54
2.3. Uluslararası İflâsın Hukuki Çerçevesine Dair Yaklaşımlar	56
2.3.1. Ülkeselci Yaklaşım (İflâsın Ülkeselliği / İflâsın Yerelliği)	59
2.3.2. Evrenselci Yaklaşım.....	63
2.3.3. Evrenselci Yaklaşımın Pratik Zorluğu Karşısında Karma Yaklaşımlar ..	67
2.3.3.1. İşbirlikçi Ülkesellik.....	69
2.3.3.2. Çok Yanlılık (Multilateralism) Teorisi	73
2.3.3.3. Sözleşme Teorisi	75
2.3.3.4. Usûlün Evrenselliği (Universal Proceduralism).....	76
2.3.3.5. Uyarlanmış (Modified) Evrenselcilik	79
3. GENEL HATLARIYLA ULUSLARARASI İFLÂSIN HUKUKU	85
3.1. Uluslararası İflâsın Hukuki Niteliği	85
3.2. Uluslararası İflâsta Çatışan / Korunan Menfaatler	87
3.2.1. Devletin Menfaati.....	88
3.2.1.1. Devletin Ulusal Menfaati	89
3.2.1.2. Devletin Uluslararası Menfaati	96
3.2.2. Özel Kişilerin Menfaati.....	100
3.2.2.1. Borçlunun Menfaati	100
3.2.2.2. Yerli Alacaklıların Menfaati	101
3.2.2.3. Yabancı Alacaklıların Menfaati	104
3.2.2.4. İflâstan Etkilenen Üçüncü Kişilerin Menfaati.....	104
3.2.3. Ara Sonuç: İflâstan Etkilenen Tarafların Menfaatlerinin Kesiştiği Yer	105
3.3. Uluslararası İflâsa Dair Hukuki Çerçeve / Rejim Örnekleri.....	106
3.3.1. UNCITRAL Model Kanunu	106
3.3.2. Avrupa Birliği	110
3.3.3. Amerika Birleşik Devletleri	113
3.3.4. Latin Amerika Ülkeleri	119

4. ULUSLARARASI İFLÂSIN USÛL VE ESASINA İLİŞKİN ÇÖZÜMLER126

4.1. Milletlerarası Yetki 126

4.1.1. Esas Menfaatler Merkezi (COMI) Kavramı 126

4.1.2. Forum Shopping 128

4.2. Yabancı İflâs Usûllerine Etki Tanınması..... 134

4.2.1. Yabancı İflâs Usûlü Kavramı 138

4.2.2. Yabancı İflâs Usûlünün Tanınması ve Tenfizi..... 162

4.2.3. Yabancı İflâs Temsilcinin Yetkileri 167

4.3. Uygulanacak Hukuka İlişkin Kurallar 175

4.3.1. Uluslararası İflâsta Lex Fori Concursus..... 175

4.3.2. Lex Fori Concursus'un İstisnaları 180

4.3.2.1. Üçüncü Kişilere Ait Olan Ayni Haklar 180

4.3.2.2. Takas 182

4.3.2.3. Mülkiyeti Muhafaza Kayıtlı Satış Sözleşmeleri 182

4.3.2.4. Konusunu Taşınmazlar Üzerindeki Hakların Teşkil Ettiği
Sözleşmeler..... 183

4.3.2.5. Ödeme Sistemleri ve Finans Piyasalarına İlişkin İstisna 184

4.3.2.6. İş Sözleşmeleri 185

4.3.2.7. Tescile Tabi Olan Haklar 186

4.3.2.8. İptale Tabi Olan Borçlunun Zarar Verici İşlemleri..... 187

4.3.2.9. İflâsın Derdest Dava ve Tahkim Yargılamalarına Etkisi 188

4.3.2.10. Üçüncü Kişilerin Kazanımlarının Korunması..... 188

4.3.3. Kamu Düzeni İstisnası 189

5. ULUSLARARASI İFLÂSIN ÖZGÜN HUKUKİ SORUNLARI..... 192

5.1. Borçluya Ait Malvarlığının Tespiti ve İflâs El Koyması..... 192

5.1.1. Bilgiye Erişim ve Buna Yönelik Gerekli Karar ve
Tedbirlerin Alınması..... 194

5.1.2. Malvarlığına İlişkin Tasarrufların veya Devirlerin
Geçici Olarak Kısıtlanması..... 197

5.1.3. Yabancı Hukuk Alanına Aktarılan Masa Mallarının Geri Alınması 197

5.2. Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali	199
5.3. Alacak Öncelikleri ve Sıra Cetveli İhtilafları	208
5.4. Ödeme Güçlüğü	214
5.4.1. Ödeme Güçlüğü Kavramı ve İflâs Usûlleri Arasındaki Yeri.....	214
5.4.2. Karşılaştırmalı Hukukta Öncü Örnekler ve Uluslararası Çerçevesi ...	218
5.4.3. Ödeme Güçlüğü Usûllerinin Vasıflandırılması	225
5.5. Çok Uluslu Şirketlerin İflâsı	244
SONUÇ	255
KAYNAKÇA	259

KISALTMALAR

a. yer. ya da loc. cit.	Aynı yer
a.g.e. ; ibid ya da op. cit.	Adı geçen eser
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
dn.	Dipnot
EN	İngiliz
FR	ces
N. ya da No.	Fransızcası
para.	Numaralı
S.	Paragraf numarası
s.	Sayı
ss.	Sayfa
SSRN	Sayfaları arasında
Ve diğ.	<i>Social Science Research Network</i> (Sosyal Bilimler
vd.	Araştırma Ağı)
	Ve diğerleri
	Ve devamı

Akademik Yayınlar

Am.Bankr.L.J.	American Bankruptcy Law Journal
Am.J.Comp.L.	The American Journal of Comparative Law
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Brook. J. Corp. Fin.&Com. L.	Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law
Brook.J.Int'l L.	Brooklyn Journal of International Law
C.de D.	Les Cahiers de Droit
C.L.R.	Cornell Law Review
CBRB	Canadian Business Review
Col J Transnatl L.	Columbia Journal of Transnational Law
Colum.J.Eur.L.	Columbia Journal of European Law
Conn.J.Int'l L.	Connecticut Journal of International Law
Czech Yrbk Intl L.	Czech Yearbook of International Law
D.R.I.	Dispute Resolution International
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E.B.O.R.	European Business Organization Law Review
E.C.F.R.	European Company and Financial Law Review
Eur.J.Int'l L.	European Journal of International Law
Fordham Int'l L.J.	Fordham International Law Journal
Fordham L.Rev.	Fordham Law Review
German Yrbk Intl L.	German Year Book of International Law
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
Hous.J.Int'l L.	Houston Journal of International Law
I.I.I.R.	INSOL International Insolvency Review
I.I.R.	International Insolvency Review
Int. Lawyer	The International Lawyer
Int'l & Comp. L.Q	Cambridge International and Comparative Law Quarterly
Int'l Cont.L.& Fin.Rev.	International Finance Law Review
ITBLR	International Trade and Business Law Review
İÜHFİM	Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
J Priv Int L.	Journal of Private International Law
J. Law Econ.	The Journal of Law and Economics
KTS	<i>Zeitschrift für Insolvenzrecht</i> (İflâs Hukuk Dergisi - Almanya)
LBRA	Law and Business Review of the Americas
Mich.J.Int'l L.	Michigan Journal of International Law
Mich.L.Rev.	Michigan Law Review
N.Z.L.Rev.	New Zealand Law Review
Penn State Int.	Penn State International Law Review
Potchefstroom Elec. L.J.	Potchefstroom Electronic Law Journal
S.Ac.L.J.	Singapore Academy of Law Journal
SDILJ	San Diego International Law Journal
SJZ	Revue Suisse de Jurisprudence
Stan.J.Int'l L.	Stanford Journal of International Law
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Sw. J.L. & Trade Americas	Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas
Sw.U.L.Rev.	Southwestern University Law Review
TCLR	Trinity College Law Review
Tex.Int'l L.J.	Texas International Law Journal
Tex.L.Rev.	Texas Law Review
Vand.J.Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Yale L.J.	The Yale Law Journal

Karar Bültenleri

AC	<i>Appeal Cases Law Report</i> (İstinaf Dava Bülteni - Birleşik Krallık)
B.C.L.R. ya da B.C.L.C.	<i>Butterworths Company Law Reports</i> (Şirketler Hukuku Yetkili Rapor Serisi - Birleşik Krallık)
B.R.	<i>West's Bankruptcy Reporter</i> (West İflâs Bülteni - Amerika Birleşik Devletleri)
BCC	<i>British Company Law Cases</i> (Şirketler Hukuku Bülteni - İngiltere)
BGE	<i>Bundesgerichtsentscheid</i> (Federal Mahkeme Kararları Küllîyatı - İsviçre)
Ch	Chancery Division Law Reports (Şansölyelik Bölümü Hukuk Raporları - Birleşik Krallık)
ECR	<i>European Court Reports</i> (Mahkeme Bülteni - Avrupa Birliği)
L.R.	<i>England & Wales Law Reports</i> (İngiltere & Galler Hukuk Raporları - Birleşik Krallık)
QBD	<i>Queen's Bench Division Law Reports</i> (Queen's Bench Bölümü Hukuk Raporları - Birleşik Krallık)
SCC	<i>Supreme Court Circular</i> (Yüksek Mahkeme Hukuk Bülteni - Birleşik Krallık)
WL	<i>Westlaw Transcripts</i> (Westlaw Bülteni - Birleşik Krallık)

Kuruluş Adları

AB ya da EU	Avrupa Birliği
ALI	<i>American Law Institute</i> (Amerika Hukuku Enstitüsü)
C.S.	Cumhuriyet Senatosu
EC	<i>European Commission</i> (Avrupa Birliği Konseyi)
ECB	<i>European Central Bank</i> (Avrupa Merkez Bankası)
ELI	<i>European Law Institute</i> (Avrupa Hukuku Enstitüsü)
FED	<i>Federal Reserve System</i> (ABD Merkez Bankası)
FSA	<i>Financial Services Agency</i> (Mali Hizmetler Kurumu - Japonya)
IMF	<i>International Monetary Fund</i> (Uluslararası Para Fonu)
MAS	<i>Monetary Authority of Singapore</i> (Singapur Para Otoritesi)

OCC	<i>Office of the Comptroller of the Currency</i> (Para Denetçi Ofisi - Birleşik Krallık)
SEC	<i>Securities and Exchange Commission</i> (ABD Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu)
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TOBB	Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i> (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)

Yargı Yerleri

ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı (ATAD'ın yerini aldı)
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
ATAD	Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
Bankr. S.D.N.Y.	<i>United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York</i> (ABD New York Eyaleti Güney Bölge İflâs Mahkemesi)
Bkrcty D Del	<i>Delaware Bankruptcy Court</i> (ABD Delaware Eyaleti İflâs Mahkemesi)
EWCA	<i>England & Wales Court of Appeal</i> (İngiltere & Galler İstinaf Mahkemesi - ikinci derece mahkemesi)
EWHC	<i>England & Wales High Court</i> (İngiltere & Galler Asliye Mahkemesi - birinci derece mahkemesi)
İİD	İcra ve İflâs Dairesi
UKHL	<i>United Kingdom House of Lords</i> (Lordlar Kamarası - Birleşik Krallık)
UKSC	<i>United Kingdom Supreme Court</i> (Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi - üçüncü (son) derece mahkemesi, 2009'da UKHL'in yerini aldı)
YHD	Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

Mevzuat Adları

CBIR	<i>Cross-Border Insolvency Regulations of 2006</i> (Sınır Aşan İflâs Nizamnamesi - Birleşik Krallık)
EHVK	23 Şubat 1330 (1915) Tarihli Memâlik-i Osmaniye'de Bulunan Ecanibin Hukuk ve Vezâifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat

SchKG	<i>Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs</i> (Borç İçin Takip ve İflâs Hakkında Federal Kanun - İsviçre)
HMK	6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
InsO	<i>Insolvenzordnung</i> (İflâs Kanunu - Almanya)
IPRG	<i>Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht</i> (Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun - İsviçre)
İİK	2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu
KOV	<i>Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter</i> (İflâs Dairelerinin Yönetimi Hakkında Yönetmelik - İsviçre)
MÖHUK	5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun
Nizamname	İcra ve İflâs Kanunu'nun Tatbikatına Dair 13307 Sayılı Nizamname
TBK	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> (Hukuk Usûlü Kanunu - Almanya)

Diğer

C-	Case (Dava künyesi referansı- ABAD)
COMI	<i>Center of Main Interest</i> (Esas Menfaatler Merkezi)
E.	Esas sayısı
<i>In re</i>	<i>in the matter [of]</i> (Anglo-Sakson Hukuk Sistemlerinde "davasında", "meselesinde")
K.	Karar sayısı
LLC	<i>Limited liability company</i> (ABD Hukukuna göre kurulmuş limited şirket)
LTD	Limited Şirket (Türk, Birleşik Krallık ya da Kanada Hukuku'na göre kurulmuş limited şirket)
m. ya da md.	Kanun maddesi
NAFTA	Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması
OJ	<i>Official Journal of the European Union</i> (Avrupa Birliği Resmî Gazetesi)
Plc.	<i>Public limited company</i> (Birleşik Krallık ve İrlanda Hukuku'na göre kurulmuş halka açık limited şirket)
RG	Resmî Gazete

T.	Tarih
USC	<i>United States Code</i> (ABD Kanunu)
USD	ABD doları
v.	<i>versus</i> (karşı tarafta)



RÉSUMÉ

Cette étude propose une analyse juridique approfondie de l'insolvabilité internationale, tout en s'appuyant sur des éléments du droit comparé et du droit international privé. Elle vise à identifier avec précision les qualifications juridiques des opérations touchées par l'insolvabilité internationale et à aborder en profondeur les divers enjeux juridiques qui y sont associés.

Cette étude est structurée en cinq chapitres. Le premier chapitre explore les particularités de l'insolvabilité dans les domaines du droit des poursuites, du droit procédural et du droit matériel. Il postule que le droit de l'insolvabilité dispose de son propre champ d'application normatif. À ce titre, le droit de l'insolvabilité et le droit de l'exécution traitent de questions qui, bien qu'analytiquement distinctes, sont régies par des normes séparées. Le droit de l'exécution des dettes concerne l'ensemble des actes et des procédures qui reposent sur la souveraineté de l'État et son pouvoir de contrainte. En comparaison, le droit de l'insolvabilité s'identifie comme un secteur autonome et complexe du droit matériel, présentant des particularités en fonction des relations d'obligations ou du droit des affaires, suivant le cas rencontré.

Le premier chapitre commence par une étude étymologique du concept d'insolvabilité dans différentes cultures linguistiques. Il éclaire le terme turc « *iflâs* », emprunté à l'arabe « *fls* » (*fels*), qui décrit une situation de manque et d'incapacité à honorer ses dettes. En anglais, le terme « *bankruptcy* » tire ses origines historiques de l'Italie du Moyen Âge, avec la pratique de la « *banca rotta* », où les comptoirs des marchands insolvable étaient brisés en signe de faillite. Cette analyse a pour but principal de montrer que, historiquement, l'insolvabilité a été considérée comme synonyme d'impuissance et de défaut, entraînant souvent la disgrâce, et ce, même dans les cas les moins sévères. À l'époque romaine, des peines comme l'esclavage ou la mort pour insolvabilité soulignent la gravité. De surcroît, au Moyen Âge, les individus

confrontés à des difficultés financières étaient souvent l'objet de mépris de la part de la société.

Avec la modernisation des systèmes juridiques, des efforts ont été faits pour atténuer la perception sociale négative des personnes qui deviennent insolvable. Ces efforts ont conduit à des changements dans le droit et à l'émergence de nouvelles terminologies. Au fil du temps, la terminologie juridique a évolué dans les différents pays. Par exemple, aux États-Unis, les termes « *débiteur* » et « *insolvabilité* » sont désormais plus couramment utilisés à la place de « *faillite* » et « *banqueroute* », respectivement, dans le contexte du droit de l'insolvabilité. Conformément à ces changements de terminologie, les efforts de réforme, tant au niveau du droit comparé que du droit international, visent à réduire la stigmatisation des personnes et des entreprises insolvable, en s'efforçant de leur donner la possibilité de prendre un nouveau départ au sein de l'ordre économique.

La première section établit une distinction entre le sens étroit et le sens large du concept d'insolvabilité dans le droit comparé et les instruments internationaux. Tout au long de cette étude, la faillite au sens étroit se réfère spécifiquement aux procédures qui impliquent la liquidation et la distribution des actifs d'un débiteur et/ou la dissolution de sa personnalité juridique pour satisfaire les créanciers conformément aux lois applicables. En revanche, l'insolvabilité au sens large englobe l'incapacité objective du débiteur à payer, la déclaration formelle de cette situation difficile par une autorité ou un organisme compétent, ou par le débiteur lui-même, ainsi que toutes les mesures prises par la suite pour régler les créances et gérer les actifs du débiteur. Dans le cadre de cette conception élargie de l'insolvabilité, l'étude souligne le principe de collectivité, qui est essentiel dans l'administration des procédures de faillite. En outre, elle conceptualise l'insolvabilité comme un cadre très large, allant de la liquidation dans le cadre le plus étroit à la restructuration de la dette et aux solutions de règlement extrajudiciaires. En outre, cette étude considère principalement le droit de l'insolvabilité comme un droit substantiel. Elle soutient l'idée que si l'insolvabilité contient des éléments procéduraux, ceux-ci ne constituent pas ses caractéristiques déterminantes. L'accent est mis ici sur les processus associés à l'ouverture, à l'exécution, à la gestion et à la conclusion des procédures de faillite.

Le deuxième chapitre de l'étude se consacre au cadre conceptuel et aux perspectives théoriques de l'insolvabilité internationale. Le terme 'insolvabilité internationale' désigne les situations où un débiteur présente un élément transfrontalier, tel que la présence d'opérations dans plusieurs pays, une entité nationale avec des créanciers à l'étranger, une entité étrangère avec des créanciers nationaux, ou des actifs répartis dans divers pays. Ce chapitre détaille différentes approches théoriques qui forment le cadre juridique de l'insolvabilité internationale, telles que le territorialisme, basé sur le principe de la souveraineté territoriale ; l'universalisme, qui promeut une cohérence universelle des normes et des pratiques en cas d'insolvabilité transnationale ; ainsi que les approches hybrides. Face aux défis pratiques posés par l'universalisme, des solutions mixtes ont émergé, proposant des concepts tels que la territorialité coopérative, le multilatéralisme, la théorie contractuelle, le procéduralisme universel et l'universalisme modifié. L'examen de ces différentes approches, chacune avec ses spécificités, avantages et inconvénients, enrichit la compréhension des réponses actuelles et futures aux défis posés par l'insolvabilité internationale.

Le troisième chapitre établit un cadre général qui décrit la relation entre l'insolvabilité internationale et le droit. Initialement, il expose la nature juridique de l'insolvabilité internationale et rappelle l'approche moderne du droit de l'insolvabilité illustrée dans le premier chapitre. Selon ce cadre, le droit de l'insolvabilité vise à établir une procédure collective et équitable qui protège les intérêts de toutes les parties prenantes. Son but est d'optimiser la valeur des actifs du débiteur, de réduire les pertes inutiles, de sauver les entreprises viables et de concevoir des mécanismes efficaces à cette fin. La dimension internationale de l'insolvabilité ajoute de la complexité à la définition et à l'architecture actuelles du droit de l'insolvabilité. De ce fait, le droit de l'insolvabilité international tend à se développer en tant que système spécifique au sein du droit international privé, répondant expressément aux cas d'insolvabilité avec des composantes transfrontalières. Il est fréquemment décrit comme un système « *sui generis* » et cherche à atteindre les objectifs de l'insolvabilité au-delà des frontières nationales. Avec l'expansion du champ de l'insolvabilité transnationale, on s'oriente vers une centralisation des procédures qui seraient reconnues et soutenues par les juridictions étrangères. L'objectif ultime est d'augmenter la valeur totale des actifs et

de faciliter la restructuration des entreprises, tout en tenant compte de manière équilibrée des intérêts des différentes parties impliquées, peu importe leur emplacement géographique.

Il est essentiel de trouver un équilibre entre les intérêts des créanciers et ceux de débiteur dans le contexte de l'insolvabilité internationale. Pour maintenir cet équilibre, des facteurs tels que la nationalité, le statut d'étranger et la position de l'État en tant qu'acteur du droit international doivent être pris en compte. La recherche de solutions à la fois harmonieuses et efficaces nécessite une évaluation holistique de ces intérêts. Par conséquent, les méthodes modernes en matière d'insolvabilité internationale ainsi que le Droit comparé se tournent vers une approche qui met l'accent sur l'harmonisation et la coordination des différents systèmes juridiques. La recherche d'un équilibre est la principale préoccupation de l'approche de l'universalisme modifié, qui vise une cohésion transnationale tout en tenant compte des spécificités locales.

Dans cette perspective, la dernière section du troisième chapitre examine les différents cadres ou régimes juridiques de l'insolvabilité internationale. Il s'agit notamment d'étudier l'écosystème des lois-types relatives à l'insolvabilité, en mettant l'accent sur la loi type de la CNUDCI de 1997, ainsi que sur les réglementations en vigueur dans l'Union européenne, aux États-Unis et dans les pays d'Amérique du Sud.

Le quatrième chapitre aborde les concepts traditionnels du droit procédural international sur l'insolvabilité internationale. Il évalue les critères de compétence internationale pour les procédures d'insolvabilité, la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères et la détermination de la loi applicable. Ces sujets sont examinés à l'aide d'un cadre juridique comparatif, s'inspirant de la loi type de la CNUDCI, des réglementations des États-Unis et de l'UE et de diverses lois nationales, que le troisième chapitre examine. Les questions sont examinées à l'aide de méthodes de droit international privé et comparé. Leur analyse peut être résumée comme suit.

Tout d'abord, identifier le tribunal compétent pour la procédure est un défi fréquent dans le domaine de l'insolvabilité internationale et du droit international privé. Le principe du centre des intérêts principaux (COMI) est souvent utilisé pour résoudre

cette question. Le Centre des intérêts principaux fait référence au lieu principal des activités opérationnelles d'une société ou d'une entité juridique dans le contexte de l'insolvabilité ou de la restructuration de la dette. Il est généralement associé au site du Bureau administratif central du débiteur, au lieu où des opérations importantes sont menées ou à l'endroit où des décisions commerciales cruciales sont prises. De plus, la question du *Forum shopping* (choix du forum ou magasinage judiciaire) est la seconde préoccupation majeure dans les débats sur la compétence internationale. Le forum shopping dans l'insolvabilité internationale désigne la façon dont une entreprise internationale choisit une juridiction compétente pour son cadre juridique avantageux pour la restructuration ou l'insolvabilité. L'entité s'efforce ensuite d'orienter le traitement de son affaire d'insolvabilité vers cette juridiction afin de tirer parti de sa législation. L'approche universaliste modifiée milite pour un cadre juridique dans lequel les procédures d'insolvabilité principales se déroulent au centre des intérêts principaux (COMI) du débiteur, alors que des procédures subsidiaires peuvent se tenir dans d'autres juridictions. Cette approche a pour but de limiter les opportunités de *Forum shopping*. La Loi type de la CNUDCI (Commission des Nations unies pour le droit commercial international) et le Règlement de l'Union européenne sur l'insolvabilité soutiennent cette méthode en vue d'instaurer un système de gestion des cas d'insolvabilité transfrontaliers plus structuré et prévisible.

Le quatrième chapitre aborde également la question de la reconnaissance et de l'efficacité des procédures d'insolvabilité étrangères. Cette section analyse les interactions entre les procédures d'insolvabilité étrangères et les cadres transfrontaliers existants, tout en évaluant les contraintes que ces derniers peuvent imposer sur la capacité de reconnaissance et d'application de ces procédures. La discussion débute avec l'examen des approches internationales concernant la gestion des procédures étrangères, en partant des principes établis par la Loi type de la CNUDCI, avant de s'orienter vers les mécanismes inscrits dans le Règlement de l'Union européenne sur l'insolvabilité. Elle procède à la comparaison des caractéristiques propres à chacun de ces régimes et explore les méthodes employées par les juridictions étrangères pour reconnaître, donner effet ou refuser ces procédures d'insolvabilité.

Le troisième sujet abordé dans le quatrième chapitre examine les règles déterminant la loi applicable, avec une focalisation spécifique sur le principe de la *lex fori concursus*. Ce concept découle du principe plus général de la *lex fori*, qui constitue une pierre angulaire du droit international privé. Selon la *lex fori*, un tribunal applique de manière générale ses propres lois internes – la loi du lieu où il siège, dite « loi du *for* » - afin de régler les questions de procédure et, dans les cas d'insolvabilité, les normes de fond régissant les procédures d'insolvabilité. Cette application du droit national est en accord avec la souveraineté de l'État, considérant que le droit de procédure est vu comme une extension de l'ordre juridique public du pays. En vertu du principe de la *lex fori concursus*, c'est la loi de l'État où la procédure d'insolvabilité est engagée qui régit cette même procédure et toutes les actions en justice qui y sont liées. Ce principe est généralement codifié à l'article 7 du Règlement de l'Union européenne sur l'insolvabilité. Toutefois, ledit règlement prévoit également des exceptions spécifiques à ce principe, qui sont énoncées dans ses dispositions ultérieures. Les exceptions précisées dans le règlement européen sur l'insolvabilité sont les suivantes : (1) Droits réels des tiers, (2) Compensation, (3) Réserve de propriété, (4) Contrats portant sur un bien immobilier, (5) Systèmes de paiement et marchés financiers (6) Contrats de travail, (7) Effets sur les droits soumis à enregistrement (8) Brevets européens à effet unitaire et marques communautaires, (9) Actes préjudiciables, (10) Protection du tiers acquéreur.

En outre, l'ordre public est également reconnu comme une exception. C'est un principe général selon lequel lorsqu'une procédure judiciaire étrangère est concernée, la *lex fori concursus* – la loi du lieu où se déroule la procédure d'insolvabilité – doit être appliquée par le tribunal local. Ce principe peut toutefois être limité par l'exception d'ordre public. Cette garantie, qui interdit l'application de lois étrangères contraires aux principes fondamentaux du droit local, permet au tribunal local de donner la préférence à ses propres lois par rapport à celles d'un autre pays dans des circonstances spécifiques et limitées en cas d'insolvabilité. Il est néanmoins important de souligner que la notion de politique publique n'accorde pas aux pays un pouvoir discrétionnaire illimité. La CNUDCI souligne que pour que l'exception à la *lex fori concursus* puisse être invoquée pour des raisons d'ordre public, la violation doit être « manifestement » évidente, ne laissant place à aucun doute.

Le cinquième chapitre explore les défis spécifiques liés à l'insolvabilité internationale, tels que l'identification des actifs du débiteur, la mise en place de saisies dans le cadre de l'insolvabilité, le classement par priorité des créances, ainsi que l'annulation des transactions détrimentales qui visent à désavantager les créanciers. En outre, le chapitre aborde les procédures qui régissent l'insolvabilité et les enjeux complexes relatifs à l'insolvabilité des sociétés multinationales.

Parmi ces problèmes, dans la section intitulée « Détermination des actifs du débiteur et saisie pour insolvabilité », le texte mentionne la tâche difficile de surveiller et de récupérer les actifs au niveau international à l'ère numérique, où les marchandises peuvent rapidement traverser les frontières. Les différences dans les pratiques entre les différents pays contribuent aux incohérences dans ce domaine et exacerbent les difficultés rencontrées dans les cas d'insolvabilité. Les activités commerciales internationales et les faillites transfrontalières compliquent encore davantage le processus de localisation et de récupération des actifs et peuvent donner lieu à des conflits entre les lois. L'absence d'un cadre juridique universel applicable dans tous les pays, constitue un obstacle important à la protection des actifs et à l'optimisation de leur récupération au cours des procédures d'insolvabilité.

Dans ce contexte, il existe un besoin urgent de cultiver la coopération mondiale et d'établir des mécanismes qui abordent des questions cruciales telles que l'identification des avoirs, la saisie temporaire des avoirs et la prévention des transferts non autorisés. Par exemple, le recours aux « ordonnances de gel » – le pouvoir d'imposer des restrictions temporaires sur le transfert, la vente ou la cession d'actifs sous des juridictions étrangères – s'est avéré efficace pour protéger les actifs. Au sein de l'Union européenne, les articles 19(1) et 20(1) du Règlement de l'UE sur l'insolvabilité exigent qu'une suspension des transactions à l'échelle de l'UE prenne automatiquement effet dès l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité substantielle dans n'importe quel État membre.

Une autre question traitée dans le cinquième chapitre concerne l'annulation des transactions réalisées dans l'intention de nuire aux créanciers, une problématique

souvent référée sous le terme « *avoidance* ». Ce concept couvre toutes les actions qui compromettent la capacité du débiteur à s'acquitter de ses obligations, ce qui porte préjudice aux droits des créanciers en réduisant la valeur des actifs du débiteur ou en les rendant inaccessibles pour les réclamations des créanciers. La Loi type sur l'insolvabilité transfrontalière proposée par la CNUDCI ainsi que le Règlement européen sur l'insolvabilité visent tous les deux à fournir des mécanismes pour contrer ce problème. Néanmoins, les règles relatives à l'évitement peuvent varier substantiellement d'un pays à l'autre, reflet des disparités entre les systèmes juridiques dans l'évaluation de la validité de telles transactions. Ainsi, une opération jugée frauduleuse dans une juridiction peut être considérée comme valide dans une autre.

Le chapitre aborde également les conflits de priorité, qui présentent des défis analogues. La question de la priorité des créanciers dans le droit international de l'insolvabilité souligne l'absence de réglementations et de systèmes standardisés, ce qui entrave la coopération entre les tribunaux et complique le processus de décision. Il existe des variations considérables dans l'interprétation du traitement équitable des créanciers nationaux et étrangers au cours des procédures d'insolvabilité, ainsi que dans la manière dont cette équité doit être garantie. Ces complexités vont de la détermination de la séquence de remboursement à des préoccupations plus granulaires concernant le traitement des différents types de créanciers et de leurs réclamations respectives. Ces difficultés entravent les efforts visant à établir un cadre cohérent et harmonisé pour le Droit international de l'insolvabilité.

Dans les cas d'insolvabilité internationale, les différentes traditions juridiques, les niveaux économiques des différents pays et les normes culturelles qui façonnent les pratiques commerciales et économiques nécessitent un cadre flexible capable de s'adapter à toutes les alternatives – judiciaires et extrajudiciaires – pour gérer efficacement l'insolvabilité. La tendance dominante en matière de droit de l'insolvabilité transfrontalière, telle qu'elle se reflète dans les instruments internationalement reconnus, s'aligne sur l'évolution générale du droit de l'insolvabilité et de la restructuration. Cette tendance implique d'examiner la compatibilité des procédures d'insolvabilité évoluées, qui offrent des solutions aux difficultés financières précoces, avec les mécanismes de reconnaissance, de

coopération et d'assistance juridique fournis par les cadres internationaux. De plus, l'impact de la mise en œuvre de ces procédures dans le contexte de tels cadres est soigneusement étudié.

Le chapitre 5 se termine par une discussion sur les insolvabilités des sociétés multinationales, dont la complexité s'est considérablement accrue en raison des récessions économiques mondiales survenues au cours des trois dernières décennies. Ces insolvabilités ont créé une niche distincte et complexe au sein du droit international de l'insolvabilité, nécessitant un examen minutieux. L'effondrement de ces grandes entreprises transfrontalières met en lumière certains des aspects les plus difficiles des cas d'insolvabilité et il exerce une profonde influence sur le paysage économique mondial. Dans la mesure où ce domaine recoupe les questions plus larges explorées plus tôt dans l'étude, il apparaît comme un terrain fertile pour l'innovation juridique et une progression rapide, s'appuyant sur les progrès de la théorie juridique, des pratiques de droit comparé et des réglementations internationales. Les efforts et les développements en cours dans ce secteur s'avèrent essentiels pour relever jour après jour ces défis multiformes.

En conclusion, cette étude offre une analyse approfondie des fondements, des caractéristiques distinctives et des implications pratiques du droit international de l'insolvabilité, à travers le prisme du droit comparé et du droit international privé. L'objectif premier est d'enrichir le débat juridique et théorique autour de l'insolvabilité transfrontalière, grâce à une étude minutieuse des diverses procédures d'insolvabilité dans leur contexte international. Elle explore l'évolution historique de l'insolvabilité ainsi que son intégration dans les systèmes juridiques contemporains, en tenant compte de l'impact significatif des complexités de l'insolvabilité internationale sur les différents régimes juridiques. L'étude se concentre tout particulièrement sur deux problématiques majeures, abordant ainsi des questions délicates telles que la reconnaissance et l'interaction des procédures d'insolvabilité, leur cohérence avec les mécanismes de coopération et le soutien judiciaire, la définition élargie et la portée de l'insolvabilité dans toutes les juridictions, ainsi que les cas d'insolvabilité complexes auxquels sont confrontées les entreprises multinationales.

ABSTRACT

This study aims to provide a detailed and comprehensive legal analysis of international bankruptcy and related issues by drawing on comparative law and private international law. In this context, this thesis aims to determine the legal qualifications of the transactions that fall within the framework of international insolvency and to address the problems related to these issues in detail.

This study consists of five chapters. The first chapter examines the specific aspects of insolvency in the fields of debt enforcement, procedural law, and substantive law. The main argument in this chapter is that bankruptcy law has its own normative scope. In this framework, bankruptcy law and enforcement law regulate areas that can be analytically distinguished from each other. The law of debt enforcement regulates all actions and procedures based on the state's sovereignty and power to use force. On the other hand, bankruptcy law can be characterized as a multi-layered and unique branch of substantive law that has features related to the law of obligations or commercial law, depending on the context.

The first chapter begins with an etymology of the concept of insolvency across various languages. The Turkish word "*iflâs*" is highlighted, which comes from the Arabic word "*fls*" (*fels*), indicating a state of destitution and insolvency. In English, the term "bankruptcy" has historical origins that trace back to medieval Italy, where merchants who couldn't pay their debts had their trading benches physically broken, a practice referred to as "*banca rotta*." The main goal of this analysis is to emphasize that historically, insolvency has been perceived as a condition of incapacity and deficiency resulting in disgrace, even in the mildest scenarios. In terms of the severity of Roman law, penalties such as enslavement or death for bankrupt individuals illustrate how grave the offense of bankruptcy was considered. Furthermore, during the Middle Ages, those in financial distress were scorned by society.

Meanwhile, with the modernization of legal systems, efforts have been made to alleviate the negative social perception of individuals who become insolvent. These efforts have led to changes in the law and the emergence of new terminologies. Over time, legal terminology across different countries has evolved. For example, in the US, the terms "debtor" and "insolvency" are now more commonly used in place of "bankrupt" and "bankruptcy" respectively, in the context of insolvency law. In line with these changes in terminology, reform efforts at both the comparative and international law levels aim to diminish the stigma attached to insolvent individuals and companies, striving to provide them with the opportunity for a fresh start within the economic order.

Moving on, the first section distinguishes between the narrow and broad meanings of the concept of insolvency in comparative law and international instruments. Throughout this study, bankruptcy in its narrow sense refers specifically to procedures that involve the liquidation and distribution of a debtor's assets and/or the dissolution of their legal personality to satisfy creditors in accordance with applicable laws. In contrast, the broad sense of insolvency encompasses the debtor's objective inability to pay, the formal declaration of this predicament by a competent authority, body, or the debtor themselves, as well as all subsequent actions taken to settle claims and manage the debtor's assets. Within this expansive interpretation of insolvency, the study underscores the principle of collectivity, which is critical in administering bankruptcy procedures. Additionally, it conceptualizes bankruptcy as a wide-ranging framework, starting from liquidation in the narrowest scope and extending to include debt restructuring and non-judicial workout solutions. Furthermore, this study primarily considers insolvency law as substantive law. It supports the notion that while insolvency contains procedural elements, these are not its defining features. The focus here is on the processes associated with the initiation, execution, management, and conclusion of bankruptcy proceedings.

The second chapter of the study is dedicated to the conceptual framework and theoretical perspectives of international insolvency. The term "international insolvency" refers to various situations in which a debtor may have a cross-border element—such as operating in more than one country, being domestic with creditors

located abroad, being a foreign entity with domestic creditors, or having assets dispersed over multiple countries. In this section, the chapter elaborates on various theoretical approaches to the legal framework governing international insolvency. These approaches include territorialism, which is based on the principle of territoriality or locality; universalism, which advocates for consistent practices and standards in cross-border insolvencies; and the hybrid approach. Due to the practical difficulties encountered with universalism, mixed approaches have been developed, offering alternatives such as cooperative territoriality, multilateralism, contract theory, universal proceduralism, and modified universalism. The examination of these approaches, each presenting distinctive advantages and challenges, provides significant insights into the ongoing and potential resolutions for issues in international insolvency.

Chapter Three outlines a general framework that defines the relationship between international insolvency and the law. In this chapter, the legal nature of international insolvency law is first explained, and a reminder is provided of the modern insolvency law approach introduced in the first chapter. Within this framework, the aim of insolvency law is to develop a collective procedural structure founded on the principles of justice that considers the interests of all parties involved. It seeks to maximize the value of the debtor's assets, minimize waste, ensure the rescue of viable businesses, and develop appropriate techniques for these purposes. The transnational aspect of bankruptcy introduces an additional layer of complexity to the existing definition and framework. Consequently, international insolvency law is evolving into a distinct system within private international law, specifically catering to transnational insolvency cases. This system often described as "*sui generis*" strives to fulfill the objectives of insolvency in scenarios that transcend national borders. The growing field of transnational insolvency anticipates the effective centralization of proceedings that are acknowledged and aided by foreign authorities. The goal is to maximize asset values and ensure business recovery while carefully considering the interests of all affected parties, regardless of their location.

In international insolvency cases, it's important to balance the interests of creditors and debtors. Factors like nationality or foreign status, as well as the role of

the state as an entity under international law, should be considered in this balance. In order to establish this balance, it is of great importance to explore harmonious and effective solutions by evaluating these interests in a holistic framework. Practices in international insolvency and comparative law have tended towards a perspective that aims to harmonize and coordinate different interests. In fact, this is the main concern of the modified universalism approach.

From this perspective, the final section of the third chapter examines various legal frameworks or regimes for international insolvency. This includes a study of the ecosystem of Model Laws related to insolvency, with particular emphasis on the 1997 UNCITRAL Model Law, as well as the regulations in force within the European Union, the United States, and Latin American countries.

The fourth chapter delves into international insolvency by addressing traditional concepts of international procedural law. It evaluates the criteria for international jurisdiction in insolvency proceedings, the recognition of foreign insolvency judgments, and the determination of applicable law. These topics are scrutinized using a comparative legal framework, drawing from the UNCITRAL Model Law, regulations in the U.S. and the EU, and various national laws, which the third chapter discusses. Techniques from comparative and private international law are employed to analyze these issues, which can be summarized as follows:

Firstly, in the realm of international insolvency and private international law, a common challenge involves identifying the competent court for the proceedings. This issue is often resolved using the principle of the Center of Main Interests (COMI). COMI refers to the primary location of a company's or legal entity's operational activities in the context of insolvency or debt restructuring. It is typically associated with the site of the debtor's main administrative office, the place where significant operations are conducted, or the location where crucial commercial decisions are made. Additionally, the issue of forum shopping often arises in discussions of international jurisdiction and represents the second significant concern. In the context of international insolvency, 'forum shopping' is the practice where an internationally active company selects a jurisdiction that is perceived to offer the most favorable legal

environment for its restructuring or insolvency processes. The company then takes steps to establish its case in the chosen jurisdiction in hopes of benefiting from its laws in the event of insolvency. The modified universalism approach argues for a legal framework where the primary insolvency proceedings are initiated in the debtor's Center of Main Interests (COMI), while ancillary proceedings may occur in other jurisdictions. Such a framework aims to curb the practice of forum shopping. Both the UNCITRAL Model Law and the EU Insolvency Regulation embrace this approach, thus promoting a more orderly and predictable system for handling cross-border insolvencies.

The second issue addressed in Chapter Four is the recognition of the effect of foreign insolvency procedures. This section scrutinizes how foreign insolvency procedures interrelate with existing cross-border insolvency frameworks and evaluates the limitations imposed by such frameworks on the ability of these procedures to be recognized and enforced. Initially, the discussion focuses on how international frameworks handle the concept of a foreign procedure, beginning with standards set by the Model Law and then proceeding to the foreign insolvency procedures outlined in the EU Insolvency Regulation. The characteristics of the procedures in these two contexts are compared, and the techniques foreign courts apply to recognize, enforce, or reject them are examined.

The third issue explored in the fourth chapter is the rules concerning the applicable law, with a focus on the principle of *Lex fori concursus*. This concept is rooted in the broader *lex fori* principle, a cornerstone of private international law. Under the *Lex fori* principle, a court typically applies its own domestic law—the law of the forum—to decide both procedural matters and, in the context of insolvency, the substantive rules governing the proceedings. This application of domestic law aligns with the state's sovereignty, as procedural law is deemed an extension of a nation's public law framework. According to the principle of *Lex fori concursus*, the law of the country where the insolvency proceedings are initiated typically governs the insolvency process and any related legal actions. This principle is formalized as a general rule in Article 7 of the EU Insolvency Regulation. Nevertheless, the regulation also delineates specific exceptions to this principle in subsequent provisions. These

exceptions, as articulated in the EU Insolvency Regulation, include the following: (1) Third parties' rights *in rem*; (2) set-off; (3) reservation of title; (4) contracts relating to immovable property; (5) payment systems and financial markets; (6) contracts of employment; (7) rights subject to registration; (8) detrimental acts of the debtor; (9) effects of insolvency proceedings on pending lawsuits or arbitral proceedings and 10) Protection of third-party purchasers.

Furthermore, public policy is also recognized as an exception. It is a general principle that when foreign court proceedings are concerned, the *Lex fori concursus* - the law of the place where the insolvency proceedings are occurring - should be applied by the local court. The public policy exception, however, might place restrictions on this principle. This safeguard, which bars the application of foreign laws that are in conflict with the fundamental principles of the local law, enables the local court to give preference to its own laws over those of another country under specific, limited circumstances in bankruptcy cases. Nevertheless, it is important to underline that the concept of public policy does not grant countries unfettered discretion. UNCITRAL emphasizes that for the exception to the *lex fori concursus* to be invoked on public policy grounds, the contravention must be “manifestly” evident, leaving no room for doubt.

Chapter 5 explores the specific challenges associated with international insolvency, such as the identification of the debtor's assets, the imposition of insolvency seizures, the prioritization of claims, and the annulment of detrimental transactions intended to disadvantage creditors. Furthermore, the chapter examines the procedures governing insolvency and the complexities surrounding the insolvency of multinational corporations.

Among these problems, under the section titled 'Determination of the Debtor's Assets and Insolvency Seizure,' the text mentions the difficult task of monitoring and recovering assets internationally in the digital age, where goods can rapidly move across borders. Variations in practices among different countries contribute to inconsistencies in this area and exacerbate challenges in insolvency cases. International commercial activities and cross-border bankruptcies further complicate

the process of tracing and recouping assets and can result in conflicts between laws. The absence of a universal legal framework, applicable across all countries, poses a significant impediment to protecting assets and maximizing their recovery in the course of insolvency proceedings.

In this context, there is a pressing need to cultivate global cooperation and establish mechanisms that address critical issues such as the identification of assets, the temporary seizure of assets, and the prevention of unauthorized transfers. For instance, the use of 'freezing orders'—the authority to impose temporary restrictions on the transfer, sale, or disposal of assets under foreign jurisdictions—has proven effective in safeguarding assets. Within the European Union, Articles 19(1) and 20(1) of the EU Insolvency Regulation mandate that an EU-wide suspension of transactions automatically takes effect upon the initiation of substantive insolvency proceedings in any Member State.

Another issue discussed in the fifth chapter concerns the annulment of transactions made with the intent to harm creditors, an issue commonly referred to as 'avoidance.' This term describes any actions that undermine the debtor's ability to fulfill its obligations, thus impairing the rights of creditors by devaluing the debtor's assets or rendering them unreachable for creditor claims. The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency and the EU Insolvency Regulation both seek to offer various solutions to this problem. Nevertheless, avoidance laws can differ significantly from one country to another, where legal systems have disparate criteria for assessing the validity of such transactions. A transaction that is deemed fraudulent in one jurisdiction could be considered valid in another.

The chapter also addresses “conflicts of priorities” which present analogous challenges. The matter of creditor priority in international insolvency law underscores the absence of standardized regulations and systems, consequently impeding cooperation among courts and complicating the adjudication process. Considerable variations exist in the interpretation of equitable treatment for domestic and foreign creditors during insolvency proceedings, as well as in how such equity should be guaranteed. These complexities span from determining the sequence of repayment to

more granular concerns regarding the handling of various types of creditors and their respective claims. These difficulties obstruct efforts to establish a consistent and harmonized framework for international insolvency law.

In international insolvency cases, the varying legal traditions, economic levels of different countries, and cultural norms that shape business and economic practices necessitate a flexible framework capable of accommodating all alternatives—judicial and extrajudicial—to manage insolvency effectively. The prevailing trend in cross-border insolvency law, as reflected in internationally recognized instruments, aligns with the general evolution of insolvency and restructuring law. This trend entails examining the compatibility of evolved insolvency procedures, which offer solutions for early-stage financial distress, with the mechanisms for recognition, cooperation, and legal assistance provided by international frameworks. Moreover, the impact of these procedures' implementation within the context of such frameworks is thoroughly considered.

Chapter 5 concludes with a discussion on the insolvencies of multinational corporations, which have significantly grown in complexity due to the global economic downturns experienced over the past three decades. These insolvencies have carved out a distinct and intricate niche within international insolvency law, necessitating detailed scrutiny. The collapse of such large, cross-border enterprises highlights some of the most challenging facets of insolvency cases and has a profound influence on the global economic landscape. As this area intersects with the broader issues explored earlier in the study, it stands out as a fertile ground for legal innovation and swift progression, drawing upon advancements in legal theory, comparative law practices, and international regulations. The ongoing efforts and developments in this sector are proving essential in tackling these multifaceted challenges day by day.

In conclusion, this study provides a thorough examination of the foundations, distinguishing traits, and practical applications of international insolvency law, framed within comparative and private international law. Its principal aim is to enrich the legal and theoretical discourse on cross-border insolvency by meticulously investigating the multifaceted procedures of insolvency in their global context. The historical

development of insolvency and its integration into modern legal systems are explored, recognizing the profound influence of international insolvency's complexities on various legal frameworks. With a particular focus on two salient issues, the study confronts challenging topics such as the recognition and interrelationship of insolvency proceedings, their alignment with collaborative mechanisms and judicial support, the expansive definition and scope of insolvency across jurisdictions, and the intricate insolvencies faced by multinational corporations.



ÖZET

Bu çalışma, uluslararası iflâs ve uluslararası iflâsa ilişkin konularında, karşılaştırmalı hukuk ve milletlerarası özel hukuk verilerini temel alarak kapsamlı bir hukuki inceleme sunmayı hedeflemektedir. Bu kapsamda uluslararası iflâs çerçevesinde ele alınan işlemlerin hukuki niteliklerinin belirlenmesi ve bu konularda yaşanan sorunların detaylı bir şekilde ele alınması planlanmıştır.

Bu çalışma beş bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm, iflâsın, takip ve usûl hukuku ile maddi hukuk alanındaki özgün yanlarını incelemektedir. Bu bölümün savunduğu temel argüman iflâs hukukunun kendine has norm alanının bulunduğuudur. Bu çerçevede iflâs hukuku ile takip hukuku birbirinden analitik olarak ayrıştırılabilecek alanları düzenlemektedir. Takip hukuku devletin zor kullanma yetkisini ve egemenliğini esas alan eylem ve usûllerin bütünüdür. Buna karşın iflâs hukuku ise, duruma bağlı olarak borçlar hukuku veya ticaret hukuku ile bağlantılı özellikler taşıyan, çok katmanlı ve kendine özgü bir maddi hukuk dalı olarak nitelendirilebilir.

İlk bölüm iflâs kavramının çeşitli dillerdeki etimolojik incelemesi ile başlamaktadır. Bu bağlamda iflâs kavramı, Arapça "*fls*" (*fels*) kelimesinden türemiş, parasızlık ve acizlik durumunu belirtmektedir. İngilizcedeki "*bankruptcy*" terimi de Orta Çağ İtalya'sında, ödenemeyen borçlar nedeniyle tacirin tezgahının kırılması (*banca rotta*) uygulamasından kaynaklanmaktadır. Bu etimolojik incelemenin temel amacı, iflâs olgusunun tarihsel süreçte, en iyi ihtimalle utanılması gereken bir acizlik ve eksilik hali olarak algılanmış olduğunun altının çizilmesidir. Roma hukukunda iflâs edenler için öngörülen kölelik veya ölüm cezaları, iflâsın ne kadar ciddi bir suç kabul edildiğini göstermektedir. Orta Çağ'da ise, malî sıkıntıları olanlar toplum tarafından hor görülmüştür.

Öte yandan, hukuk sistemlerinin modernleşmesiyle iflâs etmiş olan kişilere yönelik olumsuz toplumsal algının hafifletilmesi kaygısı, hukuk sistemlerinde değişikliklere yol açarak yeni terminolojilerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Zaman içerisinde hukuki terminoloji evrilmiş; örneğin ABD’de “müflis” yerine “borçlu”, “iflâs” (*bankruptcy*) yerine ise “âciz hali” (*insolvency*) terimleri iflâs hukukunda kullanılmaya başlanmıştır. Bu terminolojiye eşlik eden karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası hukuk düzeyindeki reform çabaları, iflâs eden birey ve şirketler üzerindeki stigmatı azaltarak, ekonomik düzen içerisinde ikinci bir şans elde edebilmelerini amaçlamaktadır.

Buradan devamla, birinci bölüm karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası belgelerde iflâs kavramının dar ve geniş anlamlarda kullanıldığını tespit etmektedir. Bu çalışma boyunca iflâs, dar anlamıyla, borçlunun malvarlığının ve/veya hukuki kişiliğinin yürürlükteki yasal düzenlemelere göre tasfiye edilerek alacaklılara dağıtılmasını kapsayan usûlleri ifade edecek biçimde ele alınmıştır. Geniş anlamında ise, borçlunun ödeme kabiliyetinin objektif olarak kaybolması, bu durumun yetkili makam, organ veya borçlu tarafından resmen ilan edilmesi, ilandan sonra alacakların tatmini için yapılan tüm işlemler ve borçlunun malvarlığını yönetmeye yönelik eylemleri kapsayan usûlleri kapsayacak bir şekilde anlaşılmalıdır. İflâsın bu geniş anlayışı çerçevesinde; iflâs usûllerinin yönetilmesinde belirleyici olan kolektiflik ilkesinin altı çizilmektedir. Aynı çerçevede iflâs kavramı en dar sonucu olan tasfiyeden başlayarak borç yapılandırma ve sözleşmeye dayalı mahkeme dışı sulhçu (*workout*) çözümler olmak üzere geniş bir spektrumda ilerleyen bir kavram olarak anlaşılmalıdır. Bundan başka, bu çalışma boyunca iflâs hukuku esas olarak maddi hukuk meselesi olarak ele alınmakta ve iflâs kararının verilmesi, yürütme, yönetim ve sonlandırılmasına ilişkin usûller akılda tutulmak suretiyle iflâsın sınırlı bir usûli niteliğe sahip olduğu görüşü savunulmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümü, uluslararası iflâsın kavramsal çerçevesine ve teorik perspektifine ayrılmıştır. "Uluslararası iflâs" terimi, borçlunun birden fazla ülkede faaliyet gösterdiği, borçlunun yerli olduğu buna karşın alacaklıların yabancı ülkelere bulunduğu veya borçlunun yabancı, alacaklıların yerli olduğu, ya da borçlunun mallarının birden fazla ülkeye yayıldığı farklı bir dizi durumu ifade etmek için

kullanılmaktadır. Bu bölümde uluslararası iflâsın hukuki çerçevesine dair çeşitli teorik yaklaşımlar üzerinde durulmuştur. Bu yaklaşımlar, bilhassa ülkeselci yaklaşım, evrenselci yaklaşım ve karma yaklaşımları içermektedir. Ülkeselci yaklaşım, iflâsın ülkeselliği ya da yerelliği ilkesini temel alırken, evrenselci yaklaşım sınır aşan iflâslarda evrensel uygulama ve standartları savunmaktadır. Bununla birlikte, evrenselci yaklaşımın pratik zorluklarına karşı, karma yaklaşımların geliştirildiği görülmüştür. Karma yaklaşımlar; işbirlikçi ülkesellik, çok yanlılık teorisi, sözleşme teorisi, usûlün evrenselliği ve uyarlanmış evrenselcilik gibi çeşitli alternatifler sunmaktadır. Her biri özgül avantajlar ve zorluklar sunan bu yaklaşımların incelenmesi uluslararası iflâsla ilgili mevcut ve olası çözüm yollarına dair önemli katkılar sunmaktadır.

Üçüncü Bölüm, uluslararası iflâs ve hukuk ilişkisindeki genel çerçeveyi çizmektedir. Bu bölümde ilk olarak uluslararası iflâs hukukunun hukuki niteliği anlatılırken birinci bölümde anlatılan modern iflâs hukuku anlayışının geldiği nokta hatırlatılmaktadır. Bu açıdan iflâs hukuku tarafların çıkarlarını dikkate alan adalet prensibine dayalı kolektif bir usûl geliştirmeyi, borçlunun malvarlığı değerini en üst düzeye çıkarmayı, israfı en aza indirmeyi ve sürdürülebilir işletmelerin kurtarılmasını sağlamayı amaçlamakta, buna uygun teknikler geliştirmektedir. İflâsın sınır aşan bir boyut kazanması bu tanım ve çerçeveye yeni bir uluslararası olma hali katmaktadır. Dolayısıyla uluslararası iflâs hukuku, sınır aşan durumlarda iflâsın hedeflerine ulaşmayı amaçlayan, sınır aşan iflâs için “*sui generis*” bir milletlerarası özel hukuk sistemi olarak gelişmesini sürdürmektedir. Bu gelişmekte olan *transnasyonel* iflâs sistemi, nerede olursa olsun ilgili tüm tarafları göz önünde bulundurarak malvarlığı değerini en üst düzeye çıkarmak ve işletmenin kurtarılmasını sağlamak için yabancı makamlar tarafından tanınan ve desteklenen işlemlerin etkili düzeyde merkezileştirilmesini öngörmektedir.

Uluslararası iflâs söz konusu olduğunda, alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin gözetilmesinde, yerlilik ve yabancılık gibi bir değişken, bir yabancılık unsuru katılmakta; Devlet de uluslararası hukuk süjesi olması itibarıyla, menfaat dengesinde gözetilmesi gereken bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu dengenin kurulabilmesi için, söz konusu menfaatleri bütünsel bir çerçevede değerlendirerek

uyumlu ve etkin çözüm önerilerini keşfetmek büyük önem taşımaktadır. Uluslararası iflâs ve karşılaştırmalı hukukta yer alan uygulamalar, farklı menfaatlerin uyumlulaştırılmasını ve koordinasyonunu amaçlayan bir perspektife yönelmiştir. Aslında uyarlanmış evrensellik yaklaşımının temel kaygısı da budur.

Bu perspektif çerçevesinde üçüncü bölümün son kısmında, uluslararası iflâsa dair hukuki çerçeve veya rejim örnekleri üzerinde durulmuştur. Bu kısımda başta 1997 UNCITRAL Model Kanunu olmak üzere iflâs alanındaki Model Kanun ekosistemine, Avrupa Birliği, ABD ve Latin Amerika ülkelerinde geçerli düzenlemelere yer verilmiştir.

Dördüncü bölüm, uluslararası iflâs konusunu milletlerarası usûl hukukunun geleneksel meseleleri çerçevesinde ele almaktadır. Bu bölümde, iflâs davalarında milletlerarası yetki kriteri, yabancı iflâs usûllerine etki tanınması ve uygulanacak hukuka ilişkin kurallar incelenmektedir. Bu hususlar, üçüncü bölümde ele alınan, UNCITRAL Model Kanun ekosistemi, ABD ve AB'dekiler gibi örnek düzenlemeler ve çeşitli ulusal kurallar çerçevesinde, karşılaştırmalı hukuk verilerine ve milletlerarası özel hukuk tekniklerine başvurularak incelenmektedir. İlgili konular aşağıdaki gibi özetlenebilir.

İlk olarak uluslararası iflâs bağlamında ve milletlerarası özel hukuk açısından, en tipik sorunlardan birisi yetkili mahkemenin belirlenmesidir ve bu sorunun çözümünde sıklıkla COMI (Esas Menfaatlerin Merkezi) ilkesi esas alınmaktadır. Terim, bir şirket veya hukuki kişiliğin iflâs veya borç yeniden yapılandırma sürecinde ana faaliyet yerinin belirlenmesi için kullanılmaktadır. COMI, genellikle şirketin ana yönetim ofisinin bulunduğu yer, asli işlemlerinin yürütüldüğü yer veya şirketin asıl ticari kararlarının alındığı yer olarak tanımlanabilir. Milletlerarası yetki bağlamında sıklıkla gözlenen ikinci husus *forum shopping* sorunudur. Uluslararası iflâs özelinde *forum shopping*, uluslararası faaliyetlerde bulunan belirli bir şirketin yeniden yapılandırılması veya tasfiyesi amacıyla kendi çıkarı için en uygun gördüğü ülkeyi belirleyerek, olası iflâsına yönelik bu ülkenin mahkemelerinin hukukunun uygulanması için gerekli önlemleri alması anlamına gelmektedir. Uyarlanmış evrenselliğin ileri sürdüğü şekliyle, asli iflâs davasının borçlunun COMI'sinde

açılarak tali işlemlerin ise farklı ülkelerde yürütülebileceğine dair getirilecek açık bir yasal düzenleme *forum shopping* teşebbüslerini asgari seviyeye indirecektir. Nitekim UNCITRAL Model Kanunu ve AB İflâs Tüzüğü bu yöntemi benimsemektedir.

Dördüncü bölümün ele aldığı ikinci husus ‘Yabancı İflâs Usûllerine Etki Tanınması’dır. Bu bölüm altında yabancı iflâs usûllerinin mevcut sınır aşan iflâs çerçeveleri ile olan ilişkisi incelenmiş ve bu usûllerin tanınma ve tenfiz edilme kabiliyetleri konusunda bu çerçevelerin getirdiği sınırlamalar konusunda değerlendirmeler yapılmıştır. Bu bağlamda öncelikle uluslararası çerçevelerde yabancı usûl kavramının nasıl ele alındığı incelenmiştir. Değerlendirmemizde öncelikle Model Kanun’un belirlediği standartlar ile başlanmış, ardından AB İflâs Tüzüğü’nde belirtilen yabancı iflâs usûlleri incelenmiştir. Bu iki çerçevede ele alınan usûllerin karakteristik yanlarını ve yabancı mahkemelerin bunların tanınması ve tenfizi veya reddi için nasıl bir teknik kullandığına değinilmiştir.

Dördüncü bölümde incelenen üçüncü husus ise uygulanacak hukuka ilişkin kurallardır. Burada *lex fori concursus* ilkesi açıklanmaktadır. Bu kavram temel bir milletlerarası özel hukuk ilkesi olan *lex fori* ilkesinin uluslararası iflâs bağlamında aldığı isimdir. *Lex fori* ilkesine göre, bir davanın içeriğine dair yargısal kararlar ve uygulanacak usûl hukuku genellikle davanın görüldüğü yerin kanunlarına (*forum*’un hukukuna) tabi olur. Bu durum usûl hukukunun kamu hukukunun bir parçası olduğundan bahisle ilgili devletin egemenlik hakkının doğal bir sonucu olarak ele alınmaktadır. *Lex fori concursus* ilkesi uyarınca, iflâsa temas eden usûller ve bunlarla ilişkili hukuki işlemler genellikle iflâs davasının açıldığı mahkemenin yer aldığı ülkenin hukukuna göre yürütülür. Bu genel kural AB İflâs Tüzüğü’nün 7. maddesinde yer almakla birlikte kuralın istisnaları da ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. AB İflâs Tüzüğü’nün öngördüğü şekliyle bu istisnalar şu şekilde listelenebilir: (1) Üçüncü kişilere ait olan aynı haklar, (2) takas, (3) mülkiyeti muhafaza kayıtlı satış sözleşmeleri, (4) konusunu taşınmazlar üzerindeki hakların teşkil ettiği sözleşmeler, (5) ödeme sistemleri ve finans piyasalarına ilişkin istisnai durum, (6) iş sözleşmeleri, (7) tescile tabi olan haklar, (8) iptale tabi olan borçlunun zarar verici işlemleri, (9) iflâsın derdest dava ve tahkim yargılamaları üzerindeki etkileri ve (10) üçüncü kişilerin kazanımlarının korunması.

Buna ek olarak, kamu düzeni de istisna olarak kabul edilmektedir. Yabancı bir mahkemenin *lex fori concursus*, yani iflâs davasının görüldüğü yerin hukukunu uygulama prensibi, yerel mahkeme tarafından kabul edilmesi gereken bir genel kural olmakla birlikte, uygulama sonucu kamu düzeni istisnası ile sınırlanabilir. Yerel hukukun temel prensipleriyle çatışan bir yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen bu mekanizma, sınırlı durumlarda, tanıma devleti mahkemesine kendi hukukunun maddi kurallarından feragat etmeyerek diğer ülke hukukunu uygulamama imkânı vermektedir. Ancak belirtmek gerekir ki kamu düzeni istisnası mahkemelere sınırsız bir hareket alanı vermemektedir. UNCITRAL, milletlerarası özel hukukun genel ilkelerine paralel bir yaklaşımla, *lex fori concursus*'a bir istisna yaratılması maksadıyla kamu düzeni çekincesine başvurulabilmesi için, somut olayda aykırılığın şüpheye yer vermeyecek bir şekilde “açık” (*manifest*) olması gerektiğini belirtmektedir.

Beşinci bölümde, uluslararası iflâsın özgün sorunları; borçluya ait malvarlığının tespiti ve iflâs el koyması, alacak öncelikleri ve alacaklılara zarar verme kastıyla yapılan tasarrufların iptali gibi konular incelenmiştir. Bölüm, ayrıca ödeme güçlüğü usûlleri ve çok uluslu şirketlerin iflâsı konularını da içermektedir.

Bu sorunlardan ‘Borçluya Ait Malvarlığının Tespiti ve İflâs El Koyması’ başlığı altında elektronik çağda mal varlığının uluslararası düzeyde izlenmesi ve geri kazanılmasının zorluklarına değinilmiştir. Mallar sınırlar arasında çabucak hareket edebilmektedir. Farklı ülkelerde uygulamadaki farklılıklar bu süreçte tutarsızlığa yol açmakta ve iflâs durumlarında sorunları artırmaktadır. Uluslararası ticari faaliyetler ve sınır aşan iflâslar, mal varlığının izlenmesini ve geri kazanılmasını karmaşık hale getirmekte, hukuk çatışmalarına sebebiyet verebilmektedir. Bu alanda her ülke için geçerli olabilecek uluslararası bir yasal çerçevenin eksikliği, iflâs sürecinde malvarlığını koruma ve maksimum geri dönüş sağlama çabaları için bir engel teşkil etmektedir.

Bu doğrultuda global ölçekte işbirliği ve adli yardımlaşma mekanizmalarının geliştirilmesine ihtiyaç vardır. Malvarlığının tespiti, geçici olarak el koyma ve hukuka aykırı devirleri önleme gibi konular bu süreçte temel önem taşımaktadır. Örneğin

“dondurma kararları” (*freezing*) olarak adlandırılan ve yabancı hukuk alanında kalan malvarlığının devri, satışı veya elden çıkarılması üzerinde geçici kısıtlama elde etme yetkisi bu açıdan etkin olabilmektedir. Avrupa Birliği'nde, AB İflâs Tüzüğü 19(1) ve 20(1) maddeleri, bir Üye Devlet'te asli iflâs usûlünün başlatılması nedeniyle bu durdurmanın icrası halinde, AB çapında bir durdurmanın otomatik olarak uygulanmasını güvence altına almaktadır.

Beşinci bölümde ele alınan bir diğer sorun, ‘Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali’ meselesidir. Bu sorun “kaçınma işlemi” olarak da adlandırılmaktadır. “Kaçınma”, borçlunun malvarlığı değerini azaltarak ya da malvarlığını alacaklıların erişimine kapatarak, kaçırarak, alacaklıların haklarını karşılamak için borçlunun borçlarını ödemesini zorlaştıran veya imkânsız kılan eylemleri tanımlamak için kullanılan bir terimdir. Gerek UNCITRAL Model Kanun ekosistemi gerekse AB İflâs Tüzüğü bu konuda çeşitli çözümler üretmeye çabalamaktadır. Ancak, kaçınma işlemlerine uygulanacak kurallar, ülkeler arasında önemli değişkenlik gösterebilmektedir. Her bir hukuk sistemi, bu tür işlemlerin meşruluğunu belirlemek için farklı hukuki kriterler uygulamaktadır. Bir ülkede hileli olarak nitelendirilen bir işlem, başka bir ülkede meşru kabul edilebilmektedir.

‘Alacak Öncelikleri ve Sıra Cetveli İhtilafları’ da benzer sorunları içermektedir. Uluslararası iflâs hukukunda alacak önceliği sorunu, mahkemeler arasında işbirliğini engelleyen ve çözüm sürecini karmaşıklaştıran yeknesak kural ve sistemlerin eksikliğini ortaya koymaktadır. Yerli ve yabancı alacaklıların iflâs usûllerinde nasıl eşit muamele görecekları ve bu eşitliğin nasıl sağlanacağı konusunda geniş çaplı anlayış farklılıkları bulunmaktadır. Bu zorluklar, hangi hukukun sıra cetvelinin uygulanması gerektiğinden başlayarak, farklı alacaklı ve talep türlerinin ele alınmasına ilişkin daha spesifik sorunlara kadar çeşitlilik arz etmektedir. Bu sorunlar, yeknesak ve uyumlaştırılmış bir uluslararası iflâs hukuku sistemine doğru ilerlemeyi engellemektedir.

Uluslararası iflâslarda, çeşitli ülkelerin farklı hukuki gelenekleri ve ekonomik seviyelerinin yarattığı etkinin yanı sıra; iş ve ekonomik yaşantıya yön veren kültürel kodlar, iflâs usûllerinin etkin yönetimi için mahkeme içinde ve dışında tüm

alternatifleri dikkate alabilecek esnek bir yapılanma gereksinimini ortaya çıkarmıştır. Sınır aşan iflâs hukukunun uluslararası alanda kabul gören belgelerine yansıyan eğilim, iflâs ve yeniden yapılandırma usûlleriyle bu genel gereksinime cevap verilmesidir. Bu çerçevede, malî sıkıntının ilk aşamasında karşılaşılan sıkıntılara çözüm sunmak için gelişen ve kimi durumlarda borçlunun ödeme aczi içerisinde olmasını gerektirmeyen ödeme güçlüğü usûllerinin, geleneksel iflâs usûlleri gibi uluslararası çerçevelerin sunduğu tanıma, işbirliği ve adli yardımlaşma mekanizmalarıyla uyumu ve bu çerçeveler kapsamında değerlendirilmesinin olası etkileri tartışılmaktadır.

Beşinci bölümün son kısmında ele alınan ve özellikle son otuz yılda gelişen küresel ekonomik krizlerin etkisiyle yaşanan çok uluslu şirket iflâsları, uluslararası iflâs hukukunda derinlemesine incelemeyi gerektiren özel bir boyut kazanmıştır. Çok uluslu şirketlerin iflâsı, sınır aşan iflâsın vardığı en karmaşık hali yansıtmakta ve bu iflâsların yarattığı ekonomik döngü, sınır aşan iflâs düzenlemelerini belirleyen en dinamik meselelerden biri haline gelmektedir. Bu çalışmada ele alınan diğer sorunlarla yakın ilişki içerisinde olan çok uluslu şirketlerin iflâsı, küresel ekonomi üzerinde geniş çaplı etkileriyle dikkat çekmektedir. Aynı zamanda, hukuk doktrini, karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası normlar bağlamında yenilik ve hızlı gelişmeler yaşanan bir alan olarak öne çıkmaktadır. Bu alanda atılan adımlar, bu karmaşık sorunları çözmekte her geçen gün yeni ilerlemeler sağlamaktadır.

Bu çalışma, uluslararası iflâs hukukunun temellerini, özelliklerini ve karşılaştırmalı hukuk ile milletlerarası özel hukuk bağlamında uygulamalarını derinlemesine incelemektedir. Çalışmanın temel amacı, iflâs usûllerinin çeşitli yönlerini uluslararası bağlamıyla ele alarak sınır aşan iflâsın hukuki ve teorik çerçevesine katkıda bulunmaktır. Bir yandan iflâsın tarihsel gelişimi içerisinde, iflâs kurallarıyla dengelenmeye çalışılan hukuki menfaatler değerlendirilirken, diğer yandan sınır aşan iflâsın karmaşıklığının bu hukuk kuralları üzerindeki etkisi ele alınmaktadır. Bu inceleme, bir yandan iflâs usûllerinin milletlerarası nezaket, işbirliği ve adli yardımlaşma mekanizmaları ile olan uyumunu; diğer yandan da uluslararası alanda iflâsın tanımlanması, genişletilmiş kapsamı ve çok uluslu şirketlerin iflâsı gibi karmaşık konuları ele almaktadır.

GİRİŞ

Uluslararası iflâs, günümüz küresel ekonomik yapısında son derece önemli ve bir o kadar da karmaşık, sorunlu bir alan olarak öne çıkmaktadır. Kapitalizmin dinamik ve rekabetçi doğası, bir taraftan teknolojik gelişmeler aracılığıyla daha sofistike ticari yapıların ortaya çıkmasını teşvik ederken, diğer yandan da bu gelişmelere ayak uyduramayan ticari aktörlerin yok olmasına sebep olmaktadır. Joseph Schumpeter'in 1942 yılında ortaya koyduğu “yaratıcı yıkım” kavramı,² bu sürekli yenilenme ve elenme döngüsünü, ekonomik canlılığın ve gelişimin merkezine yerleştirir. Bu elenme ve yenilenme süreci birçok faktörün etkisiyle gerçekleşen, karmaşık, çok katmanlı bir olgu olarak karşımıza çıkar.

Bu döngü, farklı ülkelerin hukuk sistemleri ve uygulamaları arasındaki çeşitlilikle daha karmaşık hale gelmekte ve sınır aşan iflâslarda uyum ve koordinasyonun sağlanmasını zorlaştırmaktadır. Bu, özellikle birden fazla mahkemenin milletlerarası yetkisi ve birden fazla tanıma devletinin söz konusu olduğu veya malvarlığı farklı ülkelere yayılan işletmelerin iflâsı durumunda belirginleşmektedir. Burada karşılaşılan hukuki belirsizlikler, hangi alacaklılara ne tür öncelikler tanınacağı, malvarlığının takip edilmesi ve geri kazanılması yabancı mahkemelerde alınan kararların tanınması ve tenfizi gibi konularda önemli zorluklar yaratmaktadır. Bu nedenle, uluslararası iflâsın karmaşası ve konuya dair çeşitli yaklaşımların ilerletilmesi gereksinimi, bu çalışmanın temel motivasyonunu teşkil etmektedir.

En kısa tanımıyla “uluslararası iflâs”, alacaklılar, borçlu ve borçlunun iflâsa tabi olan malvarlıklarının birden çok ülkeye yayıldığı halleri anlatmak için kullanılmaktadır. Bu tanım itibarıyla sınır aşan iflâsa dair özgün sorunlar, alacaklıların haklarının korunması, borcun yeniden yapılandırılması ve mal varlıklarının

² Bkz. Joseph A Schumpeter, **Can Capitalism Survive?: Creative Destruction and the Future of the Global Economy**, 1st Harper Perennial Modern Thought Edition, New York: Harper Perennial, 2009.

dağıtılması gibi iflâs hukukunun temel sorunlarını uluslararası bir boyuta taşıyarak dengeye ulaştırılması gereken menfaat çatışmasını daha da karmaşıklştırmaktadır. Bu anlamda farklı ülkelerdeki hukuki rejim ve uygulamaların uyumlulaştırılması sorunu milletlerarası özel hukukun geleneksel olarak meşgul olduğu konulara yeni bir katman eklemektedir.

Milletlerarası özel hukukta uluslararası iflâsla ilgili olarak, birden fazla ülkedeki alacaklıların haklarını korumak ve borçlunun malvarlığını adil bir şekilde dağıtmak gibi zorlu ve karmaşık bir sürecin çözümü söz konusudur. Milletlerarası usûl hukuku bağlamında; borçlunun farklı ülkelerde bulunan malvarlıklarının ne şekilde iflâs usûllerine dahil edileceği, iflâsın nerede başlatılacağı konusu, bir ülkede başlatılan iflâs usûlünün başka bir ülke mahkemesi tarafından tanınması ve tenfizi, asli ve tali iflâs usûlleri, yabancı iflâs temsilcilerinin yetkileri gibi meselelere ve kanunlar ihtilafının geleneksel meselelerine özgün bir boyut katmaktadır. Bilindiği üzere yabancı iflâs usûlünün tanınması milletlerarası usûl hukuku kurallarına tabidir ve bu noktada kamu düzeni ilkesi de gözetilir. Cebri icranın ulusal egemenlik altında olması, iflâsın uluslararası alanda uyumlu bir şekilde yürütülmesi açısından en temel sorunlardan birisini ortaya çıkarmaktadır. Bu da farklı ülkeler arasında işbirliği ile çözüm gerektiren çekişmeleri ortaya çıkarmaktadır.

Bu çalışma, uluslararası iflâs ve uluslararası iflâsa ilişkin konularda, karşılaştırmalı hukuk ve milletlerarası özel hukuk verilerini temel alarak detaylı ve kapsayıcı bir hukuki inceleme sunmayı hedeflemektedir. Bu kapsamda uluslararası iflâs çerçevesine giren işlemlerin hukuki niteliklerinin belirlenmesi ve bu konulara dair yaşanan sorunların detaylı bir şekilde ele alınması planlanmıştır.

Bu çalışma beş bölümden oluşmaktadır. Tezin ilk iki bölümünde, çalışmanın ilerleyen kısımlarında dayanak noktası olarak kullanılacak kavramsal ve teorik temellerin atılması hedeflenmiştir.

Kavramsal ve teorik çerçeve, tezin yapısında iki ayrı bölüm şeklinde ele alınmıştır. Kavramsal ve teorik kısmın bu şekilde iki ayrı bölümde incelenmesi, bu çalışmaya özgü olan fakat birçok yönüyle birbirinden farklı ama aynı ölçüde ilişkili

olan iki temel problemi ele alabilmek için gerekli görülmüştür. İlk bölüm, iflâsın, takip ve usûl hukuku ile maddi hukuk alanındaki özgün yanlarını incelemeye alarak, iflâs hukukunun kendine has norm alanını tanımlama gereksinimine odaklanmaktadır. Burada yapılan tanım ve incelemeler, uluslararası iflâsın spesifik meselelerini değerlendirmeye başlamadan önce iflâs hukuku çerçevesinde bağımsız olarak değerlendirilmekte, fakat ikinci bölümde sunulacak tartışmalar için de bir zemin hazırlamaktadır. Bu plan doğrultusunda çalışmanın ilk bölümünde, iflâs kavramı ve iflâsın hukuki niteliğini belirleyen unsurlar tartışılmakta, iflâsın kendine has özgünlükleri, iflâs usûllerinde hangi menfaatlerin korunması gerektiği ve iflâs kurallarının hukuk düzeni içerisindeki yeri incelenmektedir.

Çalışmanın ikinci bölümü, uluslararası iflâsın kavramsal çerçevesine ve teorik perspektifine ayrılmıştır. Bu bölümde uluslararası iflâsın hukuki çerçevesine dair çeşitli teorik yaklaşımlar üzerinde durulmuştur. Bu yaklaşımlar, bilhassa ülkeselci yaklaşım, evrenselci yaklaşım ve karma yaklaşımları içermektedir. Ülkeselci yaklaşım, her ülkenin kendi sınırları içindeki iflâs usûllerinin birbirinden bağımsız olmasını temel alırken, evrenselci yaklaşım sınır aşan iflâslarda evrensel uygulama ve standartları savunmaktadır. Bununla birlikte, evrenselci yaklaşımın pratik zorluklarına karşı, karma yaklaşımların geliştirildiği görülmüştür. Karma yaklaşımlar, işbirlikçi ülkesellik, çok yanlılık teorisi, borçlunun iradesi, usûlün evrenselliği ve uyarlanmış evrenselcilik gibi çeşitli alternatifler sunmaktadır. Her biri özgül avantajlar ve zorluklar sunan bu yaklaşımların incelenmesi uluslararası iflâsla ilgili mevcut ve potansiyel çözüm yollarına dair önemli katkılar sunmaktadır.

Tezin devamında yer alan üçüncü, dördüncü ve beşinci bölümler, uluslararası iflâsın hukuki çerçevesini, bu alanda karşılaşılan küresel problemleri ve uluslararası hukuk ve karşılaştırmalı hukukun bu sorunlara verdiği yanıtları ortak bir eksenle ele incelemektedir. Bu bölümlerin planlanmasında, en basit hukuki tanım ve çerçeveden en karmaşık ve özgün hukuki sorunlara doğru katmanlı bir anlatım hedeflenmiştir. Her bir bölüm bağımsız olmakla birlikte, okuyucuyu, aynı zamanda bir sonraki bölüme bilgi ve teorik açıdan hazırlayacak şekilde kurgulanmıştır. Üçüncü bölüm, uluslararası iflâs ve hukuk ilişkisindeki genel çerçeveyi çizmektedir. Dördüncü bölüm, uluslararası iflâs konusunu milletlerarası usûl hukukunun geleneksel

meseleleri çerçevesinde ele almaktadır. Beşinci bölüm ise, üçüncü ve dördüncü bölümlerde anlatılan bilgiler çerçevesinde, kimi durumlarda bu bilgilerin ötesine geçecek bir biçimde uluslararası iflâsın özgün hukuki sorunlarına çözüm aramaktadır. Bu bölümlere ilişkin sırasıyla ayrıntılı bilgi vermek gerekirse;

Üçüncü bölüm, uluslararası iflâs hukukuna genel bir giriş yapmayı amaçlamaktadır. Bu bölümde ilk olarak uluslararası iflâsın hukuki niteliği ve uluslararası iflâsta korunan menfaatler ele alınmıştır. Akabinde, uluslararası iflâsa dair hukuki çerçeve veya rejim örnekleri üzerinde durulmuştur. Bu kısmında başta 1997 UNCITRAL Model Kanunu olmak üzere iflâs alanındaki Model Kanun ekosistemine, Avrupa Birliği, ABD ve Latin Amerika ülkelerinde geçerli düzenlemelere yer verilmiştir.

Dördüncü bölümde, iflâs davalarında milletlerarası yetki kriteri, yabancı iflâs usûllerine etki tanınması ve uygulanacak hukuka ilişkin kurallar incelenmektedir. Bu hususlar, üçüncü bölümde ele alınan, UNCITRAL Model Kanun ekosistemi, ABD ve AB'dekiler gibi örnek düzenlemeler ve çeşitli ulusal kurallar çerçevesinde, karşılaştırmalı hukuk verilerine ve milletlerarası özel hukuk tekniklerine başvurularak incelenmektedir.

Beşinci bölümde, uluslararası iflâsın özgün sorunları: Borçluya ait malvarlığının tespiti ve iflâs el koyması, alacak öncelikleri ve alacaklılara zarar verme kastıyla yapılan tasarrufların iptali gibi konular incelenmiştir. Bölüm, ayrıca ödeme gücüğü usûlleri ve çok uluslu şirketlerin iflâsı konularını da içermektedir.

Bu çalışma, çağımızın uluslararası ekonomik ilişkilerinin karmaşıklığı ve bu durumun yarattığı uluslararası iflâs meseleleri çerçevesinde alacaklı ve borçlunun haklarının en etkin ve hakkaniyete uygun şekilde dengelenmesi için alınacak olan/uygulanmakta olan hukuki önlemlerin izinin sürülmesine odaklanmaktadır. Başka bir deyişle, bu çalışma, uluslararası alanda alacaklı ve borçlu haklarının dengelemesine yönelik teşhis ve çözüm önerileri sunmayı amaçlamaktadır. Bu ayrıntılı incelemenin, iflâs hukuku alanında gelecekte karşılaşılabilecek zorlukları anlama ve çözme konusunda yol gösterici bir kaynak olması umulmaktadır.

1. İFLÂS KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1. İflâs Kavramı

1.1.1. İflâs Kavramının Etimolojik Kökeni ve Tarihçesi

Arapça'dan Türkçe'ye aktarılmış olan *iflâs* sözcüğü, en küçük bakır para birimi, pul, metelik anlamına gelen “*fls*” (*fels*) sözcüğünden türetilmiştir.³ Bu sözcük günlük dilde; en az miktarda bile parası pulu kalmayıp, kendisinden bekleneni yapamayacak duruma gelerek, tükenmek gibi anlamlarda kullanılmaktadır⁴. Bu doğrultuda iflâs kavramı, kişinin “parasının pulunun tükenmesi, bütün varlığını kaybetmesi”, “borçlarını ödeyemeyecek hale gelip batması”, “kendisinden bekleneni yapamayacak duruma gelmesi” gibi eylemleri izah etmek için kullanılmaktadır.⁵ İflâs eyleminin faili müflistir. Kişi borcunu ödeyemeyecek hale gelerek kendisinden bekleneni yerine getiremeyince müflis halini almaktadır. Dolayısıyla anlam olarak iflâs, iflâsa sebep olan acizlik hali içerisindeki failin tükenmesi ve müflis halini alması eylemidir. Burada acizlik nesnel sebeptir. İflâs eylemi ise, nesne alarak (acizlik) eksilme eylemini gerçekleştiren müfliste tezahürünü bulan öznel (sübjektif) sonuç, yani müflisin tükenmesi, sıfırlanmasıdır. Genel kullanımda iflâs etmiş kişi anlamına gelse de, *borçlu*'nun şahsi statüsünde hukuki sonuç doğuracak biçimde *müflis* sıfatını alması

³ Mustafa Nihat Özön, **Osmanlıca Türkçe Sözlük**, İstanbul 1973, s.211.

⁴ Eski dilde “*fîlus-u ahmere muhtaç olmak*” deyişi için bkz. Ali Kemal, **Mebahis-i Hukuk-u Ticaretten: İflâs**, Dersaadet (İstanbul), 1916 (1332), s. 26

⁵ Bu çerçevedeki farklı anlamlar için bkz. Baki Kuru, **İcra ve İflâs Hukuku: El Kitabı**, Ankara: Adalet, 2013, s. 923 (El Kitabı); Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, s. 453, (Ders Kitabı); Baki Kuru, **İcra ve İflâs Hukuku**, 3. Tıpkı Basım İstanbul, 2000, C. 3, s. 2600, (İcra - İflâs); S. Serhat Kırtıloğlu, **İflâs Davası**, Ankara: Adalet, 2009, s. 5; Hatice Özdemir-Kocasakal, “Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflâs Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, 2014, s. 2297; İlhan Ayverdi, Ahmet Topaloğlu, **Kubbealtı Lugatı: Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, ed. İlhan Ayverdi, 4. baskı İstanbul: Kubbealtı Lugatı, 2011, C.2, s. 13747. Bilge Umar, **İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi** İzmir: Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları, 1973 s. 14, (Genel Teori).

için mahkeme tarafından kısa kararla borçlunun iflâsına hükmedilmesi gerekmektedir.⁶

Kavramın etimolojik kökeni, iflâs kurumunun tarihi gelişimi ve teorisine ilişkin de ipuçları sunmaktadır. İflâs kelimesinin İngilizce karşılığı olan *bankruptcy* kelimesinin etimolojisi de kurumun tarihsel gelişimine ışık tutmaktadır.⁷ Bu terimin kökeni borçlarını ödeyemeyen tacirin tezgahının kırılarak (*banca rotta*) durumun ifşa edildiği Orta Çağ İtalyası'na dayanmaktadır.

Tabii ki bu noktada iflâs hukukunun Orta Çağ'daki gelişiminin ayrıntısına girmeden önce antik çağlardaki temellerine daha yakından bakmak gerekmektedir. İflâs usûllerinin kökenleri antik dönemlere dek uzanmaktadır ve bu usûllerin temel yapısı yüzyıllar boyunca şekillenerek günümüze ulaşmıştır. Dünya üzerinde iflâs hukukunun tarihsel gelişimi, belirli ortak noktalarda birleşmektedir. Bunlardan ilki alacaklıların kolektif hareket etmesidir. İkinci özellik tüm dönemlerde iflâs hukukunun borçlunun hileli davranışlarını engelleme amacına sahip olmasıdır. İflâs usûllerinin tarihsel evrime konu olan üçüncü temel konusu, iflâs etmiş kişinin ve mallarının kontrolü ve idaresi, malvarlıklarının adil bir şekilde dağıtılmasının sağlanmasıdır. Bu üç özellik, iflâs hukukunun antik çağlardan günümüze kadar olan evriminin merkezinde yer almaktadır.⁸ İflâs hukukunun tarihsel gelişimi, antik dönemlerde alacaklıların sınırsız keyfiyetine teslim edilen borçlunun bedensel bütünlüğü ve kişisel onurunun korunması yönünde önemli bir evrim göstermiştir. Modern iflâs hukuku bu anlayıştan ayrılarak, borç tahsil usûllerini borçlunun mal varlığı ile sınırlamış, böylece hem borçlunun zarar görmemesi hem de kötü niyetli borçlulara karşı alacaklıların haklarını dengeli bir biçimde koruma altına almayı amaçlamıştır.⁹

Antik çağlarda cebri icra borçlunun malvarlığına değil, şahsına yönelmekteydi. Borçlunun malvarlığıyla değil şahsıyla olan sorumluluğu, köleliğin meşru görüldüğü

⁶ Ayşe Kılınç, “İflâs Kararına Karşı Kanun Yolları, İflâs Kararının Kesinleşmesi (İİK M. 164)” **TBB Dergisi**, Sayı 78, 2008, s.319

⁷ Bankruptcy Data, **A Brief History of Bankruptcy**, 2012 <https://www.bankruptcydata.com/a-history-of-bankruptcy> (erişim tarihi: 3 Aralık 2023).

⁸ Louis Edward Levinthal, “The Early History of Bankruptcy Law”, **University of Pennsylvania Law Review**, 66,1918, 223-50. <https://doi.org/10.2307/3314078>, s.228.

⁹ Stasys Vėlyvis ve Vilija Mikuckienė, “Origin of Bankruptcy Procedure in Roman Law” **Jurisprudencija**, 2009, Cilt 3, Sayı 117, s. 287

hukuk sistemlerinin tamamlayıcı bir unsuru olarak gelişmiştir. Örneğin Hammurabi Kanunlarında, bir bireyin borcunu ödeyememesi durumunda, bu kişinin kendisinin eşinin ya da çocuklarının köle olarak satılmasına ya da zorla çalıştırılmasına cevaz verilmekteydi.¹⁰

Aynı şekilde Cumhuriyet Devri Roma'sında¹¹ Milattan Önce 450 yılları civarında hazırlandığı düşünülen 12 Levha Kanunları'nın 3. Levhası da benzer bir iflâs anlayışını yansıtan bir düzenleme içermekteydi.¹² Bu çerçevede uygulanan *manus iniectio* adı verilen usûle göre cebri icradan önce borçluya 30 gün süre tanınmakta, süre sonunda borç ödenmezse, borçlu *manus iniectio* yani “alacaklının, borçlunun şahsı üzerine el koyması”na maruz kalmaktaydı. Borcunu ödeyemeyen borçlu pazar kurulan günlerde çarşıda teşhir edilmekte ve borcunu yüksek sesle bağırarak halka bildirmesi suretiyle hem borçlunun yakınlarına durum duyurulup bildirilmesi ve onlara borcun ödetilmesi amaçlanmakta, hem de borçlu herkesin önünde rezil edilerek utanç yaratılmaktaydı. *Manus iniectio* altındaki borçlu, hükümden yahut borcunu hâkim önünde ikrarından itibaren borcunu ödemesi için tanınan 60 günlük sürenin sonunda Tiber ırmağının ötesinde alacaklısı tarafından köle olarak satılabiliyor yahut öldürülebiliyordu. Alacaklıların birden fazla olduğu durumda ne yapılacağı konusunda ise icraya dair hükümleri barındıran 3. Levha “borçlunun teslim edildiği alacaklılar birden fazla ise onlar borçluyu Tiber ötesinde satsınlar ve bedeli paylaşınsınlar”

¹⁰ Vélyvis ve Mikuckienė, **Origin of Bankruptcy Procedure in Roman Law**, s. 287

¹¹ Roma tarihi, M.Ö. 8. yüzyılda başlayan Roma şehir devletinin kuruluşundan M.S. 6. yüzyıla kadar olan süreci kapsar ve bu süreç içinde belirgin dönemlere ayrılır. İlk dönem, Krallık Devri (M.Ö. 8. - 6. yüzyıl), Roma'nın siyasi yapısının temellerinin atıldığı dönemdir. Bunu Cumhuriyet Devri (M.Ö. 6. yüzyıl- M.S. 1. yüzyıl) izler, burada Roma, genişleyerek güçlenir ve siyasi yapısını daha da geliştirir. İlk İmparatorluk Devri (M.S. 1-3. yüzyıl), Roma'nın imparatorluk olarak büyümesine ve yayılmasına tanıklık eder. Son İmparatorluk Devri (M.S. 3. yüzyıldan Doğu Roma İmparatorluğu'nun yıkılışına kadar) ise, imparatorluğun daha da genişleyip, sonunda bölündüğü dönemdir. Özel Hukuk açısından bakıldığında, Roma Hukuku'nun gelişimi farklı bir tasnife tabi tutulur. Bu tasnif üç ana evre içerir: Quirites Hukuku Devri (M.Ö. 8. yüzyıldan M.Ö. 150 yılına kadar), Klasik Devir (M.Ö. 150'den M.S. 3. yüzyılın ortalarına kadar) ve Postklasik Devir (M.S. 3. yüzyılın ortalarından İustinianus zamanına kadar). Quirites Hukuku Devri, Roma vatandaşlarının hukuku olarak başlar ve dar bir Roma şehir devleti çerçevesinde gelişir. Klasik Devirde, Roma Hukuku imparatorluk düzeyinde uygulanan bir “milli hukuk” görünümü alır ve dünya çapında uygulanan bir hukuk haline gelir. Postklasik Devirde ise, Roma vatandaşlığının da genişlemesiyle beraber, hukuk farklı kültürlerin ve unsurların etkisi altında yeni bir şekil alır ve bu devirde Hristiyanlık dininin etkileri de önemli bir rol oynar. Bu dönemler Roma Özel Hukuku'nun, gitgide evrensel karakter kazanan evrimini göstermektedir. (Ali Cem Budak, **Avrupa'da Hukuk Yargılamasının Kısa Tarihi**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023, ss. 33-36, (Kısa Tarih)).

¹² Vélyvis ve Mikuckienė, **Origin of Bankruptcy Procedure in Roman Law**, s. 291.

hükmüne yer veriyordu.¹³ Bu hükmün alacaklılara borçluyu öldürüp cesedini aralarında paylaşma yetkisini verdiği de ileri sürülmüştür.¹⁴

Tarihsel süreçte *manus iniectio* uygulamasının hafifletilmesine yönelik adımlar atılmıştır. Özellikle Pleblerin genellikle maddi imkansızlıklar nedeniyle borç sarmalına girmesi bu uygulamanın gözden geçirilmesini zorunlu kılmıştır. Bu bağlamda, M.Ö. 326 yılında yürürlüğe giren *Lex Poetelia Papiria* yasası, *manus iniectio* 'nun sadece hileli niyet taşıyan ve dolandırıcılık eylemine başvuran borçlulara karşı sınırlı olarak uygulanabilmesine imkan tanıyan bir düzenlemeyi yürürlüğe koymuştur. Bu kanun, borç nedeniyle zorla çalıştırma veya kişisel özgürlüğü kısıtlama gibi aşırı cezai müeyyideleri yumuşatmak amacı gütmektedir.¹⁵ Bu kanun uyarınca borçlunun malvarlığı hedef tutularak, mallarının *bonorum veditio* ile satılması ve borçlunun şerefsizliğe (*infamia*) uğratılması kuralı getirilmiştir.¹⁶ Öte yandan, belirtmek gerekir ki borçlunun şahsıyla sorumlu olduğu halden sadece malvarlığıyla sorumlu olduğu sürece geçişin nasıl ya da ne zaman gerçekleştiği tam olarak bilinmemekte, bunun tarihsel süreç içinde günlük hayatın ve politikaların ihtiyaçları doğrultusunda evrimsel bir şekilde gerçekleştiği belirtilmektedir. Ancak Roma tarihindeki dönüm noktaları iflâs hukukunun Modern Çağ'daki anlamına doğru gelişme sürecine ışık tutmaktadır. Borçlunun bedeninin tamamen alacaklının keyfiyetine bırakıldığı *manus iniectio* 'dan medeni ölüme terkedildiği *bonorum veditio* 'ya geçişi takiben; Julius Caesar döneminde borçlunun tüm malvarlığını teslim etmesi hâlinde *infamia* 'dan kurtulabileceği düzenlenmiştir. Ancak aynı dönemde alacaklıları korumak için *cessio bonorum* adlı usûlle borçlunun ileride edineceği malvarlığı üzerinde alacaklıya tahsil hakkı tanınmıştır.¹⁷

¹³ Umar, **Genel Teori**, s. 60-61.

¹⁴ Türkân Rado, **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1997, s. 29 (Roma Hukuku); Karl Gratzer, "Default and Imprisonment for Debt in Sweden: From the Lost Chances of a Ruined Life to the Lost Capital of a Bankrupt Company", **History of Insolvency and Bankruptcy From an International Perspective**, Editorler: Karl Gratzer and Dieter Stiefel, Södertörns Academic Studies, 2008 s. 20, (History). Ancak karşılaştırınız: Thaller, Roma'ya ilişkin tarihi kayıtlarda borçlunun alacaklıları tarafından öldürülüp parçalara ayrıldığına dair hiçbir örneğin bulunmadığını söylemektedir. Yine köle olarak satılmanın da yaygın olarak kullanılan bir yöntem olmadığını ve 12 Levha kurallarındaki bu hükmün borçluya göz dağı vermeyi amaçladığını belirtmektedir (Edmond Thaller, **Des Faillites en Droit Comparé**, Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1887, C.I, s. 23).; Aynı doğrultuda bkz.: Budak, **Kısa Tarih**, s. 103.

¹⁵ Vélyvis ve Mikuckienė, **Origin of Bankruptcy Procedure in Roman Law**, s. 292.

¹⁶ Rado, **Roma Hukuku**, s. 29; Umar, **Genel Teori**, s.225.

¹⁷ Vélyvis ve Mikuckienė, **Origin of Bankruptcy Procedure in Roman Law**, s. 292; Budak, **Kısa Tarih**, s. 109.

Roma İmparatorluğu'nun çöküşünden sonra, barbar istilalarını takibeden yaklaşık iki yüzyıllık bir sürecin sonrasında başlayan Orta Çağ'ın ilk dönemi, 5. yüzyıldan 11. yüzyıla kadar uzanan bir zaman aralığını kapsamaktadır. Bu dönem, genellikle medeni yargılama usûllerinin oldukça ilkel olduğu bir zaman olarak nitelendirilir. Avrupa'nın karanlık çağları olarak da adlandırılan bu dönemin Batı Avrupası'nda, henüz *Corpus Juris Civilis* ile tanışmamış kavimler kendi hukuki gelenekleri yanında Roma hukukuna dair kimi kaynaklara sınırlı bir şekilde başvurumaktaydılar.¹⁸

Orta Çağ Avrupası'nda iflâs hukukuna dair kayıtlı bilgiler, İkinci Orta Çağ Dönemi (12.-15. yy) ile Erken Modern Çağ (16.-18.yy) olarak adlandırılan bir sürece yayılmaktadır.¹⁹ İkinci Orta Çağ, 12. yüzyıldan 15. yüzyıla kadar süren bir dönemi ifade eder ve bu dönemde hem hukuki hem de toplumsal alanda önemli gelişmeler kaydedilmiştir. Orta Çağ'ın ilk dönemine nazaran, İkinci Orta Çağ'da, özellikle hukuk sisteminin daha sistematik ve gelişmiş olduğu gözlemlenmektedir. Bu çerçevede, Roma hukuku ve yerel hukuk sistemlerinin etkileşimi daha belirgin bir hale gelmiş ve hukukun kodifikasyonu ve standartlaşması yönünde önemli adımlar atılmıştır.²⁰

İkinci Orta Çağ Dönemi'nde başlıca ticaret merkezleri olan Kuzey İtalya Şehir Devletlerinde 12. yüzyıldan başlayarak, sadece tacirlere uygulanan iflâs usûllerinin yer aldığı bir hukuk sistemi gelişmeye başlamıştır. Bu dönemde Venedik'te (1244, 1395 ve 1415), Milan'da (1341) ve Floransa'da (1415) önemli iflâs kanunları oluşturulmuştur.²¹ Bu dönemde Lombardiyalı tacirler, asıl işleri olan para takas etmenin yanı sıra artık, düşük faizle aldıkları parayı yüksek faiz karşılığı kendi borçlularına vererek kâr elde etmeye başlamış, böylelikle modern finans sisteminin temellerini de atmışlardır. Ancak banker tacirin borçlusu mallarını ya da bir felâket sonucu gemisini kaybettiği durumda, artık banker kendi alacaklılarına geri ödeme yapamaz hale gelmekte ve acz haline düşmekteydi. Bu dönemin İtalyası'nda, âciz

¹⁸ Budak, **Kısa Tarih**, s.132

¹⁹ Bu dönemlere ilişkin bkz: Budak, **Kısa Tarih**, s.18-21

²⁰ Budak, **Kısa Tarih**, s.138-141

²¹ J. Alexander, **Konkursgesetze aller Länder der Erde. Mit vergleichender Übersicht**, Berlin: Puttkammer & Mühlbrecht, 1891'den aktaran Karl Gratzner, **History**, s. 24 dn. 12)

halindeki bankacının alacaklıları, onun masasını ya da tezgâhını (*banca*) kırıyor (*rotta*) ve böylelikle “tacirin artık ticarete olmadığını” ilan ediyorlardı.

İkinci Orta Çağ dönemi İtalya’ında tacirin bir daha ticaret yapamayacağını göstermek için tezgahının kırılması, hem diğer tacirlere bir uyarı niteliği taşımakta, hem de tacirin kusuru cezalandırılarak suçlu ilan edilmekte ayrıca tacire utanç duyması gereken bir sıfat atfedilmiş olmaktadır. Bu utanç, ölümden kurtulan kişinin duyduğu suçlulukla da izah edilebilir. Zira, 12 Levha Kanunları’nın borçlunun alacaklıları tarafından parçalara bölünmesine imkân verdiği ileri sürülmüştür. Bu yüzden iflâs, tacir bakımından her zaman utanç duyulması gereken bir durum olarak görülmüştür. Bu durumun Orta Çağ’daki yansımalarına bir diğer örnek olarak; iflâs eden kişilerin borçlarını ödeyememesi hâlinde kilise tarafından aforoz edilerek “medeni ölüme” maruz bırakılması da gösterilebilir.²²

Bancarotta kavramı 14. yüzyıldan başlayarak, İtalyan tacirler tarafından Fransa’ya özellikle Lombardiyalı tacirlerin faal olduğu Lyon şehrine taşınmış²³ sonrasında da bütün Avrupa’ya yayılmıştır²⁴. Kavram, İngilizce konuşulan ülkelerde²⁵ bugün müflis teriminin karşılığı olan *bankrupt* kelimesinin tarihi kökenini teşkil etmiştir.²⁶ Ne var ki, İtalyanca’da iflâsa karşılık olarak *bancarotta* kavramı²⁷ yerine bugün Fransızca *faillite* sözcüğüyle aynı kökten gelen *fallimente* terimi kullanılmaktadır.²⁸ Sözcükler, aldatmak anlamına gelen Latince *fallare* sözcüğünden

²² Budak, **Kısa Tarih**, s. 148

²³ Umar, **Genel Teori**, ss. 71-72; Bob Wessels, Bruce A Markell ve Jason J., Kilborn, **International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters**, New York: Oxford University Press, 2009, s. 6.

²⁴ “James A. Mac Lachlan, **Handbook of the Law of Bankruptcy**, St. Paul, Minnesota, 1956, s. 20”den aktaran Umar, **Genel Teori**, s. 72

²⁵ İngiltere’de iflâs hukuku, tarih boyunca yazılı kanunlarla şekillendirilmiş bir hukuk dalıdır. Genel kabule göre, İngiltere’nin ilk iflâs kanunu Kral VIII. Henry’nin hükümdarlığı sırasında, 1542 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten önce, İngiliz kanunlarında “bankruptcy” terimi veya bu terimle eşdeğer başka bir kelime kullanılmamıştır. (Bkz. Umar, **Genel Teori**, s. 80)

²⁶ Kavram İngilizce’ye teşmil ederken İtalyanca kırık anlamına gelen “*rotta*” yerine latince “*ruptus*” kelimesinden türetilmiş olmasının sebebi, “*ruptus*”un mecaz anlamının “kırık adam” yani “*broken*”a karşılık gelmesidir. (Charles Earle Funk, **Thereby Hangs a Tale: Stories of Curious Word Origins**, Mysore Press, 2008, s.26).

²⁷ 16. yüzyıla kadar İtalyan hukuk metinlerinde *bancarotta* terimi kullanılmamaktadır. Bu dönemde hukuk metinlerinin dili Latince’dir ve müflis için “*ruptus*” sözcüğü kullanılmaktadır. (“Mac Lahan, **Handbook of the Law of Bankruptcy**, s.20” den aktaran Umar, **Genel Teori**, s. 15)

²⁸ Fransızca’ya İtalyanca *bancarotta* sözcüğünden aktarılan *banqueroute* terimiyle hileli ya da kusurlu iflâslar ifade edilmektedir. (Umar, **Genel Teori**, s. 15)

aktarılmıştır ve müflisin ona güvenmiş olan alacaklıları aldattığını, hayal kırıklığına uğrattığını ima etmektedir.²⁹

Roma hukukunda çok sert olup Orta Çağ'da görece yumuşayarak uygulanan bu yöntemlerle tacirde utanç ve korku yaratmanın, modern zamanlarda geçerli olmadığı düşünülebilir. Ancak Büyük Buhran döneminde ABD'de borcunu ödemeyen rehnedilmiş çiftliklere bankalar tarafından *foreclosure*³⁰ yöntemiyle el konulurken, çiftlik parlak kırmızı bir renge boyanıyor, parlak kırmızı boya çiftliğin iflâs ettiği ve ekipmanının yakında satılacağı anlamını taşıyordu. Böylelikle hem diğer çiftliklere bir uyarı yöneltilmiş, hem de el konulan çiftliğin sahibi, topluluk içerisinde suçluluk duygusuna ve utanca sevk ediliyordu. ABD hukukundaki bu uygulama daha sonra kaldırılmış ve çiftçiler *foreclosure* usûlünden muaf tutulmuştur.³¹

Tarihsel süreç boyunca, iflâsın en hafif haliyle bile utanılması gereken ve ahlaka aykırı bir eylem olarak algılandığı görülmektedir. Özellikle Roma hukukunda, iflâs edenlerin kölelik veya ölümle cezalandırıldıkabildiği göz önünde bulundurulduğunda, bunun ne denli ciddî bir eylem olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi Orta Çağ boyunca, malî durumlarını yönetemeyen kişiler toplumda aşağılanırdı. Bu eylemler, toplumun genel ahlak anlayışının bir yansıması olup, iflâsın, tarihsel süreç boyunca ne denli ağır bir suç/hata olarak kabul edildiğini göstermektedir.

19. yüzyıla kadar, birçok Batı Avrupa bölgesinde iflâsla ilgili kurallar Roma hukukundan mülhem olarak uygulanmış³², yerel hukukla harmanlanmış ve kimi zaman yerleşim yerleri kanunnamelerinde (*charters/town ordinances*) belirtilmiştir. Bu dönemde borçlular ağır yaptırımlara maruz kalmakla tehdit edilmiştir. Avrupa'nın daha büyük bölgelerinde, iflâsa ilişkin hukuki düzenlemeler güçlü bir ceza hukuku niteliğini taşımaktaydı. 16. yüzyıl boyunca kabul edilen Antwerp Nizamnameleri, iflâs

²⁹ Umar, **Genel Teori**, s. 15.

³⁰ *Foreclosure*, borçluların (*mortgagors*) ipotekle temin edilmiş bir borcu ödeyememesi yahut mortgage sözleşmesindeki başka hükümleri ihlal etmesi durumunda, alacaklının (*mortgagees*) ipotekli taşınmaza el koyma ve satışa çıkarması usûlüdür. İpotekli gayrimenkul mahkeme gözetiminde satılabildiği gibi, ipotek yahut teminat mektubunda alacaklıya satış yetkisi tanınması hâlinde birçok eyalette mahkeme gözetimi olmaksızın alacaklı mülke el koyup satabilmektedir.

³¹ Nathalie Martin ve Tama Ocean, **Inside Bankruptcy Law: What Matters and Why**, Aspen Publishing, 2011, s. 25.

³² Roma Hukuku 15. yüzyılda iktibas edilmiştir. (Bkz. Ali Cem Budak, **Medeni Usûl Hukukunda Kavram İctihadı ve Menfaat İctihadı**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, s. 1)

etmiş borçlular/kaçak borçlular (*fugitiven*) ile batmış ya da acze düşmüş kişiler arasında bir ayrıma gitmiştir. Benzer şekilde İngiltere'de 16. ve 17. yüzyıllarda iflâsa ilişkin kurallar borçlunun malına zorla el koyma, borçluyu cezalandırma ve müsadere gibi zor kullanım usûllerini düzenlemekteydi.³³

18. yüzyıldan itibaren, iflâs olgusuna hâkim olan bu ceza hukuku, suç ve ahlâksızlık paradigması, evrimsel bir süreç çerçevesinde terk edilmiştir.³⁴ 19. yüzyıldan itibaren Amerika Birleşik Devletleri'nde başlıca tartışma konusu “iflâsın ahlaki bir başarısızlıktan ekonomik bir başarısızlık sorununa dönüşmesi” olmuştur. Amerikan kolonilerinin kuruluşlarının ilk yıllarında bir kimsenin borcundan dolayı hapis cezasına çarptırılması sıradan bir olaydı. Ancak 1700’lerin sonlarında bazı eyaletler iflâsın etkisinin sınırlı olacağı yönündeki birtakım kanunları uygulamaya koymuştur. Bu kurallar, “yoksul borçlu yemini” ederek iflâsa tabi malvarlığı unsurlarını alacaklılara bırakmayı kabul eden borçlulara, âciz vesikası benzeri bir statü tesis ederek hapis cezasından kurtulma imkânı sunuyordu. 1800’lerin ortalarında köleliğin kaldırılmasıyla, borcundan dolayı hapsedilme ve iflâsla ilgili tartışmalar bir arada yürümüş ve nihayetinde borcundan dolayı hapsedilmenin tamamen kaldırılmasını öngören federal bir iflâs yasasının gündeme getirilmesiyle sonuçlanmıştır. Bu yasalar başlangıçta kısa ömürlü olsalar da, nihayet 1898 tarihli İflâs Yasası’nda yapılan radikal düzenleme kalıcı bir zemin bulmuş ve bu tarihten itibaren iflâs rejimi malî açıdan başarısız olanların iyileştirilmesine ve zor durumdaki borçluların ekonomik gücünün yeniden canlandırılmasına odaklanmıştır. Bu politikalar 1978 yılında ABD İflâs Yasası olarak bilinen 11. Kitap’ın³⁵ kabul edilmesiyle birlikte yeniden teyit edilmiş ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir.³⁶

³³ Wessels, Markell ve Kilborn, **International Cooperation in Bankruptcy**, s.6.

³⁴ Bu konuda bkz.: John G Brooks, **A (Very) Brief History of Bankruptcy and Debt in the West**, <http://www.bayareabankruptcy.com/bankruptcy-in-general/a-very-brief-history-of-bankruptcy-and-debt-in-the-west/>

³⁵ [EN]: *Title 11 of The United States Code* ya da *U.S. Code Title 11*. ABD İflâs Kanunu (Title 11), dokuz bölümden oluşmaktadır. Önceden daha fazla bölüm içerse de, bazı bölümler tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. Mevcut dokuz bölüm şunlardır: 1. Bölüm: Genel Hükümler, 3. Bölüm: Dava Yönetimi, 5. Bölüm: Alacaklılar, Borçlu ve Malvarlığı, 7. Bölüm: Tasfiye, 9. Bölüm: Yerel Yönetim Borçlarının Çözümü, 11. Bölüm: Yeniden Yapılandırma, 12. Bölüm: Yıllık Düzenli Geliri Olan Çiftçi veya Balıkçı Bir Ailenin Borçlarının Çözümü 13. Bölüm: Düzenli Geliri Olan Bireyin Borçlarının Çözümü, 15. Bölüm: Tali Usûller ve Diğer Sınır Aşan Usûller.

³⁶ Wessels, Markell ve Kilborn, **International Cooperation in Bankruptcy**, s.6.

Orta Çağ'dan 1800'lerin ortalarına, sonrasında da günümüze kadar olan dönemdeki gelişmelere bakarak birkaç eğilim tespit edilebilir. Bunlardan birincisi, borçlunun şahsına yönelik icra anlayışından malvarlığına yönelik icraya doğru bir temel anlayış değişikliğinin varlığıdır. En ilkel haliyle alacaklının borçluyu öldürme ya da köle olarak satma yetkisi gibi önlemlerin yerini borçlunun malvarlığını idare etme ve değeri karşılığında gelir elde etme ve alacaklılara satış gelirlerinden hak iddia etme yöntemlerini içeren takip kuralları almıştır. Bir başka eğilim de, iflâs rejiminin ceza hukuku olarak nitelendirilebilecek kurallarının zaman içerisinde ticaret hukukuna doğru evrilmesidir. Geçmişte iflâs, borçlunun cezai yaptırımlara tabi olduğu cezai bir olgu olarak görülmekteydi. İlerleyen zamanlarda borçlular iki gruba ayrılmıştır: Kötü niyetle hareket edenler ve bunların dışında kalanlar. Cezai yaptırımlar 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nun bir parçasıydı, ancak 1838 tarihli Hollanda Ticaret Kanunu'nda yer almamaktaydı. Mevcut Hollanda İflâs Yasası 1896'da yürürlüğe girerken, dönemin Adalet Bakanı iflâs hukukunda borçlunun medeni ehliyetini tamamen elinden alan medeni ölüm teorisini, geçmiş yüzyılların sert anlayışı olarak tanımlayarak modern zamanlarda bunun geriye bırakılması gerektiğinin altını çizmiştir.³⁷

Sonuç olarak günümüz iflâs hukuku, geçmişin borçluyu cezalandırma anlayışından önemli ölçüde uzaklaşmıştır. Borçlu ile alacaklı arasındaki menfaat dengesini sağlama hedefine sahiptir. Durumun elverişli olması durumunda, borçlunun ekonomik durumunu iyileştirmeye yönelik çabalarda bulunur. Ancak bu mümkün olmadığında, borçlunun malvarlığı ekonomik açıdan en verimli şekilde değerlendirilir ve alacaklının çıkarları azami ölçüde tatmin edilmeye çalışılır. Ancak bu süreçte hukuk, borçluya karşı intikam duygusu taşımamakta veya onun tamamen yok olmasını hedeflememektedir.

1.1.2. İflâs Terminolojisinin Evrimi

İflâs etmiş olan kişilere yönelik olumsuz toplumsal algının hafifletilmesi kaygısı, hukuk sistemlerinde değişikliklere yol açarak yeni terminolojilerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Zaman içerisinde dünya üzerindeki hukuki terminoloji evrilmiş;

³⁷ Wessels, Markell ve Kilborn, *International Cooperation in Bankruptcy*, s.6.

örneğin ABD’de ‘müflis’ yerine ‘borçlu’, ‘iflâs’ (*bankruptcy*) yerine ise ‘acizlik hali’ (*insolvency*) terimleri iflâs hukukunda kullanılmaya başlanmıştır. Aynı doğrultuda Birleşik Krallık başta olmak üzere dünyanın birçok yerinde şirketlere yönelik olarak ‘iflâs hukuku’ (*bankruptcy law*) teriminin yerini ‘âciz hukuku’ (*insolvency law*) terimi almıştır. Hatta bu süreçte nüanslar daha da belirginleşerek ‘âciz hukuku’ ile ‘yeniden yapılandırma hukuku’ şeklinde bir ayrışma da çeşitli hukuki kaynaklarda kendisini göstermektedir. Şili bu amaçta bir adım daha ileri gitmiş, yasa koyucu, geleneksel olarak iflâs usûlleriyle ilişkilendirilen stigmatı hafifletmek amacıyla, iflâs usûllerini denetlemekten sorumlu kurumu ‘Âcizlik Hali ve Yeniden Girişimcilik Müfettişliği’ (*Superintendence of Insolvency and Reentrepreneurship*) olarak adlandırmaya karar vermiştir. Öte yandan, tasfiyenin yerini alan ‘yeniden yapılandırma’ ve ‘yeniden girişimcilik’, yalnızca yeni terimler olmayıp, aynı zamanda görece yeni hukuki önlemler ve yapıların varlığına da işaret etmektedir.³⁸

Görüldüğü üzere, farklı hukuk sistemleri söz konusu stigmatı azaltmaya yönelik önlemler almaktadır. Bu çabalar, iflâs eden birey ve şirketlerin toplum içerisinde daha rahat bir şekilde yeniden pozisyon alabilmeleri ve ikinci bir şans elde edebilmeleri amacıyla geliştirilen reformların bir yansımasıdır. Bu reformlar, iflâs eden borçluların malvarlığının tasfiyesini en son çare olarak görmekte ve süreci esnek bir şekilde yönetecek ara çözümleri adalet ve hakkaniyete uygun bir şekilde yapılandırmayı hedeflemektedir. Hukuk sistemleri bir adım daha ileri giderek kişilerin/şirketlerin toplum ve hukuk gözünde iflâs etmelerinin önüne geçmek amacıyla ödeme güçlüğü usûlleri (iflâs/acizlik öncesi usûller - *pre-insolvency proceedings*) üzerinde de kafa yormuşlardır. Bu konu beşinci bölümde ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

Farklı ülkelerin hukuk sistemlerinde, gelenekler ve uluslararası hukuk belgeleri çerçevesinde iflâs usûllerinin farklı kavramlarla değerlendirildiği görülmektedir. Bir kişi hakkındaki iflâs hükmünün, borçlunun şahsi statüsünde yarattığı sonuç, müflis sıfatını almasıdır. Yani müflislik, kavramsal olarak bir fail olma durumuna işaret eder.

³⁸ Aurelio Gurrea-Martinez, “The Future of Reorganization Procedures in the Era of Insolvency Law”, **European Business Organization Law Review**, C. 21, S. 4, 2020, ss. 829-54 s. 845. Bunun bir başka örneği de Almanya’da 1994’te kabul edilip 1999’da yürürlüğe giren Acizlik Kanunu’dur (*Insolvenzordnung*). *Insolvenzordnung*’un yürürlüğe girmesiyle birlikte İflâs Kanunu (*Konkursordnung*), Konkordato Kanunu (*Vergleichsordnung*) ve Külli İcra Kanunu (*Gesamtvollstreckungsordnung*) yürürlükten kalkmıştır. (*Insolvenzordnung* - *InsO* bundan sonra Alman İflâs Kanunu olarak anılacaktır)

Faillik hüküm öncesi oluşur ve hükümle birlikte şahsi statüde sonuç doğurur. İlk aşamada kişinin borçlarını en asgari haliyle bile ödeyemediği bir acizlik hali (*insolvency*) içine düşmesi söz konusudur. Bu sürecin diğer ucunda ise mahkeme kararıyla borçlu hakkında verilen iflâs hükmü bulunmaktadır. İngilizce’de borçlunun objektif ya da varsayılan (hükmi) acizlik hali “*insolvency*” terimiyle³⁹, borçlunun yine objektif ya da varsayılan aczi sonucunda verilen iflâs hükmüyle tezahür bulan iflâsı “*failure*” ve nihayetinde “*bankruptcy*” terimleriyle karşılanmaktadır.⁴⁰ Dahası, “*bankruptcy*” terimi İngiltere’de sadece bireyleri tanımlamak için kullanılan bir ifade olmasına karşın, ABD hukukunda hem şirketler hem de bireyleri kapsayan bir ifadeyi anlatmak için kullanılmaktadır.⁴¹

İflâsla İlişkili Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin UNCITRAL Model Kanunu’nda kullanıldığı şekliyle ‘acizlik hali’ (*insolvency*) kelimesi, ciddî malî sıkıntı içinde olan ve borçlarını ödemeyecek durumda olan borçlularla ilgili olarak başlatılan çeşitli toplu işlem türlerini anlatmak için genel bir terim olarak kullanılmaktadır. Bunun yanı sıra, UNCITRAL Model Kanunu ‘âciz usûlleri’ (*insolvency proceedings*) terimiyle neyin kastedildiği konusunda farklı ülkelerdeki farklı anlayışları belirterek, âciz terimini açık bir şekilde tanımlamaktan kaçınmaktadır.⁴²

Bu kavramsal çeşitliliği daha iyi anlamak için iki temel ayrım yapmak faydalı olabilir. Bu çalışma boyunca iflâs, dar anlamında, borçlunun malvarlığının ve/veya hukuki kişiliğinin yürürlükteki yasal düzenlemelere göre tasfiye edilerek alacaklılara dağıtılmasını kapsayan usûlleri ifade edecek biçimde ele alınmıştır. Geniş anlamında ise borçlunun ödeme kabiliyetinin objektif olarak kaybolması, bu durumun yetkili makam, organ veya borçlu tarafından resmen ilan edilmesi, ilandan sonra alacakların tatmini için yapılan tüm işlemler ve borçlunun malvarlığını yönetmeye yönelik eylemleri kapsayan usûlleri ifade edecektir. Türk hukukunda yer alan uzlaşma yoluyla

³⁹ Umar, **Genel Teori**, s.16 dipnot 42.

⁴⁰ Crabb G, **English Synonymes**, 1839, s. 354.

⁴¹ Sarah Paterson, “Rethinking Corporate Bankruptcy Theory in the Twenty-First Century”, **Oxford Journal of Legal Studies**, C. 36, S. 4, 2016, ss. 697-723, doi:10.1093/ojls/gqv038, s. 697.

⁴² UNCITRAL, **UNCITRAL Model Law on Recognition and Enforcement of Insolvency-Related Judgments with Guide to Enactment**. Vienna: United Nations, 2019. <https://uncitral.un.org/en/library/publications>, para. 22.

yeniden yapılandırma,⁴³ konkordato⁴⁴ ve mülga iflâsın ertelenmesi⁴⁵ gibi usûller bu kapsamdadır. Yine çalışmamızın sentetik bütünlüğü çerçevesinde, iflâsın bu geniş anlamına, borçlunun ödeme güçlüğüne başladığı ilk aşamada gerçekleştirilen ve kimi yabancı uygulamalarda objektif yahut muhtemel acz halinin aranılmadığı erken müdahale tekniklerini anlatmak için kullanılan ödeme güçlüğü usûllerini de kapsama dahil etmek gerekmektedir. *İflâs usûlü* kavramı, iflâsın ödeme güçlüğüyle başlayıp tasfiyeye doğru akan bağlantılılığı ve geçişkenliği göz önünde tutularak, sürecin çeşitli aşamalarında başvurulacak farklı tekniklere isabet edecek biçimde geniş anlamda ikame edilmiştir. Kullanıldığı kapsam bağlamında anlamı daralabilecektir.

Yukarıda da belirtildiği üzere farklı hukuk düzenlerinde geçerli olan kavram ve müesseseler, ele alınan meselelerinin farklı hukuk disiplinleriyle etkileşimi, bu disiplinlerde iflâs tekniklerinin farklı yollarının öne çıkarılması sebebiyle daha da çeşitlenmektedir. Bu çalışmanın amacı iflâs kurumunu uluslararası bağlamıyla ele almaktır. Çalışmanın doğası gereği kapsayıcı kavramlar tercih edilmiştir. Dolayısıyla iç hukukun ve farklı hukuk disiplinlerinin ihtiyacına karşılık gelecek biçimde daraltılan otonom terminolojilerden gerekmediği ölçüde kaçınılmış, gösterici ifadeler tercih edilmiştir.

⁴³ İİK md. 309/m - 309/ü arasında düzenlenen uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma usûlüne başvurulabilmesi için, borçlu sermaye şirketi veya kooperatifin, ödeme aczi ya da maddi iflâs hali içerisinde olması (muaccel para borçlarını ödeyemeyecek durumda olan veya mevcut ve alacakları borçlarını karşılamaya yetmeyen) ya da bu hallerden birine düşme tehlikesi aranmaktadır (İİK md. 309/m). Yeniden yapılandırmadan faydalanılabilecek borçlular için giriş eşiği, olası iflâsla sınırlandırılmıştır.

⁴⁴ İflâsına karar verilmeden önce borçlu (İİK md. 285) ya da iflâs kararı sonrası borçlu veya alacaklıları (İİK md. 309) konkordato yoluyla yeniden yapılandırma usûlüne başvurabilir. İflâs öncesi konkordato (adi konkordato) için giriş eşiği yine olası iflâs haliyle (borçlarını vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunma) sınırlandırılmıştır.

⁴⁵ 4949 sayılı Kanun’la (17/07/2003) değişik İİK md.179’un ilga ikinci cümlesine göre borçlu sermaye şirketi veya kooperatifin veya bunların alacaklılarının iflâsın ertelenmesi usûlüne başvurulabilmesi için giriş eşiği artık işletmenin çöküş aşaması olan maddi iflâs (borçlarının aktifinden fazla olması) haliydi. Maddenin 6728 sayılı Kanun’la değişik (15/7/2016) halinde ise, başvuru eşiği için TTK’daki tanım benimsenerek maddi iflas daha detaylı tarif edilmiş, “aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre borca batık olması” tanımlanmış, ancak giriş eşiğinde bir değişiklik yapılmamıştır. İflâsın ertelenmesi müessesesiyle ilgili düzenlemeler 7101 sayılı Kanun’la yürürlükten kaldırılmıştır. İflâsın ertelenmesi usûlü yürürlükten kaldıran 7101 sayılı Kanun’un Genel Gerekçesi’nde, konkordato kurumunun daha etkili bir şekilde yeniden düzenlenerek iflâsın ertelenmesi yerini almasının arzulandığı belirtilmiştir.

1.2. İflâsın Hukuki Niteliği ve Amacı

Dünya üzerinde hukuk sistemlerinin geneline bakıldığında, borçlunun malvarlığının düzenli bir şekilde tespit edilmesi, alacaklıların taleplerinin onaylanması ve borçlunun bölünebilir malvarlığının bu taleplerin karşılanması için dağıtılması gibi temel unsurları barındıran iflâsın kolektif bir borç çözüm yolu olduğu görülmektedir.⁴⁶ Buna ek olarak iflâs hukukunun özünde alacaklı ve borçlunun karşılıklı çıkarlarının bir dengeye ulaştırılması, ticari hayatta ahlak ve dürüstlüğün korunması ve teşvik edilmesi, dolayısıyla adalet prensibine dayanan bir ekonomik yapının hukuki altyapısını tesis etme kaygısı yer almaktadır.⁴⁷

1.2.1. Kolektiflik İlkesi

Yukarıda da belirtildiği gibi iflâs usûlü, kolektiflik ilkesine dayanır. Türk hukukundaki yerleşik küllî cebri icra usûlü tanımlaması göz önünde tutulduğunda, İngilizce literatürde sıklıkla kullanılan ‘*collectivity principle*’ kavramının, ‘genellik ilkesi’ ya da ‘küllilik ilkesi’ olarak değil de ‘kolektiflik ilkesi’ olarak kullanımı bu çalışmada özellikle tercih edilmiştir. Kanaatimizce iki kavram arasında ayrıma giderek, küllî usûl yerine kolektif usûl kavramına başvurmak, uluslararası iflâsta karşılaşılan usûllerin vasıflandırılması bakımından değer taşımaktadır. Tamlık, bütünlük, manasına gelen küllî sıfatına, hukukumuzda iflâsı tanımlarken küllî tasfiye, küllî takip, küllî icra şeklinde başvurulmaktadır.⁴⁸ Türk hukukunda kullanıldığı bağlamıyla küllilik sözcüğü, malvarlığı havuzu sorununu öne çıkaran⁴⁹, cüz’i icranın

⁴⁶ Hamish Anderson, “The Concept of Insolvency Proceedings”, **The Framework of Corporate Insolvency Law** (New York, 2017; online edn, Oxford Academic), Erişim tarihi 2 Aralık 2023

⁴⁷ Elina Moustaira, **International Insolvency Law: National Laws and International Texts**, Cham: Springer International Publishing, 2019, s.10.

⁴⁸ “Küllî (Toplu) İcra” için bkz. örneğin Baki Kuru, **İflâs ve Konkordato**, 2. Tıpkıbasım, Evrim, 1988, s. 2, (Konkordato). Öte yandan, Türk doktrininde “Genel (Kolektif) İcra” olarak ifade edildiği de görülmektedir. Bkz. Umar, **Genel Teori**, s.18; “Kolektif tasfiye usûlü” kullanımı için bkz. Sümer Altay, **Modern İflâs Hukuku Açısından Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku**, C.1, Vedat, İstanbul, 2005, s.28, (Konkordato ve Yeniden Yapılandırma).

⁴⁹ Bkz aynı yönde: “Küllilik (genellik) ilkesi (*Grundsatz der Generalität*) ile borçlunun belirli bir malının değil, genel olarak tüm malvarlığının iflâs dâhilinde ele alınması amaçlanmaktadır.” (bkz. Hatice Selin Pürselim Doğan, “Avrupa Birliği Tüzükleri Çerçevesinde Avrupa İcra Hukuku”, **Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi**, 2009, s.11 ve eşlik eden dipnotlar).

karşısında başvuru ve işlem temeli olan cebri icraya vurgu yapan bir kavramdır.⁵⁰ Buna karşılık kolektiflik sözcüğü, alacaklıların birlikte/toplu hareket etmesi haline vurgu yapması, iflâsın tasfiyeye yönelen dar görünümünde masa mallarından yararlanılacak alacaklı çevresini⁵¹ ifade etmesi bakımından önem taşımaktadır. Kolektiflik ilkesiyle, işlemin cebri icra niteliğinden ziyade, en temelde alacaklıların irade özerkliğine vurgu yapılmaktadır.⁵²

Bu çalışmanın ilerleyen kısımlarında değerlendireceğimiz⁵³ evrensellik ilkesinin analitik değerlendirmesini yaptığımızda, esasta kolektiflik ve küllilik ilkelerinin; evrenselliğin iki ayrı fonksiyonu olduğunu, kolektifliğin borçlunun tüm alacaklılarının menfaatlerini gözetmeye yönelen sübjektif unsur, külliliğin ise bu amaçlar doğrultusunda müflisin malvarlığının tek bir bütün olarak yönetilmesi anlamına gelen objektif unsur olduğunu görmekteyiz. Kanaatimizce, doktrinde evrensellik ilkesinin yansıması olarak kabul edilen iflâsın birliği ilkesinin (*principe de l'unité de la faillite*), esasen külliliğin izdüşümü olduğunu söylemek bu analitik değerlendirmeye uygun bir düşünce olacaktır.

Uluslararası iflâs hukuku bağlamında tartışılan usûller söz konusu olduğunda, “küllilik” kavramının, “kolektiflik” kavramı karşısında kimi noktalarda daraltıcı anlam taşıyabileceği kanaatindeyiz. Zira, bu bağlamda, tüm alacaklıların beraber hareket ederek alacaklarını borçlunun malvarlığından tahsil etmeye çalıştığı⁵⁴ usûllerle kastedilen tasfiye usûlüyle sınırlı olmayıp, konkordato usûlünü, yeniden yapılandırma usûlünü de kapsamakta hatta bir geçişkenlik ve akışkanlık⁵⁵ içerisinde ödeme aczi henüz oluşmadan (*pre-insolvency*) başvuru usûlleri de kapsayabilmektedir.

⁵⁰ Bkz. Üstündağ, **İflâs**, s. 1: “İflâs borçlunun malları üzerinde genel ve ortak bir cebri icra yoludur, geneldir; zira bu takip borçlunun bazı mallarını değil bütün malvarlığını kapsar; ortaktır, zira takip bir veya birkaç alacaklı, adına değil bütün alacaklılar için yapılarak, malvarlığı tasfiyeye tâbi tutulur.”

⁵¹ Bkz. örneğin, Umar, **Genel Teori**, s.18; Kuru da “borçlunun karşısındaki bütün alacaklıları” hatırlatmaktadır (bkz. Kuru, **Konkordato**, s.2).

⁵² bkz. aşağıda 1.2.5.1.’de alacaklıların özerkliği prensibi.

⁵³ Bkz aşağıda 2.3.

⁵⁴ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özekes, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 5. Bası, Vedat, İstanbul, 2018, s.341, (İcra ve İflâs).

⁵⁵ Bkz. konkordatodan tasfiyeye geçiş için İİK md. 292, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmadan tasfiyeye geçiş için İİK md. 309/t (Altay, **Konkordato ve Yeniden Yapılandırma**, s. 107).

Dolayısıyla, sadece cebri icra rabıtasında temellendirilen küllîlik kavramı bu çalışmanın hedefleri bakımından yetersiz kalabilmektedir.

Sınır aşan iflâs bağlamında tartışılan usûller içerisinde yer alan konkordato ve yeniden yapılandırmanın işlem temeli tartışmalı olmakla birlikte cebri icradan uzaklaşmaktadır.⁵⁶ Kolektiflik ilkesinin yeniden yapılandırma ve konkordatoyu da kapsadığı; hatta yeri geldiğinde modern iflâs hukukunda öne çıkan esneklik ilkesi gereği küllî işlem koşulu olan şekli yahut maddi acizlik halinin aranmadığı ödeme güçlüğü usûllerini de kapsayacak şekilde genişlediği görülmektedir.⁵⁷ Bu bahisle, uluslararası belgelerde başvuru alan “kolektiflik ilkesi” kapsamına girebilecek usûller

⁵⁶ Bu noktada yeniden yapılandırma ile konkordato arasında da bir ayrıma gitmek gerekmektedir. Alacaklı merkezli bir usûl olan ve tasfiyeye yakınlaşan konkordato usûlünün işlem temeline ilişkin dile getirilen farklı görüşler; sözleşme teorisi, hukuki muamele (kanuni işlem) teorisi, hüküm (yargı tasarrufu) teorisi ve icra müessesesi (usûl) teorisi olmak üzere dört ana yaklaşım çerçevesinde incelenmektedir. Türk hukukunda konkordatonun bir icra müessesesi olduğu görüşü öne çıkmaktadır. Ancak usûlün sulh özelliğine de vurgu yapılarak yumuşatılmış cebri icra nitelemesi benimsenmektedir (bu teorilerin özellikleri ve benimseyen yazarlar hakkında bkz. Umar, **Genel Teori**, ss.22-27; Sümer Altay, **Konkordato ve Yeniden Yapılandırma**, ss. 20-23). Borçlu merkezli bir usûl olan yeniden yapılandırmada ise alacaklıların “varolan malvarlığı” karşısında, “henüz varolmayan ve gelecekte varolacak malvarlığının paylaşılması” merkezinde bir pazarlık süreci sürdürmesi hasebiyle sözleşme teorisine yakınlaşmaktadır. (Bkz. Stephan Madaus, “Leaving the Shadows of US Bankruptcy Law: A Proposal to Divide the Realms of Insolvency and Restructuring Law”, **European Business Organisation Law Review**, C. 19, 2018, ss. 615-647, ss. 622-624.) Türk hukukunda yer aldığı biçimiyle uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma usûlünde, borçların bir kısmının silinmesi ya da vadeler bağlanarak ertelenmesi gibi bazı finansal yapılandırma tekniklerinin yanı sıra borçlu işletmenin kısmen ya da tamamen devri, diğer bir işletmeyle birleşmesi, sermaye yapısının değiştirilmesi, yönetici değişikliği ve iyileştirme uzmanlarının atanması gibi yöntemlere de yer verilmektedir (Kuru, **El Kitabı**, s.1230). Bu iyileştirme tekniklerine başvurulurken amaçlanan borçlunun olası iflâsına engel olunmasıdır. (Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra ve İflâs**, s.434). İki usûl arasında alacaklıların eşitliği ilkesi yönünden de önemli farklılıklar vardır. Konkordatoda, usûle tabi olmayan alacaklılar hariç, tüm alacaklılara eşit oran ve koşullarda ödeme teklif edilmesi gerekirken (İİK md. 303), yeniden yapılandırmada bu genel eşitlik ilkesi doğrudan uygulanmaz. Bu usulde borçlunun farklı alacaklılar arasında eşitsizlik öngörmesi, yani, borçlunun farklı alacaklı gruplarına farklı koşullar teklif etmesi mümkündür; ancak, benzer alacaklılara sahip alacaklılar arasında ve aynı sınıfta gruplandırılan alacaklılar arasında eşitlik sağlanmalıdır (İİK md. 309/n(1),(7)). Bunun yanı sıra, müzakere ve oylama aşamalarının mahkeme dışında sürmesi ve mahkemece onaylanan yeniden yapılandırma planının sadece plan kapsamındaki alacaklıları yeniden düzenlenen alacaklıları bağlaması gibi önemli farklarla konkordatodan ayrılmaktadır. İki usûl arasındaki en önemli ayrım ise; konkordatonun her türlü borçlu hakkında başvuruabilecek bir usûl olmasına karşılık, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın sadece sermaye şirketleri ve kooperatifler hakkında başvuru edilebilir olmasıdır. Bu paralelde, herhangi bir borçlu konkordatoya ya da sermaye şirketleri ve kooperatifler ve bunların alacaklıları uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmaya başvurabilirken, iflâsa tabi olmayan borçlu hakkında konkordato usulüne alacaklılar başvuramayacaktır.

⁵⁷ Hukukumuzda şekli iflâs sistemi benimsenmiştir. İflâs sözünün genel dildeki kullanımının aksine, iflâsın açılması için borçlunun borca batık olması aranmaz. Zira, borca batık duruma düşen veya borca batık olsun olmasın borcunu ödeme güçlüğüyle karşılaşan borçlu kendiliğinden iflâs etmiş olmaz. (Bkz. örneğin Umar, **Genel Teori**, s. 2)

çalışma boyunca tartışılacaktır.⁵⁸ Öte yandan, bu çalışmanın milletlerarası özel hukuk merkezinde yürütüldüğü de göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla kendi özgünlükleri olan iflâs usûllerinin bağlama konusunu, *lex fori*'ye göre cebri icra olarak vasıflandırılmasına sebep olabilecek “küllilik” nitelemesinin, maksadını aşacak biçimde daraltıcı kullanımından kaçınılarak, kolektiflik kavramı tercih edilecektir.

Kolektiflik ilkesinin dayanağına ilişkin yapmaya çalıştığımız açıklamalar, ilkenin uygulama alanına da yol göstermektedir. Kolektiflik ilkesi, iflâs usûlü haricinde tekil alacaklıların veya alacaklı gruplarının borçlunun malvarlığına tek başlarına müdahale etme çabalarını engellemeyi amaçlar. Bu prensip, iflâs usûlünün dışında borçlu üzerinde hak iddia etme ve birel cebri icra işlemlerini sınırlandırarak, iflâs usûlünün bütünlüğünü ve alacaklılar arasında eşitliğin sağlanmasını hedefler. Kolektiflik ilkesi, iflâs sürecinde borçlunun malvarlığının tüm alacaklılar bakımından ortak bir havuz oluşturarak malvarlığını en üst düzeye çıkarmayı ve tüm alacaklılar içinde hakkaniyete ve eşitlik ilkesine göre bir dağıtımı amaçlar, ancak bu tüm alacaklıların iflâs usûlünden aynı derecede etkileneceği, her alacaklının masadaki malvarlığından bir pay alabileceği anlamına gelmez.⁵⁹ Yine belirli bir alacaklı sınıfının iflâs hukukuyla korunan haklarını etkilemeyen bir hukuki yola başvurulmasını da engellemez.

Buna örnek olarak iflâsın açılmasından etkilenmeyen teminatlı alacaklıların, rehinli alacaklılarını iflâs usûlünün dışında tatmin etmelerine izin veren hukuki çareler verilebilir.⁶⁰ Rehinli mal üzerindeki tasarruflar, kolektif usûlün istisnası olarak karşımıza çıkar. Alacağın rehinle teminat altına alınmasında olduğu gibi belirli bir alacaklı grubuna ait menfaatlerin iflâs usûllerinden etkilenmemesi, usûlün kolektif niteliğini bozmaz. Bu uygulama, yani alacaklıların farklılaşan hukuki statülerine göre farklı muamele görmeleri iflâs rejiminin yapısal bir özelliğidir. Bu yüzden rehinli

⁵⁸ İleride 4.2.1 ve 5.4.'de ayrıntılı olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca karşılaştırmamız Horst Eidenmüller, “What is an insolvency proceeding?”, *Am Bankruptcy Law J*, C. 92, 2018, ss. 53-72, s. 42: “Pek çok kişi için iflâs hukukunun borçlunun ödeme aczine verilen toplu/kolektif (collective) bir yanıt anlamına geldiğini ifade etmek, rahatlıkla kabul edilebilecek bir varsayımdır. Burada yapılacak vasıflandırma, bir usûlün iflâs usûlü olduğuna karar verilmesi hâlinde ortaya çıkan hukuki sonuçlar bakımından önem taşımaktadır.”

⁵⁹ Irit, Mevorach ve Adrian J Walters. “The Characterization of Pre-insolvency Proceedings in Private International Law” *European Business Organization Law Review*, 2020, s.871, (Characterization)

⁶⁰ Borçların yapılandırılması çerçevesinde rehinli alacaklılarla müzakere sürecinden geçilmesi gerekmektedir. (İİK md. 308/h)

malvarlığı, teminatlı alacaklıların sahip oldukları rehin hakları nedeniyle iflâs masasında ayrı muamele görür.⁶¹ Bu durum iflâs hukukunun genel ilkeleriyle uyumlu bir istisna teşkil eder ve teminatlı alacaklıların, rehinli malvarlığı üzerindeki haklarını iflâs usûlü dışında, rehin hukukunun sağladığı yollarla tatmin etmelerine imkân tanır.⁶² Zira rehin hakkı, alacaklıya borçlunun malvarlığı üzerinde öncelikli bir iddia hakkı tanır. Rehin yoluyla kuvvetlendirilmiş nisbi hakkın rehin süresince doğan sınırlı aynı etkisi herkese karşı ileri sürülebilir ve iflâs usûlünden bağımsız olarak korunur. Hukuk düzeni, bu tür rehinli alacaklar için yeniden yapılandırma veya tasfiye usûllerinin dışında bir imkân sunmaktadır.⁶³

1.2.2. İflâs Usûlleri

İflâs usûllerinin bir yanında orantılı paylaşırma ilkesi ve kolektiflik ilkeleri ışığında alacaklıların tatmin edilmesi; diğer yanında ise borçlunun korunması amacı yer almaktadır.⁶⁴ İflâs hukukunun teorik çerçevesi temel olarak iki görüşe göre şekillenmektedir: Borçlunun malvarlığının en üst düzeye çıkarılması yaklaşımı ve alacaklılar arasında adil paylaşım yaklaşımı. Borçlunun malvarlığının arttırılması yaklaşımının ağırlıklı olarak hukuk ve ekonomi akademisyenlerinden oluşan savunucuları, iflâs hukukunun kaynakların en verimli şekilde kullanılmak üzere yeniden paylaşılması ve böylece iflâs hukuku hükümleri uyarınca alacaklılar için borçlunun malvarlığının değerinin maksimize edilmesi amacına odaklanması gerektiğini savunmaktadır. Buna karşılık, ABD’de *İlerici Okul*’la⁶⁵ ilişkilendirilen

⁶¹ “Üzerinde rehin bulunan mallar rehin sahibi alacaklının rüçhan hakkı mahfuz kalmak suretiyle masaya girer” İİK md. 185

⁶² Orhan Emre Konuralp, “Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Özel Sayı, 2014, s. 2856.

⁶³ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s.871.

⁶⁴ Ballon, **Einführung in das Österreichische Zivilprozeßrecht-Streitiges Verfahren**, 8. Auflage, Graz 1999, s. 50’den aktaran Pürselim Doğan, **Avrupa İcra Hukuku**, s.11

⁶⁵ 20. yüzyıl Amerikan Hukuku’nda *İlerici Okul*, dönemin sosyo-ekonomik dönüşümlerine karşı bir yanıt olarak ortaya çıkmış ve hukuk ile toplum arasındaki dinamik ilişkiyi ele almıştır. Roscoe Pound ve Oliver Wendell Holmes Jr. gibi isimler hukuki formalizme karşı çıkarak, hukukun sosyal bağlamdan ve yargıçların kişisel değerlerinden etkilendiğini iddia etmiş ve *sosyolojik içtihat* ve *hukuki gerçekçiliği* savunmuşlardır. Bu dönemde ayrıca, ekonomik ve sosyal yaşamın düzenlenmesinde devletin rolünün arttığı, *yargısal aktivizme* doğru bir kayma yaşandığı ve sosyal adalet konularına odaklanıldığı görülmüştür. 19. yüzyılda kendi kendini denetleyen bir piyasa düzenini ve asgari düzeyde devlet müdahalesini savunan klasik hukuk düşüncesinden önemli bir uzaklaşma yaşanmıştır. İlerici okulun teorik çerçevesinin ABD iflâs hukuku üzerinde büyük etkiye sahip olduğu belirtilmektedir. (Bkz. David A. Skeel, **Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America**, Princeton University Press, 2003, s. 227)

yaklaşım, ileriye yönelik yeni bir dengeye ulaşmayı amaçlayarak, alacaklı seçiminin malvarlığı tasfiyesi yerine yeniden yapılandırmaya yönlendirilmesini teşvik eden bir kurumsal iflâs hukukunu savunmaktadır.⁶⁶

İflâs usûlleri genel olarak üç geniş kategori altında toplanabilir: Tasfiye, yapılandırma ve alacaklıların bir kısmını ilgilendiren, sözleşmeye dayalı mahkeme dışı sulhçu (*workout*) çözümler. Genellikle son çare olarak kabul edilen tasfiye, bir borçlunun işletmesinin parçalanmasını, varlıkların satılmasını ve elde edilen gelirin alacaklılara dağıtılmasına yönelir. Bu yöntem, yıkıcı etkisi nedeniyle genellikle olumsuz karşılanmaktadır. Yöntem daha çok piyasa disiplinine ve kesinliğe önem vererek malî sorumsuzluklara karşı caydırıcı bir unsur olarak işlev görür. Örneğin Birleşik Krallık iflâs rejimi bu yaklaşımı benimsemekte, alacakların malvarlığından tatmin edilmesine odaklanmakta ve mümkün olduğu takdirde işletmenin getirilerinin en üst düzeye çıkarılarak kurtarılmasını öngörmektedir⁶⁷.

Yapılandırma usûlleri ise borçlunun yükümlülüklerini yeniden düzenleyerek ticari faaliyetlerini devam ettirmesine yönelir. Bu, alacaklılarla mevcut borç ilişkilerinin yeniden müzakere edilmesini, yeni finansman sağlanmasını ve bazen iş yapısının değiştirilmesini içerebilir. ABD İflâs Kanunu'nun 11. Bölümü bu yaklaşımı simgeler ve genellikle işletmelerin malî sıkıntıdan çıkmasını ve faaliyetlerine devam etmesini, böylece istihdamın korunmasını ve ekonomik istikrarın sürdürülmesini amaçlar.⁶⁸ Yeniden yapılandırma usûlünün birincil hedefi, borçlunun borç yükünü hafifletmek ve malvarlığı ve sermaye yapısını, öngörülebilir gelecekte tekrar malî sıkıntı yaşamayacağı şekilde yapılandırmaktır. Bu süreç iki yönlü bir yaklaşıma dayanır: (1) Operasyonel verimliliğin, nakit akışının ve âtil malvarlıkların stratejik olarak yeniden değerlendirilmesini hedef alan ve genellikle yönetici değişikliklerini ve iyileştirme uzmanlarının katılımını gerektiren faaliyetler; (2) işletmenin risk profilini iyileştirerek ve operasyonel verimliliği artırarak sermaye maliyetini dolaylı yoldan düşürmeyi, böylece şirketin sermaye yapısının yeniden düzenlenmesini amaçlayan finansal yeniden yapılandırma. Finansal yeniden yapılandırma özellikle borç yükünü

⁶⁶ Paterson, **Rethinking Corporate Bankruptcy Theory**, ss. 699-700 ve eşlik eden dipnotlar.

⁶⁷ Philip Wood, **Principles of International Insolvency**, 7 cilt, 2. bs, London: Thomson/Sweet & Maxwell, 2007, ss. 38-43 (Principles)

⁶⁸ Wood, **Principles**, ss. 36-37

azaltmaya, yani toplam borç yükünü işletmenin uzun vadede yönetebileceği seviyelere indirmeye, böylece kalıcı finansal sıkıntıyı önleyerek, ödeme gücü ve ticari istikrara ulaşmayı amaçlar.⁶⁹

Türk hukukunda özel konkordato olarak anılan⁷⁰ mahkeme dışı sulh usûlleri (*workout*), mahkeme gözetimindeki mekanizmalar karşısında enformel veya yarı-formel bir alternatif teşkil etmektedir. Genellikle borçlu ve alacaklıları arasında doğrudan müzakerelerin gerçekleştiği bu tür usûller geleneksel iflâs usûllerinin dışında kalarak borçların yeniden yapılandırılmasını amaçlamaktadır. Bu yöntemler, iflâs usûllerinin olumsuz çağrışımlarından ve katılıklarından kaçınarak daha fazla esneklik ve gizlilik sunmaktadır. Mahkeme dışı sulh usûlleri etkili çözümler sunabilmekle birlikte, büyük ölçüde borçlu ve alacaklılar arasındaki iyiniyet ve işbirliğine dayanmakta ve alacaklıların eşitliği prensibine öncelik veren sistemlerde azınlık alacaklıları yeniden yapılandırma seçeneklerini kabul etmeye zorlayacak hukuki güçten yoksun olabilmektedir.⁷¹ Bu sebeplerle daha ileride değineceğimiz üzere uluslararası çerçevelerin de dışında bırakılmaktadırlar.⁷²

Uygulamada, tasfiye ve yeniden yapılanma arasındaki seçim, borçlunun özgün koşullarına, sürdürdüğü ticari faaliyetin niteliğine, alacaklıların menfaatlerine ve mevcut hukuki çerçeveye bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. Farklı hukuk sistemleri bu yöntemlerin bir kombinasyonunu uygulamak suretiyle karmaşık iflâslara çözüm getirmeyi amaçlayan bir araç yelpazesi sunmaktadır.

⁶⁹ Edward I. Altman, Edith Hotchkiss ve Wei Wang, **Corporate Financial Distress, Restructuring, and Bankruptcy: Analyze Leveraged Finance, Distressed Debt, and Bankruptcy**, Hoboken, NJ, USA: Wiley, 2019, s. 17 (Corporate Financial Distress)

⁷⁰ Hakan Pekcanitez ve Güray Erdönmez, **7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s. 6; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, **İcra ve İflâs**, s.442.

⁷¹ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, **İcra ve İflâs**, s.442.

⁷² Wood, **Principles**, s. 33-34. İflâs usûllerinde “*cross-class cram down*” adı verilen iflâs tekniği, çoğunluk alacaklılarının, azınlık ve usle dahil olmayan alacaklıların menfaatlerini etkileyecek biçimde bağlayıcı karar alabilmesi anlamına gelmektedir. Burada başvuru tekniğinin zorlayıcı karakteri sebebiyle, menfaatleri etkilenen tarafların, alacaklıların eşitliği prensibi çerçevesinde korunup korunmadığının mahkeme tarafından denetlenmesi gerekmektedir. (Ayrıntı için bkz. Bilgehan Yeşilova, **Modern İflâs Hukukunun Gereklikleri ve Temel Haklar Çerçevesinde Susturma Hakkı / Engelleme Yasağı: (Cram-down Power / Obstruktionsverbot)**, 1. bs, Ankara: Adalet, 2015)

Daha önce de belirtildiği gibi tasfiyenin basitlik, kesinlik, alacaklılara eşit muamele ve piyasa disiplini gibi menfaatleri öne çıkarması, bir işletmenin sona erdiğinin açık ve net olarak belirlendiği bir çerçeve sunmaktadır. Tasfiye, bir işletmenin sürdürülebilir olması anlayışının antitezidir; bir işletmenin ekonomik hayatının sonuna ulaştığının hukuki olarak tasdik edilmesidir. Bu durum özellikle alacaklı kontrolüne dayanan iflâs usûllerinin hâkim olduğu hukuk sistemlerinde belirginlik kazanır ve birincil amacı, işletmenin yok olması pahasına, alacaklılar lehine mümkün olduğunca fazla kazanım elde etmektir.⁷³

Buna karşılık, yeniden yapılandırmada, borçluyu iflâstan kurtarma ve sadece alacaklıları değil, aynı zamanda istihdamı ve işletmenin ekonomiye katkılarını da koruma çabasını öne çıkar. ABD İflâs Kanunu'nun 11. Bölüm usûlleri gibi yeniden yapılandırma odaklı hukuk sistemleri, işletmenin iyileştirilmesini teşvik etmekte ve genellikle mevcut malvarlığının mahkeme gözetimi altında borçlunun kontrolünde kalmasına izin verilmektedir. Burada amaç borçlunun ekonomik durumunu yönetememiş olmasını cezalandırmak değil, işletmenin malî sıkışıklığını, kendi ticari yaşam döngüsü içerisinde üstesinden gelebileceği bir aşama olarak ele almaktır.⁷⁴

Yeniden yapılandırma, özellikle uluslararası bağlamda, tasfiyeden daha karmaşık olabilmektedir. Bu usûllerin yerli ve yabancı taraflar arasında koordinasyon gerektirmesi sebebiyle ortaya çıkacak yeniden yapılandırma projesi belirsizlikler taşıyabilir. Ayrıca yeniden yapılandırma projesi, kurtarma çabalarına rağmen nihayetinde başarısız olabilir. Bunun yanı sıra, planların formüle edilmesi, alacaklılarla yürütülecek müzakereler ve mahkeme işlemleriyle ilgili masraflar sebebiyle oldukça maliyetli olabilir. Öte yandan, bu maliyetler, bir işletmenin malî sıkıntılardan kurtulmasına ve ticari faaliyetlerine ekonomik katkıda bulunacak şekilde devam etmesine olanak tanıdığı için makul kabul edilebilir. Zira buradaki menfaat sadece finansal değil aynı zamanda sosyo-ekonomiktir. Yeniden yapılandırma, istihdamın korunmasına hizmet edebileceği gibi bir işletmenin çöküşünün toplumda yol açabileceği olumsuz etkileri de hafifletebilir.⁷⁵

⁷³ Wood, **Principles**, ss. 34-35

⁷⁴ Wood, **Principles**, s. 36

⁷⁵ Wood, **Principles**, ss. 38-40

Alacaklıların bakış açısından değerlendirildiğinde, yeniden yapılandırma, alacakların tatmininde eksilme ve ödemelerde gecikme yaratma ihtimali sebebiyle cazip olmayabilir. İşletmeyi hayatta tutmaya öncelik verilmesi, iflâs tasfiyesi durumunda beklenen tatmin sırasının değişmesine sebep olabilir. Tasfiye durumunda derhal tatmin edilmesi beklenen imtiyazlı alacakların, yeniden yapılandırma durumunda iyileştirme maksadıyla askıya alınması, teminatlı alacaklıları sıklıkla etkilemektedir. Bununla birlikte, yapılandırma sonucunda işletmenin değerinin artması hâlinde imtiyazlı alacaklılar bu durumdan nihai olarak daha fazla yarar sağlayabileceklerdir.⁷⁶ Ayrıca, uluslararası perspektiften bakıldığında; tasfiye ve yeniden yapılandırma arasındaki tercih, sınır aşan iflâsları etkileyecek niteliktedir. Yeniden yapılandırmaya öncelik veren hukuk sistemlerinde hazırlanan yeniden yapılandırma planlarının etki doğurması noktasında, tasfiyeye yönelen ülkelerin hukuk sistemlerinde vasıflandırma probleminin ötesine geçen zorluklarla karşılaşılabilir. Bu çatışmayı gidermek için daha öngörülebilir ve hakkaniyetli bir çerçeve sunmayı hedeflediği belirtilen UNCITRAL Model Kanunu gibi araçlar önem kazanmaktadır.

Ödeme güçlüğü hukukunda benimsenen küresel standartlar ve yapılan reformlar IMF ve UNCITRAL gibi uluslararası kuruluşlardan önemli destek görmüştür. 1990'ların sonunda yaşanan Asya finansal krizinden bu yana borç çözümlemeleri için daha kapsamlı araçlar geliştirilmiştir. Bu kuruluşlar, uzlaşmaya dayalı sulhçu çözümlerden formel yeniden yapılandırma alternatiflerine kadar hem mahkeme dışı hem de mahkeme içi mekanizmalar getiren reformları desteklemektedir. Bu sistemlerin temel özellikleri arasında borçluya ait malvarlığındaki kaybın önlenmesi için birel takiplerin durdurulmasına ilişkin tedbirler, iflâs sonrası finansmana olanak tanıyan teknikler ve mahkeme içi yeniden yapılandırma planlarının teklifi, kabulü ve mahkemece onayına ilişkin hükümler de yer almaktadır. Buna ek olarak, gerekli olması hâlinde yeniden yapılandırma usûlünün tasfiye usûlüne dönüştürülmesine de olanak tanınmaktadır. Bu yaklaşım, uygun koşullarla sağlanacak krediye erişimi ve malî istikrarı teşvik etmek için çok önemli olduğu düşünülen, geniş yelpazeli borç çözümü tekniklerine olanak sunan iflâs sistemlerinin önemine vurgu yapmaktadır. ABD İflâs Kanunu'nun 11. Bölümü'nün etkisi bu bağlamda özellikle dikkat çekicidir

⁷⁶ Wood, **Principles**, ss. 38-39.

ve formel yeniden yapılandırma uygulaması için neredeyse küresel bir örnek teşkil etmektedir.

11. Bölüm'ün başka devletler tarafından yapılan kanunlara örnek teşkil etmesi (transplantasyon), Avrupa Birliği'nden Singapur'a kadar dünyanın çeşitli yerlerindeki iflâs ve yeniden yapılandırma kurallarında kendini göstermektedir. AB direktifiyle Üye Devletlerden talep edilen yeni ödeme güçlüğü standartlarının 11. Bölümden esinlenmesinin yanı sıra,⁷⁷ başta Almanya'da ve daha mütevazı biçimde diğer Avrupa ülkelerinde de 11. Bölüm tekniklerinden faydalanılmaktadır.⁷⁸ Bununla birlikte 11. Bölüm'ün Kıta Avrupası hukuku ile Türk hukukuna yabancı kavramlar ve uygulamalar içerdiği de ifade edilmektedir.⁷⁹

Bununla birlikte, Model Kanun ekosistemiyle getirilen uluslararası standartlar, farklı hukuk sistemlerine ve ekonomik kalkınma düzeylerine uyum sağlayacak esneklikte tasarlanırken, mahkeme dışı ve mahkeme içi borç çözüm mekanizmaları arasında bir denge kurulmasını öngören düzenlemeleri de desteklemektedir. Bu yaklaşım, küresel finansal sistemlerin evrim geçiren doğasını ve buna uyum sağlayan uluslararası hukuki çerçevelerin çeşitliliğini göz önünde bulundurmaktadır.⁸⁰ Benzer bir şekilde Türkiye'de 2000'li yılların başından itibaren, Dünya Bankası'nın tavsiyeleri doğrultusunda ve rehberliğinde gerçekleştirilen iflâs reformları da bu transplantasyon eğiliminin izlerini taşımaktadır.⁸¹ Bununla birlikte, gerek medeni usûl ve takip hukukuyla, gerekse ticaret hukukuyla ilişkisi göz önünde tutulduğunda bir ülkenin temel hukuk düzenlemelerinden biri sayılması gereken iflâs kuralları ülkenin ekonomi politikasını, sermaye örgütlenmesini ve hukuk kültürünü de yansıtmaları gerekir.

⁷⁷ Aşağıda 4.2.1 ve 5.4'de bu konu detaylı olarak incelenmektedir.

⁷⁸ Bkz. Selçuk Öztekin, Ali Cem Budak, Müjgan Tunç Yücel, Bilgehan Yeşilova, Serdar Kale, “**Yeni Konkordato Hukuku**”, Yetkin, 2023, İkinci Önsöz.

⁷⁹ A.yer. İİK'da düzenlenen konkordato usûlüne önemli değişiklikler getiren 7101 sayılı Kanun hazırlanırken, İsviçre düzenlemesinden yararlanıldığı ve bu süreçte 11. Bölüm'ün de incelendiği, ancak Türk hukukunun yerleşmiş kavramlarına zarar vermeden sadece bazı prensiplerin benimsenebileceği sonucuna varıldığı belirtilmektedir.

⁸⁰ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s.858.

⁸¹ Melike Arslan, “Differentiating and connecting indicators: the quality and performance of law in the World Bank's Doing Business Project”, **International Journal of Law in Context** 2020, S.16, s. 19.

Transplantasyon yoluyla alınan kanunların, yerel ticari örf ve adetleri karşılamakta güçlük çektiği ölçüde, etkin borç çözüm yöntemleri sunmaları güçleşecektir.⁸²

1.2.3. İflâsın Sınırlı Usûli Niteliği

Uluslararası iflâs alanındaki konuların büyük çoğunluğunun milletlerarası özel hukuk çerçevesinde ele alınabildiğini göz önünde bulundurursak, şu soru merkezi bir öneme sahip olmaktadır: İflâsa ilişkin konular maddi hukuk mu, yoksa usûl hukuk meselesi mi olarak değerlendirilir? Yargıtay içtihadı ve doktrinde genellikle kabul edilen yaygın görüşe göre yargılama usûlüne ilişkin meseleler, hâkimin hukuku olarak bilinen *lex fori* ilkesi çerçevesinde ele alınır.⁸³ Eğer iflâs konusunun tamamıyla bir usûl hukuku meselesi olduğu kabul edilirse, bu durumda uluslararası iflâs konusunda sıkı bir ülkesellik yaklaşımının uygulanacağı sonucu ortaya çıkar. Yargıtay'ın maddi iflâs hukuku ve şekli iflâs hukuku ayırımına gitmeksizin kategorik bir yaklaşımla iflâsa dair tüm kural ve uyuşmazlıkları usûl hukukunun bir bileşeni olarak görmesi doktrin tarafından eleştiri konusu olmuştur.⁸⁴

İflâs hukukunun *sınırlı usûli niteliği*, iflâsın, mevcut alacak ve borç ilişkilerini yeniden yapılandırmak yerine, var olan ilişkileri gözeterek alacaklılar arasında borçlunun sınırlı malvarlığının nasıl paylaşılacağını düzenlemeyi hedefler. İflâs, bir

⁸² İcra ve İflâs Kanunu'muzun bugüne kadar en çok değişikliğe uğrayan kanun olması, barındırdığı borç çözüm tekniklerinin etkinliği konusunda düşündürücüdür. Hukuk devrimimizin altıncı kanunu olan ve 1929 tarihinde yürürlüğe giren 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu, aynı zamanda 3 yıl içinde ilga edilerek 1932 tarihinde 2004 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenen ilk kanundur. Zira 1424 sayılı kanun; büyük oranda İsviçre'den "*tercüme yoluyla kabul edilmiş*" (Kuru, **Ders Kitabı**, s.37), ne var ki "*ülkenin ihtiyaçlarına uymayan hükümler getirdiği kısa sürede anlaşılmca [...] 2004 sayılı kanunla önemli değişikliklere tabi tutulmuştur*" (2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun bazı maddelerinde değişiklik yapılmasına ve bu kanuna bazı madde ve fıkralar eklenmesine dair kanun tasarısının Millet Meclisince kabul olunan metni ve Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet Komisyonu Raporu, **Cumhuriyet Senatosu Tutanakları**, 4. Dönem, 22. Cilt, 13. Birleşim, s.347 (C.S. Dönem: 1 Toplantı: 4 S. Sayısı: 481); erişim: tbmm.gov.tr, 24/11/2019). 1424 sayılı kanunun başarısızlığa uğramasının sebepleri doktrinde şöyle özetlenmektedir: "*Kanun çok aceleye gelmişti ve ülkemizin gerçeklerine uygun değildi. Çünkü, ülkemiz insanını borçlarını ödememe yolundaki eğilimini yansıtmıyordu ve kötü niyetli borçlularla mücadelede başarısızdı. [Ayrıca] hakkın alınmasında yeteri kadar sadelikten yoksundu ve çabukluk sağlanamıyordu; Bunların yanı sıra, tüm Dünyayı sarsan 1929 ekonomik buhranı da kanunun başarısını etkileyen diğer bir önemli unsur olmuştur*" (Umar, **Genel Teori**, ss.139-141; Ejder Yılmaz, Düünden Bugüne İcra ve İflâs Kanunumuz, **SÜHFD**, 2003, Cilt:11, Sayı: 3-4, s. 10).

⁸³ Örneğin bkz. Sibel Özel, "Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun Lex Fori Esasına Göre Belirlenmesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 28, Sayı 2, s.963.

⁸⁴ İlgili tartışmalar için bkz.: İlyas Gölcüklü, **Milletlerarası Özel Hukukta İflâs Uyuşmazlıklarının Çözümü**, İstanbul: Oniki Levha, 2020, s. 9 (Milletlerarası Özel Hukukta İflâs).

tür malvarlığı paylaşırma mekanizması olarak çalışır, ancak alacaklıların haklarını veya taleplerini maddi olarak değiştirmeye yetkili değildir. İflâs kuralları borçlu tarafından ödenemeyen borçlar sebebiyle oluşan kayıpların nasıl paylaştırılacağına yönelir. Borçlunun malvarlığının sınırlı olması, alacaklıların taleplerinin tamamının karşılanamayacağı anlamına gelir. Bu yüzden iflâs hukuku, bu sınırlı kaynakların alacaklılar arasında adil bir şekilde paylaşımına odaklanır. Öte yandan, bir alacağın hukuki dayanağı ve miktarı maddi hukukun konusudur ve iflâs usûlünden bağımsızdır. Örneğin sözleşmeden doğan bir alacak söz konusu olduğunda, sözleşmenin geçerliliği ve alacağın miktarı iflâs hukuku tarafından değiştirilemez. İflâs hukuku, ancak bu alacağın sınırlı malvarlığı havuzu içerisinde nasıl ve ne ölçüde tatmin edileceğini belirler. Bu noktada, iflâsın sebepleri ile iflâsın sonucu arasında da bir ayırım yapılması gereklidir.⁸⁵ İflâsın maddi sebebi, borçluyla alacaklı arasındaki hukuki ilişkiden, örneğin bir sözleşmeden kaynaklanabilir. İflâsın sonucu ise borçlunun genel olarak ödeme yapamaz hale gelmesi sonucunda ortaya çıkar.⁸⁶

İflâsa ilişkin konuların değerlendirilmesi, sadece usûl hukuku ya da sadece maddi hukuk açısından değil, her iki hukuk disiplini içerecek şekilde ele alınmalıdır. Bu çerçevede usûl hukukuna dahil olan hususlar iflâs kararlarının ilan edilme biçimine, iflâsın sonlandırılması işlemi, iflâs masasının oluşumuna ve iflâs idaresinin seçilmesine dair ayrıntılar ile ilgilidir. Bu unsurlar, iflâs hukukunun temel bileşenlerini oluşturur ve genel itibarıyla iflâsın ne zaman ve nasıl başlayıp sona ereceğini belirleyen temel kuralları içerir. Maddi hukuk ise her şeyden önce borçlunun ve borcun varlığına, borçlunun ve alacaklıların taraf ehliyetlerine, iflâsa konu olacak borcun gerçekten var olup olmadığının belirlenmesine ve haczedilebilir malların belirlenmesine kadar bir dizi farklı alanı kapsar. Bu unsurlar da iflâs hukukunun temel bileşenlerini oluşturur ancak usûl hukukundan farklı olarak iflâsın konusunu teşkil eden maddi hususlara dair temel kuralları düzenlemektedir.

⁸⁵ Türk hukukunda iflâs sebepleri kanunda açıkça belirtilmemiştir. Bkz. Kuru, Arslan ve Yılmaz, **Ders Kitabı**, s. 453. İflâsın sonuçlarına ilişkin bkz.: Kuru, **El Kitabı**, ss.1204-1274.

⁸⁶ Mustafa S. Özbek, “İflâs Davasının Hukuki Mahiyeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 61, S. 1, 2012, s. 217.; Wessels, Markell ve Kilborn, **International Cooperation in Bankruptcy**, s.16.

1.2.4. İflâsta Korunan Menfaatlerin Dengelenmesi

İflâs düzenlemeleri ile amaçlanan hedefler arasında alacak sahiplerinin taleplerinde eşit davranılması, iflâs usûllerinin şeffaf ve hesap verilebilir bir şekilde yürütülmesi, borçlunun/müflisin malvarlığının değerinin arttırılması ve paylaşımın koordinasyon içinde gerçekleştirilmesi, kamu düzenine uygunluğun sağlanması ve gerek kanunlardan gerekse yargıçlar eliyle oluşturulan hukuktan kaynaklanan yetkilerin kullanılması yer almaktadır. İflâs kanunlarının temel amacı, iflâs etmiş bir borçlunun sahip olduğu malvarlığının değerini en üst düzeye çıkarmak veya ödeme güçlüğü içindeki borçlunun bilançosunun ve/veya faaliyetlerinin yeniden yapılandırılmasını sağlamak ve iflâs etmiş bir kuruluşa karşı ileri sürülen taleplerin toplu olarak karşılanması için etkili bir sistem oluşturmaktır.⁸⁷

Yukarıda tarihsel gelişim ve kavramsal çerçeve incelenirken de açıklandığı üzere, çağdaş iflâs hukuku borçlunun damgalanması ve cezalandırılması amacından farklı bir yöne evrilerek alacaklıların ve borçluların menfaatleri ile kamu düzeni arasında bir dengeyi oluşturmaya doğru evrilmektedir.

Roma döneminde, alacaklıların alacak hakları her zaman bireysel bir düzeyde ele alınmış,⁸⁸ bu da her alacaklının kendi menfaatini ön planda tutmasına sebep olmuştur. Zamanla bu yöntemin borçlunun tüm alacaklılarının taleplerinin karşılanması için yeterli olmadığı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, borçlunun malvarlığını tüm alacaklılar arasında alacaklıların eşitliği prensibine göre paylaştırmaya çalışan "birimiz hepimiz, hepimiz birimiz için" sistemine geçilmiştir. Bu paradigma değişikliğini neyin tetiklediği açık değildir, ancak nedeni borçlunun iflâs ettiğinde bazı alacaklıların borçlunun tüm malvarlığına yönelmesinin diğer alacaklılara zarar vermesidir.⁸⁹

Cebri icra hukukunda geçerli olan 'öncelik ilkesi' (*Grundsatz der Priorität*), ilk gelen alacaklının, borçlunun haczedilen malvarlığından öncelikli olarak

⁸⁷ Neil Hannan, "International Commercial Arbitration and Cross Border Insolvency", **International Trade and Business Law Review**, Cilt 17, 2014, s.447.

⁸⁸ Nevhis Deren Yıldırım, İflasın Hukuki Mahiyeti, **İÜHFM**, 1994, C. 54(1-4), 331-346, s. 332

⁸⁹ Wessels, Markell ve Kilborn, **International Cooperation in Bankruptcy**, s.14.

memnuniyetinin sağlanması ilkesini ifade eder⁹⁰ ve ‘*mahkûm ikilemi*’ probleminin ortaya çıkmasına sebebiyet verir. Klasik *mahkûm ikilemi* probleminde, her alacaklı kendi çıkarları doğrultusunda hızlı hareket etmek zorundadır.⁹¹ Zira borçlunun malî durumuna ilişkin ihtiyaç duydukları bilginin tamamına sahip değildirler. Bu bilgi asimetrisi, her alacaklının diğer alacaklılara nazaran daha hızlı hareket etmeye çalışmasına ya da borçlunun malvarlığının zaman içinde değer kaybetmesi riski karşısında daha büyük bir kayba uğramamak için ufak bir kaybı göze alarak alacağını daha hızlı tatmin etmeye çalışmasına sebep olur. Her alacaklı sadece kendi menfaatini gözettiği ve diğer alacaklıların ne zaman ve nasıl hareket edeceğini bilmediği için, malvarlığı pastasından en büyük parçayı almak amacıyla borçlu ile pazarlığa hatta alacağını elde etmek için onunla birlikte çalışmaya bile istekli olur. Örneğin sermaye şirketlerinde "sınırlı sorumluluk ilkesi" gereği, bir şirket alacaklısının doğrudan ortaktan alacağını haczedip edemeyeceği konusu temel bir soruna yol açmaktadır. Var olan iki görüşten biri, bunun mümkün olduğunu savunurken, diğeri ise buna karşı çıkmaktadır. Karşı görüşü savunanlar, bu tür bir işlemin alacaklılar arasındaki eşitliğin bozulmasına ve avantaj sağlayarak diğer alacaklıların haklarının zarar görmesine neden olabileceğini öne sürmektedir. Bu nedenle alacaklılar arasında eşitliği korumak için sınırlı sorumlu şirketlerde ortakların sermaye borçlarından dolayı şirkete ödeme yapması ve alacaklıların alacaklarını sadece şirketten karşılaması gerektiği öne sürülmektedir.⁹²

Alacağını hızla tatmin etmek isteyen ya da risk almaktan çekinen alacaklılar, borçlunun malvarlığını haczedip bunları tabiri caiz ise yangından mal kaçırmaya satarak borçlunun yürüttüğü ticari faaliyeti ve sahip olduğu malvarlığının potansiyel değerinin çok hızlı bir şekilde erimesine sebep olabilirler. İflâta amaç, alacaklıların risk altına giren alacaklarını etkisiz birel icra yöntemleriyle tatmin etmesi yerine borçlunun malvarlığının tüm alacaklılar lehine korunmasıdır. Özünde iflâs hukuku, alacaklıları devletten uzaklaştırarak toplu davalarla ortaya çıkan sorunlarla başa

⁹⁰ Pürselim Doğan, *Avrupa İcra Hukuku*, s.11

⁹¹ Bu konuda bkz: Rolef de Weijs, “Too Big to Fail as a Game of Chicken with the State: What Insolvency Law Theory Has to Say About TBTF and Vice Versa”, *European Business Organization Law Review*, 2013, Cilt:14, s. 208, 25 no’lu dipnotta zikredilen kaynaklar.

⁹² Forensis, Şirketin Ortaktan Olan Sermaye Alacağının Şirket Alacaklısı Tarafından Hacettirilmesi Hakkında, <http://www.forensislaw.com/blog/sirketin-ortaktan-olan-sermaye-alacaginin-sirket-alacaklisi-tarafindan-hacettirilmesi->

çıkılmasına yardımcı olmak ve tekil alacaklıların, borçlunun malvarlığının değer kaybetmesine neden olacak hızda satışa girişerek diğer alacaklılara zarar vermesini engellemeyi amaçlamaktadır. İç hukuk düzenlemelerinin çoğu bu genel ilke ile uyumludur.⁹³

İflâs hukuku, borçlunun malvarlığı değerini en üst düzeye çıkarmayı hedefler. Bu hedefe ulaşılması için borçlunun finansal sorunlarının hızlı ve etkili bir şekilde çözüme ulaştırılması gerekir. Bir işletmenin değeri düştüğünde daha fazla kaybın durdurabilmesi için hızlı hareket edilmesi, anlamsız değerlendirmelerden ve verimsiz uzlaşma çabalarından uzak durulması gerekir. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi bireysel hareket eden alacaklıların başvurabilecekleri yöntemler malvarlığında geometrik değer kaybına sebep olabilir. Kolektif bir çözüme ırraksayan tasfiyeler ve iyi yürütülmeyen borç-alacak mübadeleleri, alacaklı kolektifinin topluca zarar görmesine sebep olacaktır.⁹⁴ Farklı ülkelerin iflas düzenlemeleri, bu sürecin hızlı ve etkin bir şekilde sürdürülmesi için çeşitli önlemler içermektedir. Bununla birlikte, iflas usullerinden beklenen hakkaniyet ve verimliliği sağlamak adına, mevcut kuralların daha da iyileştirilerek uluslararası düzeyde uyumlaştırılmasının önemi konusunda geniş bir mutabakat bulunmaktadır.

Farklı ülkelerdeki iflâs düzenlemeleri, özellikle malvarlığının tasfiyesi ve bunun karşısında işletmenin kurtarılmaya çalışılması söz konusu olduğunda, alacaklıların nasıl ele alınacağı konusunda farklılıklar barındırmaktadır. Bu durum büyük ölçüde yasa koyucuların rehinli ve adi alacaklılara nasıl davranılacağı konusunda farklı önceliklere sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Çoğu zaman, tasfiye-kurtarma ikiliği, rehinli alacaklıların kısa vadeli menfaatleriyle, adi alacaklıların – ayrıca borçlu ve toplumun - uzun vadeli menfaatlerini karşı karşıya getirmektedir. Bazı hukuk sistemleri hala tasfiyeye öncelik verse de, modern iflâs hukukunda öne çıkan ‘esneklik ilkesi’ tasfiyeyi en son çare olarak düşünerek ara çözümlerle borçlunun malvarlığının değerinin en üst seviyeye çıkarılması hedefine odaklanmaktadır. Günümüzde iflâs; borçlunun malvarlığının teker teker satılması yerine, bunları değer bağlantılı üretken

⁹³ Wessels, Markell ve Kilborn, **International Cooperation in Bankruptcy**, s.15.

⁹⁴ Wessels, Markell ve Kilborn, **International Cooperation in Bankruptcy**, s.15.

birimler hâlinde ele alan ara hedeflere; hatta işletme korunarak bütün bir ticari faaliyet olarak ele alınması hedefine kadar gelişmiştir.⁹⁵

İflâs hukuku, borçlunun malî durumunun düzeltilmesi ya da tasfiyesine yönelik işlemlerin nasıl yürütülmesi gerektiğine ilişkin hukuk normlarını düzenlerken, alacaklıların alacaklarının mümkün olan en iyi şekilde tatmin edilmesi için yol gösterir. İflâs kurallarının açıklığı, öngörülebilirliği ve eşitlik prensibine göre uygulanması önem taşır. Öngörülebilirlik ve açıklık, yatırımcıların risk değerlendirmelerini destekleyerek ekonomik etkinliği artırır. Eğer yatırımcılar, borçlu iflâs ettiğinde alacaklarını geri alabileceklerine dair bir öngörüye sahip olurlarsa, bu, onları daha düşük risk primleri ile borç vermeye ve yatırım yapmaya teşvik edecektir. Ticaret hukukunda öngörülebilirlik ve açıklık alacaklılar bakımından oldukça önem taşımaktadır. Bu, genel olarak hukukun ticari faaliyet sırasında alacaklıların meşru beklentilerini koruma ve ekonomik faaliyeti destekleme işlevini yansıtır. İflâs hukuku yalnızca alacaklıları korumakla kalmayıp, aynı zamanda usûl ekonomisini destekleyecek biçimde iflâs usûllerini kolaylaştırmayı da amaçlar. İşlem maliyetlerini azaltmak ve kolaylaştırmak borçlunun malî yapısını düzeltebilmesi için de daha fazla olanak sunacaktır.⁹⁶

İflâs hukukuna *pari passu* ilkesi olarak da bilinen alacaklıların eşitliği ilkesi hâkimdir. *Pari passu* latince “eşit adımlarla” ya da “aynı koşullarla” anlamına gelir. İlke aynı öncelik sırasındaki alacaklıların borçlunun tasfiye edilen malvarlığından eşit pay alması gereğini ifade eder. Başka bir deyişle malvarlığı paylaştırılırken alacaklıların sübjektif beklentileri yerine alacağın objektif niteliğine göre kendi sınıfında eşit paylarla – garameten - tatmin edilmesi amaçlanır.⁹⁷

Teoride sarıh olan bu ilke, uygulamada özellikle de sınır aşan iflâslarda en çok ihlal edilen iflâs kuralıdır. Öncelik ihtilafları ya da sıra cetveli ihtilafları; farklı hukuk sistemlerinin farklı alacak türlerine farklı öncelikler tanınması sebebiyle uluslararası iflâsın en karmaşık sorunlarından biridir. Burada, iç hukukun maddi ilkeleri ve kamu

⁹⁵ Wessels, Markell ve Kilborn, **International Cooperation in Bankruptcy**, s.16

⁹⁶ Wessels, Markell ve Kilborn, **International Cooperation in Bankruptcy**, s.16-17

⁹⁷ Vanessa Finch, **Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles**. 2. bs. Cambridge, Cambridge University Press, 2009. s. 599; 401; Robert Roland Pennington, **Pennington's Corporate Insolvency Law**, London: Butterworths, 1991, s.401

yararı düşüncesiyle şekillenen ve ülkeden ülkeye büyük farklılıklar gösteren sıra cetvellerinden hareketle, ‘alacaklıların eşitliği’ kavramının farklı hukuk sistemlerinde nasıl yorumlandığına ve iflas işlemlerinde eşit muamele göremesi beklenen yerli ve yabancı alacaklıların arasında bu eşitliğin nasıl sağlanacağına dair geniş bir ihtilaf alanı mevcuttur. Bu yüzden alacak önceliği/sıra cetveli meselesinin ulusal iflâs düzenlemelerini birbirinden ayırıştırırken daha uzun süre varlığını devam ettirecek temel ayraçlardan biri olduğu iddia edilmektedir.⁹⁸

1.2.5. İflâsın Kamu Hukukuna ve Özel Hukuka Ait Yönleri

“İflâs, bir kamu hukuku meselesi mi, yoksa özel hukuk meselesi midir?” sorusu Roma-Germen hukuk ailesine dahil olan hukuk düzenlerinde yapılan keskin ayrımın sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorunun cevabının arandığı tartışmalar, iflâsın sınırlı usûli niteliği de dikkate alınarak, daha genel anlamda, medeni usûl hukukunun hangi hukuk dalı olduğu; yani kamu hukuku mu olduğu yoksa özel hukuk mu olduğu şeklindeki tartışmalarla paralel olarak düşünülebilir. İflâs hukukunun özel hukuk çerçevesinde incelenmesi gerektiğini savunan görüşe göre, medeni hukuk; özel bireyler arasında gerçekleşen, özel hukuk kurallarının yönettiği ve haklar, borçlar, yükümlülükler, ticari işlemler, mülkiyet hakları gibi kişisel hakları içeren konulardaki uyuşmazlıkları ele alır ve çözümlemeye çalışır. Bunun yanı sıra, icra ve iflâs hukuku, borçların yerine getirilmemesi durumunda özel bireyler arasında alacak talep edenlerin haklarını korumak ve hukuki çözüm sağlamak amacıyla uygulanır. Bu doğrultudaki görüş iflâs hukukunun da özel hukuk çerçevesinde değerlendirilmesi ve incelenmesi gerektiğini savunmaktadır.⁹⁹

İflâs hukukunun kamu hukuku çerçevesinde düşünülmesi gerektiğini düşünen yazarlara göre ise iflâsa dair uyuşmazlıklar özel hukuktan kaynaklansa dahi tarafların devletin hâkimiyet ve zor kullanma gücünü kullanıldığı için kamu hukuku bağlamında düşünülmelidir.¹⁰⁰ Ne var ki usûl kurallarının taraflar tarafından değiştirilememesi durumu tek başına, bu hukuk dallarının kamu hukuku olarak nitelendirilmesine

⁹⁸ Westbrook, **Priority Conflicts**, s. 871

⁹⁹ Gölçüklü, **Milletlerarası Özel Hukukta İflâs**, s.4.

¹⁰⁰ H. Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım, ve Nevhis Deren-Yıldırım, **Medeni Usûl Hukuku Esaslar**, 7. Baskı. İstanbul: Beta, 2009. s. 10. Yazarların yorumu genel olarak Medeni Usul Hukukuna ilişkindir.

yetmez. Buna karşın medeni usûl hukuku çerçevesinde tarafların dava açma veya açmama, uyuşmazlık hâlinde uyuşmazlığı çözmeye yetkili mahkemeleri belirlemek maksadıyla yetki sözleşmesi yapma, davadan feragat etme, kanun yoluna başvurma gibi konularda özgür iradeleri belirleyicidir.¹⁰¹

1.2.5.1. İflâsın Özel Hukuk Boyutu

Buraya kadar anlatılan ve medeni usûl hukukunun geneline dair olan tartışmalar iflâs hukuku özelinde de kendisini göstermektedir. Yukarıda medeni usûl hukuku bağlamında belirtildiği üzere, tarafların davadan feragat etme veya dava açıp açmama gibi irade özgürlüklerini serbestçe kullanabildikleri seçimler yapabilmesi ve medeni usûl hukukunun temelde özel hukuka ilişkin çatışmaların çözümüyle ilgili olması nedeniyle, medeni usûl hukukunun bir özel hukuk dalı olarak görülmesi daha ikna edici bir önermedir.¹⁰² Aynı argümanları iflâs hukuku açısından da ileri sürebiliriz. Bu doğrultuda, iflâsa tabi olan borçlunun, doğrudan iflâs durumu söz konusu olduğu hallerde dahi iflâs kararının verilebilmesi için yetkili mahkemeye başvurularak ilgili borçlunun iflâsının talep edilmesi gerekmektedir. Takipli iflâs söz konusu olduğunda da alacaklının borçlu şirkete karşı iflâs istemli takip yapması ve görevli ve yetkili mahkemeye iflâs başvurusunda bulunması gerekmektedir.¹⁰³ Dolayısıyla gerek doğrudan doğruya iflâs hâlinde gerekse takipli iflâs hallerinde iflâsa ilişkin usûllerin tasarruf ilkesine göre belirlendiği sonucuna kolaylıkla ulaşılabilir.¹⁰⁴

Bundan başka genel olarak cebri icra hukuku, devletin menfaatler dengesini sağlama ve hukuk barışını tesis etme görevine hizmet eder. Cebri icra devlete hizmet etmesi için ortaya çıkmış bir mekanizma olmayıp, nihai amacı alacaklıların özel hukuk alanındaki haklarının tatminidir. Cebri icra maddi hukuk tarafından belirlenecek olan ‘hakkın mevcudiyeti ve miktarı’ sorununu sonuca bağlamayı amaçlar. Alacaklı, cebri

¹⁰¹ Gölcüklü, **Milletlerarası Özel Hukukta İflâs**, s. 5.

¹⁰² “Özel hukuk ilişkileri bakımından, davanın açılıp açılmaması ve açılan davanın istenilen şekilde takibinin taraflara ait olması hususu, “tasarruf ilkesi” olarak adlandırılır. Buradaki tasarruf, “hakkı kullanım serbestliği” anlamındadır.” (Yılmaz Ejder **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**. 2. Baskı. Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.270).

¹⁰³ Gölcüklü, **Milletlerarası Özel Hukukta İflâs**, s. 5

¹⁰⁴ “Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz” (HMK md. 24/1)

icra hükümleri doğrultusunda hareket edecek ve belirlenen hukuki çarelere başvurarak hakkının kabul ettirilmesine çalışacaktır.¹⁰⁵

Örneğin Türkiye’de, İsviçre hukukundan büyük oranda çeviri yoluyla iktibas edilmiş Cumhuriyet’in ilk İcra ve İflâs Kanunu olan 1424 sayılı Kanun’un¹⁰⁶ başlangıç hükümlerinde, kanunun amaçları yalın bir biçimde ifade edilmiştir. Mülga kanuna göre amaç; “*borçlunun borcunu ödemesi ve hakkın alınması; ödemezse, sade ve çabuk tarzlarda Devlet’in ödetmesidir*” (md. 1 ve 2). Yürürlükteki 2004 sayılı Kanun’da bu başlangıç hükümlerine yer verilmiyor olması, cebri icra hukukunun bu temel amacını ortadan kaldırmayacaktır.¹⁰⁷

Medeni usûl hukukunda başvuru tazyik mekanizmaları, ceza usûlünde başvuru yöntemlerinden farklılık gösterir. Medeni hukuk çerçevesinde borçlu, hâkimin verdiği kararı zor kullanılmasına ihtiyaç duymadan, yani kendi rızasıyla ifa edebilecektir. Böylelikle alacaklı ile arasındaki borç ilişkisi müspet bir son bulacaktır. Bu durum, adaletin sağlanmasında her koşulda cebri icraya ihtiyaç olmadığını göstermektedir. Bir menfaatin tanınması ve korunması amacıyla, talep sahibinin kendisi başvurmadıkça, borçluyu cebri icrayla tahrik etmedikçe, hâkimin kendi inisiyatifıyla harekete geçemeyeceği yukarıda da belirttiğimiz gibi medeni usûl hukukunun temel bir prensibidir.¹⁰⁸ Hukuki zorlama mekanizmasının mevcudiyeti, sağlanan hukuki korumanın bir güvencesi olarak devletin meşru otoritesinin sacayaklarından biridir.¹⁰⁹ Ne var ki bu otorite, devletin alacaklılar ya da borçlu yerine geçerek karar vermesi anlamına da gelmez.

¹⁰⁵ Nazi Almanyası’nda, cebri icranın Devlet ve kamunun çıkarlarına hizmet ettiği yönünde görüşler ortaya atılmıştır. Ancak modern Cebri İcra Hukuku anlayışı, alacaklıların özel hukuk alanındaki haklarının tatmin edilmesini esas amaç olarak kabul etmektedir. Bkz. Pürselim Doğan, **Avrupa İcra Hukuku**, ss.11-12 ve eşlik eden dipnotlar.

¹⁰⁶ R.G. 1183, 4/5/1929

¹⁰⁷ 4 Eylül 1932 yılında yürürlüğe giren ve hala yürürlükteki 2004 sayılı İİK’ya, özel hukuk ilkelerini öne çıkaran bu başlangıç hükümleri dahil edilmemiş, kanunun başında doğrudan iflâs teşkilatına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

¹⁰⁸ Umar, **Genel Teori**, s.1-2

¹⁰⁹ Bilindiği üzere, kanunda öngörülen istisnalar dışında (bkz. örneğin MK md. 753/f.1, MK md. 981; TBK md. 63, TBK md. 64) kişinin kendi hakkını kendi gücü ile elde etmeye çalışması (bizzat ihkak-ı hak) yasaktır ve suç teşkil eder (bkz. eTCK 308. 5237 sayılı TCK’da bizzat ihkak-ı hak ayrı ve bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemiş, her suç fiili bakımından ayrı ayrı düzenlemeye gidilmiştir).

Gerçekten de, iflâs hukukunun ilkeleri arasında sayılabilecek “*alacaklıların özerkliği*” prensibi (*Gläubigerautonomie – l'autonomie des créanciers - creditors autonomy*), iflâs alacaklılarının borçlunun malvarlığını, devletin etkisinden olabildiğince uzak bir şekilde tasfiye etmesini amaçlamaktadır. Zira masanın idaresinde ve masa mallarının paraya çevrilmesinde kararlar devlet tarafından değil, alacaklılar tarafından alınmaktadır. Devlet sadece alacaklıların, alacaklarına etkin ve eşit biçimde ulaşabilmeleri için gerekli düzenlemeleri yapmakla yetinmektedir.¹¹⁰ Mahkemeler tarafından verilen iflâs kararı esasında iflâs hükmü ve iflâsın açılması gibi analitik olarak birbirinden ayrı düşünülebilecek iki farklı unsur içermektedir. İşte iflâs usûlüne devletin dahil edilmesiyle ulaşılmak istenen gaye bu iki unsur arasında oluşabilecek mesafeyi kapatmak böylelikle iflâs kararıyla oluşan inşai etkinin, iyi bilgilendirme amacıyla¹¹¹ kamusal alanda mümkün olduğunca duyurulmasını ve bağlayıcılığının gözetilmesini sağlamak¹¹² ve ilk alacaklılar toplanmasına kadar masaya girecek malları fayda varsa idare etmek ve muhafaza altına alınmasını sağlamaktır.¹¹³

Konuyu uluslararası iflâs açısından ele aldığımızda ise milletlerarası özel hukuk kavramına dair genel açıklamaları hatırlamak gerekir. Bilindiği üzere milletlerarası özel hukuk; farklı ülkelerin hukuk sistemlerine mensup özel kişiler arasındaki özel hukuka tabi aile hukuku, eşya hukuku ve borçlar hukuku gibi alanlardaki hukuki ilişkileri düzenleyen, bu konulardaki ihtilafları çözümlmeye yetkili hukuk kurallarını tespit eden ve hangi mahkemenin bu uyuşmazlıkları çözmekte görevli ve yetkili

¹¹⁰ Güray Erdönmez, **İflâsta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri**, Legal Yayıncılık, 2005, ss. 22-25 (Alacaklılar Toplanması)

¹¹¹ Türk hukukunda, bugünkü halini 538 sayılı Kanun’un 74. maddesi ile alan yetkiye ilişkin kuralın düzenlendiği İİK md. 154’ün gerekçesinin izah edildiği 39. Adalet Komisyonu raporunda şu ifadelerle yer verilmiştir: “*iflâs davasında [...] borçlunun alacaklıları [...] borçlunun Türkiye’nin şu veya bu yerinde aleyhine bir iflâs davası açılıp açılmadığını ve hatta iflâs ettirilmiş olup olmadığını [...] bilmelerine imkân yoktur. Böyle olunca da, [...] kendisi ile ticari münasebete girdiği borçlunun daha önce başka bir yer mahkemesince iflâs ettirildiğini öğrenince büyük bir sürprizle karşılaşır.*”

¹¹² İflâsta, hükmün kesinleşmesine, taraflara tebliğ edilmesine gerek kalmadan, kısa kararla birlikte iflâs açılmakta (İİK md. 165) ve iflâsın açıldığı gün, saat, dakika olarak gösterilmektedir (Tic.Sic.Niz. md. 49/f.1). Ticaret mahkemesi, iflâs kararını derhal kendi yargı çevresindeki iflâs dairesine bildirmekte (İİK. 166, I); daire ise kendiliğinden ve derhal karar tarihinde tirajı ellibinin üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biri ile -eğer muamele merkezi farklı ise - iflâs edenin muamele merkezinin bulunduğu yerdeki yerel bir gazetede ve Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilan etmektedir. Yine daire kendiliğinden ve derhal tapu sicili memurluğuna, ticaret sicili memurluğuna, gümrük idaresine, posta idaresine, o yer ticaret ve sanayi odası ve borsasına, o yer noterlerine, bankalara, vergi dairesine, Türkiye Bankalar Birliğine, SPK’ya, Menkul Kıymetler Borsasına ve gerekli gördüğü diğer yerlere iflâs kararını bildirmektedir (İİK. Md.166, II).

¹¹³ İİK md. 210

olacağının belirlenmesi konusunda gösterici kurallar içeren bir hukuk alt dalıdır.¹¹⁴ Bu doğrultuda iflâs hukukuna dair bir meselenin yabancılık unsuru içermesi hâlinde de bu tanım uyarınca özel hukukun bir meselesi olduğu sonucuna ulaşılabılır.

1.2.5.2. İflâsın Kamu Hukuku Boyutu

İflâsın kamu hukuku boyutunun tamamen göz ardı edilmemesi gerektiği vurgulanmalıdır. Bu husus iki farklı açıdan değerlendirilebilir: Birincisi, hukuk felsefesi bağlamında genel olarak, ‘hukuk’un tanımlanması ve uygulanmasında devletin zor kullanma ve yaptırım uygulama tekeline dayandığı bilinmektedir.¹¹⁵ Hukuk kuralları yaptırıma tabi olan normlar topluluğudur. Özel hukuk alanı söz konusu olduğunda, devletin yaptırım uygulama gücü zararların telafisi ve borçların tahsili gibi yaptırımların yürürlüğe konulabilmesi için temel bir önem taşır. Bu çerçevede, icra ve iflâs hukuku bu yaptırım gücünün en somut biçimde yaşandığı alanlardan biridir.¹¹⁶

İkinci açıdan ise, özel hukuk ilişkilerinde tarafların irade serbestisinin sınırları açıkça ‘kamu düzeni’ ile belirlenir. “*Özel hukukta kamu düzeni, hukuki işlemlerle aşılamayan veya değiştirilemeyen kurallar bütünüdür ifade eder.*”¹¹⁷ Kamu düzeni kavramının belirsiz niteliği literatür ve mahkeme kararlarında oldukça geniş tartışmalara zemin hazırlamıştır. Bu kavramsal tartışmaların ayrıntısına girmemekle beraber kavrama dair kamu hukuku ve özel hukuk literatürlerindeki yaklaşım farklılıklarına dikkat çekmek gerekir. Konuya kamu hukuku perspektifinden bakan bir

¹¹⁴ “Kanunlar ihtilâfı (yasaların çatışması) yabancı öğeyi taşıyan olaylara uygulanacak devletin yasasını araştırmaktadır.” (Erdoğan Göger, **Devletler Hususî Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1977, s.1) “Milletlerarası Özel Hukuk” kavramı, öncelikle, yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerini yöneten, tekmil maddi hukuk kurallarını ifade eder.” (Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figenmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat, 2013.s.3);

¹¹⁵ Hans Kelsen, **General Theory of Law & State**, Law & Society Series, New Brunswick, N.J: Transaction Publishers, 2006, s. 17-50; Hans Kelsen, **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the “Reine Rechtslehre” or Pure Theory of Law**. Çev: Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 2011 s.69.; Phil Harris, **An Introduction to Law**, 7th ed. Law in context. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2007, s. 4.; Hirsch, Ernst E. **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Çeviren Selçuk Baran Veziroğlu. 3. bs. Ankara: Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 2001s.150.

¹¹⁶ İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, **İcra Hukuku Esasları**. Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5. bası. Yayın 161. İstanbul, Vedat, 2010. s.1 ve 44.

¹¹⁷ Kemal Atasoy, **Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı**, İstanbul: Oniki Levha, 2020, s. 26.

araştırmacı için kamu düzeni daha merkezi bir konum işgal edecektir; zira genel olarak kamu hukuku uygulamasının çekirdeğinde toplumun genel çıkarının gözetilmesi bulunur ve temel hedefi kamu düzeninin tesis edilmesidir.

Kamu hukukunun temel meseleleri arasında, toplumun genel çıkarını korumak ve kamu düzenini sağlamak yer almaktadır. Bu hukuk dalı, devletin topluma karşı üstlendiği rolü ve sorumlulukları öne çıkarır. Kamu hukukunda belirleyici olan, bireysel çıkarlar ile toplumun genel çıkarları arasında dengeye ulaşma çabasıdır. Bu yüzden kamu hukukunun temel hedefi, her bireyin hak ve özgürlüklerini koruyarak genel çıkarları dikkate almak ve kamu düzenini sağlamaktır. Böylelikle, kamu düzeni yasa ve düzenlemeler yoluyla güvence altına alınır ve buna uyum sağlanması beklenir. Kamu düzeni, yasaların, kuralların ve düzenlemelerin uygulanmasını ve vatandaşlarının kendi hak ve özgürlüklerini iyi bir şekilde kullanabildiği bir toplumsal yapıyı gerçekleştirmeyi hedefler.

Bu bağlamda insan hakları meselesi de özel bir önem kazanmaktadır. İflâs hukukunun kamu hukukuyla olan ilişkisi son yıllarda bu alanda insan haklarına ilişkin gerçekleşen kaygılar çerçevesinde de düşünülebilir. Bu alanda insan haklarına ilişkin kaygıların benzer rolü oynamaya devam edeceği söylenebilir. Mülkiyet hakkı, eşitlik ve adil yargılanma gibi insan haklarına ilişkin meseleler gerek borçlu gerekse alacaklı açısından gerçek kişilerin temel insan haklarının iflâs hukuku çerçevesinde korunup kollanması gereken haklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Birleşik Krallık özelinde; 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası'nın kabul edilmesiyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin gereklilikleri ışığında iflâs yasası ve usûlünün işleyişinin kapsamlı bir şekilde gözden geçirilmesini gerektiğine dair kaygılar dile getirilmiştir.¹¹⁸

Benzer bir şekilde Türkiye'de de 2001 yılında gerçekleştirilen kapsamlı Anayasa değişikliği paketi kapsamında, Anayasa'nın 38. maddesine, 4079 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle eklendiği üzere, bir kişinin yalnızca bir sözleşmeden kaynaklanan borcunu ödeyememesi sebebiyle hürriyetinden yoksun bırakılamayacağına dair hüküm güvence altına alınmıştır. Bu düzenleme, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi'ne eklenen 4 no'lu Protokol'ün 1. maddesi ile uyumlu şekilde

¹¹⁸ Moustaira, **International Insolvency Law**, ss. 6-7.

gerçekleştirilmiştir.¹¹⁹ Bu düzenleme, icra ve iflâs hukukunda, cezalandırıcı yaklaşımdan ziyade, insan haklarını koruyan bir yaklaşıma geçişin somut bir tezahürü olarak yorumlanabilir.

Özel hukuk çerçevesinde ele alındığında, kamu düzeni ilkesi, kamu hukukuna kıyasla farklı bir uygulanış ve anlam kazanmaktadır. Bu hukuk dallarının arasındaki söz konusu farklılık, öncelikle sözleşme özgürlüğünün özel hukuk bağlamında temel bir ilke olarak kabul edilmesinden kaynaklanır.¹²⁰ Bu ilke, taraflar arasındaki irade özgürlüğünün ve karşılıklı çıkarların korunmasını kapsar ve bu sebeple özel hukuk sisteminin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu çerçevede kamu düzeni, özel hukukta genellikle istisnai bir konuma sahiptir.¹²¹ Yani, genellikle öncelikli olan ve özel hukukun temelini oluşturan kişilerin irade özgürlüğü prensibine karşın, kamu düzeni ilkesi bu hukuk dalında toplumun genel çıkarlarını temsil eder. Bu genel çıkarlar, belirli durumlarla sınırlı olmak üzere, kişilerin irade özgürlüklerini istisnai olarak kısıtlama gücüne sahiptir. Bu sebeple, özel hukukta uygulanan kamu düzeni ilkesi, her olayın kendine has maddi özelliklerine dayanarak şekillendirilir ve bu çerçevede değerlendirilir. Bir olayın bireysel özellikleri, koşulları ve ortaya çıkan sonuçları, kamu düzeni prensibinin uygulanışını ve gerekliliğini belirler.¹²²

Benzer bir şekilde devletler özel hukuku özelinde de kamu düzeninin istisnai olarak ele alındığını belirtmek gerekir. Üçüncü bölümde ayrıntılı olarak ele alınacağı gibi, kamu düzeni yetkili yabancı kanunları ulusal mahkemelerde uygulanmasını istisnai olarak önleyici bir güce sahiptir. “*Kanunlar ihtilâfı kurallarına dayanarak bulunan yetkili yabancı kanunun uygulanması prensiptir. Yetkili yabancı kanun,*

¹¹⁹ Mustafa Serdar Özbek, “İcra ve İflâs Kanunu’nda Mal Beyanında Bulunma Yükümlülüğünün İhlâli Hâlinde Öngörülen Tazyik Hapsi ve Disiplin Hapsinin Mükerrer Cezalandırma Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı, 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan, s. 2470; 2001 Anayasa Değişiklik Paketine ilişkin bkz.: Levent Gönenç ve Ozan Ergül, “Yaşayan Anayasa: 2001 Yılı Anayasa Gelişmeleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2002, Cilt:1, s.32.

¹²⁰ Öte yandan, 1982 Anayasasının sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. Maddesinde 2001 Anayasa Değişikliğiyle yapılan değişiklikle, sözleşme özgürlüğü tamamen sınırsız hale gelmiştir. Konuyla ilgili eleştiri ve tartışmalar için bkz. Kemal Gözler, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, **Anayasa Yargısı**, 2002, Cilt 19, s.350.; Fahri Erdem, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, 12 Levha, 2019, s.240.

¹²¹ Göger, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 97.

¹²² Atasoy, **Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı**, s. 27.

hâkimin mensup olduğu devletin kamu düzenini ihlâl ettiği ölçüde uygulanmamalıdır.”¹²³

Gerek özel hukukta gerekse kamu hukukunda kamu düzeni ilkesi, bir devletin egemenlik alanının bir yansımasıdır ve bir toplumun temel değerlerini ve yaşamsal yapılarını koruma amacına yöneliktir. Devletin egemenliği, hukuki anlaşmaların ve uygulamaların genel hukuk düzeni ve topluma hâkim olan normlara uygun bir şekilde yönetilmesini sağlar.

Milletlerarası özel hukuk bağlamında, kamu düzeni ilkesi, devlet egemenliğinin uluslararası alanda bir tezahürü olarak düşünülebilir. Bu durumda, kamu düzeni ilkesi, bir ülkenin egemenlik sınırlarını korur. Bir sözleşme, uygulanabilir olduğu ülkenin hukukuna göre hukuken geçerli olabilir ancak eğer başka bir ülkenin kamu düzeni prensibiyle çatışıyorsa, o ülkenin mahkemeleri tarafından geçersiz sayılabilir. Bu, yabancı bir ülkenin hukuk normlarının, diğer bir ülkenin egemen sınırlarına saygı göstermesi gerektiği anlamına gelir. Özetle, kamu düzeni prensibi, hem yerel hem de uluslararası düzeyde bireylerin ve tüzel kişilerin sözleşme özgürlüğünü sınırlar ve genel düzen ile ahlaki değerlerin korunmasını sağlar. Bu aynı zamanda bir devletin egemenliğinin önemli bir ifadesidir.

Bu çalışmanın odak noktasını oluşturan uluslararası iflâs bağlamında tartışmanın kamu hukuku boyutunun daha fazla dikkate alınması gerektiğini belirtmek gereklidir. Aşağıda ayrıntılı olarak tartışıldığı üzere, uluslararası iflâs literatür ve uygulamasında, iflâs hukukunun evrenselliği önündeki en büyük engel ve/veya itiraz, “devlet egemenliği” bağlamında ortaya çıkmaktadır. İflâs hukuku alanında devletler, kendi ülkelerinde bulunan ya da vatandaşları olan alacaklı ve borçluları koruma eğilimi gösterebilir. Bu durum, devletlerin kendi topraklarında yabancı devlet ve kurumların iflâs hukukunun gerektirdiği yaptırımları uygulama yetkisini vermekte de çekingenlik göstermelerine sebep olmaktadır.

¹²³ Göğer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 97.

1.3. İflâs Hukukunun Kendine Özgü Alanı

Avrupa kıtasında, özellikle Roma-Germen hukuk ailesine mensup ülkelerde iflâs uzun bir dönem yalnızca takibin bir aşaması olarak görülmüş ve iflâsa ilişkin kararlar da takip sürecinin bir evresi olarak kabul edilerek iflâs işlemleri cebri icranın bir türü olarak anlaşılmıştır. Farklı hukuk sistemlerinde bu şekilde cebri icra ile iflâsın eşitlenmesi, iflâsın kamu düzeniyle ilişkilendirilerek devletin egemenliği ve ülkesellik yaklaşımı çerçevesinde gerekçelendirilmiştir. Bu çerçevede, yabancı iflâs kararlarına geçerlilik atfedilmemiştir. Türkiye’de de benzer bir yaklaşımdan bahsetmek mümkündür. İİD 1969 yılında vermiş olduğu bir kararında, “*Takip ve muhakeme usûllerine ait kanun hükümleri Devletin hükümlerlik yetkisine ve kamu düzeni düşüncesine dayandıklarından ancak o devletin Millî sınırları içinde uygulanır*” demek suretiyle bu hususun altını çizmiştir.¹²⁴ Benzer bir biçimde, YHGK’ya göre “*cebrî icra her devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkilerindendir. Yine cebrî icra devletin egemenlik ve hükümlerlik haklarının kullanılmasının doğrudan bir sonucudur. O nedenle devletin nüfuz ve iktidarını simgeleyen bir hâkimiyet tasarrufudur.*”¹²⁵ Daha yakın tarihli bir kararında YHGK “*ıflâs davaları, kamu düzenine ilişkin sonuçları olan ve davalı şirketin iflâsına karar verilmesi hâlinde davacı dışında tüm alacaklıları ilgilendiren nitelikte bir davadır. Genel iflâs yoluyla icra takibi, itirazın kaldırılması ve iflâs talebi birbirini izleyen işlemlerden oluşan bir bütün olup, icra takibinin sağlıklı yürütülebilmesi için bu bütünün parçalara ayrılmaması [gerektiğini]*” belirtmiştir.¹²⁶ Bu kararlardan da anlaşıldığı üzere, iflâs ve icra hukuku, devletin egemenlik yetkisinde kalan ve iç içe geçmiş bir alan olarak ele alınmaktadır. Günümüzde bu iki alanın özgü farklılıklarını öne çıkararak yeniden bir değerlendirilme yapılması gerekmektedir. Buraya kadar çizdiğimiz evrimsel perspektif ışığında, iflâs hukukunun icra hukukundan ayrılan yanlarını belirginleştirmek, iflâsı basit bir alacak tahsil mekanizması olarak anlaşılmaktan çıkartıp, uluslararası ticarete oynadığı kritik rolü anlamak bakımından önem taşımaktadır.

¹²⁴ İİD, E.3594, K.6755, T: 19.6.1969

¹²⁵ YHGK. E.1998/12-287 K.1998/325 T: 6.5.1998

¹²⁶ bkz. YHGK. E. 2019/574 K.2021/1710 T: 21.12.2021 içerisinde *obiter dictum*, para.36

1.3.1. Takip Kavramı ve İflâs

Takip hukuku ve iflâs hukuku, kanaatimizce birbirinden analitik olarak ayrıştırılabilecek iki alandır. Takip hukukunun devletin cebri icra yetkisinin uygulandığı ve egemenlik ile kamu düzeni kavramları ile irtibatlandırılabilceği bir alan olarak değerdendirilebileceği söylenebilir. Diğer yandan, iflâs hukuku ise, duruma bağılı olarak borçlar hukuku veya ticaret hukuku ile bağılantılı özellikler taşıyan, çok katmanlı ve kendine özgü bir hukuk dalı olarak nitelendirilebilir.

Bu çerçevede, hukukumuzda İsviçre hukukundan mülhem kullanılan ‘takip’ kavramının¹²⁷, iflâsla ilişkilendirilmesinde önemli bulduğumuz birkaç hususun altını çizmek isteriz. İsviçre hukukunda *Betreibung* ‘takip’ terimi, birel borç takibine istinaden kullanılmaktadır ve o borcun icra ettirilmesi amacına yönelik kuralları ifade etmek için kullanılır. İsviçre’deki icra ve iflâs düzenlemesinin adı da *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (SchKG) yani ‘Borç İçin Takip ve İflâs Hakkında Federal Kanun’dur.¹²⁸ SchKG, birel icranın yalnız para borçları için yapılabilen ilâmsız icra çeşidini düzenlemiştir¹²⁹ ve kanundaki ‘borç takibi’ (*Schuldbetreibung*) kavramıyla özel olarak, hatta yalnız, bu çeşit icra takibi kastedilir.¹³⁰

¹²⁷ “Tâkip hukuku” kavramı İsviçre’de doğmuş ve yerleşmiş bir terimdir. (Blumenstein, 8.1’den aktaran Umar, **Genel Teori**, s.2)

¹²⁸ Tercüme için bkz. Umar, **Genel Teori**, s. 32.

¹²⁹ Federal Anayasa’ya göre para ve teminat alacakları dışındaki ilâmların ne şekilde icra edileceğine ilişkin düzenlemeleri kanton hukuklarına bırakmıştır. (Postacıoğlu ve Altay, **Esaslar**, s. 622; Saim Üstündağ, **İcra Hukukunun Esasları**, İstanbul 2004, s. 354; Umar, **Genel Teori**, s. 33) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Budak, **Kısa Tarih**, ss.189-200.

¹³⁰ İlk kez 1879 yılında hazırlanan ve 1900 yılında yürürlüğe giren mülga Alman İflâs Kanunu ayrı bir düzenlemedir. Kanun 3 kitaptan oluşmakta, ilk kitap ‘iflâs hukuku’, ikinci kitap ‘iflâs usûlleri’ ve üçüncü kitap ‘cezaî hükümler’e yer vermektedir. Kanunun umumi hükümleri barındıran ilk kitabı iflâs masası hakkındaki hükümlerle başlamaktadır. (Necmeddin M., Berkin “Alman İflâs Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri” **İUHFD** 19, sy 1-2,1953, s.161). Alman Medeni Usûl Kanunu’nda ise para alacakları ile konusu paradan başka bir şey olan ilâmların icrası bakımından ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. (Çiğdem Yazıcı Tıktık, “Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası”, **DEÜHFD**, C. 16, Özel Sayı, 2014, ss. 2735-2776, s.2736) 1889 tarihli İsviçre düzenlemesinde ise iflâsın, ilâmsız icra hükümleriyle beraber düzenlenmesi; ilâmlı icraların kanton hukukundaki medeni usûl kanunlarında düzenlenmesinden ve yalnız para borçları için gerçekleştirilebilen ilâmsız birel icranın Federal düzeyde düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Blumenstein, ilâmsız icranın esasen “medeni usûlün bir görünümü” (*ein Surrogat des Zivilprozesses*) olduğunu söyleyerek, icrayı medeni usûlün bir parçası olarak değerdendirip iflâstan ayrı tutmuştur. (Bkz. Blumenstein’dan aktaran Umar, **Genel Teori**, s. 32-33) Buraya kadar anlatılanlara bakacak olursak mehz kanunda, icra ve iflâs arasında bir ayrıma gidilmediği, ilâma dayanmayan para borçlarının Federal düzeyde kodifiye edilmiş olması bakımından bir kanun sistematiğine gidildiği görülmektedir. Kanun 1912 yılında, II. Meşrutiyet esnasında, Huber tarafından, Osmanlı İmparatorluğu’na taşınmış (Bkz. Wood, **Principles**, s.68-69) sonrasında ise Cumhuriyet döneminde yapılan hukuk devriminde benimsenerek, üniter yapıya uyarlanmış, 1929 yılında 1424 sayılı Kanun’la yürürlüğe girmiştir.

Türk hukukunda ise, hukuk devriminden önce, iflâsla ilgili hükümler birel icraya dair hükümlerden ayrı olarak Ticaret Kanunu (Kanunname-i Ticaret) içinde düzenlenmekteydi. Mülga kanun Fransız hukukundan esinlenerek hazırlanmıştır.¹³¹ Bu süreç Avrupa'daki '*ikinci reception*' hareketinin bir parçası olarak görülmektedir.¹³² Nitekim Avrupa'da 1804 tarihli Medeni Kanun (*Code Napoléon*) birçok devlet tarafından az çok değiştirilerek benimsenmiştir.

1926 tarihli Ticaret Kanunu (865 Sayılı Ticaret-i Berriye Kanunu)¹³³, iflâsa ilişkin herhangi bir hükme yer vermeyip Kanunnâme-i Ticaret'in iflâsa ilişkin hükümlerini saklı tutmuştur. Bahsi geçen hükümler 1929 tarihli İİK yürürlüğe girişine kadar yürürlükte kalmış ve bu kanun ile ilga edilmişlerdir.¹³⁴ Bu cihetle, konusu maddi hukuk temelinde ve dar anlamıyla bir işletmenin sona ermesini ele alan iflâs, icra hukuku dışında ve ticaret hukukuyla birlikte düşünmek, '*ikinci reception*' hareketinden mülhem hukuk tarihimizin gelenekleri içerisinde yer alır.

Takip kavramının değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken başka bir husus, 'takip işlemi' teriminin mevzuatımızdaki kullanımına yönelik olacaktır. Bu hususta yapılacak açıklamalar, yasa koyucunun icra ve iflâs müesseselerini ele alırken 'takip işlemi' kavramıyla ne ifade etmek istediğini anlamamıza yardımcı olabilir. Yürürlükteki mevzuat incelendiğinde, tespit edebildiğimiz kadarıyla, 'takip işlemi' kavramına iki maddede yer verilmektedir. İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan bu hükümlerden dikkate değer olan ve '*ödeme emrine itirazın süresi ve şekli*' kenar başlığıyla düzenlenen 62. maddenin 3. fıkrası, tebligat adresi karinesine yer vermektedir. Fıkradan anlaşılabacağı üzere, 'takip işlemi' kavramıyla, icra dairesinin gerçekleştireceği işlemler kastedilmektedir.¹³⁵ Diğer hüküm ise 2004 sayılı Kanun'un zaman yönünden uygulamasına ilişkin izahat içeren geçici madde 2'dir. Keza burada

¹³¹ 1850 tarihli Kanunnâme-i Ticaret, 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nun tercüme edilmesi yoluyla hazırlanmıştır (Umar, **Genel Teori**, ss. 84-85). Mülga kanunun 147-315 maddeleri arasında kalan hükümler iflâsa ilişkindir (Yeşilırmak, **Uluslararası Hukukta İflâs**, s.11).

¹³² Budak, **Kısa Tarih**, s.76

¹³³ R.G.406 28/06/1926. Kabul Tarihi: 29/05/1926

¹³⁴ Umar, **Genel Teori**, s.88

¹³⁵ İİK md. 62/f.3: "Borçlu veya vekili, dava ve takip işlemlerine esas olmak üzere borçluya ait yurt içinde bir adresi itirazla birlikte bildirmek zorundadır. Adresini değiştiren borçlu yurt içinde yeni adres bildirmediği ve tebliğ memurunca yurt içinde yeni adresi tespit edilemediği takdirde, takip talebinde gösterilen adrese çıkarılacak tebligat borçlunun kendisine yapılmış sayılır."

da ‘takip işlemi’ kavramıyla mezkûr dairelerin işlemlerini anlamak gerektiği görülmektedir, zira aksi bir yorum hukuk güvenliği ile bağdaşmaz.¹³⁶ Öte yandan, yürürlükteki 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda, ‘takip işlemi’ kavramına yer verilmemekte, takip kavramı ‘icra takibi’ olarak ya da ‘iflâs yoluyla takip’ olarak kullanılmakta ve takipli iflâsa atıf yapılmaktadır.¹³⁷ Yine, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 254 ve 276. maddelerinde ‘icraen takibat ve iflâs tariki’ kavramına yer verilmiştir. Kavram günümüz Türkçesine ‘icra takibi ve iflâs yolu’ olarak çevrilebilir. Burada da kanun koyucu takip kavramına başvururken icra takibine ve takipli iflâsa atıfta bulunmaktadır.

Bu başlık altında ayrıca, 18.2.1965 tarih ve 538 sayılı Kanun’la, İcra ve İflâs Kanunu’na getirilen büyük reformda yer alıp 2004 sayılı Kanun’a işlenmeyen Geçici Madde 2/f.2’yi değerlendirmek gerekebilir. Fıkıradaki, “*iflâs yolu ile yapılan takiplerde iflâs kararının kesinleşmesine kadar geçen devre birinci safha; müteakip devre ikinci safha sayılır*” denilmektedir. Gerekeşi tespit edilemeyen mezkûr maddenin lafzı göz önünde tutulduğunda,¹³⁸ yasa koyucunun iflâsı iki aşamada ele alırken; iflâs takibinin kesinleşmesine kadarki süreci iflâsın tahkikat aşaması olarak ele aldığı; kolektif usuller çerçevesinde alacakların nasıl ve ne oranlarda tatmin edileceğine karar verildiği müteakip aşamayı ayrı tuttuğu söylenebilecektir. Borcun varlığı ve miktarının tahkik edildiği ilk aşama, tipik olarak iflâs hukuku kapsamına giren bir mesele değildir. Öte yandan, ikinci aşamada ele alınan meseleler iflâs hukukunun kapsamını belirlemektedir. İflâsın mezkûr maddede yer aldığı biçimiyle iki aşamalı değerlendirilmesi, bu çalışmada iflâsı, medeni usûl ve icra hukukundan ayrı değerlendirmeye çalıştığımız yaklaşımla da uyumludur.

İflâs hukukunu, medeni usûl ve icra hukukundan ayırıştırarak kendi özgün alanını tespit edebilmek maksadıyla, takipli iflâstan başlayarak ana hatlarıyla iflâs işlemlerini değerlendirmek, özgün bir iflâs hukuku kavrayışımızın güçlenmesine katkı sunabilir. Hukukumuzda iflâs yoluyla takipte öncelikle borçlunun temerrüdü sebebiyle borç

¹³⁶ İİK geç. md. 2: “*Bu Kanunun ilgili hükümlerinin yürürlüğe girdiği tarihten önce başlatılan takip işlemleri hakkında, değişiklikten önceki hükümlerin uygulanmasına devam edilir.*”

¹³⁷ ‘İcra takibi’ için bkz. TBK 121, 154, 157, 342, 451 maddeleri ve ‘iflâs yoluyla takip’ için bkz TBK md. 342

¹³⁸ 18.2.1965 Tarih ve 538 Sayılı Kanun’un hazırlık çalışmaları ve kabulü hakkında bkz. Umar, **Genel Teori**, ss.155-157.

alacaklı tarafından takibe alınmakta, sonrasında takip borçlusu iflâs tehdidiyle tazyik edilmektedir. İflâs takibi (ya da takipli iflâs) iki aşamalı bir süreçtir.¹³⁹ İlk aşama, alacaklının tekil borcu takibe koymasıyla başlar, sonucunda mahkeme tarafından verilen ödeme emri borçluya borcunu ifa etmesini buyurur. Esasen takip kurumu, borçlunun bu noktada yapacağı itirazların da değerlendirilmesinin¹⁴⁰ ardından sona ermektedir.¹⁴¹ Zira bu noktaya kadar sürdürülen işlemler tekil bir borcun icrasına yöneliktir. Ödeme emri ya da depo kararı sonucunda borçlu borcunu öder ya da mahkeme veznesine depo ederse alacak tatmin edilmiş olur, takip sona erer.¹⁴² İflâs, esasen borçlunun borcunu ödememesi/ödeyememesi sonucunda takibin kesinleşmesinden sonra gerçekleşen işlemleri konu alır. Zira iflâsın temelini oluşturan kolektiflik ilkesi bu noktadan sonra hukuki görünüm kazanmaya başlayacaktır.¹⁴³ Alacaklı artık sadece kendi alacağı bakımından yapabileceği tazyikin sınırına gelmiştir. Zira takip sonucu borcunu ödemeyen borçlu hakkında artık bir âciz karinesi, âciz varsayımı söz konusu olmaktadır.¹⁴⁴ Borçlu vadesi gelen borçlarını ödeyememekte ve iflâsa sürüklenmektedir. Alacaklı, başlattığı takibin sonucunda gelen ödeme emriyle takibini durdurabilir, yahut takip yolunu değiştirebilir,¹⁴⁵ iflâs isteminde bulunma zorunluluğu yoktur.¹⁴⁶ Borçlusunun mallarını ihtiyaten haczettiren alacaklının iflâs isteme zarureti bu genel kuralı değiştirmez.¹⁴⁷ Alacaklının tasarruf yetkisinin tükendiği yer, iflâs isteminde bulunduğu¹⁴⁸ ve mahkemenin âciz varsayımı

¹³⁹ Bkz. yukarıda 18/2/1965 Tarih ve 538 sayılı Kanunun geçici md. 2/f.2 ile ilgili açıklamalar

¹⁴⁰ İtirazın iptali davası

¹⁴¹ Bkz. mefhumun muhalifinden benzer yönde Özbek, **İflâs Davası**, s. 243: “[...] alacaklının istemiyle doğrudan doğruya iflâsta davalı [...] takip borçlusu değildir; zira ortada bir takip yoktur”; farklı yönde bkz. Postacıoğlu ve Altay, **Esaslar**, s. 21 “*“iflâs davası, takibin bir hadisesini teşkil eder ve İİK uyarınca basit yargılama usûlü çerçevesinde, duruşmalı olarak görülmesi gerekir.”*”

¹⁴² BK md. 131.

¹⁴³ İİK md. 158/f.1(son)

¹⁴⁴ Takipli iflâsta mahkemenin ödeme emrine uyulmaması sonucu verilen iflâs kararı borçluyu cezalandırma amacı taşımaz. Öte yandan, borçlunun ödeme emrini yerine getirmemesi, âciz hali hakkında fiili karine teşkil eder.

¹⁴⁵ İİK md.43/f.2.

¹⁴⁶ İİK md. 156/f.1; ayrıca Bkz. Kırtıloğlu, **İflâs Davası**, ss. 77-78

¹⁴⁷ İİK md. 267; İstisnanın amacı alacaklıların haciz yoluyla borçluların malvarlığını keyfi olarak kontrol altına almasını ve diğer alacaklıların zararına tek taraflı hareket etmesini engellemeye yöneliktir.

¹⁴⁸ Alacaklı iflâs istemini ödeme emrine itirazın kaldırılması talebiyle birlikte yapmak zorunda değildir. Ayrı bir dilekçeyle yapılabilir. Bu istemini iflâs kararına kadar geri de alabilir. Ancak geri alabileceği yahut geri alıp istemini sonradan tekrar yenileyebileceği (İİK md.157) sınır iflâs kararına kadardır.

üzerine borçlunun iflâsına karar vereceği yerdir.¹⁴⁹ Birçok hukuk sisteminde olduğu gibi Türk hukukunda da ‘vadesi gelen borçlarını ödeyememe’ durumu borçlunun acizlik haline işaret eden bir tetiktir. Doğrudan doğruya iflasta olduğu gibi takipli iflâsta da ödeme emri sonucunda borcunu ödemeyen borçlunun acizlik durumu hakkında karine teşkil edecektir. Diğer alacaklıların iflâsa engel olmak için bu fiili karineyi çürütmesi gerekmektedir.¹⁵⁰

Burada takibin sonunda iflâs isteminde bulunan alacaklının kullandığı hak, borç ilişkisinden edim yararı sağlayan birinci derecede bir hak, nispi bir hak talebi değildir. Alacaklının kullandığı hak, tali nitelikte, ikinci derecede, düzenleme amaçlı, borçlunun hukuk alanını etkileyen, yenilik doğuran bir haktır. Dilekçeyle yapılan istemin şekli ilgilisi, artık maddi ilgili değildir, iflâs isteminde sübjektif olarak koruma talep edilen bir hak yoktur, alacaklı sadece başvuran konumundadır. Başvuru yenilik doğurmayı amaçlar. Bu noktada alacak hakkında açılmış olan menfi veya müspet tespit davaları da artık iflâs kararı bakımından bekletici mesele yapılamaz.¹⁵¹ Mahkeme iflâs şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakacaktır. Duruşmada kısa kararla verilen hüküm sonrası daha geniş bir paradigmaya geçilir,¹⁵² kolektiflik ilkesi bundan sonra gerçekleştirilecek işlemlere hâkim hale gelir. Karar kurucu niteliktedir.

Alacaklı kısa kararla birlikte tasarruf yetkisini yitirir. İflâs kararı daha sonra kesinleşecek olsa da alacaklı artık iflâs isteminden feragat edemez.¹⁵³ Alacaklı *mahkûm ikilemi* problemine¹⁵⁴ son vermiştir. Kısa kararla birlikte borçlu hakkında başlayan diğer takipler de duracak, iflâsın kesinleşmesiyle bu takipler düşecektir.¹⁵⁵ İflâs kararının kolektif sonuçları, iflâs takibinin sebebi olan tekil alacağı kapsayarak aşmıştır. Hatta iflâs talebinden feragat edemediği için alacaklıya yabancılaşmıştır. Yabancılaşma alacak bakımından, alacağın tatmin edilme noktasında da ölçülebilir. Zira ilk başta borçluya yönelen alacaklının takibe koyduğu alacağı, artık iflâs masası

¹⁴⁹ İİK md. 156/f.3.

¹⁵⁰ İİK md. 158/f.1.

¹⁵¹ Postacıoğlu, “Esaslar”, s. 27; İİK md. 68/f.4.

¹⁵² İİK md. 165/f.1 ve Tic.Sic.Niz. md. 49/f.1. (Bu konuda bkz. Özbek, **İflâs Davası**, s. 222.)

¹⁵³ İİK md. 165/f.2. Karşılaştırınız HMK md. 310.

¹⁵⁴ Bkz. yuk 1.2.4.

¹⁵⁵ İİK md. 193.

tarafından tatmin edilmeyebilir¹⁵⁶. Alacaklı, kendi alacağından doğan talep hakkını artık borçluya yöneltmemektedir.¹⁵⁷ Alacaklının sürdürdüğü takip sona ermiştir. İcra hukukundaki ‘öncelik prensibi’, yani önce gelen önce alır ilkesi, iflâs hukukunda görünüm kazanmaz. İflâs hukukunda tanınan öncelikler¹⁵⁸ objektiftir. Alacaklı başta takibe koyduğu alacağını bundan sonra iflâs usûlleri aracılığıyla ve ‘alacaklıların eşitliği’ prensibi ve paylaşırma kuralları çerçevesinde iflâs masasına yöneltecektir.¹⁵⁹

İflâsı açan merasim sonrasında olacaklar, artık borçlunun¹⁶⁰ hüküm altına alınan ödeme acziyle ilgilidir. Borçlu tarafından; bilançosunun¹⁶¹ borca batık (mutlak)

¹⁵⁶ İİK md. 207

¹⁵⁷ Alacak sıra cetveline işlenerek masadan talep edilecektir. Tatmin edilemeyen kısım için verilen acz vesikası (İİK md. 251) sicile tescil edilerek (İİK md. 143/f.1) senet kudreti kazanır (İİK md. 143/f.2). Her ne kadar gerek mehz SchKG md. 149/f.2’de gerek İİK’da gerekse doktrinde vesikanın borç ikrarını içeren bir senet sayılması gerektiği konusunda yaygın kabul olsa da Yargıtay vesikanın maddi hukuk bakımından borç ikrarı anlamına geldiğini kabul etmemektedir (Bkz. HGK 4.12.1957 E: 85, K: 86) (Bkz. Talih Uyar, “**Takip Hukukunda Borç Ödemeden Âciz Vesikası**”, TBB Dergisi, 2007, S. 70, s. 350 ve eşlik eden dipnotlar).

¹⁵⁸ İİK md. 206.

¹⁵⁹ İİK md. 237 vd.

¹⁶⁰ Tacir statüsünün önemli sonuçlarından biri, iflâsa tabi olmaktır. Ticaret Kanunu’na göre tacir olarak kabul edilen veya tacir hükümlerine tabi olan gerçek veya tüzel kişiler iflâsa tabi olurlar (TTK md. 12). Ayrıca, tacir olmamalarına rağmen özel kanunlarca iflâsa tabi oldukları belirtilen kişiler de iflâsa tabi olabilirler (İİK md. 43). Bir gerçek kişinin iflâsının talep edilmesi durumunda, mahkeme, gerçek kişinin iflâsa tabi olup olmadığını inceleyecektir. İctihada bakıldığında, birden çok anonim ortaklığın yöneticisi olan kişilerin tacir kabul edileceğine yönelik görüşler belirtilmiştir. Benzer şekilde, birden fazla şirketin yöneticisi olan bireyler de tacir olarak değerlendirilmiştir. Sanayici sıfatıyla iş adamı derneklerine üye olan kişilerin tacir sayılacağına dair kararlar da bulunmaktadır. Ticaret odalarında yöneticilik yapan bireylerin de tacir olarak kabul edilmesi bu geniş yorumun bir başka örneğidir (Yargıtay 19. HD., E. 2000/5828 K. 2000/7383 T. 02.11.2000, İstanbul BAM 17. HD., E. 2019/1077 K. 2019/1997 T. 7.11.2019). İctihada göre bir kişinin eylem ve söylemleri tacir sıfatını uyandırıyor, bu kişinin tacir olarak kabul edilmesinin yanlış olmayacağı sonucuna ulaşılabilir. Dolayısıyla, tacir sıfatı, yalnızca ticari işlemlerle sınırlı olmayıp, kişinin ticaret hayatındaki genel konumu ve faaliyetleri tarafından da belirlenebilecektir.

¹⁶¹ Sermaye şirketlerinin doğrudan doğruya iflâsında maddi acizlik halini, yani pasifinin aktifini aşması gerektirmektedir. İİK md.179’da iflâs eşiği; “*aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre borca batık olması*” olarak belirtilmektedir. Birlikli olarak yapılan incelemede rayiç değerli bilanço hesaplanırken, şirket varlıklarının ve yükümlülüklerinin gerçek piyasa değerini yansıtacak şekilde, çok yönlü bir inceleme yapılmaktadır. İncelenen unsurlar, şirketin ve iştiraklerinin taşınır ve taşınmaz varlıklarının muhtemel satış fiyatlarına dayalı rayiç değerlerini içerir. Özellikle, şirketin taşınır varlıklarının, kendisine ve iştiraklerine ait taşınmazların ve marka değerlerinin piyasada olası bir satış durumunda elde edilebilecek fiyatlar üzerinden değerlendirilmesi esastır. Bilanço kalemlerinde yer alan kasa hesabındaki nakit miktarları, bankalardaki kaydi değerler ve alınan çekler gibi likit varlıklar, şirketin anlık finansal durumunu yansıtır. Kamu kesimi tahvil, senet ve bonoları gibi yatırım araçlarının rayiç değerleri de bu analizde yer alır. Bu değerler, genellikle piyasa koşullarında ne kadarlık bir değere dönüştürülebileceği üzerinden hesaplanır. Şirketin malî yapısını anlamak için özel maliyetler, amortismanlar ve bekleyen hak edişler gibi malî unsurlar da önem taşır. Bu kalemler, şirketin uzun vadeli malî sağlığını ve varlıklarının kullanım değerini gösterir. Ayrıca, ortaklara ve personele olan borçlar ile sipariş avansları, depozito ve teminatlar gibi yükümlülükler, şirketin gelecekteki nakit akışlarını

olması¹⁶² yahut aktifinin yarısını bir haciz sonucu yitirmesi ve vadesi gelmiş ve bir yıl içinde gelecek olan borçlarını da bu vadeye kadar ödeyemeyecek durumda olması sebebiyle;¹⁶³ ya da alacaklı veya borçlunun ihtiyari başvurusu sonucunda doğrudan doğruya iflâs¹⁶⁴ ettirilmesiyle temelde bir farkı kalmamıştır.¹⁶⁵ Acizlik durumunun tahkik edilmesi sonucunda verilen iflâs kararı bir paradigma değişimi yaratmıştır.¹⁶⁶ Borçlu hakkında verilen iflâs hükmü, müflisin tüzel kişiliğinin, taraf ehliyetinin tükenmesine sebep olmuş, borçlunun yönetim organının temsil yetkisi de buna bağlı olarak tükenmiştir. İflâsın açılması ise tüzel kişilikten yoksun *sui generis* bir mal topluluğu oluşturmuştur.¹⁶⁷ İflâs masası (*masse*) olarak anılan bu mal topluluğunun tüzel kişiliği bulunmasa da hukukumuzda göre davada taraf ehliyeti bulunmaktadır.¹⁶⁸

etkileyebilecek önemli faktörlerdir. Gider tahakkukları ve vergiler gibi yükümlülükler, şirketin operasyonel etkinliğini ve finansal yükümlülüklerini yansıtır. Diğer durağan varlıkların rayiç değerleri, şirketin uzun vadeli varlık portföyünün kapsamını ve değerini gösterir. Tüm bu unsurların kapsamlı bir değerlendirmesi, gerçekçi ve piyasa koşullarına uygun bir rayiç değerli bilanço oluşturmanın temelini oluşturur. Bu bilanço, şirketin mali durumunun şeffaf ve doğru bir analizini sağlamak ve acizlik halini tespit etmek için kullanılır. (Bilirkişi raporu değerlendirilerek ele alınan kriterler gizlilik gereği yazarın uhdesindedir.)

¹⁶² İİK md. 43 ve İİK md. 179 ile bkz. TTK md. 376/f.3, TTK md.73, TTK md. 397, 398 kıyasen TTK 634 ve TTK md. 124.

¹⁶³ İİK md. 178 f.3.

¹⁶⁴ İİK 177 ve İİK 178/f.1 ayrıca bkz. Kuru, **El Kitabı**, s. 948; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, **İcra ve İflâs**, s. 614.

¹⁶⁵ Kıyasen bkz. Koop. K. md. 63; Bank. K. md. 106/f.3 atfıyla Bank.K. md. 71; SPK md. 32 atfıyla SPK md. 33/f.1(a); SPK md. 46/f.1 atfıyla SPK md. 37/f.2; SPK md. 39; SPK md. 97/f.1.

¹⁶⁶ Kanaatimizce, şekli iflâs sisteminin benimsendiği hukukumuzda iflâs kararı için gerçek acizlik halinin ispatı gerekmesi de acizlik karinesini gerekli kılmaktadır. Âcizlik karinesi takipli iflâsta fiili karine, ihtiyari iflâsta adi karine, maddi iflâsta kanuni faraziye görünümünde olacaktır.

¹⁶⁷ İİK md.184; Ejder Yılmaz, **İflâs İdaresi**, Ankara 1976, s.51 vd.

¹⁶⁸ TMK'ya göre, tüzel kişiliği olmayan topluluklar ne davacı ne de davalı olarak kabul edilebilir. (Mustafa Reşit Belgesay, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 1: Teoriler**, İstanbul: Duygu Matbaası ve Şaka Matbaası, 1950, s. 123) Bu genel kural, adi şirketler, miras şirketleri, donatma iştirakleri ve iflâs masaları gibi tüzel kişiliği olmayan mal toplulukları için geçerlidir. Öte yandan, iflâs masasının durumu ise bu genel kuralın bir istisnasını oluşturur. İflâs masası, özel bir mal topluluğu olarak tanımlanır ve tüzel kişiliği olmamasına rağmen, davalarda taraf ehliyetine sahiptir. Bu özellik, iflâs masasını tüzel kişiliği olmayan diğer topluluklardan ayırır ve ona *sui generis* (kendi türünde tek) bir statü kazandırır. (Bkz. Kuru, **Şerh**, C.I, s. 1025) Ayrıca bkz.: “[...] hakkında iflâs kararı kesinleşen şirket, davada taraf olma ehliyetini yitirmiş olup, yerine iflâs masası geçmiştir. İflâs masasına dava dilekçesi ve davetiye tebliği olunarak taraf oluşumu sağlandıktan sonra için esasının incelenmesi gerekirken bu yön göz ardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi usûl ve yasaya aykırıdır [...]” (Y.21.HD. E.2003/12100 K.2004/1165 T:17.2.2004). Aksi yönde bkz. Sezin Aktepe Artık, **Medeni Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Seçkin, 2014. s. 134'den aktaran Ayşe İpek Sarıöz Büyükalp, “Milletlerarası Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı”, **Doktora Tezi: Galatasaray Üniversitesi**, 2017, s. 93: “Usûl hukukumuz uyarınca, tüzel kişiliği bulunmayan adi şirket, iflâs masası, miras şirketi, kat mülkiyeti birliği gibi toplulukların taraf ehliyetinin olmaması da bu kapsamda değerlendirilmektedir.”

Tüzel kişiye benzeyen bir hukuk süjesi olan iflâs masası, yine tüzel kişiliği olmasa da özel bir iflas organı¹⁶⁹ olarak kanuni mümessili olan ve dava takip yetkisini¹⁷⁰ haiz iflâs idaresi aracılığıyla temsil edilecektir.¹⁷¹ Bu mal topluluğunun nasıl yönetileceğine ise yine tüzel kişiliği olmayan, alacaklıları veya borçluyu temsil etmeyen,¹⁷² alacaklılar toplanması aracılığıyla karar verilecektir. Ancak iflâs kararı kesinleşmeden, varsa konkordato talebini değerlendirecek¹⁷³ olan, masa mallarının tasfiyesine yönelik kararları verecek olan¹⁷⁴ ikinci alacaklılar toplanması gerçekleştirilemeyecektir.¹⁷⁵

İflâsın dar anlamında karşımıza çıkan tasfiye usûllerinde süreç temel hatlarıyla bu şekilde işlemektedir. İflâs davasını takibin bir aşaması yahut iflâsı takip hukukunun bir enstrümanı olarak değerlendirirken, kanaatimizce iflâsın sebepleri ile iflâs sonucu arasındaki bu özgün farklılığı gözden kaçırmamak, takip kavramının tekil bağlamıyla, iflâsın kolektif karakterine dikkat etmek gerekmektedir.

1.3.2. İflâsta Gözetilen Kamu Yararı Düşüncesi

Medeni usûl hukuku ile maddi hukuk arasındaki ilişki, maddi hukuk tarafından tanımlanan subjektif hakların korunmasını ve ihlal durumlarında bu hakların yargısal faaliyetle icrasını konu alır. Maddi hukuk, bireylerin haklarını ve bu hakların ihlali hâlinde uygulanacak yaptırımları belirlerken, medeni usûl hukuku hak ihlallerinin tespiti, adil yargılamayı sağlayacak usûllerin yönetilmesi ve gerekli durumlarda cebri icranın sağlanması gibi görevleri üstlenir.¹⁷⁶ Bu iki hukuk dalının etkileşimi, sosyal

¹⁶⁹ Burada iflas idaresinin tüzel kişiliği olmadığı için organ kavramı teknik anlamda kullanılmamaktadır. Özel bir iflas müessesesi olan iflas idaresi için doktrinde yaygın olarak ‘organ’ nitelemesi kullanılmakta, bunun dışında ‘forum’ nitelemesine de başvurulmaktadır. (Erdönmez, **Alacaklılar Toplanması**, s.29). Masayı adi tasfiyede iflâs idaresi, basit tasfiyede iflâs dairesi temsil eder. (Y.19HD. E. 2004/13006, K. 2005/2165, T: 03.03.2005).

¹⁷⁰ Kuru, **Konkordato**, s.280 vd.; Üstündağ, **İflâs**, s. 129.

¹⁷¹ İİK md. 226.

¹⁷² Erdönmez, **Alacaklılar Toplanması**, s.25-26.

¹⁷³ İİK md. 237/f.2

¹⁷⁴ İİK md. 238

¹⁷⁵ İİK md. 164/f.3.

¹⁷⁶ H. Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, **Medeni Usûl Hukuku Esasları**, İstanbul, Beta, 2011, s. 5; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, **Medeni Usûl Hukuku**, 14. bs, Ankara: Yetkin, 2013, s. 49-50.

barışın yeniden tesis edilmesi ve hukuk düzeninin korunması açısından kritik öneme sahiptir. Zira, etkin bir medeni usûl hukukunun bulunmaması, maddi hukuk tarafından tanınan hakların pratikte anlamını ve etkisini kaybetmesine yol açabilir. Bu nedenle, her iki hukuk dalı birbirini tamamlayıcı ve destekleyici bir rol oynar. Maddi hukuk, bireylerin haklarını tanımlama görevini üstlenirken, bu hakların yargısal olarak tespiti, korunması ve ihlallerinin giderilmesi süreci, medeni usûl hukuku ve bunun bir uzantısı olarak görülen icra hukuku tarafından yürütülür. Hak ihlalleri söz konusu olduğunda, maddi hukuk tarafından tanımlanan hakların ihlal edildiğinin medeni usûl hukuku yoluyla belirlenmesi gerekmektedir. Bir hakkın ihlali, yargı makamları tarafından resmi olarak tespit edilene kadar, hukuk düzeni tarafından korunmaya ihtiyaç duymaz. Bu durum, hukuk devletinin temel bir prensibidir. Hak ihlalinin yargı organları tarafından tespit edilmesinin ardından, devletin bu hakkın yerine getirilmesini sağlaması gerekmektedir.¹⁷⁷

Maddi hukuk tarafından tanınan bir hakkın somut bir olayda ihlal edildiğinin belirlenmesi, medeni usûl hukukunun geçerli kuralları çerçevesinde yapılacaktır. Bu tespit sonrasında, ihlale karşı alacaklının korunması ve haklarının temini, icra hukukunun sorumluluk alanına girer. Alacaklı, öncelikle haklarının tespiti amacıyla mahkemeye başvuracak ve yargı kararı elde edecektir. Borçlu bu kararı kendi isteğiyle yerine getirmese, alacaklı devletten haklarının korunması ve icra edilmesi için hukuki yardım talep edebilir. Bu talep üzerine, devletin ilgili organları harekete geçerek borçlunun borcunu yerine getirmesini sağlayacaktır. İlâmsız icra ise, hak arama sürecinin bir istisnası olarak kabul edilir ve icra hukuku sistemi içindeki özel konumu ve bu konumun doğurduğu sonuçlar, sistemin özüne dahil olmadığını gösterir.¹⁷⁸

Medeni usûl ve icra hukukunun her ikisinin de, maddi hukuk gibi ekonomik kamu düzenini doğrudan hedeflemeyip, bireylerin haklarının korunması ve temini üzerine odaklandığı açıktır.¹⁷⁹ Bu bağlamda, maddi hukuk tarafından tanımlanan hakların, medeni usûl hukuku kurallarıyla somut olaylar kapsamında tespit edilmesi ve sonrasında icra hukuku kuralları aracılığıyla bu hakların yerine getirilmesi süreci gerçekleşir. Bu süreçler, ‘maddi gerçeğin ortaya çıkartılması ve sübjektif hakların

¹⁷⁷ Pınar Çiftçi, **İcra Hukukunda Menfaat Dengesi**, Adalet, 2010, ss. 46-47 (Menfaat Dengesi).

¹⁷⁸ Çiftçi, **Menfaat Dengesi**, ss. 46-47.

¹⁷⁹ Çiftçi, **Menfaat Dengesi**, s. 47.

tanınması ve sağlanması' gibi ortak amaçlara hizmet eder ve bu iki hukuk dalı arasında birçok ortak özellik bulunur. Özellikle, aynı amaçlara hizmet eden bu hukuk dallarında hüküm süren bazı temel ilkeler ortaktır. Öte yandan iflâs hukukunda, ekonomi hayatının düzenlenmesi açısından önemli bir role sahiptir ve ekonomik kamu gücünün etkisi bu alanda daha belirgindir.¹⁸⁰

Hukuk düzeni ile ekonomik düzen arasındaki ilişki de göz ardı edilemez ve bu ilişki, özellikle icra hukuku açısından farklı bir önem taşır. İcra hukukunun uygulanışı, ekonomik düzenin işleyişi üzerinde önemli etkiler yaratabilir ve bu etkileşim, hukuki ve ekonomik sistemlerin birbirleriyle olan karmaşık ilişkisini gösterir. Bu çerçevede, medeni usûl ve icra hukukunun işleyişi, sadece bireysel hakların korunması ve teminiyle sınırlı kalmayıp, geniş anlamda ekonomik ve sosyal düzenin sağlanmasına da katkıda bulunur.¹⁸¹ İcra hukukunun ekonomik düzen üzerindeki etkisi göz ardı edilemez. Örneğin, bankacılık sektörü gibi ekonomik düzenin önemli bir parçasını oluşturan alanlarda yaşanan krizler, hem İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan yasal değişiklikler şeklinde hem de uygulamadaki tahsil sürecinde doğrudan etkiler yaratmıştır.¹⁸² Bu etkiler, icra hukukunun ekonomik düzenin geniş çerçevesi içinde yer aldığını ve bu alandaki dinamiklerden etkilendiğini göstermektedir.

İcra hukuku, ekonomik kamu düzeninin etkisi altında işlemekle birlikte, iflâs hukuku gibi doğrudan ve birincil bir ilişkisi olmadığı görülmektedir. 19. yüzyılda yaşanan gelişmeler sonucu iflâs hukuku sistemlerinin yeniden değerlendirilmesi, iflâs hukukunun amacının da yeniden gözden geçirilmesine neden olmuştur. Modern anlayış, iflâs durumundaki tacirlerin ve onların işletmelerinde çalışan işçilerin ekonomik faaliyetlerinin sonlandırılmamasını, işletmelerin yeniden yapılandırılması yoluyla sürdürülebilir kılınmasını hedeflemektedir.¹⁸³ Bu bağlamda, iflâs hukukunun amacı, taciri ve onun ticari işletmesini ayakta tutarak ekonomik kamu düzeninin devamlılığını sağlama yönünde evrilmiştir. Bu amaç, tacirin menfaatlerinin korunmasını önemli bir hedef haline getirmiştir. Ancak, bu yaklaşımın icra hukukunda

¹⁸⁰ Ejder Yılmaz, Cumhuriyetimizin Yetmişbeş Yılında Hukuk Usulü ve Muhakemeleri Kanunu'nda ve İcra ve İflâs Kanunu'nda Ortaya Çıkan Gelişmeler, **TBB Dergisi**, 1998/3, 871-886, ss. 882-884. (75. Yıl)

¹⁸¹ Çiftçi, **Menfaat Dengesi**, ss. 47-48.

¹⁸² Ali Cem Budak, İcra ve İflâs Kanunu'nda Borçlu Aleyhine Yapılan Değişiklikler, 1991, **Marmara Journal of European Studies**, 313-338, s.320

¹⁸³ Hakan Pekcanitez, "İflas, İflas mı Ediyor?", **Hukukî Perspektifler Dergisi**, 2004, S. 1, s. 50-51.

aynı şekilde ve doğrudan geçerli olduğunu söylemek zordur. İcra hukukunun amacı, iflâs hukukunun bu doğrudan ve ekonomik kamu düzenine odaklı yaklaşımını yansıtmamaktadır. İcra hukuku, esas olarak alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin yeniden kurulmasına odaklanır, borçlusundan alacağını tahsil edemeyen alacaklının, devletin zorlayıcı gücüyle alacağını tahsil etmesini sağlar, böylece adaletin yeniden tesis edilmesine katkıda bulunur. Bu çerçevede icra hukukunun, ekonomik kamu düzeninin devamlılığını hedeflediğini söylemek güçtür.¹⁸⁴

İcra hukukunun, medeni usûl hukukunun bir parçası olarak kabul edilmesi, hak arama ve hukuki dinlenilme hakkının teminatı açısından büyük önem taşır ve bireylerin, kurumların hak arama sürecinde yaşanabilecek engellerin aşılmasında ve hukuki çözüm yollarının etkin biçimde işletilmesinde temel bir rol oynar. Diğer yandan, icra hukukunu sadece cebri icra mekanizmaları ile sınırlı olarak düşündüğümüzde, devletin zor kullanma tekelinin, maddi hukuk normlarının etkin uygulanmasını garanti altına alarak devletin meşruluğunu perçinlediği görülür. Bu bağlamda, icra hukukunun, adaletin tesisinde kritik bir rol oynadığı açıktır.

Ne var ki yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, icra hukukunun adaletle olan ilişkisi, ekonomik kamu düzeninin sağlanması noktasında tacirlerin ve sermayenin korunmasına yönelik hedefleri tam anlamıyla karşılamamaktadır. İcra hukuku, alacaklının haklarını koruma ve borçlunun yükümlülüklerini yerine getirme arasındaki dengeyi sağlama eğiliminde olsa da bu yaklaşım İflâs hukukunun korumayı amaçladığı kamu yararıyla tam bir örtüşme göstermez. İflâs hukuku, özellikle ekonomik krizlerde işletmelerin yeniden yapılandırılmasına ve sürdürülebilirliğine odaklanırken, icra hukuku daha çok bireysel alacak ve borç ilişkilerinin çözümüne yöneliktir. Dolayısıyla, icra ve iflâs hukukunun sahip oldukları ‘kamu düzeni’ anlayışları ve bu düzenleri koruma yaklaşımları arasında belirgin bir ayrışma bulunmaktadır.

¹⁸⁴ Yılmaz, **75. Yıl**, ss. 882-884; Çiftçi, **Menfaat Dengesi**, ss. 46-47.

2. ULUSLARARASI İFLÂS: KAVRAMSAL VE TEORİK ÇERÇEVE

2.1. Uluslararası İflâs Kavramı

‘Uluslararası iflâs’ kavramı, borçlunun birden fazla ülkede faaliyet gösterdiği, borçlunun yerli olduğu buna karşın alacaklıların yabancı ülkelere bulunduğu veya borçlunun yabancı, alacaklıların yerli olduğu, ya da borçlunun mallarının birden fazla ülkeye yayıldığı farklı bir dizi durumu ifade etmek için kullanılmaktadır.¹⁸⁵

‘Uluslararası iflâs’ kavramı, geniş anlamda düşünüldüğünde, uluslararası kolektif işlemleri ve başka bir deyişle âciz hukukunu kapsayacak bir şekilde ele alınmaktadır. ‘Uluslararası iflâs hukuku’, borçlunun, alacaklının veya borçlunun malvarlığı gibi öğelerin birden fazla ülkeye yayıldığı durumları düzenleyen bir hukuk dalı olarak düşünülebilir. Bu durumlarda doğal olarak farklı ülkelere yayılan ve yetki alanları da bu şekilde farklılık gösteren hukuk kuralları, mahkemeler ve iflâsa dair diğer organlar arasındaki yetki ilişkileri uluslararası iflâs hukukunun temel sorunsalını teşkil etmektedir.¹⁸⁶ Kısaca bu kavram, iflâs durumunun uluslararası düzeyde nasıl ele alınıp yönetileceği ile ilgili usûl ve maddi hukuk kurallarının bütünüdür.

Uluslararası iflâs meselelerinin en karmaşık örneklerinde, birçok ülkeye yayılmış şekilde çeşitli sayıda davaları, iştirakleri, bağlı kuruluşları, malları, işletmeleri ve farklı ülkelerdeki çok sayıda alacaklıları beraberinde getirebilmektedir. Uluslararası çapta yaşanan ve ticari ve finansal piyasaların küreselleşmesi sonucunda oldukça karmaşık bir yapıda gözlemlenen çeşitli iflâs deneyimleri, dünya çapında

¹⁸⁵ Jamie Altman, “A Test Case in International Bankruptcy Protocols; The Lehman Brothers Insolvency”, *San Diego International Law Journal*, Sayı 12, 2011, 463-495 (A Test Case); Vincent Jeanneret, “Banqueroute et Faillites Internationales”. *Revue Suisse de Jurisprudence* Cilt:87, 1991, s.336.

¹⁸⁶ Ali Yeşilirmak, *Uluslararası Hukukta İflâs*, 1. bs. İstanbul, Oniki Levha, 2012, s. 2.

gelişen serbest piyasa ekonomisi ile birlikte artmaya devam etmektedir.¹⁸⁷ Buna ek olarak, uluslararası iflâs meseleleri, borçluların dünya çapındaki malvarlıklarının tasfiyesinde öngörülebilirliğin sağlanması gereğine odaklanan temel bir tartışmayı gündeme getirmektedir.¹⁸⁸ Gerçekten de hukuki açıdan belirsizlikler içeren bir tasfiye rejimi büyük zorluklar yaratmaya açıktır. Zira, malvarlığının öngörülebilir bir şekilde dağıtılması, alacaklıların risk değerlendirmesi yapabilmeleri açısından önemli bir husustur. Bu da uluslararası ticaretin etkin ve güvenli bir şekilde işleyebilmesi için uluslararası iflâs hukukunun istikrarlı ve güvenilir bir yapıda olmasını gerekli kılar.¹⁸⁹

2.2. Uluslararası İflâsın Tarihi Gelişimi

Uluslararası iflâs hukuku, II. Dünya Savaşı ertesinde yabancı yatırımların artması, uluslararası ticaretin genişlemesi ve çokuluslu şirketlerin uluslararası ticari yaşamda etkinliklerini arttırmasıyla daha fazla önem kazanmıştır. Çokuluslu şirketlerin yayılması ile uluslararası iflâs hukukunun gelişiminde doğrudan bir bağlantı bulunmaktadır.¹⁹⁰

Uluslararası iflâs konusunda iki taraf arasında işbirliğini öngören anlaşmaların ilk denemelerinden birini 1204 yılında Verona ile Trent arasında yapılan anlaşma oluşturmaktaydı. Bu dönemden sonra geçen uzunca bir süre boyunca, Avrupa genelinde çeşitli prenslikler, şehir devletleri ve ulus devletler arasında benzer ikili anlaşmalar imzalanmıştır. Bu tür anlaşmalarda genel anlamıyla, suçluların geri gönderilmesi üzerine odaklanılmaktaydı. Zira ilk bölümde açıklandığı üzere bu

¹⁸⁷ Chan Ho Look, “Anti-Suit Injunctions in Cross-Border Insolvency: A Restatement”, **International and Comparative Law Quarterly** Cilt: 52, Sayı: 3, 2003, s.697.

¹⁸⁸ Wood, **Principles**, s.458; INSOL International, **Cross-Border Insolvency II: A Guide to Recognition and Enforcement**, London: International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals, 2012, s. 35.

¹⁸⁹ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, “Asset Distribution in Transnational Insolvencies: Combining Predictability and Protection of Local Interests”, **American Bankruptcy Law Journal** Cilt: 73, 1999, s.387.

¹⁹⁰ Irit Mevorach, “Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View”, **European Business Organization Law Review** Cilt: 8, Sayı: 2, 2007, s.180-181 (Corporate Groups); Jay Lawrence Westbrook, “An Empirical Study of the Implementation in the United States of the Model Law on Cross Border Insolvency”. **American Bankruptcy Law Journal**, Cilt: 87, 2013 s.248 (Empirical Study); Bruce Leonard, “Committee J’s Initiatives in Cross-Border Insolvencies and Reorganisations: The Experience of Theeverfresh Case”, **International Insolvency Review** Cilt: 6, Sayı: 2, 1997, s.127 (Cross-Border Insolvencies).

dönemde iflâsa ilişkin hukuki düzenlemeler daha ziyade ceza hukuku niteliği ağır basmaktaydı.¹⁹¹

18. yüzyıldan itibaren modern anlamda ulus devletlerinin gelişimiyle birlikte ulusal mahkemeler milletlararası nezaket (*international comity*) ilkesi doğrultusunda yabancı mahkeme kararlarıyla uyumlu kararlar alma eğilimi göstermişlerdir. Bu uygulamanın somut örnekleri Amerikan ve İngiliz mahkemelerinde gözlenmektedir. Bu dönemde herhangi bir anlaşma olmaksızın Amerika ve İngiltere'deki mahkemeler, yurtdışından gelen iflâs temsilcileriyle çalışmışlardır. Temelde, milletlararası nezaket kapsamında yabancı mahkemelere gösterilen anlayış ve mahkemelerin kendi inisiyatifleri bu işbirliği sürecini şekillendirmiştir. Bu eylemler, belirli bir hukuki kaynaktan ziyade nezaketin gerekliliğine dayanılarak başlamıştır.¹⁹²

Doksanlı yıllara gelindiğinde iflâs konusunda küresel ölçekte ciddi bir reforma ihtiyaç duyulmuştur. Dünyanın pek çok bölgesindeki yasa koyucular ve diğer yetkili makam ve organlar iflâsla ilgili yeni kanunlar üzerinde düşünüp bunları yürürlüğe koymuşlardır. Almanya bu dönemde tamamen yeni bir iflâs yasası kabul etmiştir. Kanada 1992 yılında iflâs yasalarını yenilemiş ve hemen takip eden yıllarda da önemli değişiklikler yapmıştır. Doğu Avrupa ülkelerinin çoğu, Berlin Duvarı'nın yıkılmasından sonra yeni iflâs yasaları kabul etmiştir. Rusya ve Çin'de en az ikişer yeni yasa çıkarılmıştır. Amerika Birleşik Devletleri 1994 yılında iflâs yasalarında bazı önemli revizyonlar yapmış ve daha kapsamlı düzenlemeleri değerlendirmek üzere bir komisyon kurulmasına karar vermiştir. Bu komisyon 1997 yılında raporunu açıklamış ve Birleşik Devletler Kongresi bu dönemde çok daha önemli değişiklikleri gündemine almıştır. Bu dönemde İngiltere de aktif bir biçimde iflâs yasasında daha fazla değişikliğe gitmeyi gündemine almıştır. Ulusal iflâs hukuku reformuna gösterilen büyük ilgi, çok uluslu iflâsları ele alma çabalarıyla da fazlasıyla örtüşmüştür. Birçok ülke, yerel iflâs kanunlarına özellikle sınır aşan konuları ele alan yeni hükümler eklemiştir. Avustralya, Almanya ve İngiltere bunun önemli örnekleridir. Bu dönemde

¹⁹¹ Yeşilirmak, **Uluslararası Hukukta İflâs**, s.12.

¹⁹² Yeşilirmak, **Uluslararası Hukukta İflâs**, s.13.

uluslararası seviyede, bugün de etkisini gösteren; AB İflâs Tüzüğü¹⁹³, UNCITRAL Model Kanunu ve Amerikan Hukuk Enstitüsü NAFTA için Ulusötesi İflâs Projesi önemli örnekler olarak hatırlanabilir.¹⁹⁴

2.3. Uluslararası İflâsın Hukuki Çerçevesine Dair Yaklaşımlar

İflâsın etkilerinin birden çok ülke hukukunu ilgilendirdiği hallerde karşılaşılan hukuk ihtilaflarının nasıl ele alınacağı meselesi, *ülkeselci* ve *evrenselci* yaklaşımların yüzyılı aşkın zamandır süregelen tartışmaları ile şekillenmiştir.¹⁹⁵ 1880'de Torino'da düzenlenen İtalya Hukukçular Kongresi'nde iflâsta birlik ve evrensellik ilkeleri benimsenmiştir. Öte yandan, 1888'de Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün (*Institut de Droit International*) Lozan Toplantısı röportörü Weiss, mahkemelerin yetkisi konusunda şahsi statü kriterini öne sürmüş ve iflâs usûllerinde çokluk ve ülkesellik yaklaşımının benimsenmesini önererek bu yaklaşımın güçlenmesine katkıda bulunmuştur. Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 1894'te Paris'te gerçekleşen toplantısında ise iflâsta evrensellik prensibi teklif edilmiştir.¹⁹⁶ 1894 tarihli İkinci Lahey, 1900 tarihli Üçüncü Lahey ve 1904'teki Dördüncü Lahey Konferansı'nda iflâsta evrensellik ilkesi önerilmiş, evrensellik ilkesine dayanan kurallar

¹⁹³ Avrupa düzeyinde hukuki uyumluluğu sağlama arayışları, uluslararası iflâs mevzuatı bağlamında standart bir yaklaşım geliştirme çabaları olarak, 1960'lı yıllara kadar uzanmaktadır. Bu süreçte, bir dizi deneme ve müzakereden sonra, Avrupa Komisyonu'nun katkılarıyla hazırlanan ve 2002'de yürürlüğe giren AB İflâs Tüzüğü ile önemli bir hukuki dönüm noktasına ulaşılmıştır. İflâs Usûllerine İlişkin 29 Mayıs 2000 tarih ve 1346/2000 sayılı AB Konsey Tüzüğü [2000] OJ L 160/1-18, 31 Mayıs 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İflâs Usûllerine İlişkin 20 Mayıs 2015 tarihli ve 2015/848 sayılı Yeniden Düzenlenmiş Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (AB) [2015] OJ L 141/19-72, 26 Haziran 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁹⁴ Jay Lawrence Westbrook, "The Globalisation of Insolvency Reform" **New Zealand Law Review**, 1999, s. 401.

¹⁹⁵ İflâsta evrensellik ilkesinin uygulanması gerektiği iddiasının çok daha geriye uzanan bir tarihçesi vardır. İflâsın birliğini ve evrenselliğini ilk defa ortaya koyan Savigny'dir (Traité de Droit Romain VIII. § 374). Devletlerin hukuki olarak birbirlerine yardım etmek zorunda oldukları ilkesine dayanarak, borçlunun iş yeri bulunan yerde sadece bir iflâs usûlünün sürdürülmesi gerektiğini söylemiştir. (Mustafa Reşit Belgesay, **Teorik ve Pratik Adliye Hukuku 2: Devletler Hususi Hukukunda Adliye**, 3. bs, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1938, s. 259 (Adliye).

¹⁹⁶ 1873'de İsviçreli hukukçular tarafından kurulan Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün iflâs konusundaki çalışmaları 1888'de başlamıştır. İlk başta evrensellik ve ülkesellik arasında bir sistem benimsenmiş olsa da, 1892, 1894, 1900, 1910 ve son olarak 1912 yıllarında tekrar tartışmalar yapılmış ve birçok sunulan projeden en sonuncusu, Diena'nın önerisi değiştirildikten sonra, 10'a karşı 14 oyla evrenselci proje kabul edilmiştir. Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 1910 Paris ve 1912 Oslo toplantılarında Diena'nın aynı haklara ilişkin önerileri kabul edilmiştir. Bu önerilerde, iflâs usûllerinde aynı hakların nasıl ele alınacağına dair düzenlemelere yer verilmektedir. (Belgesay, **Adliye**, s. 260.)

detaylandırılmış, yabancı kararların tenfiziyle ilgili konvansiyon taslağında iflâsa ilişkin bazı meseleler kabul edilmiş, ne var ki bu öneriler devletler tarafından kabul görmemiştir.¹⁹⁷ Nihayetinde 1925 yılında gerçekleşen Beşinci Lahey Konferansı'nda, iflâs konusunda tüm katılımcı devletler tarafından uygulanacak ve ortak hükümler içeren bir konvansiyon yerine iki taraflı anlaşmalara dayanan bir model oluşturulmasına karar verilmiştir.¹⁹⁸

Evrenselci yaklaşım, iflâsın iki temel prensibi olan kolektiflik ilkesi ve iflâsın birliğinin sadece yerel iflâslarla sınırlı tutulmasına karşı çıkar. Kolektiflik, borçlunun tüm alacaklılarının menfaatlerini gözetmeyi, iflâsın birliği ise müflisin malvarlığının tek bir bütün olarak yönetilmesini gerektirir. Bu yaklaşım, iflâsın uluslararası düzeyde sonuç doğurması gerektiğini savunur. Buna karşılık, ülkeselci yaklaşım, yerel alacaklılara yalnızca kendi ülkelerinde açılan iflâs usûlleriyle etkin koruma sağlanabileceğini ve iflâsın cebri icraya dayanan hukuki temeli sebebiyle yabancı iflâsa etki tanınmaması gerektiğini ileri sürer.¹⁹⁹ Görüldüğü gibi esasında gerek evrensellik ilkesi gerekse ülkesellik ilkesi milletlerarası yargı meselelerine odaklanmaktadır. Milletlerarası yargı yetkisi bir kez tesis edildikten sonra, uygulanacak hukuka yönelik meseleler milletlerarası özel hukuk kapsamında çözümlenebilecektir.

Kanaatimizce, ülkesellik ve evrensellik genel olarak birbirine karşıt iki kavram, iki ilke gibi görülse de temelde iki terimle anlatılmak istenen esaslar birbirine tezat değildir.²⁰⁰ Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse evrensellik, iflâs hukukunda dünya ölçeğinde geçerli olması öngörülen bir hukuki rejim ve uygulamanın gereğini vurgulayan normatif bir yaklaşımdır. Buna karşın ülkesellik böylesi bir iflâs rejiminin

¹⁹⁷ Belgesay, **Adliye**, s. 261.

¹⁹⁸ Proje esasen tacir olmayanları da kapsayacak şekilde kabul edilmiş olsa da her devlete anlaşma hükümlerini sadece tacirlerle sınırlama hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte, başka bir ülkede açılan iflâsın şartlarını uygulama takdiri, tanıma devleti hâkimine bırakılmıştır. (Belgesay, **Adliye**, s. 260)

¹⁹⁹ Bkz. yuk. 1.3

²⁰⁰ Karşılaştırınız, farklı yönde: “İflâs hukukunda yerellik ilkesi ile evrensellik ilkesi, iki ayrı uçtaki iki zıt ilkeyi ifade eder.” Gölcüklü, **Milletlerarası Özel Hukukta İflâs**, s.20. Ayrıca karşılaştırınız: Türk hukukunda, “kendinde evrensellik” olarak betimleyebileceğimiz karma yaklaşımın -yani yabancı iflâs kararlarının Türkiye’deki etkisi için ülkesellik, Türk iflâs kararının tanıma devletindeki etkileri için evrensellik ilkesinin- kabul edildiği görüşleri için bkz. Kuru, **Konkordato**, s.548 ve Kuru, **El Kitabı** s.1568; Yeşilırmak, **Uluslararası Hukukta İflâs**, s.198.

oluşturulmasındaki pratik sorunların şekillendirdiği bir siyasi gerçekliğin sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de aşağıda da belirtileceği gibi, evrensellik ilkesine karşı ülkesellik lehine getirilen en büyük itiraz, felsefi normatif temellerden ziyade ülkelerin egemenlik yetkilerinden vazgeçmelerinde yavaş ve şüpheli olmaları etrafında şekillenmektedir. Ülkesellik çerçevesinde belirtilen, iflâsın kamu hukuku boyutu, yerli alacaklıların korunması, her ülkenin özgün ihtiyaçları gibi normatif argümanlar ise özünde egemenlik meselesinden beslenmektedir.

Ülkesellik ilkesinin bu kısmen normatif kısmen de pratik-betimsel yapısı çerçevesinde düşünüldüğünde karşıtının evrensellik ilkesi olmasından ziyade, sınır aşırılık (*extraterritoriality*) olarak saptanması²⁰¹ en azından bu çalışmanın amacı açısından daha uygun görünmektedir. Ülkesellik ilkesi iflâsın etkilerini iflâsın açıldığı ülke ile sınırlar. Bu iflâsın gerçekten evrensel etkiye sahip olup olmadığı, yani yabancı hukuku etkileyip etkilemediği konusunda bir şey söylemez. Evrensellik bu etkilerin iflâsın açıldığı ülkenin topraklarıyla sınırlı olmadığını, iflâsın ülke dışı geçerliliğe sahip olduğunu belirtir. Öte yandan, iflâsın evrensel etkiye sahip olup olmadığına, evrensellik iddiasına konu edilen yabancı hukuk düzenleri karar verecektir.²⁰² Dolayısıyla uluslararası bir mimariye gidilmediği sürece, evrensellik ilkesi kendi başına sınır aşan iflâs hukukunu belirleme gücüne sahip değildir.²⁰³ Bu iki ilkenin yarıştırılmasında 19. yüzyıl Avrupa siyasetinin izleri görülebilir. *Code Napoléon*'un belirgin özelliklerinden olan evrensellik ilkesi, başlatılan kodifikasyon hareketiyle tüm Avrupa'ya yayılmış, 1815 Viyana Kongresi'nden sonra Avrupa'nın ulus devletin inşasına girmesiyle birlikte,²⁰⁴ evrensellik ve ülkesellik ilkesi arasındaki etkileşim uluslararası hukukun ve dolayısıyla iflâs hukukunun evriminde belirleyicilik taşımıştır. Bu dönemde, Avrupa'da statükonun korunması fikri öne çıkmış, bir taraftan

²⁰¹ Ernst Jaeger, JAHR, Günther Jahr, "**Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, Kommentar begründet von Jaeger**", Berlin, 1973, §§ 237/38'den aktaran Stefan Breitenstein, **Internationales Insolvenzrecht der Schweiz und der Vereinigten Staaten**, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, s. 25 (Bu çalışma esnasında, Almaca metin çevirisinde bana destek olan değerli dostum **Dr. Katherina Müller**'e teşekkür ederim.)

²⁰² Bkz. aynı yönde: "*Ülkesellik ve evrensellik kelimelerinin geleneksel kullanımı, amaçlanan geçerlilik ve olgusal geçerliliği karıştırır*". Jürgen Schmidt, **System des deutschen internationalen Konkursrechts**, Frankfurt a.M. 1972, s.50'den aktaran Breitenstein, **Internationales Insolvenzrecht**, s. 26; Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 516.

²⁰³ Jan Hendrik Dalhuisen, **International Insolvency and Bankruptcy**, New York, 1983, s.190

²⁰⁴ Erhard Blankenburg, "Patterns of Legal Culture: The Netherlands Compared to Neighboring Germany", **American Journal of Comparative Law**, C. 46, S. 1, 1998, s.2

modern uluslararası diplomasi ve işbirliğinin temelleri atılırken, diğer yandan yapılan kanunların ulusal geleneklere göre revize edilmesi, ulusal kimlik oluşumunun temel konularından biri haline gelmiştir. Ancak kodifikasyon çabaları, yargı teşkilatı yapılanması ve usûl hukukunun büyük bir kısmı devrim sonrası Fransız hukukuna dayanmaya devam etmiştir.²⁰⁵ Kanaatimizce, sadece bir ülkenin sınırları içinde etkili olan iflâs usûllerine evrensel nitelikler atfetmek, 19. yüzyıl Avrupası'ndaki siyasi değişimlerin izlerini barındıran ve dönemin hukuk kodifikasyonu çabalarını da şekillendiren ve hukukçuların çözüm bulunmaya çalıştığı çelişkili problemlerle ilintilidir.²⁰⁶

2.3.1. Ülkeselci Yaklaşım (İflâsın Ülkeselliği / İflâsın Yerelliği)

Uluslararası iflâs alanında yaygın olarak kullanılan 'ülkesellik' terimi, her ülkenin kendi toprakları içindeki malvarlığı unsurlarını kontrol ettiği ve diğer ülkelerin de aynı şeyi yapma hakkını tanıdığı bir sistemi ifade eder.²⁰⁷ Ülkesellik ilkesine göre her bir ülkede faaliyet gösteren mahkemeler, kendi yetki alanlarındaki mallara fiziksel olarak el koyar ve bunları kendi iç hukukları uyarınca dağıtırlar.²⁰⁸

²⁰⁵ Bkz. Blankenburg, **Patterns of Legal Culture: The Netherlands Compared to Neighboring Germany** ss. 2-3, 39-41

²⁰⁶ “Bu dönemde uluslararası hukukun belirgin özellikleri oluşmaya başlamış, diplomasi ve doğal hukuktan ayrışarak, kendine has bir hukuk bilimi olarak şekil bulmaya başlamıştır. Bu yüzyılın uluslararası hukukçuları, aslında, uluslararası ilişkilerde köklü bir değişim dönemini yaşamıştır. Bu değişim, 18. yüzyılın sonlarında Amerikan ve Fransız Devrimleri, Napolyon İmparatorluğu'nun çöküşü ve Kutsal İttifak'ın (Holy Alliance) yeni bir uluslararası düzenin gelişmesi için zemin hazırladığı 1815 Viyana Kongresi'ne yol açan olaylarla başlamıştır. 1856 Paris Antlaşması ile sona eren Kırım Savaşı nedeniyle, 1815 düzeni, 19. yüzyılın ortalarında zorunlu olarak yeniden tasarlanmıştır. (Elisabetta Fiocchi Malaspina, “History of International Law”, **Introduction to Swiss Law**, Editor: Marc Thommen, Carl Grossmann Verlag, 2018, ss. 69-70) Evrenselcilik ve milliyetçilik arasında, insani özlemler ve sömürgeci dürtüler arasında; teknik, ekonomik ve mali zorluklar içinde, uluslar ve devletler arasında arabuluculuk yapmaya çağrılan uluslararası hukukçular; hukukun genel ilkelerine, derin bir uluslarüstü boyut katmaları bakımından devletleri bilgi özneleri olarak kabul etmiştir. Uluslararası hukuk, medeni ulusların vicdani değerleriyle organik bir ilişki kurarak, onu bilimsel bir sisteme dönüştürmeyi hedefedinen entelektüel elitlerin tarihsel düşüncesinin ürünü haline gelmiştir.” (Luigi Nuzzo ve Miloš Vec, “The Birth of International Law as a Legal Discipline”, **Constructing International Law: The Birth of a Discipline**, Editörler: Nuzzo ve Vec, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012, s.12)

²⁰⁷ Lynn M. LoPucki, “Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach”, **Cornell L. Rev.**, 1999, Cilt 84, Sayı 3, s.742.

²⁰⁸ Samuel L. Bufford, “Global Venue Controls are Coming: A Reply to Professor LoPucki”, **American Bankruptcy Law Journal**, Cilt 79, 2005, s. 108.

Ülkesellik ilkesini savunan görüş, yabancı iflâsa etki tanınmasını reddederken temel olarak şu gerekçelere dayanmaktadır:²⁰⁹

- a. Cebri icra işlemlerinin ülkesel niteliği,²¹⁰
- b. İflâsın kamu hukukuna içkin özelliklerinin, yabancı iflâsın sonuçlarına etki tanınmasına müsaade etmemesi,²¹¹
- c. Ulusal ekonomiye ve yerli alacaklılara hukuki koruma sağlanabilmesi için ülkesellik prensibinin uygulanması gerektiği,²¹²
- d. Farklı ülkelerin iflâs kurallarına etki tanınmasının kamu düzenini ihlal edeceği.²¹³

Ülkesellik ilkesi iflâsın farklı ülkelerde sürdürülecek birbirinden bağımsız usûllere tabi tutulması anlamını taşımaktadır. İlke, iflâsın etkilerinin, borçlunun malvarlığı unsurlarının bulunduğu ülke devletinin iç hukukuna tabi tutulmasını gerekli kılmaktadır. Başka bir ifade ile yabancı ülkede verilen iflâs kararı veyahut yürütülen iflâs usûlü, *forum* hukuku bakımından artık bir kıymet taşımamakta ve dikkate alınmamaktadır. Bu yaklaşım yabancı iflâstan kaynaklanabilecek milletlerarası yargı yetkisi meselelerine keskin bir yanıt vermektedir. Zira yabancı ülkede verilen iflâs kararının ve kararın etkileri, tanıma devleti mahkemesi tarafından, kendi münhasır yetkisine giren bir mesele olarak değerlendirilmekte ve yabancı iflâsın sonuçlarının iç hukuka yayılmasına engel olmaktadır. İflâsın etkilerine hangi hukukun uygulanacağına ilişkin ikincil meseleler ise, yabancı iflâsa etki tanınmadığı için iç hukuka bağlanmakta, dolayısıyla iç hukukta tekrar iflâs kararı alınması ve iflâsın açılması gerekmektedir.

²⁰⁹ Dalhuisen, **International Insolvency and Bankruptcy**, s.185; Mustafa Reşit Belgesay, **İcra ve İflâs Hukuku**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1942, ss.67-68 (İcra ve İflas); Yılmaz Altuğ, **Türk Milletlerarası Usûl Hukuku: Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi**, 3. Baskı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983, s.188-190 (Yargı Yetkisi); Güneysu-Güngör, **Milletlerarası Özel Hukukta İflâs**, ss. 3-4

²¹⁰ Bkz. yukarıda 1.2.5.1. ve aşağıda 3.2.1.1.

²¹¹ Egemenlik meselesi, "cebri icra işlemi" ve "kamu hukuku karakteri" olması iddiasının merkezinde yer almaktadır. Bkz. yukarıda.1.3.

²¹² İsviçre ve Almanya'da bu gerekçe "*kendi alacaklılarını şeytandan korumak*" olarak dahi ifade edilmiştir. (Bkz. Breitenstein, **Internationales Insolvenzrecht**, s. 25)

²¹³ Esasen kamu düzeni müdahalesi öncelikle yabancı iflâs usûlünün tanınabilir olmasını, devamında tanıma sonrası ortaya çıkacak sonucun, tanıma devletinin kamu düzenini açıkça ihlal etmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla kamu düzeni müdahalesine kıyasen ülkesellik uygulamasının gerekçelendirilmesi gerekmemektedir. Ülkesellik ilkesi iflâsı milletlerarası nezaket kapsamına almayarak, kategorik olarak dışladığı için böyle bir gerekçelendirmeye gerek duymaz.

Ülkeselci yaklaşım, farklı ülkelerin yerel ihtiyaçları doğrultusunda özgün iflâs rejimlerinin olması gerektiğini savunmakta ve evrenselci bir anlayışla tek merkezli yekpare bir hukuk rejiminin uygulanmasını, ülkelerin iç işlerine ve devlet egemenliğine yönelik bir müdahale olarak görmektedir.²¹⁴ Bu yaklaşıma göre, ulusal egemenlik ilkesi uyarınca ülkeler kendi toprakları üzerinde herkese kendi hukukunu uygular.²¹⁵ Bu hukuk çerçevesinde iflâs söz konusu olduğunda da o ülkede bulunan alacak sahipleri öncelikli olarak hak sahibi oldukları kabul edilir.²¹⁶

Ülkesellik ilkesi, hukuk düzenlerinin çok başlılığına ve bölgeselliğe dayalı geleneksel bir yaklaşımdır. Buradaki çok başlılık ilkesi, bir borçluya ilişkin olarak farklı ülkelerde birden çok dava açılmasına ve borçlunun iflâs usûlünün bölünmüş şekilde yönetilmesine olanak sağlanması anlamına gelmektedir. Bunun doğal bir neticesi olan ülkesellik ilkesi, iflâs işlemlerinin etkilerini işlemlerin açıldığı devletin yargı yetkisiyle sınırlandırır; yani, herhangi bir ülkede başlatılan bir işlemin başlatıldığı ülke sınırları dışında bir etkisi olmamalıdır ve aynı mantık gereği yine herhangi bir ülkenin başka bir ülkede gerçekleştirilmiş olan bir iflâs işlemi için kendi ülkesinde tanıma ya da tenfiz etme zorunluluğu yoktur. İflâs sürecinin tüm aşamalarının yürütülmesi sadece ilgili ülkenin yargı yetkisi dahilindedir ve her yargı yetkisi aynı borçluya karşı yürütülen yurt dışındaki dava ve kolektif usûllere ya hiç riayet etmeksizin ya da çok az riayet ederek kendi hukukunu uygulamaktadır. Yabancı yargılamaların borçlunun ve varlıklarının diğer yargı bölgelerinde bulunan kısımları üzerinde herhangi bir etkisi de olmayacaktır.²¹⁷

Çok başlılık ve ülkesellik ilkeleri, uluslararası hukuka geleneksel olarak hâkim olan devlet egemenliği ve her devletin kendi hukuk düzenini kurma yetkisine sahip olmaları kavramlarıyla paralellik arz etmektedir. Bu da bir egemen devletin

²¹⁴ Moustaira, **International Insolvency Law**, s.11.

²¹⁵ Jonathan L Howell. "International Insolvency Law", **The International Lawyer** Cilt: 42, Sayı: 1, 2008, s. 114; ayrıca bkz. İİD, E.3594, K.6755, T: 19.6.1969: "*Takip ve muhakeme usûllerine ait kanun hükümleri devletin hükümlerlik yetkisine ve kamu düzeni düşüncesine dayandıklarından ancak o devletin millî sınırları içinde uygulanır*"

²¹⁶ Jay Lawrence Westbrook, "Multinational Enterprises in General Default: Chapter 15, The ALI Principles, and The EU Insolvency Regulation", **American Bankruptcy Law Journal** Cilt 76, 2002, s.5.

²¹⁷ Irit Mevorach, **The Future of Cross-Border Insolvency**, Oxford University Press, 2018, s.4.

yasalarının, başka bir egemen ve bağımsız yargı yetkisine sahip olan ülkede doğrudan ve otomatik olarak etki oluşturmayaacağına dair genel kanaatle örtüşmektedir. Bu nedenle, iflâs durumunda, egemen bir ülkenin hukuku, kendi sınırları içindeki herkese uygulanır. Bu hukuk, iflâs usûlü başlatıldığında, bu sınırlar dahilindeki malvarlıkları üzerinde hukuki sonuçlar yaratır. Evrenselliğin aksine, ülkesellik yaklaşımına göre, borçluya ve malvarlığına karşı, iflâs başvurusu sırasında borçlunun malvarlığının bulunduğu farklı ülkelerde bağımsız olarak hukuki işlem başlatılabilmektedir. Bu tür bir malvarlığına, yerel alacaklıların menfaati gözetilerek, malların bulunduğu yerdeki mahkemeler tarafından el konulabilmektedir. Ülkeselcilik anlayışı, olumsuz anlamda, “kapanın elinde kalır kuralı” (*grab rule*) olarak da adlandırılmaktadır.²¹⁸ Geleneksel anlayışa göre, bir borçlu ciddi bir malî sıkıntıyla karşılaştığında, her ülke ‘kapabildiği’ ölçüde malvarlıklarına el koyar ve elde edilen geliri yerel iflâs yasaları çerçevesinde dağıtır.²¹⁹

Yerleşik ülkesellik uygulamalarına getirilen evrenselci eleştiriler de tam da bu noktada kendisine ifade bulmaktadır. Dünya ekonomik düzeni küreselleştikçe borçluların hileli davranışları da küreselleşmektedir, dolayısıyla bir yerden bir yere kitlesel ve hızlı bir şekilde taşınabilen malvarlığının tespiti ve kurtarılması ancak etkin bir şekilde koordine edilmiş bir yaklaşımla gerçekleştirilebilir. Dünya çapındaki farklı ülkeler eski usûl tasfiyeden çok daha fazla etkin olan uluslararası dengeleri de dikkate alan yeniden yapılandırma veya kurtarma yapılarına geçmektedir, ancak bu strateji genellikle parçalı, yerel bir temelde başarılı olamaz. Yerli alacaklıların korunması olan el koyma anlayışının geleneksel gerekçesi, artık karmaşık hale gelen çok uluslu alacaklıların borçlularını ilgilendiren her iflâs usûlünden pay talep ettiği bir dünyada giderek güncelliğini yitirmektedir.²²⁰ Ayrıca ülkesellik uygulamasının, ülkeler arasındaki sermaye dağılımının dengesiz olmasına yol açabilecek bir şekilde yatırım örüntülerinde bir çarpıklığa neden olduğu da ileri sürülmektedir.²²¹

²¹⁸ Jay Lawrence Westbrook, “Universalism and Choice of Law”, **Penn State International Law Review** Cilt 23, Sayı 3, 2005, s. 625

²¹⁹ Jay Lawrence Westbrook, “Settling Global Standards for Cross-Border Insolvency”, **International Finance Law Review** 21, 2002, s. 9.

²²⁰ Westbrook, **Settling Global Standards for Cross-Border Insolvency**, s. 9.

²²¹ Lucian Arye Bebchuk, ve Andrew T. Guzman. “An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies”, **The Journal of Law and Economics**, Cilt 42, Sayı 2, 1999, s.775.

Dolayısıyla ‘ülkesellik’ uluslararası iflâs camiasında o kadar kötü çağrışımlara yol açmıştır ki, bu kelime bazen daha geniş bir anlamda işbirliğinden kaçınma anlamında kullanılmakta, bazen de sadece olumsuz bir ifade olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkemeler ve doktrin, belki de bunun bir sonucu olarak, genellikle aldıkları kararları veya yaptıkları yorumları bir şekilde ‘evrensellik’ olarak tanımlamaya çalışmaktadır.²²² Benzer bağlamda kimi yazarlar da ülkeselci anlayışın ciddi bir şekilde sorgulanmaya başlandığı 1990’lı yıllardan itibaren, ülkesellik yaklaşımında ısrarcı olmayan ve evrensel yaklaşım doğrultusunda karar veren mahkemeleri ‘maddi hakikate’ ulaşma doğrultusunda yabancı hukuka açık fikirli bir şekilde yaklaştıkları için kutlamaktadır.²²³

2.3.2. Evrenselci Yaklaşım

Uluslararası iflâs hukukunda ülkesellik ve evrensellik ilkeleri, iflâs hukukunda tanımlanmış ve birbirine karşıt kullanılan iki kavram olarak ele alınmaktadır.²²⁴ Yukarıda bu çelişkili yaklaşımın sebebini izah etmiştik.²²⁵ Evrenselcilik, uluslararası bir işletmenin iflâsının tek bir ülkenin iflâs kurallarına tabi olması gerektiğini savunur. Sistem, ülkelerin yabancı işletmenin “asli” ülkesini belirleyen bir dizi hukuk seçimi kuralını kabul etmesine dayanır. Asli ülke iflâs usûlünü yönetir, yabancı ülkede gerçekleşen tali işlemler ise asli ülkenin (asli) iflâs usûlüne yardımcı olur.²²⁶

Evrensellik ilkesini temel alan yaklaşım, bir ülkede açılan iflâs usûlünün, evrensel bir etkiye sahip olması gerektiğini, diğer bir deyişle iflâsın açıldığı ülkenin

²²² LoPucki, *Cooperation in International Bankruptcy*, s.742.

²²³ Bu bağlamda Almanya özelinde erken tarihli bir çalışma için bkz.: Paulus, Christoph G. “A New German Decision on International Insolvency Law”. *The American Journal of Comparative Law* Cilt 41, Sayı 4, 1993, s.674.

²²⁴ Bkz. Emilie Ghio, “European Insolvency Law: Development, Harmonisation and Reform; A Case Study on the European Internal Market”, *Trinity College Law Review* Cilt: 18, 2015, s.159.

²²⁵ Bkz. yukarıda 2.3. Hatırlatmak gerekirse evrenselcilik, iflas hukukunun ilkelerini, borçlu ve alacaklıların haklarının içeriğini epistemik bir eşitlik anlayışıyla ele alan normatif bir yaklaşımken; ülkeselcilik, bu evrensel ilkelerin geçerli olduğu bir hukuk düzenin geliştirilmesini amaçlayan, ancak, özünde egemenlik çekinceleriyle beslenen politik bir doktrin olarak karşımıza çıkmaktadır.

²²⁶ Jay Lawrence Westbrook, “A Global Solution to Multinational Default”, *Michigan Law Review*, C. 98, S. 7, 2000, s.2254

sınırlarını aşan (*transnasyonal*), beynelmilel bir etki doğurması gerektiğini savunurken şu gerekçelere dayanmaktadır:²²⁷

- a. Alacaklıların yerli ve yabancı ayırımına tabi tutulmadan eşit muamele görmesi (*par conditio creditorum*),
- b. İflâs masasının bir bütün olması ve iflâs usûlünün tek elden yönetilmesi,
- c. Borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisinin evrensel olarak kısıtlanması,
- d. İflâsın evrensel olarak kaldırılması.

Evrenselci anlayışın normatif gerekçesine kısaca değinmek gerekirse; küreselleşme birçok hukuk alanında yasaların uyumlaştırılması ve mahkemeler arasında işbirliği yapılması yönünde baskılar yaratmaktadır. Dolayısıyla birçok konuda uluslararası düzeyde hukuki yapıların benzeştirilmesine ve eşgüdüm sağlanmasına yönelik zorlayıcı nedenler bulunmaktadır. İflâs hukuku bu konular arasında öncelikli bir yere sahiptir, çünkü doğası gereği iflâs hukuku piyasa ile simetrik olmak zorundadır. Piyasa küreselleşiyorsa, iflâs hukuku da küreselleşmelidir.²²⁸ Ancak bu şekilde tüm alacaklıların ve borçlunun menfaat dengesini hakkaniyetli bir şekilde kurabilecek etkin bir iflâs sistemine ulaşılabilir.²²⁹

İflâsın evrenselliği ilkesi, iflâs kararının yalnızca kararın alındığı ülkenin sınırlarında değil, diğer ülkelerde de etkili olabileceğini öngörmektedir. Evrensellik ilkesi bir açıdan borçlunun yerleşik olduğu ülkede yetkili olan mahkemelerin asli *forum* (mahkeme/yargı yeri) sıfatıyla vermiş olduğu kararların diğer ülkelerde de geçerli olacağı anlamına gelmektedir.²³⁰ Evrenselciliğin özünde iflâs eden çok uluslu bir firmanın malvarlığı üzerinde tek bir mahkemenin kontrol sahibi olması gerektiği

²²⁷ Dalhuisen, **International Insolvency and Bankruptcy**, s.186; Belgesay, **İcra ve İflâs**, s. 66. Vedat Raşit Seviğ, **Ticari Sahadaki Kanunlar İhtilafı**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1957, s.216. Berki, **Devletler Hususi Hukuku**, ss.365-366; Güneysu-Güngör, **Milletlerarası Özel Hukukta İflâs**, ss. 3-4

²²⁸ Jay Lawrence Westbrook, “The Transnational Insolvency Project of the American Law Institute”, **Connecticut Journal of International Law** Cilt 17, 2001, s.100

²²⁹ Andrew T. Guzman, “International Bankruptcy: In Defense of Universalism”, **Mich. L. Rev**, Cilt: 98,2000, s.2215.

²³⁰ Gölcüklü, **Milletlerarası Özel Hukukta İflâs**, s. 20.

düşüncesi yatmaktadır. Bu mahkeme, yeniden yapılanma ile tasfiye arasında karar vermek ve alacaklılar arasındaki öncelikleri belirlemek için kendi ülkesinin kanunlarını uygulamalıdır. Borçlunun malvarlığının idaresini kontrol etmeli ve dünya çapındaki alacaklılara dağıtımları yapmalıdır. Diğer mahkemelerin rolü sadece asli usûlün temsilcilerine yardımcı olmaktır. “Evrensellik”, tek bir iflâs mahkemesinin borçlunun varlıklarının idaresini kontrol ettiği ve dünya çapındaki alacaklılara dağıtım yaptığı bir sistemi ifade eder. Bu tek iflâs mahkemesi, borçlunun ana sözleşmesinde belirtilen ülkenin mahkemesi, borçlunun kurulduğu ülkenin mahkemesi, borçlunun merkezinin bulunduğu ülkenin mahkemesi veya borçlunun varlıklarının veya faaliyetlerinin büyük kısmının bulunduğu ülkenin mahkemesi olabilir. Bununla birlikte, çoğu evrenselci, “asli ülke” veya “borçlunun menfaatlerinin merkezi” mahkemesini uygun mahkeme olarak belirtmektedir.²³¹

İflâsın evrenselliği ilkesi, ‘iflâsın birliği’²³² ilkesi ile yakın ilişki içindedir. Evrenselciliğin bazen ‘birlik’ olarak adlandırılan bu saf şekli uyarınca, asli ülke mahkemesi, nerede bulunursa bulunsun borçlunun tüm malvarlığı üzerinde yargı yetkisine sahip olacak ve diğer ülkelerin görevlileri ve kolluk kuvvetleri bu mahkemenin emirlerini uygulayacaktır. Evrenselciliğin daha pratik bir versiyonuna göre, asli ülke mahkemesi tarafından atanan iflâs masası temsilcisi, icra konusunda yardım için yerel ülkedeki bir mahkemeye başvuracaktır. Yerel mahkeme de bu yardımı sağlamakla yükümlü olacaktır.²³³ İflâsın Birliği anlayışı çerçevesinde “yan iflâs usûlleri ile tamamlanan, tek bir asli iflâs usûlü söz konusu olabilir. Bu nedenle, her borçlu bakımından tek bir esas menfaatler merkezi belirlenmesi gerekir.”²³⁴

Burada iflâsın birliği ile kastedilen; borçlunun tüm malvarlığının tek bir iflâs masası oluşturması, bu masanın tek bir iflâs usûlüyle yönetilmesi ve bu yönetim için yeknesak iflâs hukuku kurallarının uygulanmasıdır. Birlik ilkesinin uluslararası iflâsta

²³¹ LoPucki, **Cooperation in International Bankruptcy**, s. 699

²³² I. F Fletcher, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings: Choice-of-Law Provisions”, **Texas International Law Journal**, 1998, Cilt: 33 Sayı:1, s.121.

²³³ LoPucki, **Cooperation in International Bankruptcy**, s.705.

²³⁴ Ali Yeşilırmak, “Avrupa Birliği Âciz Usûlü Tüzüğü (AB 2015/848)”, **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, editör Işıl Özkan, Ceyda Süral, ve Uğur Tütüncübaşı, 1. Baskı., Ankara: Adalet, 2016, s. 527.

kullanıldığı anlamı uyarınca, borçlular tüm varlıkları ve alacakları kapsayan tek ve birleşik bir iflâs usûlüne tabi olmalıdır. Bunun sonucunda ortaya çıkan evrensellik ilkesi, birleşik bir tek usûlün açılması anlamına gelmektedir ve bu tür işlemlerin nerede olursa olsun borçlunun tüm malvarlığının tümü üzerinde dünya çapında bir etkiye sahip olacağı anlamına gelir. Bu ilkelere uygun olarak, evrensellik, iflâsa dair tüm işlemlerin yekpare ve dünya çapında olması gerektiğini öne sürer.²³⁵

İflâsın yönetilmesinde, asli ülke mahkemesi, alacaklılar arasındaki öncelik, borçluların yeniden yapılanmasına izin verilecek şartlar ve iflâs öncesi devirlerin imtiyaz, hileli devir veya benzerleri olarak önlenmesine ilişkin temel konularda kendi hukukunu uygulayacaktır. Kendi hukuk seçimi kuralları uyarınca, ev sahibi ülke uygun olduğunda diğer ülkelerin hukukunu uygulayacaktır. Örneğin, asli ülke mahkemesi muhtemelen bir teminatın geçerliliğini ve tamlığını, teminat menfaatinin oluşturulduğu ve tamlığının sağlandığı ülkenin hukukuna göre inceleyecektir.²³⁶

İflâsın birliği her iflâs eden borçlu için, alacaklıları ve/veya malvarlıkları nerede olursa olsun, tek bir usûlün söz konusu olmasıdır. Tek bir mahkeme, *lex fori concursus* kuralını uygulayarak iflâs usûllerinin başlatılması, yürütülmesi, idaresi ve sonuçlandırılması aşamalarında hâkimin kendi kurallarını uygulayarak sınır aşan etkilerde bulunacak olan bir iflâs usûlünü yönetecektir. Bu usûl çerçevesinde alınan tüm kararlar borçlunun varlıklarının bulunduğu tüm diğer ülkelerde geçerli olacaktır.²³⁷ İflâsın birliği özellikle devletlerin milletlerarası yargı yetkisi sorununa odaklanmış ve iflâsta yetkili mahkemenin tayini konusunda borçlunun yerleşim yeri kriterini öne çıkarmıştır. Dolayısıyla iflâsın birliği doktrinin ele aldığı esas mesele, iflâsın maddi sonuçlarına uygulanacak hukukun tespit edilmesi olmamıştır. İflâs usûlüne, hâkimin hukukunun (*lex fori concursus*) uygulanması, öğretilde yoğunluklu olarak kabul edilen görüş olmuştur. Uluslararası iflâsın bu şekildeki evrenselliği ‘saf evrensellik’ olarak da adlandırılmaktadır.

²³⁵ Mevorach, *The Future of Cross-Border Insolvency*, s.3.

²³⁶ LoPucki, *Cooperation in International Bankruptcy*, s.742.

²³⁷ Moustaira, *International Insolvency Law*, s.11.

2.3.3. Evrenselci Yaklaşımın Pratik Zorluğu Karşısında Karma Yaklaşımlar

Evrenselci model, iflâs hukukunun temel hedefleri olan etkinlik ve adaleti destekleyen bir yaklaşıma sahiptir. Aynı zamanda, bu modelin önceliği benzer durumda olan alacaklılara eşit muamele yapılmasının sağlanmasıdır. Bu sayede hem alacaklılar arasında adaletin sağlanması hem de daha yüksek bir etkinlik elde edilmesi hedeflenir. Ancak, evrenselci modelin tam anlamıyla işlerlik kazanabilmesi için ülkelerin sınır aşan yabancı iflâs usûllerinde egemenlik haklarından feragat etmeleri gereklidir. Yani, bir ülke, iflâs usûllerini yönetebilmek adına diğer bir ülkenin hukuk sistemi ve mahkemelerine müdahale hakkını kabul etmelidir. Ancak ülkelerin egemenliklerinden bu tür bir egemenlik paylaşımı, gerek farklı ülkelerde gerekse uluslararası düzeydeki siyasi ve ekonomik güç dengeleri göz önüne alındığında, her ülkenin çıkarlarını ve egemenlik haklarını koruma eğiliminde olmaları sebebiyle gerçekleşmesi oldukça zor bir durum olarak görünmektedir.²³⁸

Kısaca, evrenselci modelin tam anlamıyla hayata geçebilmesi için tüm ülkelerin eş zamanlı bir şekilde egemenliklerinden vazgeçmeleri gerekir ki, bu da yakın zamanda gerçekleşmesi oldukça zor olan bir olasılıktır.

Bu sorun aslında uluslararası hukukun en temel tartışmalarından olan ulusal ve uluslararası hukukun monist/dualist niteliğine ilişkin tartışmaların iflâs hukukuna olan yansımalarından ibarettir.

Kelsen, ulusal hukukun önceliğine ve ulusal ve uluslararası düzeydeki hukuk kaynaklarının eşitliğine dayanan görüşlere karşı “tekçi” bir uluslararası hukuk yaklaşımı savunmuştur. Kelsen'e göre, tek bir normatif hiyerarşi içinde hem ulusal hem de uluslararası hukuku içeren tek bir hukuk sistemi olmalıdır. Uluslararası hukuk diğer tüm normatif sistemleri kapsamalı ve onlardan üstün olmalıdır. Bu görüş uluslararası hukukun kaynağının devlet pratiği ya da ilgili kuralların egemen devletler tarafından tanınması olduğu fikrini reddeder. Kelsen, ulusal hukukun uluslararası

²³⁸ Frederick Tung, “Is International Bankruptcy Possible?” *Michigan Journal of International Law*, Cilt: 23,2001, s.33.

hukuka tabi olduğunu ve ona aykırı olamayacağını savunmaktadır. Yazar uluslararası hukuku evrensel bir hukuk sistemi olarak ele almış ve insanlığın evrensel bir hukuk topluluğu olduğu fikrine inanmıştır. Bu bağlamda, yazar, dünya barışının hukuk yoluyla sağlanabileceğini savunmuştur. Dünya genelinde sürekli barış ve adaletin tesis edilebilmesi için dünya çapında yetkili ve görevli olan uluslararası bir mahkeme ve bu mahkeme kararlarını uygulamaya koyacak federal bir dünya devletininin oluşturulmasını savunmuştur. Kelsen'in gözünde, İkinci Dünya Savaşı'na gidilen süreçte Milletler Cemiyeti'nin başarısızlığının temel sebebi etkili bir yargı organının eksikliğidir. Yazara göre, uluslararası hukuku hâkim kılmanın tek yolu bu hukuk dalının kurallarını pratikte hayata geçirecek olan uluslararası bir mahkemenin kurulmasıdır.²³⁹

Bugün gelinen noktada mevcut uluslararası hukuk düzeni Kelsen'in öngördüğü idealden çok uzaktır ve baskın olan eğilim devletlerin rızalarına dayanan düalist yaklaşımdır.²⁴⁰ Uluslararası iflâs hukuku kapsamında, literatürde sıklıkla dile getirilen bir görüş olarak, saf evrenselci modelin uluslararası bir sözleşme olmadan pratikte uygulanmasının zorluklar içerdiği ifade edilmektedir.²⁴¹ Aynı doğrultuda, mevcut dünya koşullarında evrenselciliğin saf haliyle uygulanmasının mümkün olmayacağı da ileri sürülmektedir. Uluslarüstü bir yargı yerinin ve bu yargı yerinin kararlarını uygulayacak olan bir 'dünya hükümetinin' yokluğu karşısında, ideal bir evrenselciliğe ulaşmanın "on yıllar, hatta yüzyıllar alabileceği" dile getirilmiştir.²⁴²

²³⁹ Danilo Zolo, "Hans Kelsen: "International Peace through International Law,"" **European Journal of International Law**, Cilt 9, Sayı 2, 1998, s.309.

²⁴⁰ Bu konuda bkz.: Dinah Shelton, "International Law and Relative Normativity" in **International Law**, ed. Malcolm D. Evans, Oxford: Oxford University Press, 145–172, 2003, s. 139.

²⁴¹ Kent Anderson, "The Cross-Border Insolvency Paradigm: A Defense of the Modified Universal Approach Considering the Japanese Experience", **University of Pennsylvania Journal of International Law** Cilt:21, Sayı: 4, 2000, s.682.; Lynn M LoPucki, "Universalism Unravels" **American Bankruptcy Law Journal**, 79, 2005, s.143.

²⁴² Moustaira **International Insolvency Law**, s.11.

2.3.3.1. İşbirlikçi Ülkesellik

LoPucki 1999 yılında, evrenselciliğin farklı biçimlerine karşı çıkarak ortaya attığı “işbirlikçi ülkesellik” teorisini geliştirmiştir.²⁴³ Bu teoriye göre, her Devlet kendi sınırları içinde bulunan tüm varlıklar üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Malvarlığının tasfiyesinde yabancı alacaklılar dikkate alınmaz. Bir mahkeme, borçlunun belirli eylemlerinin iptaline ilişkin kendi yasalarını uygular. İşbirliğinin uygun olduğu durumlar söz konusu olabilir. Bu bağlamda örneğin bir iş yerine ait olan ancak iki veya daha fazla Devlette bulunan malvarlığının satışı ihtiyacı gündeme gelebilir. Bu durumda farklı ulusal mahkemeler birbirleriyle iletişim kurmalı ve işbirliği yapmalıdır. Mevcut ulusal iflâs hukuku sistemleri, uluslararası anlaşmalar ve sözleşmeler yoluyla birbirlerine bağlanmalı ve yakınsanmaları bu şekilde sağlanmalıdır. Bu sözleşmeler iki taraflı ve bölgesel olabileceği gibi dünya çapında da yapılabilir.²⁴⁴

İşbirlikçi ülkesellik anlayışı uyarınca, her ülkede yer alan yargı mercii, o ülkenin sınırları içerisinde yer alan malvarlıkları üzerinde yetki sahibidir. Bu varlıkların elden çıkarılmasında uluslararası alacaklılar göz ardı edilir. Tasarrufun iptali davaları söz konusu olduğunda ulusal mahkemeler kendi yasalarını uygular. Mahkemenin yabancı yargı organları ile işbirliğine giderek birlikte çalışması gerektiği durumlar gerçekleşebilmektedir. Bu durumlarda ulusal mahkemelerin yabancı yargı organlarıyla işbirliği yapması ilke olarak kabul edilmektedir ki bu unsur bu modelin işbirlikçi yerellik olarak adlandırılmasının temel nedenini oluşturmaktadır. Bu bağlamda örneğin çok uluslu bir şirketin farklı ülkelerde malvarlığının bulunması hâlinde bu mülklerin paraya çevrilmesi bu tür bir işbirliğine örnek olarak verilebilir. Bu çeşit bir işbirliğini gerçekleştirebilmek için ülkeler arasında uluslararası anlaşmaların yapılması gerekmektedir. Bu anlaşmalar iki taraflı, bölgesel ya da uluslararası olabilir.²⁴⁵

²⁴³ Lynn M. LoPucki, “Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach”, **Cornell L. Rev.**, C. 84, S. 3, 1999, ss. 696-762.

²⁴⁴ Wessels, Markell ve Kilborn, **International Cooperation in Bankruptcy**, s.62.

²⁴⁵ Yeşilırmak, **Uluslararası Hukukta İflâs**, s.36

Ülkeselliğin işbirlikçi olarak tanımlanması iki açıdan düşünülebilir. Birincisi, iflâsın yönetileceği ülke belli olsa bile, ülkelerin anlaşma ya da sözleşmeler yoluyla işbirliği yapması gereken bir dizi başka konuların varlığı söz konusudur. İkinci olarak, bu model, iflâs masalarının temsilcileri arasında karşılıklı yarar sağlayacak bir işbirliğine temel teşkil etmek ve bunu teşvik etmek üzere önerilmektedir.²⁴⁶

İşbirlikçi ülkesellik sisteminde, çok uluslu bir şirketin iflâs etmesi halinde, söz konusu şirketin farklı ülke sınırları içerisinde sahip olduğu malvarlıkları, o ülkenin iflâs mahkemeleri tarafından ayrı ayrı yönetilecektir. Dolayısıyla, bu şirketin birden fazla ülkede önemli malvarlıkları varsa, birden fazla, bağımsız iflâs usûlü başlatılabilir. Bu durumda asli ya da tali bir işlem söz konusu olmayacaktır, her bir işlem eşit şekilde ele alınacaktır. Her ülke mahkemesi kendi yasalarına dayanarak borçlunun aktiflerinin yeniden yapılandırılmasına ya da tasfiye edilmesine karar verebilir. Tasfiyeye karar verilmesi hâlinde malvarlığının satışından elde edilen geliri kendi yasal düzenlemeleri uyarınca dağıtabilirler. Örneğin merkezi herhangi bir ülkede bulunan ancak küresel çapta faaliyet gösteren bir şirketin iflâs etmesi halinde, faaliyet gösterdiği her ülkede iflâs başvurusunda bulunması gerekecektir. Bu başvuruların her biri eşit derecede önemli olarak değerlendirilecektir. İlgili iflâs mercileri daha sonra kendi bölgelerindeki varlıkları yöneterek şirketin yeniden yapılandırılmasına ya da varlıklarının tasfiye edilmesine karar verecektir. Eğer tasfiyeyi tercih ederlerse, her mahkeme varlıkları alacaklılar ve hissedarlar arasında kendi yasalarına göre dağıtacaktır.²⁴⁷

İşbirlikçi ülkesellik, her birine kendi egemenliğiyle uyumlu iflâs yetkileri tanımak suretiyle ülkeler arasındaki gerilimi ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Bu anlayışa göre hiçbir devletin kendi ülkesindeki malvarlıkları üzerinde başka bir devletin yetkisini tanımasına ya da belirli davalarda yerel borçluların veya alacaklıların menfaatlerini riske atmasına gerek yoktur. Bu "evrenselci gerilimin" ortadan kaldırılması, mahkemeler ve temsilciler arasında her durumda karşılıklı fayda getirecek bir işbirliğine zemin hazırlayacaktır. Bu çerçevede önerilen işbirliği türleri arasında şunlar yer almaktadır: (1) herhangi bir ülkede açılan davaların tüm ülkelerde

²⁴⁶ LoPucki, *Cooperation in International Bankruptcy*, s.742.

²⁴⁷ LoPucki, *Cooperation in International Bankruptcy*, s.742.

benzerlerinin açılabilmesine yönelik usûllerin belirlenmesi, (2) daha sonraki dağıtımların kendilerine borçlu olunan meblağların tamamını zaten tahsil etmiş olan alacaklılara gitmesini önlemek amacıyla mal dağıtım listelerinin temsilciler tarafından paylaşılması, (3) ortak satışın birden fazla ülkede ayrı ayrı satıştan daha yüksek bir fiyat getireceği veya bir ülkedeki varlıkların değerinin ayrı bir yönetimi gerektirecek kadar büyük olmadığı durumlarda aktiflerin müşterek satışı, (4) bir ülkedeki temsilcilerin borçlunun başka bir ülkedeki yeniden yapılanma çabasına gönüllü olarak katkıda bulunması ve (5) kaçınılmaz işlemlere konu olan malvarlıklarının haczi ve iadesi.²⁴⁸

İflâsa konu olan malvarlığının/aktiflerin yerlerinin tespit edilmesi: İşbirlikçi ülkesellik modelinde, iflâsa konu olan aktiflerin nerede olduğu, bu aktifler üzerinde fiili kontrole sahip olan ülkeye göre belirlenir. Bu çerçevede getirilen öneri aktiflerin, ancak üzerlerinde fiili güce sahip olan bir ülkede “bulundukları”nın kabul edilmesidir. Birden fazla ülkenin böyle bir yetki iddiasına sahip olduğu durumlara yönelik olarak iki ülke arasında anlaşma yapılmasını gerektiren durumlar ortaya çıkabilir. Dolayısıyla bu hususun uluslararası sözleşmelerle hukuki bir çerçeveye bağlanması aktifler üzerindeki yetki ihtilaflarını azaltabilir.²⁴⁹

Yabancı Alacaklılara Muamele: Uluslararası iflâsla ilgili mevcut ulusal sistemlerin çoğunda yabancı alacaklılara karşı ayrımcılığa hem izin verilmekte hem de bu ayrımcılık yaygın olarak uygulanmaktadır. Evrenselci görüş, bu sistemde bir değişiklik yapılarak iflâsla ilgili taleplerin "evrensel" hale getirilmesini savunmaktadır. Evrenselci görüşlerin iddiası da bu da milliyet, ikamet ya da diğer “yabancılık” unsurlarına itibar edilmeksizin tüm taleplerin karşılanması anlamına gelmektedir. LoPucki’ye göre, yabancı alacaklılara karşı ayrımcılık yapılmasının bir sorun teşkil ettiğine dair çok az kanıt bulunmaktadır. Bunun muhtemel açıklaması piyasa ekonomisinin özgün dinamikleridir. Çünkü yabancı uyruklu borç vericiler, iflâs durumunda borç verenlere alacaklarını tahsil etme imkânı tanımayan yargı sistemlerindeki borçlulara büyük olasılıkla borç vermeyeceklerdir. Ülkeler açısından da uluslararası sermayenin, bir ülkeye sağladığı dolaylı faydalar düşünüldüğünde, iflâs

²⁴⁸ LoPucki, *Cooperation in International Bankruptcy*, s.750.

²⁴⁹ LoPucki, *Cooperation in International Bankruptcy*, s.748.

davalarında yabancı kredi verenlere karşı ayrımcılık yapılmasının doğrudan faydalarından muhtemelen daha ağır basmaktadır.²⁵⁰

İşbirlikçi ülkesellik yaklaşımı, çeşitli bakımlardan itiraza uğramıştır.²⁵¹ İlk olarak bu yöntem, borçlunun iflâsın gerçekleştiği ülke dışında bulunan kimi malvarlıkları kaçırma veya saklamasına zaman kazandırmaktadır. Aynı doğrultuda, bu yaklaşım her bir ülkede yer alan alacaklılar en çabuk ulaşabildikleri malvarlığı unsurlarını haczettirme imkânları nedeniyle, alacaklılar arasında sınır aşan bir adaletin tesisini zorlaştıracaktır. Dahası, fikri mülkiyet ve yazılım hakları gibi fiziksel olmayan kimi malvarlığının, her şeyden önce iflâsa konu olup olmayacağı²⁵² sonrasında da hangi ülke sınırları dahilinde sayılacağı sorunu da işbirliğine yönelik ülkeler arasındaki iletişimi oldukça zor olacaktır.²⁵³

Bundan başka, ülkeselci yaklaşıma sahip bir iflas hukuku rejimi üzerine yalnızca ‘işbirliği umudunu’ içeren bir sos eklemek yeterli olmayacaktır. Çünkü pratikte işbirliği, iflâs konusunda her ülkenin kendi kanunlarındaki katılıklar nedeniyle büyük ölçüde sınırlı kalacaktır. Örneğin, bir ülkede paralel bir iflâs açıldığında, yerel alacaklıların önceliği konusunda katı kurallar koyma eğilimindedir ve her ülkedeki öncelik sistemleri büyük farklılıklar gösterir.²⁵⁴

İflâsta paylaşırma yapılmasına ilişkin kurallar, her ülkede süreci belirleyen temel kurallar bütününe dayanır. Sınır aşan bir iflâsta, yerel bir iflâs usulüne göre paylaşırma yapan her mahkeme, teminat ve diğer önceliklere ilişkin kurallar da dahil olmak üzere kendi ulusal paylaşırma kurallarını uygulamak zorundadır. Birçok ülkede bu kurallar, tasfiye usûlünde esneklikten yoksundur. Ulusal kurallar, yeniden

²⁵⁰ LoPucki, **Cooperation in International Bankruptcy**, s.750.

²⁵¹ André J. Berends, *Insolventie in het intemationaalprivaatrecht* (Ph.D. dissertation, Vrije UniversityAmsterdam, 2005)’ den aktaran Wessels, Markell ve Kilborn, **International Cooperation in Bankruptcy**, s. 62.

²⁵² Sümer Altay, “5846 Sayılı FSEK Bağlamında malî Hakların Hacine ve İflâs Masasına Girmesine İlişkin Bazı Faraziyelerin Değerlendirilmesi”, **İHFM** Cilt:56, Sayı:1-4,1998,ss 209-218.

²⁵³ “André J. Berends, *Insolventie in het intemationaalprivaatrecht* (Ph.D. dissertation, Vrije UniversityAmsterdam, 2005)” den aktaran Wessels, Markell ve Kilborn, **International Cooperation in Bankruptcy**, s. 62.

²⁵⁴ Westbrook, **A Global Solution to Multinational Default**, s. 2302.

yapılandırma usûlleründe uzlaşma ve anlaşma için daha fazla alan bırakabilir, ancak yine de önemli yasal kısıtlamalar getirirler. Farklı öncelik sistemlerinin yarattığı zorluklar, paralel iflâs usûllerinin en büyük zorluklarından birisini teşkil etmektedir. Yerel bir önceliğin lehtarı olan bir alacaklı ya da alacaklılar grubu, dağıtımda öncelik hakkının, ister bir yeniden yapılanma planında, ister varlıkların devri yoluyla, isterse başka bir şekilde olsun, işbirliği çabalarına üstün gelmesi gerektiğini iddia edebilir. Bu tür iddialar önemli bir işbirliği girişimini engelleyebilir. Öncelik kuralları, oybirliğiyle varılan mutabakat haricinde değiştirilemez olabilir; bu da hem imtiyazlı hem de genel alacaklıların büyük çoğunluğunun mutabakatına rağmen bazı tarafları kendi kişisel çıkarları için "direnmeye" teşvik eden bir standarttır. Bunun kaçınılmaz sonucu, ülkesel bir sistemde gerçek işbirliğinin zorunlu olarak çok sınırlı olmasıdır.²⁵⁵

2.3.3.2. Çok Yanlılık (Multilateralism) Teorisi

Çok yanlılık teorisi iflâs hukukunda, kanunlar ihtilafı çerçevesinde yapılacak hukuk seçimi bağlamında ileri sürülmektedir. Çok yanlılık yaklaşımı esasen, bağlama kuralları çerçevesinde gerçekleşen çok yanlılık ve tek yanlılık tartışmalarının bir yansımasıdır.²⁵⁶ Bu yaklaşımlar, uyuşmazlıkların hangi hukuka göre çözülmesi gerektiğini belirlerken kanunların özüne değil, uygulanacak hukuku belirleyen gösterici kurallardaki bağlama kriterine dayanır. Bu bakış açıları, egemenlik ve ülkesellik tartışmalarının temel belirleyici olduğu uluslararası iflâs hukuku açısından öğretici olabilir.

Tek yanlı bir bağlama kuralı, belirli bir hukuki meselenin uygulama alanına odaklanır. Yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlıkla karşılaşan yetkili mahkeme, sadece kendi hukukunun uygulanıp uygulanmayacağını değerlendirir, belirli bir kriter ve bu kriterin altında yatan amaca ilişkin yaptığı incelemeye dayanarak kendi hukukunun uyuşmazlığa uygulanabilir olduğu sonucuna varırsa, o yer hukukunu uygular. Dolayısıyla, tek taraflı bir yaklaşımda, uyuşmazlığa başka bir hukukun

²⁵⁵ Westbrook, *A Global Solution to Multinational Default*, s. 2302.

²⁵⁶ Hannah L. Buxbaum, "Rethinking International Insolvency: The Neglected Role of Choice-of-Law Rules and Theory", *Stanford Journal of International Law*, 36, 2000, s.38-40.

uygulanıp uygulanamayacağına bakılmaksızın, o yerin hukukunun uygulanabilir olup olmadığını tespit ederek hukuk seçimi incelemesini sonuçlandırır.²⁵⁷

Öte yandan, çok yanlılık, belirli bir kuralın uygulama alanını inceleme konusu yapmaz. Daha ziyade, bir hukuki ilişki ile bir '*forum*' arasındaki bağlantıyı ele alır. Yabancılık unsuru barındıran bir uyuşmazlıkla karşı karşıya kalan yetkili mahkeme, söz konusu hukuki durumu belirli bir yere bağlamak amacıyla tarafları ve işlemi inceleyecektir. Bu durumda, anlaşmazlığa ilişkin olarak hukuki ilişkinin tayin edildiği yargı yetkisinin hukuku uygulanacaktır. Bu nedenle, tek taraflı yaklaşımın aksine, bu tür bir incelemede sadece ilgili yer hukukunun uygulanabileceği sonucuna varılmakla yetinilmez: Söz konusu ilişkinin başka bir hukukla daha sıkı ilişki içinde olup olmadığı da sorgulanır. Nihayetinde iki veya daha fazla rakip hukuk arasında bir seçim yapılması gerektiğinden, çok yanlılık yaklaşımı genellikle hukuk seçimi olarak tanımlanır.²⁵⁸

Çok yanlılık yaklaşımının başlıca amaçları, hukuk seçimindeki yeknesaklık ve sonuçların önceden öngörülebilir olmasıdır. Başka bir deyişle, bu yaklaşım, belirli bir uyuşmazlığı ele alan herhangi bir mahkemenin sorunu hep aynı hukuk düzenine havale etmesini sağlayarak *forum shopping*'i önlemeyi amaçlamaktadır. Buna ek olarak, havale edilecek yetkili mahkemenin önceden bilinebilir olması da amaçlanmaktadır. Bu hedeflere ulaşmak için, çok taraflılık hukukun çeşitli alanlarında *forum* mahkemesi tarafından yürütülen yetki seçimi incelemesini hem kısaltmayı hem de daha öngörülebilir hale getirmeyi amaçlayan kurallar geliştirmiştir. Örneğin, bir haksız fiil uyuşmazlığı, haksız fiilin meydana geldiği yer mahkemesinde görülür. Bu tür basit görünen kurallar, hukuk seçimi sürecini basitleştirerek hukuk seçimi kararının yeknesaklığını ve öngörülebilirliğini artırmıştır.²⁵⁹

Çok yanlılık yaklaşımının amacı en basit anlamda uyuşmazlığın en yakından bağlantılı olduğu yargı yetkisini seçmek olduğundan, bu yaklaşım rakip hukukların içeriğine dair tarafsız kalmaktadır. Bazen, uygulanması belirli bir davada adaletsiz bir

²⁵⁷ Buxbaum, **Rethinking International Insolvency**, s.38-40.

²⁵⁸ Buxbaum, **Rethinking International Insolvency**, s.38-40.

²⁵⁹ Buxbaum, **Rethinking International Insolvency**, s.38-40.

sonuç doğuracak bir hukuk seçilebilir. Böyle bir durumda, hukuk seçimine ilişkin incelemenin usûle ilişkin amaçları doğrultusunda uygun bir hukukun seçilmesi düşünülebilirse de, somut olayda maddi adalete ulaşılmamış olma ihtimali vardır. Böyle bir durum, hukuk seçimine ilişkin kararlarda bir düzeltme yapılmasını gerektirebilir. Çok yanlılık yaklaşımı bu tür durumları öncelikle kamu düzeni istisnası olarak bilinen kaçış hükmü mekanizmasını (*escape clause mechanism*) kullanarak ele alır. Bu istisna, ilgili kanunlar ihtilafı kuralı tarafından seçilen hukukun uygulanması *forum* devletinin kamu düzenini açıcı biçimde ihlal edecekse, mahkemenin bunun yerine forum hukukunu uygulamayı seçebileceğini öngörmektedir.

Tek yanlılık ve çok yanlılık önemli bir özelliği paylaşmaktadır: Her ikisi de ülkesel yaklaşımlardır, çünkü hukuk seçimi kararı uyuşmazlığın hangi egemenlik altında çözüleceğinin belirlenmesine bağlıdır. Başka bir deyişle, her biri rakip hukukun içeriğini dikkate almayan, sadece uygun hukuk kaynağını belirlemeye çalışan bir inceleme yapmaktadır. Sadece bu nedenle, bu teorilerin egemenlik ve yargı yetkisi bağlamında ülkesellik kavramını temel alan uluslararası iflâs hukukuna iyi bir bakış açısı sağladığı söylenebilir.²⁶⁰

2.3.3.3. Sözleşme Teorisi

Borçlunun iradesinin esas alındığı bu anlayış, şirketlerin kuruluş işlemlerinde iflâs olasılığı durumunda yetkili mahkeme başta olmak üzere uygulanacak hukuku ana sözleşmelerinde belirlenmesini tavsiye etmektedir. Bu seçimin sonradan değiştirilmesi ancak alacaklılardan izin alınması hâlinde söz konusu olacaktır. Bu yaklaşıma göre ‘iflâs hukuku sadece etkin iflâs sistemleri yaratarak değil, aynı zamanda tarafların tercih ettikleri iflâs sistemleri için sözleşme yapmalarına izin vererek de borç maliyetlerini azaltabilir.’²⁶¹

Bu yöntem, şirketlerin iflâs hâlinde kendi mallarını en iyi şekilde değerlendirecek iflâs hukuku rejimini seçeceklerinden bahisle iflâs mallarının en üst

²⁶⁰ Buxbaum, **Rethinking International Insolvency**, s.38-40.

²⁶¹ Alan Schwartz, “A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy”, **The Yale Law Journal**, Cilt:107, Sayı:6 1998, s. 1819.

değerden tasfiye edileceği ve bunun alacaklıların lehine bir yöntem olacağı ileri sürülmüştür. Sözleşme teorisine çeşitli açılardan eleştiriler getirilmiştir. İlk olarak söz konusu yöntemin sadece şirketlere yönelik kurgulandığı ve gerçek kişilerin iflâsı hususuna dair bir öneri getirme noktasında eksik kalmış olmasıdır. İkinci olarak bu yöntem, finansal ve kurumsal açıdan güçten yoksun olan zayıf durumdaki kimi bireysel alacaklıların, ticari işletmelerin yapacağı seçimlere karşı çıkma hakkının sağlanması noktasında yetersiz kalmaktadır. Bunun doğal sonucu da şirketlerin iflâs hâlinde kendi menfaatleri doğrultusunda bir iflâs rejimini tercih etmeleri ve alacaklıların çıkarlarını tamamen görmezden gelmeleri muhtemeldir. Son olarak şirketlerin teminatlı alacaklıların haklarını korumayan bir hukuk seçimi yapması hâlinde de bu alacaklıların korunması imkânsız hale gelebilecektir.²⁶²

2.3.3.4. Usûlün Evrenselliği (Universal Proceduralism)

Saf evrensellik ile ülkesellik arasında ara çözüm bulmaya yönelik çözüm önerilerinden bir tanesi olarak önerilen bir diğer yaklaşım ise Janger tarafından önerilen usûlün evrenselliğidir. Buna göre tek bir forum önünde tüm malvarlığının tasfiye edilmesi yerine farklı forumlardaki farklı malvarlığı gruplarına aynı yerel hukuk usûlünün uygulanması tavsiye edilmektedir. Usûlün evrenselliği çerçevesinde bir takım ‘asgari usûller’ ortaklaşa belirlenmekte ve ‘*forum shopping*’ uygulamalarına faydalı olması koşuluyla izin verilmektedir.²⁶³

Usûlün evrenselliği dört ilkeye dayanmaktadır.²⁶⁴ Bu çerçevede ilk ilke, yerel yetkilere ve yönetim yapılarına saygı göstermek kaydıyla olası bir iflâsta borçlu konumunda olacak olan tüzel kişiliklerin yeniden yapılandırılması için gerekli olan ve uluslararası düzlemde geçerli olacak ortak asgari usûlleri belirlemektir. Bu yaklaşım *forum shopping*’i durdurmayı değil, olumsuz etkilerini sınırlamayı ve faydalı olduğunda teşvik etmeyi amaçlamaktadır.

²⁶² Yeşilirmak, *Uluslararası Hukukta İflâs*, s.37.

²⁶³ Gölcüklü *Milletlerarası Özel Hukukta İflâs*, s. 25.

²⁶⁴ Edward J. Janger, “Universal Proceduralism”, *Brooklyn Journal of International Law*, Cilt 32, Sayı 3, 2007, s.837.

Bu yaklaşımın çerçevesini oluşturan ikinci ilke, mahkemelerin kanunlar ihtilafında uygulanacak hukukun seçimine ilişkin temel kuralların uyumlulaştırılmasıdır. Bu bağlamda öncelikli olarak hatırlatılan husus, yetkili mahkeme seçimi (*choice of forum*) ve kanunlar ihtilafı çerçevesinde mahkemeler tarafından belirlenecek yetkili hukukun (*choice of law*) birbirinden farklı iki sorun olduğudur. İlki evrenselci kuralın açık ve net temel unsurudur, ikincisi ise evrenselciliğin genellikle zımnen varsayılan bir sonucudur.²⁶⁵

Mahkemeler önlerine gelen uyuşmazlıklarda farklı ülkelerdeki diğer yargı alanlarının hukukunu uygulayabilir ve pratikte de uygulamaktadır.²⁶⁶ Hukuk seçimi ilkelerinin uyumlaştırılması yoluyla zararlı *forum shopping* riski önemli ölçüde azaltılabilir.

Usûlün evrenselliği ilkesinin üçüncü temel sacayağı yetkili yargı yeri seçiminin sınırlandırılmasıdır. Bu bağlamda bir ana şirketin, bir yan kuruluşunun iflâsının derdest olduğu mahkemede dava açmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Amerikan doktrininde büyük bir şirketin alacaklılarını zor durumda bırakmak amacıyla asıl faaliyet yerinden çok farklı bir coğrafyada faaliyet gösteren tali şirketinin bulunduğu yerlerde hukuki işlemleri yürütmesi ‘kanca atmak’ benzetmesiyle eleştirilmektedir. Bunu engellemek için şirketler grubu bileşenlerinin sadece ana şirketin veya grubun bulunduğu yerde iflâsa ilişkin hukuki işlem yapmasına izni verilmektedir.²⁶⁷

Dördüncü olarak nezaket (*comity*) unsurundan bahsedilebilir. Nezaket unsuru aslında uyarlanmış evrensellik kavramı başta olmak üzere diğer mahkemeleri işbirliği yapmaya ve birbirlerine saygı göstermeye teşvik eder, ancak aynı zamanda bir mahkemenin yabancı bir mahkemenin yetkisini reddetmesine de olanak tanır. Nezaket unsuru ile bağlantılı olarak farklı mahkemelerin birbiriyle çelişen kararlar verebileceği bir "mahkemeler savaşı" riskine dikkat çekmek gerekir. Mahkemeler arasındaki işbirliği aslında belirli koşullarda gerçekleşmelidir ve işbirliği yapmamayı haklı

²⁶⁵ Jay Lawrence Westbrook, “Theory And Pragmatism In Global Insolvencies: Choice Of Law And Choice Of Forum”, **American Bankruptcy Law Journal**, Cilt 65, 1991, s.461.

²⁶⁶ Janger, **Universal Proceduralism**, s.839.

²⁶⁷ Janger, **Universal Proceduralism**, s.841.

çıkartabilecek üç ilke vardır: yetkisizlik, hukuka aykırılık ve alacaklıların beklentilerinin ihlali. *Forum shopping*'i önlemek ve sınır aşan düzenlemelerde etkinliği sağlamak için bu ilkeler dikkatle tanımlanmalı ve mahkemeler arası işbirliği de bu dikkatli tanımlamaya uygun bir hukuki çerçeveye kavuşturulmalıdır.²⁶⁸

Uygulamada, usûlün evrenselliği yaklaşımı ile uyarlanmış evrenselcilik arasındaki farkın görece olarak sınırlı olduğu söylenebilir. İki yaklaşım arasındaki farklılık somut sonuçlar ve uygulamadan daha ziyade ulaşılmak istenen hedeflerde kendini göstermektedir. Uyarlanmış evrenselcilik başlangıçta küçük çaplı girişim ve önlemlerle başlamakla birlikte daha büyük hedeflere ulaşmayı amaçlamaktadır. Hedefi esas ve usûl hukuku açısından tüm dünyada yeknesak ve merkezi bir iflâs rejimine ulaşmak olan uyarlanmış evrensellik, her ne kadar ideal bir görünüm sergilese de birtakım tuzakları bünyesinde barındırmaktadır. Bunlardan ilk göze çarpanı da sadece ülkelerin üzerinde konsensüse ulaştığı konularda yeknesaklık sağlanabilmesidir. Bu da aslında, farklı ülke mahkemelerinin, yerel ve güncel ihtiyaçlardan kaynaklanan özgün gereksinimler doğrultusunda içtihat geliştirmelerini ve böylece yasal düzenlemelerin yorumunun güncel ihtiyaçlara göre evrimleşmesini engelleyebilecektir. Aynı bakış açısından bakıldığında farklı ülke veya bölgelerdeki mahkemelerin, aynı yasal düzenlemeye -yerel ihtiyaçları öncelemek amacıyla - farklı yorumlar getirmesi ihtimali de esasa uygulanacak hukukun yeknesaklaştırılması doğrultusunda hayal kırıklıkları yaratabilecektir. Bu bağlamda, dengeli bir çözüm olarak; esasa uygulanacak hukuku, ülkelerin ihtiyaçları doğrultusunda her bir ülkenin keyfiyetine bırakılması ve usûl hukukuna ilişkin kuralların evrensel bir çerçeveye oturtulması önerilmektedir.²⁶⁹

Kısaca usûlün evrenselliği; asgari usûlleri belirlemesi, hukuk seçimine dair kuralların uyumlulaştırılması, yetkili mahkemelerin sınırlandırılması ve mahkemeler arası nezaketin sağlanması olmak üzere dört ilkeye dayanmaktadır. Zararlı *forum shopping*'i önlemek ve faydalı olduğunda teşvik etmek için bu ilkelerin dikkatli bir şekilde uygulanması gerektiği belirtilmektedir.

²⁶⁸ Janger, *Universal Proceduralism*, s.843.

²⁶⁹ Janger, *Universal Proceduralism*, s.845.

2.3.3.5. Uyarlanmış (Modified) Evrenselcilik

Müşterek hukukta (*common law*) doğmuş olan uyarlanmış evrensellik kavramı, saf farklı hukuk sistemleri arasında uyum ve koordinasyonu sağlamayı amaçlayan, ancak yerel özellikleri ve ihtiyaçları da göz önünde bulundurarak esneklik sağlayan; yerel mahkemelerin, uluslararası iflasları, uluslararası nezaket ruhuyla yönetmeleri gerektiğini vurgulayan bir kavramdır. Temelinde sınır aşan iflas usullerinde farklı ülkelerde parçalı ve bağlantısız işlemler sürdürülmesi yerine, borçlunun malvarlığının tek bir asli yetkili mahkeme tarafından yönetilmesi düşüncesi yatar.²⁷⁰

Uyarlanmış evrenselcilik, günümüzde uluslararası iflâsa ilişkin önerilen çözümlerde neredeyse her bakımdan baskın yaklaşım olarak karşımıza çıkmaktadır. Hatta, bu yaklaşımın uluslararası kamu hukuku çerçevesinde, milletlerarası örf ve adet hukukunun bir parçası olarak yorumlanması gerektiğini ileri süren görüşlere rastlamak mümkündür.²⁷¹ Bu yaklaşımın, bir yandan ülkeselci anlayışın sakıncalarını hafifletirken, bir yandan da evrenselciliğin uygulanmasının önündeki zorluklardan kaçınmaya yardımcı olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre ülkeselci yaklaşım anakronistik bir anlayıştır. İflâs hukukuna dair geleneksel yaklaşımı, günümüz gerçekleriyle uyuşmamaktadır. Birden fazla ülkeyi kapsayan ticari iş ve ilişkilerde ‘ülkesel’ farklılıkları ortaya koyma iddiasındaki kuralların aşırı şekilci bir biçimde yorumlanarak mevcut uyuşmazlıklar karşısında adalete aykırı sonuçlara ulaşılması, modern çok uluslu işletmelerin beraberinde getirdiği uyuşmazlık ve sorunların çözümünde yetersiz kalmaktadır.²⁷²

Bu modelin isim babası olan Westbrook’a göre çok uluslu iflâs sorununa yönelik uzun vadeli, en uygun teorik çözüm -öngörülebilir gelecekte böyle bir çözüme ulaşılsın ya da ulaşılmasın- evrenselciliktir.²⁷³ “*Uyarlanmış evrenselcilik, gerçek evrenselciliğe giden yolda en iyi ara çözümdür. Zira pragmatik esnekliği, küresel pazardaki mevcut*

²⁷⁰ Mevorach, **The Future of Cross-Border Insolvency**, s. 88.

²⁷¹ Irit Mevorach, “Modified Universalism as Customary International Law”, **Texas Law Review** Cilt 96, 2018, 1403-1436.

²⁷² Jay Lawrence Westbrook. “Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies”, **Brooklyn Journal of International Law** 17,1991, 499, s.503.; Westbrook, **Priority Conflicts**, ss. 869-878.

²⁷³ Westbrook, **A Global Solution to Multinational Default**, vs.2299.

*yamalı bohça yasaların ortaya çıkardığı sorunla en iyi uyumu sağlar ve gerçek evrenselciliğe en yumuşak ve hızlı geçişi teşvik eder.”*²⁷⁴ Mahkemeler, uyarlanmış evrenselcilik anlayışı doğrultusunda “çok uluslu iflâs usûllerinde dünya çapında müşterek bir yönetim ve tasfiyeye yönelik mümkün olduğunca yakın bir sonuç elde etmeye çalışırlar.”²⁷⁵

Uyarlanmış evrensellik kavramı, literatürde, ‘gerçek evrenselliğe’ geçişte aşamalı bir süreci anlatmak amacıyla kullanılmaktadır.²⁷⁶ Bu kavram ‘sınırlı’, ‘kısıtlanmış’, ‘kontrollü’, ‘azaltılmış’ gibi sıfatlarla da tanımlanmakta, ‘uluslararasılık ilkesi’ olarak da adlandırılmaktadır.²⁷⁷ Yerellik ve saf evrensellik arasındaki ara duraklar açısından dünya üzerinde en çok tercih gören yaklaşımdır. Bu yaklaşımın tercih edilmesinde buraya kadar anlatılan farklı seçeneklere getirilen eleştiriler de belirleyici olmuştur. Bu ilke uyarınca iflâsa dair uluslararası unsurların olması nedeniyle bu konuyla ilgili tüm devletler uluslararası alanda ortaklaşa hareket etmelidirler. Bu yaklaşım, Avrupa çapında ortak bir iflâs rejimi kurma çabaları esnasında, yürürlüğe girmeyen 1995 tarihli Âciz Usûllerine Dair Konvansiyon ile başlayıp, Avrupa Birliği Âciz Usûlleri Tüzüğü’nün (bundan sonra AB İflâs Tüzüğü olarak kullanılacaktır) kabul edilmesine kadar geçen süreçte belirleyici olmuştur. Uyarlanmış evrenselci anlayışın 1997 UNCITRAL Model Kanunu tarafından tercih edilen yöntem açısından da belirleyici olduğu söylenebilir.²⁷⁸ Çağdaş hukuk düzenlerinde, ABD ve İngiltere başta olmak üzere uyarlanmış evrensellik yaklaşımı birçok ülkenin tercih ettiği yöntem olmuştur.

²⁷⁴ Westbrook, **A Global Solution to Multinational Default**, s.2299, 2277. Aynı doğrultuda bkz.: Wessels, Markell ve Kilborn, **International Cooperation in Bankruptcy**, s.70.

²⁷⁵ Westbrook, **Universalism and Choice of Law**, s. 626.

²⁷⁶ Bkz. aynı yönde: “şimdilik, evrensellik ilkesinin istisnalarına [...] müsamaha gösterilmelidir, ancak bu ilkenin mümkün olduğunca az istisna ile küresel olarak uygulanmasına yönelik nihai hedeflerin gözden kaçırılmaması gerekir.” Bkz. Reinhard Bork, **Principles of Cross-Border Insolvency Law**. Intersentia, Cambridge, 2017, s.28. Ancak karşılaştırınız: Pottow uyarlanmış evrenselciliğin, saf evrenselciliğe doğru aşamalı bir adım olarak görülmesine rağmen, bağımsız bir normatif yaklaşım olduğunu öne sürmektedir. Bkz. John A. E Pottow, “Beyond Carve-Outs and Toward Reliance: A Normative Framework for Cross-Border Insolvency Choice of Law”, **Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law**, Cilt: 9, 2015, s. 203

²⁷⁷ Yeşilirmak, **Uluslararası Hukukta İflâs**, s. 38.

²⁷⁸ Moustaira, **International Insolvency Law**, s.14.

Model Kanun, sınır aşan iflâsa ilişkin evrenselci bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Çok uluslu iflâsı, yabancı bir asli usûlde tek bir usûlün uygulanması ve diğer mahkemelerin de bu tek usule yardımcı olması şeklinde ele almaktadır. Buna karşılık, ülkesellik yaklaşımı altında bir borçlunun malvarlığının bulunduğu her ülkede iflâs talebinde bulunulması ve sonucunda iflâsın açılması gerekir. Bu yaklaşım, daha önce de belirttiğimiz gibi her ülkenin borçlunun mallarına el koyduğu ve bunları kendi iflâs usûllerine göre dağıttığı ‘kapanın elinde kalır kuralı’ (*grab rule*) olarak da adlandırılır.²⁷⁹

Uyarlanmış evrenselcilik, çok sayıda yetkili mahkemenin bulunduğu, çok sayıda hukuk düzenine sahip bir dünyada evrenselciliğin bazı faydalarına erişebilmeye çalışmaktadır. Her bir mahkeme borca aykırı davranış karşısında karar verirken; adalet ilkelerini azami ölçüde korumaya yönelik bir uluslararası sistemin parçası olmayı hedeflemelidir. Uyarlanmış evrenselcilik, ulusal hukuk kapsamında ikincil veya paralel bir konumda, mahkemenin iflâs ve çözümüne (tasfiye veya yeniden yapılandırma) dünya çapında bir perspektiften bakmasına ve yerel hukukun izin verdiği ölçüde tek bir yargılamadan doğacak sonuca en yakın sonucu elde etmek için diğer mahkemelerle işbirliği yapmasına imkan verir. Bu tür bir işbirliği yoluyla deneyim, yöntem ve içtihat geliştireceği için uyarlanmış evrenselcilik, evrenselci bir sistem kuran bir uluslararası sözleşmenin ya da teamül hukukunun geliştirilmesi için gerekli zemini sağlayacaktır.²⁸⁰

Uyarlanmış evrenselciliğe göre uluslararası iflâstan kaynaklanan sorunların çözümü, içinde bulunduğu piyasa ile karşılıklı olarak uyum içinde olan bir iflâs rejiminin uygulanmasında yatmaktadır. Böyle bir rejim altında, tek bir usûl ve tek bir iflâs rejimi çok uluslu bir işletmenin iflâsını yönetebilecektir. Uyarlanmış evrenselci iflâs rejiminde, iflâs usûlü borçlunun esas menfaat merkezinden (COMI) yönetilir. Farklı ülkelere yayılan malvarlığı unsurları, en azından ilk aşamalarda, yerel mahkemeler tarafından idare edilir, ancak bu mahkemeler iflas usûlünün idaresi için asli yargılamaya başvuracaktır.²⁸¹

²⁷⁹ Moustaira, *International Insolvency Law*, s.75.

²⁸⁰ Westbrook, *A Global Solution to Multinational Default*, s. 2302.

²⁸¹ Janger, *Universal Proceduralism*, s.824

Uyarlanmış evrenselcilik ilkesinin üç farklı özelliği vardır. İlk olarak, bir ülkenin iflâs usûlünün yabancı bir ülkede hukuki sonuç yaratması için sadece iki ülkenin onaylaması gerekmektedir. İkinci olarak, uyarlanmış evrenselcilik ilkesi, devletlerin egemenliği ilkesini tamamen reddetmeden dünya çapında bir uyum oluşturmayı amaçlar. Üçüncü olarak, uyarlanmış evrenselcilik ilkesi, ülke ayrımı gözetmeksizin tüm alacaklıların eşit muamele görmesini ve kazanılmış hakların korunmasını hedefler.

Ayrıntıya girmek gerekirse; ilk ilke herhangi bir ülkenin iflâs hukuku rejimi çerçevesinde süregiden bir iflâs usûlünün yabancı bir ülkede sadece iki ülkenin onaylamasıyla hukuki sonuç yaratmasıdır. Bunun temel amacı her bir ülkenin hukuki rejimlerinin bütünlük ve amaçlarına saygı gösterilmesidir. Bu konuda özel bir uluslararası anlaşmanın olmaması durumunda milletlerarası özel hukukun genel ilkeleri devreye girecektir. Burada anahtar nokta her bir devletin bu işlemleri karşılıklı nezaket esasına göre yönetecek işlevsel ve uygun milletlerarası özel hukuk kurallarını oluşturma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük bağlayıcı olmayıp ahlak ve nezaket kuralları çerçevesinde yumuşak hukuk bağlamında dile getirilebilir. Kısaca ticaretin ülke sınırlarını aştığı bir dünyada devletlere bu durumun bilincinde olarak uluslararası işlemleri engellemeyecek ve onlarla eşgüdüm hâlinde işlev görecektir bir iflâs hukuki rejimi yaratmaları tavsiye edilmektedir.

İkinci olarak uyarlanmış evrenselliğin saf evrensellik ilkesinden temel farkı devletlerin egemenliği ilkesini tamamen karşısına almamış olmasıdır. Bu ilke ülkesellik ilkesini tamamen reddetmeksizin, devletlerin iç hukuklarındaki iflâs rejimlerini evrimsel bir süreçte benzeştirmek suretiyle ve kademeli olarak dünya ölçeğinde yeknesak bir düzene ulaşmayı amaçlamaktadır.²⁸²

Uyarlanmış evrenselcilik, evrenselciliğin temel ilkesi olan malvarlığının dünya çapında toplanması ve dağıtılması gerektiğini kabul etmekte, ancak yerel mahkemelere

²⁸² Yeşilırmak, **Uluslararası Hukukta İflâs**, s.38.

kendi ülkelerindeki usûllerin hakkaniyete uygunluğunu değerlendirme ve yerel alacaklıların çıkarlarını koruma konusunda takdir yetkisi tanımaktadır.²⁸³

Uyarlanmış evrenselcilik, verimliliğin artması için birden fazla iflâs usûlünün eş zamanlı açılmasına izin verirken, aynı zamanda devletlerin yargısal egemenliğini de göz önünde tutmaktadır. Bununla birlikte, kamu düzeninin olumsuz yönde etkilenmesinin söz konusu olduğu veya alacaklılar için yeterli korumanın sağlanamadığı hallerde yabancı iflâs kararların etkisini kısıtlamaktadır.²⁸⁴

Bu noktada saf evrensellik ve ülkesellik ilkelerinin sırayla iflâsın birliği ve çok başlılığı karşılığıyla ele alındığını yeniden hatırlatmak gerekirse; uyarlanmış evrenselliğe göre ne iflâsın birliği ne de çok başlılık ilkeleri bir diğeri karşısında baskın olmalıdır. Somut durumun özelliklerine göre bu iki yaklaşım en makul ve esnek alternatifler olarak devreye girmelidir. Örneğin borçlunun sahip olduğu işletmenin tasfiyesinin birden çok ülkede gerçekleşmesinin gerektiği hallerde bunu her bir ülkedeki hukuk kuralları ve usûlleri uyarınca yapılması hem masraflı olacak hem de zaman kaybına yol açacaktır. Bu nedenle bu işlemlerde farklı ülkelerde geçerli olan tek bir usûli rejimin uygulanması alacaklılar açısından uygun olacaktır. Tabii ki bu noktada ilgili ülkelerin iç hukuklarında eşgüdümü sağlayıcı hükümler olmalı, özellikle devletler yabancı alacaklıların çıkarlarını hakkaniyete uygun bir şekilde gözetmeye izin verecek kanunlar ihtilafı kurallarını tesis etmiş olmalıdır. Buna karşın mal ve taleplerin dağıtılması usûlüyle ilgili olarak yerel gereklilik ve uzmanlığa ihtiyaç olması durumunda da birden çok ülkenin kendi idari ve usûli yapılarını kullanmaları daha yerinde bir çözüm olarak öne çıkmaktadır. Ancak bu durumda devletlerin yabancı devletlerle eşgüdüm ve iletişimini sağlayacak yapısal ve hukuki yapının oluşturulması esastır.²⁸⁵

Bu bağlamda uyarlanmış evrensellik asli ve tali iflâs usûlleri arasında bir ayrıma gitmektedir. Asli mahkeme, tüm süreci denetlemesi amacıyla belirlenen sorumlu asli

²⁸³ Westbrook, **Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies**, s.517.

²⁸⁴ Mevorach Irit, "Overlapping International Instruments for Enforcement of Insolvency Judgments: Undermining or Strengthening Universalism?" **European Business Organization Law Review**, 2021, s. 288

²⁸⁵ Yeşilırmak, **Uluslararası Hukukta İflâs**, s.39.

mahkemedir. Aynı yaklaşım tali/yan mahkemelerin esas mahkemeye karşı özel bir nezaket (*comity*) göstermesi gerekliliğini beraberinde getirmektedir.²⁸⁶

Uyarlanmış evrensellik ilkesi ülkeler arası işbirliği, iletişim ve bilgi paylaşımına dayanmaktadır. Bu ilkenin uluslararası düzlemde genel olarak kabul gören yaklaşım olmasının belki de en önemli özelliği ülke ayrımı gözetilmeksizin tüm alacaklıların eşit muamele görmesi ve kazanılmış haklara saygı idealinin hayata geçirilmesidir. Aynı doğrultuda ulusal hukuk rejimleri arasındaki farklılıkların söz konusu hak ve değerlere olan olası zararların giderilmesi birleştirici ve yeknesak bir yaklaşımla mümkündür. Aslında uyarlanmış evrensellik, uluslararası geçerliliğe sahip tek ve evrensel olarak kabul edilmiş bir iflâs usûlü oluşturmak amacıyla, tali mahkemelerin esas mahkemeye karşı özel bir nezaket (*comity*) göstermesi gerekliliğini beraberinde getirmektedir. *Comity* genel olarak *common law* hukuk geleneği içerisinde, ‘*müşterek hukuk*’ ailesine mensup yargıçlar arasında, yabancı yargı mercileri ile işbirliği ve yardımlaşmaya yönelik yerleşik geleneği ifade eder ve bu yargı yerleri arasında nezaketi ve işbirliğini teşvik eder. Ancak ‘*international comity*’ kavramının öne çıkan statüsüne rağmen, oldukça muğlak ve belirsiz olduğu düşünülmekte ve farklı sistemlerde farklı şekillerde anlaşılmaktadır.²⁸⁷ Uyarlanmış evrensellik, *de facto* olan bu geleneksel işbirliğini daha net bir hukuki çerçeveye sokarak istikrara kavuşturmayı amaçlamaktadır.²⁸⁸

Kısaca uyarlanmış evrenselcilik, uluslararası iflâs konusunda yaygın olarak tercih edilen bir yaklaşımdır. Bu yaklaşım, ülke bazlı düşünce tarzının kısıtlarını hafifletirken evrenselcilik uygulamasının zorluklarını da azaltmaktadır.

²⁸⁶ Mevorach, **Overlapping International Instruments**, s.286.

²⁸⁷ Mevorach, **Overlapping International Instruments**, s.286-291. Örneğin ABD’de *Cozumel* meselesinde mahkeme ‘*comity*’ kelimesinin kullanımının yabancı bir adli işlemin tanınması anlamına geldiğini, ‘*cooperation*’ kelimesinin ise çok daha geniş bir anlama karşılık geldiğini belirtmiştir. (CT Investment Management Co. LLC v Cozumel Caribe S.A de C. 482 BR 96 (Bankr, SD NY, 2012 <https://casetext.com/case/ct-inv-mgmt-co-v-caribe-in-re-caribe> Erişim Tarihi 2 Aralık 2023))

²⁸⁸ Yeşilırmak, **Uluslararası Hukukta İflâs**, s.40

3. GENEL HATLARIYLA ULUSLARARASI İFLÂSIN HUKUKU

3.1. Uluslararası İflâsın Hukuki Niteliği

İflâs, farklı ülkelerdeki ticaret özel hukuku ve medeni hukuk konularını uluslararası düzeyde uyumlaştıran milletlararası özel hukuk belgelerinin genellikle kapsamı dışında tutulmuştur. Birinci bölümden hatırlanacağı gibi iflâs hukuku tarafların çıkarlarını dikkate alan adalet prensibine dayalı bir kolektif bir usûli yapıyı geliştirmeyi, borçlunun malvarlığı değerini en üst düzeye çıkarmayı, israfı en aza indirmeyi ve sürdürülebilir işletmelerin kurtarılmasını sağlamayı amaçlamaktır ve buna uygun teknikler geliştirmektedir. Bu nedenle, uluslararası iflâs hukuku, sınır aşan durumlarda iflâsın hedeflerine ulaşmayı amaçlayan, sınır aşan iflâs için ‘*sui generis*’ bir milletlararası özel hukuk sistemi olarak gelişmesini sürdürmektedir.²⁸⁹ Bu gelişmekte olan transnasyonal iflâs sistemi, nerede olursa olsun ilgili tüm tarafları göz önünde bulundurarak malvarlığı değerini en üst düzeye çıkarmak ve işletmenin kurtarılmasını sağlamak için yabancı makamlar tarafından tanınan ve desteklenen işlemlerin etkili düzeyde merkezileştirilmesini öngörmektedir.²⁹⁰

Uluslararası ticari faaliyet yürüten şirketlerin sınır aşan iflâs sorunlarıyla karşılaştıklarında ortaya çıkan karmaşık hukuki sorunlar ve zorluklar, hukuk sistemlerinin farklılığından kaynaklanan ihtilaflar, tekrar eden usûli işlemler ve tarafların işbirliğine yanaşmaması gibi meseleleri kapsamaktadır.²⁹¹ En temel düzeyde, uluslararası iflâslarda iki önemli sorun ortaya çıkmaktadır: (1) iflâs ya da yapılandırmaya ilişkin davanın hangi mahkemede görüleceğinin tespiti ve (2) bu mahkemede hangi hukukun uygulanacağının belirlenmesi. Teorik olarak, ulusal düzeyde bir iflâsa temel teşkil etmesi gereken ilkelerin uluslararası bir iflâs durumuna

²⁸⁹ Ian F. Fletcher, **Insolvency In Private International Law: National and International Approaches**, Oxford University Press, 1999, s. 15

²⁹⁰ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s.855.

²⁹¹ Mevorach, **Overlapping International Instruments**, s.286-389

uyarlanması mümkündür. Ancak, ülkeler arasında maddi ve usûli iflâs kuralları farklılık gösterdiğinden, ihtilaflar ortaya çıkmaktadır. Dil farklılıkları, teamül hukuku ve medeni hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar, dava kültürlerindeki farklılıklar, farklı zaman dilimleri, davacılar için mevcut olan farklı kaynaklar ve bazı ülkelerdeki zayıf bankacılık altyapıları nedeniyle başka sorunlar da ortaya çıkabilmektedir.²⁹² Bu duruma ek olarak uluslararası iflâslarda tahkim usûlünün uygulanmasının etkin ve hızlı bir çözüm olup olmayacağı²⁹³ veya tahkim ve arabuluculuk²⁹⁴ usûllerinin daha adil²⁹⁵ bir yöntem olup olmadığı da tartışmalı konular arasında gelmektedir.

Çok uluslu iflâslarda, mahkeme öncelikle alacaklıların taleplerinin geçerliliğini ve dağıtımın hangi öncelik sırasıyla yapılacağını belirlemek maksadıyla bir uygulanacak hukuk analizi yapacaktır. Bu analiz iki yönlüdür ve mahkeme iki konuyu birbirinden ayırarak değerlendirmelidir: 1) alacağın geçerliliği ve miktarı; 2) iflâs usûlünden elde edilen gelirin paylaşılmasında bu talebin önceliğinin ne olduğu. Bu ayırım önemlidir, zira, ilk mesele tipik olarak iflâs hukuku kapsamında yer almazken, ikinci konu iflâs hukuku kapsamında yer almaktadır. Çok uluslu bir işletmenin iflâsında, genellikle, bir ülkenin hukuku alacağın varlığını ve miktarını düzenlerken, başka bir hukuk iflâsta dağıtım önceliklerini düzenleyebilmektedir. Ülkeselci bir iflâs hukuk sisteminde, mahkeme ilk konuda hangi hukuku uygulamayı seçerse seçsin, paylaşırma konuda her zaman kendi iflâs hukukunu seçecektir. Evrenselciliğin bir türünü benimsemiş modern iflas sistemine sahip bir hukuk sisteminde ise, mahkemenin paylaştırmayı yönetmek için başka bir ülkenin iflas kurallarını seçmesi söz konusu olabilecektir.²⁹⁶

²⁹² Altman, **A Test Case**, s.466; Mohan, S Chandra. “Crossborder Insolvency Problems: Is the UNCITRAL Model Law the Answer?”, **INSOL International Insolvency Review**, 2012, Cilt:21 s.200. Ayrıca bkz.: Fletcher, **The European Union Convention on Insolvency Proceedings**, s. 120.

²⁹³ Robert B. R Kovacs, **A Transnational Approach to the Arbitrability of Insolvency Proceedings in International Arbitration**. International Insolvency Institute, 2017. s. 92.; Wolfgang Kuhn, “Arbitration and Insolvency”, **Dispute Resolution International** Cilt: 5, Sayı: 2, 2011, s.207

²⁹⁴ Gölcüklü **Milletlerarası Özel Hukukta İflâs**, ss.195-198.

²⁹⁵ Mihailis E. Diamantis, “Arbitral Contractualism in Transnational Bankruptcy”, **Southwestern University Law Review**, Cilt: 35, 2006, 327-360.

²⁹⁶ Westbrook, **Universalism and Choice of Law**, s.626; Jay Lawrence Westbrook, “Avoidance of Pre-Bankruptcy Transactions in Multinational Bankruptcy Cases”, **Texas International Law Journal** Cilt: 42, 2007, s.901

Çok uluslu iflâslar, yabancılık unsurlu uyuşmazlıkların diğer görünümlerinden farklıdır. Zira malvarlığının dağıtımını sağlamak amacıyla oldukça seri bir şekilde hareket ederek en yüksek değeri elde etmek için birden fazla hukuk düzeninde eş zamanlı ve ivedi olarak harekete geçilmesi ve işbirliği yapması gerekmektedir. Bu aciliyet, hem tasfiye hem de yeniden yapılandırma usûlleri açısından söz konusu olmaktadır.²⁹⁷ Sınır aşan iflâsın ortaya çıkardığı sorunlar arasında; yürürlükteki kanunların muğlaklıkları, yabancı mahkemelerdeki işlemlere katılım konusundaki belirsizlik ve dilden kaynaklı problemler yer almaktadır. Ayrıca, usûli adaletin sağlanması, alacaklılara eşit muamele, ve teminatların geçerliliği ve icra kabiliyeti konusundaki belirsizlikler de bağlantılı sorunları teşkil etmektedir. İşçiler ve diğer zayıf konumdaki grupların menfaatlerinin korunması, alacaklıların karşılaştıkları belirsizlik nedeniyle artan borçlanma maliyetleri, alacağın tahsilindeki gecikmeler ve çeşitli ulusal kamu düzeni menfaatlerinin korunmasındaki zorluklar da sınır aşan iflâsın önemli ve çözülmesi gereken sorunları arasında bulunmaktadır.²⁹⁸

Bu çalışmada ele alınan çeşitli uluslararası sözleşmeler, model kurallar ve karşılaştırmalı hukuk verileri, uluslararası iflâs süreçlerinin özgün sorunlarını çözmeyi hedeflemektedir. Bu tür hukuk kuralları kesin bir çözüm sunmaktan ziyade, taraflar ve mahkemeler için belirsizliği ve karmaşayı gidermeye yönelik bir çerçeve oluşturarak, daha net ve uyumlu bir hukuki yaklaşımın önünü açmayı hedeflemektedir.

3.2. Uluslararası İflâsta Çatışan / Korunan Menfaatler

Uluslararası iflâs bağlamında koruma sağlanması beklenen menfaatleri, kişi yönünden devlet ve özel hukuk kişilerinin menfaatleri; yer yönünden ise ulusal/ülkesel ve uluslararası/sınır aşan menfaatler şeklinde sınıflandırılabilir.

²⁹⁷ Westbrook, *Empirical Study*, s. 250.

²⁹⁸ Sandeep Gopalan ve Michael Guihot, “Recognition and Enforcement in Cross-Border Insolvency Law: A Proposal For Judicial Gap-Filling”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, C. 48, 2015, ss. 1225-84, s. 1228.

3.2.1. Devletin Menfaati

Devlet, hukuki belirliliğin sağlanmasında doğrudan menfaat sahibidir. Hukuki belirliliğin sağlanması için yasa koyucunun, açık ve anlaşılır hukuk kuralları oluşturması gerekmektedir. Bu sayede kişiler haklarının ve sorumluluklarının içeriğini tespit edebilir ve gerçekleştirecekleri işlemlerde karşılaşabilecekleri riskleri öngörebilirler. Yine bu sayede mahkemelerin ve diğer idari teşkilatlanmanın yasaları gecikmesizin uygulaması sağlanabilecektir. Yargı mekanizmasının etkin bir şekilde işleminde devletin doğrudan menfaati vardır.

Hukuk ve adaletin tesis edilmesi, meşruluğunun temelini sağlaması nedeniyle devletin temelini teşkil eder. Bu durum, devletin hem iç egemenliği hem de dış egemenliği açısından önemlidir. İç egemenlik, devletin kendi sınırları içinde hukuk ve düzeni sağlama yeteneğini ifade eder. Bu, vatandaşların haklarını koruyabilme ve adaleti sağlayabilme kapasitesine işaret eder. Dış egemenlik ise devletin uluslararası alanda otoritesini ve bağımsızlığını sürdürebilme yeteneğini kapsar.²⁹⁹ Her iki durumda da hukuk ve adaletin sağlanması devletin etkinliğine doğrudan etki eder ki bu da devlet iktidarının meşruluğu ile doğrudan ilişkilidir.³⁰⁰ Başka bir deyişle etkinlik, ancak hukuk ve adaletin hatasız bir şekilde sağlandığı durumda güvence altına alınabilir. Dolayısıyla, devletin hem meşruluğunu hem de etkinliğini koruyabilmesi için hukukun ve adaletin sağlanması hayati önem taşır.

Devlet, bu iki ögeyi koruyarak ve sürdürerek, iç ve dış egemenliğini ve etkinliğini en üst düzeyde tutmayı amaçlar. Bu nedenle, hukuk ve adaletin sağlanması, her devletin temel çıkarıdır. Devletin bu menfaati, iç ve dış egemenlik ayrımına paralel olarak ulusal/ülkesel ve uluslararası/sınır aşan menfaatler olarak iki ana başlık altında incelenebilir.

²⁹⁹ John P. Grant, **International Law**, 1. ed., Dundee: Dundee Univ. Press, 2010, ss.55-56.

³⁰⁰ Devlet iktidarının meşruluğunun hukuk ve adalet bağlamında ele alınması için bkz.:David Beetham, **Legitimation of Power**, Macmillan, 1991, s.4; Norberto Bobbio, **Democracy and Dictatorship: The Nature and Limits of State Power**, Cambridge: Polity Press, 1989, s.82.; Michel Rosenfeld, "Michel The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", **Southern California Law Review**, 74, 2001, s. 1328.

3.2.1.1. Devletin Ulusal Menfaati

Yabancı iflâs kararlarının etki doğurmasında devletin egemenliği meselesi; kamu hukuku ve özel hukuk arasında keskin ayrımın yapıldığı ve para ya da teminat alacağının tatmin edilmesi maksadıyla başvurulabilen iflâs usûlünün, bir cebri icra yolu olarak kabul edildiği tüm hukuk düzenlerinde belirleyici bir etken olmuştur.³⁰¹ Bu ülkelerde yerleşik kamu hukuku anlayışı; iflâs usûllerinin cebri icra niteliği taşımasını gerekçe göstererek, devletin egemenliğini ilgilendiren asayiş kurallarından sayılmasını zorunlu hale getirebilmektedir.

İflâs usûlünde ülkesellik ilkesine³⁰² ağırlık veren yaklaşım, temel argümanını iflâs kurallarının ve mahkeme kararlarının kamu hukuku niteliğine dayandırmaktadır. Ancak bu gerekçe iflâs usûllerinin özel hukuk menfaatlerini korumaya yönelik olduğu gerçeğini göz ardı etmektedir. Örneğin İsviçre hukukunda, Federal Yüksek Mahkeme'nin *Ammon* kararı ile bu gerekçeyi terketmiştir. Kararla; “*özel hukuka hizmet eden yabancı kamu hukuku normlarına*” dayanan yabancı mahkeme kararlarının tanınabileceği kabul edilmiştir.³⁰³ Tüzel kişiliğin mahkeme kararıyla sona erdirilmesi, gerçek kişilerin ehliyetinin sınırlandırılması, vasi tayini ve azli, evlat edinme gibi *özel hukuka hizmet eden* kamu hukuku düzenlemelerine dayalı yabancı mahkeme kararlarının tanınmasının mümkün olduğu düşünüldüğünde iflâs meselesinin salt kamu hukuku olup olmadığı meselesi de artık tartışmalı hale gelmektedir.³⁰⁴

³⁰¹ Bkz. Yuk. 1.3.

³⁰² Bkz. yuk. 2.3.1

³⁰³ Bkz. *Urteil Der I. Zivilabteilung Vom 2. Februar 1954 i. S. Ammon Gegen Royal Dutch Company*, BGE 80 II 53: “İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’ndan (IPRG) “özel hukuk” kriteri kaldırılmıştır çünkü hukukun pratik gereksinimlerini artık daha fazla karşılamamaktadır” (47 numaralı açıklama - BBI 1983 I 309). IPRG md. 13’e göre, uygulanacak hukuka karar verilirken, kamu hukuku karakteri taşıyan ya da taşımaması, yabancı hukukun tüm kurallarına birlikte atıf yapılmaktadır: IPRG md.13 [FR]: “[...] L’application du droit étranger n’est pas exclue du seul fait qu’on attribue à la disposition un caractère de droit public.”; [EN]: “[...] The application of a provision of foreign law is not precluded solely because the provision is attributed the character of public law.”

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F80-II-53%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document.

³⁰⁴ Breitenstein, *Internationales Insolvenzrecht*, s. 32

Bu noktada birinci bölümde değinmiş olduğumuz iflâs hukukunun kamu hukuku veya özel hukuk alanlarından hangisine dahil olduğuna dair tartışmaları tekrar hatırlamak gerekir.³⁰⁵ İflâs hukuku her ne kadar özel hukuka daha yakın gibi görünse de kamu hukukuna dair temel kavram ve ilkelerden tamamen bağımsız değildir.

Kıta Avrupası'nda, özellikle Roma-Germen Hukuk Ailesi'ne dahil olan ülkelerde, iflâs uzun süre sadece bir takip usûlü, iflâs kararı da bu takibin bir aşaması olarak ele alınmış ve iflâsın hükümleri cebri icra işlemleri olarak kabul edilmiştir. Cebri icra işlemi olarak ele alınmasının doğal sonucu olarak iflâs bir asayiş meselesi olarak görülmüş ve devletin *imperium* yetkisine ve dolayısıyla ülkesellik prensibinin hâkimiyetine terkedilmiştir. Sonuç olarak da yabancı iflâs kararlarına etki tanınmamıştır.³⁰⁶ Hatta, yirminci yüzyılın ilk çeyreğinde iflâsın devletin *dominium* yetkisinin görünümü olan kamulaştırma ve müsadereyle birlikte anılabilecek kadar kamusal bir görünüme büründüğü görünmektedir.³⁰⁷

Bu tarihsel süreçte, hiç şüphesiz ulus devlet anlayışının hâkim olması, çok uluslu imparatorlukların yıkılması ve çeşitli ülkelerde milliyetçi devlet doktrinlerinin belirleyici hale gelmesi önemli rol oynamıştır. Aynı dönemde gerçekleşen Birinci Dünya Savaşı ve İkinci Dünya Savaşı'na giden süreçte yaşanan Büyük Buhran da tarihsel sürecin ana dinamiklerinden olmuştur. Bu süreç aynı zamanda, Roma-Germen hukuk geleneği başta olmak üzere, devletin kamusal gücünün özel hukuk alanına yoğun bir şekilde müdahale ettiği bir döneme sahne olmuştur.

³⁰⁵ Bkz: yuk. 1.2.3.

³⁰⁶ Bkz. örneğin İİD, E.3594, K.6755, T: 19.6.1969: “*Takip ve muhakeme usûllerine ait kanun hükümleri Devletin hükümrânlık yetkisine ve kamu düzeni düşüncesine dayandıklarından ancak o devletin Millî sınırları içinde uygulanır.*” aynı yönde YHGK. E.1998/12-287 K.1998/325 T: 6.5.1998: “*Cebrî icra her devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkilerindendir. Yine cebri icra devletin egemenlik ve hükümrânlık haklarının kullanılmasının doğrudan bir sonucudur. O nedenle devletin nüfuz ve iktidarını simgeleyen bir hâkimiyet tasarrufudur.*”

³⁰⁷ Max Huber'in *Island of Palmas* (Nisan, 1928) tahkiminde yaptığı ve yaygın olarak benimsenen egemenlik tarifine göre *imperium*; devletin ülkesel egemenliğinin (*territorial sovereignty*) *dominium*'la beraber iki iç unsurundan biridir. Max Huber, *imperium*'u “Devlet'in kendi fonksiyonlarını yerine getirirken diğer tüm Devletleri hariç tutabildiği” hâkimiyet yetkisi olarak tarif etmektedir. *Dominium* yetkisini ise, kendi sınırların içerisinde bulunan tüm gayrimenkullerin, toprakların mülkiyet hakkına sahip nihai malik olma yetkisi olarak nitelendirmektedir. (Reports of International Arbitral Awards, Cilt II, s. 829-871).

Örneğin Türkiye’de, İttihat ve Terakki hükümeti I. Dünya Savaşı’nın yarattığı fırsatı değerlendirerek 1914’te kapitülasyonların kaldırılmasını sağladıktan sonra³⁰⁸, hala yüzü Fransız Hukuku’na dönük olan Osmanlı’da oluşan boşluğun kapatılması için, Fransız medeni kanunundan esinlenilerek, 8 Mart 1915’te Memâlik-i Osmaniye’de Bulunan Ecanibin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat (Ecneblerin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Muvakkat Kanun - EHVK) yürürlüğe konmuş, kanun daha sonradan Lozan Heyeti tarafından da kabul edilmiştir.³⁰⁹ EHVK’nın 2. maddesi “emniyete ve asayişe ilişkin kanunlar” kavramına ya da bugün kullanılan daha nazik ifadesiyle “doğrudan uygulanan kurallar”a yer vermiş “*Türkiye’de mutaden bulunan yabancılar hakkında kamu hukuku kuralları aynen caridir*” denilerek kamu hukukuna giren konular yabancılar bakımından da ülkesellik esasına bağlanmıştır. Kamu Hukuku’na giren konuların ülkesellik esasına bağlanmasında şaşırtıcı bir durum yoktur. Öte yandan, “emniyet ve asayişe ilişkin kanunlar” teriminin “özel hukuk alanında yer alan ve meşru menfaatlerin korunmasını sağlayan mevzuat hükümlerini de kapsadığı konusunda bir görüş birliği olduğu görülmektedir”.³¹⁰ “Zamanla doktrin, emniyet ve asayişe ilişkin kanunlar kavramını yaymak eğilimi göstermiştir”.³¹¹ “Şirket mukaveleleri, iflâs, sigorta akitleri, meslekî sorumluluk, nafaka, vesayet gibi müesseseleri düzenleyen kuralların da emniyet ve asayişe ilişkin kanunlar kapsamına sokulması önerilmiştir.”³¹² Bu yaklaşımın neticesi EHVK’nın 4. maddesinde görülmektedir. Madde, “yabancılarla ilgili ticari davaların Türkiye mahkemelerinde Türkiye’nin kanunlarına, yönetmeliklerine ve usûllerine uygun olarak inceleneceğini” belirtmektedir.³¹³ İflâsa ilişkin kuralların o dönem

³⁰⁸ Düstur, İkinci Tertip, Cilt VI, sf. 1273’ten aktaran Bozbey Fatih, “Kapitülasyonların İlgasına Geçici Tedbirler: Ecneblerin Vezaif ve Hukuku Hakkında Kanun-u Muvakkat ve Hukuk-u Aile Kararnamesi”, s.6

³⁰⁹ Göğer, **Devletler Hususî Hukuku**, s.396-397.

³¹⁰ Osman Fazıl Berki, **Türk Hukukunda Kanunlar İhtilafı**, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971, s.41.

³¹¹ Göğer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 396

³¹² Seviğ V. R., **Ticari Sahadaki Kanunlar İhtilafı**, s.232

³¹³ Muammer Raşit Seviğ, **Devletler Hususi Hukuku: II. Cilt**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1943 s. 262 (DHH C.II); madde, yazılı ifadesi bakımından Türkiye’deki yabancıların Türk mahkemelerinin kararlarından ve Türk kanunlarının egemenliğinden kaçınmaya çalışmalarına engel olan bir düzenlemedir. Türkiye’deki hukuki ilişkiler hakkında Türk mahkemelerinin ve Türk kanunlarının ne kadar yetkili olacağını belirlemekle ilgilenir. Bu açıdan, egemenliği destekleyen bir savunma niteliğinde kaleme alınmış bir yaklaşımı vardır. (Vedat Raşit Seviğ, Türkiye’nin Devletler Hususî Hukuku Sisteminde Müktesep Haklar Nazariyesinin Tatbik Şartları, **MHB**, ss. 101-102.

yürürlükte olan Kanunname-i Ticaret içerisinde düzenlendiği de dikkate alınacak olursa³¹⁴, ticarete ilişkin konuların iflâsı da kapsayacak biçimde emniyet ve asayişe yönelik kanunlar kapsamına alındığı görülmektedir.

Bugün geline nokta iflâs hukuku da dahil olmak üzere özel hukuk ilişkilerinin ulus devletin kışkanç egemenlik anlayışı çerçevesinde kontrol altına alınmasının modası geçmiş bir yaklaşım olduğı söylenebilir. Yukarıda evrenselci ve ülkeselci görüşler arasındaki tartışmalarda da değinildiğı gibi, devlet menfaatinin bu şekilde korunması yerine küresel ekonomik düzenin gereklilikleri doğrultusunda yeniden düzenlenme ve evrensel normlara uyum sağlama gereğı ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, iflâs hukuku gibi özel hukuk dallarının uygulamaları da, işlem yapısının uluslararası karakteri gözetilerek reforme edilmelidir. Küreselleşen dünyada, iflâs hukuku gibi özel hukuk dallarının evrensel normlarla uyumlu olması, iş ilişkilerinin düzgün işlemesi ve adaletin sağlanması adına kaçınılmaz bir zorunluluk haline gelmiştir.

Çünkü bu durum, devletin ekonomik istikrarını ve uluslararası ticari itibarını olumlu yönde etkileyecektir. Yürürlükte olan hukukun belirsiz ve uluslararası standartlara uymayan boyutları, yabancı yatırımcıları caydırabilir ve ekonomik büyümeyi engelleyebilir. Ancak, hukukun evrensel normlara uyumu, hem iç hem de dış yatırımları teşvik eder, sermaye akışını hızlandırır ve ekonomik refahı artırır. Ayrıca, küresel standartlara uyum, ticari ilişkilerde güven ve öngörülebilirliğı sağlar, iflâsların yönetimini kolaylaştırır ve bu işlemlerin maliyetini düşürür. Bu nedenle, devletin menfaati bağlamında düşünüldüğünde, global ekonomik düzenin gerekliliklerine uyum sağlayan ve evrensel hukuk normlarına adapte olan bir hukuk sistemi esas alınmalıdır. Bu bağlamda, hukukun uluslararasılaşması, devletin ulusal çıkarlarının korunmasının yanı sıra küresel çapta bir prestij kazanmasını ve ticaret elçisi olarak yer almasını da sağlar. Devletin, özel hukuk ilişkilerinde de evrensel hukuk kurallarını benimsemesi ve yerleşen dünyada uluslararası uyum ve işbirliğı sağlaması, ulusal ekonomiye değer katarak toplumsal refahın artırılmasına katkıda bulunur.

³¹⁴ Bkz. yuk 1.3.

İflâs hukuku; devletin toplumsal hayata ekonomik ve siyasi müdahalesini değil, ekonomik sürdürülebilirliği de göz önünde tutarak, kişiler arasındaki menfaat dengesinin onarılmasını, hukuk barışına ulaşılmasını; böylelikle hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasını amaçlamaktadır. İflâs kurallarının özü, özel hukukun bu temel hedefini yansıtmalıdır. İflâs kurallarında gözetilen kamu yararlarının özel hukuk menfaatlerine hizmet ettiği, kamu düzeni menfaatinin istisna olduğu unutulmamalı; kuralın “hakkın alınması” istisnanın (sınırın) ise “kamu düzeni” olduğu hatırlanarak konu el alınmalıdır. Günümüzde iflâsla korunan menfaatlerin, kusurlu bir taciri cezalandırmanın ötesine geçen ihtiyaçları vardır. Bu ihtiyaçlar, hem siyasal hem de ekonomik gelişmelerin toplumu ulaştırdığı sonucu yansıtmaktadır. İflâs hukuku kuralları bu ihtiyaçlara cevap verebilmeyi hedeflemelidir. Modern iflâs kurallarıyla hedeflenen; öncelikle iflâstan kaçınılması, borçlu tacirin ticarete geri kazandırılıp ekonomik faaliyetine devam edebilir hale gelmesi ve böylelikle alacaklılarıyla tüm borç ilişkilerini müspet bir biçimde sonlandırarak ekonomik varlığını, devinimini sekteye uğratmaması (reanimasyon); şayet bu amaca ulaşılamıyorsa müflisin malvarlığının öncelikle en üst düzeye çıkartılarak buradan alacakların tatmin edilmesi ve böylece henüz tükenmemiş finansal kaynakların alacaklılar tarafından daha etkin bir biçimde ekonomiye geri kazandırılmasıdır.³¹⁵ Yine, iflâsın takibin bir aşamasından ibaret olduğu düşüncesi de terk edilmektedir. Öte yandan, iflâs hukukunun hedeflerine ulaşılması için devletin onaylayıcı ve tazyik edici işlevine ihtiyaç duyulabilecektir. Devletin düzenleyici ve denetleyici fonksiyonu, iflâs usûllerinde de hukuk güvenliğini sağlayacak düzenlemelerin yapılmasını amaçlamalıdır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki bu düzenlemeler yapılırken, iflâsla korunmak istenen menfaatlere yani iflâsın hedeflerine ters düşmeyecek yöntemler kullanılmalıdır.

İflâsın bir asayiş meselesi olarak ele alınması yerel mahkemeye münhasır yetki tesis eden bir çerçeveyi de kaçınılmaz kılacaktır.³¹⁶ Bu yaklaşımla uyumlu olarak Türk hukukunda, bugünkü halini 538 Sayılı Kanun’un 74. maddesi ile alan yetkiye ilişkin

³¹⁵ Pekcanıtez, **İflas, İflas mı Ediyor**, s. 50.

³¹⁶ MÖHUK md. 54/b ; “[...] Hal böyle olunca; davanın sadece belirtilen hukuki nitelik ve kapsamı içinde ve “kamu düzeni”, “münhasır yetki” esaslarının etkisi altında değerlendirildiğinde; Türk mahkemesinin ülke içi yetkisinin ve ona bağlı olarak milletlerarası yetkisinin varlığının kabulü kaçınılmazdır” (HGK E. 1998/12- 287, K. 1998/325, T. 6.5.1998)

kuralın düzenlendiği İİK md. 154'ün gerekçesinin izah edildiği 39. Adalet Komisyon raporunda şu ifadelere yer verilmiştir: “İflâs davası için borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinin yetkili sayılması, amme menfaati için kabul edilmiş bir esas olup amme intizamındandır”. Burada yasanın ruhunu da gösteren raporda, borçlu ve alacaklıların yer bakımından menfaatlerinin dengesinin gözetileceği yere karar verilirken, çoğalmaya elverişsiz kesin yetki kuralı düzeyiyle durulmayıp, kural kamu düzeni niteliğiyle tahkim edilmiş³¹⁷ ve münhasırlık zırhına³¹⁸ büründürülmüştür.

İflâsın bir asayiş meselesi olarak kabulü; ülkesellik ve evrensellik ilkeleri üzerine sürdürülen tartışmalarda da görüleceği üzere, iflâsın gayesi ve iflâs usûlünün ortaya çıkardığı mevcut sonuçlar arasında doku uyumsuzluğu yaratmakta, korunmak istenen menfaatin esası ve bunu koruma usûlü değerlendirilirken iki ilkenin yarışırılması, gerek mahkeme kararlarında gerekse doktrinde çelişkili yaklaşımların ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir.

Türkiye’de iflâs eden müflisin yabancı ülkedeki alacaklısının, alacağını tespit eden yabancı ilâmın tanınması yoluyla iflâs masasına kaydedilmesinin konu edildiği bir davada³¹⁹; ülkesellik prensibiyle evrensellik prensibinin yarattığı uyumsuzluk

³¹⁷ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, **İcra ve İflas** s. 408; Kuru, **İcra-İflas**, s. 506; Kuru, **El Kitabı**, s. 946; Abdurrahim Karşlı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, Alternatif Yayıncılık İstanbul 2014, s. 232; Murat Atalı “Avrupa Birliği’nde İdare Merkezi Teorisinin Milletlerarası İflas Hukuku Bakımından Geçerliliği”, **MİHDER**, C.2 Sayı: 4 Yıl: 2006, ss. 881-905, s. 903; Güneysu-Güngör, **Milletlerarası Özel Hukukta İflâs**, s. 126; Yeşilırmak, **Uluslararası Hukukta İflâs**, s. 190-191; Ergin Nomer, **İflas Davalarında Milletlerarası Yetki Anlaşmaları**, s. 5; Ali Önal, Yabancı Unsurlu İflas Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu, **Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD**, C: 16, 2014, s. 2881-2907, s. 2885

³¹⁸ Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 226; Nomer, **İflas Davalarında Milletlerarası Yetki Anlaşmaları**, s.5; Güneysu-Güngör, **Milletlerarası Özel Hukukta İflâs**, s.181-182; Yeşilırmak, **Uluslararası Hukukta İflâs**, s.211; Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5.Baskı, İstanbul, Beta, 2013, s.149; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.377; Aysel Çelikel, ve B. Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 17. Baskı. İstanbul, Beta, 2012, s. 549; Emre Esen, **Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi’nde Münhasır Yetki Kavramı**; **MHB**, ss. 183-206, s.199; Pelin Güven, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.106.

³¹⁹ Olayda, İngiliz mahkemesi tarafından verilen bir alacak tahsili kararının Türkiye’de tenfizi amacıyla dava açılmıştır. Ancak, dava esnasında borçlunun iflâs ettiği anlaşıldığı için, tenfiz davası takipsiz bırakılarak tanıma yoluna dönülmüştür. Burada amacın İngiliz mahkemesinin ilamının, tanınma sürecinin ardından Türkiye’de kesin delil ve hüküm gücü kazanması olduğu, böylelikle, yabancı mahkemenin hükmettiği alacağın iflâs masasına kaydı mümkün hale geleceği ifade edilmektedir. (Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Beta, 2013, s. 527)

gerek derece mahkemeleri arasında gerekse doktrinde çelişkili sonuçlara ulaşılmasına sebep olabilmektedir. Doktrinde bir görüş, ülkesellik ilkesinin yansıması olan iflâs davalarındaki münhasır yetki kuralı sebebiyle yabancı alacağa ilişkin ilâmın tanınmasının ve tenfiz edilmesinin mümkün olmayacağını³²⁰; olsa bile Türk iflâs mahkemesi bakımından bir sonuç ifade etmeyeceğini savunmuştur.³²¹

Bunun karşısında daha ikna edici olan bir diğer görüş ise, alacağını iflâs masasına kaydettirmek isteyen yabancı alacaklının, yabancı mahkemeden alacağa ilişkin aldığı ilâmı, artık apostille şerhi ya da konsolosluk onayıyla resmi belge gücü kazandırabileceğini ve masaya kaydettirebileceğini³²², tanıma davasına dahi lüzum olmadığını ileri sürmüştür.³²³

Tartışmaya konu olay; derece mahkemelerinde de doktrindekine benzer görüş ayrılıklarına sebep olmuş, ilk derece mahkemesinin, kararı bozan özel daireye direnmesi sebebiyle, Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlıkta alacağa ilişkin ilâmın tanınabileceği ve iflâs masasına kaydettirebileceği yönünde karar verilerek ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur.³²⁴

Burada, kanaatimizce alacağı tespit eden yabancı mahkeme ilâmına apostil şerhi ya da konsolosluk onayı verilerek artık Türkiye’de iflâs masasına resmi senet olarak kabulü mümkün olduğu için; ilk derece mahkemesinin daha ilk başta menfaat olmaması gerekçesiyle tanıma talebini dinlememesi dahi düşünülmelidir.³²⁵ Öte yandan, yabancı ilama kesin delil gücü katacak olan MÖHUK md. 58(3) göz önünde tutulacak ise, tanıma kararı verilerek masaya kaydı gerekirdi. Ne var ki, ülkesellik ve

³²⁰ MÖHUK md. 54(b)

³²¹ Ergin Nomer, “İflâs Davalarında Milletlerarası Yetki Anlaşmaları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 85, Sayı: 6, 2011, s.10

³²² HMK md. 224, İİK md. 219(2) ve aynı anlama gelmek üzere İİK md. 221/1

³²³ Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 530-531

³²⁴ YHGK, E. 2009/19-161, K. 2009/207, T. 27.5.2009.

³²⁵ Yabancı mahkeme kararının tanınması talebinde tanıma isteyen tarafın tanıma veya tenfiz talebinde bulunmakta menfaati bulunmalıdır. Davaya konu olayda, yabancı ilama delil kuvveti kazandırmak için tanıma talep edilmektedir. Bu noktada hatırlanması gerekir ki, bir delilin önceden belirlenmesi talebinde bulunmak için, bu delilin tespitinden bir menfaat elde edilmesi gereklidir. (Emel Hanağası, **Davada Menfaat**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s.22 ve eşlik eden dipnotlar). Bu durumda, yabancı karara delil kudreti vermek için masaya kaydı önceleyen itirazın varlığı da gerekli olacaktır.

evrensellik yaklaşımlarının tutarlı bir şekilde uygulanmamasının yarattığı belirsizlik nedeniyle, 2004 yılı başında ilk derece mahkemesinin önüne gelen davaya, Genel Kurul 2009 yılı sonunda karar verebilmiştir. Şayet, yerli alacaklıların önden tatmin edilmesi gibi meşru olmayan bir menfaat gözetilmiyorsa bile; yabancı alacağın tatmin edilme umuduyla – eğer hala mümkünse- iflâs masasına kaydedilmesi 5 yıl sürebilmiştir. İflâs usûlünün amacının, alacaklıların, borçlunun malvarlığını hızlı bir biçimde devletin etkisinden olabildiğince uzak bir şekilde ve alacaklıların eşitliği ilkesine göre tasfiye etmesi olduğu göz önünde tutulduğunda; eşitlikten anlaşılanın eşit işlem değil, ülkesel işlem olduğu, bu durumun, gerek ekonomi politikasının gerekse özel hukuk politikasının belirleyici ilkelerinden olan eşit işlem ilkesiyle tahkim edilmesi gereken alacaklıların eşitliği ilkesine ne ölçüde zarar verdiği, yine usûl ekonomisi yönünden bakıldığında ise yargı mekanizmasının etkinliğini ne ölçüde sekteye uğrattığı, adaletin teselli vermediği bu olayda açıkça görülebilmektedir.

Devletin ülkesel menfaatleri arasında sayılabilecek işlem menfaati, daha çok iflâsın etkilerine uygulanacak hukukla birlikte düşünülmesi gereken bir menfaattir. Zira iflâs, özel hukuk kişilerinin sözleşmeden doğan ve sözleşme dışı sorumluluktan kaynaklanan borç ilişkilerine ciddî biçimde zarar verebilmektedir. Burada devletin işlem güvenliğini sağlanması gerekmektedir. Eğer gerçek kişilerin iç hukukun uygulanmasını beklemelerinde işlem güvenliği sebebiyle korunması gereken meşru bir menfaat varsa, *locus regit actum* olarak *lex fori*'nin tatbiki uygun olacaktır. Böylesi bir beklenti eğer taraflar arasında iç hukuktan kaynaklanan; baskın, daha sıkı bir ilişki mevcutsa meşru olacaktır.

3.2.1.2. Devletin Uluslararası Menfaati

Bu başlık altında çıkış noktası olarak; devletlerin iç hukuk ve iç egemenlik anlayışlarından doğduğu düşünülebilecek tekilci ve ulusalcı (ülkeselci) iddiaları, sadece kendi ulusal sınırları içinde değil, aynı zamanda uluslararası bir bağlamda da dile getirebilecekleri bir olasılık üzerinde durabiliriz. Bu, örneğin, bir devletin iflâsla ilgili kararlarının teorik olarak sadece kendi coğrafi sınırları içinde değil, sınırlarının ötesindeki mal varlıkları veya taraflarla ilgili olarak da olabileceğini düşündürebilir. Bu durum, evrenselcilik karşısında ulusal iddialarını savunan devletlerin

perspektifinden bakıldığında belirgin bir ironi oluşturabilir. Başka bir deyişle, bir devletin, ülkeselci motiflerle evrenselci iddialarda bulunması; iflâsla ilgili kararlarının sadece kendi coğrafi sınırları içinde değil, sınırlarının ötesindeki varlıklarla veya taraflarla ilgili olarak da olabileceğini düşündürebilir.

Bu çelişkinin temelinde iflâs hukukunun temel bir önermesi yatmaktadır. İflâsın sonuçlarıyla gözetilen menfaatlere ulaşılabilmesi için tabiatı gereği verilen iflâs hükmünün dünyanın her yerinde sonuç doğurması beklenmektedir. Zira, müflisin malvarlığı her yerde bulunabilir. Bu yüzden farklı hukuk düzenlerinin, kendi iflâs kararlarına evrensellik atfetmesi; diğer bir deyişle kendi iç hukuk düzenlerinde verilen iflâs kararlarına sınır aşan, ülke aşan bir etki tanınmaları son derece anlaşılırdır.³²⁶ Ancak temel sorun bu tür kararların başka ülkelerde otomatik bir şekilde tanınma ya da tenfizinin olmamasıyla karşımıza çıkmaktadır.³²⁷ Bu durum, 1904 tarihli Lahey Konferansı'nda "yasallaşmış hırsızlık" olarak dahi addedilmiştir.³²⁸ Bu şekilde verilen kararlar farklı ülkelerdeki alacaklı ve borçlu arasında denge tesis etmekten oldukça

³²⁶ İİK md.184'e göre, "iflâs açıldığı zamanda müflisin haczi kabil bütün malları hangi yerde bulunursa bulunsun bir masa teşkil eder ve alacakların ödenmesine tahsis olunur. İflâsın kapanmasına kadar müflisin uhdesine geçen mallar masaya girer." Yine İcra ve İflâs Kanunu'nun Tatbikatına Dair Nizamname'nin 40(3) maddesinde, "ecnebi memleketlerde bulunan mallar, Türkiye'de açılan iflâs lehine paraya çevrilip çevrilemeyeceği hususu nazara alınmaksızın iflâs defterine kaydolunur". İki kural, sırasıyla SchKG md. 197 ve İsviçre İflâs İdaresi Yönetmeliği (KOV) md. 27'den iktibas edilmiştir. Öte yandan, "İİK md. 184'ün mehz kanundan iktibas edilmesi esnasında; iflâsın tekliği ilkesini kanton sistemine sahip İsviçre topraklarına hasreden [SchKG] md. 55'in, İİK'ya alınma[dığı]; dolayısıyla Türkiye'de iflâsın tekliği prensibinin iç hukukla tahdit edilme[dığı]" görüşü doktrinde öne sürülmüştür (Altuğ, **Yargı Yetkisi**, s.162) Söz konusu kural şu şekildedir: "İflâsın birliği (külliliği) ilkesi: İflâs İsviçre'de aynı anda birden fazla yerde açılmaz. İlk tefhim edildiği yerde açılmış sayılır." ([FR] SchKG art. 55: *Principe de l'unité de la faillite: "La faillite ne peut être ouverte en même temps dans plusieurs endroits de la Suisse. Elle est réputée ouverte là où elle a été prononcée en premier lieu."*) Kanaatimizce bu kuraldan yola çıkılarak evrensellik prensibinin yansıması olan iflâsın birliği prensibinin İsviçre ülkesine tahdit edildiği, yani İsviçre'de yetki konusunda ülkesellik prensibinin geçerli olduğu, Türkiye'de ise aksine evrensellik prensibinin geçerli olduğu sonucuna ulaşılması metodolojik olarak doğru olmayacaktır. Şöyle ki; İsviçre'de medeni usûl hukuku konusunda kanun yapma yetkisi Federal Anayasa gereğince kantonlara aittir (Bkz. yukarıda 1.3.). Burada kuralın (SchKG md. 55) lafzına bakılarak İsviçreli Federal yasa koyucunun, İsviçre topraklarında yetki ihtilaflarını engellemek maksadıyla tıpkı İİK md. 154'te olduğu gibi çoğalmaya elverişli olmayan bir iç yetki kuralı tesis ettiği söylenebilir. Ancak bu yetkinin münhasır nitelik taşıyıp taşımadığı; kuralın konuluş amacı, kamu düzeniyle bağlantı ölçüsü ve iflâs davasının özelliklerinin İsviçre hukukunda nasıl ele alındığı değerlendirilmeden anlaşılamaz.

³²⁷ Bkz. aynı yönde Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s.515

³²⁸ "Mösyö Rahusen, dördüncü Lahey konferansının beşinci komisyonuna 31 Mayıs 1904 tarihli celsede verdiği raporda diyor ki; şimdiki hâlde iflâs kararı diğer bir memlekette kabili tenfiz olmadığından bunun neticesi olarak imansız ve namussuz alacaklılar başka memleketteki müflisin mallarını kendileri için zaptederler ve sendik veya curateur [iflâs memurları] buna karşı hiçbir şey yapamaz. Bu halin vücudu hakikî bir rezalet olarak tavsif edilmiştir. Bu, az çok kanunî surette yapılmış bir hırsızlıktan başka bir şey değildir." (Despagne'ten aktaran, Seviğ M. R., **DHH C.II**, s.270)

uzaktır. Bu ve benzeri hususlar alacaklıların eşitliği ilkesinin nasıl sağlanacağı sorununun odak noktasını oluşturmaktadır. Bu da bizleri iç menfaat ve uluslararası menfaat ilişkisinde devletlerin birden çok ülkeye yayılan iflâs meselelerinde alacaklıların eşitliği meselesi başta olmak üzere hukuki öngörülebilirlik ve adaletin sağlanmasının uluslararası avantajları noktasına getirmektedir.

Dünya Bankası'nın hazırladığı yatırıma elverişlilik rehberi (*doing business*), ülkelerin ekonomik ve hukuki yapılarının incelenmesine dayanan ve ampirik verilerle oluşturulan bir endekstir.³²⁹ Endeks, 11 kategoride elde edilen skorlara göre şekillenmekte ve yabancı ülkelerde yatırım yapmayı planlayan yatırımcıların dikkatine sunulmaktadır. Bu 11 kategoriden biri de, o ülkenin “iflâs sistemi”nin değerlendirilmesini içermekte ve iflâs usûlünün başlaması, iflâsın açılması, borçlunun malvarlığının yönetimi, yeniden yapılandırma, alacaklıların kararlara katılımı ve iflâs uyuşmazlıklarının çözüme kavuşma süresi, maliyeti ve alacakların tatmin edilme oranları göz önünde tutularak ülkenin “iflâs sistemi” skoruna karar verilmektedir. Yatırım cazibesini belirleyen unsurlardan olan, “iflâs sistemi” skoruna göre Türkiye 2019 yılı itibariyle 189 ülke arasında 109. sıradadır. 189 ülkenin 22'sinden iflâs sistemine ilişkin veri alınmadığı için değerlendirme 167 ülke arasında yapılmaktadır. “*Model kanunun ruhundan yola çıkılarak kaleme alınmış*”³³⁰ ancak Üye Devletler’de *otomatik tanıma*³³¹ prensibi sebebiyle Model Kanun’dan ayrılan AB İflâs Tüzüğü’nün etki doğurduğu ülkelerin ve UNCITRAL Model Kanun’un iktibas edildiği ülkelerin sayısı 2023 itibariyle toplamda 81’dir. Bu 81 ülkenin 58’inin skoru Türkiye’den yüksektir. Türkiye’nin gerisinde ise tamamı OECD tarafından “düşük gelir grubu”nda kabul edilen 18 Sahra Altı Afrika ülkesi (*Benin, Uganda, Nijer, Gine, Mali, Kongo Cumhuriyeti, Dominik Cumhuriyeti, Kamerun, Gabon, Malavi, Orta Afrika Cumhuriyeti, Çad, Zimbabve, Komoros, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Ekvator Ginesi ve Gine Bisso, Angola*) ve *Myanmar, Marshall Adaları, Ürdün, Panama* ve yakın zamana kadar iflâs hukuku sistemi konusunda veri alınmayan *Suudi Arabistan* yer almaktadır. Bu sonuç, Türkiye’nin 1980’lerin başından beri sürdürdüğü yabancı yatırımcının teşvik edilmesine dayanan ekonomi doktrinine tezattır. Her ne kadar

³²⁹ World Bank Doing Business: “<https://databank.worldbank.org/source/doing-business>”

³³⁰ 2015/848 sayılı AB İflâs Tüzüğü Başlangıç Hükümleri para. 16

³³¹ Avrupa Birliği Hukuku’nun otonom terminolojisiyle “*doğrudan etki*”

Dünya Bankası'nın yukarıda andığımız metodolojide kullandığı indikatörler konusunda tartışmalar bulunsa da,³³² ampirik sonuçların bu indikatörleri desteklediği birçok yazar tarafından belirtilmektedir.³³³ Öte yandan, Dünya Bankası bu metodolojiyi 2020 yılında terk etmiş ve yeni bir metodoloji geliştirmek için çalışmalara başlamıştır. Yeni metodoloji için önerilen indikatörlerden biri de ilgili devlette Model Kanun'un iktibas edilip edilmemesine dayanmaktadır.³³⁴ Öneri kabul edilirse Model Kanun uygulaması yatırımı teşvik amacıyla başvurulacak indikatörlerden biri haline gelecektir.

Ekonomik çerçeveden bakıldığında, iflâs alanında uluslararası işbirliği ve mevzuatın uyumlulaştırılması, bir ihtiyaç olarak ele alınmalıdır. Zira ekonomik hayat daha önce hiç olmadığı kadar evrenselleşmiştir. Bugün uluslararası ticaretin vardığı noktada, tacirler artık sanki ülkeleri ayıran sınırlar yokmuşçasına farklı ülkelerde üretmekte ve farklı ülke pazarlarına ürün arz etmektedir. Yirmibirinci yüzyılda ticaret ülkesel sınırları çoktan aşmış ve küresel ölçeğe erişmişken; ticari işletmelerin sermaye yapılanmaları, yatırım projelerinin finansman kaynakları çok uluslu niteliğe ulaşmışken; sınır aşan iflâs hukukunda, geçtiğimiz yüzyılın ilk yarısındaki siyasi ve ekonomik gelişmelere imzasını atan “koyu nasyonalist”³³⁵ düşünsel iklim hizmet eden; esasen özel hukukla bağdaşmayan ve kamu hukukundan teşmil etmiş bir yetki prensibi olan ülkesellik prensibine terk edilmesi, anakronistik bir çözüm, zamanın ruhunu karşılamayan bir tavır olacaktır. Bu yüzden, modern hukuk sistemlerinin, sınır aşan iflâslarda uluslararası işbirliğini sağlayacak usûlleri geliştirerek iflâstan beklenen menfaatleri karşılaması, böylece ekonomik gerçeklere de ayak uydurması

³³² Bkz. örneğin Melike Arslan, “Differentiating and Connecting Indicators: The Quality and Performance of Law in the World Bank’s Doing Business Project”, **International Journal of Law in Context**, 2020, C. 16, ss.17–38, özellikle s. 31 vd.

³³³ Birçokları arasında bkz. Farok J. Contractor ve diğ., “How FDI inflows to emerging markets are influenced by country regulatory factors: An exploratory study”, **Journal of International Management**, 2021.

³³⁴ Daha fazla bilgi için bkz. World Bank Group, “Business Enabling Environment (BEE) Project DEC Global Indicators Group Public Consultation”, 2022

³³⁵ “*Dark nationalism*” kavramı için bkz. Lavroff, *Histoire des Idées Politiques*, s. 184; Gellner, *Nationalism*, 1983, s.1; Gellner, *Nations and Nationalism*, s.57; Smith, *Nationalism and Modernism: A Critical Survey of Recent Theories of Nations and Nationalism*; Smith, *Nationalism in Global Era*, Wiley; Smith, *Nationalism in Early Modern Europe: History and Theory*, s.44; Özkırımlı; *Theories of Nationalism: A critical introduction*. “*Milliyetçilik*” terimi, kavramın güncel politik imgelemi göz önünde tutularak tercih edilmemiştir.

gerekmektedir. Bunun yanı sıra, uluslararası işbirliğine yönelik mekanizmaların; uzun vadede yargı sistemi üzerindeki yükü azaltarak, hem usûl ekonomisine katkı sağlayacağı, hem de iflâs tasfiyesinin süresini kısaltarak daha etkin hukuki koruma yaratacağı da göz önünde bulundurulmalıdır.

3.2.2. Özel Kişilerin Menfaati

Sınır aşan iflâsta menfaatleri etkilenen özel hukuk kişileri; borçlu, yerli ve yabancı alacaklılar ve iflâstan etkilenen üçüncü kişilerdir.

3.2.2.1. Borçlunun Menfaati

Borçlunun menfaati ülkesel (yurt içi) ya da uluslararası (yurt dışı) bağlamında ele alınabilir. Ülksel menfaat açısından; borçlunun, kamulaştırma ya da müsadere amacı taşıyan ve iflâs sebebinin gerekçelendirilmediği yabancı iflâs kararları karşısında ya da aşkın yetkiyle verilen yabancı iflâs kararları karşısında korunması gereken meşru bir menfaati bulunmaktadır. Öte yandan, iflâs usûlüne tabi olabilecek borçlu kamu tüzel kişinin iç hukuka göre sürdürülen iflâs tasfiyesi esnasında yabancı ülkelerde bulunan malvarlığını elden çıkarma hakkına sahip olması ve bunu kullanması³³⁶, iflâsın amacı ve hedefleriyle uyuşmaz. Bunun meşru olmayan bir menfaat olarak kabul edilmesi ve korunmaması gerekir.

Borçlunun/müflisin uluslararası menfaati ile ilgili olarak; müflisin, iflâsın sınır aşan etkisinde görülen önemli bir menfaati, özellikle borcun bir kısmını ya da tamamını ifa etmesini sağlayacak iflâs usûlleri bulunuyorsa da söz konusu olmaktadır.³³⁷ Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kararlarında, yapılandırma projesinin yabancı alacaklılar bakımından da bağlayıcı olmasında borçlunun menfaati bulunmaktadır.

³³⁶ Breitenstein, **Internationales Insolvenzrecht**, s. 33

³³⁷ Bkz. ABD’de *fresh-start policy* olarak anılan usûl için bkz. Jackson, The Fresh-Start Policy in Bankruptcy Law, **Harvard Law Review**, s: 1393-1448 ya da İsviçre Borç İçin Takip ve İflâs Hakkında Federal Kanunu (SchKG) md. 265(2)’de öngörülen kayıp yeni malvarlığının ortaya çıkması durumunda müflisin acizlik halinden kurtulmasını sağlayan usûl (*Einrede des fehlenden neuen Vermögens - Acte de défaut de biens*) gibi (Bkz. Breitenstein, **Internationales Insolvenzrecht**, s. 34)

3.2.2.2. Yerli Alacaklıların Menfaati

Yerli alacaklıların genel olarak ülkesel menfaatleri öne çıkmaktadır. Tarihsel olarak yerli alacaklılar, alacaklarının tatmin sırasında öncelik sahibi olmuştur (*pre-gratification*).³³⁸ 19. yüzyılın ikinci yarısında Avrupa’da iflâs kuralları kodifiye edilirken, yerli alacaklıların yabancı tacire kredi vermesi; yabancı tacirin, alacaklının bulunduğu yerdeki malvarlığını teminat olarak göstermesi koşuluna tabi tutulmuştur.³³⁹

Yabancı borçlu tarafından yerli alacaklının ülkesinde teminat gösterilmesi, sonrasında ülkesellik prensibi gerekçelendirilirken en çok başvurulana sav olmuştur. Yabancı borçludan teminat talep edilmesi, namuslu ve şerefli yerli tacirin korunması yaklaşımına dayanmaktadır.³⁴⁰ Ne var ki, 19. yüzyıl romantik milliyetçiliğinin bir yansıması olan bu şöhrat, günümüz ticaret hayatında büyük ölçüde gerçekliğini yitirmiştir. Bugünün yerli tacirleri için “namus ve şeref” karinesinin ne ölçüde geçerli olduğu; özellikle bankalara kredi başvurusu yapıldığında karşılaşılan yeterlilik kriterleri ve kontrollerinde kendisini göstermektedir. 19. yüzyıldaki “namus ve şeref” karinesi, yirmibirinci yüzyıla gelindiğinde artık yerini kredi yeterliliğine dair ispat yüküne bırakmıştır.

Bu noktada zayıf durumdaki alacaklılarla, ticari alacaklılar arasında; yine yerli ve yabancı alacaklılar arasında bir ayrım yapılması gerekmektedir. İşçi alacaklarında olduğu gibi, borçlu karşısında sosyal ve ekonomik olarak zayıf durumda olan alacaklıların, alacaklarının tatmin edilmesinde karşılaşılabilecekleri riskler karşısında iç hukukun sağlayacağı korumaya güvenmeleri meşru bir beklentidir. Bu alacaklılar bakımından, menfaatlerine iç hukuk tarafından koruma sağlanmasında meşru sosyal gerekçeler bulunmaktadır.

Ticari alacaklılar ise borçlunun ödeme güvenilirliğini, borçlunun işlerinin seyrine göre değerlendirmektedir. Borçlunun yabancı olması durumunda, tacirin

³³⁸ Breitenstein, *Internationales Insolvenzrecht*, s. 34

³³⁹ Breitenstein, *Internationales Insolvenzrecht*, s. 35

³⁴⁰ Breitenstein, *Internationales Insolvenzrecht*, s. 38

yabancı yerde yürüttüğü ticari faaliyetler de yapılan değerlendirmeye dahil edilmektedir. Yabancı borçluya teminatsız kredi sağlayan yerli alacaklı olası bir uyuşmazlıkta, yargılama yetkisi ve uygulanacak hukuk konularında ortaya çıkabilecek sorunlara sözleşme kurulurken vakıf olmalıdır. Zira vakıf olması için gereken özeni göstermesi basiretli bir iş adamı gibi davranması gereken tacirden beklenir.

Öte yandan, yabancı tacire kredi veren yerli tacirin alacak statüsünün, yabancı borçlunun yerleşim yeri hukukuna göre belirlenmesi³⁴¹ söz konusu oluyorsa; burada artık yerli alacaklının karşılaşılabileceği risklerin hesap edilmesinde, kendisinden göstermesi istenen özenin ötesine geçen bir beklenti söz konusu olacaktır. Bunun yerine, yerli alacaklıya sağlanacak korumanın meşru beklentilere dayandırılması gerekmektedir. Bu beklentiyi belirleyecek olan faktör, kuşkusuz tek bir yerli alacaklının tekil borç ilişkisindeki sübjektif beklentisi olamaz. Yerli alacaklının korunması gereken meşru beklentisinin sınırı; sürdürdüğü ticari faaliyetin örf ve adetlerine (*lex mercatoria*) uygun hareket etmesi kendisinden beklenecek basiretli bir tacirin göstermesi gereken özene göre belirlenmelidir. Burada yabancı borçlunun ticari faaliyetinin ve alacaklıyla borçlu arasındaki ticari ilişkinin mahiyeti ağırlıklı olarak milletlerarası nitelik taşıyorsa, artık yerli alacaklının münhasıran iç hukukun sağlayacağı korumaya sığınması beklenmemelidir.³⁴² Burada ayrıca yerli alacaklının;

³⁴¹ Bu bağlama kriteri, ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Canada Southern Railway Co. vs. Gebhard* (109 U.S., 527, 537vd. (1883)) ve ABD İflâs Mahkemesi'nin *In re Culmer* (25 B.R. 621, 632 (Banker S.D.N.Y. 1982)) kararlarında kullanılmıştır. (Ayrıntı için bkz. Morales/German, US Recognition of Foreign Bankruptcies, s. 1593). Kullanılan bağlama kriteri kanaatimizce ikna edici değildir; zira kuralın tersinden kurgulanması da son derece mümkündür. Yani, kredi veren yerli tacirin alacak statüsü kendi yerleşim yerine de tabi tutulabilir, çünkü yabancı tacir, kredi almak için yerli tacire başvurmaktadır. Örneğin; alacak statüsüne, alacak sebebi olan sözleşme statüsüne göre karar verilmesi durumunda, mesela, kredi sözleşmelerinin, karz sözleşmesi (tüketim ödücü TBK md. 386) niteliğinde kabul edildiği Türk hukukunda sözleşmedeki karakteristik edim, kredi ilişkisine de rengini veren iş olan ve kredi borçlusunun renksiz edimi olan para borcu karşısında, misli alacak hakkı - faiz- (TBK md. 387/f.2) doğuran ödünç verme edimi olduğu ileri sürülebilir. Vasıflandırmanın bu çerçevede yapıldığı durumlarda, -şayet taraflarca kararlaştırılmış başkaca bir hukuk yoksa- artık, kredi veren yerli tacirin işyeri hukuku; alacak sebebini doğuran sözleşme statüsüne karar verecek, bu da alacak sebebi statüsüne karar verecektir. Yani bu örnekte alacaklının tabi olduğu hukuk, alacak hakkının kapsamını belirleyebilecektir. (Örnekle paralel olarak kredi sözleşmelerinde karakteristik edimin kredi alacaklısının edimi olduğu görüşü için bkz. Demirkol, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s.364; kredi sözleşmesinde karakteristik edim olmayacağı yönündeki görüş için, bkz. Ekşi, Nuray, **Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**, İstanbul, Beta, 2004, s.114)

³⁴² Bkz. aynı yönde Walder: “Yabancı bir borçluyla ticari ilişkiye giren yerli alacaklı, borçlunun ödeme aczine düşmesi durumunda, [talep yetkisinin kapsamını da belirleyecek olan] alacak statüsüne, kendisinin yabancı olduğu bir hukuka göre karar verilmesi durumuyla karşı karşıya kalacağı göz önünde tutulmalıdır. Böylesi bir sonuç, özel durumların farklı bir beklentiyi haklı çıkarıyor olması

böylesi bir yabancı borçluyla ticari ilişkiye giren diğer tüm -yerli ve yabancı- alacaklılarla eşit işlem ilkesine göre muamele görmesinde, kendi alacağı bakımından gözetileceği meşru bir menfaati de bulunmaktadır. Öte yandan; yabancı borçlu ticari faaliyetlerini ağırlıklı olarak yerli alacaklının yerleşim yerinde yürütüyor ve borçluyla alacaklı arasındaki ilişki ağırlıklı olarak yerel nitelik taşıyorsa; artık, en sıkı ilişkili hukuk olması münasebetiyle, yerli alacaklının iç hukuk kurallarına dayanarak koruma beklemesi meşru bir beklenti olarak kabul edilmelidir. Bu durumda diğer yerli alacaklılar bakımından da gözetilmesi gereken bir menfaat söz konusu olmaktadır. Bu menfaat; iç hukukun sağlayacağı korumanın sadece en sıkı ilişkili hukuk olması sebebiyle değil; aynı zamanda eşit işlem ilkesi gereği borçlu karşısında diğer yerli alacaklılara sağlayacağı koruma olması münasebetiyle de tüm yerli alacaklıların meşru beklentisi olacaktır.

Yabancı borçlunun, yerli alacaklının ülkesinde bulunan malları üzerinde alacaklı lehine rehin hakkı ya da taşınmaz yükü tesis ederek teminat sağlaması durumunda, alacaklıyla borçlu arasındaki ilişkinin iç hukukla daha sıkı bir bağlantı içerisinde olduğunun kabulü gerekir. Borçlunun ticari faaliyetlerinin uluslararası niteliğe sahip olması bu sonucu değiştirmeyecektir. Yabancı borçlunun, yerli alacaklı lehine sınırlı aynı hak tesis ederek teminat vermesi; alacağını yerel cebri icra usûlleriyle tatmin etme güvencesi edinen alacaklı bakımından korunması gereken meşru bir beklenti yaratmaktadır. Yabancı ülkede borçlu (müflis) hakkında iflâs usûlüne başvurulması durumunda, yerli alacaklının iç hukukta rehinle teminat verilen alacağını tatmin etme konusunda bilhassa korumayı gerektiren bir menfaati bulunmaktadır.

Yabancı borçlunun ekonomik durumu hakkında, “bir şekilde” iyi bilgilendirilmiş büyük ölçekli ticari faaliyet yürüten yerli alacaklıların; ülkesellik prensibinin sağladığı avantaj maharetiyle, borçlunun o yerde bulunan malvarlığı üzerinde hapis hakkı tesis etmesinde böylelikle yabancı borçlunun acizlik hali hakkında yeterli bilgisi olmayan diğer yerli alacaklılara nazaran avantaj elde etmelerinde; korumayı hak eden meşru bir menfaatleri bulunmamaktadır. Ne var ki,

haricinde, yabancılık unsuru içeren her ticari ilişki için geçerli olacaktır.” (Hans Walder Ulrich - Bohner, Die international konkursrechtlichen Bestimmungen des Entwurfes des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht und die Auswirkungen auf die konkursrechtliche Praxis in der Schweiz, UZ 1986 5Iff. s. 55’ten aktaran Breitenstein, Internationales Insolvenzrecht, s.168)

ülkesellik prensibinin koruma sağladığı yegane alacaklı grubu da sadece bu şekilde “iyi bilgilendirilmiş” yerli alacaklılardır.³⁴³

3.2.2.3. Yabancı Alacaklıların Menfaati

Genel olarak, yabancı alacaklıların menfaatleri yabancı iflâs temsilcisi tarafından temsil edilir. Yabancı alacaklıların en önemli beklentisi; kendilerine yabancı bir yerde süren iflâs usûlünde eşit işlem ve alacaklıların eşitliği ilkelerine uyulduğunun takip edilebilmesidir. Uygulamada, yabancı iflâs temsilcisinin talebi; müflisin o yerde bulunan ve o yer hukukunca haczi kabil olan malvarlığını; ilk olarak yabancı yerde açılmış olan yabancı iflâs usûlüne dahil edilmesini sağlamaktır. Zira, eşit işlem ilkesinin uygulanmasının en elverişli yolu, iflâs hukukunun amaçlarıyla da uyumlu olarak, müflisin her yerdeki malvarlığının tek bir iflâs masası teşkil etmesinin sağlanmasıdır.³⁴⁴

3.2.2.4. İflâstan Etkilenen Üçüncü Kişilerin Menfaati

İflâsın usûlü, müflisin iflâs masasını oluşturan haczi kabil tüm malvarlığının tespit edilmesini gerektirir. Malvarlığı bildirimine dayanan usûl çerçevesinde, üçüncü kişilere ait malları ayrıştırılarak, masaya girmesinin önlenmesi sağlanır. Ayrıştırma işleminin amacı iflâs masasına dahil olmaması gereken malvarlığını ayırıp, tasfiye

³⁴³ Yerli alacaklıların ülkesellik prensibiyle korunması hedeflenirken; borçlunun durumu, malvarlığı konusunda en iyi bilgilendirmenin borçlunun muamele merkezinde yapıldığı varsayımına dayanılmaktadır. (Bkz. örneğin TBMM 39. Adalet Komisyonu Raporu: “İflâs davasında [...] borçlunun alacaklıları veya onunla muameleye girişmek üzere olan üçüncü şahıslar borçlunun durumu hakkında en emin bir şekilde onun muamele merkezinde bilgi edinebilirler. Bu kimselerin borçlunun [başka yerde] aleyhine bir iflâs davası açılıp açılmadığını hatta iflâs ettirilmiş olup olmadığını [...] bilmelerine imkân yoktur. [...] borçlu ile ticari münasebete girmiş olan bir üçüncü şahıs, kendisi ile ticari münasebete girdiği borçlunun daha önce [başka yerde] iflâs ettirildiğini öğrenince büyük bir sürprizle karşılaşır.”). Gerçekten de bu varsayımın geçtiğimiz yüzyılda geçerli olduğu söylenebilir. Bugünün sınır tanımayan ekonomik ve teknolojik gerçekliğinde ise geniş ölçekli uluslararası ticari faaliyet sürdüren ve borçlunun işlerinin seyrini yakından denetleyip, borçlunun acizlik haline düştüğünü erken tespit mekanizmalarıyla önceden öğrenebilen ve geniş kaynaklarıyla borçlunun malvarlığının bulunduğu yerleri kolaylıkla tespit ederek bu malvarlığı üzerinde hapis hakkı kuracak kaynaklara sahip olan güçlü alacaklılar açısından ülkesellik prensibi iyi bilgilendirme konusunda özel bir avantaj sağlamamaktadır. Ne var ki tersinden, alacağı imtiyazlı yahut imtiyazsız olsun diğer yerli alacaklılar için, başka yerde açılan iflâsın etkilerinin kendi bulundukları yerde sonuç doğurmaması, bahsettiğimiz avantajlara sahip güçlü yerli alacaklı karşısında, alacağını tatmin konusunda dezavantaj yaratmaktadır. (Bkz.: *Mutatis mutandis*, Özdemir-Kocasakal, “Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının, .s 2309)

³⁴⁴ Breitenstein, *Internationales Insolvenzrecht*, s. 35

kapsamı dışına çıkarmaktır. Kendisine ait bir malvarlığı hakkı -ki bu bir alacak hakkı da olabilir- , iflâs masasına giren üçüncü kişi; iflâs alacaklısı olmasa dahi iflâs usûlüne dahil olacaktır. Üçüncü kişilerin tabi oldukları iç hukuk, iflâs usûlünün yürütüldüğü yer hukukuna göre daha iyi bir koruma sağlıyorsa; istihkak taleplerinin üçüncü kişilerin tabi oldukları hukuk ve mahkemeler tarafından değerlendirilmesinde meşru bir menfaatleri bulunmaktadır.³⁴⁵

3.2.3. Ara Sonuç: İflâstan Etkilenen Tarafların Menfaatlerinin Kesişim Yeri

Menfaatlerin kesiştiği bir noktanın belirlenmesi, tüm ilgili tarafların çıkarlarına özen göstererek, adalet prensibine dayanan kapsamlı bir hukuki yaklaşımı gerektirmektedir. Bu noktada devletin, borçlunun, alacaklının ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin dikkate alındığı çok boyutlu bir dengeleme süreci esastır. Bu dengenin kurulabilmesi için, söz konusu menfaatleri bütünsel bir çerçevede değerlendirerek uyumlu ve etkin çözüm önerilerini keşfetmek büyük önem taşımaktadır. Uluslararası iflâs ve karşılaştırmalı hukukta yer alan uygulamalar, farklı menfaatlerin uyumlulaştırılmasını ve koordinasyonunu amaçlayan bir perspektife yönelmiştir. Aslında uyarlanmış evrensellik yaklaşımının temel kaygısı da budur.

Optimal çözüme yönelik olarak gerek karşılaştırmalı hukukta gerekse uluslararası hukuki kaynaklarda iflâs hukukunda yetkili mahkemenin tespitinde egemen olan genel eğilim, iflâs davasının borçlunun menfaatlerinin esas merkezinin (COMI) bulunduğu mahkemede işlem görmesidir. Bu yaklaşım, uluslararası hukuk düzenlemeleri ve karşılaştırmalı hukuk pratikleri bağlamında geniş bir kabul görmektedir ve iflâs usûllerinin merkezileştirilerek daha etkin bir biçimde yönetilmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu kuralın yanı sıra, iflâsa uygulanacak hukuk olarak *lex fori concursus* ise, iflâsın açıldığı ülkenin hukukunun esas alınacağına vurgu yapmaktadır.

Bu iki temel unsur - borçlunun COMI'sinin tespiti ve iflâsın açıldığı yerin hukukunun uygulanması – farklı çıkarların uzlaştırılmasında bir dizi önemli avantajı da beraberinde getirir. İlk olarak, iflâs süreçlerinin borçlunun ekonomik etkinliklerinin merkezi olan COMI'de gerçekleştirilmesinin, borçlunun menfaatine hizmet ettiği

³⁴⁵ Breitenstein, *Internationales Insolvenzrecht*, s. 36

söylenbilir. Çünkü, borçlunun malvarlıkları oradadır ve dolayısıyla muhtemel bir uzlaşma, yeniden yapılandırma ya da tasfiye usûlü borçlu açısından kolay bir şekilde yürütülebilecektir. Alacaklılar açısından ise borçlunun ve malvarlığının bu şekilde kolaylıkla bulunabilmesi, borçlunun mallarının tespit edilmesi ve tasfiye edilerek nakde çevrilmesi süreçlerini büyük ölçüde kolaylaştırır. Son olarak, ilgili devletin egemenlik yetkileri de dikkate alınmaktadır. İflâsın gerçekleştiği ve borçlunun faaliyetlerinin bulunduğu devletin yasaları ve mahkemeleri, usûlleri yönlendirecektir. Bu süreç, çoğunlukla bu devletin topraklarının üzerinde gerçekleştiğinden, ilgili devletin kanunlarının uygulanması ve mahkemelerinin yetkili olması egemenlik ilkesinin doğal bir sonucudur.

Üçüncü kişilerin ve devletlerin çıkarlarının korunmasını sağlamak adına, yukarıda belirtilen genel kurallara bazı istisnaların getirilmesi gerekebilir. Bu istisnalar, yerel hukuk normlarına özgü gereksinimleri karşılarken aynı zamanda hukukun genel ilkelerine, diğer devletlerin egemenlik haklarına ve üçüncü kişilerin hukuk düzenine uygun olarak yapmış oldukları işlemlerin istikrarına ilişkin meşru beklentilere saygı duyacak şekilde tesis edilmelidir. Buna ilişkin ayrıntılar aşağıda detaylı bir şekilde ele alınmaktadır.

3.3. Uluslararası İflâsa Dair Hukuki Çerçeve / Rejim Örnekleri

3.3.1. UNCITRAL Model Kanunu

Sınır aşan iflâsa ilişkin 1997 yılında kabul edilen UNCITRAL Model Kanunu, devletler arasındaki yaklaşım ve farklı hukuk sistemleri arasındaki usûl farklılıklarını ele almak amacıyla geliştirilmiştir. Bu model kanun, sınır aşan iflâsta aktörler arasındaki işbirliğini geliştirmek, ticaret ve yatırımda hukuki belirliliği teşvik etmek, sınır aşan iflâsların alacaklıların eşitliği prensibine uygun ve verimli bir şekilde yönetilmesini sağlamak, borçluların malvarlıklarını korumak ve iş yerlerini yeniden yapılandırmak amacıyla kabul edilmiştir.³⁴⁶

³⁴⁶ Moustaira, *International Insolvency Law*, s.73.; Hannan, *International Commercial Arbitration and Cross Border Insolvency*, s. s.447

Model Kanun bugüne kadar 59 ülke tarafından iktibas edilmiştir.³⁴⁷ Bu ülkelerin arasında ABD, İngiltere ve Singapur gibi büyük finans piyasaları da yer almaktadır. Model Kanun, paralel iflâs usûllerinin yol açtığı maliyetlerin önlenmesini ve sınır aşan iflâs uyuşmazlıklarının merkezi, koordineli ve dolayısıyla masa değerini en üst seviyeye çıkaracak şekilde çözümlenmesini teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Bundan başka Model Kanun, uygun görülen kolektif usûllerin tanınması ve tenfizi için bir çerçeve oluşturmaktadır. Amacı, ülkelerin bu kuralları tek taraflı olarak kabul etmesi, iktibas etmesi ve zaman içinde uygulayan devletler arasında karşılıklı etkileşim ve uygulama yoluyla uyumun teşvik edilerek transnasyonal bir sistemin geliştirilmesidir.³⁴⁸

UNCITRAL'in Model Kanunu hazırlama sürecinde karşılaştığı zorluğun, diğer uluslararası örgütlerin önceki yıllarda önerdiği metinlerden daha kapsayıcı ve daha geniş bir uygulama alanına sahip olabilecek ve hedef ülkelerin ekonomik gelişmişliklerinden bağımsız olarak tüm hukuk gelenekleri tarafından kabul edilebilecek bir metin oluşturmak olduğu belirtilmektedir.³⁴⁹ Bu modelin ciddî malî sıkıntı veya iflâs yaşayan borçlularla ilgili sınır aşan usûllerin daha etkili bir şekilde ele alınması için modern, uyumlu ve hakkaniyetli bir iflâs hukuku çerçevesi geliştirilmesinde devletlere yol gösterici olması amacıyla tasarlandığı belirtilmektedir.³⁵⁰

Model Kanun tarafsız bir yaklaşımı benimsediğinden farklı hukuki geleneklere saygı göstermekte ve iflâs hukukunun dünya çapında yeknesaklaştırılmasına yönelik herhangi bir çabaya girişmemektedir. Pek çok husus ulusal kurallara ve uygulamalara bırakılmıştır. Model Kanun ulusal düzeyde yasalaşmadığı sürece bağlayıcı gücü yoktur ve kesinlik yerine esnekliği tercih etmektedir. Öte yandan, Model Kanun'un 8. maddesi, bu metnin yorumlanmasında “yeknesaklığın teşvik edilmesi ihtiyacının göz önünde bulundurulmasını” öngörerek Model Kanun'un ülkeler tarafından uyumlu bir

³⁴⁷ Güncel liste için bkz. https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status

³⁴⁸ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 16

³⁴⁹ Harold Burman ve Jay Lawrence Westbrook, “United Nations Commission on International Trade Law: Model Law on Cross-Border Insolvency”, **International Legal Materials** Cilt 36, Sayı 5, s. 1387.

³⁵⁰ <https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency>

şekilde uygulanmasını teşvik etmektedir. Model Kanun herhangi bir standart mütekabiliyet şartına yer vermemekte, daha ziyade devletlerin tanıma, yardım ve işbirliğine yönelik tek taraflı taahhütlerde bulunmasını teşvik etmektedir. Bu, çok taraflı mütekabiliyete doğru atılmış bir ilk adım olarak görülmekte ve kanunda belirtilen temel ilke ve esasları her bir devlet tek taraflı olarak tanıdıkça yeknesak bir uluslararası düzene erişilmesi öngörülmektedir.³⁵¹

Model Kanun, farklı ülkelerde iflâs usûllerini yürüten makamlar arasında doğrudan işbirliğini güvence altına almaktadır (md.26). Model Kanun'un 27. maddesi ise iflâs usûllerinde ve bunlarla ilişkili uyuşmazlıklarla ilgili mahkemeler arasında gerçekleştirilebilecek çeşitli işbirliği yöntemlerini ele almaktadır. Model Kanun'un bir diğer önemli işlevi ise, ek yardım imkânı ve farklı ülkelerdeki iflâs yetkilileri arasında daha fazla işbirliğini sağlamak suretiyle, bireysel alacaklıların geri kalan alacaklıların çoğunluğunun taleplerine aykırı hareket etmesini engellemektir.³⁵² Bu bağlamda uluslararası iflâs hukuku üzerine yapılan çok sayıda reform ve hukuki kaynağı ele alırken, belirli dönemeçlerde gerçekleşen önemli gelişmeleri incelemek faydalı olacaktır. 2004 yılında İflâs Hukukuna İlişkin UNCITRAL Model Kanun Yasama Kılavuzu kabul edilmiştir.³⁵³ Dört bölümden oluşan kılavuz, etkin ve verimli bir yasal çerçevenin oluşturulmasına yardımcı olmayı amaçlamakta olup, ulusal makamlar ve yasama organları tarafından yeni kanun ve yönetmelikler hazırlanırken veya mevcut kanun ve yönetmeliklerin yeterliliği gözden geçirilirken referans olarak kullanılması öngörülmüştür. Model Kanun Yasama Kılavuzu, bir devletin iflâs yasalarında dikkate alınması gereken temel hedef ve ilkelere ilişkin kapsamlı bir açıklama sunmaktadır. Kılavuz, yeni yasa ve yönetmelikler hazırlanırken veya mevcut yasa ve yönetmeliklerin yeterliliği gözden geçirilirken ulusal makamlar ve yasama organları için bir referans aracı sağlayarak, iflâs yasalarının reformun süreçlerinde bilgilendirme işlevi görmeyi hedeflemektedir. Kılavuzda yer alan tavsiyeler, bir borçlunun malî güçlüğüne mümkün olduğunca hızlı ve verimli bir şekilde ele alınması ihtiyacı; başta alacaklılar ve hissedarlar olmak üzere bu malî güçlüklerle

³⁵¹ Moustaira, **International Insolvency Law**, s.73.

³⁵² Moustaira, **International Insolvency Law**, s.75.

³⁵³ Bu kılavuz 2005 yılında "İflâs Hukuku Üzerine Yasama Kılavuzu Kısım 1-2 Başlığıyla 2005 yılında yayımlanmıştır. UNCITRAL, **Uncitral Legislative Guide on Insolvency Law Part 1 & 2: Key Objectives - Core Provisions**. New York: United Nations Publications, 2005.

doğrudan ilgili çeşitli tarafların menfaatleriyle; istihdam ve vergilendirme gibi kamu politikası kaygıları arasında bir denge sağlamayı amaçlamaktadır. Model Kanun Kılavuzu, farklı yaklaşımları ve mevcut çözümleri değerlendirmek ve yerel bağlama en uygun olanı seçmek için ilgili taraflara yardımcı olmayı amaçlamaktadır.

2010 yılına gelindiğinde “Teminatlî İşlemlere İlişkin Yasama Kılavuzu” başlıklı bir başka önemli belge yayınlamıştır.³⁵⁴ Aynı yıl içinde, “Sınır Aşan İflâs İşbirliği Üzerine Uygulama Kılavuzu” adlı pratik bir kılavuz daha ortaya konmuştur.³⁵⁵ Bu belge, farklı ülkelerdeki iflâs usûllerinin eşgüdümü ve işbirliği içinde yürütülmesine odaklanarak, sınır aşan iflâslarda karşılaşılabilecek zorluklara pratik çözümler getirmeyi amaçlamıştır.

Model Kanun Kılavuzu 2013 yılında revize edilmiştir. Ayrıca, “Sınır Aşan İflâs Hakkında UNCITRAL Model Kanunu: Yargısal Perspektif”, 2011 yılında kabul edilmiş ve 2013 yılında güncellenmiştir ve model kanunu hazırlayanların niyetlerine ve kanunu uygulamada kullananların deneyimlerine dayanarak bir yargıcın dikkate alması gerekebilecek konular hakkında genel bir rehberlik sunmaktadır. 2018 yılında UNCITRAL, devletlere iflâsla ilgili kararların tanınması ve tenfizine ilişkin hükümlerin bir çerçevesini oluşturmada yardımcı olmak amacıyla İflâsla İlgili Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin UNCITRAL Model Kanunu’nu kabul etmiştir.³⁵⁶

UNCITRAL 2019 yılında, 1997 tarihli model kanunu ve UNCITRAL Model Kanun Kılavuzu’nun üçüncü bölümünü tamamlayacak şekilde, devletleri ticari girişim gruplarının ulusal ve sınır aşan iflâsına yönelik modern hukuki düzenlemeleri gerçekleştirmelerine yönelik olarak tasarlanan Şirket Gruplarının İflâsına İlişkin UNCITRAL Model Kanun’u kabul etmiştir. Bu yeni model kanunu, tek bir borçluya ilişkin iflâs usûllerine yönelik olarak hazırlanmış olan 1997 tarihli model kanundan ayıran özellik, bir veya daha fazla devletin yargı yetkisine tabi olabilen aynı girişim grubunun üyesi olan birden fazla borçluya ilişkin iflâs usûllerine odaklanmış olmasıdır. “Şirket grubu” terimi, 2019 model kanunda, birbirine

³⁵⁴ UNCITRAL, “Uncitral Legislative Guide on Secured Transactions”, New York: United Nations Publications, 2010. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/09-82670_ebook-guide_09-04-10english.pdf.

³⁵⁵ UNCITRAL, “UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation”, New York: United Nations Publications, [2010]. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/practice_guide_ebook_eng.pdf.

³⁵⁶ <https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency>

idaresi ya da malvarlıkları açısından önemli ölçüde bağlı olan iki ya da daha fazla işletme olarak tanımlanmaktadır. Model Kanun tarafından sağlanan tedbirler, birden fazla işletme grubu üyesini etkileyen iflâs usûllerinin özel ihtiyaçlarını, özellikle de bu tür işlemlerin belirli bir ölçüde merkezileştirilmesi, koordinasyonu ve işbirliğinin sağlanması ihtiyacını karşılamak üzere tasarlanmıştır.³⁵⁷

Buraya kadar yapılan açıklamaları kısaca özetlemek gerekirse, UNCITRAL Model Kanunu, uluslararası iflâs konularını ele alırken, devletler arası usûl farklılıklarını ve ticaret ve yatırımın yasal kesinliğini teşvik etmek amacıyla kabul edilmiştir ve tüm hukuk gelenekleri tarafından kabul edilecek bir metin oluşturmayı amaçlamaktadır. Farklı hukuki geleneklere saygı gösterirken, iflâs hukukunun dünya çapında yeknesaklaşmasına yönelik herhangi bir çabaya girişmemesine rağmen, ülkelerarası uyumluluğu teşvik etmektedir. Model Kanun, uluslararası alanda iflâsı düzenleyen bir referans noktası ve yardımcı araç olarak görülmekte ve hukuki reformların uygulanması için çerçeve sunmaktadır.

3.3.2. Avrupa Birliği

Avrupa'nın, sınır aşan iflâs çerçevelerinin geliştirilmesinde en ileri ve en başarılı bölge olduğu söylenebilir. AB bünyesinde uluslararası iflâsın temel meselelere dair Avrupa ülkelerinde bağlayıcı olacak bir uluslararası sözleşme hazırlanmasına dair düşüncenin izleri 1960'lı yıllara kadar uzanmaktadır. Ne var ki, bu düşüncenin pratikte hayata geçirilmesi mümkün olmamıştır. 1968 yılına gelindiğinde ve aynı zamanda “Brüksel Konvansiyonu” olarak da adlandırılan “Hukuki ve Ticari Konularda Milletlerarası Yetki, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Konvansiyon”la ilgili hazırlıklar nihayete ermekle birlikte; anılan konvansiyon, iflâs, konkordato ve tasfiye işlemleri hakkında herhangi bir hukuki düzenleme içermemiştir.³⁵⁸ Dolayısıyla devam eden on yıllarda uluslararası iflâsa ilişkin Avrupa çapında uygulamaya konması mümkün olacak özgün bir hukuki kaynağın hayata geçirilmesine yönelik çalışmalar devam etmiştir. Bu çalışmaların sonucunda 1990'lara gelindiğinde bir konvansiyon taslağı oluşturulmuştur. 1995 yılında kabul edilen “İflâs

³⁵⁷ <https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency>

³⁵⁸ Nuray Ekşi ve Ali Cem Budak, “Uluslararası Âciz Hukukuna İlişkin Avrupa Birliği Tüzüğü”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, 2003, ss. 41-76, s.41

Usûllerine Dair Konvansiyon” imzaya açılarak AB üyesi ülkelerinin çoğu bu metni imzalamıştır. Ancak her ne kadar pragmatik ve pratik³⁵⁹ olduğu yönünde olumlu eleştiriler almış olsa da Konvansiyon İngiltere tarafından imzalanmadığı için hukuk dünyasında herhangi bir varlığa ulaşamamıştır.³⁶⁰ Öte yandan, yıllar süren çabalar ve emek sonucu ortaya çıkan konvansiyonun hayata geçirilememiş olması sorununu çözme isteği yeni arayışlara sebep olmuştur. 1997'de yapılan Amsterdam Anlaşması'yla, Roma Anlaşması'na eklenen 65. maddeyle aranan bu olanağın izleri görülmeye başlanmış ve Avrupa Topluluğu'na hukuk ve özellikle uluslararası hukuk usûlü konusunda düzenleyici işlemlerde bulunma yetkisi eklenmiştir. 1999 yılında Adalet ve İçişleri Konseyi, “İflâs Usûlleri Hakkındaki Konvansiyon Taslağı'nın Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Anlaşmanın 65. maddesi uyarınca tüzüğe dönüştürülmesini talep etmiştir. Bu talebin ardından, Almanya ve Finlandiya öncülüğünde bir tüzük tasarısı hazırlanmıştır.³⁶¹

Daha sonra ufak tefek değişikliklerle tasarı son halini almış ve 29 Mayıs 2000 tarihinde 2000/1346 sayılı AB İflâs Tüzüğü onaylanmıştır. Bu tüzük 31 Mayıs 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 31 Mayıs 2002'de yürürlüğe giren 2000/1346 sayılı AB İflâs Tüzüğü ve sonrasında bunun yerini alan İflâs Usûllerine İlişkin 20 Mayıs 2015 tarihli ve 2015/848 sayılı Yeniden Düzenlenmiş Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü, ‘usûli iflâs hukukunu uyumlaştıran bir araç olarak’³⁶² Avrupa’da uluslararası iflâsa ilişkin temel hukuki çerçeveyi teşkil etmektedir. Bu Tüzük diğer AB düzenlemelerinden farklı olarak, milletlerarası yargı yetkisine, kanunlar ihtilafına ve diğer Üye Devletler’de tanıma ve tenfiz sağlanmasına yönelik bir çerçeve sunmakta, yetkili mahkeme, uygulanacak hukuk, tanıma ve tenfiz koşulları gibi üç temel konuyla ilgili kurallar barındırmaktadır.³⁶³

³⁵⁹ Fletcher, **The European Union Convention on Insolvency Proceedings**, s.124.

³⁶⁰ Bu konuda bkz. Kate Dawson, “Assistance under Section 426 of the Insolvency Act 1986”, **Int. Insolv. Rev.** Cilt: 8, 1999, s.110.

³⁶¹ Moustaira, **International Insolvency Law**, s.50

³⁶² Ghio, **European Insolvency Law**, s.159.

³⁶³ Julia Harten, “Jurisdictional Rules on Approval Requirements in the European Insolvency Regulation Recast”, **Recasting the Insolvency Regulation Improvements and Missed Opportunities**, Editörler: Vesna Lazić ve Steven Stuij, 2020, 60.;

Bu metinler milletlararası özel hukukun iflâsla ilgili tüm konularını kapsayan kapsamlı bir çerçeve sunmaktadırlar. Bununla birlikte, Tüzük kanunlar ihtilafına ilişkin kurallarla sınırlı değildir. Bunlardan bazıları gerçekte yeknesak maddi hukuk kurallarından oluşmakta olup, ulusal hukuk düzenlerine dâhil edilen ve önceki kuralların yerini alan özerk bir sistem yaratmaya çalıştığı belirtilmektedir.³⁶⁴

Avrupa Birliği iflâs hukuku son otuz yılda önemli değişiklikler geçirmiştir. İlk önemli değişiklik doksanlı yıllardan itibaren, ABD'yle paralel olarak ödeme güçlüğü içindeki işletmeler için yeniden yapılandırma usûllerinin geliştirilmesiyle başlamıştır. İkinci büyük değişiklik ise, sermaye temsilcilerinin talepleriyle paralel olarak mahkeme dışı özel konkordato usûllerinin (*workout*) kullanımının artması olmuştur. Bu gelişme, düzenleme yapılması ihtiyacını doğurmuş, birçok Avrupa ülkesinde, mahkemelerin ve bunlar tarafından atanan iflâs temsilcilerinin ya çok az ya da neredeyse hiç müdahalesinin olmadığı iflâs öncesi usûller düzenlenmeye başlanmıştır. Bu gelişmelerin akabinde, o dönem AB müktesebatıyla uyum sağlama konusunda daha fazla çaba içinde olan Türkiye'de, daha sonra mülga edilecek olan iflâs ertelemesi usûlü yürürlüğe girmiştir.³⁶⁵ Bu reformların temel amacı, borç yapılandırmasına engel olarak işletmenin iflâsını tetikleme eğiliminde olan azınlık alacaklıların (*free-rider*) verebileceği zararları kayıtlayacak bir hukuki düzenleme geliştirmek ve yeniden yapılandırmanın başarıya ulaşma şansını arttırmaktır. Birlik, Üye Devletler'in iflâs mevzuatını uyumlaştırmayı hedefleyen uzun erimli bir çaba içindedir. Bu çabanın amacı, işletmelere daha az maliyetli yeniden yapılandırma imkânları sağlamak ve buldukları finansmanı ticari yapılarını geliştirmeye ve kararlık kazandırmaya kanalize etmektir. Bu çerçevede, ilk 2002'de yürürlüğe giren³⁶⁶ daha sonra 2015'de yeniden düzenlenip 2017'de yürürlüğe giren AB İflâs Tüzüğü,³⁶⁷ sınır aşan iflâslar için Birlik coğrafyasında bütünleşik bir milletlararası özel hukuk ve usûl hukuku çerçevesi sağlamıştır. 2019'da yürürlüğe giren ve 2021 Temmuzuna kadar Üye Devletlerin iç

³⁶⁴ Moustaira, **International Insolvency Law**, s.50.

³⁶⁵ Yürürlük: RG, 30 Temmuz 2003, Sayı 25184, Mülga Yürürlük: RG, 15 Mart 2018, Sayı 30361 (Kabul: 28 Şubat 2018)

³⁶⁶ İflâs usûllerine ilişkin 29 Mayıs 2000 tarih ve 1346/2000 sayılı AB Konsey Tüzüğü [2000] OJ L 160/1-18, 31 Mayıs 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁶⁷ İflâs Usûllerine İlişkin 20 Mayıs 2015 Tarihli ve 2015/848 Sayılı Yeniden Düzenlenmiş Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (AB) [2015] OJ L 141/19-72, 26 Haziran 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

hukuklarını güncellemelerini buyuran AB Önleyici Yeniden Yapılandırma Direktifi³⁶⁸ ise AB coğrafyasında iflâs rejimlerinin maddi olarak uyumlaştırmasını hedef almıştır. Direktifte öngörülen ‘önleyici yeniden yapılandırma usûlleri’, Avrupa Komisyonu’nun Tüzük’le birlikte başlattığı iflâsa ilişkin milletlerarası özel hukuk ve usûl hukuku çerçevesini tamamlamayı hedeflemektedir.³⁶⁹ Ancak Direktif’in Üye Devletler’in iflâs mevzuatına getirmeye çalıştığı değişiklikler iflâs öncesi usûllerle sınırlıdır. İflâsta, sıra cetvelleri/alacak öncelikleri gibi ülkeden ülkeye büyük farklılıklar gösteren temel konularda uyumlaştırma çabalarının yavaş ilerlediği görülmektedir.³⁷⁰

3.3.3. Amerika Birleşik Devletleri

2005 yılına kadar ABD mahkemelerinin yabancılık unsuru içeren iflâslara uyguladığı hükümler 1978 tarihli İflâs Reform Yasası tarafından belirlenmiştir.³⁷¹ Bu hükümler hazırlanırken ABD yasama organı uyarlanmış evrensellik yaklaşımını benimsemiştir. İflâsın uluslararası yönlerini düzenleyen hükümler, iflâsın çerçevesindeki tasfiye yabancı bir mahkeme tarafından yürütülecek olsa bile, borçlunun malvarlığının dünya çapında toplanması ve dağıtılmasının tercih edilebilir olduğunu öngörmüştür. Bununla birlikte, yerel alacaklıların, yabancı usulde kendilerine karşı oluşabilecek önyargıya karşı veya karşılaşılabilecekleri diğer hak ihllarlerine karşı korunması gerektiği de kabul edilmiştir. Dolayısıyla benimsenen sistem, evrensellik hedeflerine bağlı kalmış, ancak gerektiğinde ülkesel menfaatleri koruyacak şekilde düzenlenmiştir.³⁷²

³⁶⁸ Önleyici Yapılandırma Çerçevesine İlişkin 20 Haziran 2019 tarih ve 2019/1023 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (AB) [2019] OJ L 172/18-55 (Direktif). Üye Devletler’in 17 Temmuz 2021 tarihine kadar Direktif’i iç hukuka aktarması gerekmektedir.

³⁶⁹ Önleyici ödeme güçlüğü usûlleri, ikinci bir fırsat verilmesi ve yeniden yapılandırma, iflâs ve tasfiye usûllerinin etkinliğini artırmaya yönelik tedbirler hakkında 2012/30/EU sayılı Direktifi tadil edecek bir Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi için Teklif, COM (2016) 723 Final, 22 Kasım 2016. (2016 Tarihli Komisyon Teklifi), n.6, s.9; Direktif, Başlangıç Hükümleri para. 12-13; Horst Eidenmüller ve Kristin van Zwieten, “Restructuring the European business enterprise: the European Commission’s Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency”, **Eur Bus Organ Law Rev**, 2015, S. 16 s.642

³⁷⁰ Horst Eidenmüller, “The Rise and Fall of Regulatory Competition in Corporate Insolvency Law in the European Union”, **European Business Organization Law Review**, C. 20, S. 3, 2019, ss. 550-551 doi:[10.1007/s40804-019-00160-0](https://doi.org/10.1007/s40804-019-00160-0)

³⁷¹ Bankruptcy Reform Act of 1978, 11 U.S.C. §§ 101-1330 (1994)

³⁷² Buxbaum, **Rethinking International Insolvency**, s.27.

Yabancı iflâs davalarının ABD'deki etkisiyle ilgili olarak; yabancı iflâs usûllerine kendiliğinden etki doğuran bir hukuki nitelik tanınmamıştır. İflâs kanunu, derdest yabancı usûllerin değerlendirilmesi için iki aşamalı bir süreç belirlemiştir. İlk olarak, yabancı iflâs temsilcisi, borçlunun malvarlığının tasfiyesi veya yeniden yapılandırılması amacıyla açılan bir davada usûlüne uygun olarak atandığını kanıtlamak zorundaydı. Bu kabul edildikten sonra, yabancı iflâs temsilcisi üç yoldan birini izleyebilmekteydi. Yabancı temsilci ya borçluya karşı (istemsiz) tam kapasmlı bir iflâs usûlü başlatabilir; ya yerel alacaklılar ya da borçlunun kendisi tarafından bir ABD mahkemesinde başlatılmış derdest bir iflâs usulünün reddedilmesini talep edebilir; ya da 304. kısım kapsamında bir yan usul başlatabilirdi.³⁷³

304. kısımdaki (*section*) hukuki işlemler ABD uluslararası iflâs hukukunun özünü oluşturmakta ve ABD yasama organının sahip olduğu uyarlanmış evrensellik anlayışının somut bir örneğini teşkil etmektedir. 304 madde, yabancı bir iflâs temsilcisinin yurtdışında halihazırda devam etmekte olan bir tasfiye, yeniden yapılandırma veya benzer bir usûle yardımcı bir işlem başlatmasına izin vermektedir. 304. kısma dayanılarak yapılan başvurular ABD yasalarına göre geleneksel anlamda bir iflâs usûlü başlatmaz ve bu nedenle bir iflâs masası oluşturmadığı gibi alacaklıların tahsil işlemlerine yönelik kendiliğinden durma tedbiri de öngörmemekteydi. Bu düzenleme yalnızca yabancı bir davanın temsilcisinin borçlunun ABD'de bulunan mallarını geri almasına veya idare etmesine izin veren bir çerçeve oluşturmaktaydı. Mahkemeler, yabancı iflâs temsilcileri lehine, yerel alacaklıların borçlunun mallarına haciz koymasını engelleyen tedbir kararlarının çıkarılması, iflâs masasının mallarına ilişkin yerel davaların askıya alınması veya reddedilmesi ve malların (veya mallar üzerindeki kontrolün) yabancı iflâs temsilcisine devredilmesi de dahil olmak üzere çeşitli yardım türlerine karar verme konusunda geniş takdir yetkisine sahipti.³⁷⁴

304. kısma göre, yan usûlün işlevi, ABD'de bulunan malları bireysel alacaklılar tarafından haczedilmekten korumak ve böylece iflâs masasının geri kalanıyla birlikte tasfiye edilmek üzere değerlerini muhafaza ederek yabancı usûle yardımcı olmaktır.

³⁷³ Buxbaum, **Rethinking International Insolvency**, s.28.

³⁷⁴ Buxbaum, **Rethinking International Insolvency**, s.28.

Ancak bu tür bir yardım kendiliğinden gerçekleşmemektedir. Mahkemeler yabancı iflâs temsilcisine yardım etme konusunda takdir yetkisine sahip olmalarının yanı sıra, yerel alacaklıların menfaatlerini koruma konusunda da takdir yetkisine sahiptirler.³⁷⁵

Mahkemeler, bu maddenin (b) bendi uyarınca yardım kararı verip vermeyeceğini belirlerken, şu hususları göz önünde bulundurmaktaydı: (1) söz konusu malvarlığına karşı tüm talep sahiplerine veya bu malvarlığındaki menfaatlerin eşit muamele görmesi; (2) ABD'deki talep sahiplerinin söz konusu yabancı usulde, taleplerin işleme konulmasında önyargıya ve uygunsuzluğa karşı korunması ile tutarlı olarak, söz konusu malvarlığının ekonomik ve hızlı bir şekilde yönetilmesini en iyi şekilde neyin sağlayacağı; (3) söz konusu varlığın hileli bir şekilde elden çıkarılmasının önlenmesi; (4) söz konusu varlığın gelirlerinin büyük ölçüde bu başlıkta öngörülen düzene uygun olarak dağıtılması; (5) nezaket ve (6) uygun olması halinde, söz konusu yabancı usulün borçlu için yeni bir başlangıç fırsatı (*fresh-start*) sağlaması.³⁷⁶

Uyarlanmış evrenselliğin bu düzenlemeler çerçevesinde ne şekilde uygulanabileceği, ABD İflâs Kanunu'nun 304. kısmı kapsamında karara bağlanan öncü davalardan sayılan olan *In re Culmer* meselesinde ele alınmıştır.³⁷⁷ Somut olayda, Bahamalı bir şirketin ABD'de malvarlığı bulunmaktaydı ve bu şirketin Amerika'daki alacaklıları bu malvarlığına haciz koydurarak Amerika Birleşik Devletleri hukuku kapsamında kendilerine belirli öncelik hakları tanınmasını sağlamışlardı. Bahamalı iflâs görevlileri, ABD'deki tahsilat işlemlerinin durdurulması ve malvarlığının Bahama'da açılmış olan usûle tahsis edilmek üzere devredilmesi talebiyle bir başvuruda bulunmuşlardır. Bahamalı temsilcinin talebi, İflâs Kanunu'nun yetkili merci seçimine ilişkin kuralı karşıladığından, ikincil çözüm olarak kabul edilmiştir. Bahamalı temsilcilerin her iki talebinin de kabul edilmiş olması mahkemenin evrenselci görüşünü yansıtmaktadır. Evrenselci bakış açısı, malvarlığının üzerinde tasarruf etme yetkisinin Bahama'ya devredilmesini ve alacaklıların taleplerini ileri sürmek üzere Bahamalar'a gönderilmesi ile kendisini göstermiştir.

³⁷⁵ Buxbaum, *Rethinking International Insolvency*, s.29.

³⁷⁶ Buxbaum, *Rethinking International Insolvency*, s.30.

³⁷⁷ “25 B.R 621, 629 (Bankr. S.D.N.Y. 1982)” Aktaran ve yorumlayan: Westbrook, *A Global Solution to Multinational Default*, s.2300-2301.

Öte yandan, söz konusu davada mahkeme, Bahama hukukunun hakkaniyeti tesis ettiğine ve genel hatlarıyla ABD hukukuna benzediğine kanaat getirene kadar kabul kararı vermemiştir. Mahkemenin bu değerlendirmesi evrenselci yaklaşımın neden sadece ‘uyarlanmış’ haliyle hayata geçirilebileceğine dair önemli ipuçları sunmaktadır. Zira gösterilen evrenselci tutum yani yabancı yargı yerinin yetkisinin kabulü kendiliğinden olmayıp, Bahama hukuk rejiminin, ABD ile kıyaslandığında adil ve genel hatlarıyla benzer olduğuna dair objektif bulgu gerektirmektedir. Muhtemelen, mahkeme işbirlikçi ülkesellik anlayışı doğrultusunda karar verseydi, dilekçe reddedilerek Bahama iflâs temsilcilerine veya yabancı alacaklılara, mahkemenin yabancı mahkeme ile belli bir düzeyde işbirliği yapabileceği, ancak yalnızca ABD'deki davada alacaklıların ABD'deki malvarlığına ilk erişiminin sağlanmasını temin eden sınırlar dahilinde tam paralel bir Birleşik Devletler iflâsı açmaları için izin verilirdi. Bu iki yaklaşım arasındaki temel fark, uyarlanmış evrenselliğin dünya çapında bir bakış açısına sahip olması ve tek mahkemeli, tek hukuklu çözüm idealine mümkün olduğunca yaklaşan çözümler araması iken; ülkeselliğin, yerel alacaklıların iflâs yaklaştığında kendi mahkemeleri tarafından el konulabilecek her türlü malvarlığı üzerinde kazanılmış hakları olduğuna dair bir görüşe dayanmasıdır.³⁷⁸

2005 yılında, buraya kadar anlatılan hukuki düzenlemelerde değişikliğe gidilmiştir. Bu değişikliğin gerçekleştirilmesi aşamasında o zamana kadar yürürlükte olan 304. kısımda evrenselci yaklaşımı benimsediği kabul edilmekle beraber; UNCITRAL model kanununun ortaya çıkışıyla birlikte, bu model kanuna uyum sağlamak için reform önerileri gündeme gelmiştir. 2005'te gerçekleşen kanun değişikliği, uluslararası iflâs reformuna yönelik önemli ve gerekli bir adım olarak görülmüştür. Bu dönemdeki yasal reform önerilerinde UNCITRAL 1997 Model Kanun'un kabul edilmesine yönelik çalışmalara başlanmış ve bu da uluslararası topluluğun mevcut sınır aşan iflâs reformu çabalarıyla uyumlu bir adım olarak değerlendirilmiştir.³⁷⁹

³⁷⁸ Westbrook, **A Global Solution to Multinational Default**, s.2300-2301.

³⁷⁹ Laura Shidlovitskj, “Adoption Of Chapter 15: A Necessary Step In International Bankruptcy Reform, ”**Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas**, 2004, Vol 10 s. 175.; Aaron Hammer ve Matthew E. McClintock, “Everything You Need to Know About Cross-Border Insolvency in the United States”, **Law and Business Review of the Americas** 2008, Cilt 14, s. 258.

304. kısım 1978 yılında kabul edildiği için özellikle tali usûllerin düzenlenmesi konusunda zamanın gerisinde kaldığı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre tali usûllerde benimsenen model, tek bir borçlunun yer aldığı ve tali usûlün görüldüğü ülkede sadece sınırlı bir alacaklı grubunun bulunduğu sınır aşan iflâslarda nispeten işe yarayabilmekle beraber; tali usûle dahil olan önemli miktarda malvarlığının ve masas alacaklısının bulunması halinde, bu yerdeki usûlün tali nitelikte değil, eş zamanlı, paralel olarak yapılması yönünde ciddî bir baskı oluşacaktır. Bir grup şirket iflâsında ise tali usûl modelinin daha da yetersiz kalacağı açıktır. Edinilen deneyimlere bakıldığında, münferit bir yargı merciinin, sırf daha büyük bir grubun parçası olduğu için, ilk yargı merciinde örgütlenmiş ve faaliyet gösteren bir şirketin işlerini yönetme yetkisini başka bir yargı merciine devretme konusunda isteksiz olacağı görülmektedir. 304. kısmın yürürlüğe girmesinden bu yana geçen zaman, uluslararası iflâsların karmaşıklığının 304. kısmı hazırlayanların 1978 yılında öngörebilecekleri düzeyi aştığını da göstermiştir.³⁸⁰

Bu süreç sonucunda Amerika Birleşik Devletleri Kanunu'nun 11. Kitabı'nın³⁸¹ (İflas Kanunu) 15. Bölümü, 2005 yılında, 'İflâsın Kötüye Kullanılmasının Önlenmesi ve Tüketicinin Korunması Kanunu'nun bir parçası olarak ve İflâs Kanunu'nun 304. kısmını ilga ederek yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme UNCITRAL Model Kanunu'na dayanmaktadır. Bu düzenleme "*ABD'nin yurtdışında faaliyet gösteren Amerikan işletmelerinin yararına uluslararası iflâs usûllerini uyumlu hale getirme çabası*" doğrultusunda yürürlüğe girmiştir. Aslında eski kanundan pek de farkı olmayan bu yeni düzenleme ABD mahkemelerinin, yabancı iflâs temsilcilerine yardım sağlanıp sağlanamayacağına karar verirken, nezaket ve işbirliği ilkeleri doğrultusunda hareket etmeleri gerektiğini dile getirmektedir. Öte yandan, gerek 304. kısım gerekse 15. Bölüm hukuk seçimine ilişkin konuları düzenlememiştir. ABD iflâs mahkemelerinin, tasfiye kuralları da dahil olmak üzere yabancı iflâs hukukunu uygulama zarureti yoktur.³⁸²

³⁸⁰ Paul L Lee, "Ancillary Proceedings Under Section 304 and Proposed Chapter 15 of the Bankruptcy Code", *American Bankruptcy Law Journal*, Cilt 76, 2002, s.202.

³⁸¹ [EN] *Title 11 of U.S. Code*

³⁸² Moustaira, *International Insolvency Law*, ss. 76-79.

ABD iflâs yasasının 1501(a) maddesi, 15. Bölümün beş temel amacını şu şekilde belirlemiştir: 1) ABD mahkemeleri ve ilgili taraflar ile sınır aşan iflâs davalarında yer alan yabancı ülkelerin mahkemeleri ve diğer yetkili makamları arasında işbirliğini teşvik etmek; 2) ticaret ve yatırım için daha fazla hukuki belirlilik sağlamak; 3) borçlu da dahil olmak üzere tüm alacaklıların ve diğer ilgili kuruluşların çıkarlarını koruyacak bir şekilde sınır aşan iflâslarda eşitlik prensibini tesis etmek ve etkin bir şekilde idaresini sağlamak; 4) borçlunun varlıklarının değerinin korunmasını ve azami düzeye çıkarılmasını sağlamak ve 5) malî açıdan sorunlu işletmelerin kurtarılmasını kolaylaştırmak, böylece yatırımları korumak ve istihdamı muhafaza etmek.³⁸³

15'inci bölüme ilişkin dört temel özellik ayırt edilebilir. İlk olarak, ABD iflâs mahkemeleri, yabancı bir usulü, ilgili yabancı mahkeme tarafından ne şekilde değerlendirildiğine bakmaksızın asli veya tali iflâs usulü olarak değerlendirme yetkisine sahiptir. İkinci olarak, bir ABD mahkemesinin yabancı iflâs temsilcilerine yardım sağlama veya yardım teklif etme kararı, büyük ölçüde Amerikalı alacaklıların yeterince korunup korunmadığına bağlıdır. 1522. madde uyarınca, bir mahkemenin adli yardım sağlaması veya reddetmesi ya da halihazırda sağlanmış olan adli yardımı değiştirmesi veya sonlandırması için, borçlu da dahil olmak üzere alacaklıların ve diğer ilgili tarafların menfaatlerinin yeterince korunduğundan emin olması gerekir. Malvarlığının yabancı bir iflâs usûlüne devredilmesi söz konusu olduğunda, mahkemenin ABD'deki alacaklıların menfaatlerinin yeterince korunduğundan emin olması gerekir. Üçüncü olarak, 15. Bölüm uygulanacak hukukun belirlenmesine yönelik herhangi bir kural öngörmemektedir. Bu nedenle ABD'de bulunan malvarlıkları ilke olarak ABD İflâs Kanunu'na tabidir. Dördüncü olarak, ABD'de paralel bir usul sürmesi durumunda, 15. Bölüm bu çerçevede yabancı davalara sağlanan yardımın, tam teşekküllü bir ABD iflâs usûlü kapsamında sağlanan yardımla tutarlı olarak şekillendirilmesini veya sonlandırılmasını gerektirmektedir.

³⁸³ Cross-Border Bankruptcy Update: Bad Faith Not a Basis for Denying Chapter 15 Recognition <https://www.jonesday.com/en/insights/2022/03/crossborder-bankruptcy-update-bad-faith-not-a-basis-for-denying-chapter-15-recognition> Erişim Tarihi 2 Aralık 2023

ABD'nin sınır aşan iflâs hukuku, uyarlanmış evrensellik anlayışını benimser ve bu anlayış, farklı ülkelerin yasal sistemlerine adapte olmayı ve egemenlik yetkisini tamamen elden çıkarmadan yabancı mahkemeler ve kuruluşlarla makul bir iletişim, işbirliği ve yetki paylaşımı sağlamayı öngörür. İlginç bir şekilde, 1997 UNCITRAL Model Kanunu aslen ABD iflâs hukukundan ilham alarak geliştirildi. Ancak, 2005 yılından itibaren, ABD'nin iflâs hukuku bu Model Kanun'a daha fazla yakınsama göstermeye başladı. Dolayısıyla, burada karşılıklı bir yakınsamadan da bahsedilebilir.

UNCITRAL Model Kanunu, iflâs konusunda uluslararası standartları belirleyen bir belge olup, ABD'nin bu yakınsaması, iflâs usûllerinin karmaşıklığı ve uluslararası ticaretin globalleşmesi karşısında bir yanıt olarak görülebilir. Bunun yanı sıra, ABD'nin bu düzenlemeleri, uluslararası anlamda daha eşgüdümlü ve etkili bir iflâs süreci oluşturulması yönünde atılmış önemli adımlardır.

2005 yılında gerçekleştirilen yasal değişiklikler, iflâsın sınır aşan etkilerinin daha geniş bir biçimde hissedilmesini sağlamıştır. Bu yaklaşım, yabancı yargı yerleriyle olan egemenlik çatışmalarını en aza indirmeyi ve böylece daha uzlaşmacı ve karşılıklı fayda sağlayan bir işbirliği ve iletişim ortamı oluşturmayı hedeflemektedir. Sonuç olarak, ABD sınır aşan iflâs hukuku, karşılıklı bir yakınsama sürecinde hem kendi hukuk sistemini geliştirmekte hem de uluslararası iflâs düzenlemeleri ile uyum sağlamak ve böylece küresel ekonomiye etkin bir biçimde adapte olmaktadır. Bu gelişmelere rağmen, ABD'nin iflâs kurallarını daha etkin ve dünya standartlarına uyumlu hale getirmek için işbirliği ve uyum sağlaması da gereklidir.

3.3.4. Latin Amerika Ülkeleri

Latin Amerika'daki uluslararası iflâs düzenlemelerinin tarihçesi 19. yüzyıla kadar uzanmaktadır. Bu dönem, bölge üzerinde önemli etkiler bırakan ve iflâs yasalarının biçimlenmesine neden olan bir dizi önemli uluslararası gelişmeyi içermektedir.

Bu bağlamda, ilk anlaşma 1889 tarihli Uluslararası Ticaret Hukukuna ilişkin Montevideo Antlaşması adıyla Arjantin, Bolivya, Brezilya, Şili, Paraguay, Peru ve Uruguay tarafından imzalanmış ve Arjantin, Paraguay, Peru, Uruguay ve Bolivya tarafından onaylanmıştı.³⁸⁴ Kolombiya da 1933 yılında taraf olmuştur. Çoğu hukukçuya göre Montevideo Antlaşmaları “görkemli bir kodifikasyon çalışması” olarak nitelendirilmektedir. Özellikle uluslararası iflâs konusunda, en azından imzalandıkları dönem için öncü birtakım kurallar içermektedir. İkinci Montevideo Uluslararası Ticari Toprak Hukuku Antlaşması 1940 yılında Uruguay, Brezilya, Kolombiya, Bolivya, Arjantin, Peru ve Paraguay tarafından imzalanmış ve Arjantin, Uruguay ve Paraguay tarafından onaylanmıştır.³⁸⁵

Altıncı Uluslararası Amerikan Konferansı çerçevesinde 20 Şubat 1928 tarihinde Havana’da kabul edilen Bustamante Kanunu (*El Código de Sánchez de Bustamante*) Bolivya, Brezilya, Şili, Kosta Rika, Küba, Ekvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nikaragua, Panama, Peru, Dominik Cumhuriyeti, Salvador ve Venezuela’da yürürlüktedir. Sözleşmenin iki maddesi uluslararası yargı yetkisine değinmektedir. 328. madde, borçlunun kendi isteğiyle ikamet ettiği ülkede meydana gelen iflâs durumlarında, o ülkenin hâkiminin yetkili olacağını belirtmektedir. 329. madde, alacaklıların dilekçesi üzerine açılan iflâslarda, alacaklılar hangi ülkede dilekçe vermişlerse o ülkenin hâkiminin yetkili olacağını, bu ülkeler arasında borçlunun ikametgahının bulunduğu ülke varsa, kendisinin veya alacaklıların çoğunluğunun talep ettiği ülkenin hâkiminin yetkili olacağını düzenlemektedir.³⁸⁶

Söz konusu sözleşmenin "İflâs ve Âciz Halleri" başlığı, Montevideo Antlaşmaları’nda benimsenen kurallara benzer bir uluslararası iflâs düzenleme sistemini benimsemektedir. Bu başlık üç kısma ayrılmıştır.

"İflâsın ve âciz halinin birliği" (*Unidad de la quiebra o concurso*) başlıklı Birinci Bölüm sadece bir maddeden oluşmaktadır. Bu maddeye (414) göre, iflâs eden

³⁸⁴ Haroldo Valladio, “Actualisation et Spécialisation des Normes du Droit International Privé des États Américains” **German Y.B. Int’l L.**, 1978, 29, ss.335-337.

³⁸⁵ María Elsa Uzal, **Procesos de Insolvencia en el Derecho Internacional Privado**, Buenos Aires: La Ley, 2008, s. 462

³⁸⁶ Moustaira, **International Insolvency Law**, ss. 31-35.

borçlunun sadece bir ikametgahının bulunması halinde, borçlunun Sözleşmeci Devletler’de bulunan tüm malvarlığı ve borçları için tek bir ödeme güçlüğü usulü ya da iflâs usulü açılabilir. ³⁸⁷

“İflâs veya ödeme güçlüğü’nün evrenselliği ve etkileri” başlıklı İkinci Bölüm, iflâs ilanının çeşitli ülke dışı etkilerine değinen beş maddeden oluşmaktadır. 416. madde, borçlunun iflâsını ilan eden kararın, her bir devletin mevzuatının gerektirdiği tescil veya yayın usûllerinin yerine getirilmesinden sonra Sözleşmeci Devletler bakımından sınır aşan etkilere sahip olacağını belirtmektedir. 417. maddeye göre, Sözleşmeci Devletler’den birinde verilen iflâs kararı, diğer devletlerde bu Kanun’un mahkeme kararları için öngördüğü şekilde icra edilecektir. Bununla birlikte, bu karar kesinleştiği andan itibaren kesin hüküm etkisi yaratacaktır. 418. madde, Sözleşmeci Devletler’den birinde Bustamante Kanunu’na göre atanan iflas temsilcisinin yetkilerinin, herhangi bir yerel kurala uymaya gerek kalmaksızın, diğer Sözleşmeci Devletler’de de yetkilerinin geçerli olacağını belirtmektedir. 419. madde iflâs ilanının geriye yürümesinden ve bu ilan nedeniyle bazı işlemlerin iptal edilmesinden bahsetmekte ve bunların yürürlükteki hukuk tarafından belirleneceğini ve diğer sözleşmeci Devletlerin topraklarında uygulanacağını belirtmektedir. II. Bölüm’ün son maddesi olan 420. madde, iflâs ilanına rağmen aynı haklara ilişkin davaların *lex rei sitae*’ye ve o yer mahkemelerinin yargı yetkisine tabi olmaya devam edeceğine dair geleneksel istisnai düzenlemeye yer vermektedir. ³⁸⁸

“Anlaşma ve iyileştirme” (*del convenio y la rehabilitación*) başlıklı Üçüncü Bölüm iki maddeden oluşmaktadır. 421. madde, alacaklılar ile iflâs etmiş olan borçlu arasında yapılmış olan bir anlaşmanın, anlaşmayı kabul etmemiş olan alacaklıların aynı hak davaları hariç olmak üzere, diğer sözleşmeci Devletler açısından sınır aşan etkiye sahip olacağını belirtmektedir. Son olarak, 422. madde, iflâs eden borçlunun iyileştirilmesinin, bu şekilde tasarrufta bulunan kararın kesinleştiği andan diğer Sözleşmeci Devletler’de de sınır aşan etkiye sahip olacağını öngörmektedir. ³⁸⁹

³⁸⁷ Moustaira, *International Insolvency Law*, ss. 31-35.

³⁸⁸ Uzal, *Procesos de Insolvencia*, ss. 468-469

³⁸⁹ Uzal, *Procesos de Insolvencia*, ss. 470-471

Görüldüğü gibi Bustamante Kanunu, Latin Amerika ülkelerinde sınır aşan iflâslara büyük ölçüde şekil vermektedir. Bu belge, çeşitli ülkelerin uygulamasında, referans alınan bir özelliğe sahip olup, bu bölgede uluslararası iflâs hukukunun evrimine katkı sağlamıştır. Bununla paralel olarak, 1997 tarihli UNCITRAL Model Kanunu, incelenen coğrafyadaki iflâs rejimine etkisi olan bir başka belirleyici hukuki çerçeve olarak ele alınmalıdır.³⁹⁰

Meksika, Şili ve Kolombiya, UNCITRAL model kanununu ulusal sistemlerine dahil etmişken, Arjantin, Venezuela ve Brezilya gibi ülkelerin bu sürece daha yavaş bir şekilde adapte oldukları gözlenmektedir.³⁹¹ Örneğin Arjantin’de hukuk doktrini, ülkenin 1997 tarihli UNCITRAL Model Yasasını benimsenmesi gerektiğini dile getirmektedirler. 2002 yılında Arjantin Parlamentosu’na büyük ölçüde UNCITRAL Model Kanunu’na dayanan bir yasa tasarısı sunulmuştur.³⁹² Ancak, bu girişimin henüz bir sonuç vermediği görülmektedir.

Benzer bir şekilde Venezuela, ulusal mevzuatı, uluslararası iflâsla ilgili herhangi bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla, uluslararası iflâsa ilişkin olarak yalnızca 1919 tarihli Ticaret Kanunu’nda yer alan genel iflâs kurallarına başvurulabilmektedir. Uluslararası iflâsla ilgili özel kuralların yokluğu göz önüne alındığında, bir iflâs davası açan yabancı bir kararın Venezuela’da tanınmak istenmesi durumunda, tek çare yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin genel kuralları uygulamaktır. Bu kurallar 6.8.1998 tarihli Venezuela Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda bulunmaktadır. Yabancı bir kararın tanınması ve tenfizi için gereken koşullardan biri, ülkede bulunan taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklara dokunmamasıdır. Görüldüğü üzere, bu *lex rei sitae* ilkesinin teyit edilmesi anlamına gelmektedir: bir mülke uygulanacak hukuk, o mülkün bulunduğu ülkenin hukukudur. Uluslararası kökenli uluslararası iflâs kuralları söz konusu olduğunda, Venezuela’da geçerli olan bu türden tek hukuki metin, yukarıda belirtilen, 1928 tarihli Bustamante Kanunudur.³⁹³

³⁹⁰ Moustaira, *International Insolvency Law*, ss. 32

³⁹¹ Moustaira, *International Insolvency Law*, ss. 29-36; 95-102.

³⁹² H.J. Miguens, *El Derecho Internacional Privado de la Insolvencia en Argentina. Propuestas de reforma “de lege lata” y “de lege ferenda” para Argentina y el MERCOSUR*, Editorial Académica Española, Mauritius, 2018, ss. 75-77

³⁹³ Moustaira, *International Insolvency Law*, ss. 32-33.

Brezilya 23 Ocak 2021 tarihinde Model Kanunu kabul etmiştir.³⁹⁴ Ne var ki bu tarihe kadar Brezilya hukukunda uluslararası iflâslara ilişkin, Bustamente Kanunu’nun Sözleşmeciler Devletler arasındaki sınırlı etkinliği dışında, herhangi bir kurala yer verilmemiştir. Ayrıca, başka bir ülkede açılan bir iflâsın Brezilya’daki etkilerine ilişkin herhangi bir kural da yer almamaktaydı.³⁹⁵ Yakın tarihe kadar uluslararası iflâs konuları Brezilya’da çoğunlukla ülkesellik ilkesi doğrultusunda her bir olayın somut özelliklerine bakılarak karara bağlanmaktaydı.³⁹⁶ Brezilya’nın ülkesellik ilkesine olan bu genel bağlılığı, sınır aşan hükümlerin eksikliği ile birlikte, bazı yazarlar tarafından mevcut yeniden yapılandırma rejiminde önemli bir eksiklik olarak görülmüş ve Brezilya’nın dahil olduğu sınır aşan usûllerde hukuki açıdan belirsizlik ve öngörülmezliğe yol açtığı yönünde eleştiriye uğramıştır.

Bu süreçte ülkenin sınır aşan iflâs usûllerinde ülkesellik ilkesine bağlılığının sınırlı bir istisnası, Bustamente Kanunu’nun geçerli olduğu iflâs davalarıdır. Bununla birlikte, Bustamente Kanunu’nun uygulanmasının neredeyse yok denecek kadar az olduğu, çünkü uluslararası unsurlar içeren iflâs meselelerin Bustamente Kanunu’nun yürürlükte olduğu ülkelerden ziyade diğer ülkelerden geldiği³⁹⁷ veya yasal olarak diğer ülkelerle bağlantılı olduğunu belirtmek gerekir.³⁹⁸

Brezilya’nın 23 Ocak 2021 tarihinde UNCITRAL Model Kanunu’na uygun bir şekilde iflâs hukuku rejiminde gerçekleştirmiş olduğu reform, uluslararası iflâs hukuku alanında uyarlanmış evrensellik anlayışı çerçevesinde işbirliğine doğru atılmış önemli bir adım olarak yorumlanmıştır.³⁹⁹

³⁹⁴ Fabiano Deffenti ve Luciana Queiroz. “UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in Force in Brazil”, *Laws of Brazil*. 2 Şubat 2021. <https://lawsofbrazil.com/2021/02/02/uncitral-model-law-on-cross-border-insolvency-in-force-in-brazil/> (erişim tarihi: 3 Aralık 2023).

³⁹⁵ Moustaira, *International Insolvency Law*, s. 33

³⁹⁶ Paulo Fernando Campana Filho, “The Legal Framework for Cross-Border Insolvency In Brazil”, *Houston Journal of International Law*, 2009 Cilt:32, 2009, s. 146.

³⁹⁷ Bu davaların en yakın örneklerinden birisi ABD New York Eyaleti Güney Bögesi İflâs Mahkemesinde 2017 tarihinde görülmüş olan *In re Oi Brasil Holdings Coöperatief U.A.* meselesidir. (Bkz. Moustaira, *International Insolvency Law*, s. 86.)

³⁹⁸ Moustaira, *International Insolvency Law*, ss. 31-35.

³⁹⁹ Nyana Abreu Miller ve Raul Torrao, “Cross-Border Insolvency In Brazil: The UNCITRAL Model Law Dances to A Samba Beat” *Sequor Law News Release*, 2021. <https://www.sequorlaw.com/news->

Uyarlanmış evrensellik ilkesinin benimsenip, UNCITRAL tarafından geliştirilen Model Kanunu'nun kabul edilmesi konusunda Şili ve Kolombiya, Latin Amerika'da önemli bir örnek teşkil etmektedir.

Bu bağlamda Kolombiya, UNCITRAL Model Kanunu'nu mevzuatına en erken dahil eden Latin Amerika ülkelerinden biridir. 2006 tarihli 1116 sayılı Yeni Kolombiya Kurumsal İflâs Rejimi (*Nuevo Régimen de Insolvencia Empresarial Colombiano*) başlıklı kanun Model Kanun'un kurallarını, bazı küçük değişiklikler dışında, neredeyse bütünüyle III. başlığa dahil etmiştir. Beş bölümden oluşan başlığın 85-116. maddeleri arasında bu düzenlemeler yer almaktadır. Bu maddeler, diğer hususların yanı sıra, ortaya çıkabilecek sınır aşan iflâs türlerini somutlaştırmakta (md. 86) ve yabancı alacaklıların Kolombiya'da açılan bir iflâs davasına katılabileceklerini ve ulusal/yerel alacaklılarla aynı haklara sahip olacaklarını belirtmektedir (md. 98).

Şili, 9 Ocak 2014 tarihinde 20.720 sayılı *Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas* Kanununu onaylamıştır. Kanun aynı yılın Ekim ayında yürürlüğe girmiştir. Şili'nin iflâs kanunlarında yapılan 1982'den bu yana ilk büyük reform olan bu kanunun amacı, "daha şeffaf ve öngörülebilir bir yerel iflâs rejimi oluşturarak ve iflâs idarecilerinin yabancı borçluların ve onların Şili'deki iştiraklerinin varlıklarına erişimini kolaylaştırarak" dünyanın diğer ülkelerinden ülkeye mevcut ve potansiyel yatırımcıları teşvik etmektir.⁴⁰⁰

Bu kanunun temel amaçlarından biri, iflâsa karşı uygulanabilir bir seçenek olarak şirketlerin yeniden yapılandırılması prosedürü sağlamak ve böylece yabancı yatırımları çekmektir. Bu nedenle, bu yeni iflâs kanunu yeniden yapılandırmaya odaklanmıştır. Kanunun daha önce de belirtildiği üzere, bu kanunun öncelikli amacı, iflâsa yönelik önceki yaklaşımı değiştirmektir; bu yaklaşım, iflâstan sorumlu olduğu

release/cross-border-insolvency-in-brazil-the-uncitral-model-law-dances-to-a-samba-beat. (erişim tarihi: 3 Aralık 2023).

⁴⁰⁰ P. Mears P, R. Revco, "Chile's New Bankruptcy Legislation to Attract More Foreign Direct Investment and International Trade", <https://news.bloomberglaw.com/international-trade/chiles-new-bankruptcy-legislation-to-attract-more-foreign-direct-investment-and-international-trade> Erişim tarihi 18 Aralık 2023.

düşünülen kuruluşların katı bir şekilde yaptırıma tutularak tasfiye edilmesi yaklaşımından, borçlunun varlıklarının değerini en üst düzeye çıkarmayı amaçlayan yeniden yapılanmalarını kolaylaştıran daha yumuşak bir muameleye dönüşmektedir. Bununla birlikte, yeniden yapılanma planının alacaklıların gerekli çoğunluğu tarafından destek görmemesi hâlinde tasfiye her zaman mümkündür. Ayrıca, bu kanunda UNCITRAL Model Kanun Kılavuzu tarafından öngörülen çözümü benimseyen bir hüküm olarak, uygun koşullarda farklı iflâs usûlleri arasında dönüşüm imkânı da bulunmaktadır.⁴⁰¹

⁴⁰¹ P. Mears P, R. Reveco, “Chile’s New Bankruptcy Legislation to Attract More Foreign Direct Investment and International Trade”, <https://news.bloomberglaw.com/international-trade/chiles-new-bankruptcy-legislation-to-attract-more-foreign-direct-investment-and-international-trade> Erişim tarihi 18 Aralık 2023.

4. ULUSLARARASI İFLÂSIN USÛL VE ESASINA İLİŞKİN ÇÖZÜMLER

Uluslararası iflâs, küreselleşen ekonomide önem kazanmakta ve çeşitli hukuki zorlukları beraberinde getirmektedir. Bu bölümde, sınır aşan iflâslarda karşılaşılan temel sorunlar ve bu sorunlara yönelik uygulanan veya önerilen hukuki çözüm yolları detaylı bir şekilde incelenmektedir. Özellikle farklı hukuk sistemleri arasındaki koordinasyon eksikliği, alacaklıların eşitliği ve yabancı alacaklıların haklarının korunması, iflâs usûllerinin etkin yönetimi gibi meseleler uluslararası iflâsın temel tartışma başlıkları altında ele alınacaktır. Bu bağlamda, milletlerarası özel hukukta kabul gören kavramlar, karşılaştırmalı hukuk uygulamaları ve çeşitli uluslararası mekanizmalar ışığında değerlendirilecektir.

4.1. Milletlerarası Yetki

4.1.1. Esas Menfaatler Merkezi (COMI) Kavramı

COMI (Center of Main Interests - Esas Menfaatler Merkezi), tasfiye veya yeniden yapılandırma usûllerinde bir ticari işletmenin ana faaliyet yerinin belirlenmesi için kullanılan terimdir. COMI, genellikle şirketin ana yönetim ofisinin bulunduğu yer, asli işlemlerinin yürütüldüğü yer veya şirketin asıl ticari kararlarının alındığı yer olarak tanımlanabilir. Model Kanun'da COMI tanımı yer almamaktadır. UNCITRAL Yasama Kılavuzu'nda, COMI'nin uygun tanımının AB İflâs Tüzüğü'nde belirtildiği biçimiyle ele alınmasını tavsiye etmektedir.⁴⁰² AB İflâs Tüzüğü'nün 3. maddesine göre, bir borçlunun esas menfaatlerinin merkezi (COMI), borçlunun menfaatlerinin düzenli olarak yönetildiği ve üçüncü taraflarca tespit edilebilir olması gereken yer olarak tanımlanmaktadır. Bundan başka bir şirket ya da tüzel kişi söz konusu

⁴⁰² UNCITRAL, *Uncitral Legislative Guide on Insolvency Law Part 1 & 2: Key Objectives - Core Provisions*. New York: United Nations Publications, 2005, s. 41 para. 13

olduğunda, aksi kanıtlanmadığı takdirde, sicile kayıtlı merkezin bulunduğu yerin tüzel kişiliğin COMI'si olduğu varsayılır.⁴⁰³

İngiltere’de görülen *Daisytek - ISA Ltd* meselesi,⁴⁰⁴ borçlunun esas menfaat merkezinin (COMI) belirlenmesine ilişkin emsal oluşturmuş bir karardır. Mesele, ISA International Plc.'nin Fransız ve Alman iştiraklerini içermekte ve ilk AB İflâs Tüzüğü'nün⁴⁰⁵ 3(1) maddesinin amaçları doğrultusunda COMI'nin nerede bulunduğuna ilişkin soruları gündeme getirmektedir. Davada yetkili Leeds Mahkemesi, borçlunun COMI'sinin bulunduğu Üye Devlet mahkemelerinin iflâs davası açmak için yargı yetkisine sahip olduğunu belirleyen AB İflâs Tüzüğü'nün 3(1) maddesini uygulamıştır.⁴⁰⁶

Mahkeme, borçlunun COMI'sinin üçüncü taraflar bakımından da tespit edilebilirliğini de dikkate almış, COMI'nin üçüncü taraflarca da bilinen veya kolayca tespit edilebilen objektif unsurlara göre belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, borçlu bakımından en belirleyici “üçüncü tarafların” potansiyel alacaklılar olduğunu vurgulamıştır. Bir ticari işletme için bu üçüncü tarafların, şirketin finansörleri ve ticari tedarikçileri olacağını belirtmiştir. Mahkeme, Alman şirketlerinin faaliyetlerinin Bradford, İngiltere’de finanse edildiğini ve Alman şirketlerine tedarik edilen malların %70'inin Bradford'da yapılan sözleşmeler kapsamında olduğunu kaydetmiş, alacaklıların büyük bir çoğunluğunun, Alman şirketlerinin birçok önemli faaliyetini Bradford'da yürütüldüğünü bildiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, yorumu gereken hususlarda AB İflâs Tüzüğü'nün 13. maddesine ve Virgos-Schmit

⁴⁰³ Hannan, **Cross-Border Insolvency**, s.43.

⁴⁰⁴ In re Daisy Tek-ISA Ltd [2003] B.C.C. 562 (Ch D) (Leeds District Registry)

⁴⁰⁵ İflâs Usûllerine İlişkin 29 Mayıs 2000 tarih ve 1346/2000 sayılı AB Konsey Tüzüğü [2000] OJ L160/1-18

⁴⁰⁶ Samuel L Bufford, “International Insolvency Case Venue in the European Union: The Parmalat and Daisytek Controversies”, 2006, 12 **Colum J Eur L**, s.453

Raporu'na⁴⁰⁷ atıfta bulunarak, vardığı sonuçları gerekçelendirmek için *Skjevesland v Geveran Trading Company Limited* kararı gibi emsallere de atıfta bulunmuştur.⁴⁰⁸

Daisytek - ISA Ltd meselesi, COMI'nin belirlenmesinde önemli bir emsal teşkil etmektedir. Üçüncü tarafların, özellikle de muhtemel alacaklıların bakış açılarını dikkate alan objektif bir teste duyulan ihtiyacı ortaya koymuştur. Karar, mahkemelerin milletlerarası yetkisinin belirlenmesinde COMI kriterini öne çıkaran ALI-III ilkelerinin 13.1 maddesi⁴⁰⁹ ile de uyumludur. Mahkemenin, COMI'yi belirlerken temel indikatör olarak sadece finansal düzenlemelere ve sözleşmelere odaklanması eleştirilse de,⁴¹⁰ ticari gerçekleri gözetten pragmatik bir yaklaşım sunduğunu ve sınır aşan iflâs usûllerine dahil olan taraflar bakımından netlik ve öngörülebilirlik sağladığını belirtmek gerekir.

4.1.2. Forum Shopping

“*Forum Shopping*” kavramı “milletlerarası yetkiye sahip birden fazla ülke mahkemesinin bulunması halinde, talepte bulunanın bu mahkemeler arasından en olumlu sonucu alabileceği mahkemeyi stratejik olarak seçerek, davasını buraya yöneltmesine” verilen isimdir.⁴¹¹ *Forum shopping* konusu birden fazla yerdeki mahkemelerin yetki alanına giren bir talebin, bu talebe en lehte muamele edecek mahkemede takip edilmesi uygulamasını ifade eder. *Forum shopping* ayrı ülkelerdeki mahkemeler arasında, federal bir devlette farklı eyaletlerdeki mahkemeler arasında veya aynı eyaletteki federal ve eyalet mahkemeleri arasında gerçekleşebilir. *Forum*

⁴⁰⁷ Miguel Virgos ve Etienne Schmidt, **Report on the Convention on Insolvency Proceedings**, 1996, OJ L 6500/96, 3 Mayıs 1996 (Virgos-Schmidt Raporu); Virgos ve Schmidt’in 1996 yılında İflâs Usûllerine İlişkin Avrupa Konvansiyonu üzerine yayınladıkları çalışma; Konvansiyon yürürlük kazanmamış olmasına rağmen, uluslararası iflâs hukukunun önde gelen kaynaklarından birisi olarak kabul edilmektedir. Gerek Model Kanun gerekse AB İflâs Tüzüğü’ndeki COMI kavramı yorumlanırken ve COMI varsayımları değerlendirilirken çalışmaya sıklıkla atıfta bulunmaktadır.

⁴⁰⁸ Bufford, **International Insolvency Case Venue**, s.463-464

⁴⁰⁹ [EN] ALI-III G.P. md. 13.1: *For the purposes of these Global Principles the courts or other authorities of a state should have jurisdiction to open an insolvency case in respect of a debtor when either: (i) the debtor’s centre of main interests is situated within that state’s territory; or (ii) the debtor has an establishment within that state’s territory.* (Daha fazla bilgi için bkz. Ian F. Fletcher, “Challenge and Opportunity: The ALI/III Global Principles Project”, **Potchefstroom Electronic Law Journal**, C. 11, 2008, ss. 1-29.)

⁴¹⁰ Bufford, **International Insolvency Case Venue**, s.460-461

⁴¹¹ <https://www.merriam-webster.com/legal/forum%20shopping>;

shopping iddia ve teşebbüsüne karşı, karşı tarafın ileri sürebileceği argüman “*forum non conveniens*”dir. Bu kavram davacıların uygun olmayan bir mahkemede dava açarak davacının açık bir şekilde zor durumda bırakıldığı iddiasına dayanır. *Forum non conveniens* doktrini mahkemeye yetki tesis edilmesi için uyuşmazlıkla mahkeme arasında esaslı ve yakın bağlantı şartını arar ve *forum shopping*’i kısıtlar. Mahkeme bu bağın bulunmadığı hususta ikna olursa yargı yetkisini kullanmaktan feragat edebilir.⁴¹²

Uluslararası iflâs bağlamında *forum shopping*, uluslararası faaliyetlerde bulunan bir işletmenin yeniden yapılandırılması veya tasfiyesi amacıyla kendi çıkarlarına en uygun gördüğü ülkeyi belirleyerek, olası iflâsı hâlinde bu ülkenin mahkemelerinin yetkisinin tesis edilmesi ve bu ülke hukukunun iflâsa uygulanması için gerekli önlemleri alması anlamına gelmektedir.⁴¹³

Forum shopping uygulamalarının engellenmesi için en etkin yöntem hiç kuşkusuz yetkili ve görevli mahkemelerin yasal düzenlemelerle açık bir şekilde düzenlenmesidir. Öte yandan, uluslararası iflâsa dair özgün meselelerin karmaşıklığı karşısında yetkili mahkeme meselesi 2. bölümde açıklanan farklı yaklaşımlardan kaynaklanan tartışmaların odak noktasını oluşturmaktadır. Örneğin işbirlikçi ülkesellik ilkesini savunan LoPucki'ye göre, yerel bir mahkemenin yabancı bir iflâs kararının uygulanmasını reddetme konusunda hakimin takdir yetkisinin ortadan kaldırılması, uluslararası *forum shopping*’e yol açacaktır.⁴¹⁴

Bu görüş karşısında uyarlanmış evrenselliğin ileri sürdüğü şekliyle, asli iflâs davasının borçlunun COMI’sinde açılarak tali işlemlerin ise farklı ülkelerde yürütülebileceğine dair getirilecek açık bir yasal düzenleme *forum shopping* teşebbüslerini asgari seviyeye indirecektir. Nitekim UNCITRAL Model Kanunu ve AB İflâs Tüzüğü bu yöntemi benimsemektedir.

⁴¹² Cornell Law School Legal Information Institute, “Forum Shopping”, https://www.law.cornell.edu/wex/forum_shopping

⁴¹³ Wolf-Georg Ringe, “Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation”, **European Business Organization Law Review**, Cilt 9, Sayı 4, 2008, s.581.

⁴¹⁴ Bufford, **Global Venue Controls are Coming**, s.108

UNCITRAL Model Kanunu'nun 17 maddesi, yabancı usûlleri, asli ve tali usûl olmak üzere iki şekilde tanımlamaktadır. Model Kanun'un 2. maddesi “yabancı asli usûl” (*main proceeding*) kavramını borçlunun esas menfaatlerinin merkezinin bulunduğu Devlette gerçekleşen bir yabancı usûl olarak tanımlamaktadır. “Yabancı asli olmayan usûl” (*non-main proceeding*) ise, yabancı asli kolektif usûl dışında, borçlunun bir işyerinin bulunduğu bir Devlette gerçekleşen yabancı bir usûl olarak tanımlanmaktadır.⁴¹⁵

Tabii bu doğrultuda temel hedefe ulaşmak için COMI'nin saptanmasına dair unsurların yoruma yer vermeyecek şekilde açıkça düzenlenmesi gerekir. Bu bağlamda UNCITRAL Model Kanunu'nda şu hüküm yer almaktadır: “*Aksine bir kanıt bulunmaması halinde, borçlunun kayıtlı ofisinin [...] borçlunun ana menfaatlerinin merkezi olduğu varsayılır.*” Benzer bir şekilde AB İflâs Tüzüğü borçlunun esas menfaatlerin merkezi, borçlunun menfaatlerinin idaresini düzenli olarak yürüttüğü ve bu nedenle üçüncü taraflarca tespit edilebilen yeri ifade etmektedir.⁴¹⁶

Yakın zamana kadar, Avrupalı firmalar, daha elverişli bir iflâs rejiminden faydalanabilmek için, farklı ülkelerin yasaları ve düzenlemeleri arasındaki tutarsızlıklardan veya hukuki boşluklardan yararlanma stratejilerine başvurmuşlardır. AB İflâs Tüzüğü, uzun süredir bu tür çabaları engellemeye çalışmaktadır. Özellikle borçlunun iflâs başvurusunda bulunmasından kısa bir süre önce gerçekleştirilen *forum shopping* faaliyetleri için üç aylık bir askı süresi getiren ve 2017 yılında yürürlüğe giren 2015/848 sayılı AB İflâs Tüzüğü, *forum shopping*'in kötüye kullanılan türlerini daha da sınırlandırmayı amaçlamaktadır.⁴¹⁷

Bu reforma geline süreçte COMI'nin tanımının sorunlu olduğu ve kötü niyetli *forum shopping* girişimlerini engellemekte yetersiz kaldığı ileri sürülmüştür.⁴¹⁸

⁴¹⁵ Neil Francis Hannan, **Cross-Border Insolvency**, Singapore: Springer Singapore, 2017, s. 43.

⁴¹⁶ Bufford, **Global Venue Controls are Coming**, s.108

⁴¹⁷ Wolf-Georg Ringe, “Insolvency Forum Shopping, Revisited”, **Recasting the Insolvency Regulation Improvements and Missed Opportunities**, Editörler: Vesna Lazić ve Steven Stuij, 2020, s.2.

⁴¹⁸ Ignacio Tirado, “An Evolution of COMI in the European Insolvency Regulation: From Insolvenzimperialismuss to the Recast”, **SSRN Electronic Journal**, 2015.

Avrupa Birliği sınırları içinde faaliyet gösteren şirketlerin kötü niyetli forum alışveriş örnekleri bağlamında, çoğunlukla iki temel taktiğe başvurulduğu görülmüştür.⁴¹⁹ Kimi durumlarda, borçlu şirket, asıl merkezini-ve bazen ek faaliyetlerini başka bir ülkede tescil ederek yürütme yoluna gitmiştir. Bunun nedeni, AB İflâs Tüzüğü'nün 3. maddesinde düzenlendiği haliyle, bir şirketin veya tüzel kişinin tescilli merkezinin normalde COMI'sine tekabül ettiği varsayımdır. Dolayısıyla, sicile kayıtlı olan merkezinin değiştirilmesi, Madde 3 uyarınca asli iflâs usûlünün görüleceği yetkili mahkemenin de değişmesine neden olacak ve bu durum esasa uygulanacak hukukun *lex fori concursus*'a göre belirlendiği hususlar bakımından uygulanacak iflâs hukuku kurallarının da değişmesine sebep olacaktır. Bu tür bir stratejiye verilebilecek somut bir örnek, Deutsche Nickel AG'nin (DNick) bir Alman halka açık limited şirketi iken kayıtlı ofisi İngiltere'de olan bir İngiliz özel limited şirketine dönüşmesidir.

İkinci taktik ise, tescilli merkezi olduğu yerde bırakarak şirketin etkin genel merkez işlevi gören unsurlarını yurtdışına taşımaktır. Söz gelimi, şirket kurulduğu yerde kalmakla birlikte, şirketin yönetim kadrosu başka bir Üye Devlete taşınabilmektedir. Bu taktik, mahkemeler önünde tescilli merkezin nerede olduğuna bakılmaksızın, pratikte şirket yönetiminin yeni Üye Devlette yürütüldüğünden bahisle esas menfaatlerin merkezinin (COMI) daha avantajlı olan yargı yerinde olduğuna yönelik bir argüman sunmayı amaçlamaktadır. Bu duruma örnek olarak, İngiliz mahkemelerinin Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA'nın COMI'sinin, şirketin tescilli merkezinin Lüksemburg'da kalmasına rağmen etkin bir şekilde Lüksemburg'dan İngiltere'ye nakledildiğine karar verdiği *Hellas Telecommunications* kararı verilebilir.⁴²⁰

<https://doi.org/10.2139/ssrn.2688169>. s.15 Horst Eidenmüller, "Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law", *European Company and Financial Law Review*, Cilt:6, Sayı 1, 2009, s.13-22.

⁴¹⁹ Ringe, *Insolvency Forum Shopping, Revisited*, s 4.

⁴²⁰ Irit Mevorach, "Forum Shopping in Times of Crisis: A Directors' Duties Perspective", *European Company and Financial Law Review*, 2013, Cilt:10, Sayı:4, s.525.

AB, bu tartışmalı durum karşısında 2015/848 sayılı Tüzük ile çözüm getirmeye çalışmıştır.⁴²¹ Tüzük, şirketin merkezi idaresinin tescilli merkezinin dışında, başka bir Üye Devlette bulunması durumunu ve ilgili tüm hususların detaylı bir değerlendirme sonucunda belirlenmesini açıklığa kavuşturmayı amaçlamıştır. Bu değerlendirmeye bağlantılı olarak, bir şirketin fiili yönetim ve denetleme merkezinin ve menfaatlerinin söz konusu diğer Üye Devlette bulunduğu üçüncü kişiler tarafından da açıkça anlaşılabilir şekilde kanıtlanması durumunda, COMI'nin şirket merkezinin tescilli olduğu ülkede olduğuna dair olan karinenin çürütülebileceğini öngörmektedir.⁴²²

2015/848 sayılı tüzük, “alacaklıların genelinin aleyhine olacak şekilde daha elverişli bir hukuki durum elde etmek amacıyla tarafların malvarlığı unsurlarını veya adli işlemleri bir Üye Devletten diğerine nakletmelerine yönelik teşviklerin (forum shopping) önlenmesinin iç pazarın düzgün işleyişi için gerekli olduğu” görüşünü benimsemiştir. Burada belirtilmesi gereken, söz konusu yeni düzenleme ile “alacaklıların genelinin zararına” ifadesinin eklenmiş olmasıdır. Bu da, yeni Tüzük’ün, alacaklılar tarafından da kabul görebilecek *forum shopping*’in faydalı çeşitleri ile alacaklıların rızası olmadan veya başka bir şekilde onların zararına olacak şekilde yer değiştirdiği “hileli veya kötüye kullanılan” *forum shopping* arasında ayırım yapmayı amaçladığını göstermektedir.⁴²³

2015 tarihli değişiklik, *forum shopping*’in kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla çeşitli tedbirlerden oluşan bir paket öngörmektedir. Bu tedbirler şu şekildedir: (1) COMI karinesinin belirli koşullar altında çürütülebilir olması; (2) ulusal mahkemelerin borçlunun COMI'sinin gerçekten kendi topraklarında bulunduğunu kendiliğinden doğrulaması; (3) COMI karinesinin, dava açma talebinin yapılmasından önceki üç (veya gerçek kişiler söz konusu olduğunda altı) aylık bir askı süresi boyunca

⁴²¹ Fierbințeanu, Gabriela ve Vasile Nemeș. “A New Approach in Cross Border Cases - Regulation (EU) No 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on Insolvency Proceedings (Recast)?” **Challenges of the Knowledge Society**, 2017,s.228;; Pavla Plachá. “Change of the Definition of the COMI - Issue Connected with the Revision of Council Regulation (EC) No 1346/2000”. Editör Alexander J. Bělohlávek ve Naděžda Rozehnalová. **Czech Yearbook of International Law** 7, 2016, ss.221.

⁴²² Ringe, **Insolvency Forum Shopping, Revisited**, s.2.

⁴²³ Ringe, **Insolvency Forum Shopping, Revisited**, s. 6.

uygulanmaması; ve (4) herhangi bir alacaklı veya borçlunun iflâs davası açma kararına karşı iç hukukta etkili bir hukuk yoluna sahip olması.

COMI, 2015/848 sayılı AB İflâs Tüzüğü'nün öngördüğü çerçevede iki ana işlevi yerine getirmektedir. İlk işlev, asli iflâs usûllerinin başlatılması için mahkemenin milletlerarası yetkisinin tesis edilmesidir. İkinci işlev olarak, COMI mahkemesi genellikle iflâs usûllerine uygulanacak hukuku (*lex fori concursus*), bunların borçlu ve alacaklıların hak ve yükümlülükleri üzerindeki etkilerini belirleyecektir. Örneğin, *lex fori concursus* borçlunun ve iflâs temsilcilerinin yetkilerini, malların satışından elde edilen gelirlerin dağıtımını ve alacak öncelikleri ve sıra cetvelini düzenleyen kuralları yönetecektir (AB İflâs Tüzüğü Md.7).⁴²⁴

1346/2000 sayılı Tüzük'ün kabul edilmesinden itibaren COMI kavramının ve uygulamasının açıklığa kavuşturulmasında önemli ilerlemeler kaydedilmiştir. Bu konuda öncü rol Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından oynanmıştır. Tüzük'ün yürürlüğe girmesinden dört yıl sonra, COMI'yi yorumlayan ilk davalardan biri olan 2006 tarihli *Eurofood IFSC Ltd.* kararında⁴²⁵ ABAD, COMI'nin “özerk”, “ulusalüstü” (*supranational*) bir niteliği olduğunu belirtmiştir. Burada özerklik nitelmesi verilerek, COMI kavramının AB müktesebatı normu olması hususuna dikkat çekilmektedir. Birlik tarafından getirilen bir norm olması sebebiyle, Üye Devletlerin iç hukuklarında bu terime atfedilen anlamlardan bağımsız olarak, bağlayıcı yorumun bu konuda münhasır yetkiye sahip olan ABAD tarafından yapılacağının da burada altı çizilmelidir.⁴²⁶ “Ulusalüstü” olması ise, kullanım biçimi ve bağlamı kanaatimizce tartışmalı olsa da, AB müktesebatının uluslararası özgünlüklerinin büründüğü bağlayıcı görünüme ve Birliğin bütünleşik yapısına ABAD'ın nasıl baktığını yansıtmaktadır. ABAD, COMI'nin belirlenmesi konusunda bir rehberlik sağlamak amacıyla bu terimleri kullanmıştır. Özellikle, şirketlerin hangi ülkenin iflâs hukukuna tabi olacağının belirlenmesinde, COMI'nin objektif ve dışarıdan

⁴²⁴ Ilya Kokorin, “Contracting Around Insolvency Jurisdiction: Private Ordering in European Insolvency Jurisdiction Rules and Practices”, **Recasting the Insolvency Regulation Improvements and Missed Opportunities**, Editörler: Vesna Lazić ve Steven Stuij, 2020, s. 25 *Lex concursus* ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz.: aşağıda 3.4.3.1

⁴²⁵ C- 341/04 *Eurofood IFSC Ltd (Re)* [2006] Ch 508 (ECJ)

⁴²⁶ Bkz. TFEU (ABİDA) md. 344

belirlenebilir kriterlere dayanması gereksinimini vurgulayan ABAD, COMI'nin “hem objektif hem de üçüncü taraflarca tespit edilebilecek kriterlere göre” belirlenmesi gerektiğini, dolayısıyla bu tarafların borçlu ile işlem yapmanın risklerini hesaplamalarına olanak sağladığını belirtmiştir. Tescil merkezi mahkemesin milletlerarası yetkisi lehine olan basit karine, ancak objektif ve tespit edilebilir faktörler COMI'nin başka bir yerde olduğunu gösteriyorsa çürütülebilir. Bu, şirket merkezinin tescilli bulunduğu yerde herhangi bir ticari faaliyet yürütmeyen bir “posta kutusu” şirketi örneğinde olduğu gibidir.⁴²⁷

4.2. Yabancı İflâs Usûllerine Etki Tanınması

Milletlerarası özel hukukta tanıma ve tenfiz usûlleriyle gösterilmeye çalışılan milletlerarası nezaket, yabancı mahkeme kararına, *forum* hukukunda etki verilmesi amacını taşır. Tanıma, inşai niteliği olan yabancı mahkeme kararlarının, tanıma devleti hukukuna aktarılmasını sağlayan usûldür. Tenfiz ise icrai nitelikteki yabancı mahkeme kararlarının, bu kararlara etki verecek devletin hukuk alanına yayılmasına olanak tanıyan usûldür. Tenfizle karşılaştırıldığında tanıma işlemi, yabancı bir mahkeme kararının tanıma devleti mahkemesinde tıpkı o yer mahkemesi kararıymış gibi icra edilmesini değil, belirli bir olay ve anlaşmazlık bağlamında, söz konusu kararın kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilmesini mümkün kılar.⁴²⁸ Tanınma kararı verilmiş bir yabancı karar iç hukukta kesin delil ve kesin hüküm etkisi yaratır.⁴²⁹

Türk hukukunda iflâs konusu ele alınırken gerek doktrinde gerekse Yargıtay'da, “yabancı iflâs kararlarının” tanınması ve tenfizinden bahisle konu tartışılmaktadır. Doktrinde bir görüş borçlunun müflis statüsü alıyor olmasından bahisle, kararın inşai niteliğinin yanı sıra, iflâsın açılması neticesinde, müflisin mallarının tasfiyesine yönelik işlemlerin artık icrai nitelik taşıyacağı, bu yüzden yabancı iflâs kararının tenfize tabi olması gerektiğini belirtmektedir.⁴³⁰ Diğer görüş ise, iflâs kararının

⁴²⁷ Kokorin, *Contracting Around Insolvency Jurisdiction*, s. 26

⁴²⁸ Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, s. 524

⁴²⁹ MÖHUK md. 58(1) ; Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, s. 530

⁴³⁰ Güneysu-Güngör, *Milletlerarası Özel Hukukta İflas*, s. 178-179. Ayrıca bkz. Yeşilırmak, s. 206; Ali Önal, “Yabancı Unsurlu İflas Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu”, *Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEÜHFD*, Cilt: 16 Yıl: 2014 (Basım Yılı: 2015; Özel Sayı), s. 2895

borçlunun statüsünde yarattığı değişikliğin, yani müflis sıfatı almasının, inşai nitelikte bir karar olmasından bahisle iflâs kararının tanınması gerektiğini, iflâsın açılmasıyla “Türk icra makamlarınca” yapılacak işlemlerin ise bu tanımaya binaen kullanılan yetkiler olması sebebiyle ayrı ele alınması gerektiği, dolayısıyla iflâs kararının tanınması gerektiği, tenfize konu edilecek olanın ise yabancı iflâs usûlü olduğunu belirtmektedir.⁴³¹ Bu değerlendirmelerden bağımsız olarak, uygulamadaki kurallar çerçevesinde Türk hukukunda iflâsın münhasır yetki esasıyla düzenlemesi sebebiyle, yabancı iflâs kararlarının tanınmasının ya da tenfizinin mümkün olmadığı hususunda ise tartışma bulunmamaktadır.

Yabancı iflâs idaresinin tanıma devletinde kullanacağı yetkileri ileride ayrıca değerlendireceğimiz için burada sadece uluslararası düzenlemelerde temsilcinin gerçekleştireceği işlemlerden önce “yabancı iflâs usûlünün tanınması” gerektiğini belirtmekle yetinelim.⁴³² Öte yandan, yabancı iflas idaresinin gerçekleştireceği işlem, iç hukukta o yerde iflâsın açılması ve yabancı temsilcinin açılan iflâsa bağlı olarak usûli işlemler yapabilmesi amacını taşımıyorsa; örneğin yabancı temsilcinin yapacağı işlem, o yerde iflâs ettirilmemiş borçlunun uhdesinde kalan bir alacağı talep etme maksadı taşıyorsa, burada yabancı asli iflâs usûlünün tanınmasına gerek yoktur. Aynı durum kanaatimizce Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Yabancı temsilcinin temsil yetkisi ve iflâs masasının dava takip yetkisi, temsilciyle iflâs masası arasındaki ilişkiyi kuran hukuka göre tespit edilecektir. Dava takip yetkisi olan iflâs temsilcisi aktif husumet ehliyetini, yani davadaki hukuki menfaatini ispatlaması gerekecektir. Buradaki menfaat, iflâs kararındaki menfaat değil, tekil alacağın takip edilmesindeki menfaattir. Tanınması yapılmamış yabancı mahkeme kararları kesin delil etkisi yaratmasa da takdiri delil olarak değerlendirilebilecektir.⁴³³ Yabancı iflâs kararının takdiri delil olarak değerlendirilmesi aktif husumet ehliyetini tesis edecektir. Yine de burada mahkemenin esasa girerek alacağın varlığını tespit etmesi gerekebilir. Zira

⁴³¹ Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 524; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 589; Sarıöz Büyükalp, **Milletlerarası Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, 2017.

⁴³² Fletcher, İngiltere bakımından önceden gerçekleştirilecek tanımanın zorunlu olmadığını ileri sürmüştür. Bkz. Fletcher, **Insolvency in Private International Law**, s. 473.

⁴³³ **Y.HGK’nın 24.10.2001** tarihli kararında şöyle denilmektedir: “[...] davacı vekilinin işlemi haksız fiilden doğan alacağın tahsiline ilişkin olmasına göre, bu bir eda davasıdır. Eda davasında davacı tanınması ve tenfizini istememiştir. Yabancı ilama takdiri delil olarak dayanabilir. Bu tür delil diğer delillerle birlikte takdir edilir ve değerlendirilir” (Çelikel ve Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.662)

Türk yargı kararlarında, tenfizi yapılmamış mahkeme kararlarına dayanarak ilamsız icra takibi yapılabileceği ve ödeme emrine itiraz edilmesi durumunda esasa girerek alacağın varlığının incelenmesi gerektiği yönünde kararlar⁴³⁴ vardır. Bu kapsamda, kanaatimizce yabancı temsilcinin, yabancı yerde açılan iflâsa bağlı olarak Türkiye’de bir alacak talebinde bulunması hâlinde Türk mahkemesince öncelikle davacı yabancı temsilcinin aktif husumet ehliyeti değerlendirilerek hukuki menfaati olup olmadığı araştırılacak; bu incelemede tanınması yapılmamış olan yabancı iflâs kararı takdiri delil teşkil edecek ve buradan hareketle alacağın varlığına ilişkin esas değerlendirme *lex causae*’ye, alacak sebebi statüsüne göre yapılacaktır.

İflâs kararının tanınması yahut tenfizi bahsine dönecek olursak, milletlerarası nezaketi sağlaması için başvurulana geleneksel tanıma ve tenfiz usûllerinin, iflâs bahsinde yetersiz kalacağı düşüncemizi belirterek konuya farklı bir perspektiften yaklaşmak isteriz. Şöyle ki;

Gerek tanıma gerekse tenfiz usûlleri yabancı kararın maddi hukuk etkilerini iç hukuka aktarmayı amaçlar. İflâs kararının ilk bakışta sayabileceğimiz başlıca beş maddi etkisi bulunmaktadır. Birinci maddi etkisi yarattığı müflis statüsüdür. Buna

⁴³⁴ **Yargıtay 19.HD T.20/09/2011 E.2011/517 K. 2011/11139** “Türkiye’de tenfiz edilmeyen yabancı mahkeme kararına konu alacağın ilamsız takibe konulmasında yasal engel bulunmamaktadır. Ancak itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında, yabancı mahkeme kararı temyiz edilmediği için kesin hüküm ya da kesin delil olarak değerlendirilemeyeceğinden mahkemece itirazın haklı olup olmadığı, diğer bir anlatımla davacının alacaklı olup olmadığı yönünde iddia ve savunma çerçevesinde araştırma ve inceleme yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi [gerekir]”

Samsun BAM T. 27/03/2018 E. 2017/688 K. 2018/212 : “Türkiye’de tenfiz edilmeyen yabancı mahkeme kararına konu alacağın ilamsız takibe konulmasında yasal engel bulunmamaktadır. Ancak itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında, yabancı mahkeme kararı temyiz edilmediği için kesin hüküm ya da kesin delil olarak değerlendirilemeyeceğinden mahkemece itirazın haklı olup olmadığı, diğer bir anlatımla davacının alacaklı olup olmadığı yönünde iddia ve savunma çerçevesinde araştırma ve inceleme yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmaksızın Türkiye’de tenfiz edilmemiş olan yabancı mahkeme kararının hükme esas alınması doğru görülmemiştir. (Yargıtay 19.Hukuk Dairesi 20.09.2011 tarih 2011/517 esas 2011/11139 karar sayılı ilamı)

Yukarıda açıklanan yasa hükümleri ve ilgili Yargıtay Dairelerinin uygulamaları dikkate alına incelemeye konu olaya bakıldığında; takibe konu yabancı mahkeme kararının MÖHUK 57. madde gereğince tanıma ve tenfizine karar verilmediği her iki tarafın kabulündedir. Bu durumda anılan karar henüz Türk hukuk sistemi içinde ilam vasfını kazanmamıştır. Bu sebeple ilamsız icra takibine konu edilmesinin önünde yasal bir engel yoktur. Ancak takibe dayanak bu karar aynı gerekçeyle henüz kesin hüküm ya da kesin delil niteliğini de kazanmamıştır. [...]Tanıma ve tenfizine karar verilmemiş yabancı mahkeme kararının ilamsız icraya konu edilmesine yasal bir engel bulunmamakla birlikte bu türden bir takibe itiraz edilmesi hâlinde alacaklının genel mahkemelere İİK.nun 67.maddesi gereğince açacağı itirazın iptali davası yoluyla itirazın iptalini yolunu izlemesi gerekir.”

bağlı yarattığı ikinci maddi etkisi müflisin malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisini yitirmesidir. Üçüncü maddi etkisi müflisin haczi kabil bütün mallarından oluşan *sui generis* yeni bir hukuk süjesi doğmasıdır. Dördüncü maddi etkisi müflisin karşısındaki bütün alacakların muaccel hale gelmesidir. Beşinci maddi etkisi ise müflisin taraf olduğu sözleşmelerin kimisine kanundan dolayı son verilirken kimisinin de koşullarını değiştirmesidir. Bunların ilkinde iflâs kararının inşai etkisi söz konusu olurken, diğerlerinin tanıma devleti hukukunda yaratacağı etki icraidir.

İflâsın açılması, iflâs kararının sonucunda karşımıza çıkacaktır. İflâs kararının esas inşai etkisi iflâsı açması ve iflâs usûlünü başlatmasıdır. İflâs kararının ve iflâsın açılmasını analitik olarak ayrı iki işlem olarak değerlendirip kararın inşai etkisini müflis statüsüyle sınırlamak ve karar sonucu açılan iflâsı, başlayan usûlü, karardan ayrı bir yargı işlemi keyfiyetine terk etmek, teorik olarak mümkün ise de kolektiftik ilkesi bakımından makul olmayacaktır. Zira, iflâs hukukunun ve usûllerinin en önemli amaçlarından biri alacaklıların eşitliği prensibinin etkin bir biçimde uygulanmasını sağlamaktır. İflâsı açan merasim, başlayan takipleri durdurmak ve yeni takipleri engellemek gibi, tanıma talebinde bulunan tarafın sübjektif menfaatinin ötesine geçebilecek kolektif sonuçlar yaratır. İflâsın açılmasıyla birlikte çeşitli iflâs teknikleri, alacaklıların eşitliği prensibine hizmet edecek biçimde etkin hale gelir.

Örneğin, yukarıda verdiğimiz dördüncü maddi etkiyi, yabancı iflâs kararının dar inşai etkisinin tanınması bakımından değerlendirecek olursak; iflâs kararının tanınmasıyla, öncelikle, borçlu tanıma devletinde de müflis statüsü alacaktır. Bunu takiben, bu statünün doğal sonucu olarak, müflisin karşısındaki bütün alacaklar da muaccel hale gelecektir. Şayet iflâsın bu etkisi oluşmuyorsa, tanıma kararıyla en iyi ihtimalde bir hukuk anomalisi yaşanacaktır. En kötü ihtimalde ise, kararın tanınmasıyla birlikte tanıma devletinde iflâs açılmayacak, bu sebeple muaccel alacaklar bakımından takip yapılmasını engelleyecek olan ‘takiplerin durması ve düşmesi’ teknikleri tesirsiz kalacak ve uygulamada birel takiplerle borçlunun malvarlığına hücum edilmesi söz konusu olabilecektir. Bu durum iflâs hukukunun amaçlarıyla bağdaşmaz. Eğer yabancı kararın tanınması kararı beraberinde takiplerin durmasını ve düşmesini sağlayacaksa, bu sefer de yerli alacaklıların sübjektif haklarını yöneltebilecekleri bir iflâs masası kurulması, alacaklılar toplanması ve iflâs idaresi

gibi organların oluşması gerekecektir. Bu durumda da tanıma devleti bakımından, tanıma ve tenfiz amacını olan milletlerarası nezaketin ötesine geçen, yabancı kararın maddi içeriğinin ötesinde usûli sonuçlar oluşmaktadır. Ortaya çıkan bu usûli sonuçlar sebebiyle artık milletlerarası işbirliğini sağlayacak mekanizmaların (kanun ya da andlaşma yoluyla) kanun koyucu tarafından ele alınması gerekmektedir.

İflâs kararının temel amacı, borçlu âciz hale düştüğünde tüm alacaklıları koruyacak bir mekanizma oluşturmaktır. Bu da kararla birlikte iflâsın açılmasını, iflâs usûlünün başlatılmasını gerekli kılar. Dolayısıyla iflâs hukuku özelinde tanıma ve tenfiz söz konusu olduğunda ‘yabancı iflâs usûlünün tanınması’ yaklaşımını, olası iflâs halinde başvurulabilen usûller de dahil olmak üzere (örn. uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma, adi konkordato ve diğer ödeme güçlüğü usûlleri), yabancı bir usûlün tanınması söz konusu olması hasebiyle nezaketin ötesinde milletlerarası işbirliği çerçevesinde ele almak ve ‘iflâsla ilişkili kararların tanınması ve tenfizi’ yaklaşımını ise milletlerarası nezaket çerçevesinde kullanmak kanaatimizce doğru yaklaşım olacaktır.⁴³⁵

4.2.1. Yabancı İflâs Usûlü Kavramı

Sınır aşan iflâsların artan sıklığı ve karmaşıklığı, uluslararası iflâs hukukunun temel kavramlarını ve bunların uygulamada nasıl ele alındığını gözden geçirmemizi gerekli kılmaktadır. Burada amaç, yabancı iflâs usûllerinin mevcut sınır aşan iflâs çerçeveleri ile olan ilişkisini incelemek ve bu usûllerin tanınma ve tenfiz edilme kabiliyetleri konusunda bu çerçevelerin getirdiği sınırlamalar konusunda bir değerlendirme yapmaktır. Bu cihetle öncelikle uluslararası çerçevelerde yabancı usûl kavramının nasıl ele alındığına bakmamız gerekmektedir. Değerlendirmemizde öncelikle Model Kanun'un belirlediği standartlar ile başlayıp, ardından AB İflâs Tüzüğü'nde belirtilen yabancı iflâs usûllerini ele alacağız ve bu iki çerçevede ele alınan

⁴³⁵ Burada iflâsla ilişkili karar derken, UNCITRAL İflâsla İlişkili Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Model Kanun'da belirtildiği şekliyle, iflâs usûlünün bir sonucu olarak ortaya çıkan veya iflâs usûlüne hizmet etmesi bakımından ilişkili olan bir karar anlaşılmalıdır. Buna göre, ilgili iflâs usûlünün halen devam ediyor olması veya sona ermiş olması önem taşımamaktadır. Önemli olan kararın iflâs usûlünün başlamasından sonra verilmiş olmasıdır. Dolayısıyla iflâs usûlünü başlatan bir kararı, iflâsla ilişkili karar olarak kabul etmemek gerekmektedir.

usûllerin karakteristik yanlarını ve yabancı mahkemelerin bunların tanınması ve tenfizi veya reddi için nasıl bir teknik kullandığını inceleyeceğiz.

(a) Model Kanun:

Model Kanun uygulaması, esas olarak yabancı bir mahkemenin veya yabancı iflâs temsilcisinin tanıma devletinden ‘yabancı usûl’ ile bağlantılı hususlarda adli yardım ve daha geniş anlamada işbirliği talebinde bulunması durumunda söz konusu olmaktadır.⁴³⁶ Hangi usûllerin Model Kanun’un uygulama alanına gireceği, hangi usûllerin kapsam dışında tutularak tenfizi kabil bir usûl olarak tanınmayacağını değerlendirmek için öncelikle madde 2(a)’da verilen “yabancı iflâs usûlü” tanımına bakmamız gerekmektedir. Madde 2(a) şu şekilde tercüme edilebilir:

“Borçlunun malvarlığının ve ticari faaliyetlerinin, yeniden yapılandırılması (reorganisation) ya da tasfiyesi (liquidation) maksadıyla, yabancı bir mahkeme tarafından denetime ya da gözetime tabi kılınmış, ihtiyatî tedbir usûlleri (interim proceedings) de dahil olmak üzere, iflâsla ilişkili bir kanununda düzenlenmiş kazaî yahut idari kolektif usûldür.”⁴³⁷

Model Kanun Yürürlük Kılavuzu, tanım uyarınca yabancı usûlün karşılaması gereken dört koşulu belirtmiştir: (i) kolektif bir usûl olması, (ii) iflâsla ilişkili bir kanunla düzenlenmiş olması, (iii) mahkeme denetimine ya da gözetimine tabi olması ve (iv) tasfiye ya da yeniden yapılandırma amacı gütmesi. Yürürlük ve Yorum Kılavuzu, Model Kanun kapsamına girecek usûlleri geniş yorumlamaktadır. Kılavuza göre:

“Model Kanun’da usûller tanımlanırken farklı hukuk sistemlerinde farklı teknik anlamlara gelebilecek ifadelerin kullanımından kaçınılmış ve bunun yerine amaçları veya işlevleri tanımlanmıştır. Bu yöntem, tanınması

⁴³⁶ Model Kanun md. 1(a)

⁴³⁷ [EN]: “A collective judicial or administrative proceeding in a foreign State, including an interim proceeding, pursuant to a law relating to insolvency in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court, for the purpose of reorganization or liquidation.”

talep edilen yabancı usûllerin kapsamını daraltmamak ve tanıma devleti hukukunda kullanılan terimlerle ortaya çıkabilecek ihtilaflardan kaçınmak için uygulanmıştır.⁴³⁸ Zorunlu veya ihtiyari olsun, tüzel ya da gerçek kişiler hakkında olsun, tasfiye (winding-up) ya da yeniden yapılandırma (reorganisation) amaçlı olsun, ‘yabancı usûl’ tanımının özellikleri içinde yer alan kolektif usûl türleri tanıma kapsamındadır.⁴³⁹ Tanım, mahkeme denetimi altında olsa dahi borçlunun belirli bir ölçüde malvarlığı üzerinde yönetimini sürdürdüğü usûlleri de kapsamaktadır. Model Kanun, kanunla tanımlanmış ve borçlunun gerçekte iflâs ettiği anlamına gelmediği durumlarda da iflâs usûllerinin başlatılabileceğini öngörmektedir.”⁴⁴⁰

Tanım vadesi gelmiş borçlarını ödemeyen ya da ödeyecek durumu olmayan borçluları da kapsayacak şekilde; “ödeme güçlüğü çeken ya da borcunu ödemekten âciz durumda olan borçluların başvurabileceği usûlleri kapsamaktadır”. Yürütme Kılavuzu, "iflâs usûlü ifadesinin bazı hukuk sistemlerinde teknik bir anlama sahip olabileceğini; Model Kanun’un yabancı usûl tanımıyla, ciddî malî sıkıntı içinde olan veya iflâs eden borçluları hedef alan usûllere geniş bir şekilde atıfta bulunulmasının amaçlandığını” belirtmektedir.⁴⁴¹ Model Kanun, “*mali sıkıntı ve ödeme güçlüğü içinde olan borçluları ele alırken odağında bu borçluların malî sıkıntıya düşmesini engellemeyi amaçlayan ya da bu amaca yönelik yasal düzenlemeler*” yer almaktadır.⁴⁴²

Şu hâlde, Model Kanun’un, önleyici usûlleri ve karma usûlleri de kapsadığı sonucuna ulaşmak mümkündür.⁴⁴³ Zira Model Kanun’un ruhu, “kolektif bir usûl

⁴³⁸ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, para. 65

⁴³⁹ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, para. 71

⁴⁴⁰ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, para. 72

⁴⁴¹ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, para. 65

⁴⁴² UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, para. 67

⁴⁴³ Burada belirtilen “önleyici usûl” ve “karma usûl” kavramları altında değerlendirilen usûllerin düzenleniş biçimi, karakteristik özellikleri ve bunların tanınması ve tenfizi noktasında

olma”, “kanunla düzenlenmiş olma”; “mahkeme denetimine ya da gözetimine tabi olma” ve “tasfiye ya da yeniden yapılandırma amacı taşıma” kriterlerinde de geniş ve kapsayıcı bir yorumun benimsenmesini gerektirmektedir.⁴⁴⁴

(i) Kolektif bir usûl olması

Kolektiflik ilkesi⁴⁴⁵, bireysel alacaklıların ya da alacaklı gruplarının, kendi başlarına, yani iflâs sürecinin dışında, borçlunun malvarlığına tek taraflı olarak el koyma girişimlerini engeller. Bu, alacaklıların, borçlunun malvarlığı üzerinde kolektif iflâs süreci dışında bağımsız olarak hak iddiasında bulunmalarını ve cebri icra uygulamalarına başvurmalarını önleyerek, iflâs sürecinin bütünlüğünü ve alacaklılar arasında eşitlik ilkesini korumayı amaçlar.⁴⁴⁶

İlke, iflâs sürecinde borçlunun malvarlığının tüm alacaklılar bakımından ortak bir havuz oluşturarak malvarlığını en üst düzeye çıkarmayı ve tüm alacaklı sınıfları arasında adil ve eşit bir dağıtımı amaçlar⁴⁴⁷ ancak her alacaklının masadaki malvarlığından bir pay alabileceği anlamına gelmez.⁴⁴⁸ Yine bir alacaklının belirli bir alacaklı grubunun haklarını etkilemeyen hukuki yöntemler kullanması da engellemez. Özellikle, teminata konu rehinli mallar üzerinde yapılan işlemler, kolektif işlem kurallarının bir istisnasını oluşturur. Rehinli alacağın varlığı, belirli bir alacaklı grubunun iflâs usûllerinden etkilenmemesi, sürecin kolektif doğasını değiştirmez. Bu, iflâs hukukunun temel ilkeleriyle uyumlu bir istisnadır ve teminatlı alacaklıların,

karşılaşılabilecek problemler ileride 5.4. Ödeme Güçlüğü Usûlleri başlığı altında detaylı olarak ele alınmaktadır.

⁴⁴⁴ UNCITRAL **Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**. para. 65-80

⁴⁴⁵ Bkz. yuk 1.2.1.

⁴⁴⁶ UNCITRAL **Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**. para. 69.; Ayrıca bkz. In re Betcorp Ltd 400 BR 266 (Bkrty D Nev 2009), para. 281; In re Gold & Honey, Ltd 410 BR 357 (Bkrty EDNY 2009), para. 369-371; In re Ashapura Minechem Ltd 480 BR 129 (Bkrty SDNY 2012) Kaynak için bkz. UNCITRAL, **Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency**, Brill | Nijhoff, 2021, ss.11-14.

⁴⁴⁷ Bkz. In re Ashapura, 480 B.R. para. 136-37

⁴⁴⁸ Bkz. In re British Am. Ins. Co., 425 B.R. para. 903

rehine konu mallar üzerindeki haklarını, iflâs usûlü dışında, rehin hukuku aracılığıyla tatmin etmelerine olanak tanır.⁴⁴⁹

ABD’de ‘*skinny restructuring*’ olarak adlandırılan bilanço bazlı dar finansal yeniden yapılandırma usûllerinin kolektiflik ilkesi bağlamında değerlendirilmesi gerekir. *Skinny restructuring* terimi, şirketin bilanço yükümlülüklerine, aktif pasif dengesine işaret eden ve işletme alacaklılarının haklarını etkilemeyen yeniden yapılandırma usûllerini ifade eder.⁴⁵⁰ Bu usûller, genellikle borçlu şirketin finansal yükümlülüklerinin yeniden düzenlenmesine odaklanır ve günlük ticari faaliyetlerden kaynaklanan alacakları kapsam dışında bırakır. *Skinny restructuring* usûlünün kategorik olarak kolektiflik ilkesine aykırı olması gerekmez. Ancak kolektiflik ilkesinin gerekliliklerinin karşılanması için, bu tür yeniden yapılandırmaların kapsamı içinde yer alan ve bu yapılandırmadan etkilenen tüm alacaklılara yönelik gerekli hukuki korumanın sağlanması gerekir. Bu da borçlunun ticari faaliyetlerine makul hukuki sınırlamaların getirilmesi gerektirebilir. Yani *skinny restructuring* usûllerinin, kolektiflik ilkesine uygunluğu, yeniden yapılandırmanın kapsamı ve şirketin malvarlığının paylaştırılmasını düzenleyen yasal düzenlemelerin niteliğine bağlı olarak ele alınmalıdır.⁴⁵¹

Mahkeme dışı sulh usûlleri olarak tanımlanabilecek olan özel konkordato (*workout*) ise, mahkeme gözetimi veya denetimi olmaksızın, sadece sözleşmeye dayalı malî düzenlemeler olarak tanımlanır ve Yürürlük Kılavuzunda belirtildiği üzere kolektiflik ilkesini karşılamadıkları için iflâs usûlünün dışında tutulurlar⁴⁵². İflâs hukuku bağlamında bir ‘usûl’, işletmenin işlemlerini kısıtlayan ve varlıklarının paylaşımını düzenleyen bir hukuki çerçeveyi gerekli kılar. Bu çerçeve, borçlunun

⁴⁴⁹ Bkz. UNCITRAL **Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**. para. 70; UNCITRAL, **Uncitral Legislative Guide on Insolvency Law Part 1 & 2: Key Objectives - Core Provisions**. New York: United Nations Publications, 2005, para 7-9

⁴⁵⁰ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 871

⁴⁵¹ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 872

⁴⁵² Bkz. Wood, **Principles**, s. 38-43; Ayrıca bakınız yukarıda bölüm 1.2.

malvarlığının yönetimi ve dağıtımı konusunda yasal bir otorite tarafından gözetim ve kontrol sağlar.⁴⁵³

(ii) *İflâsla ilişkili bir kanunda düzenlenmiş olması*

İflâs usûllerinin tanınması ve tenfizi bağlamında, yabancı bir usûlün sadece iflâs hukukuna hasredilmiş bir mevzuat çerçevesinde yürütülmüyor olması, başvuru usûlün fonksiyonel olarak iflâs usûlü olarak nitelendirilmesine engel olmayacaktır. Yani, yürütülen usûlün iflâsla ilgili olduğunun kabul edilebilmesi için, ilgili kanun metninin açıkça ‘iflâs kanunu’ benzeri isimleri taşıması veya yalnızca iflâsa özgü maddeler içermesi gerekmez. Önemli olan, usûlün borçlu şirketin malvarlığının idaresini ve alacaklı kolektifinin menfaatlerinin korunmasını borçlunun malvarlığının tasfiyesini ya da borçlarının yapılandırılmasını düzenleyen usûlleri içermesidir. Dolayısıyla bir usûl gerekli hukuki standartları ve iflâs hukukunun temel amaçlarını karşılıyorsa, o usûl için kullanılan terimlerle sınırlı olmaksızın iflâs usûlü olarak tanımlanabilir. Burada önemli olan, uygulamanın iflâs hukukunun fonksiyonel niteliğine uygun usûl ve amaçlar çerçevesinde gerçekleşmesidir.⁴⁵⁴

Örneğin *Betcorp*⁴⁵⁵ meselesinde, ABD mahkemesi, Avustralya Şirketler Kanunu’na (*The Corporations Act*) göre başlatılan gönüllü tasfiye usûlünün (*voluntary liquidation*) ‘iflâsla ilgili bir kanun uyarınca’ gerçekleştirildiğine hükmetmiştir. Bu değerlendirme, Şirketler Kanunu'nun bir Avustralya şirketinin ticari ömrünün, onun iflâsını da içerecek şekilde düzenlemesi anlayışına dayanmaktadır. Şirketler Kanunu, bir şirketin kuruluşundan sona ermesine kadar bütün evreleri düzenlediği ve şirketin tasfiyesi gibi kritik bir aşamayı da ele aldığı için, iflâsla doğrudan ilişkilendirilebilir olduğu sonucuna varılmıştır.

⁴⁵³ UNCITRAL **Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**. para. 78

⁴⁵⁴ UNCITRAL **Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**. para. 48, 73 ayrıca bkz. UNCITRAL, **Uncitral Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective**. New York: United Nations Publications, 2014, para 79

⁴⁵⁵ In re Betcorp Ltd 400 BR 266 (Bkrcty D Nev 2009); UNCITRAL, **Digest of Case Law**, ss. 5, 11-14

Bu karardan sonra *ABC Learning Centres*⁴⁵⁶ meselesinde de Avustralya’da aynı usûle göre yürütülen gönüllü tasfiye usûlü hakkında, yine ABD mahkemesi tarafından benzer bir yorum getirilmiştir. Mahkeme, geniş bir hukuki düzenlemenin belirli bölümlerinin iflâsla ilişkili olabileceğini ve bu nedenle, bir yargılamanın iflâsla ilgili kabul edilebilirliğinin, kanunun iflâsa özgülenmiş bir kanun olarak adlandırılmasına göre değil, içerik ve işlevine bağlı olduğunu ortaya koymuştur.

Anılan kararlarda da görüldüğü üzere başvurulmuş usûlün fonksiyonu, kanunun biçimsel özelliklerinin önüne geçmektedir. Usûlün hangi amaçlara hizmet ettiği daha önemlidir. Örneğin, İngiltere’deki *scheme of arrangement* yani konkordato benzeri düzenleme planının, hem finansal durumu elverdiği için ödenebilecek borçları, hem de malî sıkıntı içinde olan yahut iflâs etmiş olan işletmelerin yeniden yapılandırılması amacına hizmet eden bir hukuk usûlü, iflâsla ilgili bir mevzuat uyarınca sürdürülmüş bir "usûl" olabilir. Model Kanun’un 2(a) maddesindeki tanım bu tür usûlleri kapsamaktadır.⁴⁵⁷

Yine *Avanti*⁴⁵⁸ meselesinde, Birleşik Krallık Şirketler Kanunu’nun (*Companies Act*) 26. bölümü kapsamında başlatılan *scheme of arrangement* usûlünün, yabancı iflâs temsilcisi tarafından ABD’nin İflâs Kanunu’nun 15. Bölümü kapsamında tanınması ve tenfizi talep edilmiş, mahkeme mezkûr usûlün iflâsla ilişkili olmayan bir ticaret hukuku mevzuatına dayanmasına karşılık, iflâs usûlleri fonksiyonu taşıması sebebiyle "iflâsla ilgili bir kanun" uyarınca yürütülen bir usûl olduğunu kabul etmiştir.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ In re ABC Learning Centres Ltd 445 BR 318 (Bkrcty D Del 2010); UNCITRAL, **Digest of Case Law**, ss. 12-13.

⁴⁵⁷ Ne var ki *scheme of arrangement*, AB İflas Tüzüğü kapsamında bir iflâs usûlü olarak kabul edilmemektedir. Aşağıda bu mesele değerlendirilmektedir.

⁴⁵⁸ In re Avanti Communications Group plc 582 BR 603 (Bkrcty SDNY 2018), para. 614.

⁴⁵⁹ Birleşik Krallık mevzuatında yer alan *scheme of arrangement* usûlünün, ABD İflâs Kanunu’nun 15. Bölümü kapsamında “yabancı iflâs usûlü” olarak tanınması, ABD içtihadında yerleşiklik kazandığı görülmektedir. Bkz. *In re Metinvest B.V.*, No. 17–10130–LSS (Bankr. D. Del. Feb. 8, 2017); *In re DTK Finance (plc)*, No. 16–13521–shl (Bankr. S.D.N.Y. Jan. 18, 2017); *In re Metinvest B.V.*, No. 16–11424–LSS (Bankr. D. Del. Jun. 30, 2016); *In re Abengoa Concessions Investments Limited*, No. 16–12590–kjc (Bankr. D. Del. Dec. 6, 2016); *In re YH Limited*, No. 16–12262 (Bankr. S.D.N.Y. Sep. 8, 2016); *In re Metinvest B.V.*, No. 16–10105–LSS (Bankr. D. Del. Jan. 29, 2016); *In re OIC Run–Off Limited*, No. 15–13054–scc (Bankr. S.D.N.Y. Jan. 11, 2016); *In re Codere Finance (UK) Limited*, No. 15–13017–jig (Bankr. S.D.N.Y. Dec. 22, 2015); *In re Torgate Finance, plc*, Case No. 15–10509 (SMB) (Bankr. S.D.N.Y. Mar. 27, 2015); *In re New World Resources N.V.*, Case No. 14–12226 (SMB) (Bankr. S.D.N.Y. Sept. 9, 2014); *In re Zlomrex International Finance S.A.*, No. 13–14138

Kanaatimizce, "iflâsla ilgili kanun" teriminin, ödeme güçlüğü içindeki borçlunun iflâsını önlemeye yönelik önleyici usûlleri de içermesi gerekmektedir.⁴⁶⁰ Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi ilgili mevzuatın özel olarak kolektif usûlleri düzenleyen kuralların yer aldığı bir kanun olması gerekmekte, ödeme güçlüğü usûllerinin yer aldığı başka kanunlar da bu kapsamda yer almaktadır.⁴⁶¹ Yani, ödeme güçlüğü içindeki borçlunun bu usûllere başvurmasını teşvik edecek, işletmenin sona ermesini önlemek için tasarlanmış usûller de bu kapsama girmelidir. İleride detaylı olarak inceleyeceğimiz ve yabancı iflâs usûlünün fonksiyonel özelliklerinin detaylı olarak değerlendirildiği *Agrokor* meselesinde de İngiliz Asliye Mahkemesi aynı yaklaşımı benimsemiştir. Yine ABD⁴⁶² ve Singapur'un⁴⁶³ Model Kanun iktibasları, "iflâsla ilgili kanun" teriminin kapsamını "iflâs yahut borç yapılandırmasına ilişkin kurallar" olarak genişleterek, benzeri iflâs önleyici usûllerin de yabancı usûller kapsamına gireceği açıkça belirtilmiş ve kuralın belirginleşmesi sağlanarak takdir alanı daraltılmıştır.

(iii) *Mahkeme denetimine ya da gözetimine tabi olması*

Sürdürülen bir kolektif usûlün, Model Kanun'un 2(b) maddesine göre yabancı iflâs usûlü olarak kabul edilebilmesi için borçlunun malvarlığının ve faaliyetlerinin mahkeme denetimine ya da gözetimine tabi olması gerekmektedir. Ne var ki yargısal denetime tabi olması gereken yabancı usûl için mahkemenin gerçekleştireceği

(Bankr. S.D.N.Y. Jan. 31, 2014); *In re Magyar Telecom B.V.*, No 13–13508, 2013 WL 10399944 (Bankr. S.D.N.Y. Dec. 11, 2013) ; *In re Tokio Marine Europe Insurance Ltd.* , No. 11–13420 (MG) (Bankr. S.D.N.Y. Sept. 08, 2011); *In re Highlands Ins. Co (U.K.)*, No. 07–13970 (MG) (Bankr. S.D.N.Y. Aug. 18, 2009); *In re Castle Holdco 4, Ltd.*, No. 09–11761 (REG) (Bankr. S.D.N.Y. May 7, 2009) (kaynak: <https://casetext.com/case/in-re-avanti-commcns-grp-plc-1>)

⁴⁶⁰ Bu konu aşağıda 5.4. başlığı altında detaylı olarak incelenmektedir.

⁴⁶¹ Bkz.UNCITRAL, **The Judicial Perspective**, para. 79

⁴⁶² [EN]: 11 USC § 101(23): “The term “foreign proceeding” means a collective judicial or administrative proceeding in a foreign country, including an interim proceeding, under a law relating to **insolvency or adjustment of debt** in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court, for the purpose of reorganization or liquidation.”

⁴⁶³ Daha evvel *Companies Act* (Ticari İşletmeler Kanunu) s. 354B, Sch 10, Art. 2(h)'de yer alan hüküm 2018 tarihli İflâs, Yapılandırma ve Sona Erme Kanunu'nun (*Insolvency, Restructuring and Dissolution Act*) yürürlüğe girmesiyle ilga edilmiş, bunun yerine olası yorum farklılıklarının önüne geçilmesi için yeni kanunun 251. ve 252. maddeleri, Yürürlük ve Yorum Kılavuzu'ndaki yorumuyla beraber Model Kanun'un, Singapur Hukukuna aykırı düşmeyen hükümlerinin yürürlükte olduğu açıklayıcı şekilde belirtilmiştir.

denetimin düzeyine, mahkemenin müdahale ölçüsüne ilişkin bir ölçü getirilmemiştir. Bu denetim doğrudan veya dolaylı olarak, örneğin iflâs temsilcisi aracılığıyla ve mahkeme tasdikiyle gerçekleştirilebilir. Yine bu denetimin her zaman aktif olması da zorunlu değildir. Örneğin mahkeme tarafından tasdik edilmiş bir yapılandırma projesinin ardından mahkemenin işlemlere doğrudan müdahale etmemesi ama denetim yetkisini elinde tutması da yeterli olacaktır. Yine tanıma başvurusunda bulunulduğu esnada bu denetimin tamamlanmış ve artık gerekmiyor olması yahut bu denetimin henüz gerçekleşmemiş ve ileride gerçekleşecek olması hallerinde de maddede öngörülen koşul karşılanmış olacaktır. Öte yandan, borçlunun malvarlığının ve gerçekleştireceği işlemlerin denetime tabi olması mecburiyeti kümülatif olarak tatmin edilmesi gereken bir koşuldur. Hem malvarlığı hem de borçlunun faaliyetleri üzerinde birlikte mahkeme denetiminin sağlanmadığı usûller, Model Kanun iktibasıyla mümkün kılınan tanımadan faydalanamayacaktır.⁴⁶⁴ Model Kanun'un yaklaşımı, farklı ülkelerdeki iflâs usûllerinin geniş bir yelpaze içerisinde karşımıza çıktığı düşünüldüğünde, tanımın kapsamının geniş, esnek ve kapsayıcı tutulmasının amaçlandığı görülmektedir.

Borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisinin sürdüğü *debtor-in-possession* (DIP) ve kısmi DIP usûlleri, Model Kanun'un öngördüğü tanımadan faydalanabilecek yabancı iflâs usûllerinden kabul edilmektedir. Ancak borçlunun bu yetkiyi, mahkeme gözetimi ya da denetimi altında kullanması gerekmektedir⁴⁶⁵. Buradaki denetimin ölçüsü her somut olayda farklılık gösterebilecektir. Denetim, borçlunun işlemlerinin kayyım onayına tabi kılınması biçiminde olabileceği gibi belirli işlemlerin yapılmasının yasaklanması biçiminde de karşımıza çıkabilir.⁴⁶⁶ Böylelikle, mahkeme denetimi altında bir taraftan borçlunun malvarlığını yönetmesine ve malî sıkıntıyı aşmak için işlemler yapabilmesine izin verilirken, üzerinde belirli bir derecede kontrolün devam ettirilmesi de sağlanabilecektir. Türkiye'de ilga iflâsın ertelenmesi usûlünde de görülen ve denetime tabi tasarruf yetkisine dayanan bu tür DIP ve kısmi

⁴⁶⁴ UNCITRAL **Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**, 74-76

⁴⁶⁵ Bkz. UNCITRAL **Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**, para. 74-76

⁴⁶⁶ Oğuz Atalay, **Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi**, Yenilenmiş 2. baskı, İzmir, Güncel Yayınevi, 2007, s. 145; Kuru C.III s.2814

DIP usûllerinin model kanun tarafından kabul edilen usûller olarak ele alınması, yabancı iflâs usûlü kavramının Model Kanun tarafından geniş yorumlanmasının bir sonucudur.⁴⁶⁷

(iv) *Tasfiye ya da yeniden yapılandırma amacı gütmesi*

Model Kanun'un 2(b) maddesinde belirtilen “tasfiyeye” ya da “yeniden yapılandırmaya” yönelik yabancı usûller geniş yorumlanmaktadır.⁴⁶⁸ Bu usûller, paket satışları, işletmenin devamlılığını engellemeyen (*going concern*) kısmi satışları, kapsamlı yeniden yapılandırma usûllerini; bilanço üzerinden yapılan⁴⁶⁹, işletmenin faaliyetlerine ya da iş modeline büyük ölçüde müdahale etmeyen ve “*skinny restructuring*” olarak adlandırılan dar yeniden yapılandırma usûllerini kapsayabilir⁴⁷⁰. Bu usûller, iflâs masasını tasfiye etmek yerine fuzuli harcamaları, işletmedeki gereksiz giderleri önlemeye yönelik olabilir. Tüm alacaklılardan ziyade yatırımcıların zarar görmesini önlemeye yönelik olabilir. Yabancı iflâs temsilcisine tanınan yetkilerin tipik olarak tasfiye veya yapılandırma ile ilişkilendirilen yetki veya görevlerden daha sınırlı olduğu, borçlunun malvarlığının muhafaza edilmesinden öteye geçmeyen bir yetkinin temsilciye tanındığı bir usûl olabilir⁴⁷¹. Model Kanun, borçlunun acizlik halinin niteliğiyle ilgili, şekli ya da maddi yahut kuvvetle muhtemel olması gibi bir niteleme yapmamakta ya da acizliğin varlığı ya da yokluğuyla ilgili herhangi bir ölçü getirmemekte, acizliği tanımlamaktan kaçınmaktadır⁴⁷². Model Kanun, tanımaya elverişli usûller bakımından alacaklıyı yahut borçluyu merkeze koyan bir yaklaşım

⁴⁶⁷ UNCITRAL **Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**, para. 74-76

⁴⁶⁸ Bkz. UNCITRAL **Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**, para. 77

⁴⁶⁹ Aktifin satış fiyatları esas alınarak düzenlenen, yeniden yapılandırmanın başladığı tarihin dikkate alındığı, işletmenin malvarlığı ve borçlarının yanı sıra öz sermaye durumunun da detaylı biçimde gösterildiği ve alacaklılarla sürdürülecek müzakerelerde temel teşkil eden bilançodur. İşletmenin borca batık olup olmadığının tespiti için kullanılır. Doktrinde tasfiye değeri üzerinden bilanço, satış bilançosu, paraya çevirme bilançosu, borca batıklık bilançosu olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Atalay, **Borca batıklık ve iflâsın ertelenmesi**, s. 27-28 ve eşlik eden dipnotlar.

⁴⁷⁰ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 873

⁴⁷¹ UNCITRAL **Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**, para. 77

⁴⁷² UNCITRAL **Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**, para. 48

arasında tercih ortaya koymamakta; iflâsı önleyici, borçlunun durumunu iyileştirici iflâs öncesi usûlleri ya da ödeme güçlüğü usûlleri olarak ifade edebileceğimiz mekanizmaları da kapsayacak biçimde karma görünümlü çok geniş bir tedbir yelpazesinin tanıma devletin kamu düzenini ihlal etmediği ölçüde yabancı usûl olarak tanınmasına imkân vermektedir.

İnceleme: Agrokor Meselesi

Agrokor kararı⁴⁷³, buraya kadar tartıştığımız "yabancı iflâs usûlü" kavramının unsurlarının pratikte nasıl ele alındığının anlaşılması bakımından yardımcı olacaktır. İngiliz Asliye Mahkemesi'nde konu edilen olay, Hırvat tarım ticaret firması Agrokor hakkında başlatılan yapılandırma usûlünün İngiltere'de tanınmasını konu almaktadır. Hırvatistan'ın en büyük özel şirketi Agrokor ödeme güçlüğü yaşamaya başlamasından sonra, batmak için çok büyük olması sebebiyle (*too big to fail* - TBTF), Hırvatistan hükümeti tarafından Agrokor'un, bağlı şirketlerinin ve iştiraklerinin de başvurabileceği biçimde, yeniden yapılandırmayı kolaylaştırmayı amaçlayan usûllerin yer aldığı yeni bir kanun yasalaştırmıştır. *Lex Agrokor* olarak bilinen Hırvatistan Cumhuriyeti'nin Ekonomisi İçin Sistemik Önem Arz Eden Şirketlerde Olağanüstü Yönetim Usûlü Kanunu'nun, yürürlüğe girmesinin hemen ertesi günü, Agrokor, yeniden yapılandırmayla bilanço bazında kârlılığını geri kazanması için kendisi ve 50 iştiraki hakkında "olağanüstü yönetim usûlü" başlatılması amacıyla Hırvat mahkemelerine başvurmuştur. Olağanüstü usûl, başka korumaların yanı sıra, Agrokor ve tamamı ödeme aczi içerisinde olmayan iştirakleri hakkında başlatılan takiplerin durmasını içermektedir.⁴⁷⁴

Daha sonra Agrokor, Model Kanun'un İngiltere ve Galler'deki uygulaması olan CBIR uyarınca Hırvat 'olağanüstü yönetim usûlünü'nün sağladığı korumanın, iştiraklerini hariç tutacak biçimde sadece kendisi yönünden tanınması için İngiliz mahkemelerine başvuruda bulunmuştur. Bu durum karşısında, kendisinden 1 milyar Euro'yu aşkın alacağı olan Rus menşeli Sberbank başvuruya itiraz etmiştir. Sberbank İngiltere'de iki ayrı tahkim yargılamasına başvurmuş, ne var ki Agrokor'un talebi

⁴⁷³ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch)

⁴⁷⁴ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 2-6

üzerine, henüz neticelenmemiş olan tanıma talebi bekletici mesele edilerek tahkim yargılaması durdurulmuştur. CBIR'ın 2. bölümünün 25(1)(j) maddesi uyarınca Sberbank “tanıma kararından etkilenecek menfaat sahibi” olarak tanımlanmış ve tanıma duruşmasına katılmasına izin verilmiştir.⁴⁷⁵

Agrokor'un COMI'sinin Hırvatistan'da olduğu ve bu yüzden tanıma kararı verilirse olağanüstü usûlün bir ‘yabancı asli usûl’ olacağını hususları taraflar arasında çekişmesizdir. Uyuşmazlık, *Lex Agrokor*'da belirtilen ‘olağanüstü yönetim usûlü’nün CBIR'deki ‘yabancı asli usûl’ kriterlerini karşılayıp karşılamadığı noktasına odaklanmıştır.⁴⁷⁶

Yabancı usûl, Model Kanun'dan aynen iktibasla, CBIR'ın 2(i) maddesinde “yeniden yapılandırma ya da tasfiye amacıyla borçlunun mal ve ilişkilerine ilişkin işlemlerin yabancı bir mahkemenin kontrol veya yönetimine tabi tutulduğu iflâsa ilişkin bir kanuna göre yabancı bir devlette görülen, ihtiyatî olanlar da dahil kolektif kazaî ya da idari bir usûl” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla uyuşmazlık konusu, daha önce incelediğimiz kriterlerin tahkikatına yönelmiştir. Somut olayda mahkemenin öncelikle (1) *Lex Agrokor*'un ana işletme ve bunun kontrolü altındaki işletmelerle iştirakleri kapsayacak şekilde grup şirketlerini konu alan bir iflâs düzenlemesi olması hasebiyle CBIR kapsamına girip girmediği, başka bir deyişle CBIR'ın sadece tekil işletmeleri konu alan iflâs usûllerinin tanınmasına yönelik mi; yoksa grup şirketlerine ilişkin usûllerin tanınmasını da kapsayıp kapsamadığını değerlendirmesi gerekmiştir. Devamında ise ‘olağanüstü yönetim usûlü’nün, CBIR md. 2(i) kapsamına giren bir ‘yabancı usûl’ olup olmadığına karar vermek için; (2) *Lex Agrokor*'un ‘iflâsla ilişkili bir kanun’ olup olmadığı, (3) kanunda düzenlenen usûlün Hırvat ‘mahkemesinin denetim ya da onayına tabi’ olup olmadığı, (4) mezkûr kanunun ‘yeniden yapılandırma’ amacı taşıyıp taşımadığı ve (5) kanunda yer alan olağanüstü yönetim usûlü’nün ‘kolektif usûl’ olup olmadığı değerlendirilmiştir. Mahkemenin son olarak (6) mezkûr usûlün, yabancı usûl olarak kabul edilmesi durumunda, tanımının

⁴⁷⁵ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 12

⁴⁷⁶ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 30-33

sonuçlarının İngiliz kamu düzenine açıkça aykırı olup olmayacağını değerlendirmesi gerekmiştir.⁴⁷⁷

Mahkeme, Sberbank'ın yukarıda özetlediğimiz itirazlarının tamamını reddetmiş ve tanıma kararı vermiştir. Mahkeme gerekçesinde; olağanüstü yönetim usûlünün CBIR'ın kapsamına girip girmediği konusunda karar vermeye yetkili hukukun İngiliz Hukuku olduğunu belirttikten sonra, Hırvat Hukuku'na ait usûller içeren *Lex Agrokor*'un özelliklerinin mahkeme tarafından takdirinin gerektiğini ve İngiliz yargılama usûlü kuralları uyarınca yabancı hukuka ilişkin hususların uzman bilirkişi deliline dayanılarak değerlendirileceğini belirtmiştir.⁴⁷⁸ Mahkeme yukarıda saydığımız sorunları şöyle yanıtlamıştır:

(1) Grup şirketleri konu alan iflâs usûlleri içeren Lex Agrokor'un CBIR kapsamında olması

Olağanüstü yönetim usûlü Agrokor'a ve tüm iştirakleri ile bağlı şirketlerine karşı başlatılmış grup şirketleri konu alan iflâs usûlü olmasına karşılık, CBIR kapsamında başvurulmuş somut tanıma başvurusu yalnızca Agrokor yönünden yapılmış olup, bağlı şirketleri ya da iştirakleri kapsamamaktadır. 1997 tarihli Model Kanun'a, hazırlık belgelerine ve UNCITRAL kılavuzlarına göre grup şirketleri konu alan iflâs usûlünün birden fazla işletme yönünden tanınması mümkün olmasa da, ticari işletmeyi konu alan iflâs usûllerinin tek bir borçlu yönünden bir yabancı usûl olarak tanınmasının diğer kriterleri karşıladığı ölçüde mümkün olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu sebeple, yabancı bir mahkeme nezdinde grup şirketler hakkında yürütülen bir usûl olsa da, CBIR uyarınca yapılan tanınma başvurusunun tek bir işletme, yani Agrokor yönünden talep edilmesi hasebiyle İngiltere'de tanınmasının mümkün olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 20

⁴⁷⁸ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 21-29 ve 34-37

⁴⁷⁹ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 21-29 ve 39-54

(2) *Lex Agrokör'un iflâsla ilişkili bir kanun olması*

Mahkeme, Model Kanun'un, yabancı bir mevzuatın 'iflâs kanunu' ismini taşıması gerekmediğini belirten UNCITRAL Yasama Kılavuzu'nun 73. paragrafına işaret ederek, kanunun iflâs ya da ciddi ödeme güçlüğü hakkında olması ya da bunlara değinmesinin yeterli olacağını belirtmiştir. Ayrıca, "iflâsla ilişkili olma" sözcüklerinin kullanımının, kanunun iflâsla sınırlı olması gerektiği anlamına gelmediğini de belirtmiştir.⁴⁸⁰

Mahkeme, bu husustaki yorumun, çeşitli Anglo-Amerikan sistemlerinin ve UNCITRAL yorum kılavuzlarının incelenmesi neticesinde süreklilik kazandığını belirtmiştir. Şöyle ki; başlatılan usûl, haklı sebebe dayanılarak başlatılan tasfiye usûlünde (*winding-up*) olduğu gibi, borçlunun gerçek acizlik halini, maddi iflâsını gerektirmeyen bir temele de dayanabilir. Mahkeme, borçlunun gerçekte acze düştüğü ve iflâs ettiği ortaya konulabilseydi, zaten ilgili olma kriterine de gerek kalmayacağı hususuna dikkat çekmiştir.⁴⁸¹

Mahkeme, somut olayda *Lex Agrokör'a* göre olağanüstü yönetim usûlünün başlatılması için Agrokör'un (iştirakleri hariç), gerçekleşmiş olsun ya da gerçekleştiği varsayılınsın, iflâsı ya da yaklaşan iflâsının söz konusu olması gerektiğini belirtmiştir. Bunun, Hırvat Mahkemesi'nin ikna edilmesi maksadıyla Agrokör ve birçok grup şirketi bakımından ortaya konulduğunu belirterek, usûlün başlangıcında Agrokör ve şirket grubunun ciddi ödeme güçlüğü içerisinde bulunduğu hususunun sabit olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, tüm iştiraklerin acze düşmüş olmasının gerekmiyor olmasının, *Lex Agrokör'un* iflâsla ilişkili kanun olması kriterinin karşılandığı gerçeğini değiştirmeyeceğini söylemiştir.⁴⁸²

⁴⁸⁰ Re Agrokör DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 55

⁴⁸¹ Re Agrokör DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 56-62

⁴⁸² Re Agrokör DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 69-76

(3) *Olağanüstü yönetim usûllerinin mahkemenin kontrol ve denetimine tabi olması*

Mahkeme, Model Kanun uyarınca gereken denetimin seviyesinin görece düşük olduğunu, CBIR uyarınca da mahkemenin kontrol ve denetiminin doğrudan değil dolaylı, ayrıca fiili değil olası olması gerektiğini belirtmiştir. Bu durumun, mahkemenin kontrol veya denetimini kayyım aracılığıyla gerçekleştirdiği iflâs temsilcisi atanmasına dayanan usûllerde olduğu gibi belirli bir düzeyde mahkeme denetiminin söz konusu olduğu DIP usûlleri için de geçerli olduğunu belirtmiştir.⁴⁸³

Mahkeme somut olayda *Lex Agrokor*'da, mahkemenin usûlü başlatmak, olağanüstü yönetim görevlisini denetlemek ve nihai planı onaylamak gibi ciddi nitelikte denetim ve gözetim yetkisi bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme ayrıca *Lex Agrokor*'da, Hırvat hükûmetine de denetim yetkisi verilmiş olmasının (olağanüstü yönetim görevlisinin ve danışma kurulunun seçimi gibi) mahkemenin denetimini ortadan kaldırmadığını belirtilmiştir. Mahkeme, ekonomik sistem için öneme sahip grupların yapılandırmasını konu alan usûllerde belirli bir düzey devlet denetimi ve kontrolünün bulunmasının şaşırtıcı olmadığını, böylesi bir devlet denetiminin varlığının, mezkûr usûllerin yargısal denetimden bağışık olacağı anlamına gelmediğini belirtmiştir.⁴⁸⁴

(4) *Olağanüstü yönetim usûlünün kolektif bir usûl olması*

Mahkeme, UNCITRAL Yasama Kılavuzu'nun 69 ve 70. paragraflarına gönderme yaparak değerlendirilmesi gereken bir başka hususun yerel imtiyazların ve rehinli alacakların durumunun sürdürülen usûlde ele alınıp alınmadığı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, bir usûlün yalnızca belirli bir alacaklı grubunun haklarının, sürdürülen usûlden etkilenmiyor olmasının, usûlün kolektiflik niteliğini ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir.⁴⁸⁵

⁴⁸³ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 78-82

⁴⁸⁴ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 84-91

⁴⁸⁵ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 94

Sberbank'ın itirazı, olağanüstü yönetim usûlünde Agrokor ve bağlı şirketlerinin malvarlığının ve yükümlülüklerinin bir araya getirilmesi noktasındadır. Zira mezkûr usûlde olağanüstü yönetim idarecisi (temsilcisi), yapılandırmaya dahil olan şirketlerin ayrı tüzel kişiliklerini ve her şirketin kendi alacaklıları ile olan nisbi borç ilişkilerini göz ardı ederek, usûle dâhil olan tüm şirketler ve bunların alacaklıları için tek bir uzlaşma anlaşması önerisinde bulunacaktır. Sberbank'a göre "kolektiflik" teriminden "borçlu ve diğer borçluların alacaklıları" anlamının çıkmadığını, kolektif sözcüğünün "borçlu karşısında borçlunun kendi alacaklıları" olarak anlaşılması gerektiğini iddia etmektedir.⁴⁸⁶

Mahkeme ise, olağanüstü yönetim usûlünün birleşik yapısının, yeterince kolektif olmamaktan ziyade usûlü daha da kolektif hale getirdiğine kanaat getirerek Sberbank'ın itirazlarını reddetmiştir.⁴⁸⁷

(5) Olağanüstü yönetim usûlünün yeniden yapılanma veya tasfiye amaçlı olması

Mahkeme bu başlıktaki değerlendirmesinde öncelikle Yasama Kılavuzu'na atıfta bulunarak yaptığı yorumda, 'yeniden yapılandırma' usûlü kavramıyla kastedilen işlemlerin nihai amacının, borçlunun ödeme güçlüklerinin üstesinden gelmesini ve normal ticari faaliyetlerine devam ettirmesini sağlamayı amaçlayan usûller olduğunu belirtmiştir.⁴⁸⁸

Mahkeme, *Lex Agrokor*'un amacının, finansal güçlüğe düşen ve ülkenin ekonomik sistemi bakımından önem taşıyan büyük çaplı ticari aktörlerin yeniden yapılandırılmasını sağlamak ve bunun başarısız olması hâlinde de başlayan yapılandırmayı bir tasfiye usûlüne çevirerek ekonomik istikrarın korunmasını sağlamak olduğuna belirtmiştir. Bu bağlamda, mahkeme *Lex Agrokor*'un CBIR

⁴⁸⁶ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 97-98

⁴⁸⁷ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 99

⁴⁸⁸ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 100, ayrıca bkz. UNCITRAL, **Uncitral Legislative Guide**, 1. Bölüm, 2. Kısım para. 23

bakımından yeniden yapılanma veya tasfiye amaçlı bir kanun olarak tanımlanabileceğine karar kılmıştır.⁴⁸⁹

(6) Tanımanın sonuçlarının İngiliz kamu düzenine açıkça aykırı olmaması

Mahkeme, ‘açıkça’ ifadesiyle, İngiliz kamu düzeninden daha yüksek bir eşiğe işaret edildiğini belirterek, “*kamu düzenine aykırılığın ya da uyumsuzluğun bile şüpheli ya da tartışmalı olduğu bir durumda, kamu düzenine ‘açıkça’ aykırılık mümkün olamaz*” değerlendirmesinde bulunmuştur⁴⁹⁰. Mahkeme sürdürülen usûlün, tanıma devletinde kabul edilen usûllerden farklı olmasını kamu düzeni müdahalesinin tetiklenmesi için yeterli görmemiştir.⁴⁹¹ UNCITRAL Yasama Kılavuzu’nda da bulunan yorum ilkesine gönderme yaparak, kamu düzenine açıkça aykırılık istisnasının dar yorumlanması gerektiğini ve sınırlı sayıda karşılaşılabilecek istisnai durumlar için başvurulması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁹²

Sberbank, İngiliz kamu düzeninin iki yönden ihlal edildiğini ileri sürmektedir: (i) Sürdürülen olağanüstü yönetim usûlü, alacaklıların farklı borçlularla olan borç ilişkilerini aynı yapılandırma planı kapsamında birleştirmektedir. Bu durum, borç ilişkisinin nisbi niteliğini göz ardı etmekte ve dolayısıyla alacaklıların eşitliği prensibine (*pari passu*) göre eşit muamele görme beklentilerini ihlal etmektedir. (ii) Ayrıca alacaklıların kendi alacaklarından taviz vermesini gerektiren mezkûr usûlde, yapılandırma planını reddetme etme hakları bulunmamaktadır.⁴⁹³

Mahkeme, Sberbank’ın itirazlarını, olağanüstü yönetim usûlünün CBIR kapsamında bir yabancı asli usûl olarak tanınmasında İngiliz kamu düzenine yönelik yalnızca ‘açık’ değil, herhangi bir aykırılık bulunmadığını belirtmiş, Hırvatistan ve

⁴⁸⁹ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 102-106

⁴⁹⁰ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 109

⁴⁹¹ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 111; bkz. ayrıca McGrath v Riddell, Re HIH Casualty [2008] UKHL 21, bkz. para. 145

⁴⁹² Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 110

⁴⁹³ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 128-130

İngiltere sıra cetveli kuralları arasındaki farklılıkların, kamu düzeni müdahalesini tetiklemek için yeterli olmadığına karar vermiştir.⁴⁹⁴

Agrokor kararının incelenmesi, İngiliz yargısının sınır aşan yeniden yapılandırma usûllerine yönelik esnek ve pragmatik bir yaklaşımı benimsediğini göstermektedir. Çoğu durumda, İngiliz mahkemeleri çoğunluk alacaklıların desteklediği yeniden yapılanma planlarını tanıma eğilimindedir. Bu bağlamda, mahkemenin, yabancı asli yapılandırma usûlünü CBIR'e göre tanınması beklenmesi gereken bir sonuçtur. Ne var ki İngiliz mahkemelerinin bu esnekliğinin ileride değineceğimiz *Azerbaycan Uluslararası Bankası* kararında olduğu gibi bazı sınırları da vardır. En çok *Gibbs* ilkesi bağlamında karşımıza çıkan bu sınırlar, yabancı yapılandırmanın İngiliz hukuk alanına yayılmasına engel olmaktadır.

Agrokor kararı, Model Kanun'un uluslararası çerçevesi ve iç hukuk sistemleri arasındaki etkileşim sergilemesi bakımından değer taşımaktadır. Yorum konusunda Model Kanun'un 8. maddesinin gerektirdiği uluslararası yeknesaklığa rağmen, iç hukukta koruma sağlama düşüncesiyle sınırlı gerçekleştirilecek yorumlar Model Kanun'la niyet edilen yeknesaklıktan uzaklaşmalara sebep olabilecektir. Agrokor'un farklı ülkelerdeki tanıma taleplerinin bu hukuk düzenlerinde ele alınış biçimi, yorum farklılıklarının ortaya çıkartabileceği sorunların somut örneğidir. *Lex Agrokor*'da belirtilen yabancı usûlün tanınması konusunda İngiltere'deki teyit edici yaklaşımın aksine, Model Kanun'u benimseyen Sırbistan, Karadağ ve Slovenya mahkemeleri mezkûr yabancı usûlü tanımamıştır.⁴⁹⁵ Slovenya, kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tanıma talebini reddederken,⁴⁹⁶ Sırbistan ve Karadağ mahkemeleri 'iflâsla ilişkili kanun' teriminin, bağlı ve kontrol altındaki (grup) şirketlerin yapılandırılmasını ele alan usûlleri düzenleyen kanunlar için uygulanamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir.

⁴⁹⁴ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 131

⁴⁹⁵ Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 4

⁴⁹⁶ Slovenya'da, Hırvat olağanüstü yönetim usûlünün yabancı usûl olarak tanınmaması sonucunda, diğer alacaklılar karşısında muhtemelen daha güçlü pozisyona ve daha geniş kaynaklara sahip olan Sberbank'ın, bu ülkedeki Agrokor mallarına yönelik birel takip başlattığı faraziyesinde, diğer alacaklıların (Slovenya'da bulunan ve bulunmayan) menfaatleri de doğrudan etkilenecektir.

İngiliz mahkemesinin kolektiflik ilkesini bağlı şirketleri de kapsayacak biçimde geniş yorumlaması, alacaklıların eşitliği ilkesine daha etkin bir hukuki koruma sağlanacağı varsayımına dayanmaktadır. Öte yandan, mahkemenin bu varsayımı her olayda aynı sonucu vermeyebilir. Yeniden yapılandırmanın başarılı olması ve başarısız olması arasındaki riskler değerlendirilirken, bir işletmenin yapılandırılmasının grup şirketlere teşmil etmesi, bağlı tekil işletmenin alacaklılarına yeterli hukuki koruma sağlama noktasında her zaman geçerli olmayabilir. Ödeme aczi içerisinde olmayan iştirakların alacaklıları, böylesi bir usûlde dezavantajlı konuma gelebilecektir. Bu, alacaklılar arasında alacaklıların eşitliği ilkesinin dar görünümünün ve tüzel kişiliklerin ayrılığı prensibinin daha avantajlı sonuçlar doğurması olasıdır. Ne var ki somut olayda tanıma başvurusunun sadece ödeme güçlüğü içerisindeki işletmeler bakımından yapılmış olması, İngiliz hâkimin tanıma tesis etmesini bu bahiste kolaylaştırmıştır. Mahkemenin Agrokor kararında benimsediği, alacaklıların eşitliği ilkesini diğer iştiraklara da yayma yaklaşımının, kamu düzenine ‘genel olarak’ aykırı olmayacağı perspektifi; *Gibbs* ilkesinin gerektirdiği, kendisine yabancı bir usûle tabi olmak istemeyen alacaklının, alacağından alı konulamayacağı ilkesiyle de ters düşebilecektir. Zira somut olayda, ödeme güçlüğü içerisinde bulunmayan işletmeler bakımından da yapılandırma planının tanınmasının talep edildiği faraziyesinde, bu işletmelerin alacaklıları, kendi kabul etmedikleri yabancı bir iflâs usûlü sebebiyle alacaklarını takibe koyamayacaklardır. Bu tür konularda mahkemelerin model kanunun yorumlanması için getirilen yeknesaklık prensibinden sapması daha sofistike sorunları beraberinde getirebilecektir.

2018 ve 2019’da yayınlanan ve 1997 tarihli Model Kanun’un tamamlayıcısı olduğu belirtilen iki yeni model kanunun,⁴⁹⁷ yeni ülkeler tarafından 1997 tarihli Model Kanun’la birlikte iktibas edilmesi ilkesi benimsenirken, hâlihazırda 1997 tarihli Model Kanun’un yürürlükte olduğu ülkelere böyle bir zorunluluk getirilmemesi, uygulamada yorum farklarının artmasına ve daha karmaşık sorunlara sebep olabilecektir. Bu bağlamda, mevcut ve yeni model kanunların bir arada nasıl işleyeceğine dair bir uyum ve yeknesaklık sağlanması, uluslararası iflâs hukukunun gelecekteki istikrarı açısından önem taşımaktadır. Bu amaçla üç model kanunun bir arada uygulanması durumunda

⁴⁹⁷ İflâsla İlgili Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin 2018 Tarihli UNCITRAL Model Kanunu ve Şirket Grupları’nın İflâsına İlişkin 2019 Tarihli UNCITRAL Model Kanunu

karşılaşılabilecek örtüşme/çakışma ihtimalinin önüne geçilmesi maksadıyla Sınır Aşan İflâs Hakkında UNCITRAL Model Kanunu'nun 25. Yıldönümü Konferansı'nda UNCITRAL Sekreteryası, 'UNCITRAL Model Kanunlarının Sınır Ötesi İflâs, İflâsa İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ve Şirket Grupları İflâsı Üzerine Bütünleşik Metin'i yayınlanmıştır.⁴⁹⁸

(b) Avrupa Birliği:

2002'de yürürlüğe giren ilk AB İflâs Tüzüğü'nün⁴⁹⁹ kapsamı, borçlunun malvarlığının kısmen veya tamamen tasfiyesine yönelik usûlleri ve atanacak tasfiye görevlisinin kullanabileceği yetkileri gösteren kolektif iflâs usûlleriyle sınırlı bir düzenleme getiriyordu.⁵⁰⁰ Getirilen dar tanım, başka önleyici usûllere yer bırakmıyor, borçlunun ödeme aczini gerekli kılan bir tasfiye usûlü olmasını gerekli kılıyordu.⁵⁰¹ İlk Tüzük o dönem Kıta Avrupası'nda hâkim olan alacaklı merkezli iflâs hukuku düzenlemelerindeki iflâs önyargısının karakteristik görünümü olan tasfiyeye yönelme ve bu esnada malvarlığı yönetiminin el değiştirmesi özelliklerini doğrudan yansıtıyordu. 2017'de yürürlüğe giren yeni Tüzük, iflâs kavrayışında zamanla ortaya çıkan değişimin normatif etkilerini yansıtmaktadır. Artık tasfiye dışındaki usûller iflâs düzenlemeleri kapsamında yer bulmakta, bu durum acizlik öncesi önleyici ödeme güçlüğü usûllerine doğru devam eden gelişimin habercisi olma niteliğini taşımaktaydı.⁵⁰² Yeni Tüzük'ün 1(1) maddesine göre kapsam, orijinal metne sadık kalınarak şu şekilde tercüme edilebilir:

“Bu Tüzük, iflâsla ilişkili kanunlarda düzenlenmiş ve kurtarma, borç yapılandırması, faaliyet yapılandırması veya tasfiye amacıyla yürütülen

⁴⁹⁸ https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v2104338_consolidated_text.pdf

⁴⁹⁹ İflâs Usûllerine İlişkin 29 Mayıs 2000 tarih ve 1346/2000 sayılı AB Konsey Tüzüğü [2000] OJ L160/1-18

⁵⁰⁰ 1346/2000 sayılı AB Konsey Tüzüğü madde 1(1); Virgos-Schmidt Raporu para. 48.

⁵⁰¹ Virgos-Schmidt Raporu, para. 49

⁵⁰² Burkhard Hess vd., **European Insolvency Law: The Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report on the Application of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings**, München: C.H. Beck, 2014, ss. 624-667

usûllerle, ihtiyatî tedbir usûlleri de dahil olmak üzere, [aşağıda belirtilen] aleni kolektif usûllere uygulanır:

(a) borçlunun malvarlığı üzerindeki yetkisini tamamen veya kısmen yitirdiği ve bir iflâs temsilcisinin atandığı [veya];

(b) borçlunun malvarlığının ve faaliyetlerinin bir mahkemenin denetimine veya gözetimine tabi olduğu veya;

(c) [müzakereler sonunda] anlaşmaya varılamaması hâlinde (a) veya (b) bendinde atıfta bulunulan usûllerden birine öncülük etmesi koşuluyla; alacaklılar topluluğunu korumaya elverişli olan ve borçlu ile alacaklıları arasında gerçekleştirilecek müzakerelere olanak tanınması maksadıyla kanunun işleyişi gereği [kendiliğinden] yahut bir mahkeme tarafından verilecek kararlar geçici olarak münferit takiplerin durmasını [sağlayan usûller].

Bu maddede anılan usûllerin, iflâsın sadece olası olduğu hallerde başlatılması söz konusu oluyorsa, [başlatılacak usûl] borçlunun iflâsını engelleme yahut borçlunun ticari faaliyetlerinin sona ermesini önleme amacı taşımalıdır.”

Madde lafzına bakarak Tüzük’ün, Model Kanun’un ‘yabancı usûl’ tanımından etkilendiğini söylemek mümkündür⁵⁰³. Geleneksel tasfiye usûllerinin (a) ve formel yeniden yapılandırma usûllerinin (b) yanı sıra borçlunun tüm alacaklılarını etkilemesi gerektirmeyen bilanço yapılandırması usûllerini ve borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisinin korunduğu (DIP) usûlleri de (c) kapsamına aldığı görülmektedir.⁵⁰⁴ Yeni Tüzük’ün Başlangıç Hükümleri’nin 10. paragrafı bu durumu açık biçimde ifade etmektedir:

“Bu Tüzük’ün kapsamı, ekonomik varlığını sürdürebilecek ancak sıkıntı içinde olan işletmelerin kurtarılmasını teşvik eden usûlleri de içermektedir. Borçlunun sadece iflâs ihtimalinin bulunduğu bir aşamada

⁵⁰³ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 874.

⁵⁰⁴ Eidenmüller, **The Rise and Fall of Regulatory Competition**, s.557

yeniden yapılandırılmasını sağlayan usûlleri ve borçlunun varlıklarının ve işlerinin kontrolünü tamamen veya kısmen borçluya bırakan usûlleri de kapsamaktadır.”

Ayrıca, Model Kanun’da olduğu gibi alacaklıların sadece bir kısmını etkileyen bilanço temelli dar kapsamlı finansal yeniden yapılandırma usûllerinin de (*skinny restructuring*) Tüzük kapsamına girdiği görülmektedir⁵⁰⁵. Tüzük’ün Başlangıç Hükümleri’nin 14. paragrafında şöyle denilmektedir:

“Borçlunun vadesi gelmiş borçlarının tamamını veya önemli bir kısmını ödemekle yükümlü olduğu ve alacaklıların tamamını veya önemli bir kısmını etkileyen kolektif usûller; bu usûllere katılmayan alacaklıların haklarına zarar gelmemesi koşuluyla bu Tüzük’ün kapsamına girer. Bir borçlunun sadece finansal alacaklılarını ilgilendiren usûller de Tüzük’ün kapsamındadır.”

Öte yandan, aleniyet taşımayan ve mahkeme denetimi ya da gözetimi öngörmeyen özel konkordato (*workout*) tüzük kapsamına giren usûllerin dışında tutulmuştur. Tüzük’ün Başlangıç Hükümleri’nin 12. ve 13. paragraflarında bu durum belirtilmektedir:

“Bu Tüzük, alacaklıların sürdürülen usûlden haberdar olmalarını ve taleplerini iletmelerini sağlamak, böylece usûlün kolektif niteliğini temin etmek ve alacaklılara usûlün açıldığı mahkeme yetkisine itiraz etme fırsatı vermek amacıyla, başlatılması aleniyete tabi olan usûllere uygulanır.

Şöyle ki; gizli olan iflâs usûlleri bu Tüzük’ün kapsamı dışında tutulur. Böylesi usûller bazı Üye Devletlerde önemli bir rol oynasa da, gizli olmaları başka bir Üye Devlette bulunan bir alacaklının veya mahkemenin

⁵⁰⁵ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 874.

bu tür usûllerin açıldığını bilmesini imkânsız hale getirmekte ve dolayısıyla bunlara Birlik genelinde etki tanınması zorlaştırmaktadır.”

Model Kanun ile Tüzük arasında ‘yabancı usûl’ tanımı konusunda etkileşim olmasına karşılık, önemli açılardan farklılıklar da bulunmaktadır. Tüzük’ün kapsamını belirleyen birinci maddesinde her ne kadar Model Kanun’da olduğu gibi etki doğurma kabiliyetine sahip yabancı usûllerin karakteristik özellikleri belirtilse de, bu kapsama giren her usûl otomatik tanıma kudretine sahip değildir. Zira AB’de, hukuki belirliliğin sağlanması maksadıyla bu hususta sınırlı sayı ilkesi uygulanmakta ve Üye Devletlerin mevzuatında yer alıp tanım kapsamına giren usûller tek tek AB müktesebatında listelenmektedir. Tüzük’ün A ekinde listelenen bu usûller Tüzük’ün ayrılmaz parçası olarak nitelendirilmektedir.⁵⁰⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı da, *Bank Handlowy w Warszawie SA* kararında,⁵⁰⁷ iç hukukta yer alan iflâs usûllerinin Tüzük’ün A ekinde tüketici şekilde sayıldığını, başka bir Üye Devlet usûlünün Tüzük’ün 1(1) maddesi kapsamına girip girmediği hususunda şüpheler olsa bile, listede yer alması hâlinde Tüzük kapsamına gireceğini belirterek bunu teyit etmiştir. Yine mevhumun muhalifinden hareket ettiği *Ulf Kazimierz Radziejewski* kararında,⁵⁰⁸ ek listede yer almayan bir Üye Devlet usûlünün, Tüzük çerçevesinde tanıma tenfiz kabiliyetinden yoksun olduğunu belirtmiştir. Daha önce detaylı olarak yer verdiğimiz *Agrokor* meselesinde, o dönem AB yargı yeri olan İngiliz Asliye Mahkemesi, Hırvat ‘olağanüstü yönetim usûlünü’ (*extraordinary administration proceeding*) mevzuatında yer alan Model Kanun uygulaması CBIR aracılığıyla ‘yabancı usûl’ olarak tanımıştır. Mahkeme Hırvat mevzuatında yer alan usûl Ek A’da yer almadığı için tanımının Tüzük kapsamında gerçekleşemeyeceğini de belirtmiştir.⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ Virgos-Schmidt Raporu para. 9; Ek A’da yer alan bu usûllerin kimileri tasfiyeye kimileri ise işletmeyi kurtarmaya yönelik usûllerdir. (Tuula Linna, “Actio Pauliana and Res Judicata in EU insolvency proceedings”, *Journal of Private International Law*, 2015, C. 11, S. 3, 568–584, s. 569)

⁵⁰⁷ C-116/11 *Bank Handlowy w Warszawie SA v. Christianapol sp z oo*, EU:C:2012:739

⁵⁰⁸ C-461/11 *Ulf Kazimierz Radziejewski v. Kronofogdemyndigheten i Stockholm*, EU:C:2012:704

⁵⁰⁹ Mevorach ve Walters, *Characterization*, s. 875.

Tüzük'ün A ve B⁵¹⁰ ekleri, en son 2021 tarihinde 2021/2260 sayılı Tüzük⁵¹¹ aracılığıyla güncellenmiştir. Tüzük eklerinin güncellenmesi için, Üye Devletlerin iç hukuk mevzuatında yaptıkları değişiklikleri AB Komisyonu'na bildirmeleri ve iç hukuk usûllerinin doğru bir şekilde yansıtılması için Ek A'nın değiştirilmesini talep etmeleri gerekmektedir. Talebi alan Komisyon, bunu inceleyerek Ek A'nın güncellenmiş bir liste ile değiştirilmesi için bir tüzük önerisinde bulunur. Dolayısıyla Üye Devletlerin Tüzük'te yer almasını arzuladıkları usûlleri Komisyon'a belirtmeleri gerekmektedir. Bu niteliğiyle Tüzük, Üye Devletler nezdinde tercihli bir hukuk aygıtıdır. Eğer Üye Devletler belirli bir usûlü bildirmemeyi tercih ederlerse, bu usûl Ek A'da yer almayacak ve dolayısıyla Tüzük'ün kapsamı dışında kalacaktır.

Yine Model Kanunla Tüzük arasındaki kayda değer bir diğer farklılık, Tüzük'ün 'iflâsla ilişkili kanunlar' kriterine şekilci bir sınırlama getirmesidir⁵¹². Tüzük'ün Başlangıç Hükümleri'nin 16. paragrafı "iflâs halleri için tasarlanmamış ve şirketler hukukuna dayanan" genel usûlleri açıkça Tüzük'ün kapsamı dışında bırakmaktadır. 16. paragrafta şöyle denilmektedir:

"Bu Tüzük, iflâsla ilişkili kanunlarda yer alan işlemlere uygulanır. Şöyle ki, münhasıran iflâs halleri için tasarlanmamış genel şirketler hukukuna dayanan usûllerin iflâsla ilişkili kanunlara dayandığı kabul edilemez."

Dolayısıyla, özellikle Anglo-Sakson Hukuku'nda sıklıkla karşılaşılan ve münhasıran olmasa da iflâs öncesi usûl veya iflâs usûlü olarak işlev görebilen çok amaçlı bir şirketler kanunu usûlü, Tüzük'ün kapsamı dışında kalmaktadır.⁵¹³ Bu durum, İngiltere'deki '*scheme of arrangement*' usûlünün Model Kanun'un 15. Bölüm olarak iktibas edildiği ABD İflâs Kanunu uyarınca ABD mahkemeleri tarafından

⁵¹⁰ Ek B'de her Üye Devlet mevzuatında yer alan iflas temsilcileri listelenmektedir.

⁵¹¹ İflâs Usûllerine İlişkin 2015/848 sayılı Tüzüğü tadil ederek Ek A ve Ek B'yi değiştiren 15 Aralık 2021 tarih ve 2021/2260 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü.

⁵¹² Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 875.

⁵¹³ Kıyaslamak için bkz. geride *Betcorp, ABC Learning Centres, In re Avanti* meseleleri.

yerleşik olarak “yabancı iflâs usûlü” olarak tanınmasına karşılık, neden Tüzük kapsamı dışında tutulduğunu açıklamaktadır.⁵¹⁴

Tüzük’ün ilk versiyonunun dar kapsamından, 2017 güncellemesiyle genişletilmiş ve esnek hale getirilen yorumuna kadar olan süreç, iflâs hukukunun sadece borçlunun malvarlığının tasfiyesine odaklanan dar bir anlayıştan, önleyici ve kurtarıcı usûlleri de kapsayan daha geniş bir bakış açısına geçiş yapıldığını göstermektedir. Bu değişim, bir taraftan iflâs usûllerinin çeşitliliğini arttırırken bir taraftan da sınır aşan iflâslar bakımından hukuki belirlilik sağlamaktadır. Bu çeşitlilik aynı zamanda Model Kanun ile Tüzük arasındaki olası etkileşimlerin doğurabileceği sonuçlara dair önemli soruları da beraberinde getirmektedir.

4.2.2. Yabancı İflâs Usûlünün Tanınması ve Tenfizi

‘Yabancı iflâs usûllerinin tanınması ve tenfizi’ ifadesi, farklı yargı bölgelerine göre çeşitli anlamlar taşıyabilmektedir. Aynı durum, “kendiliğinden tanınma” terimi için de geçerlidir. Bazı ülkelerde otomatik tanıma, 2015/848 sayılı AB İflâs Tüzüğü’nde kullanılabilecek benzer bir anlam taşımaktadır.⁵¹⁵ Buna göre yabancı iflâs usûlleri doğrudan etki doğurmakta ve yabancı makam ve yetkililer herhangi bir mahkemeye başvurmak zorunda kalmaksızın hemen hemen tüm yetkilerini kullanabilmektedir.

Buna karşılık, diğer yargı sistemleri kendiliğinden tanınma ifadesini belirli bir anlamda kullanmaktadır. Bu da, yargı merciinin yabancı iflâs usûllerinin varlığını kabul etmesi ve yabancı makam veya temsilcinin, iflâs usûllerinin başlatılmasına ilişkin yabancı karar veya işlemin icrasına izin verilmesi için ilgili mahkemeye başvurma hakkına sahip olmasıdır. Ancak, yabancı temsilci borçlu adına herhangi bir yetki kullanamaz.

⁵¹⁴ Susan Block-Lieb, “Reaching to Restructure Across Borders (without Over-Reaching), Even After Brexit”, *Am Bankruptcy Law J*, C. 92, 2018, ss. 1-51. s. 29

⁵¹⁵ The Insolvency Service, **Guidance Cross-border Insolvencies: Recognition and Enforcement in EU Member States**, 2021.

<https://www.gov.uk/government/publications/cross-border-insolvencies-recognition-and-enforcement-in-eu-member-states>

Uluslararası alanda, iflâsın asli *forumundan* yabancı bir iflâs temsilcisinin masaya giren yerel malvarlığı unsurları üzerinde tasarruf işlemlerinde bulunma hakkının tanınması ve alacaklıların başlattıkları takiplerin durdurulmasının (*stay*) tanınması yönünde artan bir eğilim vardır, ancak bu durum yerel tanıma işlemleri yapılarına kadar ertelenebilir. Bu süreç AB İflâs Tüzüğü ve 1997 UNCITRAL Model Kanunu ile hızlandırılmıştır.⁵¹⁶ Bu bağlamda Mevorach, uyarlanmış evrenselcilik çerçevesinde, iflâsa ilişkin kararların evrensel düzeyde tenfiz edilebilirliğe sahip olması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu, malvarlığı unsurlarının geri alınmasını, iflâs temsilcileri tarafından yapılan takipleri, yapılandırma planlarının onaylanmasını, iflâsın kapatılmasını da kapsamaktadır. İflâs usûlü hızlı bir şekilde yürütülmeli, farklı hukuk sistemleri arasındaki uyumsuzluk bu süreci yavaşlatmamalıdır. Mevorach'ın gözlemlediği şekliyle, 1997 tarihli UNCITRAL Model Kanun'unun yabancı iflâs kararlarının tenfiziyle ilgili bazı eksiklikler içermektedir. Bu durum, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin (UKSC) *Rubin v. Eurofinance*⁵¹⁷ davasında verdiği kararda görülmüştür. UNCITRAL, bahsedilen bu kısıtları hafifletmek ve mevcut hukuki çerçeveyi iyileştirmek amacıyla 2018 yılında İflâsla İlgili Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Model Kanunu (UNCITRAL-2018) uygulamaya koymuştur. UNCITRAL-2018 genel olarak olumlu karşılanmış olsa da henüz yaygın olarak uygulanması yoktur.⁵¹⁸

İngiliz İstinaf Mahkemesi'nin (EWCA) *Rubin v. Eurofinance* davasındaki kararı, iflâsla ilişkili kararlar için özel kuralların uygulanabilirliğini kabul etmiş, ancak bu karar Temyiz Mahkemesi (UKSC) tarafından bozulmuş ve UNCITRAL 1997 Model Kanunu kapsamındaki kararların tenfizine ilişkin rejimde belirsizliklerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. UNCITRAL 1997 Model Kanunu'nun temel amacı, sınır aşan iflâs usûllerinin kolaylaştırılması ve düzenlenmesi için kapsamlı bir çerçeve oluşturmaktır. Model Kanun tipik olarak, mahkemeler ve iflâs uygulayıcıları arasında en üst düzeyde işbirliğini gerektiren uyarlanmış evrensellik ilkesinin gereklerine uymaktadır. Söz konusu ilke, borçlunun kendi ülkesinde başlatılan asli iflâs usûlünün

⁵¹⁶ Wood **Principles**, s.818-819

⁵¹⁷ *Rubin v. Eurofinance SA* [2012] UKSC 46, [2013] 1 AC 236

⁵¹⁸ Mevorach, **Overlapping International Instruments**, ss. 3-6.

ya da kolektif işlemlerin derhal tanınmasını gerektiğini savunurken, tanıma için borçlunun esas menfaatler merkezine (COMI) vurgu yapmak suretiyle, tanıma için yeknesak bir kriter sağlamaktadır. Bununla birlikte, UNCITRAL, 1997 kararların ve emirlerin uygulanması konusunda belirsizlikler taşımaktadır. Model Kanun milletlerarası işbirliği ve adli yardımlaşmayla ilgili çeşitli hükümler içermesine rağmen, kararların tenfiz edilmesi hususunu açıkça ele almamaktadır. Bu belirsizliğe, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin (UKSC) *Rubin v. Eurofinance* davasında verdiği kararda dikkat çekilmiştir. Bu davada mahkeme, ABD kaynaklı iflâsla ilişkili bir kararı tanımayı reddetmiştir. Mahkeme bir *common law* hukuku ilkesi olan *Gibbs* kuralına⁵¹⁹ başvurarak, yabancı yargı yerinde bulunmayan veya yabancı mahkemenin yetkisine gönüllü olarak tabi olmayan yerli alacaklılara karşı verilen kararların etki doğurmasına izin vermemiştir.⁵²⁰

2018 yılında kabul edilen UNCITRAL İflâsla İlgili Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Model Kanun, iflâsla ilişkili kararların tenfizine yönelik, UNCITRAL 1997 Model Kanun'da karşılaşılan belirsizlikleri ve eksiklikleri gidermeyi amaçlamıştır. UNCITRAL 2018, *Rubin v. Eurofinance* kararında vurgulanan belirsiz noktaları açığa kavuşturmak ve çeşitli farklı ülkelerin model kanun iktibasını teşvik etmeyi hedeflemektedir. UNCITRAL 2018, sınır aşan iflâslara uygulanacak kuralları daha belirgin hale getirme (md. 1(a)) amacı taşımaktadır. İflâs işlemlerdeki gereksiz tekrarları önlemek (md. 1(b)), işlemlerin hem zaman hem de maliyet açısından etkin bir şekilde yürütülmesini sağlamak (md. 1(c)), farklı devlet mahkemeleri arasında uyum ve iş birliğini teşvik etmek (md. 1(d)) ve iflâs malvarlığının değerinin korunması ve en üst düzeye çıkarılmasını hedeflemektedir (md. 1(e)).

UNCITRAL 2018, tanıma ve tenfiz usûlüne bakıldığında ilk göze çarpan, tanıma ve tenfiz usûlünü ana hatlarıyla belirtirken, kararın öncelikle menşe ülkede icra

⁵¹⁹ Antony Gibbs & Sons v La Société Industrielle et Commerciale des Métaux (1890) LR 25 QBD 399 Gibbs İlkesi, İngiliz hukukuna tabi olan bir borç bakımından, alacaklı yabancı iflâs usûlüne tabi olmayı kendiliğinden kabul etmedikçe, yabancı bir iflâs usûlü aracılığıyla alacağından alı konulamayacağını ifade etmektedir. Yerli alacaklıların korunması düşüncesinin İngiltere'de büründüğü görünüm Gibbs ilkesiyle kendisini göstermektedir.

⁵²⁰ Mevorach **Overlapping International Instruments**, s. 7-10.

edilebilir olduğunun ispatlanmasının aranmasıdır. Buna ek olarak mahkemeler, tanıma ve tenfize ilişkin bir karar verilinceye kadar geçici tedbir kararı verilebilir. Bu model kanun çerçevesinde tanıma ve tenfizin reddedilme gerekçeleri de ele alınmıştır. UNCITRAL 2018, kamu düzeni menfaatini korumayı amaçlayan bir çekince hükmünün yanı sıra usûl adaletine ilişkin çekinceye de yer vermektedir.⁵²¹ Diğer iflâs kararlarıyla çelişki yaratması veya yetkili mahkemenin bulunmaması sebeplerine dayanarak tanıma tenfizin reddine izin verilmektedir.⁵²² Alacaklıların ve diğer ilgili tarafların yeterli düzeyde korunmuyor olması da bir diğer ret gerekçesidir.⁵²³

UNCITRAL 2018, UNCITRAL 1997'nin hâkime geniş takdir yetkisi tanıyan yaklaşımından önemli ölçüde ayrılmaktadır. Bu yeni model kanunda, usûle ilişkin gerekliliklerin yerine getirilmesi hâlinde iflâsla ilişkili kararların tenfizi zorunlu hale getirilmiştir. UNCITRAL 2018'in bir yandan usûle uygun taleplerde tanıma ve tenfizi zorunlu kılarken diğer yandan hâkimlere kamu düzeni istisnası ve hukuk devleti gerekçelerine dayanmak suretiyle ret yetkisi vermesi, ülkeseci refleksleri pekiştiren çekincelerin aşılmasını sağlayabilir ve evrenselci yaklaşımın teşvik edilmesinde belirleyici olabilir.⁵²⁴

Çeşitli AB ülkelerinden örnek vermek gerekirse; Hollanda'da, yabancı iflâs usûllerinin tanınmasına ilişkin kurallar ve tanımanın etkileri esas olarak içtihat hukukuna dayanmaktadır. Tarihsel süreçte yabancı iflâs usûllerinin tanınmasına ilişkin içtihat kuralları oldukça sınırlı olmakla birlikte, 21 yüzyılın başından günümüze kadar geçen sürede bu durum değişikliğe uğramıştır. Hollanda Yüksek Mahkemesi 18 Ocak 2019 tarihli Yukos kararında bu konudaki kurallara değinmiştir. Buna göre yabancı bir iflâs kararı - ve iflâs makamının malvarlığı unsurlarını satma yetkisi başta olmak üzere etkileri - şu durumlarda Hollanda'da otomatik olarak tanınabilmektedir⁵²⁵:

- Yabancı mahkemenin yargı yetkisi, uluslararası standartlar uyarınca genel olarak kabul edilebilir bir gerekçeye dayanmalıdır;

⁵²¹ UNCITRAL 2018 md.7

⁵²² UNCITRAL 2018 md.14

⁵²³ Mevorach, **Overlapping International Instruments**, s. 11-15

⁵²⁴ Mevorach, **Overlapping International Instruments**, s. 16-22.

⁵²⁵ The Insolvency Service, **Guidance Cross-border Insolvencies**,

- Yabancı yargılamaların adil yargılama ilkesinin gerekliliklerini karşılaması gerekir;
- Yabancı kararın tanınmasının kamu düzenini ihlal etmemesi gerekir;
- Yabancı iflâs kararının Hollanda mahkeme içtihadıyla çelişkili bir karar içermemesi gerekir.

Ancak, bu otomatik tanıma belirli sınırlamalara tabidir. Yüksek Mahkeme daha önceki bir kararında, yabancı iflâs usûllerinin, alacaklıların iflâs masasının bir parçasını oluşturan ve Hollanda'da bulunan varlıklara karşı talepleri için rücu etmelerini engellemesi durumunda Hollanda'da etkili olmadığına karar vermiştir.

Almanya,⁵²⁶ AB dışındaki iflâs usûllerinin tanınmasına ilişkin olarak AB İflâs Tüzüğü'nde yer alan yaklaşıma büyük ölçüde benzeyen bir yöntemi kendi iç hukukunda benimsemiştir. Alman İflâs Kanunu'nun 343. maddesi, şu koşulların varlığı hâlinde yabancı iflâs usûllerinin otomatik olarak tanınmasını öngörmektedir:

- İflâs davasının açıldığı ülkenin mahkemelerinin Alman hukukuna uygun olarak yargı yetkisine sahip olması ve
- Tanımanın Alman kamu düzenine aykırı bir tarafının bulunmaması.

Bu nedenle, borçlunun COMI'si menşeli iflâs usûllerinin tanınması, borçlunun AB içinde veya dışında yerleşik olup olmadığına bakılmaksızın genellikle otomatik olarak gerçekleşmektedir. Genel olarak, yabancı iflâs görevlisi atandıktan sonra borçlunun Almanya'daki varlıklarına el koyabilir veya bunlarla ilgili başka işlemler yapabilir. Ancak, yabancı iflâs görevlisi bir Alman iflâs mahkemesinden resmi tanıma için başvuruda bulunma seçeneğine de sahiptir. Böyle bir başvuru sırasında, Alman iflâs mahkemesi atama emrinin noter onaylı bir tercümesini talep edebilir. İflâs işlemlerinin tanınması genellikle otomatik olarak gerçekleşir. Başka bir deyişle, bunun için mahkemeye başvurulmasına gerek yoktur.

⁵²⁶ The Insolvency Service, **Guidance Cross-border Insolvencies**,

Buna rağmen yabancı iflâs temsilcileri iflâs usûllerinin tanınması için Alman mahkemelerine başvurma yolunu da seçebilirler. Herhangi başka bir mahkeme işleminde olduğu gibi, iflâs görevlileri işleme başlamadan önce beklenen masraflar, muhtemel zaman çizelgesi ve işlemin başarıya ulaşma olasılığı hakkında profesyonel tavsiye almak isteyebilirler. Bu nedenle konu hakkında yerel mahkemeye başvurma seçeneği daha yerinde bir seçenek olabilir. İflâs işlemlerinin resmi olarak tanınması / yayınlanması için başvurular, iflâs borçlusunun bir şubesinin bulunduğu bölgedeki iflâs konularında yargı yetkisine sahip uygun mahkemeye yapılabilir. Eğer bir şube bulunmuyorsa, bu başvuru borçlunun varlıklarının bulunduğu bölgedeki mahkemeye yapılabilir. Bu başvurular, iflâs usûllerinin resmi olarak tanınması veya yayınlanması için gereklidir.

Avusturya⁵²⁷ İflâs Kanunu uyarınca, COMI'nin yabancı devlette olması ve işlemlerin Avusturya iflâs usûlleriyle benzer olması koşuluyla, yabancı iflâs usûllerinin etkileri tanınabilir. Bu bağlamda en önemli koşul, Avusturyalı alacaklılara karşı ayrımcılık yapılmamasıdır. Öte yandan, Avusturya'da aynı borçluya karşı önceden bir iflâs davası açılmış olması veya geçici tedbirler uygulanmaya başlanmış olması durumunda tanıma işlemi gerçekleşmez. Aynı şekilde tanımanın Avusturya kamu düzenini ihlal etmesi hâlinde de, tanıma mümkün olmayacaktır.

4.2.3. Yabancı İflâs Temsilcisinin Yetkileri

İflâsta devletin egemenliğine yönelik tartışmalarda karşılaşılan varyasyonlardan biri de hükümle açılan iflâs sonrasında, kendi iflâs işlemlerini tanıma devleti ülkesine de taşımak isteyecek olan iflâs temsilcisinin şahsına yöneliktir. Tüm hukuk sistemlerinde aynı şekilde olmasa dahi çoğu zaman yabancı iflâs idaresi, *tanıma devletindeki iflâs idaresinin bir yansıması* olarak kabul görmüştür.⁵²⁸ İflâs temsilcisiyle beraber anılan egemenlik sorununun esas sebebi, iflâs idaresinin, kamu hukukundan doğan yetkilerle donatılmış idari görevliler olduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır. İsviçre-Türk hukukunda durum böyleyken, Almanya'da iflâs

⁵²⁷ The Insolvency Service, **Guidance Cross-border Insolvencies**,

⁵²⁸ Philippe Junod, “Tendances actuelles de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de faillite prononcée à l'étranger avec des biens situés en Suisse”, **Le droit de la faillite international, Premier Séminaire de droit international et de droit européen**, Zürich, 1986, s.11

idaresinin hukuki mahiyetinin tanımlanmasından kaçınılmaktadır.⁵²⁹ ABD’de ise iflâs temsilcisine biçilen rol, malvarlığı yönetiminden öte bir işlev taşımamaktadır. Dolayısıyla devletin egemenliğinde eksilme yaratma ihtimaline dair çok fazla tartışma da yapılmamaktadır.⁵³⁰

Türk hukukunda, iflâs idaresinin tüzel kişiliği yoktur ve tüzel kişiye benzeyen bir hukuk süjesi olan iflâs masasının kanuni bir organı olarak dava takip yetkisini haizdir. Doktrindeki baskın görüşe göre iflâs idarecileri, kanuni temsilci değil (*Partei Kraft Amtes*), kanundan doğan dava takip yetkisine sahip görevlilerdir.⁵³¹ İflâs idaresi ne müflisin ne de alacaklıların temsilcisidir.⁵³² Hukukumuzda iflâs idaresinin fonksiyonu, iflâs masasının hızlı biçimde tasfiyesini yönetmektir. İflâs masası ise alacaklıların alacağını tatmin etmek amacıyla teşekkül eden müflise ait haczi kabil malların oluşturduğu mal topluluğudur. Türk hukukunda özel bir mal topluluğu olarak tanımlanan iflâs masasının (*masse*) tüzel kişiliği olmamasına rağmen istisnai olarak davada taraf ehliyeti⁵³³ ve dava takip yetkisi bulunmaktadır.⁵³⁴ Bu mal topluluğunun ne şekilde yönetileceğine alacaklılar tarafından, alacaklılar toplanması yetkileri dahilinde karar verilir. Bu sebeple alacaklılar toplanması iflâs masasının ‘yasama organı’, iflâs idaresi ise ‘yürütme organı’ olarak anılmaktadır.⁵³⁵

Devletin ülkesel menfaatleri değerlendirilirken,⁵³⁶ yabancı iflâs usûlüne etki tanınmasında, yabancı hâkim tarafından borçlunun ve alacaklıların hukuki durumlarında yaratılan değişiklikler sebebiyle değil; iflâs temsilcisi eliyle gerçekleştirilecek işlemlerin devletin egemenliğini olumsuz yönde etkileyip

⁵²⁹ Eski Alman İflâs Kanunu (KO) da yeni Alman Âciz Kanunu (InsO) da iflâs idaresinin hukuki mahiyetini açıklamaktan kaçınmaktadır. Breuer, **Das neue Insolvenzrecht**, München 1998, s.12’den aktaran Kavasoglu, **Medeni Usûl Hukukunda Davada Temsil**, s. 105.

⁵³⁰ Dalhuisen, **International Insolvency and Bankruptcy**, s.121

⁵³¹ Bkz. İİK md. 226; Kuru, Arslan ve Yılmaz, **Ders Kitabı**, s.623; Yılmaz, **İflâs İdaresi**, s.51.; Kuru, **Konkordato**, s.280 vd.; Üstündağ, **İflâs**, s. 129; Abdurrahman Kavasoglu, **Medeni Usûl Hukukunda Davada Temsil**, (Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, 2007, s.57

⁵³² Kavasoglu, **Medeni Usûl Hukukunda Davada Temsil**, ss. 105-106 ve eşlik eden dipnotlar.

⁵³³ Kuru, **Şerh, C.I**, s. 1025.

⁵³⁴ Kavasoglu, **Medeni Usûl Hukukunda Davada Temsil**, s. 57.

⁵³⁵ Erdönmez, **Alacaklılar Toplanması**, s. 28

⁵³⁶ Bkz. yukarıda 3.2.1.1

etkilemeyeceği meselesi kabul edilebilir bir egemenlik tartışması ortaya koymaktadır. Zira yabancı iflâs idaresinin borçlunun tanıma devletindeki malvarlığı unsurlarını haczedip edemeyeceği ve bunları satışını yapıp yapamayacağı, geliri paylaştırılmak üzere asli usûlün görüldüğü yabancı foruma gönderip gönderemeyeceği gibi meseleler yabancı iflâs idaresinin kullanabileceği yetkiler olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵³⁷ Eğer tanıma devleti, yabancı iflâs temsilcisinin gerçekleştireceği bu işlemlerin fonksiyonel niteliğini kamu otoritesi tarafından bahşedilmiş mutlak bir kamusal yetkinin icrası olarak vasıflandırır, artık tanıma ülkesinin egemenliğinde eksilme yaratabileceğinin kabulü gerekecektir. Ne var ki, sınır aşan iflâsta yabancı iflâs temsilcisinin kullandığı yetkileri, devletin egemenliğinin mutlak görünümü olarak değerlendirmeye ihtiyaç yoktur. Teorik olarak yabancı tasfiye temsilcilerinin doğrudan gerçekleştireceği eylemleri kayıtlayarak, onu uygun adli yardımlaşma kanallarına yönlendirmek bu sorunun giderilmesinde yeterli bir çözüm sağlayacaktır. Öte yandan, ülkesellik ilkesinden doğan asayiş yetkisinin iflâs idaresindeki görünümü olan bu durum, birçok vakıda yerli alacaklıların iç hukukta daha iyi korunacağı argümanı ile birlikte karşımıza çıkmaktadır. Bu durum, iflâs idaresiyle birlikte anılan egemenlik retoriğinin, yabancı tasfiye görevlisinin şahsından kaynaklanan sorunlardan ziyade yerli alacaklıların korunması ya da bunun meşru olmayan görünümü olan yerli alacaklıların önden tatmin edilmesi düşüncesinden kaynaklandığı izlenimi vermektedir.

Uluslararası iflâs hukukunda karşılaşılan sorunlara pragmatik çözümler sunan Model Kanun, yabancı iflâs temsilcilerinin yetkilerini ve bunların sınırlarını belirleyerek, devletin egemenliği ile uluslararası işbirliği arasındaki hassas dengeyi korumayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda, Model Kanun'un yabancı iflâs temsilcilerine tanıdığı yetkiler, yukarıda da göstermeye çalıştığımız gibi, hukuk sistemleri arasındaki farklılıkları göz önünde bulundurarak, uluslararası iflâs usûllerinde etkinlik ve adaletin sağlanmasına yönelik bir adım olarak değerlendirilebilir.

İflâs temsilcilerinin yetkilerinin ve asli forumda verilen ihtiyatî tedbir kararlarının tanınması çerçevesindeki alt sorunlar şu şekilde özetlenebilir⁵³⁸:

⁵³⁷ Wood, **Principles**, ss. 818-819

⁵³⁸ Wood, **Principles**, ss. 818-819.

a. Bir asli veya tali iflâs usûlünün diğerk ülkelerdeki malvarlığı unsurlarını kapsayıp kapsamadığı veya bunların yerel malvarlıklarıyla sınırlı olup olmadığı. Çoğu hukuk düzeninde, bir asli usûl, yabancı ülkelerde tanınmaya tabi olarak borçlunun her yerdeki malvarlığı için geçerlidir, ancak tali usûller genellikle sadece yerel malvarlığı ile sınırlıdır ve asli davaya devredilmesi için çeşitli koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir.

b. Yabancı bir iflâs usûlünün türünün yerel tanıma için uygun olup olmadığı, örneğin bir adli kurtarma işlemi veya ilk açıldığı yerde bir mahkeme kararıyla başlatılmamış veya onaylanmamış konkordato benzeri “gönüllü anlaşma” (*company voluntary agreement*) veya uzlaşma. Genellikle sadece yabancı adli işlemler yerel tanımadan yararlanabilir ve ayrıca tali nitelikteki yabancı adli işlemler yerel tanımadan her zaman yararlanamayabilir.

c. Yabancı işlemlerin tüm dünyadaki malvarlığı unsurlarını kapsadığı ve yerel tanıma için uygun olduğu varsayıldığında, yabancı iflâs idaresinin yerel malvarlıkları haczedip edemeyeceği ve bunları alacaklılara dağıtılmak üzere yabancı asli foruma gönderip gönderemeyeceği veya satışını sağlayıp sağlayamayacağı.

d. Yabancı mahkemenin kendi tedbir kararlarını yurtdışında ne şekilde uygulayabileceği. Genel olarak bunu sadece kendi yargı yetkisine tabi alacaklılar veya borçlular üzerinde ihtiyatî tedbirler ve mahkemeye saygısızlık cezaları ile ve nihayetinde yerel bölgede almaları gerekenden daha fazlasını alan alacaklıların yerel yargılamada eşitlik sağlamalarını talep ederek yapabilir.

Model Kanun yabancı iflâs temsilcilerine, her bir tanıma devleti mahkemesinde kullanabileceği borçlunun malvarlığına yönelik işlemleri yürütmek için başvurma, borçluya ilişkin yerel iflâs usûlleri başlatma ve tanıma devletinde süren usûllere katılma imkânı vermektedir. Model Kanun iflâs temsilcisine bu imkânı verirken

tanıma devleti mahkemesine yabancı asli iflâs usûlü üzerinde kullanabileceği özel bir yetki tesis etmemektedir.

(a) Doğrudan Erişim

Model Kanun'un, yabancı iflâs temsilcilerinin rollerinin ve yetkilerinin belirlendiği 2. Bölümünde yer alan madde 9, yabancı iflâs temsilcilerinin, borçlunun yabancı ülkelerde bulunan malvarlığı unsurlarını da idare edebilmeleri maksadıyla “doğrudan erişim” yetkisi vermektedir. Söz konusu doğrudan erişim, yabancı iflâs temsilcilerine, sadece kendi ülkelerinde değil, aynı zamanda borçlunun malvarlığının bulunduğu diğer ülkelerde de iflâsla ilişkili işlemleri başlatma veya bu işlemlere katılma olanağı tanır.

İflâs idaresinin “doğrudan erişimi” çerçevesinde kullanacağı yetkiler, öncesinde yabancı yerde başlatılan iflâs usûlüne tanıma devleti mahkemesi tarafından tanınmasını gerekli kılabilir. *Massa Falida Do Ban Cruzeiro Do Sul S.A.* kararında ABD mahkemesi yabancı iflâs temsilcisinin taraf sıfatına sahip olduğunu,⁵³⁹ ancak bunun 17. Madde kapsamında yapılacak tanınmadan sonra gerçekleşebileceğini belirtmiştir.⁵⁴⁰ Karar, doğrudan erişim hakkının şarta bağlı niteliğini vurgulayarak, yabancı usûlün daha öncesinde tanınması gerekliliğinin altını çizmektedir⁵⁴¹. Öte yandan, doktrinde İngiltere bakımından, mahkemelere erişim hakkının kullanılabilmesi için yabancı iflâs usûlünün tanınması gibi bir zorunluluk olmadığı öne sürülmüştür.⁵⁴² Bu iddia özellikle *in rem* haklar bakımından tartışmaya sebep olabilecek, mahkemeler arasında ihtilafa neden olabilecek bir nitelik taşımaktadır⁵⁴³.

⁵³⁹ ABD hukukunda iflâs temsilcisinin (trustee) müflisin malvarlığına halef haline gelmesi hasebiyle ABD hukukunda temsilcinin taraf sıfatından bahsedilir. ABD hukukunda yabancı temsilcilere tanınan yetki, iç hukukta kayımlara tanınan yetkinin bir yansımasıdır. Alman hukukunda da halefiyet söz konusudur. Türk hukukunda ise tüzel kişiliği olmayan iflâs idaresinin dava takip yetkisinden bahsedilir

⁵⁴⁰ *Massa Falida do Ban Cruzeiro do Sul S.A.*, 567 B.R. 212 (Bankr. S.D.Fla. 2018)

⁵⁴¹ UNCITRAL, *Digest of Case Law*, s. 77

⁵⁴² Fletcher, *Insolvency in Private International Law*, s. 473.

⁵⁴³ Bkz. Hannan, *Cross-Border Insolvency*, s. 91-92

ABD'de yabancı bir iflâs temsilcisi, ABD'de bir iflâs usûlü başlatmadan, ABD'deki bir mahkemeden talepte bulunmadan veya ABD'de dava edilmeden önce yabancı iflâs usûlünün tanınması için başvuruda bulunmalıdır. Bununla birlikte, yabancı bir temsilci, borçlunun iflâsından önce, borçlunun uhdesinde olan bir alacağın talep edilmesi maksadıyla, şayet söz konusu talep, mahkemeler arasında nezaket “comity” veya işbirliğini “cooperation” gerektirmiyorsa, yabancı usûlün tanınması talebinde bulunmasına gerek yoktur. Bu durumda yabancı iflâs temsilcisinin davada taraf sıfatını (husumet) haiz olması yabancı usûlün tanınması önkoşulunu gerektirmemektedir⁵⁴⁴. ABD İflâs İstinaf Kurulu, *in Re Iida* meselesinde⁵⁴⁵ ABD İflâs Kanunu’nun 1509(f) maddesinin yabancı bir temsilcinin, bir iflâs mahkemesinden önceden izin veya tanıma gerekmeksizin borçluya ait bir alacağı tahsil etmek veya bir malî geri almak için hukuki işlem başlatmasına izin verdiğine karar vermiştir⁵⁴⁶. ABD İflâs Mahkemesi, *in Re Loy* kararında yerli iflas kayyımlarının yetkilerini düzenleyen 28 USC §959 hükmü, ABD’li kayyımları nasıl etkiliyorsa, 1509. kısımin da yabancı iflâs temsilcilerini aynı şekilde etkileyecek biçimde tasarlandığını belirtmiştir.⁵⁴⁷ Mezkur hüküm, yabancı iflâs temsilcilerine, kendilerini atayan mahkemeden önceden izin almalarına gerek kalmadan dava edilme hakkı ve yönettikleri borçluya ait malvarlığını, maliki veya zilyedi ile aynı yetkilerle yönetme ve işletme yükümlülüğü vermektedir.⁵⁴⁸ İflâs Kanunundaki bu kısım, mahkeme tarafından çıkarılacak emirlerin niteliğine ilişkin özel bir koşul getirmemektedir. Ancak, yabancı iflâs temsilcisinin yapılan talebi haklı çıkaracak ikna edici bir gerekçe sunması gerekmektedir.⁵⁴⁹

ABD iflâs mahkemesi, *Cozumel Caribe* meselesinde⁵⁵⁰, yine öncelikle yabancı iflâs usûlü tanındıktan sonra, ABD mahkemelerinin talep üzerine yabancı iflâs

⁵⁴⁴ 11 USC § 1509(f) (2012); Bkz. UNCITRAL, “Legislative Guide”, para. 99

⁵⁴⁵ *In Re Iida*, 377 BR 243, 257–8 (BAP, 9th Cir, 2007)

⁵⁴⁶ Hannan, **Cross-Border Insolvency**, ss.92-93

⁵⁴⁷ *Re Loy*, 380 BR 154, 165 n.2 (Bankr, ED Va, 2007).

⁵⁴⁸ 28 USC § 959: “(b) Aksi belirtilmedikçe, ABD mahkemelerinde derdest herhangi bir dava kapsamında atanan bir kayyım, [...], zilyet veya yönetici olarak elinde bulundurduğu malı, malın bulunduğu eyaletin geçerli yasalarının gerekliliklerine göre, malın sahibi veya zilyetinin yapmakla yükümlü olduğu şekilde yönetip işletecektir”

⁵⁴⁹ *CT Investment Management Co. LLC v Cozumel Caribe S.A de C.* 482 BR 96 (Bankr, SD NY, 2012).

⁵⁵⁰ *Cozumel Caribe, the US Bankruptcy: CT Investment Management Co. LLC v Cozumel Caribe S.A de C.* 482 BR 96 (Bankr, SD NY, 2012).

temsilcilerinin yetkilerini kabul etmesinin- ABD kamu düzenini ihlal etmediği sürece- zorunlu olduğunu belirtmiştir⁵⁵¹. Öte yandan, mahkeme, Model Kanun'un 9. maddesinin ABD İflâs Kanunu'ndaki yansıması olan 1509. maddesi, yabancı iflâs temsilcisine milletlerarası adli işbirliği güvencesi verip vermediği konusunda bir ayrıma gitmiştir. 1509. maddenin yabancı iflâs temsilcisine sadece doğrudan erişim için imkân sağladığını, adli işbirliğinin ayrıntılarına ilişkin hususların başka hükümler tarafından (1507, 1519, 1529, 1521, 1522) düzenlendiğini belirtmiştir.⁵⁵² Yine *in Re Vitro* kararında da "comity" teriminin kullanımının başka bir yargısal işlemin tanınması anlamına geldiği, "cooperation" teriminin ise çok daha geniş bir anlama işaret ettiğini belirtmiştir.⁵⁵³

ABD mahkemesinin anılan kararlarında da belirtildiği gibi yabancı mahkemelerin kararlarının tanınmasında "comity", nezaket ilkesi uygulanır. İlke gereği, tanıma devleti kendi hukuk sistemine bağlı kalmakla birlikte başka bir devletin hukuk sistemi lehine kendi yargı yetkisinden feragatte bulunmaktadır. Bu durum yabancı yargı yerine gösterdiği saygının sonucu olarak karşımıza çıkar. "Cooperation", işbirliği ise çok daha geniş bir kavramdır ve mahkemeler, idari organlar veya iflâs temsilcileri arasında gerçekleştirilecek aktif işbirliğini ima eder. Bu, farklı yargı yerleri arasında bilgi paylaşımını, yardımlaşmayı ve belki de en önemlisi uluslararası iflâs usûllerinde ortak bir yaklaşım geliştirmeyi içerebilir.

(b) Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Sınırı

Yabancı temsilci ve alacaklılarda, tanıma devleti mahkemesine yapacakları başvurunun, kendiliğinden mahkemenin tüm malvarlığı üzerinde yetki kurmasını tetiklemesi endişesi oluşabilir. Bu durum, başvurudan kaçınmalarına ve kolektif yabancı usûl yerine farklı hukuki çarelere yönelmelerine sebep olabilir ve uluslararası iflâs hukukunun amacı olan etkili bir milletlerarası işbirliği oluşturma çabalarını

⁵⁵¹ Cozumel Caribe, the US Bankruptcy: CT Investment Management Co. LLC v Cozumel Caribe S.A de C. 482 BR 96 (Bankr, SD NY, 2012).

⁵⁵² Cozumel Caribe, the US Bankruptcy: CT Investment Management Co. LLC v Cozumel Caribe S.A de C. 482 BR 96 (Bankr, SD NY, 2012).

⁵⁵³ Re Vitro SAB de CV, 701 F.3d 1031 (5th Cir, 2012).

olumsuz yönde etkileyebilir. Model Kanun'un 10. maddesi, yabancı iflâs temsilcilerinin ve alacaklıların bu tür endişelerini gidermek amacıyla getirilmiştir⁵⁵⁴.

Madde, yabancı iflâs temsilcilerine, tanıma için başvuruda bulunmalarının tek başına, tanıma devleti mahkemesinin borçlunun tüm malları üzerinde evrensel yetki iddia etmesi amacıyla kullanılamayacağına dair bir güvence hükmü getirmektedir. Aynı zamanda tanımanın yabancı usûlle ilgili olmayan konularda yabancı temsilciye eylem ve işlem gerçekleştirme yetkisi tesis etmediğini de teyit etmektedir. Yabancı iflâs temsilcisinin tanıma devletinin yetki alanına giren tedbir talepleri, o yer mahkemesinin getireceği şartlara tabi olacaktır.⁵⁵⁵

Burada tanıma devleti, esas usûlün görüldüğü yer mahkemesi lehine kendi yargı yetkisinden mutlak bir feragatte bulunmamaktadır. Sadece, tali usûlün görüleceği tanıma devleti mahkemesine erişimi anlamlı kılacak ölçüde temsilciye ve alacaklılara koruma sağlanması amaçlanmaktadır. Yabancı temsilci tarafından yürütülen hukuki işlemler nedeniyle kendisine sağlanan sınırlı yargı bağıışıklığının, tanıma devletinin ilgili hususlarda yargılamadan feragat etmesi anlamı taşıdığı *In re Lloyd* meselesinde⁵⁵⁶ ABD mahkemesi tarafından teyit edilmiştir. Öte yandan, yabancı temsilcinin kendi hukuka aykırı eylemleri, örneğin haksız fiil ya da güveni suiistimali, bu korumanın kapsamına girmez.⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ UNCITRAL, **Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**, para. 109

⁵⁵⁵ *In re SNP Boat Service SA*, 453 B.R. 446 (Bankr. S.D. Fla. 2011), ayrıca bkz. UNCITRAL, **Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**, para. 111

⁵⁵⁶ *In re Lloyd* (Les Mutuelles du Mans Assurances IARD, United Kingdom Branch) case No. 05-60100 (Bankr. S.D.N.Y. Dec. 7, 2005). Düzenlenen emrinde mahkeme: “başvuru sahibi, yapılandırma planı danışmanları, plan kompozisyonu veya bunların halefleri, aracıları, temsilcileri, danışmanları veya avukatlarının her biri tarafından sürdürülen yabancı usûl, düzenleme planı, veya burada başlatılan ve başka bir dava ile ilgili olarak veya bunlarla bağlantılı olarak hazırlanırken, dağıtılırken, başvurulurken, uygulanırken veya başka bir şekilde hareket edilirken gerçekleştirilen hiçbir eylem, bu emir veya görülen 15. Bölüm davası ya da karşı dava, bu kişilere 11 U.S.C.'nin 306. ve 1510. maddeleri kapsamında sağlanan yargı bağıışıklığından vazgeçildiği anlamını taşımaz.” açıklamasına yer vermiştir. (Bkz. UNCITRAL, **Digest of Case Law**, s. 30)

⁵⁵⁷ UNCITRAL, **Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**, para. 110

Birçok ülke⁵⁵⁸ Model Kanun'un 10. maddesini orijinal haliyle kabul etmiştir. ABD, Model Kanun'un 10. maddesini, içeriğini koruyacak biçimde kendi iç hukukuna göre tercüme etmiştir. Öte yandan, Kanada 10. maddeyi iç hukukuna aktarmamış buna yönelik herhangi bir açıklamada da bulunmamıştır. Maddenin aktarılmamasının sonucu olarak, yabancı asli usûlün tanınması maksadıyla yabancı temsilci tarafından başvuru yapılması durumunda, Kanada mahkemelerinin, yabancı temsilcinin idaresindeki malvarlığı üzerinde asli usûl iddiasında bulunma ihtimali doğmaktadır⁵⁵⁹. Model Kanun'un uluslararası bir metin olarak, milletlerarası adli işbirliğini amaçlayacak biçimde ve iyiniyetle yorumlanması gerektiğinin belirtildiği 8. maddenin de iç hukuka aktarılmamasının sonucu olarak Kanada'da, diğer Model Kanun uygulamalarının aksine, mahkemenin yabancı mallar ve borçlunun işleri üzerinde yargı yetkisi tesis etmesini engelleyecek başka bir iç hukuk koruması bulunmuyorsa, yabancı iflâs temsilcisi (yahut alacaklılar) bu maddeyle sağlanan korumaya başvuramayacaktır.

4.3. Uygulanacak Hukuka İlişkin Kurallar

4.3.1. Uluslararası İflâsta Lex Fori Concursus

Lex fori, yani “forumun hukuku” ilkesi, genellikle yabancılik unsuru barındıran bir davaya bakan mahkemenin hukukunun o dava için nasıl uygulanacağını belirleyen temel bir devletler özel hukuku ilkesidir.⁵⁶⁰ *Lex fori* ilkesine göre, bir davaya uygulanacak usûl hukuku genellikle davanın görüldüğü yerin kanunlarına (forumun hukukuna) tabi olur.⁵⁶¹ Bu durum usûl hukukunun kamu hukukunun bir parçası

⁵⁵⁸ Örn. Avustralya, Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık.

⁵⁵⁹ Hannan, **Cross-Border Insolvency**, s. 93-94

⁵⁶⁰ Özel, **Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun Lex Fori Esasına Göre Belirlenmesi**, s.963.

⁵⁶¹ Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figenmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 1. Baskı. İstanbul, Vedat, 2013. s.37 ve 511; Ziya Akıncı ve Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat, 2010. s.5; Çelikel ve Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.83.; Ekşi **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s.295.

olduğundan bahisle ilgili devletin egemenlik hakkının doğal bir sonucu olarak ele alınmaktadır.⁵⁶²

Lex fori concursus, bu ilkenin iflâs özelinde, alacaklıların topluca yer aldığı hukuki işlemlerde görünen özgün halidir. Uluslararası bir bağlamda, bir şirket ya da kişi birden fazla ülkede faaliyet gösterdiğinde ve iflâs ettiğinde, hangi ülkenin mahkemesinin ve hangi ülkenin hukukunun bu iflâs sürecini yöneteceği sorusu devreye girer. *Lex fori concursus* ilkesi uyarınca, iflâs dahilindeki usûller ve bunlarla ilişkili hukuki işlemler genellikle iflâs davasının açıldığı mahkemenin yer aldığı ülkenin hukukuna göre yürütülür.⁵⁶³

Bu başlık altında ilerleyen kısımlarda uluslararası iflâs hukukunun temel ilkelerinden biri olan *lex fori concursus* ilkesinin en kapsamlı düzenlemesine sahip olan AB İflâs Tüzüğü mercek altına alınacak ve bu ilkenin UNCITRAL Model Kanun Tasarısı'nda nasıl ele alındığına değinilecektir. İncelemenin odak noktası AB İflâs Tüzüğü olmakla birlikte, konu kapsamında UNCITRAL önerilerine de zaman zaman atıflarda bulunulacaktır.

AB İflâs Tüzüğü Başlangıç Hükümleri'nde, aksi belirtilmediği sürece, iflâs işlemlerinin başlaması, yürütülmesi ve sonlandırılmasına dair tüm aşama ve meselelerde *lex fori concursus*'un uygulanacağı düzenlenmektedir. Bu hukuki çerçeve, iflâs usûllerinin şekli ve maddi yönlerinin yanı sıra hukuki ilişkileri ve kişiler üzerindeki diğer tüm etkilerine dair uygulama alanı bulmaktadır. Asli, tali ve yerel usûller, Tüzük içinde açıkça belirlenen özel hukuki durumlar hariç, iflâs usûlünün ilk olarak başlatıldığı Üye Devlet'in kanunlarına tabidir. Buna ek olarak, Avrupa Birliği üyesi olan bir devlette tali veya yerel bir usûlün mevcut olmaması halinde, asli usûl başlatan yargının hukuku, iflâs usûlünün başlaması, işlemesi ve sonlandırılmasına ait tüm hukuki meseleleri genel olarak düzenleyeceği gibi, bu iflâs usûlünün diğer Üye

⁵⁶² Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 156; Ayrıca Bkz. Yuk.1.2

⁵⁶³ Vladimir Colovic, “*Lex Fori Concursus* as the Basic Rule in the International Bankruptcy”, *Strani Pravni Zivot*, 2016, no. 4, 2016, s.86

Devletler'deki hukuksal sonuçlarını da kontrol edebilecektir.⁵⁶⁴ Ayrıca, iflâs sürecinin başlatıldığı Üye Devlet Hukuku hem asli iflâs usûlleri hem de yabancı tali iflâs usûlleri için geçerli olmaktadır, bu durum kanunlar ihtilafı prensibine dayanmaktadır.

Aynı doğrultuda iflâsa dair bağlama kuralı, Tüzük'ün 7. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, Tüzük'te farklı bir hüküm bulunmadığı sürece hem asli hem de yabancı tali iflâs usûllerinin uygulanması ve etkilerinin belirlenmesinde hukuki çerçeveyi, iflâs sürecinin başlatıldığı ülkenin yani iflâs usûllerinin işlemeye başladığı Üye Devlet'in kanunları oluşturur (Tüzük m. 7(1)). Tüzük, iflâs sürecine uygulanacak yasal düzenlemeler açısından *lex fori concursus* prensibini benimsemiştir. Bu prensip, Tüzük'ün en önemli yönlerinden birisini teşkil etmektedir. Tüzük'ün 7(2) maddesinde *lex fori concursus*'un uygulama alan ve konuları listelenmektedir. Bu konular şu şekildedir:⁵⁶⁵

- a. Sıfatlarından (*capacity*) hareketle iflâsa tabi kişilerin belirlenmesi ve bu doğrultuda iflâs sürecinin hangi borçlulara karşı yürütüleceği;
- b. İflâs masasına giren mallar ve haklarla, iflâs davasının açılmasından sonra borçlu tarafından edinilen veya borçluya intikal eden malların ne şekilde değerlendirileceği;
- c. Borçlunun ve iflâs temsilcisinin birbirlerine karşı olan yetkileri;
- d. Takas uygulamasına hangi koşullar altında başvurulabileceği;
- e. İflâs işlemlerinin borçlunun taraf olduğu mevcut sözleşmeler üzerindeki etkileri;
- f. İflâs işlemlerinin, derdest davalar hariç olmak üzere, alacaklıların bireysel olarak başlattığı diğer işlemler üzerindeki etkileri;
- g. Borçlunun iflâs masasına karşı ileri sürülecek taleplerinin ve iflâs usûllerinin başlatılmasından sonra ortaya çıkan taleplerin ne şekilde ele alınacağı;
- h. Alacak taleplerinin sunulması, doğrulanması ve kabul edilmesine ilişkin kurallar;

⁵⁶⁴ Gülin Güneysu-Güngör, “Avrupa Topluluğu Âciz Usûlleri Tüzüğü”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni** Cilt:22, Sayı: 2, 2002, s.267.

⁵⁶⁵ 2015/848 AB İflâs Tüzüğü <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848>

- i. Mal varlıklarının paraya çevrilmesiyle kazanılan gelirlerin paylaşılmasına ilişkin kurallar.

Burada yer alan konuların burada sayılanlarla sınırlı olmadığını kabul etmek gerekmektedir.⁵⁶⁶ Başka bir deyişle buradaki konular örnek kabilinden sayılmış olup *numerus clausus* bir liste oluşturmamaktadır. Aksi bir yorum, Tüzük'ün benimsemiş olduğu uyarlanmış evrensellik ilkesinin genel mantığından -ve daha somut bir biçimde - *lex fori concursus* ilkesinin genel ilke olması, istisnaların ise sınırlı sayıda olarak düzenlenmiş olmasına aykırılık teşkil eder. Aşağıda da ayrıntılı olarak incelendiği gibi, Tüzük - uyarlanmış evrensellik yaklaşımı doğrultusunda - bir yandan *lex fori concursus* ile tüm AB sınırları içinde yeknesak bir iflâs usûl süreci kurmayı hedeflerken diğer yandan devletlerin ekonomik kamu düzenlerini korumaya yönelik olan ve egemenliklerinden kaynaklanan sınırlamaları istisnalar şeklinde sınırlı sayıda sıralamaktadır. (Tüzük md. 8-18)

Benzer bir yaklaşım, Uygulanacak Hukuka İlişkin UNCITRAL Model Kanun Tasarısı Hazırlık Raporunda (UNCITRAL Raporu) kendisini göstermektedir.⁵⁶⁷ Söz konusu raporda aksine bir istisna belirtilmediği sürece, uluslararası iflâs işlemlerinde uygulanacak olan hukukun *lex fori concursus* olduğunu açıkça dile getirmektedir. Ayrıca bu metinde AB İflâs Tüzüğü'nde sayılan konular aşağı yukarı benzer ifadelerle sıralandıktan sonra, ek olarak farklı örneklerle de yer vermektedir. Örneğin bu raporda yer alan taslakta, iflâs işlemlerinin başlatılma zamanını, hangi tür işlemlerin uygulanacağını, işlemi başlatma yetkisine sahip tarafı ve başlatma kriterlerinin iflâsın açıldığı ülke hukuku çerçevesinde hükme bağlanacağı düzenlenmektedir. Benzer bir şekilde yeniden yapılandırmaya ilişkin usûller, rehinli alacaklara yapılacak muamele, borçlunun hak ve borçları gibi iflâs usûlüne tabi olan tipik işlemler de bu liste içinde yer almaktadır. Son olarak tasarıda yer alan “bir iflâs işleminin sonucu olarak ortaya çıkan veya bu işlemle maddi açıdan ilişkili olan ilgili diğer işlemler” düzenlemesiyle

⁵⁶⁶ Güneysu-Güngör, *Avrupa Topluluğu Âciz Usûlleri Tüzüğü*, s.267.

⁵⁶⁷ UNCITRAL, *Applicable Law in Insolvency Proceedings: Note by the Secretariat Working Group V (Insolvency Law)*, Sixty-second session, UN Doc. [A/CN.9/WG. V/WP.187], April 17–20, 2023. s.12.

de bu listenin de *numerus clausus* olarak sayılmadığı şüpheyeye yer vermeyecek bir şekilde kayıt altına alınmıştır.⁵⁶⁸

Tüzük'ün 19 ve 32. maddelerinin birlikte okunmasının gösterdiği üzere; iflâs usulünü başlatan bir karar, bu Tüzük'te aksi belirtilmedikçe başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın, işlemlerin başlatıldığı Üye Devlet'in hukuku uyarınca diğer Üye Devletlerde de otomatik olarak aynı etkileri doğurur. Dolayısıyla *lex fori concursus* devletinde iflâsa dair alınan bir karar ya da verilen bir hüküm diğer Üye Devletlerde tanıma ve tenfizi kendiliğinden gerçekleşir.

Tüzük'ün *lex fori concursus* ilkesini temel alan 7. maddesi, yazılış tarzındaki belirsizlikler nedeniyle iki esaslı problemi içermektedir. Bu problemlerden birincisi, madde metninin farklı dillere çevirisinden kaynaklanan anlam farklılıklarıdır. Bu mevzu, Almanca metinde ifade edildiği şekliyle yalnızca 'Üye Devlet'in iflâs hukuku' (*das Insolvenzrecht des Mitgliedstaats*) kapsamında mı düşünüleceği, yoksa İngilizce, Fransızca ve Hollandaca dillerindeki metinlerde belirtilen şekliyle daha geniş bir "uygulanacak hukuk" bağlamında mı ele alınacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Söz konusu ilkenin "uygulanacak hukuk" olarak geniş çerçevede algılanması, düzenlemenin hedeflediği amaca daha etkin bir şekilde hizmet edebilir. Bu şekilde, iflâs usûlünün yürütüldüğü yerdeki ticaret hukukuna ait iflâsla ilgili düzenlemeler de *lex fori concursus* dahilinde incelenecektir. Özellikle, yöneticilerin iflâs durumunda üstlendikleri sorumluluklar gibi konular bu kapsamda ele alınacaktır.⁵⁶⁹

Tüzükte düzenlendiği şekliyle *lex fori concursus* ilkesiyle ilgili olarak ortaya çıkan ikinci soru, *lex fori concursus* ifadesinin kapsamına yöneliktir. Bu bağlamda bir ülkenin maddi iç hukuk kurallarına mı yoksa bu ülkenin milletlararası özel hukuk rejimine göre, bağlama kurallarını da içerecek şekilde mi anlaşılması gerektiği sorusu gündeme gelmektedir. Aslında bu durum, devletler özel hukukunda *renvoi* problemi olarak bilinir ve konuyla ilgili genel tartışmalar bağlamında ele alınmalıdır. Virgos-Schmidt Raporu'nda bu sorunun cevabı açık bir şekilde yer almaktadır. Rapor, ilgili devletin kanunlar ihtilafı kurallarının değil, asli iflâs usûllerinin yürütüldüğü devletin

⁵⁶⁸ UNCITRAL, *Applicable Law in Insolvency Proceedings*, s. 13.

⁵⁶⁹ Yeşilirmak, *Avrupa Birliği Âciz Usûlü Tüzüğü*, s.544.

yerel maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla bu tüzükte bahsi geçen “devletin hukuku” düzenlemeleri, genel atıf değil maddi hukuk atfıdır ve devletler özel hukuku rejimi bağlamındaki bağlama kurallarını değil, sadece iflâs hukukuna dair maddi hukuk kurallarını içerecek şekilde anlaşılmalıdır.⁵⁷⁰

4.3.2. Lex Fori Concursus'un İstisnaları

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da görülebileceği üzere AB İflâs Tüzüğü uluslararası unsurlar taşıyan iflâs işlemleri bakımından, iflâsın açıldığı ülkenin hukukunun (*lex fori concursus*) uygulanacağı hususunu temel kural olarak benimsemektedir. Öte yandan, Tüzük’ün Başlangıç Hükümleri’nde belirtildiği üzere; Üye Devletler’in “birbiriyle büyük ölçüde farklılık gösteren maddi hukuklarını” dikkate almak gerekmektedir. Dolayısıyla tüm Avrupa Birliği sınırları içinde evrensel bir iflâs usûlünün yürütülmesi pratik açıdan imkânsızdır. İflâs davaların açıldığı ‘Devletin hukukunun istisnasız olarak uygulanması, bu çerçevede, sıklıkla zorluklara yol açacaktır’. “Özellikle önemli haklar ve hukuki ilişkiler (örneğin ayni haklar ve iş sözleşmeleri) söz konusu olduğunda uygulanacak hukuka ilişkin özel kurallar öngörülmalıdır.” Bu çerçevede farklı ülkelerin özellikle alacaklılara tanınan imtiyazlara (*preferential rights*) ilişkin düzenlemelerin üye ülkeler arasında farklılıklar göstermesi nedeniyle bu tür bir istisna hükmüne ihtiyaç duyulduğu vurgulanmalıdır.⁵⁷¹

4.3.2.1. Üçüncü Kişilere Ait Olan Ayni Haklar

Bu istisna Tüzük’ün 8. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre bir Üye Devlette iflâs usûlünün başlatılması, işlemlerin başlatıldığı tarihte başka bir Üye Devletin topraklarında bulunan borçluya ait maddi veya gayri maddi, taşınır veya taşınmaz mallarla ilgili olarak başkaca alacaklıların veya üçüncü tarafların ayni haklarını etkilemez. Bahsedilen mallar bağımsız, ayrı unsurlar olarak bulunabileceği gibi, zamanla değişiklik gösteren malvarlığı toplulukları şeklinde de bulunabilirler.

⁵⁷⁰ Yeşilırmak, *Avrupa Birliği Âciz Usûlü Tüzüğü*, s.545.

⁵⁷¹ 2015/848 AB İflâs Tüzüğü Başlangıç Hükümleri para. 22.

Borcun ödenmemesi veya borçlunun iflâsı hâlinde alacaklının doğrudan ayni hak tesis edilen mallara başvurabilmesini sağlayacak bir teminat oluşturmak, alacaklının lehine ayni hak tanımlanmasının temel amaçları arasında yer almaktadır. Bu istisnanın göze çarpan en önemli amacı üçüncü kişiler açısından hukuki belirliliğin sağlanması ve ticari ilişkilerde güven unsurunun tesis edilmesidir. Görüldüğü kadarıyla bu kaygılar iflâsa tabi olan malların sınırlandırılması şeklinde istisnai bir sonuç meydana getirmektedir. Bu çerçevede bir ayni haktan bahsedebilmek için bir mal üzerindeki ayni hak, iflâs işlemlerinin başlamasından önce tesis edilmiş olmalı ve o mal, iflâs işlemlerinin yürütüldüğü ülkenin dışında bir AB Üye Devlet’inde bulunmalıdır. Bir mal üzerindeki ayni hakkın olup olmadığı, ne zaman ve nasıl oluşturulduğu konusunda, malın fiziksel olarak bulunduğu yerin kanunları yani *lex rei sitae* belirleyicidir. Alacaklı eğer malın bulunduğu ülkenin kanunlarına göre ayni haklara sahipse, bu haklar AB İflâs Tüzüğü'nün 8. maddesi gereğince korunur.⁵⁷²

8. maddenin 2. fıkrası istisnaya konu olan ayni hakları örnek kabilinden⁵⁷³ şu şekilde listelemektedir:

- a. Rehin veya ipotek yoluyla, malvarlıklarını elden çıkarma veya elden çıkarılmasını sağlama ve bu varlıkların gelirlerinden veya akarlarından bir getiri elde etme hakkı;
- b. Özellikle alacağa ilişkin bir rehin veya alacağın teminat yoluyla temlik ile garanti altına alınan bir hak olmak üzere, bir alacağın karşılanmasına ilişkin münhasır haklar;
- c. Hak sahibi tarafın iradesi olmaksızın malvarlığını elinde bulunduran veya kullanan kişiden malvarlığını talep etme ve/veya tazminini isteme hakkı;
- d. Malvarlıklarının getirdiği semerelerden yararlanmaya dair ayni haklar.

Bunlardan başka, resmi bir sicile kaydedilen ve üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebilen, 1. paragraf anlamında bir ayni hakkın elde edilebileceği herhangi bir hak da ayni hak olarak kabul edilmektedir. (Tüzük, md. 8(3)).

⁵⁷² Virgos-Schmidt Raporu para.140; Yeşilırmak, **Avrupa Birliği Âciz Usûlü Tüzüğü**, s.545.

⁵⁷³ “The rights referred to in paragraph 1 shall, **in particular**, mean”

4.3.2.2. Takas

Lex fori concursus ilkesinin bir diğer istisnasını takas teşkil etmektedir. Takas kurumu Tüzük tarafından iki ayrı yerde düzenlenmektedir. Bunlardan *lex fori concursus*’a dair genel kural hükmü niteliğinde olan 7. maddede yer almaktadır. Anılan maddenin 2. fıkrasının (d) bendi, takas şartlarının belirlenmesinin *lex fori concursus*’a tabi olduğunu düzenlemektedir. İkinci olarak Tüzük’ün 9. maddesi ise alacaklıların borçlunun alacaklarına karşı takas etme talep hakkını düzenlemektedir. Buna göre, “*iflâs işlemlerinin başlatılması, alacaklıların, iflâs eden borçlunun alacağı için geçerli olan kanun tarafından böyle bir takasa izin verilmesi halinde, alacaklılarının borçlunun alacaklarına karşı takas edilmesini talep etme hakkını etkilemez.*” (md 9(1). Tüzük’ün bu maddelerinden çıkarılabilecek sonuç, takas işlemleriyle ilgili olarak farklı bir kanunlar ihtilafı kuralının oluşturulduğudur.⁵⁷⁴ Eğer takas işlemi, iflâs işlemlerine uygulanacak hukuk (*lex fori concursus*) ya da borçlunun alacağının bağlı olduğu hukuk çerçevesinde gerçekleştirilebiliyorsa, bu işlem geçerli sayılacaktır.⁵⁷⁵

Tüzük’ün 7 ve 9. Maddelerinin birlikte okunması sonucunda takasa dair istisna hükmünün varlığına işaret etmektedir. Aslında *lex fori concursus*’un takasa izin vermesi hâlinde ortada bir sorun olmayacaktır. Burada takas talebinde bulunan tarafların Tüzük’ün 7(2-d) maddesine göre iflâsın açıldığı mahkemede takas talebini ileri sürmeleri yeterli olacaktır. 9. Madde *lex fori concursus*’un takasa izin vermediği durumlarda devreye girecektir.

4.3.2.3. Mülkiyeti Muhafaza Kayıtlı Satış Sözleşmeleri

Mülkiyeti muhafaza kaydı, satılan malın ödeme tamamlanana kadar satıcının mülkiyetinde kalmasını sağlayan bir satış anlaşması şartıdır. Çoğu AB üyesi devletin hukuk sisteminde, mülkiyeti muhafaza kaydına genel bir geçerlilik tanınmakta, fakat iflâs durumunda bu kaydın uygulanma biçimi ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Bu farklılıklardan kaynaklanabilecek belirsizlikleri önlemek adına, Tüzük’ün 10.

⁵⁷⁴ Yeşilırmak, *Avrupa Birliği Âciz Usûlü Tüzüğü*, s.553

⁵⁷⁵ Virgos-Schmidt Raporu, para. 108-110.

maddesi mülkiyeti muhafaza kaydı konusunda özel hükümler içermektedir.⁵⁷⁶ Bunlardan satıcıyla ilgili olan ilk fıkraya göre, bir malvarlığını satın alan kişiye karşı iflâs davası açılması, satıcının iflâs işlemlerinin başlatıldığı ülkeden başka bir ülkede bulunan mal üzerinde mülkiyeti muhafaza kaydına dayanan haklarını etkilemez.⁵⁷⁷ Bu düzenleme bir satış sözleşmesinde mülkiyeti muhafaza hakkını elinde bulunduran satıcı tarafı korumak amacıyla getirilmiştir. Bu bağlamda örneğin; eğer iflâs işleminin yürütüldüğü ülkenin hukukunda mülkiyeti muhafaza kaydının resmi sicilde tescil edilmesi zorunlu tutuluyor, ancak malın bulunduğu başka bir ülkenin hukuku bu tür bir sicil kaydını şart koşmuyorsa, o hâlde mülkiyeti muhafaza kaydı geçerliliğini koruyacaktır.⁵⁷⁸

10. Maddenin ikinci fıkrası ise mülkiyeti muhafaza kayıtlı bir sözleşmede satıcıya karşı iflâs usûllerinin başlatılması hallerini düzenlemektedir. Buna göre “bir malın teslim edilmesinden sonra malın satıcısına karşı iflâs davası açılması, satışın iptal edilmesi veya feshedilmesi için gerekçe teşkil etmez ve alıcının mülkiyeti edinmesini engellemez”. Bu hüküm satıcının iflâs etmesi durumunda alıcıyı korumakta ve alıcı lehine doğrudan uygulanacak bir maddi hukuk kuralı tesis etmektedir. Öte yandan, belirtmek gerekir ki bu maddede yer alan hak ve öncelikler, iflâstan mal kaçırma gibi iflâs alacaklıların aleyhine olan iddiaların gündeme gelmesi hâlinde Tüzük’ün 7(2-m) fıkrası uyarınca dava açma hakkını engellemektedir.

4.3.2.4. Konusunu Taşınmazlar Üzerindeki Hakların Teşkil Ettiği Sözleşmeler

Genel olarak, taşınmaz mallara yönelik sözleşmeler aynı zamanda kamu düzenini yakından ilgilendirdikleri için, mülkiyetin ve taşınmazın kullanımı üzerine yapılan sözleşmelerin, hukuki işlemlerin iflâs usûlü nedeniyle etkilenmemesi adına malın bulunduğu yer hukukunun öncelikli olması gerektiği kabul edilir. Bu tür sözleşmelerde sözleşmelerin zayıf tarafının korunması ve taşınmazlar üzerinde kamu çıkarından kaynaklanan sınırlama veya düzenlemeler gibi ulusal hukuki çerçeveler

⁵⁷⁶ Yeşilırmak, *Avrupa Birliği Âciz Usûlü Tüzüğü*, s 554.

⁵⁷⁷ Virgos-Schmidt Raporu, para. 112.

⁵⁷⁸ Yeşilırmak, *Avrupa Birliği Âciz Usûlü Tüzüğü*, s 554.

belirleyici olmaktadır. Dolayısıyla, bir yabancı devlette başlatılan iflâs sürecinin, taşınmazların bulunduğu yerdeki hukuki durum üzerinde öngörülemeyen etkiler yaratmasının engellenmesi ve menfaatlerin korunması amacıyla Tüzük, bu tür sözleşmeler için özel hükümler içermektedir. Bu çerçevede Tüzük’ün 11. maddesi “iflâs işlemlerinin taşınmaz mal edinme veya kullanma hakkı veren bir sözleşme üzerindeki etkileri yalnızca taşınmaz malın topraklarında bulunduğu Üye Devletin hukukuna tabi olacaktır” hükmüne yer vermektedir.⁵⁷⁹

Bu sayede, taşınmazın bulunduğu yerdeki menfaatler korunarak, herhangi bir olumsuz etki yaratmama adına yerinde bir düzenleme yapılmaktadır. Bu düzenleme, iflâs usûlünün, taşınmaz mallarla ilgili sözleşmeleri ve bu sözleşmelerle bağlantılı menfaatleri olumsuz etkilemesinin önüne geçerken, malın bulunduğu yerin hukukunun önceliğini tanımaktadır. Böylelikle, Tüzük’ün taşınmazların iktisabı veya kullanımına dair sözleşmeler konusunda getirdiği özel hüküm, ilgili malın bulunduğu yerdeki hukuki istikrarı ve kamu düzenini korumayı amaçlamaktadır.

4.3.2.5. Ödeme Sistemleri ve Finans Piyasalarına İlişkin İstisna

Tüzük 12. Maddesi uyarınca “iflâs işlemlerinin bir ödeme veya uzlaşma sisteminin veya bir malî piyasanın taraflarının hak ve yükümlülükleri üzerindeki etkileri yalnızca söz konusu sistem veya piyasa için geçerli olan Üye Devlet hukukuna tabi olacaktır”. Öte yandan, bu düzenlemenin 8. Maddede yer alan üçüncü kişilerin aynı haklarına olumsuz bir etkide bulunmayacağı da düzenlenmektedir. Bu kuralın temel amacı, iflâs gibi malî zorlukların etkilerinden ödeme sistemi ve finans piyasalarında yapılan yasal anlaşmaları korumaktır. Bu sayede, söz konusu finans kurumlarına duyulan güvenin muhafaza edilmesi ve sistemlerin düzgün çalışması hedeflenmektedir. Güven ve istikrar, ekonomik yaşamdaki en önemli faktörler arasında yer almaktadır. Bu nedenle devletin ekonomiyi koruma sorumluluğu çerçevesinde bu faktörlerin ve bunların bir sonucu olarak tahmin edilebilirliğin tesis edilmesi, en temel gerekliliklerden biridir. Yabancı ülkelerde açılan iflâs usûllerinin ödeme sistemleri ve finans piyasalarına müdahale etmesine izin verilmesi durumunda, bu tür bir etkinin devlet ekonomisi üzerinde çok büyük olumsuz etkiler yaratacağı

⁵⁷⁹ Virgos-Schmidt Raporu, para. 116.

şüphesizdir. Özellikle ödeme sistemleri ve finansal piyasalar, iflâs riskine karşı duyarlıdır; burada işlemler büyük hacimlerde gerçekleşir ve çok sayıda katılımcı yer alır. Bu durum söz konusu olması durumunda, eğer bir katılımcı ödeme yapamaz hale gelirse, bu durum onun alacaklılarının da ödemelerde bulunamamasına sebep olabilir ve böyle bir zincirleme tepkime, iflâs durumunun sistemin veya piyasanın diğer katılımcılarına domino etkisiyle yayılma riskini ortaya çıkarır. Ulusal hukuk sistemlerinde, katılımcılardan birinin ödeme zorluğu yaşamasına karşın sistemin işlemeye devam etmesini sağlayacak çeşitli mekanizmalar oluşturulmuştur. Bu mekanizmaların iflâs durumunda bile çalışıyor olması, sistemin güvenilirliği ve öngörülebilirliği bakımından kritik bir öneme sahiptir.⁵⁸⁰

Bu başlık altında ele alınan 12. madde hükmü yanında Tüzük'ün Başlangıç Hükümleri'nin 71. paragrafına da dikkat çekmek gerekir. Buna göre, ödeme sistemleri ve finans piyasaları söz konusu olduğunda, örneğin bu tür sistemlerde bulunan pozisyon kapama anlaşmaları ve netleştirme anlaşmalarının yanı sıra menkul kıymetlerin satışı ve özellikle 98/26/EC sayılı Direktif⁵⁸¹ tarafından yönetilen bu tür işlemler için sağlanan teminatlar ile ilgili olarak da özel bir korumaya ihtiyaç vardır. Bu tür işlemler için yetkili olan tek kanun, ilgili sistem veya piyasaya uygulanan kanun olmalıdır. Bu kanun, ödeme ve takas sistemlerinde veya Üye Devletlerin düzenlenmiş malî piyasalarında öngörülen işlemlerin ödenmesi ve uzlaştırılmasına yönelik mekanizmaların, bir iş ortağının iflâsı durumunda değiştirilmesi olasılığını önlemeyi amaçlamaktadır. 98/26/EC sayılı Direktif, bu Tüzükte belirtilen genel kurallara göre *lex specialis* durumundadır ve öncelikli uygulanması gereken özel hükümler içermektedir.⁵⁸²

4.3.2.6. İş Sözleşmeleri

Tüzük'ün 13. maddesi uyarınca iflâs sürecinin iş sözleşmelerine ve iş ilişkilerine olan etkisi, iş sözleşmesine uygulanmakta olan Üye Devlet'in hukukuna göre

⁵⁸⁰ Yeşilirmak, *Avrupa Birliği Âciz Usûlü Tüzüğü*, s.556.

⁵⁸¹ Ödeme ve Menkul Kıymet Takas ve Mutabakat Sistemleri'nde Nihai Mutabakata İlişkin 19 Mayıs 1998 tarihli ve 98/26/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi.

⁵⁸² AB 2015/848, İflâs Tüzüğü, Başlangıç Hükümleri, para. 71

belirlenir. Bir iş sözleşmesi hangi ülkenin hukukuna tabi ise, iflâs sürecinin iş sözleşmesi üzerindeki etkileri o hukuk sistemine göre belirlenecektir. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin bağlı olduğu ülke dışında başka bir Üye Devlet'te iflâs süreci başlatılsa dahi, sözleşmenin hukuki etkileri değişmez ve kendi ülkesinde iflâs ilan edilmiş gibi aynı kalır. 13. maddenin temel amacı, işçi ve işveren arasındaki hukuki ilişkilerde, ilgili üye ülkenin hukuku dışında herhangi bir yabancı hukuk düzeninin tesir etmesini engel olmaktadır. Bu şekilde, üye ülke hukukunun uygulanması teminat altına alınmaktadır. 13. madde kapsamında yer alan istisna hükümlerine göre, bir iş sözleşmesine uygulanan hukuk, iflâs sürecinin iş sözleşmesi üzerindeki etkilerini belirleyecektir. Bu, örneğin, iflâs temsilcisinin sözleşmeyi feshetme yetkisine sahip olup olmadığının bu hukuk çerçevesinde tespit edilmesi anlamına gelmektedir. Öte yandan, işçinin alacaklarının öncelikli olarak ele alınıp alınmayacağı, hangi sıra ve öncelikte ele alınacağı *lex fori concursus* tarafından hükme bağlanmaktadır.⁵⁸³

4.3.2.7. Tescile Tabi Olan Haklar

Tüzük'ün 14. maddesine göre iflâs işlemlerinin borçlunun resmi tescile tabi olan taşınmaz mallar, bir gemi veya bir hava taşıtı üzerindeki hakları üzerindeki etkileri, sicilin tutulduğu Üye Devletin hukuku tarafından belirlenir. Bu düzenlemenin iki temel amacı bulunmaktadır. İlk olarak, bir iflâs sürecinin başlaması durumunda, taşınmaz mallar, gemiler veya hava taşıtları gibi resmi sicillere kayıtlı varlıklar üzerindeki etkiler, sicilin bulunduğu Üye Devletin hukukunun öngördüğü şekilde sınırlı tutulur; bu durum sicilin olduğu yerin hukukunda iflâs nedeniyle oluşabilecek beklenmeyen veya farklı sonuçların önüne geçmeyi amaçlamaktadır. İkinci amaç ise, iflâsın sicilin tutulduğu ülkede veya başka bir ülkede açılmış olmasına bakılmaksızın, ticari ve hukuki kesinliği, yanı sıra sicil kayıtlarına duyulan güvenin aynı derecede korunmasını sağlamaktır.⁵⁸⁴

Belirtmek gerekir ki tescile tabi haklar söz konusu olduğunda *lex fori concursus* ile sicilin tutulduğu yerin hukuku bir arada uygulanır. *Lex fori concursus*, borçlunun sicillere kayıtlı hakları üzerinde iflâs sürecinin ne tür etkilere sahip olacağını ortaya

⁵⁸³ Yeşilirmak, *Avrupa Birliği Âciz Usûlü Tüzüğü*, s.558.

⁵⁸⁴ Virgos-Schmidt Raporu, para. 130-131.

koyar. Sicilin tutulduğu yerin hukuku ise, söz konusu etkilerin tanınabilir ve sicil kayıtlarına alınıp alınamayacağını ve eğer alınıyorsa, bu etkilerin sicil yeri hukukuna göre ne şekilde kaydedileceğini belirleyecektir.⁵⁸⁵

4.3.2.8. İptale Tabi Olan Borçlunun Zarar Verici İşlemleri

İflâs usûllerinde, borçlunun iflâsını ilanından önceki dönemde, alacaklıların aleyhine varlıklarını haksız yollarla ya da kötü niyetle azaltmasına yönelik işlemler sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Örneğin, bir borçlu, iflâs etme olasılığını bildiği halde, değerli bir mülkünü piyasa değerinin çok altında bir fiyata akrabasına satmak suretiyle, alacaklıların bu varlığa ulaşmasını engellemiş olur. Tüzük’ün 7(2-m) maddesi, borçlunun alacaklılara zarar verme niyetiyle yaptığı işlemlerin feshedilmesi için *lex fori concursus*’un uygulanacağını düzenlemektedir. Buna karşın, *safe harbour* “güvenli liman” maddesi olarak bilinen Tüzük’ün 16. maddesi, 7(2) maddesinin (m) bendini ele almakta ve iflâs sürecinde genel kural olarak kabul edilen *lex fori concursus* hükümlerine bir istisnanın ne zaman uygulanacağını belirtmektedir.⁵⁸⁶ Bu bağlamda, eğer tüm alacaklıların zararına bir fiilden yararlanan kişi, eylemin davanın açıldığı Devletin hukuku dışında bir Üye Devletin hukukuna tabi olduğunu ve söz konusu Üye Devletin hukukunun ilgili davada eyleme itiraz edilmesine imkân tanımadığını kanıtlayabilirse, 7(2) m bendi uyarınca *lex fori concursus* kuralı uygulanmaz.

Bu düzenleme, iflâs süreci başladığında, bir anlaşmanın ilgili hukuk normlarına uygun olduğunu düşünen kişilerin beklenmedik durumlarla karşılaşmamasını hedef alır. Yani temel amaç, bir sözleşmenin geçerliliği noktasında alacaklıların ve üçüncü kişilerin meşru beklentilerini tatmin etmektir. Bu koruma, yalnızca iflâs öncesinde yapılan tasarruflar için geçerlidir, çünkü iflâs açıldıktan sonra borçlunun varlıkları üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisi kalmaz. Bunun yanı sıra, üçüncü tarafların meşru beklentileri yalnızca Üye Devlet hukuku bağlamında kabul edilir; Üçüncü ülkelerin hukukuna dayanan talepler dinlenilmez.⁵⁸⁷ Burada kısaca *lex fori concursus*’un

⁵⁸⁵ Yeşilirmak, *Avrupa Birliği Âciz Usûlü Tüzüğü*, s.558.

⁵⁸⁶ Virgos-Schmidt Raporu, para. 138.

⁵⁸⁷ Yeşilirmak, *Avrupa Birliği Âciz Usûlü Tüzüğü*, s.562

istisnası olarak değerlendirdiğimiz mesele, ileride 5.2. başlığı altında daha detaylı olarak incelenmektedir.

4.3.2.9. İflâsın Derdest Dava ve Tahkim Yargılamalarına Etkileri

İflâs işlemlerinin başlamasından sonra tekil alacaklıların dava açmaları hâlinde iflâsın bu davalar üzerindeki etkileri *lex fori concursus*'a tabi olacaktır. Asli iflâs usûlü, alacaklıların diğer devletlerde borçlunun varlıkları üzerinde başlatmış oldukları takiplerinin durdurulmasına neden olabilir veya yeni takiplerinin açılmasını engelleyebilir. Ancak, bu kural derdest davalar için geçerli değildir (md.7(2)f). Bu istisna Tüzük'ün 18. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “İflâs işlemlerinin, borçlunun iflâs masasının bir parçasını oluşturan bir malvarlığı veya hakka ilişkin derdest bir dava veya derdest bir tahkim yargılaması üzerindeki etkileri, yalnızca söz konusu davanın derdest olduğu veya tahkim yeri bulunduğu Üye Devletin hukukuna tabi olacaktır.”⁵⁸⁸

Bu yasal düzenlemenin arkasındaki iki önemli sebep mevcuttur. Birincisi, iflâs usûlüne özgü olan kolektiflik ilkesi, henüz birel takipler başlamadığı için zarar görmeyecektir. İkinci sebep, davanın açılmasının akabinde, davanın görüldüğü ülkenin usûl hukukunun davayla güçlü bir ilişki içinde olacak olmasıdır. İlgili usûl hukuku, mahkeme işleyişinin devam edip etmeyeceğine, borçlunun malvarlığı üzerindeki haklarının ne ölçüde kısıtlanacağına ve tasfiye yetkilisinin devreye girip girmeyeceğine karar verme konularında belirleyici olacaktır.⁵⁸⁹

4.3.2.10. Üçüncü Kişilerin Kazanımlarının Korunması

Tüzük'ün 17. Maddesine göre borçlunun iflâs usûlünün açılmasından sonraki bir tarihte bir taşınmaz mal, resmî sicile tescili gerekli bir gemi, uçak veya tescile tabi haklar üzerinde yaptığı tasarrufların geçerliliğinin sorgulanması gündeme gelebilir. Böyle bir durumda, bu tür işlemlerin geçerliliği, işlem yapılan taşınmazın bulunduğu

⁵⁸⁸ Virgos-Schmidt Raporu, para. 142.

⁵⁸⁹ Yeşilırmak, *Avrupa Birliği Âciz Usûlü Tüzüğü*, s.562.

yerin hukukuna veya o gemi, uçak veya hakların tescilli olduğu Üye Devletin hukukuna göre belirlenir.⁵⁹⁰

AB Üye Devletleri'nin yasalarına göre, borçlu aleyhinde iflâs usûlünün açılması genellikle borçlunun mülkiyet üzerindeki yönetim ve tasarruf yetkilerinin bir ölçüde kısıtlanmasına yol açmaktadır. Bu yetkiler bir iflâs temsilcisine aktarılabileceği gibi ya da başka yollarla da sınırlanabilmektedir. Borçlu tarafından *lex fori concursus*'a aykırı olarak gerçekleştirilen tasarruf işlemleri, bu hukuka uygun şekilde otomatik olarak hükümsüz sayılabilir veya iflâs temsilcisi tarafından iptal edilmesi istenebilir. Ancak, bu türden bir geçersizlik hali, üçüncü kişilerin haklı beklentilerini olumsuz etkileyebilecek bir belirsizliğe sebep olabilir. Özellikle, üçüncü tarafın işlemin geçerliliğine olan güveni, bulundukları Devletteki resmi bir sicile dayanıyorsa, mesele üçüncü kişilerin çıkarlarını aşarak ilgili devletin hukuk ve ekonomik sisteminin istikrarı ve güvenilirliği sorununa dönüşecektir. Bu tür durumlarda, güven ilkesi ve üçüncü kişilerin korunması, özellikle işlemlerin şeffaflığı ve hukuki güvenliğin sağlanması önem taşımaktadır.⁵⁹¹ Tüzük'ün 17. Maddesinde düzenlenen bu istisna, iflâs hukuku kapsamında, bu kişilerin haklarının korunması hususuna verilen bir önemin sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

4.3.3. Kamu Düzeni İstisnası

Kamu düzeni, milletlerarası özel hukuk alanında, bir hukuk rejiminin en temel değer ve ilkelerini korumak adına kullanılan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kavram özellikle, yerel mahkemelerin, iflâs usûlleri gibi alacaklıların haklarını ilgilendiren meselelerde karşı karşıya kaldıkları yabancı hukuk normları ile iç hukuk normları arasında denge kurma sürecinde ön plana çıkmaktadır. Yabancı bir mahkemenin *lex fori concursus*, yani iflâs davasının görüldüğü yerin hukukunu uygulama prensibi, yerel mahkeme tarafından kabul edilmesi gereken bir genel kural olmakla birlikte, kamu düzeni istisnası ile sınırlanabilir. Yerel hukukun temel prensipleriyle çatışan bir yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen bu mekanizma, yerel mahkemenin, iflâs söz konusu olduğunda, sınırlı durumlarda kendi hukukunu

⁵⁹⁰ Virgos-Schmidt Raporu, para. 140.

⁵⁹¹ Yeşilirmak, *Avrupa Birliği Âciz Usûlü Tüzüğü*, s.560.

diğer ülke hukukuna tercih etme hakkını tanımaktadır. Ancak kamu düzeni müdahalesine başvurulurken yabancı hukukun reddi konusunda aşırıya kaçılmaması gerektiği de akıllardan çıkarılmamalıdır. Dolayısıyla kamu düzeni istisnasının genelde dar bir yorumla ele alınması, genel kabul gören görüştür. Bu bağlamda mahkemeler her bir vakıada, aktüel yerel kamu düzeninin maddi gereklerini dikkatli bir şekilde inceleyerek, adil ve objektif bir karar vermek durumundadır. Bu zemin üzerinde, yerel mahkemenin, yabancı bir iflâs kararının uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin kararını etkileyen temel yönler, adil yargılanma hakkı, mülkiyet haklarının korunması ve alacaklıların haklarının eşitliği gibi hukukun en temel ilkeleriyle yoğun bir şekilde bağlantılıdır.

Bu doğrultuda UNCITRAL taslak metni bu durumun altını çizerek, *lex fori concursus*'un bir istisnası olarak uygulanabilmesi için kamu düzenine aykırılığın *manifest*, “açık” olması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁹² *Agrokor* meselesinde İngiliz Asliye Mahkemesi “açıkça aykırılığı” yorumlarken, kamu düzenine aykırılığının bile tartışmalı olduğu bir hususun, “açıkça aykırılığından” bahsedilemeyeceğini belirtmiştir⁵⁹³. Bu yaklaşım kamu düzeninin istisnai niteliğinin ve mahkemelerin bu kriterin istisnai niteliğinin altını çizen milletlerarası özel hukuk ilkeleriyle de uyum içindedir.⁵⁹⁴

Bilindiği üzere, kamu düzeni kavramı ulusal hukuka dayanmakta olup devletten devlete farklılık gösterebileceğinden, bu kavramın tek tip bir tanımının yapılması mümkün değildir.⁵⁹⁵ UNCITRAL Model Kanun'da, bir kararın tanınması ve tenfizinin reddedilmesine ilişkin belirli gerekçelere yer verilmesinin yanı sıra, Model Kanun kapsamında alınabilecek herhangi bir tedbirin, kamu düzeninden kaynaklanan daha baskın gerekçeler bulunuyorsa, tedbirin hariç tutulması veya sınırlandırılması olasılığı da bulunmaktadır. Model Kanun'un 7. maddesine göre “*bu Kanun'da yer alan hiçbir*

⁵⁹² UNCITRAL, *Applicable Law in Insolvency Proceedings*, s. 11

⁵⁹³ Bkz. yukarıda 3.4.2.1; Re *Agrokor* DD [2017] EWHC 2791 (Ch) para. 109

⁵⁹⁴ Bu konuda Bkz.: Nihal Uluocak, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.s. 290; Altuğ, *Yargı Yetkisi*, s.123; Ekşi *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, s.297.

⁵⁹⁵ Hıfzı Timur, “Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Macmuası*, Cilt: 7, sy. 4, s.867.

hüküm, bir işlemin usûli adalete ilişkin temel ilkeler de dahil olmak üzere ilgili Devletin kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, mahkemelerin bu Kanun'a tabi bir işlemi yapmayı reddetmesine engel değildir.” Ancak kamu düzenine ilişkin istisnanın nadiren kullanılması beklenmektedir.⁵⁹⁶

Benzer bir şekilde, Uygulanacak Hukuka İlişkin UNCITRAL Model Kanun taslağının hükümleri uluslararası işbirliği konularıyla ilgili olduğundan, kamu düzeni kavramı ulusal politik tercihlerden daha sınırlı bir şekilde anlaşılmalıdır. Bu anlayış, taslak kanunda yer alan "açıkça" ifadesiyle ortaya konmaktadır. Buradaki amaç, kamu düzeni istisnasının dar ve kısıtlı bir şekilde yorumlanması ve uygulanması ve sadece tanıma devleti için temel öneme sahip, vazgeçilemez prensipleri ile ilgili istisnai durumlarda başvurulması gerektiğini vurgulamaktır. Dolayısıyla, kamu düzeni istisnasının gerek tasfiye işlemleri gerekse yeniden yapılandırma usûlleri bakımından ayırım gözetilmeksizin, her ikisinde de özenle ve dar bir çerçevede yorumlanması gerekir. Kamu düzeninin belirlenmesi, her bir somut olayda yabancı hukukun uygulanmasının sonuçlarının etkisiyle ilgili olarak yapılmalıdır. Kamu düzeni, yabancı kuralın somut dava olgularına uygulanarak devletin güvenlik veya egemenliğini tehlikeye atacak ya da adaletin temel ilkelerinden ciddi şekilde sapacak sonuçlar doğurması hâlinde devreye sokulması beklenir. Örneğin, bir devletin siyasi amaçlarla iflâs sürecini kullanması veya yasa dışı faaliyetleri meşru gösteren hukuk düzenlemelerine sahip olması, çevre ya da insan hakları gibi konuları açıkça ihlal etmesi durumlarında kamu düzeni kavramına başvurulması kaçınılmaz hale gelebilecektir.⁵⁹⁷

⁵⁹⁶ UNCITRAL, **UNCITRAL Model Law on Recognition and Enforcement of Insolvency-Related Judgments with Guide to Enactment**. Vienna: United Nations, 2019. <https://uncitral.un.org/en/library/publications>.

⁵⁹⁷ UNCITRAL, **Applicable Law in Insolvency Proceedings**, s.11.

5. ULUSLARARASI İFLÂSIN ÖZGÜN HUKUKİ SORUNLARI

5.1. Borçluya Ait Malvarlığının Tespiti ve İflâs El Koyması

Malvarlığının belirlenmesi, izinin sürülmesi ve bu mallara yönelik takipler neticesinde bunlara el koyulması, elektronik çağda malvarlığı unsurlarının farklı ülkelere kolaylıkla hareket etmesi ve farklı mahkemelerin yetki alanına girmesinin nispeten kolay olması nedeniyle oldukça zor bir hale gelmiştir. Sadece tek bir bilgisayar tuşu ile malvarlığı unsurları dakikalar içinde birden fazla devlet mahkemesinin milletlerarası yargı yetkisi arasında yer değiştirebilmekte ve bu da söz konusu malvarlığı unsurların geri kazanılmasında önemli zorluklar yaratmaktadır.⁵⁹⁸

Birçok ülkede, malvarlığının izlenmesi ve geri kazanılmasına olanak tanıyan düzenlemeler bulunsa da, bu mekanizmaların işlevselliği ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Uygulamadaki tutarsızlıklar, özellikle ivedi hareket edilmesini gerektiren iflâslarda problemlere sebep olabilmektedir. Malvarlığının izlenmesi ve geri kazanılması sorunu özellikle borçluların malî sıkıntı yaşadığı ve yükümlülüklerinin mevcut varlıklarının değerini aştığı durumlarda daha da ciddi bir hal almaktadır. Bir işletmenin veya grup şirketin uluslararası düzeyde ticari faaliyet göstermesi halinde, malvarlığı unsurlarını üçüncü ülkelere transfer etme olanakları daha fazla olmakta ve genellikle sınır aşan iflâslarda, birden fazla ülke, yetkili makam ve hukuk sisteminin dahil olması sebebiyle izlenmesi ve iflâs masasına dahil edilmesi karmaşık bir hal alabilmekte, hukuk ihtilafları ve uygulama sorunları ortaya çıkmaktadır. Uluslararası alanda malvarlığı takibi ve geri kazanımı konusunda ortaklaşmış bir yasal çerçevenin olmaması önemli bir eksikliktir. Gerçekten de malvarlığının takibi/izlenmesi ve geri kazanımına dair uluslararası çerçevede bir hukuki çerçevesinin geliştirilmesi acil bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır. İflâs

⁵⁹⁸ Janis Sarra, Stephan Madaus, ve Irit Mevorach. “Chasing Assets Abroad: Ideas for More Effective Asset Tracing and Recovery in Insolvency”, **International Insolvency Review** C. 32, S. 2, 2023, ss. 253-288, doi:[10.1002/iir.1499](https://doi.org/10.1002/iir.1499) s.254

sürecinin başlaması ve bu süreçte malvarlığının takip edilip geri kazanılmasının en kritik yönü, alacaklılar ve ilgili diğer taraflar için olabilecek en yüksek geri dönüşü sağlamak amacıyla borçlunun malvarlığının değerinin korunmasıdır. Bu bağlamda ve anılan amaçlar doğrultusunda, farklı ülkelerde çok sayıda farklı mekanizma buunması sebebiyle, sınır aşan iflâslarda tanıma ve işbirliğinin nasıl geliştirileceği noktası önem taşımaktadır.

Bu mekanizmaların üç temel ortak görünümü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, malvarlığının yerini tespit etmek için bilgiye erişimin kolaylaştırılmasına yönelik mekanizma ve usûlleri kapsamaktadır. Diğerleri ise masaya girebilecek malvarlığının gizlenmesi veya kaybolması riski olduğu durumlarda malvarlığı devirlerini veya elden çıkarmaya yönelik tasarrufların geçici olarak durdurulmasına yönelik işlemlerdir. Son olarak, alacaklıların geneline zarar verme kastıyla yapılan muvazaalı⁵⁹⁹ işlemleri, malvarlığını gizleme amacı taşıyan işlemleri ya da hukuka aykırı devirleri engellemek ve söz konusu malvarlığı unsurlarının değerlerini paraya çevirmeye yönelik işlemler bulunmaktadır. Bu üç ana başlık altında ortaklaşabilecek mekanizma ve işlemler farklı hukuk sistemlerinde “emirname” (*orders*) “düzenleme” (*provisions*) ve “tedbir” (*measures*) gibi farklı terimlerle adlandırılmaktadır. Bu bağlamda, malvarlığının izlerinin sürülmesi ve iadesinin sağlanması için üç temel sınır aşan iflâs hukuku meselesi bulunmaktadır. Bunlar, (1) bilgiye erişim ve bu konuya yönelik gerekli karar ve tedbirlerin alınması, (2) malvarlığına ilişkin tasarrufların veya devirlerin geçici olarak kısıtlanması ve (3) iflâs masası dışına ve başka bir hukuk alanına aktarılan malvarlığının geri alınmasına yönelik tedbirlerdir.⁶⁰⁰

⁵⁹⁹ Türk doktrinde muvazaalı işlemlere karşı iptal davası açılıp açılmayacağı konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır. Doktrinde bir görüş muvazaalı işlemlerin geçersiz olmaları hasebiyle iptal davasına konu olamayacağını belirtirken (Erdönmez, **Tasarrufun İptali**, ss.36-37) diğer görüş, borçlunun alacaklılara zarar verme kastıyla yaptığı tasarrufların, maddi hukukta öngörülen hükümsüzlük yaptırımının yanı sıra, tasarrufun iptali davasının da geniş bir uygulama alanına kavuşması gerektiğini savunmaktadır (Uyar T./Uyar A./Uyar,C., **Tasarrufun İptali Davaları** ss. 37-38; Akkaya, **Muvazaalı Tasarruflar**, s. 675’den aktaran Erdönmez, **Tasarrufun İptali**, ss. 36-37). Bu görüşü savunanlar, borçlunun alacaklılara zarar veren tasarruflarının, muvazaalı olsun ya da olmasın, iptal davasına konu olabilmesi gerektiğini, aksi takdirde İcra ve İflâs Kanunu’nun tasarrufun iptali davasını düzenleyen hükümlerinin anlamını yitireceğini ileri sürmektedir. Bu çerçevede, alacaklılara TBK md. 19 hükmüne dayanarak dava açma veya tasarrufun iptal davası açma arasında bir seçimlik hak tanınması önerilmektedir. (Bkz. Erdönmez, **Tasarrufun İptali**, s.35; yazar bu öneriye katılmamaktadır.) Yargıtay uygulaması, muvazaa iddiasında bulunulan davaları Borçlar Kanunu madde 19 hükmüne göre açılmış olarak kabul ederken, İcra ve İflâs Kanunu madde 283/II hükmünün kıyasen uygulanması yönündedir (Yargıtay 15. HD, 4.2.1991, 23/386, www.e-uyar.com).

⁶⁰⁰ Sarra, Madaus ve Mevorach, **Chasing Assets Abroad**, ss. 255-256

5.1.1. Bilgiye Erişim ve Buna Yönelik Gerekli Karar ve Tedbirlerin Alınması

Bir iflâs davasının derdest olduğu mahkeme nezdinde talep edilen bilgilendirmeye yönelik tedbirler; borçlunun malvarlığı, işleri, hakları, yükümlülükleri veya borçları ile ilgili kayıtların üretilmesi veya bilgilerin teslim edilmesinin sağlanmasını içerebilir. Bu tür talepler ayrıca, borçlunun mallarının, yükümlülüklerinin ve geçmiş işlemlerinin değeri ve yeri hakkında bilgi edinmek için borçlunun veya konuyla ilgili herhangi bir üçüncü tarafın soruşturulmasını da içerebilir. Bu tür soruşturma işlemlerinin borçlunun veya birlikte çıkarı olan üçüncü kişilerin iflâstan mal kaçırmasının önlenmesi ya da bu tür eylemlerin cezalandırılması gibi hedeflere hizmet etmektedir.⁶⁰¹

Borçlunun uhdesindeki bilgiler açısından: Borçlu iflâs hukukunun genel mantığı gereği zaten gerekli bilgileri yetkili makamlara vermek zorundadır. Bir ülkedeki iflâs kanunları uyarınca bir borçlunun malvarlığı hakkında eksiksiz bilgi vermesi ve malvarlığının geri alınmasına yardımcı olması hâlinde bilgiye erişimle ilgili bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Ancak, hile veya kayıtların kötü tutulması durumlarında, borçlunun kayıtlarını değerlendirecek mekanizmalara ihtiyaç vardır. Bu değerlendirmenin hangi hukuka göre yapılacağı meselesinin de değerlendirilmesi gerekir.

Ticaret defterleri, kişisel belgeler ve kayıtlar, bir borç senedine⁶⁰² alacaklı tarafından yazılan ve borcun ödendiğine işaret eden ifadeler gibi konular, bazı zorluklara yol açabilmektedir. Bu meseleler her ne kadar genel olarak tüm kayıtlar için geçerli olsa da, ticari defterler açısından özellikle pratik bir öneme sahiptir.

⁶⁰¹ Sarra, Madaus ve Mevorach, *Chasing Assets Abroad*, ss. 256-257

⁶⁰² Bir eşyanın veya bir hakkın senette tecessüm edip etmediği (soyutluk ilkesi), yani kıymetli evrakin meydana gelişini, devredilmesini, muhtevasını, fonksiyonlarını, hangi işlemlere konu olabileceğini ve sona eriş sebeplerini kıymetli evrak statüsü belirlerken, bir hakkın senede bağlanıp bağlanamayacağı, o hakka ilişkin yapılan senedin kıymetli evrak olup olmadığı (sebebe bağlılık ilkesi), senetle tecessüm eden hakkın tabi olduğu hukuka göre yani hak statüsüne göre tayin edilecek, yine eşyanın devredilip senedin devredilmediği durumlarda eşyanın mülkiyetinin geçip geçmediği *lex rei sitae*'ye göre belirlenecektir. (Gülören Tekinalp ve Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları*, 11. Bası, Vedat, İstanbul, 2011, s. 487)

Ticari defterler hakkında doktrinde çoğu yazar, ticaret defterlerinin delil olarak kullanılmasının kabul edilmesi ve bu defterlerin delil olarak ne derece güçlü olduklarının, yani ispat gücünün belirlenmesi konusunda aynı hukukun karar vermesi gerektiğini belirtmektedir.⁶⁰³ Her durumda aynı hukukun uygulanmasını savunanlar arasında, bazı yazarlar defterin tutulduğu yer hukukunun yetkisini,⁶⁰⁴ diğerleri ise sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun yetkisini⁶⁰⁵ öne çıkarmışlardır. Bunu dışında her durumun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır.⁶⁰⁶

Weiss'e göre Ticaret defterlerinin hukuki işlemlerde delil olarak kullanılabilirliği, bu işlemlerin tabi olduğu kanuna bağlıdır. Ayrıca, bu defterlerin ispat gücü (delil olarak kabul edilebilirlik derecesi), tacirlerin defterlerini tuttuğu ülkenin kanunlarına göre belirlenir. Tarafların, bu kayıtları nasıl kullanacakları ise *lex fori* 'ye tâbi olacaktır.⁶⁰⁷

Despagnet'ye göre, başlangıçta, defterlerin nasıl tutulacağı, formatları, maddi değerleri, onaylanmaları, sunulma veya teslim edilme şekilleri gibi konular defterlerin düzenlendiği ülkenin kanunlarına tabi olmalıdır. Ancak, ticaret defterlerinin delil olarak ne ölçüde geçerli olduğunu belirlemek için, sadece bunların düzenlendiği yerin kanunlarına veya *lex fori*'ye başvurmak yeterli değildir. Genel kabul gören görüşe göre, bir anlaşmanın ispatı için başvurulması gereken hukuk, o anlaşmanın yapıldığı yerin hukukudur. Bu bağlamda, ticaret defterlerinin delil olarak kullanılmasında, taraflar arasında eşit bir durum sağlayan hukuk, o anlaşmanın yapıldığı yerin yerel kanunu olacaktır.⁶⁰⁸

⁶⁰³ Bkz birçokları arasında Ergin Nomer ve Cemal Şanlı, **Devletler Hususî Hukuku**, Yenilenmiş 18. bası, İstanbul: Beta, 2010, s.370 vd.; Tekinalp ve Uyanık, **Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları**, s. 115, 297; Çelikel ve Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 452 vd.; Şanlı, Esen ve Ataman-Figenmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 410 vd.

⁶⁰⁴ M.R. Seviğ; Felix ve Laurent'in bu görüşü savunduğunu belirtmektedir. bkz. Seviğ M.R., **T.C. Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin Sentezi**, s. 137

⁶⁰⁵ M.R. Seviğ; Asser, Rivier ve Albéric Kolin'in bu görüşü savunduğunu belirtmektedir (bkz. a. yer).

⁶⁰⁶ M.R. Seviğ; Weiss, V. Bar, Surville, Lyon-Caen ve Renault'nun bu görüşü savunduğunu belirtmektedir (bkz. Seviğ M.R., **T.C. Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin Sentezi**, s. 137).

⁶⁰⁷ Seviğ M.R., **T.C. Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin Sentezi**, s. 138.

⁶⁰⁸ Seviğ M.R., **T.C. Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin Sentezi**, s. 138.

Defter tutma zorunluluğu, kamu düzenine ilişkin bir kuraldır. Bu zorunluluk, ticaret yaptıkları ülkenin kanunlarına göre tacir olarak kabul edilen kişilere, vatandaşlık farkı gözetmeksizin ve ticaretlerinin merkezinin orada olup olmadığına bakılmaksızın uygulanır. Genel düzeni koruma amacıyla, o ülkede ticaret yapan her kişiye, yerel kanunlar kendi takdirleri doğrultusunda defter tutma görevi yükler.⁶⁰⁹

Defterlerin sunulması veya teslim edilmesi gerektiğine karar vermek için üç yöntem vardır: İlk olarak, tacirlerin iş merkezinin bulunduğu ülkenin kanunlarına başvurulabilir. İkinci olarak, hukuki işlemi temel alan ve o işlemin tabi olduğu kanunlara başvurulabilir. Üçüncü ve en uygun yöntem ise, işlemin gerçekleştiği yerin kanunlarına başvurmaktır. Bu son yöntemde bir işlemin defterlerin sunulması veya teslim edilmesi tarihiyle nasıl kanıtlanacağını bilmek gereklidir. Bu durumda, kanıtı gerektiren işlemin gerçekleştiği yerin hukuku uygulanacaktır. Pratikte, yabancı bir ülkede bulunan defterlerin onaylı bir kopyası ile işlem yapmak, bu sürecin getirdiği zorlukları gidermek için yeterlidir. Türkiye, Almanya gibi birçok ülkede, atanmış iflâs uzmanlarının, kanunun gereği olarak borçlunun tüm defter ve hesaplarına erişimine izin verilmektedir.⁶¹⁰

Üçüncü kişi ve tarafların uhdesindeki bilgiler açısından: İflâs sürecinde olan bir borçlunun malvarlığının olup olmadığına ve nerede bulunduğuyla ilişkin ilgili bilgiler çoğu zaman üçüncü tarafların kayıtlarında veya bilgisi dahilinde olabilmektedir. Bu tür bilgi kaynaklarına erişim haklarıyla ilgili olarak yargı sistemleri arasında farklılıklar görülmektedir. Örneğin Almanya'da söz konusu bilgileri açıklamakla yükümlü olanlar sadece borçlu şirketin yöneticileri ile çalışanlarından ibarettir. Buna karşın İngiltere'de, bankalardan, muhasebecilerden ve malî danışmanlardan açıklama ve bilgi almak için ilk safhalarda bir mahkeme emri talebinde bulunulabilir.⁶¹¹

Bazı ülkelerde, görevli iflâs temsilcileri, delillerin borçlu veya iflâsa karışan başka bir tarafça gizlenmesi veya imha edilmesi riskinin bulunduğu durumlarda, mahkemeden arama izni talep edebilmektedir. Kolluk kuvvetleri olmaksızın sivil bir

⁶⁰⁹ Seviğ M.R., **T.C. Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin Sentezi**, s. 138.

⁶¹⁰ Seviğ M.R., **T.C. Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin Sentezi**, s. 138.

⁶¹¹ Sarra, Madaus ve Mevorach, **Chasing Assets Abroad**, ss. 256-257.

görevli tarafından gerçekleştirilebilen bu tür emirlerin talebi esnasında mahkemede tarafların dinlenilmesine de gerek yoktur. Örneğin, ABD’de mahkemeler, kendi yargı bölgesinde bulunan malvarlıkları hakkında ya da iflâstan evvel belirli bir dönemde kendi yargı alanından ‘gelip geçen’ malvarlıkları hakkında yabancı temsilcinin bilgi taleplerini onaylama yetkisine sahiptir.⁶¹²

5.1.2. Malvarlığına İlişkin Tasarrufların veya Devirlerin Geçici Olarak Kısıtlanması

Malvarlığının elden çıkarılmasını veya devrini kısıtlayan dondurma tedbirleri ve diğer önlemler malvarlığının takibi ve geri kazanımının temelini oluşturmaktadır. Bu genellikle “dondurma kararları” (*freezing*) olarak adlandırılan ve yabancı hukuk alanında kalan malvarlığının devri, satışı veya elden çıkarılması üzerinde geçici kısıtlama elde etme yetkisi ile sağlanır. Avrupa Birliği, bu tür hukuki sorunlarda etkin ve verimli çözümler sunma konusunda önemli bir katkı sağlamaktadır. Avrupa Birliği’nde, AB İflâs Tüzüğü 19(1) ve 20(1) maddeleri, bir Üye Devlette asli iflâs işlemlerinin başlatılması nedeniyle bu dondurmanın gerçekleşmesi halinde, Birlik çapında bir durdurmanın otomatik olarak uygulanmasını güvence altına almaktadır.⁶¹³

5.1.3. Yabancı Hukuk Alanına Aktarılan Masa Mallarının Geri Alınması

İlgili iflâs işlemlerinin, yabancı bir mahkeme tarafından yabancı asli işlem olarak tanınabilecek bir ülkede başlatılmış olması halinde, malvarlığının geri alınması ve paraya çevrilmesi daha kolaydır. Bu da ancak sınır aşan iflâs konusunda yerleşik bir hukuki çerçevenin bulunması hâlinde mümkündür. Örneğin Avrupa Birliği içerisinde, medeni ve ticari konulardaki kararların sınır aşan tanınması AB Yargı Tüzüğü ile desteklenmektedir. İflâs işlemlerine ilişkin kararlar AB İflâs Tüzüğü kapsamındadır. Tüzük’ün 21. maddesi uyarınca, AB asli iflâs usulünün, iflâs uygulayıcısı, herhangi bir destekleyici mahkeme kararı olmaksızın borçlunun varlıklarını bulundukları Üye Devlet topraklarından asli davanın görüldüğü Üye Devlete geri götürebilmektedir. İptale konu zarar verici işlem iddialarına istinaden malvarlığının iadesine hükmedilen

⁶¹² Sarra, Madaus ve Mevorach, *Chasing Assets Abroad*, s. 259.

⁶¹³ Sarra, Madaus ve Mevorach, *Chasing Assets Abroad*, s. 260.

kararlar, Tüzük'ün 32(1) maddesi uyarınca başka bir AB Üye Devletinde otomatik olarak icra edilebilir.⁶¹⁴

Sınıraşan iflâsa ilişkin UNCITRAL model kanunu uygulamada büyük ölçüde borçluya ait malvarlığının tespiti ve iadesi amacıyla kullanılmıştır. Bu çerçevede, UNCITRAL Model Kanunu, özellikle İngiltere ve ABD gibi büyük ekonomilerin kendi hukuk sistemlerine dahil ettikleri 2000'li yılların ortalarından itibaren iflâs uygulamalarında sıklıkla başvurulmuş bir kanun olmuştur. Bu ülkelerde yabancı usulün tanınması mahkemeler tarafından doğal olarak kabul edilmiş ve malvarlığının korunması, muhafazası, izinin sürülmesi ve geri alınmasını desteklemek de dahil olmak üzere bir dizi ihtiyari tedbir kararı verilmiştir. Örneğin, *Swissair* meselesinde⁶¹⁵ İngiliz Mahkemesi, malvarlığının İsviçre hukuku uyarınca dağıtılması için burada kurulacak masaya girmesi gereken malvarlığı unsurlarını İsviçre'deki yargı mercilerine devretmiştir. *Akers v. SAAD* meselesinde⁶¹⁶ Avustralya Mahkemesi Cayman Adaları'ndaki yabancı davaları tanımış ve borçlunun Avustralya'da bulunan tüm varlıklarının dağıtımını yabancı iflâs temsilcilerin idaresine vermiştir. Mahkemeler, başka davalarda, maddi birleştirme (grup şirketlerinin varlıklarının / borçlarının bir havuzda toplanması) talepleri gibi⁶¹⁷ yabancı kararları uygulamak veya yabancı iflâs kararların tanıma devletindeki icrasını ertelemek ya da uygulanacak hukuka karar vermek gibi amaçlarla UNCITRAL Model Kanun'unu uygulamıştır.⁶¹⁸ Bu konuda önemli bir örnek *Condor*⁶¹⁹ kararıdır. 2007 yılında St. Kitts & Nevis'te faaliyet gösteren Condor Insurance Limited'in iflâsı açılmış sonrasında bu iflâsın ABD'de tanınması için başvuruda bulunulmuştur. Condor Insurance'ın tasfiye görevlileri daha sonra Condor Insurance tarafından ABD'ndeki bağlı kuruluşuna hileli yapıldığı iddia edilen devir hakkında St. Kitts & Nevis hukuku uyarınca ABD'nde bir iptal davası açmışlardır. ABD Mahkemesi, hileli bir şekilde ABD'ye devredilen edilen bazı malların iadesi için bu davada doğrudan St. Kitt and Nevis hukukunu

⁶¹⁴ Sarra, Madaus ve Mevorach, *Chasing Assets Abroad*, s. 261.

⁶¹⁵ In re Swissair [2009] EWHC 2099 (Ch) (UK)

⁶¹⁶ Akers v SAAD Investments Company Ltd [2010] FCA 1121

⁶¹⁷ Bkz. yukarıda 4.2.1'de *Agrokor* kararı incelemesi

⁶¹⁸ Sarra, Madaus ve Mevorach, *Chasing Assets Abroad*, s. 267

⁶¹⁹ Fogerty v Petroquest Resources, Inc. (In re Condor Ins. Ltd.), 601 F.3d 319, 325 (5th Cir. 2010)

uygulamıştır.⁶²⁰ Mahkeme kararında “*yabancı kaçınma (avoidance) hukukunun uygulanması [...] mahkemenin ayrı bir iflâs masası oluşturması gerekmediğinden yapılacak hukuk seçimine dair daha az endişe doğurur*” demiştir.⁶²¹

5.2. Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali

Üçüncü şahıslara devredilen malvarlıkları, İngilizce literatürde *avoidance* “kaçınma” olarak anılan ve buna yönelik geliştirilen hukuk kuralları kapsamında geriye dönük olarak incelenebilmektedir. Kaçınma işlemi ve bunun önlenmesi, para veya diğer malvarlığı unsurlarının geri alınmasına yardımcı olmak üzere düzenlenmiştir. “Kaçınma”, borçlunun malvarlığı değerini azaltarak ya da malvarlığını alacaklıların erişimine kapatarak, kaçırarak, alacaklıların haklarını karşılamak için borçlunun borçlarını ödemesini zorlaştıran veya imkansız kılan eylemleri tanımlamak için kullanılan bir terimdir. Bu, borçlunun malvarlığını haksız yollarla devretmesi, saklaması veya değerini düşürmesi gibi alacaklıların alacaklarını tahsil etmesini engelleyen eylemleri kapsar. Borçlunun zarar verici işlemlerini kazuistik olarak saymak mümkün değildir. Zira böylesi bir yöntem iptal talebinin alanını büyük ölçüde daraltacaktır.⁶²² Zarar verici işlem, borçlu ile müşterek menfaatleri olan bir tarafa yapılan bir bağış veya piyasa değerinin altında bir satış olabilir. Benzer işlemler alacaklılardan birinin kayırılması amacıyla da gerçekleştirilmiş olabilir.⁶²³ Farklı ülkelerde bu tür eylemler “kaçınma”, “değerinin altında bir fiyatla devir”, “yeniden değerlendirilmesi gereken işlemler”, gibi kavramlarla adlandırılmaktadır.⁶²⁴ Bu işlemler genel olarak alacaklılara alacaklarını takip yoluyla icra etme imkanını akamete uğrattıkları için iptali talep edilmekte ve oluşan zararın ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır.⁶²⁵ Türk hukukunda *zarar verme*

⁶²⁰ Segal Schorr, “Avoidance Actions Under Chapter 15: Was Condor Correct?”, **Fordham International Law Journal**, Cilt 35, Sayı 1, 2016, s. 352.

⁶²¹ Fogerty v Petroquest Resources, Inc. (In re Condor Ins. Ltd.), 601 F.3d 319, 325 (5th Cir. 2010), para. 327 (Bkz. UNCITRAL, **Digest of Case Law**, s. 77)

⁶²² Güray Erdönmez, **Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali**, 1. baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 2 (Tasarrufun İptali)

⁶²³ Linna, **Actio Pauliana - Actio Europensis?**, ss. 69-87.

⁶²⁴ Sarra, Madaus ve Mevorach, **Chasing Assets Abroad**, s. 261.

⁶²⁵ Erdönmez, **Tasarrufun İptali**, s. 5

*kastından dolayı iptal*⁶²⁶ ya da yaygın kabulde *tasarrufun iptali davası* ya da kısaca *iptal davası* olarak anılan müessese, yabancı doktrinde, borçlunun hareketlerinden yola çıkılarak *detrimental act*, zarar verici işlem olarak anılmakta ve bu işlemlerin iptaline yönelik hukuk davalarına da *avoidance action* “kaçınma davası” adı verilmektedir.

Bu tür işlemlere karşı yetkili makamlar tarafından verilen kararların amacı, haksız yere elden çıkarılan ve bu şekilde üçüncü kişilere devredilen malvarlığının geri alınmasıdır⁶²⁷. Zira kaçınma davaları iflâs masasına dahil edilmesi gereken borçluya ait malvarlığının bu şekilde hileli (*fraudulent*) veya tercihli (*preferential*) devrini engellemeyi amaçlamaktadır. Ne var ki bu amaçlar çoğu zaman ticari işlemlerin öngörülebilir olması ihtiyacı⁶²⁸ ve borçlunun içinde bulunduğu malî sıkıntıları ticari faaliyetleri aracılığıyla çözme imkânıyla da ters düşebilmektedir. İptal davalarında, farklı ülkelere göre değişiklik gösterebilen belirli ispat yükümlülükleri söz konusudur. Bir devir işleminin şüpheli olup olmadığına dair, farklı hukuk sistemlerinde ortaklaşa olarak gözlendiği üzere, iflâs anından geriye yönelik olarak belirli bir süre içinde yapılan işlemlerin kaçınma amacıyla yapıldığına dair oluşturulan hukuki karineler söz konusudur. Bu süre genellikle iflâs işlemlerinin başladığı veya iflâs temsilcisinin tasarrufa konu malvarlığını öğrendiği zamandan geriye doğru sayılır.⁶²⁹ Örneğin, ABD İflâs Kanunu'nun 548. maddesi uyarınca, eğer bir borçlu, iflâs dilekçesini verdiği tarihten önceki 2 yıl içinde malvarlığından bir şeyi haksız bir şekilde devretmişse, iflâs idaresi bu devri iptal edebilir. Türk hukukunda bu süre acizlikten itibaren geriye doğru 1 yıl⁶³⁰, iflâsın açılmasından itibaren geriye doğru 2 yıldır.⁶³¹ Ayrıca işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflas yoluyla takibat yapılmış olması gerekmektedir.⁶³² Borçlunun ivazsız tasarrufu, haksız devri,

⁶²⁶ Bkz. İİK md. 280 kenar başlığı.

⁶²⁷ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, **İcra ve İflâs Hukuku**, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 533

⁶²⁸ Kaçınma davasına ilişkin koşulların daha yumuşak ya da kapsamının aşırı geniş olması halinde, tarafların iflâs riskiyle karşı karşıya kalan ticari işletmelerle işlem yapma konusunda daha az istekli hale gelmeleri mümkündür.

⁶²⁹ Sarra, Madaus ve Mevorach, **Chasing Assets Abroad**, s.261

⁶³⁰ İİK md. 279

⁶³¹ İİK md. 278

⁶³² İİK md. 280

alacaklılarını zarara uğratma, işlemleri geciktirme veya dolandırma amacıyla yapılmış olabilir. Ya da borçlu, devredilen şey için gerçek değerinden daha az bir karşılık almış olabilir. Eğer bu devir sırasında borçlu zaten ödeme güçlüğü çekiyorsa veya bu devir yüzünden ödeme güçlüğüne düşmüşse, iflâs idaresi bu devri önleyebilir.⁶³³

Kaçınma işlemlerine yönelik olarak karşılaştırmalı hukukta geliştirilen mekanizmalara Roma hukuku menşeli *actio pauliana* adı verilmektedir.⁶³⁴ Bu kavram, borçlunun borçlarını ödemekten kaçınmak için malvarlığını kasten azaltması durumunda alacaklılara koruma sağlamaya yönelik farklı hukuki teknikleri tanımlamak için kullanılmaktadır.⁶³⁵ Doktrinde kaçınma davalarının temelinde yatan ortak koşullar şu şekilde sıralanmaktadır: (1) borçlunun devir işlemi diğer alacaklılara zarar vermeli,⁶³⁶ (2) işlem, borçlu ödeme aczi içerisindeyken gerçekleşmeli veya onu borcunu ödemekten âciz hale getirmeli; (3) işlem iflâs açılmadan önceki şüpheli bir dönem içinde gerçekleşmelidir.⁶³⁷

UNCITRAL Model Kanun, iflâsla ilişkili fer'i talepler ve hukuk davalarının esasına hangi hukukun uygulanacağı konusunda açık bir hüküm barındırmamakla birlikte, Model Kanun'un 23. maddesi yabancı iflâs idaresine, tanıma devletinin hukuku uyarınca kaçınma davası açma imkânı vermektedir.⁶³⁸ Maddeye göre, kaçınma taleplerinin esasına uygulanacak hukuku tanıma devletinin kanunlar ihtilafı kuralları belirleyecektir. Model Kanun Kılavuzu, iflâsa ilişkin konuların, istisnalar dışında, forum hukukuna (*lex fori concursus*) tabi olmasını önermektedir. İflâs usûlünün COMI'ye göre başlatıldığı ülkenin hukukunun, kaçınma işlemlerinin iptaline de uygulanmasını önermektedir.⁶³⁹

⁶³³ Sarra, Madaus ve Mevorach, *Chasing Assets Abroad*, s.261

⁶³⁴ Ali Cem Budak, Müjgan Tunç Yücel, "İflâs, Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato ile İlgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflâs Kanunu Değişiklikleri", *Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C.11, S. 31, 2015, ss. 21-38

⁶³⁵ Linna, *Actio Pauliana - Actio Europensis?*, s. 69

⁶³⁶ Erdönmez, *Tasarrufun İptali*, s. 144 vd.

⁶³⁷ Wood, *Principles*, ss. 458-459; Erdönmez, *Tasarrufun İptali*, s.81 vd.

⁶³⁸ Bkz. UNCITRAL, *Uncitral Legislative Guide*, para. 165

⁶³⁹ Irit Mevorach, "Transaction Avoidance in Bankruptcy of Corporate Groups", *European Company and Financial Law Review*, C. 8, S. 2, 2011, s.255

COMI kriterinin henüz ne Birleşik Krallık ne de ABD hukuku bakımından bağlayıcılığının bulunduğu bir dönemde görülen *Maxwell* meselesinde⁶⁴⁰, ABD mahkemesi, yabancı yerde sürmekte olan bir iflâs usûlüyle bağlantılı olarak ABD’de kaçınma işlemlerinin iptaline yönelik başlatılan davalarda hangi hukukun uygulanacağına ABD hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının göre karar verileceğini belirtilmiştir. ABD kanunlar ihtilafı kuralları, iptal davasının esasına en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını öngörmektedir. Bu davada, borçlunun menfaatlerinin “ağırlık merkezinin” İngiltere’de olması, alacaklılarının çoğunun İngiliz olması ve borcun İngiltere’de doğmuş olması nedeniyle, kaçınma işlemlerinin iptaline de ABD hukuku yerine İngiliz hukukunun uygulanması gerektiğine karar verilmiştir.⁶⁴¹

Yürürlük ve Yorum Kılavuzunun 200-203 numaralı paragraflarında açıklandığı üzere, 23. madde, yerel düzenlemelerin genellikle alacaklılara zarar verici işlemler karşısında taraf sıfatı (*locus standi*) tesis ettiğini ve bu hakkın genellikle iflâs mevzuatından ziyade genel kanunlardan kaynaklandığını belirtmektedir. 23. madde, 17. madde kapsamında tanınan yabancı usûlün yabancı iflâs temsilcisine, zarar verici işlemlerin iptali için tanıma devletinde dava açma imkanı tanımakta, ancak onlara yeni maddi haklar yaratarak yetkilerini genişletmekten kaçınmaktadır. Böylelikle yabancı iflâs temsilcilerinin işlem ülkesi hukukuna göre yabancı olma statüleri nedeniyle engellenmemeleri amaçlanırken yerel hukuktan kaynaklanabilecek kaygılara da özen gösterilmektedir.⁶⁴² “asli” ve “asli olmayan (tali)” usûl arasındaki ayrım 23. madde kapsamında, özellikle de mahkemenin davaların yabancı asli olmayan usûle yönetilmesi gereken malvarlığı unsurlarıyla ilgili olup olmadığını değerlendirmesi gereken ve asli usûle göre daha kısıtlayıcı bir yardım sağlanan asli olmayan (tali) usûl bakımından önem taşımaktadır. Bu usûllerin, tanıma devletinde sonuçlanmış ticari işlemlere belirsizlik getirmesi ve işlem güvenliğini tehdit etmesi sebebiyle karşılaşılabilecek zorluklara karşılık⁶⁴³, 23. madde, önceliği yabancı iflâs temsilcilerinin borçlunun malvarlığı bütünlüğünü korumasına vermektedir. Bu

⁶⁴⁰ In re Maxwell Communications Corp., 93 F.3d 1036

⁶⁴¹ Schorr, **Avoidance Actions Under Chapter 15**, s. 370-371

⁶⁴² UNCITRAL, **Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**, 200, 202

⁶⁴³ UNCITRAL, **Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation** para. 203

amaçla zarar verici işlemlere karşı başlatılması gereken iptal davalarının sadece temsilcinin statüsünün yabancı hukuka dayanması sebebiyle reddedilmesine engel olmaya çalışılmaktadır.⁶⁴⁴ Buradaki gaye, Model Kanun'un etkili sınır aşan iflâs tedbirlerine duyulan ihtiyaç ile sınır aşan hukuki işlemlerin doğasında var olan karmaşıklıkları dengelemeye çalışmaktır.

İptal davaları alacaklı ve tasarruf yetkisini koruduğu durumlarda borçlu tarafından başlatılabilse⁶⁴⁵ de yaygın olarak yabancı iflâs temsilcisi tarafından başlatılmaktadır. Birleşik Krallık'ta, yabancı iflâs temsilcisi 1986 tarihli Birleşik Krallık İflâs Kanunu (*Insolvency Act*) ve 1985 tarihli İskoçya İflâs Kanunu'nun (*Bankruptcy Act*) hükümlerine göre iptal davası açabilir. Ancak, sürmekte olan bir İngiliz iflâs usûlü varsa mahkemenin izni gerekmektedir. Kanada daha geniş bir yorumu benimsemiştir. Yabancı iflâs temsilcisinin borçlu veya alacaklının *alteregosu* yani kendisi gibi hareket etmesine izin vererek, başlatılabilecek dava türlerini genişletmiştir. Yeni Zelanda'da, yabancı iflâs temsilcisi, yerli bir iflâs idarecisinin iç hukuk kapsamında, özellikle 1993 Şirketler Kanunu ve 2006 İflâs Kanunu kapsamında yapabileceği her türlü işlemi yapmasına izin verilmektedir. İptal davaları da bu kapsamda ele alınmaktadır.⁶⁴⁶

Condor meselesinde⁶⁴⁷ ABD mahkemesi, ABD İflâs Kanunu'nun 15. Bölüm'ünün yapısına ve önsözünde belirtilen amacına atıfta bulunarak, bu bölümün uluslararası temelini yansıttığını ve bu nedenle Model Kanun md. 23/f.1(g) hükmü paralelinde 15. Bölümün 1523. maddesinin, tanınan yabancı usûlle bağlantılı olarak tanıma devletinde gerçekleştirilecek iptal davalarını da kapsadığını belirtmiştir. Öte yandan, yabancı usûl eğer asli usûl değil de bir asli olmayan usûl (*foreign non-main*

⁶⁴⁴ UNCITRAL, **Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation** para. 201

⁶⁴⁵ Borçlunun zarar verici işlemlerden (örneğin tercihli ya da hileli devirlerden) haberdar olmaması durumu borçlu şirketin yönetim yapısında ve karar alma süreçlerindeki karmaşıklıklarla ilişkili düşünülmesi gereken bir meseledir. Büyük ve karmaşık yönetim yapısına sahip çok katmanlı yönetim yapısı olan bir işletmede, farklı seviyelerdeki yöneticiler iflâs halindeyken, şirketin genel çıkarlarına zarar verebilecek bazı işlemler gerçekleştirebilir yahut hileli işletmenin genel yapısından gizlenecek biçimde hileli iç yönetim söz konusu olabilir. Bu tür durumlar karşısında borçlu bünyesinde gerçekleşen zararlı işlemlerden haberdar değilse iptal başvurusunda bulunabilir.

⁶⁴⁶ Hannan, **Cross-Border Insolvency**, s.144

⁶⁴⁷ *Fogerty v. Petroquest Resources, Inc. (In re Condor Insurance Ltd.)*, 610 F.3d 319, 324 (5th Cir. 2010)

proceeding) ise ABD İflâs Kanunu'nun 11. Bölümü'ne göre bir yapılandırma yahut 7. Bölümüne göre bir tasfiye usûlü başlatılmadan fer'i dava açılmasına olanak tanınmamaktadır. Model Kanun iktibas olan 15. Bölüm'ün 1523(b) hükmü, yabancı iflâs temsilcisinin iptal davası açmasını 7. veya 11. Bölüm kapsamında bir usûl başlatılmasına koşul koşarak 15. Bölüme dayanan fer'i talepleri kısıtlamaktadır. Bu durum Model Kanun'un ruhuna aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilse de⁶⁴⁸ ABD hukuku COMI'nin bulunduğu yer asıl usûlünü yürüten temsilciye iptal davası açma konusunda bir kısıtlama getirmemektedir.

Model Kanun Yasama Kılavuzu, bazı yargı sistemlerinde alacaklıların kendi başlarına ya da iflâs temsilcisinin rızası üzerine bu tür işlemleri başlatmasına izin verdiğini belirtmektedir. Örneğin Model Kanunu iktibas etmemiş olan Alman hukukunda alacaklılar belirli durumlarda kendileri iptal davası açabilirler. Alman İflâs Kanunu *Insolvenzordnung* (InsO') iflâs idaresinin madde 129 kapsamında alacaklılara zarar veren bir işlemi iptal etmek için harekete geçmemesi⁶⁴⁹ hâlinde, tek ya da grup olarak iflâs alacaklılarına mahkemeye başvurma yetkisi vermektedir. Ancak, alacaklıların genellikle iflâs idaresinin gerekli adımları atmak konusunda ihmal gösterdiğini kanıtlamaları gerekmektedir.⁶⁵⁰ Başarıya ulaşan davalarda elde edilenler iflâs masasına girer ve sadece davayı açanlara değil, tüm alacaklılara paylaştırılır. Fransa'da, Fransız Ticaret Kanunu uyarınca, alacaklılar hileli devirlerin iptali için *action en revendication*, iade davası başlatabilirler⁶⁵¹, ancak bu talep yaygın olarak iflâs temsilcisi tarafından yapılmaktadır. Alacaklıların genellikle iflâs temsilcisinin davayı başlatmamakta ihmali olduğunu göstermeleri gerekmektedir. İngiltere'de ise, 1986 tarihli İflâs Kanunu kapsamında, bireysel alacaklılar, borçlunun ödeme yapma kabiliyetini yitirmesine ve iflâstan kaçınmak için makul bir sebebin olmadığını bilmelerine yahut bilmeleri gerekmesine karşın ticari işlemlerine devam ettiklerini

⁶⁴⁸ Schorr, **Avoidance Actions Under Chapter 15**, s. 370, 377

⁶⁴⁹ Alacaklıların iptal başvurusu, md. 129'da iflâs idaresine tanınan yetkileri md. 130'da belirlenen iflâsa tabi tasarruflar hakkında md. 146 (2) uyarınca iflâs idaresinin zarar verici işlemin iptali hakkında kullanmaması durumunda söz konusu olmaktadır.

⁶⁵⁰ Oriana Casasola, "The Transaction Avoidance Regime in the Recast European Insolvency Regulation: Limits and Prospects", **International Insolvency Review**, C. 28, S. 2, 2019, ss. 163-183, s. 167; Alexander Trunk, "Avoidance of Transactions under the New German Insolvency Code", **International Insolvency Review**, C. 9, S. 1, 2000, ss. 37-46, s. 40

⁶⁵¹ C.com art. L. 624-16

ispat edebilirlerse, yöneticilerin bireysel sorumluluğuna yönelik *wrongful trading* (haksız sürdürülen ticaret) davasına başvurabilirler.⁶⁵² Ne var ki, yaygın olmayan bu yöntem genellikle iflâs idaresinin onayını gerektirmektedir. Öte yandan, işletme yöneticilerinin kişisel sorumluluğunun doğması için İngiltere, Avustralya ve İrlanda'da, borçlu işletmeye iflâs idarecisi atanmamış olması gerekmektedir.⁶⁵³ Türkiye'de de olduğu gibi⁶⁵⁴ birçok ülkede, borçlunun sermayesinin yarısını hacizle kaybetmesi ve kalan aktifin borçlarını ödemeye yetmiyor olması durumunda bunu bildirme yükümlülükleri vardır ve bu genellikle iflâs kayyımı atanmasıyla sonuçlanmaktadır. Bu esas, işletme yöneticilerini iflâs başvurusu yapmaya teşvik etme ve kişisel sorumluluğu hafifletme amacı da taşımaktadır.⁶⁵⁵

Bazı hukuk sistemlerinde, bu işlemlerin iflâs idaresi tarafından başlatılması, alacaklıların çoğunluğunun rızasını gerektirmektedir. Örneğin Almanya'da iflâs idarecisi, iptal davaları da dahil olmak üzere belirli türdeki hukuki işlemleri başlatmak için alacaklılar komitesinin bu dava bakımından onayını alması gerekmektedir.⁶⁵⁶

ABD'de, iflâs kayyımının iptal davası açmaması halinde, bir alacaklı davayı kendisi başlatmak için mahkeme onayı isteyebilir. Kayyım rıza göstermemesine rağmen alacaklıya verilen mahkeme onayı, masaya girecek malların güvende kalmasını sağlamaktadır. ABD'de İflâs Kanunu'nun 7. Bölümüne göre, mahkeme aksine karar vermediği sürece kayyımın masaya girmesi gereken malvarlığı hakkında bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır.⁶⁵⁷ Kayyımın belirli bir süre içinde belirli bir alacaklı lehine tercihli veya hileli bir devir gerçekleştirmesini önlemek için harekete geçmemesi durumunda, alacaklılar mahkemeye başvurarak davayı kendileri başlatmak için izin isteyebilirler.⁶⁵⁸ Benzer şekilde, 11. Bölüm uyarınca, alacaklılar, iflâs kayyımı veya zarar verici işlemten haberdar olmayan ancak tasarruf yetkisini

⁶⁵² Insolvency Act md. 214

⁶⁵³ Wood, **Principles**, s. 379

⁶⁵⁴ İİK md./178 f.3

⁶⁵⁵ Wood, **Principles**, s. 201

⁶⁵⁶ Alman İflâs Kanunu (InsO) md. 160

⁶⁵⁷ 11 U.S.C. § 704(a)(7)

⁶⁵⁸ Bkz. In re Wilton Armetale, Inc. , 968 F.3d 273, 281 (3d Cir. 2020)

haiz borçlu (DIP) iptal davası açabilir. İptal davası, fer'i dava olarak kabul edilir ve alacaklının, kayyımın haklı bir sebebi olmaksızın iptal davasını açmadığını ispatlamasını gerektirir.

AB İflâs Tüzüğü'nde, kaçınma işlemlerinin iptaline ilişkin davalarda yetki COMI kriterine göre belirlenmektedir. İlke uyarınca, iflâs işlemlerini denetleyen mahkemelerin, kaçınma işlemlerinin iptaline yönelenler gibi bağlantılı davalar üzerinde de yargı yetkisi bulunmaktadır. İflâsın kolektif bir usul olması nedeniyle, tutarlılık ve etkinliğin sağlanabilmesi için iflâsla ilişkili davalarda da aynı mahkemenin yetkili olması gerektiği esasına dayanmaktadır.⁶⁵⁹

Tüzük'ün 6. maddesi, COMI'ye göre esas iflâs usûlünü yürüten mahkeme, “doğrudan iflâs işlemlerinden kaynaklanan ve onlarla yakından ilişkili” davalar üzerinde de yargı yetkisine sahiptir. Bu davalara kaçınma işlemlerinin iptalini içeren davalar da dahildir. Zira maddenin 1. fıkrası açıklayıcı olarak bunu belirtmiştir.⁶⁶⁰ Madde, ilk olarak *Gourdain-Nadler*⁶⁶¹ meselesinde başvuru olan “sıkı bağlantı ve doğrudan ilişki” kriterini, neyin “fer'i talep” olarak vasıflandırılacağını tespit etmek için bir ölçü olarak ele almaktadır.⁶⁶² Ayrıca, İflas Tüzüğü, Brüksel I Tüzüğü'nün kapsamına giren konular bakımından, iflâs idaresine davalının yerleşim yeri mahkemesinde fer'i taleplerde bulunma konusunda da ihtiyari yetki vermektedir.⁶⁶³

AB İflâs Tüzüğü, Roma I ve Roma II Tüzükleri gibi diğer AB milletlerarası özel hukuku araçlarıyla kıyaslandığında bir *lex specialis* işlevi görmektedir.⁶⁶⁴ Özel bir düzenleme olarak, kendi kanunlar ihtilafı kurallarını sunması beklenmektedir. Bununla birlikte, İflâs Tüzüğü, iflâsa ilişkin fer'i taleplere uygulanacak hukuk

⁶⁵⁹ Casasola, *The Transaction Avoidance Regime*, s.165; Ayrıca bkz. aynı yönde AB İflâs Tüzüğü Başlangıç Hükümleri para. 66

⁶⁶⁰ AB İflâs Tüzüğü md. 6 f.1: “3. Madde uyarınca iflâs işlemlerinin başlatıldığı Üye Devletin mahkemeleri, doğrudan iflâs işlemleriyle bağlantılı davalar ve kaçınma davaları gibi bu işlemlerle yakından bağlantılı olan her türlü davada yargılama yetkisine sahiptir.” ayrıca bkz. Başlangıç Hükümleri para.35

⁶⁶¹ C-133/78 *Gourdain v Nadler* [1979] ECR 733

⁶⁶² Casasola *The Transaction Avoidance Regime*, s. 166

⁶⁶³ Casasola *The Transaction Avoidance Regime*, s. 166

⁶⁶⁴ Casasola *The Transaction Avoidance Regime*, s. 174

konusunda özel bir hüküm barındırmamaktadır. Bunun yerine 7. madde, iflâs usûlünün esasına uygulanacak hukukun iflâsın açıldığı Üye Devlet'in hukuku olduğunu söylemektedir.⁶⁶⁵ Kural iflâsın açılması, yönetilmesi ve kapanması gibi iflâsa ilişkin hususlara uygulanacak olan hukuku belirlemektedir. Kural ayrıca iflâs usûlünün başlatıldığı Üye Devlet hukukunun, kaçınma taleplerini de kapsayacak biçimde 'alacaklıların geneline zarar veren hukuki işlemlerin geçersizliği, hükümsüzlüğü ya da icra edilemezliğine' de uygulanacağını belirtmektedir.⁶⁶⁶ Öte yandan, Tüzük'ün 16. maddesi 'güvenli liman' (*safe harbour*) olarak adlandırılan⁶⁶⁷ bir istisna hükmü getirmektedir.⁶⁶⁸ Kural, borçlunun kaçınma işleminin asıl (*main*) iflâs usûlünün görüldüğü Üye Devlet'in hukukundan değil başka yer hukukundan kaynaklandığını ileri sürmesine olanak sunmaktadır. Bu durum söz konusu zarar verici işlemi itiraz edilemez hale getirebilmektedir. Bununla birlikte, 6. madde iflâs taleplerinin diğer hukuk davalarıyla birleştirilmesinin önünü açmaktadır⁶⁶⁹. Eğer zarar verici tasarrufun iptaline yönelik bir hukuk davası başarılı olursa, madde 16'nın getirdiği "güvenli liman" istisna geçersiz hale gelmekte ve borçlunun zarar verici kaçınma işlemi, iflâs usûlüne uygulanan hukuka tabi olmaktadır.⁶⁷⁰

Kaçınma işlemlerine uygulanacak kurallar, ülkeler arasında önemli değişkenlik gösterebilmektedir. Her bir hukuk sistemi, bu tür işlemlerin meşruluğunu belirlemek için farklı hukuki kriterler uygulamaktadır. Bir ülkede hileli olarak nitelendirilen bir işlem, başka bir ülkede meşru olabilir. Bu farklılık, söz konusu işlemler için uygun yargı yetkisinin belirlenmesindeki güçlüğü daha da artırmakta, ayrıca yukarıda

⁶⁶⁵ Casasola, **The Transaction Avoidance Regime**, s. 168

⁶⁶⁶ AB İflâs Tüzüğü md. 7 f.2(m): [İflâs] usûlünün açıldığı Devletin hukuku [...], alacaklıların geneline zarar veren hukuki işlemlerin geçersizliği, hükümsüzlüğü veya uygulanamazlığına ilişkin kuralları [belirler]

⁶⁶⁷ Casasola, **The Transaction Avoidance Regime**, s. 173

⁶⁶⁸ AB İflâs Tüzüğü md. 16: "[Tüzük'ün] 7(2) Maddesinin (m) bendi, tüm alacaklıların zararına olan bir işlemde yararlanan kişinin [...] (a) işlemin, [iflâs] usûlünün açıldığı Devletin hukuku dışında bir Üye Devletin hukukuna tabi olması; ve (b) söz konusu Üye Devletin hukukunun, mezkur usûlde söz konusu işleme itiraz edilmesine imkan verme[diğini] [...] kanıtlaması hâlinde uygulanmaz."

⁶⁶⁹ AB İflâs Tüzüğü md. 6 f.2: "1. Paragraf'da anılan davalardan birinin aynı davalıya karşı medeni ve ticari konularda açılan bir dava ile bağlantılı olması halinde, iflâs temsilcisi her iki davayı da davalının yerleşim yerinin bulunduğu Üye Devletin mahkemelerinde veya davanın birden fazla davalıya karşı açılması halinde, bu mahkemelerin 1215/2012 sayılı Tüzük (AB) uyarınca yargı yetkisine sahip olması koşuluyla, bunlardan herhangi birinin yerleşim yerinin bulunduğu Üye Devletin mahkemelerinde açabilir."

⁶⁷⁰ Casasola, **The Transaction Avoidance Regime**, s. 174

“güvenli liman” meselesinde bahsettiğimiz gibi *forum shopping* riskinin de önünü açmaktadır. Kaçınma işlemine uygulanacak hukukun belirlenmesine yönelik net, yeknesak kriterlerin bulunmaması ve getirilen ağır ispat yükünün⁶⁷¹ hukuki belirsizliğe sebep olduğu ve iflâs usûllerinin etkinliğini zayıflattığı belirtilmektedir.

5.3. Alacak Öncelikleri ve Sıra Cetveli İhtilafları

Ekonomik ve sosyal politikaların hayata geçirilmesinde ortaya çıkan menfaatler, iflâs hukukunda en çok, sıra cetveli oluşturulurken yarışan alacakların ve imtiyazlı alacakların statüsüne karar veren kurallarda kendini göstermektedir. Elbette her devletin, yabancı devletin egemenlik işlemleri sonucunda ortaya çıkan ve kendi hukuk sisteminin vazgeçilmez kabul ettiği temel prensiplerine ve adalet anlayışına açıkça aykırılık teşkil eden sonuçlar karşısında kendisini koruması gerekmektedir.⁶⁷² Bunun yanı sıra devletin, kendi hukuk düzeniyle koruması gereken üstün kamu yararlarını doğrudan göz önünde tutmasında ve iflâsın çok kapsamlı olabilecek ekonomik sonuçları karşısında, istikrarlı bir işgücü piyasası sağlanmasında ya da stratejik öneme sahip sektörlerin korunmasında⁶⁷³ olduğu gibi toplumsal ve ekonomik hayatta kritik öneme sahip menfaatleri de koruması gerekmektedir.

Sıra cetveliyle tanınan imtiyaz hakkı alacaklının şahsından değil alacağın niteliğinden kaynaklanmaktadır.⁶⁷⁴ Alacakların önceliği ve sıralaması, rehinli ve adi alacakların iflas masasından imtiyaz ve teminat türüne göre nasıl ve ne sırayla tahsil edileceği, İcra ve İflas Kanunu'nun 206. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, rehinli alacaklar, rehinin konusu olan malın değeri üzerinden öncelikle tatmin edilmektedir (İİK md. 206 ve İİK md. 23/3). Rehlinli malın muhafaza ve satış

⁶⁷¹ ABAD'ın kaçınma işleminin iptalinde davalılara ağır ispat yükü getirmekte olduğu ifade edilmektedir. *Lutz v. Bäuerle* ve *Vinyls v. Mediterranea di Navigazione* meselelerinde, davalıdan hem hem iflâsı yöneten hukuk hem de işlemi düzenleyen hukuk uyarınca işleme itiraz edilemez olduğunu kanıtlaması gerektiğine karar vermiştir (bkz. Casasola, *The Transaction Avoidance Regime*, s. 174)

⁶⁷² Breitenstein, *Internationales Insolvenzrecht*, s. 32

⁶⁷³ Bkz. örneğin 2019 tarihli AB Önleyici Tedbirler Direktifi md. 4(1)

⁶⁷⁴ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, 2012 İstanbul, s. 268

masrafları (İİK md. 248), gemi alacaklısı hakkı gibi özel kanuni rehin hakları⁶⁷⁵ öncelik sırasında, rehinli alacaklardan önce gelir (TTK md. 1235; 1275, TMK md. 865, 867, ve 877). Gümrük vergileri ve malın aynından doğan vergi ve benzeri alacaklar rehinli alacakların ardından gelir (İİK md. 206/1, 6183 s. k. md. 21/2). Bunu takiben adi alacaklar ve diğer alacaklara yer verilmektedir. Adi alacaklar özel bir imtiyaza sahip olmayan ve rehinle teminat altına alınmamış alacaklardır. Adi alacaklar arasında ilk sırada, işçi alacakları, işverenlerin yardım sandıklarına olan borçları ve aile hukukundan kaynaklanan nafaka alacakları gibi, ilişkinin zayıf tarafını oluşturan ve kamu yararını gözetken alacaklar yer almaktadır (İİK md. 206 1A-1B, 1C-2-3). Diğer vergiler adi alacakların dördüncü sırasında yer almaktadır. En son diğer tüm adi alacaklar gelir.⁶⁷⁶

Kamu yararı düşüncesiyle bağlantılı olarak iflâs usûllerinde dikkate alınması gereken, toplumun kritik öneme sahip üstün menfaatlerinin bir örneği ekolojik zararların, çevreye verilen zararların giderimi maksadıyla devlet lehine borçlunun zarara sebep olan taşınmazı üzerine kurulabilecek olan imtiyazlı taşınmaz rehinleridir. “*Clean up super lien*” olarak adlandırılan ve çevreye verilen zararın giderimi için kurulan imtiyazlı rehindir. Borçlunun bir taşınmazının sebep olduğu çevre kirliliğinin gideriminden doğan kamu alacağının güvence altına alınması maksadıyla, kirliliğe sebep olan taşınmaz üzerinde diğer tüm rehinli alacakların üzerinde yer alacak bir imtiyaz tesis etmektedir. Kanaatimizce, çevresel zararlardan kaynaklanan ceza hukuku davalarında yargı yetkisini evrensellik prensibiyle tahkim eden yasa koyucular bakımından,⁶⁷⁷ hiç kuşkusuz, bu zararların giderimini hedef alan ve iflâsı tetikleyebilecek etkiye sahip olan alacaklar söz konusu olduğunda, ön sırada yer alması beklenebilecek meşru ve üstün bir kamu yararı söz konusu olacaktır.

⁶⁷⁵ Gemi alacaklısı hakkının hukuki niteliği tartışmalıdır. Münhasıran bir ayni hak olduğu görüşü, imtiyazlı ve kanundan doğan bir rehin hakkı ile teminat altına alınmış şahsî bir hak olduğu görüşü, yalnızca kanunî rehin hakkından ibaret olduğu gibi görüşler ileri sürülmüştür. (Bu görüşler için bkz. Turgut Kalpsüz, “**Gemi Alacaklısı Hakkının Hukukî Mahiyeti**”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, ss. 301-17, ss.305-308; Nury Barlas, **Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar ve Gemi Alacaklısı Hakkının Hukukî Niteliği**, İstanbul 2000, ss.88-113).

⁶⁷⁶ Adnan Deynekli, “**4949 Sayılı Kanun’la Değişik İcra ve İflas Kanunu’na Göre Adi ve Rehinli Alacakların Sırası**”, AÜHFD, 2005, C.54 S.1, ss. 191- 204

⁶⁷⁷ Örn. TCK md. 13 atfıyla TCK md.181’de olduğu gibi

Bunun bir örneği, 1986'da ABD'de yürürlüğe giren *Amendment to the Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* adlı yasadır.⁶⁷⁸ Anılan yasa, Çevre Koruma Ajansı'nın çevresel zararların gideriminden doğan alacaklarını teminat altına alması maksadıyla kirlenen mülke imtiyazlı rehin tesis etmesini sağlamaktadır. Çevre facialarında failin tespit edilmesinin her zaman mümkün olmadığı için çevre kirliliğine sebep olabilecek sektörlerde (büyük oranda petro-kimya sektöründe) faaliyet gösteren işletmelerden alınacak ek vergiler yoluyla oluşturulacak ve olası facialarda kullanılacak bir fonun öngörüldüğü düzenlemede, ayrıca çevre kirliliğinin ortaya çıktığı ya da çevre kirliliğine yol açan mallar üzerine kamu adına ajansın faydalanacağı imtiyazlı rehin tesis edilmesine imkân tanımaktadır. Sağlanan imtiyazla; zaman yönünden kendisinden sonra verilen rehinlerin imtiyazına bakılmaksızın öncelik kazanmakta ancak kendisinden evvel verilen rehinleri ise etkilememektedir.⁶⁷⁹

Evrenselci bir yaklaşımda ideal senaryo mahkemelerin sorunsuz bir şekilde işbirliği yapmasıdır. Ne var ki farklı hukuk düzenlerinde karşılaşılan farklı sıra cetvelleri, farklı öncelik sistemleri bu uyumu zorlaştırmaktadır. Birçok ülke hukuku ve uygulamasında mahkemeler kendilerini yerel alacaklılara öncelik verme zorunluluğu hissetmekte ve bu da yabancı mahkemelerle işbirliği yapmalarını engel olmaktadır. Bu durum, iflâs davalarında uluslararası işbirliğini teşvik etmeye yönelik evrenselci hedefle doğrudan çelişmektedir. Buradaki temel sorunlardan biri, farklı yargı alanlarındaki alacaklılar arasındaki öncelikleri düzenleyen farklı kuralların bulunmasıdır. Bu farklılıkların özellikle çok uluslu şirketlerin iflâslarında mahkemeler arasında işbirliğinin önündeki en önemli engelleri oluşturmaktadır. Bu yeknesaklık eksikliği, mahkemelerin etkili bir şekilde işbirliği yapmasını zorlaştırmakta ve dolayısıyla iflâs işlemlerini karmaşıktırmaktadır.⁶⁸⁰

Bu noktada çok uluslu bir işletmenin iflâs işlemleri üzerinde yargı yetkisine sahip her mahkemenin karşılaştığı zorluğa da dikkat etmek gerekir. Böyle bir durumda

⁶⁷⁸ Bu yasa 1980 yılında New York'un bir banliyösü olan Love Canal'da gerçekleşen kimyasal atık faciasına bir tepki olarak kabul edilmiştir. 42 U.C.S. § 9607 (1) (IV 1986)

⁶⁷⁹ Richard L. Epling. "Environmental Liens in Bankruptcy", *The Business Lawyer*, 44, sy 1, 1988, s.85

⁶⁸⁰ Westbrook, *Priority Conflicts*, s. 869.

mahkeme, çeşitli ülkelerde bulunan malvarlıklarına ve alacaklılara hangi öncelik sisteminin uygulanacağına karar vermelidir. Bu seçim iflâsa usûlüne katılanlar ve uluslararası işbirliği bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır.⁶⁸¹

Buna ek olarak alacak önceliği sorununu daha da karmaşık hale getiren diğer zorlukların da altını çizmek gerekir. Bunlar arasında rehinli alacaklara yapılan muamelelerdeki farklılıklar, yabancı davaların tanınması ve haksız fiil veya ceza hukukundan doğan alacak talepleri de yer almaktadır. Bu unsurların her biri, uluslararası iflâs hukukunda zaten karmaşık olan alacaklı önceliği konusuna yeni bir katman daha eklemektedir.⁶⁸²

Bununla birlikte, uyarlanmış evrenselliğin saygı göstermeye çalıştığı çeşitlilik, yargı yetkisinden yargı yetkisine büyük ölçüde değişen alacaklı öncelikleri söz konusu olduğunda bir engel haline gelebilmektedir. Gerçekten de uyarlanmış evrenselcilik, mahkemelerin -belirli sınırlamalarla da olsa- diğer yargı alanlarının önceliklerini tanıması gerektiği varsayımına dayanmaktadır. Ne var ki öncelik sistemlerinin ihtilaf hâlinde olduğu durumlarda bunun pratikte gerçekleşmesi zor bir ihtimaldir.⁶⁸³

Genel olarak karşılaştırmalı hukuk verilerine bakıldığında mahkemelerin yerel alacaklılara öncelik verme eğilimine sahip olduğu söylenebilir. Örneğin ABD’de *In re Garcia Avila*⁶⁸⁴ davasında İflâs Mahkemesi, 304(c) maddesinin teminatsız bir alacaklının hem yabancı hem de ABD iflâs davalarında aynı payı almasını gerektirmediğini belirtmiştir. Mahkeme, böyle bir zorunluluğun getirilmesinin *comity*’nin sağlanması önünde önemli bir engel teşkil edeceğini savunmuştur. *In re Treco*⁶⁸⁵ davasında davaya bakan üst derece mahkemesi, alt mahkemenin kararlarını bozarak, Bahamalar’da bulunan tasfiye görevlilerine para aktarılmasını izin vermeyi reddetmiş, bu tür bir ödemenin Birleşik Devletler kaynaklı bir teminat hakkı sahibinin haklarını potansiyel olarak etkileyeceğini belirtmiştir. *In re Koreag, Controle et*

⁶⁸¹ Allan L Gropper, “The Payment of Priority Claims in Cross- Border Insolvency Cases”, *Texas International Law Journal* Cilt:46, Sayı:3, 2010, s.560.

⁶⁸² Westbrook, *Priority Conflicts*, s.877.

⁶⁸³ Gropper, *The Payment of Priority Claims*, s. 560.

⁶⁸⁴ *In re Garcia Avila*, 296 B.R. 95, 112 (Bankr. S.D.N.Y. 2003)

⁶⁸⁵ *In re Treco*, 240 F.3d 148, 159 (2d Cir. 2001)

*Revision, S.A.*⁶⁸⁶ davasında üst derece mahkemesi, ABD mahkemesine itiraz eden ABD'li alacaklısının ihtilaflı fonlar üzerinde mülkiyet hakkı olup olmadığını belirleyene kadar İsviçre'deki yabancı bir iflâs usûlüne fonların ödenmesini reddetmiştir. *In re Int'l Banking Corp. B.S.C.*⁶⁸⁷ davasında mahkeme, ABD mülkünün Bahreyn'de tanınan bir davaya devredilmesini reddetmek için § 1521(b)'yi uygulamıştır. Mahkeme, yabancı iflâs temsilcisinden ABD'li alacaklıların korunacağına dair ek kanıt sunmasını istemiştir.⁶⁸⁸

Konuya ilişkin İngiltere'de görece yakın tarihte verilen bir karar, buradaki hukuki rejimin yerli alacaklıları kayırma eğiliminde olduğunu göstermektedir. İlgili davaya⁶⁸⁹ konu olan olayda, Azerbaycan Uluslararası OJSC Bankası (Banka), Azerbaycan Hukuku çerçevesinde kendi istemiyle yeniden yapılandırma sürecine girmiş ve İngiltere'de, Model Kanunu'nun tatbikini öngören 2006 tarihli Sınır Aşan İflâs Tüzüğü (*Cross-Border Insolvency Regulations - CBIR*) uyarınca İngiliz mahkemesi tarafından tanınmıştır. Tanıma sonucu bir moratoryum ortaya çıkarmıştır. Azerbaycan'da ise Banka, aralarında İngiliz hukukuna tabii olan alacaklıların da yer aldığı bazı davalılara ait menfaatlerin tamamen yapılandırma planı kapsamı dışı bırakılacağı ve bunların başkaca "hak edişlerle" ikame edileceği bir yeniden yapılandırma planı önermiştir. Azerbaycan bankasının planı, oylamaya katılan alacaklılar tarafından ezici bir şekilde kabul edilmiş ve Azerbaycan Mahkemesi tarafından onaylanmıştır. Azerbaycan Hukuku gereği, davalılar da dahil olmak üzere, tüm azınlık oy alacaklıları planla bağlıdır. Davalılar, Azerbaycan mahkemesi tarafından onaylanan bu yeniden yapılandırma planının oylamasına katılmamış, oy kullanmamıştır.

Davalılar, yeniden yapılandırma sürecinin sona ermesi ve CBIR moratoryumunun kalkmasının ardından, İngiliz hukukuna tabi olan talepleri bakımından - yeniden yapılandırma planında belirtilen şartların aksine - İngiliz

⁶⁸⁶ *In re Koreag, Controle et Revision, S.A.*, 961 F.2d 341, 348-50 (2d Cir. 1992)

⁶⁸⁷ *In re Int'l Banking Corp. B.S.C.*, 439 B.R. 614 (Bankr. S.D.N.Y. 2010)

⁶⁸⁸ Bkz. aktaran: Gropper, **The Payment of Priority Claims**, ss.564-566

⁶⁸⁹ *Re OJSC International Bank of Azerbaijan; Bakhshiyeva v Sberbank of Russia & Ors.* [2018], EWCA Civ 2802, Lewison, Henderson and Baker LJJ, 18 Aralık 2018

mahkemelerine başvuracaklarını belirtmişlerdir. Bunun üzerine, Azeri iflâs makamı, Azerbaycan yeniden yapılandırma planı sona erse de son bulmayan CBIR'e tabi kalıcı bir moratoryum için başvuruda bulunmuştur. Davalılar, bu talebe Azeri yeniden yapılandırma sürecine bağlı olmadıklarını ileri sürerek itiraz etmişlerdir. Davalılar, *Gibbs*⁶⁹⁰ ilkesiyle ortaya konan bir kurala atıfta bulunmuş, buna göre İngiliz hukukuna tabi olan bir borç bakımından, alacaklı yabancı iflâsa tabi olmayı kendiliğinden kabul etmedikçe, yabancı bir iflâs usûlü aracılığıyla alacağından alı konulamayacağı ilkesine dayanarak, alacak haklarının ihlal edilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir.

İlk derece mahkemesi Model Kanun'un ve CBIR'in "usûli konulara ilişkin" olduğunu ve maddi hakların varlığını, kullanılmasını veya icrasını ya da üçüncü taraflara karşı yabancı kararların tanınmasını etkileyen konularla ilgili olmadığını, istemin usûle ilişkin mi yoksa esasa ilişkin mi olduğunun tespitinin, tarafların asli hak ve yükümlülükleri üzerinde geçici ya da kalıcı bir etki yaratıp yaratmayacağına göre belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme kararında; İngiliz mahkemesince, İngiliz hukukunun sözde uygulanması yoluyla, İngiliz hukuku tarafından tanınan asli hakların değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması yetkisi verilemeyeceğini; İngiliz alacaklıların menfaatlerinin, ilgili yabancı hukuk kapsamında sahip oldukları haklarla uyumlu hale getirilmesi amacıyla şekillendirilmiş olan adli yardım mekanizmalarıyla pratikte ortadan kaldırılamayacağını belirtmiştir. Bu sebeple Banka'nın talebinde hem dar anlamda milletlerarası yetki kısıtı hem de geniş bir yargılama engeli bulunduğu yönünde karar verilmiştir.

Konu bir üst mahkemeye taşınmış ve İstinaf mahkemesi de ilk derece mahkemesinin kararını oybirliğiyle onamıştır. Mahkeme, CBIR md. 21 hükmü uyarınca, davalıların İngiliz hukukundan doğan haklarını kullanmalarını engelleyecek süresiz bir moratoryum verilmesinin mi; yoksa, *Gibbs* prensibini göz önünde tutularak Azeri yeniden yapılandırma planının sona ermesinden sonra moratoryumun uzatılmasının mı uygun olacağını tartışmıştır. Mahkeme, davalıların İngiliz hukukundan doğan haklarını süresiz olarak engelleyebilme ve böylelikle moratoryumu uzatabilme yetkisi bulunduğunu kabul etmiştir. Ancak bunun yalnızca Banka alacaklılarının çıkarlarını korumak için gereken durumlarda (1) ve uzatmanın

⁶⁹⁰ Antony Gibbs & Sons v La Société Industrielle et Commerciale des Métaux (1890) LR 25 QBD 399

korumayı sağlamak için uygun bir araç olduğu durumlarda (2) geçerli olacağını ifade etmiştir. Buna rağmen her iki koşulun da karşılanmadığını belirtmiştir.

Buraya kadar yapılan açıklamaları özetlemek gerekirse uluslararası iflâs hukukunda alacaklıların önceliği sorunu, mahkemeler arasında işbirliğini engelleyen ve çözüm sürecini karmaşıklaştıran yeknesak kural ve sistemlerin eksikliğini ortaya koymaktadır. Yerli ve yabancı alacaklıların iflâs usûllerinde nasıl eşit muamele görecekları ve bu eşitliğin nasıl sağlanacağı konusunda geniş çaplı anlayış farklılıkları bulunmaktadır. Bu zorluklar, sıra cetveliniden başlayarak, farklı alacaklı ve talep türlerinin ele alınmasına ilişkin daha spesifik sorunlara kadar çok çeşitlidir. Bu sorunlar, yeknesak ve uyumlaştırılmış bir uluslararası iflâs hukuku sistemine doğru ilerlemeyi engellemektedir.

5.4. Ödeme Güçlüğü

5.4.1. Ödeme Güçlüğü Kavramı ve İflâs Usûlleri Arasındaki Yeri

İflâs hukukunda başvurulmuş mevcut hukuki aygıtlar, mahkeme dışı çözümlerle formel tasfiye usûlleri arasında uzanan geniş bir yelpazeye sahiptir. Bu çeşitlilik, özellikle büyük ölçekli işletmelerin finansman yapısındaki değişimlerde görüldüğü gibi küresel ekonomik trendlere verilen yanıtı yansıtmaktadır. 2008 finansal krizi sonrası, kurumsal finansman alanında banka kredilerinden uzaklaşma eğilimi artmış ve sermaye piyasaları, özellikle tahvil gibi araçlar aracılığıyla, daha önemli bir finansman kaynağı haline gelmiştir. Bu dönüşüm, borç ilişkilerinin doğasını değiştirerek malî zorlukların ele alınma biçimlerinde de hukuki sonuçlar yaratmıştır. Avrupa Birliği başta olmak üzere birçok ülke, bu değişime uyum sağlamak ve iflâs sürecinin geniş etkilerine karşı çözümleri çeşitlendirmek amacıyla iflâsı önlemeyi amaçlayan araçları yasal düzenlemelerine dahil etmiştir. Erken müdahale usûlleri, iflâs öncesi usûller, ödeme güçlüğü usûlleri, âciz öncesi usûlleri, gibi farklı isimlerle anılan bu erken müdahale mekanizmaları, İngilizce’de genel olarak *pre-insolvency*, “âciz

öncesi” usûlleri olarak anılmakta ve sözleşmeye dayalı çözümlerle geleneksel iflâs usûlleri arasında karma bir yapı ortaya koymaktadır.⁶⁹¹

Uluslararası iflâs hukuku mekanizmaları, özellikle uyarlanmış evrensellik kavramı üzerinden, tasfiye ve yeniden yapılandırma mekanizmalarına uyum sağlayarak gelişmiştir. Küresel finansal krizin ardından, uluslararası iflâs hukukunda gözlemlenen eğilimler, “hafif dokunuşlu” finansal yeniden yapılandırma yöntemleri olarak da adlandırılan bu karma çözümlerin artan popülaritesini yansıtmaktadır. Bu eğilimler, sınır aşan iflâs hukukunun kapsamını belirlemede etkili olmuş⁶⁹² ve ödeme güçlüğü usûllerinin özelliklerini kapsayacak şekilde gelişim göstermiştir. Bu evrim, şirketlerin malî zorluklarını çözme yöntemlerinde önemli değişikliklere yol açmıştır.⁶⁹³

İflâs sürecinde yarışan menfaatlerin karmaşık ilişkisi, ödeme güçlüğü usûllerinin evriminde önemli bir etkidir. Ödeme güçlüğü usûllerinin gelişimi, tarafların çıkarlarının karmaşıklığından, kamu yararını koruma ihtiyacından ve ekonomik büyüme ve istikrarı teşvik etme hedefinden ciddî şekilde etkilenmektedir. Kimi yazarlar Ödeme güçlüğü usûllerinde yapılan reformların, iflâs sürecine dahil olan tarafların haklarını esaslı biçimde etkilemediğini⁶⁹⁴ iddia etse de özellikle sınır aşan iflâslar bakımından daha etraflı bir değerlendirmeye ihtiyaç vardır.

Modern iflâs hukukunda ödeme güçlüğü usûlleri, ticari işletmelerin acze düşerek iflâs etmelerini engellemeyi amaçlayan, stratejik, erken müdahale yöntemleri olarak karşımıza çıkmakta ve özünde, borçlunun malî durumunu iyileştirmeyi amaçlamaktadır. Bu usûllerle, alacaklılarla borçlu arasında yürütülecek müzakerelerle borçlunun borçlarını yeniden yapılandırılmasına odaklanırken mahkemelerin müdahalesi de asgari seviyeye indirilmeye çalışılmaktadır. Bu usûller şirketler hukuku, iflâs hukuku ve milletlerarası özel hukuk da dahil olmak üzere çok sayıda

⁶⁹¹ Formel yeniden yapılandırma ve iflâs öncesi usûller sundukları çözümlere ve başvuru tekniklere göre farklı yazarlar tarafından farklı şekilde kategorize edilebilmektedir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Gurrea-Martinez, **Future of Reorganization Procedures**, s.830

⁶⁹² Bkz. ayrıca yukarıda 4.2.1 bölümü.

⁶⁹³ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 875.

⁶⁹⁴ Gurrea-Martinez, **Future of Reorganization Procedures**, s. 847.

hukuki düzenleme tarafından şekillendirilmektedir.⁶⁹⁵ Bu usûllere başvurulmasındaki gaye, iflâsla gelen kötü şöhretin önüne geçmek ve iflâsın açılmasıyla birlikte malvarlığı kaybında yaşanan geometrik artışa engel olmaktır.⁶⁹⁶ Ödeme güçlüğü usûlleri bir taraftan borçlunun malî sıkıntıları sebebiyle, alacaklılarıyla daha önceden akdettiği sözleşmelerin şartlarının gelecekte yerine getirilebilmesi hususunda ortaya çıkan belirsizliklere, ve açmazlara çözüm bulmaya çalışırken, bir taraftan da alacaklı kolektifindeki çoğunluk iradesini gözetken bir çözüm mekanizması ortaya koymayı amaçlamakta ve tasfiye merkezli formel iflâs usûllerinden uzaklaşmaktadır.⁶⁹⁷ Ödeme güçlüğü usûlleri malvarlığı maksimizasyonu ve adil paylaşırma hedefleri arasında bir denge kurmaya çalışırken, bu iki hedef arasında oluşan doğal gerilimi, imtiyaz kuralları ve geri alma⁶⁹⁸ (*claw-back*) gibi yasal mekanizmalar aracılığıyla yönetmeye çalışmaktadır.⁶⁹⁹ Bu usûller iflâs işlemlerinde ortaya çıkan doğrudan ve dolaylı maliyetleri hafifletme potansiyeline sahip olmakla birlikte, getirilen düzenlemeler malî durumu yetersiz olan işletmelerin bu usûllerden faydalanmasına engel olmuyorsa, tasfiyeyi geciktirici etkisi, malvarlığının zarar görmesi ve alacak tatmininde eksilme yaşanması gibi riskleri de beraberinde getirecektir.⁷⁰⁰

Ödeme güçlüğü usûllerinin üç temel özelliği bulunmaktadır. Birincisi, bu usûllerin uygulanması sadece tarafların mahkeme dışı sürdürdüğü bağımsız müzakerelere değil, yasayla taraflara tanınan bir yetkiye dayanmaktadır. İkincisi, bu usûller, malvarlığının satışı ve gelirlerin paylaşılmasına yönelik işlemlerden ziyade, öncelikle borçların yeniden yapılandırılmasına yönelik işlemlere odaklanmaktadır. Bununla birlikte, malvarlığının satışı, paket satışlar gibi imkanlar, yeniden yapılandırmanın bir parçası olarak ele alınabilir. Üçüncüsü, borçlunun fiili iflâsından önce, yani, malî durumu birçok hukuk sisteminde iflâsın açılmasını gerektiren yasal

⁶⁹⁵ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 892

⁶⁹⁶ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 860

⁶⁹⁷ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 858; Reinhard Bork, “Pre-insolvency Frameworks: Developments in the European Union”, **International Insolvency Review**, 2023, doi:10.1002/iir.1515, s. 7

⁶⁹⁸ Claw back kavramının bu şekilde Türkçe çevirisi için bkz. Burak Işık”,*Amerikan Medeni Usûl Hukukunda Taraf Sorgusu*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 25, sy 2 (29 Kasım 2023), 939-78. s.952.

⁶⁹⁹ Paterson, **Rethinking Corporate Bankruptcy Theory**, s.701

⁷⁰⁰ Gurrea-Martinez, **Future of Reorganization Procedures**, s. 848.

eşikleri (nakit akışına dayalı yani borcunu vadesinde ödeyemez hale gelmeden ve/veya bilançoya dayalı, yani borca batıklık hale düşmeden) aşacak kadar kötüleşmeden önce başvurabilecekleri erken müdahale usûlleridir. Üçüncü özellik ile bağlantılı olarak bu usûllerin dördüncü bir özelliği ise ödeme güçlüğü usûllerinde borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin korunabilmesidir.⁷⁰¹ Bu usûllerde borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin iflâs idaresi benzeri bir organ lehine kısıtlanmasına gerek olmayabilir. Bu kapsamda ödeme güçlüğü usûlleri, borç vadelerinin uzatılması, ödemelerin hafifletilmesi veya borçların hisse paylarına dönüştürülmesi gibi konularda anlaşmaya varılmasını amaçlar. Bu işlemler, erken müdahaleye imkân tanır ve acze düşen borçluyu, ekonomik olarak tamamen tükenip iflâs etmeden önce kurtarmaya yönelir.⁷⁰²

Borçlunun malvarlığını üzerinde tasarruf yetkisini koruması (*debtor-in-possession*) ve işletme kontrolüne devam etmesi gibi özellikleriyle belirginlik kazanan ödeme güçlüğü usûllerinde, acizlik hali aranmaz. Normalde acizlik hali gerektiren yeniden yapılandırma araçlarından faydalananlar ve geliştirmekte olan “ödeme güçlüğü usûller” çağında, “iflâs’ hukuku” ve “iflâs öncesi hukuk” arasındaki çizgileri silikleştirirler.⁷⁰³ Bu usûller genellikle sınırlı sayıda alacaklıyı, özellikle de finansal alacaklıları ilgilendirir. Ne kadar erken başlatılırsa başarıya ulaşma olasılığı o kadar yüksek olan erken müdahale yöntemleridir.⁷⁰⁴ Bu usûllerde tasarruf ve yönetim yetkisinin genellikle borçluya bırakılması, kontrolü kaybetme korkusu olmaksızın borçlunun malî sıkıntılarını etkin bir şekilde yönetmesi teşvik etme amacı taşımaktadır. Bir yandan borçlu ve alacaklılar arasındaki müzakereler sonucu ortaya çıkan plana muhalif kalan azınlık alacaklıların yeniden yapılandırma planlarıyla bağlı hale gelmesine imkân sunarken, bir yandan da mahkeme denetimine tabi olmayan ve aleniyet taşımayan özel konkordato usûllerinde (*workout*) karşılaşılan zorlukların aşılması için kanunla düzenlenen bit çerçeve sunmayı amaçlarlar. Bu usûllerin karma yapısı, iflâs usûllerinin farklı yönlerini barındırmakta ve formel yeniden yapılandırma,

⁷⁰¹ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s.862

⁷⁰² Daha önce de belirttiğimiz gibi bu özellikler farklı yazarlar tarafından farklı şekilde ele alınabilmektedir. Bu çalışmada bakımından AB Önleyici Usûller Direktifinde belirtilen araçlar dikkate alınmıştır. (Daha ayrıntılı bilgi için bkz. 2016 Tarihli Komisyon Teklifi, n. 6, ss. 2-9)

⁷⁰³ Gurrea-Martinez, **Future of Reorganization Procedures**, s.831.

⁷⁰⁴ Bork, **Pre-insolvency Frameworks**, s. 7.

dar kapsamlı finansal yeniden yapılandırma (*skinny restructuring*) veya paket satışlar gibi birçok işleme imkân tanımaktadır. Ödeme güçlüğü usûllerinin gelişimi, özellikle *debtor-in-possession* (DIP) yani borçlunun tasarruf ve yönetim yetkisini korumasına imkân tanıyan ve bu usûllere başvurulabilmesi için düşük eşikler getiren ABD İflâs Kanunu'nun 11. Bölümü'nden önemli ölçüde etkilenmiştir. AB Önleyici Usûller Direktifi⁷⁰⁵, erken müdahaleye imkân tanınması, tasfiye yerine yeniden yapılandırmaya yönelmesi ve mahkemenin müdahalesinin sınırlandırılması bakımından 11. Bölümde bulunan usûllerinin temel özelliklerini barındırmaktadır.⁷⁰⁶

5.4.2. Karşılaştırmalı Hukukta Öncü Örnekler ve Uluslararası Çerçeveler

1978 tarihli ABD İflâs Kanunu'nun 11. Bölümü, yeniden yapılandırma kurallarının geliştirilmesinde dünya çapında örnek alınan, başarılı bir model olarak gösterilmektedir. AB de dahil olmak üzere, iflâs sistemlerindeki reformların çoğu, 11. Bölüm'ün çeşitli hükümlerinin iktibas edilmesine dayanmaktadır. 11. Bölüm'ün borçlu merkezli⁷⁰⁷ (*pro-debtor*), yeniden yapılandırmaya dayalı⁷⁰⁸ ve son derece esnek olduğu kabul edilmektedir. 11. Bölümü öven bazı görüşler, bölüm hükümlerinin "*Amerikan ekonomisini ve toplumunu şekillendiren, daha sonrasında da tüm dünyada yankı bulan olağanüstü kurallar panteonunda önemli bir yeri hak ettiğini*" dahi öne sürmüştür.⁷⁰⁹ ABD mahkemelerinde verilen bir kararda, 11. Bölüm'ün amacının "*borçlunun yeniden yapılandırma sürecine girebilmesi için gerekli hukuki korumanın temin edilmesi ve bununla birlikte alacaklıların tasfiye yoluyla sınırlı tatmininden ziyade, işletmenin devam eden faaliyetlerinden (going concern) doğan değerden faydalanmalarının sağlanması*" olduğu belirtilmiştir.⁷¹⁰ Bu bağlamda, 11. Bölüm, takiplerin kendiliğinden (otomatik olarak) ve keskin bir biçimde durdurulmasını

⁷⁰⁵ Önleyici yapılandırma usûllerine ilişkin 20 Haziran 2019 tarih ve 2019/1023 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (AB) [2019] OJ L 172/18-55.

⁷⁰⁶ Bkz. yukarıda 3.3.3 ve 4.2.1. bölümleri

⁷⁰⁷ T. Eisenberg, S. Sundgren, "Is Chapter 11 Too Favorable to Debtors? Evidence from Abroad", **Cornell Law Review**, C. 82, 1997 s. 1532; Gerard McCormack, **Corporate Rescue Law – An Anglo-American Perspective**, Edward Elgar Publishing, 2008, s. 56.

⁷⁰⁸ Paterson, **Rethinking Corporate Bankruptcy Theory**, s. 699.

⁷⁰⁹ Jay L. Westbrook, "The Success of Chapter 11: A Challenge to the Critics", **Michigan Law Review**, 2009, s. 603-604.

⁷¹⁰ In re Canadian Pacific Forest Products Ltd v JD Irving Ltd (1995) 66 F 3d 1436, 1442.

(moratoryum) temin eden, idare yetkisinin borçlu tarafından sürdürüldüğü ve yeniden yapılandırma sürecinin borçlu tarafından yönetildiği bir '*debtor-in-possession*' rejimini, sıra cetvelinde finansman sağlayana öncelik kazandıran sonradan finansman imkanlarını (*super-priority financing*) ve veto imkanlarını kısıtlayarak alacaklıların çoğunluğunun kararlarının azınlık üzerinde bağlayıcılık kazandığı bir '*cross-class cram-down*' mekanizmasını içeren bazı kilit özellikler taşımaktadır.⁷¹¹ 11. Bölüm birçok iflâs düzenlemesine esin kaynağı olmasına karşın, karmaşık yapısı ve küçük işletmelere uygun olmayan mekanizmalar öngörmesi sebebiyle eleştirilere de konu olmuştur.⁷¹²

11. Bölüm'ün, '*debtor-in-possession*' rejimine ve moratoryuma imkân tanıyan yapısı, borçluya yeniden yapılandırma planı teklif etme, mahkeme denetimi altında yönetim hâkimiyetini devam ettirme ve alacaklıların işlemlerini sınırlandırma hususlarında özel yetkiler tanımaktadır. 11. Bölüm'ün bu özellikleri ve bilhassa '*cram-down*' mekanizması tarafların menfaatlerini uyumlulaştırma amacına yönelik kurgusunu yansıtmaktadır.⁷¹³

Buraya kadar çeşitli defalar dile getirdiğimiz gibi iflâs kavramı, sadece tasfiye usûlüyle sınırlı olarak düşünülmemeli borçlu ile alacaklıların menfaatlerini dikkatli bir şekilde dengeleyebilecek geniş bir spektrumda ele alınmalıdır. Bu bağlamda, maddi iflâs koşulları gerçekleşmeden de borçlunun ekonomik sürdürülebilirliğinin izlenmesi, gelecekteki sorunları önlemek ve menfaat dengesini korumak için faydalı bir yaklaşımdır. Bu çerçevede malî durum değerlendirmesinde başvurulabilen *Altman Z-Skoru* (Altman formülü), işletmenin iflâs olasılığını ve yeniden yapılandırmanın başarısını tahmin etmek için başvuru testlerinden en bilinenidir. Edward Altman tarafından 1968 yılında geliştirilen formül, her biri farklı şekilde ağırlıklandırılmış beş farklı finansal oran toplanarak elde edilir. Bu oranlar bir şirketin malî tablolarından elde edilen verilere göre hesaplanır ve şu değişkenleri içerir: (a) işletme sermayesinin

⁷¹¹ Wai Yee Wan, Gerard McCormack, "Schemes of Arrangement in Singapore: Empirical and Comparative Analyses", *American Bankruptcy Law Journal*, C. 94, 2020, ss. 463-505, s. 465

⁷¹² Gurrea-Martinez, *Future of Reorganization Procedures*, s.834.

⁷¹³ Mevorach ve Walters, *Characterization*, s. 865

toplam malvarlığına oranı,⁷¹⁴ (b) geçmiş bilanço yılı karlarının toplam malvarlığına oranı,⁷¹⁵ (c) faiz ve vergi öncesi kazancın toplam malvarlığına oranı,⁷¹⁶ (d) öz sermayenin piyasa değerinin toplam yükümlülüklerle oranı,⁷¹⁷ (e) aktif devir hızı (toplam malvarlığının satışa oranı).⁷¹⁸ Bu oranların belirli ağırlıklarla çarpılması sonucu elde edilen Z-Skoru 3.0'dan yüksek olduğunda düşük iflâs riski, 1.8 ile 3.0 arasında olduğunda orta düzeyde risk, 1.8'den düşük olduğunda ise yüksek iflâs riski olduğu belirtilmektedir.⁷¹⁹ Bu hesaplama, işletmenin malî durumunun değerlendirilmesinde ve iflâs riskinin ölçülmesinde yardımcı olmasına rağmen, şirketin ödeme gücünü değerlendirmede tek başına yeterli olmayabilir. Z-Skoru'nun, diğer malî analiz yöntemleri ve niteliksel değerlendirmelerle birlikte kullanıldığında etkili olduğu belirtilmektedir. Özellikle finansal yeniden yapılandırmada, şirketlerin risk profillerini ve operasyonel verimliliklerini iyileştirmeye yönelik stratejilerin belirlenmesinde önemli bir rol oynar.⁷²⁰

Uluslararası mecrada 11. Bölüm benzeri usûllerin uygulanması, muhtelif devletlerin özgün önceliklerine bağlı olarak farklılık arz edebilmektedir. Örneğin, İngiltere, ABD'nin geniş çerçeveli metodolojisine mukabil, finansal alacaklıların çıkarlarını öne çıkarmakta ve malî sıkıntı içindeki işletmeler için spesifik usûller getirmektedir.⁷²¹ ABD'de bir işletme, İflâs Kanunu'nun 363. maddesi kapsamında bir satışa veya 11. Bölüm kapsamında yeniden yapılandırma planına tabi tutulabilir. Buna karşılık İngiltere'de ise *scheme of arrangement* usûlüne dayanan bir yapılandırma planı aracılığıyla borçların ve hissedarlık durumunun yeniden yapılandırılmasına veya

⁷¹⁴ Bu oran, likiditeyi ve şirketin kısa vadeli yükümlülüklerini ödeme kabiliyetini ölçer. Daha yüksek bir oran, kısa vadeli finansal sağlığın daha iyi olduğunu gösterir.

⁷¹⁵ Bu oran, bir şirketin zaman içindeki karlılığını değerlendirir. Dağıtılmamış karlar, temettüleri ödendikten sonra şirkette tutulan kümülatif karlardır.

⁷¹⁶ Bu oran, sermaye yapısı ve vergi oranlarının etkisi hariç tutulduğunda şirketin operasyonel verimliliğini gösterir.

⁷¹⁷ Bu oran, bir gerileme durumunda hissedarlar tarafından sağlanan rezerv veya amortismanı yansıtır. Ödeme gücünün bir ölçüsüdür.

⁷¹⁸ Bu oran, bir şirketin varlıklarını kullanarak ne kadar verimli satış yaptığını ölçer.

⁷¹⁹ $Z=1,2(a)+1,4(b)+3,3(c)+0,6(d)+1,0(e)$

⁷²⁰ Yukarıdaki 6 dipnot ve erken uyarı yöntemi olarak *Z-Score*'un kullanımı hakkında bkz. Altman, Hotchkiss, Wang, **Corporate Financial Distress**, 10. bölüm özellikle s.194.

⁷²¹ Paterson, **Rethinking Corporate Bankruptcy Theory**, s. 617; Gurrea-Martinez, **Future of Reorganization Procedures**, s.839; Eidenmüller, **The Rise and Fall of Regulatory Competition**, s. 565

önceden paket (*pre-packaged*) satışlar aracılığıyla, genellikle satış değerini yakalayabilecek konumdaki büyük finansal alacaklılara başvurulur.⁷²² 11. Bölüm, finansal alacaklılar odaklı “dar” yeniden yapılandırmalardan daha kapsamlı yeniden yapılandırmalara kadar, çeşitli senaryoları içerebilen esnek ve karma bir yaklaşım sergileyerek, finans piyasalarının dinamik yapısına adapte olmaya çalışmaktadır.⁷²³ AB Önleyici Usûller Direktifi, bazen karmaşıklık ve masraflı olmasına rağmen, erken uyarı ve önleyici yeniden yapılandırmayı kolaylaştırmayı amaçlayarak AB içerisinde ödeme güçlüğü usûllerini uyumlu hale getirmeye çalışmıştır.⁷²⁴

AB Önleyici Usûller Direktifi, daha önce de belirttiğimiz gibi Üye Devletler’in maddi hukuklarına müdahale ederek borçlulara yeni bir fırsat verilmesini, işletmelerin finansman maliyetini düşürülmesini ve bunun önünde iç hukuk sistemlerinde görülen engellerin kaldırılmasını amaçlayan standartlar getirerek önleyici usûllerin uyumlulaştırılmasını amaçlamaktaydı.⁷²⁵ AB Komisyonu direktifin hedefini, maliyeti nispeten daha ağır olan ödeme güçlüğü usûllerinin küçük ve orta ölçekli işletmeler için de daha erişilebilir hale gelmesi olarak belirtmiştir. Komisyon, bu gayeyle ilk olarak 2014’te Üye Devletler’e iç hukuk düzenlerini çağdaşlaştırılmasını tavsiye etmiş⁷²⁶, ne var ki Avrupalı yasa koyucuların rehaveti karşısında⁷²⁷, 2016’da Direktif teklifinde⁷²⁸ bulunarak, Üye Devletlerde uyumlu hale getirilmeye çalışılan önleyici yapılandırma usûllerinin, borçluya sonradan sağlanan finansmandaki geri ödeme oranlarını yükselteceğini, böylelikle borçluya daha uygun maliyetli finansman olanaklarının artmasını sağlayacağını ve daha etkin hale gelen önleyici usûllerin AB finans

⁷²² Paterson, **Rethinking Corporate Bankruptcy Theory**, s. 619.

⁷²³ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 865-866

⁷²⁴ Eidenmüller, **The Rise and Fall of Regulatory Competition**, s. 1, 13

⁷²⁵ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s.859

⁷²⁶ Ticari Acze ve İflâsa Yönelik Yeni Bir Yaklaşım Geliştirilmesine İlişkin 12 Mart 2014 Tarih ve 2014/135/AB Sayılı Komisyon Tavsiye Kararı (2014 Tarihli Komisyon Tavsiye Kararı)

⁷²⁷ 2016 Tarihli Komisyon Teklifi, n. 6, s. 8: “*AB Komisyonu, Tavsiye Kararı’nın 2016 yılında kabul edilmesinin ‘tüm Üye Devletlerde tutarlı değişiklikler açısından istenen etkiyi yaratmadığı sonucuna varmıştır’*”; Daha fazla bilgi için ayrıca bkz. Eidenmüller ve Zwieten, **Restructuring the European Business Enterprise**, ss.625-667.

⁷²⁸ Bkz. 2016 Tarihli Komisyon Teklifi

piyasalarının yapısal gücünü arttıracaklarını iddia etmiştir.⁷²⁹ Direktif’le getirilen düzenlemeler bu esaslar üzerine inşa edilmiştir.

Önleyici Usûller Direktifi, başvurulacak iflâs öncesi usûl sonucunun hakkaniyeti temin edip etmemesi noktasında maddi kıstas getirmemektedir. Öte yandan, iç hukuk düzenlemelerinin, mezkûr usûllerin başlatılmasından itibaren mahkeme müdahalesini sınırlandırmayı amaçlayan asgari uyumlulaştırma hedeflerine uygun hale getirilmesini buyurmaktadır. Bu çerçevede, Direktif’in önerdiği önleyici çerçeve ile ABD İflâs Kanunun 11. Bölümü arasında büyük benzerlikler bulunmaktadır.⁷³⁰ Ne var ki bu benzerlik aynılıktan da uzaktır. Örneğin, 11. Bölümde öngörülen, yapılandırma finansmanı, takiplerin kendiliğinden durması kuralları sert biçimde uygulanırken direktifte bu olanaklara ‘olası iflâs durumu’ koşulu getirilerek taviz verilmiştir.⁷³¹

Direktif, iflâs eşiklerine ulaşılmadan ve kolektif usûllere başvurulması gereği doğmadan, borçlunun faydalanabileceği ve iflâs ihtimali karşısında faaliyetlerini ve borçlarını yapılandırmayı amaçlayan iflâsı önleyici usûllerin bulunmasını zorunlu kılmaktadır.⁷³² Öte yandan, iflâsın açılmasını geciktirmek ve malvarlığı değerini azaltmak amacıyla kötüye kullanım olasılığı karşısında, işletmenin gerçekten ayakta kalıp kalmayacağını ölçüleceği bir uygulanabilirlik testine tabi tutulmasına da olanak vermektedir. Böylelikle iflâs öncesi usûllerine başvurunun kolaylaştırılmasını savunan ve bunun yaratacağı sonuçlardan endişe duyan Üye Devletler arasında bir uzlaşma yolu sağlanmıştır.⁷³³

⁷²⁹ 2016 Tarihli Komisyon Teklifi n.6, s.6-7; Bkz. ayrıca Horst Eidenmüller, “Contracting for a European Insolvency Regime”, *European Business Organization Law Review*, C. 18, S. 2, 2017, s. 277; Eidenmüller *The Rise and Fall of Regulatory Competition*, s. 558; Mevorach Mevorach ve Walters, *Characterization*, s.859

⁷³⁰ Eidenmüller, *Contracting for a European Insolvency Regime*, s. 291; Gerard McCormack, “Corporate restructuring law - a second chance for Europe?”, *European law review*, C. 42, 2017, ss. 532-61, s. 537; Mevorach ve Walters, *Characterization*, s.859.

⁷³¹ Mevorach ve Walters, *Characterization*, s.867

⁷³² 2016 Tarihli Komisyon Teklifi n.6, s. 37; AB Konsey Görüşü n.6, s. 54; Direktif, Başlangıç Hükümleri para. 24

⁷³³ Mevorach ve Walters, *Characterization*, s.867; ayrıca bkz. 2016 Tarihli Komisyon Teklifi n.6, s. 28; AB Konsey Görüşü n.6, s. 3.

Direktif ayrıca Üye Devletler'e, önleyici usûllerin uygulama alanını, malî sıkıntı içerisinde olmasa bile başka ticari sıkıntılarla karşı karşıya olan ve gelecekte malî sıkıntıya düşme ihtimali yaşayan işletmeleri de kapsayacak biçimde genişletmelerine izin verilirken söz konusu zorlukların borçlunun vadesi gelen borçlarını fiilen veya gelecekte ödeme kabiliyetine yönelik gerçek ve ciddî bir tehdit oluşturması koşulu getirmektedir.⁷³⁴ Bu durum, ödeme güçlüğü içinde olmayan borçluların önleyici usûlleri kullanarak iflâs işlemlerini geciktirme ve böylece malvarlığı havuzunun değerini azaltma riskine gireceklerinden endişe eden Üye Devlet'ler ile önleyici usûllere kolay erişimden yana olan Üye Devlet'ler arasındaki karşılıklı tavizi yansıtmaktadır.

Direktif'in sunduğu çerçeve belirgin bir şekilde borçların yapılandırmasını ve işletmelerin ekonomik değerinin korunmasını, malvarlığının alacaklılar lehine tasfiye edilmesinin önüne çıkarmakta, bunların kanunla düzenlenmiş resmi, formel uygulamalar olmasına önem vermektedir.⁷³⁵ Birliğin öngördüğü iflâs modeli, yapılandırma planının içeriği, alacaklı sınıflarının yapıları, kıymet takdiri ve oylamaya ilişkin ayrıntılı kurallar içermekte; özellikle azınlık alacaklıları etkileyen veya yeni finansman getirilmesini içeren planların bağlayıcılık kazanmasını mahkeme tasdikine tabi tutmaktadır.⁷³⁶ Bu yaklaşım, AB'nin ayakta kalabilecek işletmeleri destekleme, istihdamı koruma ve malî sıkıntı durumlarına erken müdahale etme projeksiyonunu ortaya koymaktadır. Direktifin yeniden yapılandırmayı öne çıkarması, malvarlığı tasfiyesi ve gelirlerin alacaklılar arasında paylaştırılması yerine alacaklıların meşru beklentileri gözetilirken, işletmenin ekonomi için toplam değer korunmasına yönelik stratejik bir değişimi yansıtmaktadır.⁷³⁷

2015 tarihli İflâs Tüzüğü borçlunun tasarruf yetkisini ve yönetimini koruduğu DIP usûllerine olanak tanımaktaydı.⁷³⁸ Yönetimde değişikliğe gidilmeden erken müdahaleye imkân veren bu usûller Direktif tarafından da korunmuştur. Bu durum,

⁷³⁴ Direktif md. 4(3), Başlangıç Hükümleri para. 28

⁷³⁵ Direktif md. 2, 3 ve 4.

⁷³⁶ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s.867; Direktif, md. 8-10, 14-15.

⁷³⁷ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s.867

⁷³⁸ Eidenmüller, **The Rise and Fall of Regulatory Competition**, s. 557.

yeniden yapılandırma sürecinde kontrolü ellerinde tuttukları için işletme yöneticilerinin içine düşülen malî zorlukları erken ele almalarını teşvik edecektir. Öte yandan, Borçluda bırakılan tasarruf yetkisi, yöneticinin şahsi sorumluluklarıyla ilgili hükümlerle dengelenmiştir.⁷³⁹ malî sıkıntının erken evrelerinde formel yapılandırma usûllerine başvurmaktan kaçınan, sıkıntıyı görmezden gelerek kafalarını kuma gömen yöneticiler şahsi sorumluluktan kurtulamayacaktır.⁷⁴⁰ Direktif çeşitli Üye Devlet usûllerinde bulunan ve tasarruf ve yönetim yetkisinin kısmen korunduğu bununla beraber zorunlu olarak yahut somut olayın koşullarına göre iflâs kayyımı atanan usûllere de yer vermektedir.⁷⁴¹

Özetle, Direktif'in Üye Devlet hukuklarının uyum sağlamasını beklediği yenilikleri şöyle sıralayabiliriz⁷⁴²:

- 1) Bilançonun pasif tarafında yer alan borç yükümlülüklerinin yeniden yapılandırılmasına sınırlama getirilmemesi ve işletme faaliyetlerinin yeniden yapılandırmasına olanak verilmesi (md. 2(1)(2));
- 2) Önleyici usûllere başvuru imkanının önünü açan “olası iflâs hali” kıstası (md. 1(1)(a), 4(1));
- 3) Sınırlı mahkeme müdahalesi (md.4(6));
- 4) Borçlunun tasarruf yetkisini korumasına (DIP) imkan verilmesi (md.5(1));
- 5) İflâs temsilcisi atanmasının zorunlu olmaması (md. 5(2)(3));
- 6) Dört aydan uzun olmamak kaydıyla takiplerin durması (md. 6);
- 7) Maddi iflâs durumunda olmaması koşuluyla borçlunun iflâs başvurusu yapma yükümlülüğünün askıya alınması (md. 7(1)/(3));
- 8) Müeccel sözleşmelerin fesih veya değiştirilme yasağı (md. 7(5);
- 9) Sadece etkilenen alacaklı sınıflarına ve hissedarlara açık (md. 9, 11) yeniden yapılandırma planı oylaması (md. 8);

⁷³⁹ Direktif md. 5.

⁷⁴⁰ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s.872

⁷⁴¹ Direktif md. 5(2), (3).

⁷⁴² Bkz. Bork, **Pre-insolvency Frameworks**, s.3.

- 10) Tüm alacaklı sınıflarının onayını almayan yeniden yapılandırma planlarının mahkemenin tasdik etmesi hâlinde tüm alacaklılar üzerinde bağlayıcılık kazanması (*cross-class cram-down*) (md. 11);
- 11) Azınlık alacaklıların menfaatlerini etkileyen ve/veya yeni finansman sağlayan planlar mahkemenin onayını gerektirmesi; mahkeme planın alacaklıların menfaatini koruyup korumadığına hızlı ve etkili şekilde karar vermesi (md. 10);
- 12) Mahkemenin onayının Üye Devletlerin iç hukuku kapsamında yargısal denetime tabi tutulma imkânı tanınması ama bunun zorunlu olmaması (md. 16)
- 13) Yeni finansman ve yapılandırmayla ilişkili diğer işlemler için hukuki koruma (md. 17-18)

5.4.3. Ödeme Güçlüğü Usûllerinin Vasıflandırılması

Ödeme güçlüğü usûllerinin ayrıntılı bir şekilde incelenmesi için bu alandaki global aktörlerin eğilimlerinin, yasama faaliyetlerinin ve akademik tartışmaların harmanlanması gerekmektedir. Geleneksel iflâs paradigmalarının yeniden değerlendirilmesi ve giderek daha fazla birbiriyle bağlantılı hale gelen dünyada uluslararası ticaret ve finansmanın gerçeklerine uyum sağlanması yönünde kritik ihtiyaçların da dikkate alınması gerekmektedir. Mesele sadece İngiltere'deki 'scheme of arrangement', İspanya'daki "*acuerdo de refinanciación homologado*" ve Romanya'daki ya da İtalya'daki önleyici konkordato gibi yeniden yapılandırma planlarını uygulamaya koymak değil, aynı zamanda bu yapılandırma planlarının farklı ülkelerde etki doğurmasına olanak verecek hukuki çerçeveleri de bunlarla uyumlu hale getirmektir.⁷⁴³ Örneğin AB Önleyici Usûller Direktifi'nde görüldüğü üzere, direktifin kapsamı ve uyarlanabilir yapısı, farklı malî sıkıntı seviyelerindeki şirketlere yönelik çeşitli müdahalelere imkân sunmaktadır. Müdahalenin zamanlamasına ve şirketlerin özgün koşullarına uyum sağlayabilecek formel yeniden yapılandırma seçeneklerinin

⁷⁴³ Genel olarak bkz. INSOL Europe, "The Rise of Preventive Restructuring Schemes: Challenges and Opportunities", **Papers from the INSOL Europe Academic Forum Annual Conference**, 2018; L. Stanghellini ve diğ., **Best Practices in European Restructuring**, Wolters Kluwer, Milan, 2018

zenginleştirilmesine odaklanması, sermaye piyasalarının kurumsal finansmanda giderek artan rolünü yansıtmaktadır. İflâs mevzuatları da modern kurumsal finansmanın doğasını ve yapısını teyit eden mekanizmalara doğru evrilmektedir.⁷⁴⁴

Ödeme güçlüğü usûllerinin karma yapısı ve tasfiyeden ziyade erken müdahaleye yönelmesi, özellikle iflâsın sınır aşan etkilerinin bulunduğu durumlarda vasıflandırma problemiyle karşılaşılma olasılığını da artırmaktadır.⁷⁴⁵ Bu tartışma, bir usûlün etkisinin evrenselleştirilmesi ile sözleşmeden doğan beklentilere saygı gösterilmesi arasında hassas bir denge kurulmasını gerekli kılmaktadır.⁷⁴⁶ Ödeme güçlüğü usûllerinin uluslararası iflâs hukuku düzenlemelerine dahil edilmesi gerektiğini savunan görüş, bu tür usûllerin salt sözleşmeye dayalı bir yapının ötesine geçerek uluslararası işbirliğinden önemli ölçüde faydalandığını ileri sürmektedir. Sınır aşan iflâs hukukunda hâkim olan uyarlanmış evrensellik ilkesinin, önemli bir yargı reformu gerektirmeden ödeme güçlüğü usûllerini de kapsayacak şekilde uygulanabileceği iddia etmektedir.⁷⁴⁷

Sınır aşan iflâs hukukunun uluslararası alanda kabul gören belgelere yansıyan eğilimi, iflâs ve yeniden yapılandırma hukukunun genel gelişimini takip etmektir. Yukarıda belirttiğimiz gibi ABD'deki 'hafif dokunuşlu' (*light touch*) önleyici yeniden yapılandırma yöntemleri bu eğilimin merkezinde yer almaktadır. 11. Bölüm'ün, şeffaflık, alacaklıların kolektif menfaatlerini gözetme ve mahkeme gözetimi açısından yeterli olup olmadığı ve transplantasyon politikası sorgulanabilir.⁷⁴⁸ Ancak uluslararası belgelerin, bu özellikleri taşıyan önleyici yabancı usûllerin de etki doğurması yönünde, daha kapsayıcı bir yönde ilerlediği gözlemlenmektedir.

⁷⁴⁴ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s.857

⁷⁴⁵ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 861

⁷⁴⁶ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 876

⁷⁴⁷ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 864

⁷⁴⁸ Örneğin bkz. Bkz. Selçuk Öztekin, Ali Cem Budak, Müjgan Tunç Yücel, Bilgehan Yeşilova, Serdar Kale, **Yeni Konkordato Hukuku**, İkinci Önsöz ; Melike Arslan, “Differentiating and connecting indicators: the quality and performance of law in the World Bank’s Doing Business Project”, **International Journal of Law in Context** 2020, S.16, ss. 18-21; Katharina Pistor, “The Standardization of Law and Its Effect on Developing Economies”, **G-24 Discussion Paper Series**, No. 4, 2000, ss. 2-5

Bu eğilim, sınır aşan iflâsı konu alan uluslararası çerçevelerin kapsamına ilişkin bazı normatif problemleri karşımıza çıkartmakta, bu düzenlemelerin alanının aşırı kapsayıcı hale gelebileceği yönündeki endişeleri de gündeme getirmektedir. Borçlunun COMI'sinde, o yerin iflâs hukuku politikasına uygun olarak tasarlanmış yerel bir ödeme güçlüğü usûlüne evrensel etki tanımak, uyarlanmış evrenselciliğin saygı göstermeye çalıştığı çeşitlilik lehine gereğinden fazla taviz verilmesine yol açabilir mi sorusunu gündeme getirmektedir. Bu bağlamda, egemenlik ve hâkimiyet prensibine daha fazla dikkate alınması gerekip gerekmediği, önleyici ödeme güçlüğü usûllerinin, geleneksel iflâs usûlleri gibi uluslararası çerçevelerin sunduğu tanıma, işbirliği ve adli yardımlaşma mekanizmalarıyla uyumu ve bu çerçevelerin kapsamına alınmasının olası sonuçları tartışılmaktadır. Bu konulara doktrinde cevap arayan iki ana yaklaşım bulunmaktadır.

Bu yaklaşımlardan ilki olan “Tam Kolektiflik” yaklaşımı, sınır aşan iflâs usûllerinin ele alınırken karşılaşılan malvarlığı havuzu sorununu odaklanmış ve gerçek anlamda işbirliğine dayalı bir çözüme ulaşmak için tüm alacaklıların iflâs usûllerine dahil edilmesi gereğini savunan bir yaklaşım geliştirmiştir.⁷⁴⁹

‘Tam kolektiflik’ yaklaşımı, bir usûlün nasıl tamamen kolektif bir süreç olarak işlemesi gerektiğini belirleyen temel ölçütleri barındırmaktadır. Bu yaklaşıma göre, böyle bir usûl yalnızca ilgili tüm alacaklıların endişelerini ele almakla kalmamalı, aynı zamanda birel cebri icraları da uygun bir şekilde sınırlandırmalıdır. Bu sınırlama iki yolla olabilir: Birincisi, takiplerin durdurulması gibi usûli tedbirlerin uygulanmasıyla; ikincisi ise, alacağın temelini oluşturan maddi talebin dayanağının değiştirilmesi yoluyla.⁷⁵⁰

Mevorach'ın vurguladığı üzere, bu yaklaşım, iflâs hukukunun, yalnızca iflâs usûlünün tamamen kolektif olduğu durumlarla sınırlı olarak, alacaklıların meşru beklentilerini, yetkili mahkeme ve alacağın esasına uygulanacak hukuk da dâhil olmak üzere geçersiz kılması gerektiğini savunmaktadır⁷⁵¹. Uluslararası iflâs bağlamında

⁷⁴⁹ Eidenmüller, **What Is An Insolvency Proceeding?**, ss. 66-68.

⁷⁵⁰ Eidenmüller, **What Is An Insolvency Proceeding?**, ss. 66-67.

⁷⁵¹ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s.876

köklü sonuçları olabilecek bu iddia, alacaklı kolektifinin ortak çıkarlarını, sözleşmeden doğan bireysel beklentilerin üstünde tutmaktadır.

Eidenmüller, AB İflâs Tüzüğü ve Model Kanun üzerine yaptığı değerlendirmelerde bu iki düzenlemenin uluslararası iflâs usûllerine olan etkilerindeki farklılığa dikkat çekmektedir. Tüzük'ün bölgesel emredici özelliğinin otomatik olarak evrensel etki yarattığını, buna karşılık Model Kanun'un tanıma ve tenfiz etkisinin nispeten daha zayıf olduğunu belirtmektedir.⁷⁵² Bu ayrım, farklı hukuk sistemlerinin yabancı iflâs usûllerini nasıl yorumladığı ve etki tanıdığına değerlendirilmesi açısından önem taşımaktadır. Özellikle ABD mahkemelerinin, 15. Bölüm kapsamında, yabancı yeniden yapılandırmaları desteklemek adına yabancı mahkemelerin verdiği takiplerin kalıcı olarak durdurulması kararlarını uygulaması, yabancı iflâs usûllerinin ABD hukukunda etki doğurmasına izin verildiği gösteren bir örnek olarak sunulmaktadır.⁷⁵³

Tam kolektiflik yaklaşımının özünde, alacaklıların irade özerkliğini koruma hedefi yatmaktadır. Bu durum, özellikle mahkeme seçimi ve uygulanacak hukuk konularında, borçlunun COMI'sinin iflâs hukukundan kaynaklanabilecek müdahalelerinden korunması gerektiği vurgusunda görülmektedir⁷⁵⁴. Kuram, sözleşme dışı alacaklar bakımından da milletlerarası özel hukukun genel gösterici kuralları çerçevesinde çözüm getirilmesi gerektiğini savunmaktadır⁷⁵⁵.

Bu yaklaşım, hangi iflâs usûllerinin tam kolektif usûl olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirleyen net sınırlar getirmektedir. Eidenmüller, alacaklıların haklarının mahiyetinde zorla değişiklik yapılmasına izin veren ve geniş ertelemeler uygulayan (*stay*) usûlleri, örneğin ABD'deki 11. Bölüm iflâs usûllerinin, tam kolektif olarak değerlendirilen usûller arasında saymaktadır.⁷⁵⁶ Öte yandan, Birleşik Krallık'taki 'scheme of arrangement' veya Fransa'deki "*procédure de sauvegarde accélérée*" gibi

⁷⁵² Eidenmüller **What Is An Insolvency Proceeding?**, ss. 67-68.

⁷⁵³ Eidenmüller **What Is An Insolvency Proceeding?**, s.70.

⁷⁵⁴ Eidenmüller **What Is An Insolvency Proceeding?**, s.71.

⁷⁵⁵ Eidenmüller **What Is An Insolvency Proceeding?**, s.71.

⁷⁵⁶ Eidenmüller **What Is An Insolvency Proceeding?**, ss. 68-69.

usûlleri, alacaklıların taleplerinin yalnızca bir kısmını yeniden yapılandırmayı amaçlayan sınırlı kapsamları nedeniyle tam kolektif olmayan usûller olarak değerlendirmekte ve bu nedenle de bu kapsamın dışında bırakmaktadır.⁷⁵⁷

Tam Kolektiflik yaklaşımının önemli bir çıktısı da ödeme güçlüğü usûllerine yöneliktir. Bu bağlamda, finansal yeniden yapılandırmayı hedefleyen dar (*skinny*) yapılandırma usûllerinin *de facto* özel usûl olarak ele alınmasını ve sözleşme temelli sulh usulleri olan özel konkordato (*workout*) kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁷⁵⁸

Diğer bir yaklaşım olan “*Ayrı Alanlar/Ayrı Normlar*” yaklaşımı ise, iflâs ve yeniden yapılandırma usûlleri arasında keskin bir ayrım yapmaktadır. Esas olarak Madaus tarafından dile getirilen yaklaşım, bu iki alanın farklı normatif temellere, ayrı işlevlere sahip alanlar olarak ele alınmasını önermektedir.⁷⁵⁹

Madaus, iflâs hukukunun alanını, malvarlığı havuzu sorununu ele alan ve paylaşırma işlemlerine odaklanan bir alan olarak tanımlamaktadır. Bu tanımlama, malvarlığının yıkıcı birel takip yarışından korunmasını, yetersiz malvarlığı havuzuna karşı taleplerin toplu olarak ele alınmasını ve dağıtım için tasfiye ilkelerine bağlı kalmayı kapsamaktadır.⁷⁶⁰ Öte yandan, yeniden yapılandırma hukuku, taraflar arasında, ilerideki gelir akışı sonucunda ortaya çıkacak haklar üzerinde, mahkeme destekli sözleşmeler olarak görülmektedir. İflâs hukukunun malvarlığı tasfiyesine odaklanan yaklaşımından farklı olarak, yeniden yapılandırma, borçlu ve alacaklılar arasında gelecekteki gelirler üzerinde yeni pazarlıklar yapılmasını gerekli kılacaktır.⁷⁶¹

Madaus’un yaklaşımı, ayrıca malvarlığının gelecekteki olası kıymeti üzerinden yapılan bir pazarlığa dayanan hukuki çerçevenin, kolektif, külli malvarlığı tasfiyesi ve paylaşımından farklı olması gerektiğini belirtmektedir. Bu ayrım, yeniden

⁷⁵⁷ Eidenmüller, **What Is An Insolvency Proceeding?**, s. 69

⁷⁵⁸ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 876

⁷⁵⁹ Madaus, ss. 615-647.

⁷⁶⁰ Madaus, ss. 622-624.

⁷⁶¹ Madaus, ss. 622-624.

yapılandırmanın, iflâsın “ortak malvarlığı havuzu” sorununun aksine, bir “ortak olmayan malvarlığı” sorununu ele aldığı fikrinden kaynaklanmaktadır. Ortak olmayan malvarlığı sorunu, mülkiyet hakları parçalı olduğu hallerde ortaya çıkar. Koordine edilmemiş yararlanmanın sınırlı olan malvarlığına zarar verdiği ortak malvarlığı havuzu sorununun aksine, tekil alacaklıların vetoları nedeniyle malvarlığından yeterince fayda sağlanamamasına yol açar.⁷⁶²

Bu doğrultuda, yeniden yapılandırma hukuku, tasfiye hukukunun dağıtıcı normları yerine, vetoların sebep olduğu kilitlenmenin üstesinden gelinmesine yönelik sözleşme ve şirketler hukuku ilkelerine dayanmalıdır.⁷⁶³ Bu bakış açısı, yeniden yapılandırma hukukunu, öncelik kuralları da dahil olmak üzere tasfiye ilkelerinden ayırmakta ve iflâs hukuku kapsamı dışında gelişen taraf beklentilerine dayandırmaktadır.⁷⁶⁴

Madaus, yeniden yapılandırma hukukunun, ABD hukukundan farklı olarak, AB hukukunda anayasal temeller üzerinde şekillendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. ABD hukukunun, eyaletlerde sözleşmelerin ihlal edilmesine olanak tanıdığını vurgulayarak, AB iflâs hukukunun, ABD hukukunun etkisinden uzaklaşmasını ve bunun yerine Avrupa hukuk geleneklerine dayalı bir yaklaşım geliştirmesini önermektedir.⁷⁶⁵ Ancak, “Ayrı Alanlar” yaklaşımının, dar yapılandırma ve karma yapılandırma usûllerini uluslararası iflâs hukukunun kapsamı dışında bırakma ihtimali bulunmaktadır. Bu durum, sınır aşan iflâs meselelerinin milletlerarası özel hukukun genel kuralları tarafından çözülmesine terk ederek, iflâs alanındaki uluslararası çerçevelerde boşluklar yaratabilir.⁷⁶⁶

Sonuç olarak, “Ayrı Alanlar/Ayrı Normlar” yaklaşımı, iflâs ve yeniden yapılandırma hukuku arasındaki ilişkinin temelden yeniden düşünülmesini

⁷⁶² Madaus, ss. 634-635; M. A. Heller, “The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets”, **Harvard Law Review**, 1998, ss. 621-688; M.A. Heller, **The Gridlock Economy**, Basic Books, New York, 2008.

⁷⁶³ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s.877

⁷⁶⁴ Madaus, ss. 622-624.

⁷⁶⁵ Madaus, ss. 629-630.

⁷⁶⁶ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 877

önermektedir. Sınır Aşan iflâs ve yeniden yapılandırma usûllerinin, uluslararası iflâs hukuku alanındaki kavramsallaştırılmasına ve uygulamasına ilişkin dair sonuçlar doğuracak biçimde farklı hukuki ve normatif temeller olduğunu ileri sürmektedir. Öte yandan, bu yaklaşım, iflâsın, ödeme güçlüğü usûllerini kapsam dışı bırakması nedeniyle, uluslararası iflâs hukuku çerçevesinden bakıldığında bazı açılardan yetersiz kalmaktadır. Kanaatimizce iflâs ve yeniden yapılandırma hukuku, iki ayrı hukuk kurumu olarak ele alınmak yerine, süreklilik içerisinde değerlendirilmeli, birinden diğerine doğru bir akışın bulunduğu bütünleşik bir hukuk kurumu olarak ele alınmalıdır.⁷⁶⁷ Bu konuyla bağlantılı aktarabileceğimiz itirazları dört ana başlık altında ele alabiliriz.

İlk olarak bu yaklaşım dar anlamdaki iflâs dışında kalan usûlleri sözleşme hukukuna yakınlaştırmaktadır. Ne var ki gerek dar anlamda iflâs gerekse ödeme güçlüğü düzenleyen diğer usûllere dair hukuki çerçevenin-malvarlığını en iyi şekilde korumak ve azami düzeye çıkarmak amacıyla-toplu dava sorunlarına yanıt vermeyi amaçlayan bütünleşik bir maddi hukuk düzenlemesi ve bunu COMI esasıyla ele alması amaçlanan tek bir mahkeme yetkisi çerçevesinde düşünülmesi gerekir. Bu çerçeveden bakıldığında, ödeme güçlüğü usûllerinin sınır aşan iflâs hukukunun kapsamı dışında bırakarak sözleşmeye dayalı bir yaklaşımın geliştirilmesi, iki sorunla karşılaşılmasına sebep olacaktır:

Bu noktada öncelikle, maddi iflâs açısından bakıldığında; düşük giriş eşiği olan ödeme güçlüğü usûllerinin, uluslararası iflâs çerçevelerinin kapsamı dışında bırakılması, sınır aşan iflâslarda erişimin zorlaşmasına neden olacak ve bu durum borçlunun malî sıkıntının erken evrelerinde yabancı ülkelerdeki menfaatlerini yeniden yapılandırmaya dahil etmesini güçleştirecektir. Netice olarak sıkıntının daha geri dönüşsüz hale geldiği çöküş aşamasında gerçekleşecek yapılandırmalarla karşılaşılmasına sebep olacaktır. Bundan başka, milletlerarası özel hukuk açısından bakıldığında ise yabancılık unsuru içeren ödeme güçlüğü problemlerine verilen hukuki yanıt, müdahalenin gerçekleşeceği çöküş eğrisi üzerindeki noktaya veya müdahalenin

⁷⁶⁷ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 877

biçimine bağlı olarak farklı bağlama kurallarının ortaya çıktığı parçalı bir yapı sergileyebilecektir.⁷⁶⁸

Madaus ayrı alanlar ayrı normlar yaklaşımını- ve bununla bağlantılı olarak- uluslararası iflâs hukukunun fazla kapsayıcı olmasına getirdiği eleştirisini, tasfiye usûlleri dışında kalan birçok usûlün aslında sözleşmeye dayalı olmasına, dolayısıyla alacaklı ya da borçlunun irade özerkliğini kısıtlama/geçersiz kılma özelliğinin sınırlı olmasına dayandırmaktadır. Mevorach'a göre bu eleştirinin temelinde, COMI hukukunun ve mahkemenin yargılama yetkisinin evrensel olarak uygulanmasının - dolayısıyla katı bir şekilde aşırı genişletilmesinin - uyuşmazlığın çözümü için başka bir hukuku seçen ve anlaşmazlıklarını gidermek için başka bir mahkemeye başvurmayı öngören alacaklıların meşru beklentilerine zarar verdiği iddiası yatmaktadır.⁷⁶⁹ Bu itirazın temelinde, genellikle ekonomik bir boyutun bulunduğu, yani alacaklı beklentilerinin geçersiz kılınmasının, kredi maliyetlerini önceden etkilediği gerekçesi yatmaktadır. Bu durumun sadece iflâs sürecine giren firmaları değil, potansiyel olarak iflâs edebilecek firmalarla sözleşme yapan tarafları da etkilediği, dolayısıyla büyük bir önem taşıdığı ileri sürülebilir.⁷⁷⁰ Ancak, finansman maliyeti üzerindeki olumsuz etkilerle ilgili bu tür iddiaların yaygın olmasına rağmen, güvenilir ampirik kanıtlarla desteklendiğine nadiren rastlanmaktadır.⁷⁷¹ Bu eksiklik, sınır aşan iflâs hukuku uygulamalarının eleştirilmesinde ve değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken önemli bir noktadır.

Dar yeniden yapılandırma usûllerinde, alacaklılar genellikle sofistike ve çok uluslu şirketler olup, beklentileri sözleşmeler kadar yeniden yapılandırma piyasasındaki eğilimler tarafından da şekillenmektedir. Bu tür alacaklılar için, borçlunun malî sıkıntıda olması ve olabildiğince verimli bir şekilde yeniden yapılandırma sonucu elde edilmesi amacıyla buna elverişli bir yerde yeniden yapılandırma arayışına girilmesi şaşırtıcı değildir. Bu durum, borçluların COMI'lerini

⁷⁶⁸ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 878

⁷⁶⁹ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 878

⁷⁷⁰ O. Hart, 1995, **Firms, Contracts, and Financial Structure**, Oxford University Press, Oxford, ss. 156-185

⁷⁷¹ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 878

taşıyarak özel olarak kabul edilmiş uygulanacak hukuku ve uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını 'yabancı' bir COMI devleti yeniden yapılandırma rejimiyle değiştirebilme yetenekleri de dahil olmak üzere kötüye kullanılan *forum shopping* ile ilgili endişelere sebep olsa da; borçlunun finansal alacaklılarının büyük bir çoğunluğunun kabulü olmadan başarılı bir yeniden yapılandırmanın gerçekleşmesinin zor olduğu da bir gerçektir.⁷⁷² Bu bağlamda, uygulamada alacaklılar iflâs ve yeniden yapılandırma usûllerinin gerçekleşeceği yeri önceden belirlemek için COMI beyanları ve taahhütleri gibi çeşitli sözleşmeye dayalı araçlar kullanmaktadır. Örneğin, *in Re Videology Limited* meselesinde görüldüğü gibi, alacaklılar bu tür mekanizmaları etkin bir şekilde kullanarak, iflâs ve yeniden yapılandırma işlemlerinin yönlendirilmesinde etkili rol oynamaktadır.⁷⁷³ Bu durum, alacaklıların iflâs ve yeniden yapılandırma usûllerindeki önemini ve bu işlemlerdeki beklentilerinin belirleyiciliğini yansıtmaktadır.

COMI mahkemesinin veya hukukunun alacaklı beklentilerini boşa çıkarması hususundaki asıl mesele iki yönlüdür. Meselenin bir yönü, çoğunluğun belirlediği projeyi engelleme riski olan azınlığı sınırlandıracak mekanizmalara işaret ederken (*cross-class cram down*); diğer yönü ise önerilen anlaşmanın şartlarını beğenmeyen azınlığı koruyabilecek mekanizmalara odaklanmaktadır. Burada azınlığın korunması önemli olmakla birlikte, borç piyasalarındaki uygulamalarla şekillenen ve çoğunluğu temsil eden menfaatlerin, kendi tercih ettiği yeniden yapılandırma rejiminde sözleşmeyi değiştirmek istemesi halinde; azınlık beklentilerinin doğrudan geçersiz kılınmasına ihtiyaç duyulması alacaklılar arasındaki dengeyi bozabilecek niteliktedir. Azınlık menfaatleri, borçlu işletmenin finansal belgelerinden anlaşılan COMI'sine göre belirlenecek hukuk ve yetkili mahkemeye göre şekillenmektedir. Özellikle, çoğunluk menfaatlerinin sözleşme hükümleri, COMI beyanları ve taahhütleri gibi unsurlarla şekillendiği ve azınlık menfaatlerinin ise “yeterli koruma” gibi Model Kanun kavramlarıyla korunması nedeniyle, azınlık beklentilerini geçersiz kılmanın gereksizliği daha da belirgin hale gelmektedir. Bunun yanı sıra, dar yeniden yapılandırmalar, sadece finansal alacaklılar bakımından değil, genel olarak daha geniş

⁷⁷² Bkz. Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 878 s. 23; Adrian Walters, “United States’ Bankruptcy Jurisdiction over Foreign Entities: Exorbitant or Congruent?”, **Journal of Corporate Law Studies**, C. 17, S. 2, 2017, ss. 367-404, s. 373

⁷⁷³ *Re Videology Limited* [2018] EWHC 2186 (Ch), [2019] BCC 195, [64]-[69]

bir etki yaratma imkanına sahiptir. Başarılı bir yeniden yapılandırma, malî krizi erken safhasında önleyerek borçlu ile işletme ve alacaklıları arasında kurulan ticari ilişkinin devam etmesini ve gelişmesini sağlama gücüne sahiptir. Bu bağlamda, yeniden yapılandırma usûllerinin genel olarak ekonomik verimlilik üzerinde önemli bir etkisi olduğu ve bu işlemlerde alacaklıların çıkarlarının dengeli bir şekilde ele alınmasının gerekliliği ortaya çıkmaktadır.⁷⁷⁴

Ayrı alanlar ayrı normlar yaklaşımına getirilebilecek ikinci bir itiraz ise “yeterli koruma” başlığı altında geliştirilebilir. Uluslararası iflâs hukukunda, uyarlanmış evrensellik yaklaşımının baskın olduğunu ve bunun, alacaklıların yabancı mahkemelerde eşit muamele görmelerini sağlamak için bir yapı taşı görevi gördüğünü belirtmiştik. Bu yaklaşım, kamu düzeni müdahalesi veya tanıma için “yeterli koruma” eşiği gibi güvenceler sağlayarak, alacaklıların haklarını koruma altına almaktadır.⁷⁷⁵

Tanıma ve adli yardım usûllerine ilişkin kamu düzeni istisnası gibi güvencelerin, yeniden yapılandırma bağlamında uygun bir şekilde uygulanabilmeleri için olabildiğince açıklayıcı ve ayrıntılı hukuki düzenlemelerin getirilmesi gerekebilir. Örneğin, Model Kanun’a eşlik eden kılavuzlara bu konularda açıklayıcı notlar eklenebilir.⁷⁷⁶ Yeniden yapılandırma hukuku, çeşitli önleyici usûllerin evrimiyle birlikte sürekli gelişim göstermesi sebebiyle, bu alandaki adalet kavrayışı da dinamiktir.⁷⁷⁷ Uyarlanmış evrenselliğin gerektirdiği normatif çerçeveye göre biçimlenmekte olan Model Kanun ve birçok yönüyle AB İflâs Tüzüğü gibi araçların, “milletlerarası özel hukuk adaletinin” standartlarını da netleştirecek biçimde, ödeme güçlüğü usûllerinin tanımaya elverişliliği konusunda daha açıklayıcı olması gerekmektedir. Böylelikle standartlara uyan ve uymayan usûllerin tanıma ve tenfize elverişliliği hususunda daha net bir görüntü oluşacaktır.

Yeniden yapılandırmadaki maddi adaletin gereklilikleri ve mezkûr usûllerin farklı aşamalarında bu adaletin büründüğü görünüm, Direktif gibi araçlarda ve yapılan

⁷⁷⁴ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 24

⁷⁷⁵ AB İflâs Tüzüğü, md. 33, 38; Model Kanun, md. 6, 21(2), 22(1)

⁷⁷⁶ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 36

⁷⁷⁷ Paterson, **Rethinking Corporate Bankruptcy Theory**, s.710

mukayeseli hukuk çalışmalarında ele alınmaya başlanmıştır. Bu araçlar, bu alanda daha net uluslararası standartların belirlenmesine katkıda bulunmaktadır.⁷⁷⁸ Özellikle AB gibi, karşılıklı güven (*mutual trust*) ilkesine ve otomatik tanımayaya dayalı bölgesel iflâs rejimlerinde, ödeme güçlüğü usûllerinin uyumlaştırılmasını, yeknesak uygulamayı kolaylaştırmaktadır.⁷⁷⁹ Öncelik ilkesi (*primacy*) ve üstünlük ilkesi (*supremacy*) gibi AB hukukuna içkin kavramlarla biçimlenmeyen uluslararası çerçevelerde ise, daha az uyumlaştırma ve daha karmaşık bir güven sistemi bulunması nedeniyle, kamu düzeni müdahalesi veya yeterli koruma eşiği kavramının daha önemli bir rol oynayacağı görülmektedir. Ne var ki, bu kavramların kullanımında sınırlandırma getirilmesi, özel hukukun genel bir hedefidir.

Madaus’a getirebileceğimiz bir başka itiraz ise, iflâs sürecinin bütünlüğü içerisinde; iflâs olasılığına yanıt veren yeniden yapılandırma hukuku ile fiili iflâsa yanıt veren iflâs hukuku arasında ayırım yapılmasının faydadan çok zarar sebep olacağı yönündedir.⁷⁸⁰ Borçlunun malî sıkıntılarına erken müdahalede bulunulması, işletmenin batmasına yakın yapılacak müdahaleye nazaran daha başarılı sonuçlar verecektir. Bu bağlamda, iflâs ve yeniden yapılandırma arasındaki ilişki ayrı alanlar olarak değil belirli bir süreklilik içerisinde bağlantılı ve bütünlüklü değerlendirilmelidir. Şöyle ki;

Bir borçlunun herhangi bir zamanda ‘iflâs etmiş’, ‘muhtemelen iflâs etmiş’ veya ‘kurtarılabilir’ olduğunu kanıtlamanın zorluğu ve malî sıkıntının durağan değil dinamik bir yapıya sahip olması sebebiyle, hukuk sistemleri, ‘vadesi gelen borçlarını ödeyememe’⁷⁸¹ kriteri gibi tetiklere ve gerek mahkeme gerekse atanan iflâs kayyımı tarafından belirli aralıklarla bildirimlerde bulunulmasını gerektiren⁷⁸² aygıtları düzenlemektedir. Bu durum, erken müdahale yapılması hâlinde kurtarılabilen bir işletmenin müdahale yapılmaması sebebiyle tasfiye edilmesi gereken “yaşayamaz” bir işletmeye dönüşebileceğine işaret etmektedir. Burada bir süreklilik ilişkisi mevcuttur.

⁷⁷⁸ Bkz. Stanghellini ve diğerleri, **Best practices in European Restructuring**,

⁷⁷⁹ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 37

⁷⁸⁰ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 24

⁷⁸¹ Bkz örn. İİK md. 309/m; İİK md.285; İİK md. 177/f.3 İngiltere de Insolvency Act 1986, s. 123(1)(a)

⁷⁸² Bkz. örn. mülga İİK 179/a ve yürürlükteki İİK md. 290/(d); İİK md. 309/p

Buradaki süreklilik aynı zamanda dinamik bir süreçtir. Zaman içerisinde durumda değişiklik yaşanabilir, bu değişiklikler sebebiyle borçlu, alacaklılar, iflâs kayyımı ve mahkeme başta uzlaştıkları plan hakkında sonradan karşı karşıya gelebilirler ve yeniden yapılandırma ile başlayan süreci bir tasfiye sürecine çevirebilirler.⁷⁸³

Bununla birlikte, yeniden yapılandırma ve tasfiye arasında maksat bakımından temel bir fark olmadığı sadece metodolojik bir farklılık olduğu belirtilmektedir. Bu usûllerden birisi malvarlığının paraya çevrilerek üçüncü kişilere satışına ve alacakların böylelikle tatmin edilmesine odaklanırken, diğeri borçlunun gelecekteki gelirlerinin mahkeme temelli bir değerlendirmeye alacaklılara dağıtılmasına odaklanmaktadır.⁷⁸⁴ Bu iki usûl arasında geçişi, mahkemenin tek bir usûl işlemiyle gerçekleşmesi mümkündür.⁷⁸⁵

Yine, yeniden yapılandırma ve tasfiye, alacaklılar bakımından malvarlığı değerinin nasıl azamiye çıkarılacağı konusuna yapılacak müdahalenin biçimi bakımından bir yönetim meselesidir. İflâs usûlleri, alacaklıların topluca zarar görebileceği, tek başına ve koordine yürütülmeyen takiplere karşı sürecin en başında müdahale eden mekanizmalar getirerek malvarlığının korunmasını sağlarken, ödeme güçlüğü usûlleri bunu, yeniden yapılandırmaya engel olabilecek, zarar verebilecek azınlık alacaklıların veto (*free-rider*) etme sorununu ele alır.⁷⁸⁶

Birçok hukuk sisteminde, ödeme güçlüğü yaşayan işletmelerdeki yönetme yetkisi, borçludan, iflâs kayyımı ve alacaklılara doğru kaymaktadır.⁷⁸⁷ Kurtarılabilir bir işletmenin tasfiyesine yönelmesi veya tasfiye edilmesi gereken bir işletmenin yeniden yapılandırılmasına başvurulmasında olduğu gibi kayyım veya önemli

⁷⁸³ Bkz. mülga İİK 179/b ve yürürlükteki İİK md. 292, İİK md. 309/t; Nicholaes Tollenaar, “The European Commission’s Proposal for a Directive on Preventive Restructuring Proceedings”, *Insolvency Interlligence*, C. 30 S. 5, 2017, s. 71; Mevorach ve Walters, *Characterization*, s. 24

⁷⁸⁴ Tollenaar, *The European Commission’s Proposal*, s. 71

⁷⁸⁵ Bkz. İİK md. 292, İİK md. 309/t

⁷⁸⁶ Paterson, *Rethinking Corporate Bankruptcy Theory*, ss. 699–700; 702; Mevorach ve Walters, *Characterization*, s. 25

⁷⁸⁷ Bkz. İİK md. 309/m ve İİK. 309/p

alacaklıların yanlış kararlar alma olasılığı yine bu sürekliliğin bir parçası olarak değerlendirilmelidir.⁷⁸⁸

Sonuç olarak, kanaatimizce iflâs ve yeniden yapılandırma, iki ayrı hukuk kurumu olarak ele alınmak yerine, süreklilik içerisinde değerlendirilmeli, birinden diğerine doğru bir akışın bulunduğu bütünleşik bir hukuk müessesesi olarak ele alınmalıdır.⁷⁸⁹ Zira malî sıkıntı yaşayan ve iflâs olasılığıyla karşı karşıya kalan bir borçlu, ek finansman koşullarını ihlal ederek yahut temerrüde düşerek ödeme güçlüğü durumundan tam iflâs durumuna çok keskin bir şekilde geçebilir.⁷⁹⁰ Ödeme güçlüğü ve iflâs usûllerini birbirinden ayıran yaklaşımlar bu geçişkenliği gözden kaçırabilmektedir.

Borçlunun malî sıkıntılarının değişkenliği ile yapılandırma ve tasfiye usûllerinin geçişkenliği göz önünde tutulduğunda, uluslararası adli yardımlaşma ve işbirliğini gerektirecek sınır aşan yeniden yapılandırmaların ortaya çıkma olasılığı yüksektir. Mevcut uluslararası iflâs çerçevelerinin kullanılması ve gelecekte yeni araçların da benimsenmesi olasılığı, borçluların yapılandırmadan olumlu sonuç elde etmelerine katkıda bulunabilir. Özellikle, hakkında yabancı bir ülkede iflâs takibi başlatılması ya da malvarlığı unsurlarının bulunduğu yerde birel icra takibine uğrama riski karşısında sınır aşan iflâs araçları borçluya önemli koruma sağlayacaktır.⁷⁹¹

Olası iflâstan, iflâsa doğru bir geçiş ihtimali olduğu durumlarda, yapılandırmaya itiraz eden ancak azınlıkta kalan ve agresif yatırım stratejileri uygulayan bir yatırım fonu (örneğin bir hedge fonu), borçlunun malvarlığı unsurlarının bulunduğu başka bir ülkede iflâs veya birel icra usûlleri başlatarak kendi konumunu güçlendirme yoluna gidebilir.⁷⁹² Bu tür taktikler karşısında, Model Kanun gibi araçlar, alacaklının yeniden yapılandırmayı engelleme girişimlerine karşı önemli koruma sağlayacaktır. Bu araçlar, borçlunun malvarlığının bulunduğu ülkelerde takiplerin durmasını sağlayarak, tekil

⁷⁸⁸ Mevorach, **Forum Shopping**, ss. 524-527

⁷⁸⁹ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 26

⁷⁹⁰ Paterson, **Rethinking Corporate Bankruptcy Theory**, s. 711, 713, 715, 721

⁷⁹¹ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 26; Bkz. ayrıca yukarıda 3.2.2.1

⁷⁹² Bkz. örneğin Re Colt Telecom Group Plc [2002] EWHC 2503 (Ch), [2003] 1 BCLC 290

alacaklının yeniden yapılandırmayı sabote etme girişimine karşı koruma sağlar.⁷⁹³ Bu tür tasarruf hükümleri, sınır aşan iflâs ve yeniden yapılandırma usûllerinde tekil alacaklıların yapabilecekleri işlemleri kayıtlayarak, alacaklı kolektifi içindeki menfaatlerin dengelenmesinde ve borçlulara daha fazla koruma sağlanmasında hayati rol oynayabilir.⁷⁹⁴

Sınır aşan iflâs hukukunda kullanılan araçlar, yeniden yapılandırma planlarının etkilerinin tanıma ülkesine/ülkelerine yayılması için olanak sağlar. Bu araçlar, yapılandırma planı kapsamında yer alan azınlık alacaklıları ve bilinmeyen alacaklıları nerede olurlarsa olsunlar, planla bağlama imkânı sunar ve başarılı sonuçlar elde etme olasılığı olan planların bozulması ihtimali karşısında koruma sağlar. Ancak, yeniden yapılandırma planlarının genel nitelikteki kanunlar ihtilafı kurallarının kapsamında ele alınıp alınmayacağı hususunda, halihazırda önemli bir belirsizlik bulunmaktadır. Bu belirsizlik, yapılandırma planlarının milletlerarası özel hukuk uygulamalarında nasıl değerlendirileceği konusunda karmaşa yaratabilir.⁷⁹⁵ Yeniden düzenlenen Brüksel Tüzüğü⁷⁹⁶ ve Lahey Konvansiyonu⁷⁹⁷ gibi ticari alandaki kanunlar ihtilafı kurallarını düzenleyen belgeler iflâs ve yeniden yapılandırma usûllerini kapsam dışı bırakmaktadır. Brüksel Tüzüğü “iflâs ve tasfiye ile ilgili usûlleri, ödeme güçlüğü içindeki işletmeleri veya diğer tüzel kişilikleri ilgilendiren yapılandırma ve benzeri işlemleri”, Lahey Konvansiyonu ise “iflâs, konkordato ve benzer konuları” hariç tutmaktadır.⁷⁹⁸ İç içe geçme kuramına dayanan bir görüşe göre, ödeme güçlüğü yaşamayan (*solvent*) şirketleri kapsayan yeniden yapılandırma planları bu araçların kapsamına girerken, ödeme güçlüğü/aczi içindeki (*insolvent*) şirketleri kapsayan yeniden yapılandırma planları sınır aşan iflâs hukuku araçlarının kapsamına girmektedir.⁷⁹⁹ Diğer bir görüşe göre ise, örneğin Tüzük kapsamı dışında kalan

⁷⁹³ Bkz. Model Kanun, md. 20(1)(a), (b), 21(1)(a), (b)

⁷⁹⁴ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 26

⁷⁹⁵ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 26

⁷⁹⁶ Hukuki ve ticari konularda yargı yetkisi ve kararların tanınması ve tenfizine ilişkin 12 Aralık 2012 tarih ve 1215/2012 sayılı yeniden düzenlenmiş Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü

⁷⁹⁷ Yetki Sözleşmelerine İlişkin 30 Haziran 2005 Tarihli Lahey Konvansiyonu

⁷⁹⁸ Bkz Brüksel Tüzüğü md. 1(b); Lahey Konvansiyonu md.2(2)(e)

⁷⁹⁹ Jennifer Payne, “Cross-Border Schemes of Arrangement and Forum Shopping”, **European Business Organization Law Review**, C. 14, S. 4, 2013, ss. 563-89

yeniden yapılandırma planları Lahey Sözleşmesi'nin de lafzının dışına düşmekte ve tanıma devleti hukukunun kanunlar ihtilafı ve milletlerarası yetki kurallarına tabi olmaktadır.⁸⁰⁰ Bu durum yapılandırma planlarına ilişkin hukuki uyumsuzlukların çözümü noktasında önemli belirsizliklere sebep olmaktadır.

Kuşkusuz evrenselci yaklaşımın sınır aşan iflâslarda tüm mahkemeler tarafından uygulanması, siyaset kurumunun farklı bir olgunluk düzeyine ulaşmasını gerektirecektir. Evrenselci yaklaşımın tüm yanlarıyla benimsenmesi, bir tür adalet ideası olarak hukukun hedefleri arasında yer alsa da mevcut uygulamalar henüz buna ulaşmaktan uzaktır. Bu menzile, çalışmamızın ilk kısmında değindiğimiz daha eski tarihli Yargıtay kararlarından, daha yakında değindiğimiz ve daha yakın tarihli Birleşik Krallık mahkemesinin *Gibbs* ilkesini uyguladığı *Rubin v. Eurofinance SA* kararına kadar, farklı hukuk kültürlerinde katedilmesi gereken farklı mesafeler olarak karşımıza çıkmaktadır. İngiliz hukukunun *Gibbs* kuralındaki ısrarı, yapılandırma planını nasıl vasıflandırdığıyla ilgili bir meseleden kaynaklanmaktadır. Plana uygulanacak hukukun, İngiliz milletlerarası özel hukukunda *lex fori concursus*'tan ziyade sözleşmeye uygulanacak hukukun borcun ifa statüsünü de belirleyeceği temeline dayanmaktadır.⁸⁰¹ Birleşik Devletler New York Güney Bölgesi İflâs Mahkemesi, *Gibbs* kuralının "Model Kanun ve uluslararası iflâs uygulayıcıları ve hukukçularının geniş bir mutabakatı tarafından benimsenen değiştirilmiş evrensellik ilkesi ile görünüşte uyumsuz olduğunu" belirtmiştir.⁸⁰²

Borç statüsüne uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları konusundaki görüş ayrılıkları, yeniden yapılandırma bağlamında, uluslararası iflâs hukukunun uygulamasına ilişkin süregelen tartışmaları ve uyarlanmış evrensellüğün ne anlama geldiği konusundaki kafa karışıklığını yansıtmaktadır. Bu boşluğu doldurmak üzere UNCITRAL, 1997 tarihli Model Kanun ve 2013 tarihli Yürürlük Kılavuzu'yla önemli adımlar atmıştır. UNCITRAL, yakın zamanda "İflâsla İlişkili Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2018 tarihli Model Kanun" ve "Şirket Gruplarının İflâsı Hakkında

⁸⁰⁰ Block-Lieb, **Reaching to Restructure Across Borders Even After Brexit**, ss. 1-51.

⁸⁰¹ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 27

⁸⁰² Bkz. Kirthi Ramesh, "The Gibbs Principle: A Tether on the Feet of Good Forum Shopping", **Singapore Academy of Law Journal**, C. 29, 2017, ss. 42-74.

2019 Tarihli Model Kanun” ile sınır aşan iflâs rejimini geliştirmiştir. En son 2023 tarihinde, Sınır Aşan İflâsa Uygulanacak Hukuka ilişkin Model Kanun Tasarısı’yla bu ekosistemdeki eksikliği gidermeyi hedeflemiştir.⁸⁰³

Uluslararası çerçevelerdeki bu gelişmeler de göz önünde tutulduğunda, iflâsın ülkeselliği ve çokluğu yaklaşımının ağır bastığı ve İngiltere’de *Gibbs* ilkesiyle temsil edilen ve farklı coğrafyalarda farklı görünüm alan, büyük ölçüde yerli alacaklıları kayırma hedefine yönelen rezervlerin, sınır aşan iflâs uyumsuzluklarının giderilmesinde yetersiz/yetersiz olduğu kanaatindeyiz. UNCITRAL ekosisteminin de dayanağı olan uyarlanmış evrensellik çözümlerinin, kamu hukuku menfaatleriyle özdeşleşen ülkesel kaygıları belirli düzeyde karşılayacak esnekliği taşıdığını, Öte yandan, özel hukuk menfaatleriyle özdeşleşen evrensel kaygıların giderilmesine hizmet edecek yeknesaklığı sunduğunu, bunu hem maddi milletlerarası özel hukuk ve usûl hukuku kuralları aracılığıyla, hem de gösterici kurallar aracılığıyla bir normatif çerçeve oluşturarak yaptığını ve bu rejimin sınır aşan iflâs hukukunun verili sorunlarına cevap üretme noktasında elverişli ve güncel olduğunu düşünüyoruz.

Pragmatik bir noktadan baktığımızda, her şeyden önce UNCITRAL ekosisteminin biriktirdiği çeyrek asırlık deneyim ve geçirdiği evrim ve gözettiği iflâs hukuku politikalarını göz önünde bulundurursak; bu rejimin yeniden yapılandırma araçlarını, acizlik gerektiren ve gerektirmeyen usûller ayrımına girmeden, daha geniş bir spektrumda kapsayarak uygulanmasında, böylelikle vasıflandırma ihtilaflarının giderilmesinde ciddî bir avantajı olduğunu söylemek mümkündür.

Ancak iflâs ve ticari alanlardaki kanunlar ihtilafı kurallarının yukarıda anlattığımız verili kriterlerini göz önünde tutarak, yeniden yapılandırma ve iflâs usûlleri arasında bir taksonomi yaratma olasılığını da kabul etmek gerekir. Böylesi bir ayırım, tekil alacaklılara birel icra takiplerine başvurma imkânı tanıyan yetkilerin henüz tükenmediği, yani borçlunun borçlarının henüz vadesinin gelmediği ve temerrüde düşmediği yani iflâsın henüz gerçekleşmediği, ya da gerçekleşip gerçekleşmediğinin henüz bilinemediği acizlik öncesi halleri; acizlik paradigmasında gerçekleşen değişim sonucunda, acizliğin ortaya koyulduğu, ispatlandığı hallerden

⁸⁰³ Bkz. Yuk. 3.3.1. 1997 UNCITRAL Model Kanunu başlığı altındaki açıklamalar.

ayıracaktır. Tollenaar, AB Önleyici Usûller Direktifi çerçevesinde, kolektif işlem sebepleri doğmadan, iflâs hukukunda başvuru takiplerinin kendiliğinden durması ve alacak öncelikleri gibi tekniklerin, acizlik öncesi hallere de teşmil etmesine karşı çıkmaktadır.⁸⁰⁴

Kanaatimizce, belirsizliklerin üstesinden gelinebilmesi için, özellikle ticari ilişkilerin neredeyse mutlak surette uluslararası boyut kazandığı bir çağda, iflâs alanındaki kanunlar ihtilafı kurallarında karşılaşılabilecek vasıflandırma problemlerinin önüne geçecek uluslararası bir mimariye ihtiyaç vardır. Bu tasarım, özgün yetki kurallarına sahip olmalı, başlayan takipleri durduracak ve yapılandırma özelinde projenin sonuca ulaşmasına engel olacak azınlık tasarruflarına yönelik *cram-down* tedbirlerinin tanınmasına olanak sunmalıdır. Türkiye gibi ülkesellik prensibini benimseyen hukuk sistemleri, iflâsa ilişkin meseleleri katı ülkesellik prensibi çerçevesinde ele aldığı için bu başlık altında Türk hukuku hakkında söylenebilecekler kısıtlıdır. Mevzuatta yer alan önleyici usûller, ödeme güçlüğü içindeki borçluya çok fazla olanak tanımamaktadır. Ticari işletmenin çöküş aşamasında başvuru ve başvuru borçluların sadece %15'inin kurtarılabildiği, Öte yandan, kötüye kullanım sıklıkla karşılaşıldığı,⁸⁰⁵ özetle Türkiye için uyumsuz olduğu iddia edilen⁸⁰⁶ iflâsın ertelenmesi mekanizması; alacaklıların söz sahibi olmaması sebebiyle ilga edilirken bunun yerine 7101 sayılı Kanunla konkordato mekanizması güçlendirilmiştir.⁸⁰⁷ Yine de mevzuat borçlunun ödeme güçlükleriyle başa çıkması noktasında yetersiz kalabilmektedir.⁸⁰⁸ Maddi hukukta durum böyleyken, yabancı ödeme güçlüğü usûllerinin iç hukukta etki doğurması zaten zayıf bir ihtimaldir. Zira bu tür tedbirlerin icrai niteliği ve yürürlükteki yetkiye ilişkin İİK. md. 154'ün asayışı öne çıkaran ve yabancı iflâs usûllerini kategorik olarak dışlayan temeli sebebiyle, yetki ve esas münhasıran iç hukukun hâkimiyetindedir.⁸⁰⁹ Dahası, yetki kuralının münhasır temelini

⁸⁰⁴ Tollenaar, **The European Commission's Proposal**, s. 74.

⁸⁰⁵ Gökçe, İflâs erteleme kötüye kullanıldı, konkordatoda da eski alışkanlıklar sürüyor: Prof. Dr. Oğuz Atalay ile röportaj, 29 Ağustos 2018, Hürriyet. <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/iftlas-erteleme-kotuye-kullanildi-konkordatoda-da-eski-aliskanliklar-suruyor-40940072> erişim: 12 Aralık 2023

⁸⁰⁶ Melike Arslan, **Differentiating and connecting indicators: the quality and performance of law in the World Bank's Doing Business Project**, s. 19.

⁸⁰⁷ 7101 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi.

⁸⁰⁸ Bkz. Selçuk Öztekin, İflâsın Ertelenmesi, **Bankacılar Dergisi**, Sayı 59, 2006, s. 40

⁸⁰⁹ Bkz. yuk. 3.2.1.1.

ortadan kaldıracak bir değişikliğe gidilmesi faraziyesinde dahi, genel anlamda piyasa disiplini temelinde biçimlenen güncel hukuk politikası, tanınması talep edilecek yabancı ödeme güçlüğü usûlünün Türkiye’deki özel sonuçlarına kamu düzeni menfaati noktasından engel olma istekliliği taşıyabilir. Bu istencin ne ölçüde somut olaydan kaynaklandığını ne ölçüde yabancı borçlu karşısında yerli alacaklılara daha geniş bir koruma sağlama amacı taşıyacağını ölçmek güç olacaktır. Ayrıca yabancı ödeme güçlüğü usûllerinde başvuru tekniklerin, Türk hâkim tarafından daha en baştan geçici tedbir olarak vasıflandırılması ihtimali, bizi iç hukuk muhafazasına geri götürecektir.⁸¹⁰ Bölgesel rejim örneğinde ise, AB Brüksel Tüzüğü’nün 35. maddesinde öngörülen türden geçici tedbirlerin, takipleri durdurucu (*moratorium*) etkisi ve yeniden yapılandırmada taraf iradelerine dayanan özel nitelikli işlemlerin yer aldığı planların tanınmasına ve tenfizine imkân verecek bir kapsama sahip olmadığı da açıktır.⁸¹¹

Yeniden yapılandırma planları, klasik karşılıklı sözleşmelerden daha karmaşıktır. Yeniden yapılandırmada tadil edilen borç ilişkileri, karşılıklı sözleşmelere göre daha kapsamlı, çok taraflı ve karma yapılıdır. Yeniden yapılandırma planları, birden fazla alacaklının kendi arasındaki ve borçluya olan borç ilişkilerinin içeriğini değiştirir. Borçlunun belirli alacaklar bakımından ibra edilmesi, sonradan finansman

⁸¹⁰ Milletlerarası usûl hukukunun genel ilkeleriyle paralel olarak, eğer uluslararası antlaşmalarda yabancı mahkeme tarafından verilen tedbir kararlarının icrası hususunda işbirliğine yönelik bir *lex specialis* bulunmuyorsa, geçici tedbirlere *lex fori* uygulanması önerilmektedir. Örnek olarak Türk hukukunda, 6728 sayılı Kanun’la İİK md. 287’ye getirilen değişiklik sonucunda, konkordato tasdik edilirken, hâkime, borçluya karşı sürmekte olan takiplerin durdurulması veya yeni takip yapılmaması konusunda tedbir alabilme yetkisi verilmiştir. 7101 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası, bu maddenin 1. fıkrasında “borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alır” denilerek, korumanın işlevi ve kapsamı daha da arttırılmıştır. Bu halde, ülkesellik ilkesinden uzaklaşıldığı faraziye edilirse; hukukumuzda çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilen (HMK md. 382/(f)(6)(7) konkordato tasdikinin; yabancı mahkeme tarafından verildiği ve Türk mahkemesince tanındığı (MÖHUK md. 58(2)) durumda dahi, tanıma kararı esasen yeterli olmayacak ve yabancı mahkeme tarafından verilen tedbir kararlarının icrai niteliği gereği tenfiz edilmesi gerekecektir. Öte yandan, genellikle geçici nitelikte olduğu ve kesin hüküm etkisi taşımadığı kabul edilen ihtiyati tedbirlerin tenfiz edilmesi ancak tedbir kararının verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmiş olmaları halinde söz konusu olabilecektir. (Bkz. S.E. Köse, **Milletlerarası Ticari Tahkimde İhtiyati Tedbir Kararlarını Verme Yetkisi ve İhtiyati Tedbir Kararlarının İcra Edilebilirliği**, İstanbul: On İki Levha, 2021,). Bu durumda da konkordato tasdiki kısmen tanınacak, tedbirlere ilişkin kısımların tanıma veya tenfizi mümkün olmayacaktır. Bu durumda da yabancı konkordato tasdikiyle umulan birel takipleri durması etkisi ortaya çıkmayacaktır (Kısmi tanıma tenfiz için bkz. Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s.326-327).

⁸¹¹ Mevorach ve Walters, **Characterization**, s. 28-29 dn. 139-143, 150.

sağlayan yeni alacaklı garantörlere karşı eski alacaklıların taleplerinden feragat etmesi gibi unsurları da barındıran sofistike aygıtlardır.⁸¹²

Ayrıca, klasik kanunlar ihtilafı tekniğinde “ödeme gücü” (*solvency*) ve “ödeme aczi” (*insolvency*) arasındaki sınırın belirlenmesi gerekecektir. Zira böylesi bir sınıflandırma sonucunda, ‘ödeme güçlüğü içindeki’ borçlularla, borcunu ödemeyip, sözleşmeyi ihlal etme riski altında olan ‘muhtemelen ödeme güçlüğü çeken’ borçluların farklı muamele görmelerini sağlamak gerekecektir. Ödeme güçlüğü’nün değişken ve dinamik yapısını göz önünde bulundurursak böylesi bir kriter geliştirmek de çok kolay olmayacaktır.⁸¹³

Tüm bu nedenlerden ötürü, kanaatimizce iflâs ve ödeme güçlüğü hukukunun bütünleşik bir hukuk rejimi olarak ele alınması gerekmektedir. Zira klasik kanunlar ihtilafı yöntemleriyle, bu dinamizm ve akışkanlığa bağlama konusu ve bağlama kriterleriyle bir taksonomi uygulamanın yukarıda açıklamaya çalıştığımız sorunların üstesinden gelmesi çok olası gözükmemektedir. Acizlik öncesi ve acizlik sonrası başvurulacak hukuki çareler, farklı teknikleri öne çıkarsalar da çeşitli boşluklar barındırsalar da bu usûller arasındaki geçişkenliği ve sürekliliği göz önünde bulundurarak, mevcut uluslararası iflâs hukuku aygıtları çerçevesinde tek bir milletlerarası iflâs hukuku rejimi ve sınır aşan, *transnasyonel*, hukuk çerçevesi benimsenmesi yerinde olacaktır.

Sınır aşan iflâslarda eşgüdüm ve denetimin kolaylaştırılması bakımından elimizdeki en iyi araç Model Kanun’dur. Dar anlamda maddi iflâs öncesinde başvurulacak usûllerin bir kısmını veya tamamını bu çerçevenin dışına çıkarmak, ödeme gücü (*solvency*) ile ödeme aczi (*insolvency*) arasındaki akışkan, değişken sınır çizgisindeki belirsizliği azaltmak yerine artırılabilir. Tek bir boçlu ve birçok alacaklıyı ilgilendiren usûllerin farklı mahkemelerin yetki alanlarına dağılma ihtimali parçalı yürütülecek bir iflâs sürecine neden olacak, bu durum maliyetlerin artmasını yanında getirecek ve usûl ekonomisine zarar verecektir.

⁸¹² Bkz. örneğin Avanti Communications (n. 92), s. 606-607, 615 vd.

⁸¹³ Mevorach ve Walters, *Characterization*, s. 28

5.5. Çok Uluslu Şirketlerin İflâsı

Modern ticari hayatta faaliyet gösteren aktörlerin oldukça yaygın bir biçimi olan şirketler grubu, pay sahibi üyelerinin kimliğinden ayrı bir şirket kişiliği olmasından ve iştiraklerin borçlarından dolayı ana şirketin sorumluluklarının sınırlı olması gibi bir avantajdan yararlanmaktadır. Bu nedenle gerek yerli olsun gerekse uluslararası düzeyde örgütlenmiş olsun şirket gruplarının işleyişleri ve dağılmalarının hukuki sonuçlarının ekonomik hayatı düzenleyen hukuk rejimleri açısından temele öneme sahiptir.⁸¹⁴ Ne var ki gerek yerli gerekse çok uluslu şirket gruplarının işleyişinin oldukça karmaşık bir zeminde gerçekleştiği gözlemlenmiştir. Çok uluslu şirketlerin karmaşık kurumsal yapıları, yönetim zorlukları, kurdaki dalgalanmalar ve farklı ülkelerin uyguladığı malî düzenlemelerin etkisi gibi çeşitli faktörler bu işletmelerin performansını olumsuz etkilemekte ve finansal risklerini arttırmaktadır. Üstüne üstlük teknolojik gelişmelere ve değişken hukuki düzenlemelere ayak uydurulamaması gibi durumlarda bu işletmeler daha da büyük iflâs riski ile karşı karşıya kalabilmektedirler. Farklı ülkelerin uyguladığı para politikaları, bunların değişkenliği, bu işletmelerin likidite ve finansman krizlerini ağırlaştırabilmektedir. Basel III gibi uluslararası finansal düzenlemelerin getirdiği likidite standartlarının ülkeden ülkeye farklılık gösteren para politikalarıyla ve hukuki düzenlemelerle girdiği etkileşim; işletmelerin finansmana erişimini ve malvarlığı unsurlarını nakde çevirme yeteneklerini baskılayabilir ve böylece finansal istikrarlarının tehlikeye düşmesine sebep olabilmektedir.⁸¹⁵

Mevorach'ın 2007 yılında gözlemlediğine göre, çoğu ulusal ve uluslararası hukuk sisteminde, 2000'li yılların başından başlamak üzere, tekil şirketlerden farklı olarak, şirket gruplarına özel olarak hazırlanmış tam gelişmiş bir hukuki kaynak bulunmamaktaydı.⁸¹⁶ Çok uluslu şirketlere yönelik düzenleme eksikliği, farklı hukuk düzenleri arasında gezinen bu yapılara hem imkanlar sunmakta hem de riskler yaratabilmektedir. Bu 'eksiklik' rekabetin kontrol altına alınmasını zorlaştırmakta,

⁸¹⁴ Örneğin bkz.: Edward J Janger, "Aggregation and Abuse: Mass Torts In Bankruptcy". **Fordham Law Review**, Cilt 91, Sayı 2, 2022, s. 382.

⁸¹⁵ Altman, Hotchkiss ve Wang, **Corporate Financial Distress**, s. 8-9

⁸¹⁶ Irit Mevorach, **Corporate Groups**, ss. 180-181

hem de sertleşmesine sebep olmaktadır. Bunun yanı sıra farklı hukuk sistemlerinin önceden öngörülmeleyen ve aniden karşılaşılan ek yükümlülükler yelpazesi getirmesi, bilançoda hesaba katılmayan kalemlerin beklenmedik bir şekilde bilanço zararına dönüşmesine sebep olabilmektedir.⁸¹⁷ Özellikle şirket gruplarının iflâsına ilişkin olarak, ulusal ve uluslararası iflâs rejimleri genellikle yeterli çözümlerden yoksun olması, 90'lı yılların ikinci yarısından 2000'li yılların sonuna değin dünya çapında faaliyet gösteren birkaç büyük şirket grubunun çöküşünün bir sonucu olarak çokça deneyimlenmiş ve büyük tartışmalara yol açmıştır.⁸¹⁸

Bu gözlemlere temel teşkil eden bulguların önemli bir kısmı Maxwell Group'un iflâs sürecinde gerçekleşmiştir. İngiliz medya endüstrisinin önde gelen isimlerinden Robert Maxwell'in 1991'deki esrarengiz ölümünün ardından toplam pasifleri yaklaşık olarak 1 milyar İngiliz Sterlini ve aktifleri ise 1.2 milyar İngiliz Sterlini bulan Maxwell Group, İngiltere'de iflâs talebinde bulunmuştur. Bunun hemen ardından Maxwell Group'un bünyesinde faaliyet gösteren Mirror Group Newspapers (MGN) ve Maxwell Communication Corporation (MCC) da malî sıkıntıya sürüklenmiştir. İflâsın açılmasıyla birlikte şirketin kayda değer borç batağı içerisinde olduğu, şirketler arası usûlsüz kredilerin verildiği ve emeklilik fonlarının suiistimal edildiği 400'den fazla şirketten oluşan bir ağ ortaya çıkmıştır. Şirketin iflâsı ayrıca emekli fonları üzerinde de yıkıcı bir etki yaratmıştır. Maxwell Group'un çalışanların emekli fonlarından usûlsüz bir şekilde para çektiğinin ortaya çıkması hükümetin soruşturma başlatmasına ve bu konuda yasal düzenlemelere gitmesine sebep olmuştur. İflâs sürecine dahil olan başlıca taraflar Maxwell Group (borçlu) ve çok sayıda alacaklı ve yatırımcıdır. Alacaklılar ve yatırımcılar arasında Barclays, Lloyds, NatWest ve Goldman Sachs gibi önde gelen finans kuruluşları da bulunmaktaydı.

⁸¹⁷ Altman, Hotchkiss ve Wang, **Corporate Financial Distress**, s.10.

⁸¹⁸ Mevorach, **Corporate Groups**, s.181; Westbrook, **Empirical Study**, s.248; Leonard, **Cross-Border Insolvencies**, s.127.

Mesele, ABD⁸¹⁹ ve İngiliz⁸²⁰ mahkemeleri önünde eş zamanlı olarak dava konusu olmuştur. Maxwell Group'a ait işletmelerin birden fazla hukuk sistemini ilgilendiriyor olması yargı yetkisine ve iflâs işlemlerinin tanınmasına ilişkin karmaşık sorunları beraberinde getirmiştir. Grubun başta İngiliz ve ABD'de olmak üzere çeşitli ülkelerde geniş bir şirketler ağından oluşan karmaşık bir kurumsal yapıya sahip olması, o dönemde uluslararası bir hukuki çerçevenin olmaması ve Maxwell'in muğlak kurumsal uygulamaları sebebiyle yetkili mahkemenin tespit edilmesi konusunda karşılaşılan sorunlar⁸²¹, İngiliz ve ABD mahkemeleri tarafından farklı iflâs usûllerini incelenmesine ve uyumsuzlukla ilgili hukuk ilkelerinin bu iki hukuk sistemi içerisinde seçilerek uygulanmasını da gerekli kılmıştır.⁸²²

Somut olayda karşılaşılan iflâsın sınır aşan niteliği nedeniyle, mahkemeler farklı iflâs sistemlerini etkili bir şekilde uygulamakta zorluklarla karşılaşmıştır. Bir yandan alacaklıların, çalışanların ve emeklilerin alacakları eşitlik ilkesi çerçevesinde karşılanmaya çalışılırken diğer yandan adil bir tasfiye süreci yürütmesi gereken iflâs temsilcilerinin yetkileri konusunda uluslararası bir konsensüsün bulunmaması⁸²³ sürecin yürütülmesinde büyük zorluklar yaratmıştır.⁸²⁴ Her usûle bir temsilci

⁸¹⁹ In re Maxwell Communication Corporation Plc, (1992) B.C.L.R. 465; Case no. 91 B 15741, (ThB) United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, Brozman J. (15 Ocak 1992); 170 BR. 800 (S.D.N.Y. 1994)

⁸²⁰ In re Maxwell Communication Corporation Plc, et al. Dava Numarası: 1991 M. No. 4079, Mahkeme: High Court of Justice, Chancery Division; Temyiz: Maxwell Communications Corp. PLC (Temyiz Eden) v Barclays Bank PLC, Bishopsgate Investment Trust PLC [1995] 2 All ER 643, [1995] 3 WLR 1, [1996] AC 685, House of Lords.

⁸²¹ Daha sonra UNCITRAL Model Kanun ve AB İflâs Tüzüğü tarafından tanımlanan ve gerek malvarlığı yönetimi gerekse borçların kapsamı gibi konuları belirleyecek olan hukuku tespit eden COMI kavramı, Maxwell Group iflâsı sırasında henüz ulusal ya da uluslararası metinlerde tanımlanmamıştı. Birleşik Krallık ve ABD'de eşzamanlı olarak yürütülen iflâs işlemleri zamanla maliyetleri arttırmış ve alacaklılar arasında taleplerini iletecekleri uygun mahkeme hususunda belirsizlik yaratmıştır.

⁸²² Fletcher Ian F., "International Insolvency: A Case for Study and Treatment", **The International Lawyer**, C. 27, S. 2, 1993, s. 441.

⁸²³ ABD'de iflâs kayyımı olarak hareket etmeyen ve borçlunun yerine geçmeyen bir denetçi (*examiner*) atanmış, İngiltere'de eş zamanlı olarak eş iflâs yöneticileri (*joint administrators*) atanmıştır. (Brozman, T. Loc. cit., not 3, s. 19'dan aktaran Marylne Turgeon, "L'Harmonisation du Droit de l'insolvabilité Transfrontalière en Matière Commerciale: Tentatives, Echecs et Solutions Pratiques", **Les Cahiers de Droit**, C. 38, S. 1, 1997, s. 210, (Insolvabilité). Tina Brozman, Birleşik Devletler'deki Maxwell davasında görevli yargıçtı.)

⁸²⁴ Gitlin bu durum için şunu söylemiştir: "Özellikle uluslararası iflâs anlaşmalarının yokluğunda, uluslararası iflâsların çözümüne yön verecek olanlar kanunlar değil, profesyoneller ve iş dünyasıdır. Profesyoneller, birden çok ülkede yürütülen iflâs işlemlerini uyumlu hale getirecek özel mekanizmalar

atanırken, Amerika Birleşik Devletleri'nde resmi olmayan bir alacaklılar komitesi, İngiltere'de ise resmi bir komite oluşturulmuştur.⁸²⁵

Maxwell iflâsı'nda hile ve malvarlığı takibi gibi konuların da gündeme gelmesi zaten karmaşık olan iflâs sürecini daha da karmaşık hale getirmiş, iflâs usûllerinin koordine edilmesi ve iflâs kullarının uyumlulaştırılması hususlarındaki ihtiyaçları açığa çıkarmıştır. Şirket malvarlığının %80'ini ABD'de bulundururken, alacaklıların çoğu bu malvarlığına ulaşamamıştır.⁸²⁶

Konuyla ilgili açılan davalarda Maxwell Communications Corp. (MCC) iflâs işlemleriyle ilgili olarak İngiliz hukukunun uygulanmasını talep etmiş ve İngiliz mahkemelerinin yargı yetkisini haiz olduğunu iddia etmiştir. Alacaklı konumdaki Barclays Bank ve Bishopsgate Investment Trust, farklı yargı yerlerinde eş zamanlı olarak süren iflâs işlemlerinin tanınmasını talep etmişlerdir. İngiliz ve ABD mahkemeleri, yabancı iflâs usûlünü tanımış ve kendi yargı alanları için temsilcilerin atanmasını onaylamışlardır. Mahkemeler, temsilcilerin şirketin mevcut durumunu detaylı bir şekilde incelemiş ve elde ettikleri bilgileri paylaşılması konusunda işbirliğine imkan veren ortak bir protokolü (*joint agreement order*) kabul etmişlerdi. Temsilciler, iki farklı iflâs usûlünü uyumlu hale getirerek işletmenin yeniden yapılandırılması için en uygun koşulları oluşturmayı hedeflemişlerdi. Eğer temsilciler, olası bir yeniden yapılanma planının uygulanmasını engelleyecek faktörler tespit ederlerse, farklı alacaklı grupları arasında arabuluculuk yaparak bu engelleri aşmayı taahhüt etmişlerdir.⁸²⁷ Genel olarak, iflâs temsilcileri kolaylaştırıcı bir rol üstlenmiş ve

ve çözüm yolları oluşturmak için çalışmalıdır.” - Gitlin R.A, Silverman R.J. “International Insolvency and the Maxwell Communication Corporation Case: One Example of the Progress in the 1990's” R. A. Gitlin (Ed.), op. cit., not 130, s. 7. (ss. 18-19).’dan aktaran Turgeon, **Insolvabilité**, s. 210.

⁸²⁵ Bu duruma getirilen eleştiri, ABD’de alacaklıları temsil eden resmi bir komitenin olmamasıdır. Bu, ABD İflâs Kanunu'nun 11. Bölümü uyarınca mümkün olabilirdi. Melanik, böyle resmi olmayan bir komitenin kurulması ve işletilmesiyle ilgili doğal maliyetin alacaklılara ait olduğunu belirtmektedir. Ancak temel sorun, alacaklıların bir sınır aşan iflâsta, özellikle alacaklı demokrasisi perspektifinden bakıldığında, ne tür bir yer ve karar verme yetkisine sahip olacağıdır (Melanik, S. A. Loc. cit., not 153, ss. 497-501 ve Brozman, T. Loc. cit., not 3, s. 20.’den aktaran Turgeon, **Insolvabilité**, s. 210.)

⁸²⁶ Brozman, T. Loc. cit., not 3, s. 18’den aktaran Turgeon, **Insolvabilité**, s. 210.

⁸²⁷ Bir arabulucunun uyuşmazlıkları çözme sürecindeki işlevi ile iki ayrı iflâs usulünde yer alan temsilcilerin bu usullerdeki işlevi arasında bir analogi kurulabilir. Bu senaryonun uluslararası ticari anlaşmaların uygulanmasından kaynaklanan bir uyuşmazlıkla ilgili olduğu göz önüne alındığında, uyuşmazlık arabuluculuğunun sorunun çözümünde bir araç olarak uygulanabilirliğini değerlendirmek gerekecektir. Tahkime benzer şekilde, uyuşmazlık arabuluculuğu, iflâs idaresinin tüm yönlerine

taraflar arasında yeniden yapılanma planı konusunda bir uzlaşma sağlamayı amaçlamışlardır.⁸²⁸

Çok uluslu şirketlerin iflâsının yarattığı karmaşık sorunlarla ilgili bir diğer öğretici örnek ise *Lehman Brothers* grubunun iflâsıdır⁸²⁹. Pasifi (613 milyar USD) aktifine (639 milyar USD) ulaşan Lehman Brothers Inc. 15 Eylül 2008 tarihinde ABD İflâs Yasası' nın 11. Bölümü usûlünce iflâs başvurusunda bulunuştur. Ertesi gün, Lehman Brothers ile 400 milyar USD tutarında kredi temerrüt takası yapmış olan dünyanın önde gelen sigorta şirketlerinden American International Group (AIG) iflâs riskiyle karşı karşıya kalmıştır. AIG'nin, bunun yanı sıra çeşitli finans kuruluşlarıyla gerçekleştirdiği 6 trilyon USD tutarında kredi temerrüt takası da tehdit altına girmiştir. ABD Federal Rezervi, AIG'nin, '*too big to fail*' (TBTF), batmak için çok büyük olmasını gerekçe göstererek 85 milyar USD'lik acil bir kurtarma yardımı sağlasa da, 700 milyar USD'lik 'Kurtarma Paketi Tasarısı' 29 Eylül 2008'de ABD Temsilciler Meclisi tarafından reddedilmiştir. Durum ABD *Dow Jones* borsasında tarihi bir düşüşü tetiklemiştir. Bu olay '*great recession*', büyük durgunluk olarak adlandırılan ve 2008 bankacılık krizinin katalizörü olarak kabul edilen ekonomik gerileme sürecinin de başlangıcı olmuştur.⁸³⁰

Konu ABD'de yargıya taşındığı zaman Lehman Brothers iflâsında farklı ülkelerde malvarlığı, alacaklılar ve yatırımcılar bulunması sebebiyle mahkemenin milletlerarası yargı yetkisi, uygulanacak hukuk, tasfiye, sözleşmelerin akibeti gibi birçok mesele ortaya çıkmıştı. Bunun yanı sıra, holdingin karmaşık şirket yapısı ve iştiraklerinin iflâs prosedürüne nasıl dahil olacağı ve bu süreçte izlenecek hukuk usûlü de önde gelen sorunlardan biriydi. Lehman Brothers iflâs başvurusunu yaptığında malvarlığının korunmasını ve borçlarının yeniden yapılandırılmasını talep ediyordu.

ilişkin kapsamlı bir anlaşmanın formüle edilmesi amacıyla, müteakip iflâs işlemlerinde yer alan temsilcilerin yetkileri için bir çerçeve sağlayabilir.

⁸²⁸ L. J. Crozier, Using "Maxwell Orders" in Aid of Transborder Reorganizations, **Canadian Business Review**, 1993, 16(3), s. 86, 89-90.

⁸²⁹ In Re Lehman Brothers Holdings Inc. Case No. 08-13555 (SCC)

⁸³⁰ Stuart C. Gilson, Kristin Mugford, and Sarah L. Abbott. "**The Rise and Fall of Lehman Brothers**", Harvard Business School Case Collection, Case 217-041, Ocak 2017

Uluslararası finansal düzenleyiciler ve hükümet kuruluşları⁸³¹ iflâsın etkilerini yumuşatmayı ve yatırımcıları korumayı amaçlarken özellikle teminatlı alacaklılar öncelikli ödeme ve farklı ülkelerde bulunan malvarlığı unsurlarının dengeli bir şekilde tasfiye edilmesini talep ediyorlardı. Yine birçok alacaklı ve yatırımcı Lehman Brothers'ın sözleşmelerini ihlal ettiği iddiasındaydı.

Lehman Brothers ile türev finansal sözleşmeleri (risk yönetimi, spekülasyon veya arbitraj gibi) olan finansal kuruluşlar bu sözleşmelerin takas işlemlerinin hızlı ve hakkaniyete uygun bir şekilde tamamlanmasını, geleceğe yönelik sözleşmelerin feshi ve zarar tazmini talep etmekteydi. Türev sözleşmelerin farklı devletlerin yargı yetkisi alanına giren karmaşık yapısı sebebiyle uygulanacak hukuk ve iflâsın usûlü konusunda netlik arıyorlardı. Öte yandan, 11. Bölüm'de düzenlenen ve finansal sözleşmeler için ayrıcalık getiren “güvenli liman” (*safe harbor*) kurallarının uygulanması sonucu, sözleşmelerini hızla feshedip teminatlarını geri çeken alacaklılar “bankaya hücum” (*run on the bank*) sürecini tetikleyerek Lehman Brothers'ın finansal durumunun daha da kötüleşmesine ve iflâs sürecinin hızlanmasına sebebiyet verdiler. Ayrıca diğer alacaklıların tatmini konusunda büyük güvensizlik açığa çıkmıştı.

Lehman Brothers iştirakleri ise holding ABD'de iflâsı başlattığında eş zamanlı olarak kendi iflâs ve yeniden yapılandırma işlemlerini başlattılar. İngiltere, Asya ve Avrupa'daki bu iştirakler ana holdingin iflâsından bağımsız olarak kendi varlıklarını ve alacaklarını koruma altına almayı amaçlıyorlardı. Aynı anda birçok ülkede başlayan iflâs usûlleri, koordinasyon zorluklarının da açığa çıkmasına sebep oldu. Lehman Brothers iflâsında ABD mahkemesi tasfiye planını onaylamıştır. Mahkeme, iflâs işlemlerinin uluslararası boyutlarını etkin bir şekilde ele almak için Lehman Brothers Şirketler Grubu için Sınır Aşan İflâs Protokolü (Lehman Protokolü) olarak bilinen düzenlemeyi kullanılmıştır. Lehman Protokolü, farklı ülkelerin yetki alanlarına giren konuları uzlaştırmayı ve borçlunun malvarlığının değerini tüm alacaklıların yararına optimize etmeyi amaçlamış ve teorik çerçeve olarak uyarlanmış evrenselcilik ilkelerine göre formüle edilmiştir.⁸³²

⁸³¹ ABD'de FED, SEC, UST (Hazine), Birleşik Krallık'ta OCC, Avrupa Birliği'nde ECB; Singapur'da MAS ve Japonya'da FSA. Kısaltmalar için bkz. başta kısaltma açıklamaları.

⁸³² Altman, *A Test Case*, s. 465.

Maxwell Group ve Lehmann Brothers örneklerine bakıldığında çok uluslu şirketlerin iflâsına ilişkin ortak ve ayrışan yönleri saptamak mümkündür. Her iki iflâsta da, iflâs olayları tek bir kuruluşla sınırlı kalmamış, aksine birbirine bağlı bir şirketler ağını kapsamış, dolayısıyla malvarlığının paylaşılmasında, alacaklı taleplerinin ileri sürülmesinde ve iflâs işlemlerinin yönetiminde zorluklar ortaya çıkmıştır. Her iki iflâs da sınır aşan iflâs kurallarının zayıflığını gün ışığına çıkarmış ve söz konusu kuralların uyumlaştırılması ve yeniden düzenlenmesi gerekliliğini ortaya koymuştur.

Farklılıklara baktığımızda ise Maxwell iflâsı, uluslararası iflâs hukukunun uyumlaştırılması için önemli bir adım olan UNCITRAL Model Kanunu (1997) gibi uluslararası çabalardan önce gerçekleşmiştir. Lehman Brothers, on yıl sonra gerçekleşen olaylar sonucunda, bu reformlardan kısmen faydalanmıştır. Lehman Brothers, Maxwell döneminde daha az yaygın olan işlemleri düzenlemek amacıyla iflâs protokollerini kapsamlı bir şekilde uygulamıştır. Lehman Brothers iflâsı, Maxwell'de karşılaşılmayan türev finansal sözleşmeler ve swaplar gibi karmaşık finansal araçları da içermiştir. Uyuşmazlığın çözümü için değerlendirilmesi gereken ayrı bir katman eklemiştir.

Sorunların çözümünde tarafların çözüm arayışları ve buna karşı yargı yerlerinin yaklaşımları da öğreticidir. Maxwell protokolü, temel amacını ilgili tüm taraflar arasında müzakereleri kolaylaştırmak ve yeniden yapılanma planı için "esasen benzer düzenlemeler" oluşturmak olarak ortaya koymuştur. Belirtilen bu hedefe etkili bir şekilde ulaşılmış ve böylece başarısı haklı gösterilmiştir. Maxwell'in, uluslararası iflâs alanında ad-hoc protokollerin ve işbirliği çabalarının yolunu açtığı belirtilmektedir.⁸³³

Maxwell iflâsı, farklı hukuk düzenleri arasında sıklıkla önemli farklılıklar gösteren kaçınma (*avoidance*) kurallarının sınır aşan iflâs işlemleri çerçevesinde nasıl etkili bir şekilde yönlendirilebileceğine dair önemli bir örnek teşkil etmektedir. Bununla birlikte, Maxwell protokolünün, bir çıkış stratejisi formüle edilmesi ve malvarlığının paylaşılmasına yönelik mekanizmaların uygulanması da dahil olmak üzere "nihai usûlî çözüm" ile ilgili önemli hususları yeterince dikkate almadığı,

⁸³³ Altman, *A Test Case*, s. 491.

protokolün önceliğinin, ağırlıklı olarak kaçınma davaları (iptal davaları) ve malvarlığının geri kazanılması ile ilgili hususlar üzerine olduğu belirtilmektedir.⁸³⁴

Lehman Protokolü'nün kapsamı ve dahil olan ülke sayısı bakımından çığır açıcı olduğu ve uluslararası iflâsa yönelik uyarlanmış evrenselcilik yaklaşımının geniş kabul görmesine sebep olduğu belirtilmektedir.⁸³⁵ Lehman davasına dahil olan bazı tarafların, protokolün alacaklıların çıkarlarına uygun olmayabileceği ve kendi ülkelerinin iflâs kurallarıyla uyuşmayacağı endişesiyle protokolü benimsemekte isteksiz oldukları belirtilmiştir. Örneğin İngiltere’de devam eden iflâs işlemlerinde yer alan Pricewaterhouse Coopers, oluşturulan protokole bağlı kalmayı reddetmiştir. Altman, tarafların bir protokolü benimseme konusundaki tereddütlerinin yaygın bir sorun olduğunu ve tarafların usûlü onaylamayı reddetmeleri nedeniyle başarısız protokol girişimlerinin kesin sayısının tespit edilemediğini belirtmektedir. Bu endişeleri gidermek için, ilgili tüm tarafların protokolde belirtilen hükümlerden memnun olması ve kendi menfaatleriyle uyumlu olması amacıyla daha fazla diyalog ve müzakere yürütmenin gerekli olabileceği belirtilmektedir.⁸³⁶

Mevorach, hem yerel hem de uluslararası düzeydeki mevcut düzenlemelerin, şirket gruplarının iflâsını yönetmek konusunda yetersiz olduğunu belirtmektedir. Hukuki düzenlemelerdeki önemli bir eksikliğin “şirket grupları” için tanınmış bir tüzel kişiliğin bulunmamasından kaynaklandığının altını çizmektedir. Bu eksiklik, tüzel kişilik doktrininin önemli bir etkiye sahip olmaya devam ettiği ekonomik olarak gelişmiş ülkelerde özellikle endişe verici olduğunu belirtmektedir. Mevorach 2007 yılında yaptığı değerlendirmesinde ayrıca, UNCITRAL Model Kanunu gibi sınır aşan iflâs kurallarının, şirket gruplarının iflâsında karşılaşılan sorunları gidermek konusunda eksiklikler barındırdığını belirtmektedir.⁸³⁷

Mevorach, bu konuda uygulanabilir bir stratejinin formüle edilmesinin iç hukuk düzeyinde bir temel gerektirdiğini iddia etmektedir. Farklı hukuk sistemlerin ortaya

⁸³⁴ Altman, *A Test Case*, s. 491.

⁸³⁵ Altman, *A Test Case*, s. 465.

⁸³⁶ Altman *A Test Case*, s. 496.

⁸³⁷ Mevorach, *Corporate Groups*, ss. 181-183.

çıkarcacağı çeşitliliğinin yaratacağı karmaşıklığı kabul etmekle birlikte, bu yerel düzenlemelerin evrensel bir model için temel olarak kullanılabileceğini ileri sürmektedir. Yazar, uluslararası kuruluşların iç hukuk düzenleri için kılavuz ilkeler veya tavsiyeler sunma konusunda önemli bir rol üstlenme potansiyeline sahip olduğunu ve böylece koordinasyonsuz ve bağımsız devlet politikalarının azaltılabileceğini öne sürmektedir. Mevorach’a göre, bu yönde gerçekleştirilecek çabalar tüzel kişiliklere ilişkin düzenlemelerin uyumunu artıracaktır.⁸³⁸

Mevorach, elverişli bir çözüm için temel teşkil edecek üç temel konsept sunmaktadır. Yazar ilk olarak, iç hukukun temel özellikleriyle uyumlu bir yaklaşım geliştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca, geliştirilecek herhangi bir mekanizmanın uygulanmasına kılavuzluk etmesi için açık ve objektif ölçülerin kullanılması gerektiğini belirtmektedir. Son olarak, borçluların olası manipülasyonlarının önüne geçmek için Yeni Zelandada’daki “*contribution order*”⁸³⁹ ya da “*pooling order*”⁸⁴⁰ gibi düzenlemelerin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Aksi takdirde, şirket grupları alacaklıları manipüle etmek amacıyla gelirlerini başka yerlere aktarabilir ve alacaklılara gerekli çözümü sağlamayacak hukuk düzenlerinde iştirakler kurabilirler. Bu nedenle, bu araçlar iç hukuk düzeninin yanı sıra sınır aşan bir etkiye de sahip olması gerektiği ve yerel unsurlara (örneğin yerel bir ana şirket) karşı verilen *contribution order* veya *pooling order* talimatlarına benzer hükümler barındırması gerektiğini belirtmektedir. Mevorach, bu temel yaklaşımların, grup şirketlerin iflâsına ilişkin etkili politikaların geliştirilmesi için ortak bir temel oluşturma potansiyeline sahip olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre

⁸³⁸ Mevorach, *Corporate Groups*, s. 189-192.

⁸³⁹ Yeni Zelanda iflâs hukukunda *contribution order*, "gelir katkısı emri", iflâs başvurusunun ardından mahkemeden alınan ve müflisin ödenmemiş borçları için düzenli ödeme yapmasını gerektirebilecek bir mahkeme emridir. Bu ödemelerin belirlenmesinde bireyin iflâs sonrası gelir düzeyi ve yasaların izin verdiği makul yaşam giderleri dikkate alınmaktadır. Makul yaşam giderlerini neyin oluşturduğunu, iflâs müdürlüğü belirler. Bu gelir katkıları kalan borçların bir kısmını geri ödemek için kullanılır ve bu ödemeleri yapma yükümlülüğü üç yıla kadar sürebilir.

⁸⁴⁰ *Pooling order*, “masanın birleştirilmesi kararı”, birden fazla işletmenin mallarını ve borçlarını bir araya getirerek tek bir iflâs masası oluşturulmasını amaçlayan mahkeme kararını ifade eder. Bu durum genellikle şirketler tasfiye halindeki bir grup şirketin parçası olduğunda ortaya çıkar. Emir, münferit şirketlerin malvarlığının bir havuzda toplanmasına ve daha sonra alacaklılara oluşan bu masadan ödeme yapılmasına olanak verir.

belirli hukuki çerçevelerin bu ilkeler kullanılarak daha da geliştirilebilecek veya iyileştirilebilecektir.⁸⁴¹

Şirket grubu iflâsları alanındaki birçok gelişme göz önüne alındığında bu gözlemlerin görece güncelliğini yitirmiş olduğu kimi gelişmelerin ise yazarın önerilerini karşıladığı söylenebilir. Geçtiğimiz on yıl içinde, bazı hukuk sistemlerindeki yeni düzenlemeler, uluslararası model kurallar ve *soft law* araçları aracılığıyla şirket gruplarının iflâsına ilişkin bazı yenilikler getirmiştir. Bir önceki bölümde detaylarıyla incelediğimiz bu yeniliklerin bir örneği Avrupa Birliği'nin kısa bir süre önce 2021/2260 sayılı Tüzük aracılığıyla güncellediği AB İflâs Tüzüğü'nün A ekinde bulunan önleyici usûllerdir. Bu değişiklik, AB genelinde önleyici ödeme güçlüğü mekânzimalarını geliştirmeyi ve Hollanda'daki WHOA ve Almanya'daki StaRUG gibi yeni yasal düzenlemeleri entegre etmeyi amaçlamaktadır. Söz konusu değişikliğin, şirketler grubu iflâsları bağlamında, özellikle de uluslararası hukuki çerçevelerle etkileşimleri bakımından önemli etkileri vardır.⁸⁴²

UNCITRAL Model Kanunu'nun, İflâsla İlgili Kararların Tanınması ve Tenfizine ilişkin 2018 Model Kanunu ve Şirketler Grubu İflâslarına ilişkin 2019 Model Kanunu ile tamamlandığı ifade edilmektedir. Bu ek model kanunlar, sınır aşan iflâs ve şirket grubu iflâsları için daha kapsamlı bir çerçeve oluşturmayı amaçlamaktadır.⁸⁴³

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD), Finansal İstikrar Kurulu (FSB) ve diğer finansal düzenleyiciler kurumsal yönetime ilişkin kılavuz ilkeler yayınlamıştır.⁸⁴⁴ OECD ve FSB tarafından 2008 malî krizinden sonra yayınlananlar da dahil olmak üzere bu kılavuz ilkeler, şirket grubu iflâslarıyla ilgili konuları dolaylı olarak ele almaktadır. Bazel Komitesi gibi uluslararası finansal düzenleyiciler de şirket

⁸⁴¹ Mevorach, **Corporate Groups**, s.192-193.

⁸⁴² <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/cky2qoe0o150m0a90i5zb334u/amendment-of-the-recast-european-insolvency-regulation>

⁸⁴³ UNCITRAL Secretariat on the Guidance Note and the Consolidated Text of Three Model Laws, **UNCITRAL 25th Year Conference**, 2023.

⁸⁴⁴ Diğerleri arasında bkz. OECD, **G20/OECD Principles of Corporate Governance**, Paris: OECD, 2015; Financial Stability Board, **Thematic Review on Corporate Governance**, 2017

grubu iflâslarına yönelik düzenlemelerin şekillendirilmesine katkıda bulunmuşlardır.⁸⁴⁵

Son yirmi yılda, uluslararası şirketlerin iflâsı, uluslararası iflâs üst başlığı altında ayrı bir öneme sahip karmaşık bir alt konu olarak ortaya çıkmıştır. Bu konu buraya kadar incelediğimiz meselelerin karmaşık ve birbiriyle iç içe geçmiş sorunlar bütünü olarak dikkat çekmektedir. Küresel ekonomi üzerindeki etkileri göz ardı edilemeyecek kadar büyük olan bu konu, doktrin, karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası hukuk alanlarında hızlı bir müdahaleyi ve devamlı bir gelişimi gerektirmektedir. Bu alanda süregelen çabalar, sorunların üstesinden gelmede her gün yeni bir ilerleme kaydedilmesine olanak tanımaktadır.

⁸⁴⁵ Bank for International Settlements, **Basel III: Finalising Post-Crisis Reforms**, Basel Committee on Banking Supervision, 2017.

SONUÇ

Bu çalışmanın sonuna geldiğimizde gözleyebileceğimiz ilk sonuç, çeşitli ülkelerin, yargı sistemlerinin ve hukuki geleneklerin iflâs olgusuna dair farklı terminolojileri ve bağlantılı işlemleri yönetmek için farklı hukuki yapıları benimsemiş olmalarıdır. Çalışmanın giriş bölümünde ortaya konulan, iflâsın dar ve geniş anlamları, bu çeşitliliğin altını çizer niteliktedir ve söz konusu farklılıkların karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde ele alınmasına olanak tanımaktadır. İflâs hukukuna uluslararası hukuk ve karşılaştırmalı hukuk penceresinden bakan araştırmacıların pek de yabancı olmadığı bu durum, özellikle konu uluslararası iflâs hukuku çerçevesinde ele alındığında, sorunun çok boyutlu yapısına işaret etmesi bakımından öne çıkmaktadır. Küresel ekonominin, sınırların ötesine taşan ticari faaliyetleri ve ekonomik ilişkilerden doğan sorunları anlama ve bunlara yönelik yeknesak hukuki mekanizmalar geliştirme çabası, her hukuk geleneğinin ve hukuki düzenin karşı karşıya geldiği bir zorluktur. Çeşitli hukuk sistemlerinin tek bir küresel problem etrafındaki çözüm arayışı, uluslararası hukukta merkezi hukuki kaynakların gelişimi ile farklı ülkelerde yapılan kapsamlı hukuki reformlar sonucunda, bu sistemlerin birbirlerine yakınsamasına yol açmıştır. İlk bölümde girilen iflâs olgusuna dair kavramsal yolculuk, bu evrimin izlerini sürme konusunda da rehberlik etmiştir.

Uluslararası iflâs hukukunun evrimsel süreç içindeki dönüşümü, UNCITRAL Model Kanunu'nun benimsenmesiyle belirginleşmiştir, bu kanun devletler arası hukuki farklılıkları ve usûl çeşitliliklerini ele alarak 1997 yılında hayata geçirilmiştir. Bugüne kadar finans dünyasının etkin aktörleri ABD, Birleşik Krallık⁸⁴⁶ ve Singapur dahil olmak üzere dek 59 ülkenin, iç hukuklarına entegre ettiği Model Kanun, Latin Amerika'da Meksika, Şili ve Kolombiya gibi ülkelerin hızlı uyum sağlamalarının aksine, Arjantin ve Brezilya'nın yavaş ilerlemesine şahit olunmuştur. Avrupa'da, 2000 yılında yürürlüğe giren ve iflâs usûlleri için maddi kriterler getirerek iflâs hukukunun

⁸⁴⁶ Büyük Britanya (İngiltere, İskoçya, Galler), Britanya Virjin Adaları, Cebelitarık.

standardize edilmesi yönünde önemli adımlar atan AB İflâs Tüzüğü'nün bu alandaki öncülüğü ve başarısı, uluslararası iflâs hukukunun dönüşümünü daha da netleştirmektedir. ABD İflâs Kanunu'nun 11. Bölüm'ü ise, esnek ve borçlu merkezli yeniden yapılandırma yaklaşımı sayesinde, dünya genelinde yasa koyucular ve reformcular için öncü bir ilham kaynağı olmuştur. 11. Bölüm, büyük ölçüde etkilenen Singapur'dan, temkinli bir şekilde referans noktası alan Türkiye'ye kadar küresel ölçekte hukuk reformlarında belirleyici olmuştur. Bu eğilimler, karmaşık ve dinamik iflâs hukukunun, çeşitli ekonomiler ve yargı yapılarında işlevsel uyum sağlayabilen, esnek uluslararası standartlar doğrultusunda evrimleştiğini kanıtlar niteliktedir.

Uluslararası iflâs hukukunun son zamanlarda izlediği yön, bilhassa insancıl ve borçlu merkezli bir yaklaşımı benimsemesi açısından dikkat çekicidir; bu da borçlular için daha adil ve anlayışlı bir muameleye olanak tanıyan bir iflâs rejimi oluşturulmasına yöneliktir. Ancak bu borçlu dostu dönüşüm, ekonomik istikrarın sağlanması ve alacaklıların haklarının korunması gibi temel prensiplerle dengelenmekte; alacaklılar ve borçlular arasındaki hassas dengeyi sürdürerek, her iki tarafın da meşru çıkarlarını gözetmekte ve bir denge unsuru oluşturmaktadır. Bu pozitif ilerleme, iflâs hukuku alanında tarihsel olarak gerçekleşen, daha insancıl ve yeniden yapılandırma odaklı yaklaşımların benimsenmesine yönelik genel bir paradigma kaymasının sonucu olarak görülebilir. Bu evrimsel değişiklik, iflâs hukukunun, borçluyla empati kurarak ve aynı zamanda finansal piyasaların sağlamlığını ve alacaklıların meşru beklentilerini koruyarak, giderek daha kapsayıcı ve sistematik bir biçimde olgunlaştığının bir işaretidir.

Bahsedilen paradigma değişiminin öğeleri, iflâsın borçlu için stigma olarak algılanmasının terk edilmesini, alacaklıların kendi aralarındaki ortak çıkarlar doğrultusunda birlikte hareket etme eğilimlerini ve devletin bakış açısından da iflâsın yalnızca bir asayiş sorunu olmaktan çıkıp, daha ekonomik ve toplumsal bir mesele olarak ele alınmasını içermektedir. Bu yeni yaklaşım, iflâs sürecini, deyim yerindeyse bir dram olmaktan çıkararak, ekonominin doğal bir parçası ve iş dünyasının döngüsel ritmi olarak konumlandırmakta, şirketlerin ve bireylerin yeniden yapılanma şansını arttırarak ekonomik toparlanmaya katkı sağlamaktadır. Böylece, iflâs, yenilgi ve başarısızlık değil, yeniden başlangıç ve düzelme fırsatı olarak değerlendirilmekte ve

bu sayede toplumda sürdürülebilir finansal yapıların ve ekonomik direncin teşvik edilmesine olanak tanınmaktadır. Bu değişim, uluslararası iflâs işlemlerinde daha şeffaf, hukuki açıdan öngörülebilir, adil ve hakkaniyetli bir yaklaşıma doğru yönelimin altını çizmekte ve finansal piyasaların genel sağlığını iyileştirme çabalarına uyumlu bir biçimde katkıda bulunmaktadır.

Söz konusu dönüşümle eş zamanlı olarak, uluslararası iflâs hukukunda adalet, hukuki belirlilik ve hakkaniyet ilkelerinin güçlendirilmesi amacıyla ortaya çıkan hukuki normlar ve önermeler, karşılaştırmalı hukukta ve uluslararası dokümanlarda gitgide kristalleşmektedir. Bu bağlamda, iflâs davalarının borçlunun ana menfaat merkezinin (COMI) bulunduğu yargı yetkisindeki mahkemelerde görülmesi yaygın kabul görmektedir. Bu yaklaşımın temelinde, iflâs işlemlerinin daha etkin bir şekilde yürütülmesi için merkezileştirilmesine verilen destek yatmakta ve aynı zamanda uygulanan *lex fori concursus* ilkesiyle ana iflâs usulünün gerçekleştiği ülkenin hukukunun esas alınması öne çıkmaktadır. Bu yöntem, alacaklıların meşru beklentileri ve devletlerin egemenlik yetkilerini dengelenmesine yönelik çeşitli istisnaların öngörülmesiyle, uluslararası uyuma ve hukuki belirliliğe katkı sağlamaktadır. Bu doğrultuda alacaklıların hakları ve devletlerin egemenlik yetkileri arasında denge kurulması adına, *lex fori concursus* ilkesine birtakım istisnalar getirilmektedir. Örneğin, üçüncü kişilere ait olan ayni haklar, taşınmazlar üzerindeki hakları içeren sözleşmeler, tescile tabi haklar, borçlunun alacaklıların zararına yaptığı işlemler ve kamu düzeni müdahalesi gibi durumlar, bu istisnalar arasında yer almaktadır ve hukuki düzenin uluslararası düzeydeki istikrarına katkıda bulunmaktadır.

İflâsta yarışan menfaatlerin karmaşık ilişkisi, kamu yararını koruma ihtiyacı ve ekonomik büyüme ile istikrarı teşvik etme hedeflerinden ciddi şekilde etkilenmektedir. Bu durum, ticari işletmelerin iflâsa sürüklenmesini engellemeye yönelik stratejik, erken müdahale yöntemleri olan ve borçlunun malî durumunu iyileştirmeyi ve malî sıkıntının daha geri dönüşsüz hale geldiği çöküş evresine geçilmeden borçlunun kurtarılmasını amaçlayan ödeme güçlüğü usûllerinin ön plana çıkmasına yol açmaktadır. Özellikle, borçlunun yabancı yerdeki malvarlığının bu usûllere dahil edilmesi, ödeme güçlüğüne etkin bir yanıt verilmesini sağlayacak ve iflâs tekniklerinin malî sıkıntının erken aşamalarda devreye sokulması, yani, mahkeme müdahalesinin

sınırlı tutulması, borçlunun tasarruf yetkisinin korunması, takiplerin geçici olarak durması, ödemelerin ertelenmesi, ek finansman sağlanması ve planın tasdiki ile tüm alacaklılar üzerinde bağlayıcılık kazanması gibi tekniklere başvurulabilmesi, borçlunun malî durumunun iyileştirilmesi ve malî çöküşün önlenmesi açısından stratejik bir öneme sahip olacaktır. AB direktifi gibi hukuki metinler aracılığıyla bu tür mekanizmaların uluslararası alanda da etkili hale gelmesi, Üye Devletlerden bu duruma uyum sağlamalarının talep edilmesi, iflâs hukukunun borçluyu koruyan dönüşümüne işaret etmektedir. Bu dönüşüm, hem borçluyu bu usûllere başvurarak kafasını kuma gömmeden durumunu değerlendirerek borçlarını ödeyebilir hale gelmesine teşvik etmekte, aynı zamanda borçlunun iflâsı karşısında etkin bir biçimde alacaklıları koruyacak mekanizmalar yaratmakta ve bunu uluslararası alana da teşmil ettirmektedir. Bu durum, yatırımcıların borçlu iflâs ettiğinde alacaklarını geri alabileceklerine dair güvenini arttırmakta ve düşük risk primlerle borç vermeye ve yatırım yapmaya yönlendirmektedir. Böylelikle, borçluya iflâs stigmatı karşısında uluslararası iflâs mekanizmalarıyla daha etkin hukuki koruma sağlanmasının da -ekonomik anlamda- meşruluk temelleri güçlenmektedir.

Tüm buraya kadar yapılan açıklamaları toparlamak gerekirse; uluslararası iflâs hukukunun geleceği, devamlı şekilde değişen ekonomik olaylar ve sınır aşan faaliyet gösteren ekonomik aktörlerin artan dinamizmi karşısında, hukuk dünyasında artan bir ilgi odağı olmaya devam etmektedir. Küresel ekonomide yaşanan hareketlilik ve karmaşıklık, iflâs hukukunun sürekli bir adaptasyon ve güncellenme gereksinimini doğurmakta, bu da alanın derinlikli tartışılmasını zorunlu kılmaktadır. Önümüzdeki dönemlerde, iflâs mevzuatının gelişimi, hem akademik araştırmaların hem de pratik uygulamaların kesişme noktasında kritik bir tema olarak öne çıkacaktır. Bu nedenle, uluslararası iflâs hukukunun evrimi, alandaki uzmanlar için sürekli bir keşif ve yenilik alanı olarak kalmaya adaydır.

KAYNAKÇA

- ABREU MILLER Nyana, TORRAO Raul, “Cross-Border Insolvency in Brazil: the UNCITRAL Model Law Dances to a Samba Beat”, 2021, <https://www.sequorlaw.com/news-release/cross-border-insolvency-in-brazil-the-uncitral-model-law-dances-to-a-samba-beat>.
- ACEMOĞLU Kevork, **Borçlar Kanunu’nun Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1971.
- AKINCI Ziya, “Milletlerarası Usûl Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu”, **Ergin Nomer’e Armağan, MHB**, C. 22, S. 2, 2002.
- AKINCI Ziya, **Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Milletlerarası Derdestlik**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2002.
- AKINCI Ziya, GÖKYAYLA Cemile Demir, **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul: Vedat, 2010.
- AKİL Cenk, **Sorularla Adi Konkordato**, Ankara: Adalet, 2019.
- AKTEPE ARTIK Sezin, **Medeni Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Seçkin, 2014.
- ALANGOYA H. Yavuz, YILDIRIM M. Kamil, DEREN-YILDIRIM Nevhis, **Medeni Usûl Hukuku Esaslar**, 7. bs, İstanbul: Beta, 2011.
- ALBAYRAK Hakan, **İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları**, Ankara: Yetkin, 2020.
- ALBAYRAK Hakan, **İflâsın Kaldırılması**, Ankara: Yetkin, 2007.
- ALTAY Sümer, “5846 Sayılı FSEK Bağlamında malî Hakların Haczine ve İflâs Masasına Girmesine İlişkin Bazı Faraziyelerin Değerlendirilmesi”, **İHFM**, C. 56, S. 1-4, 1998, ss. 209-18.
- ALTAY Sümer, **Modern İflâs Hukuku Açısından Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005. (Konkordato ve Yeniden Yapılandırma)
- ALTAY Sümer, ESKİOCAK Ali, **7101 Sayılı Kanun’la Yapılan Düzenlemelerin Işığında Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku**, 4. bs, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- ALTMAN Edward I., HOTCHKISS Edith, WANG Wei, **Corporate Financial Distress, Restructuring, and Bankruptcy: Analyze Leveraged**

- Finance, Distressed Debt, and Bankruptcy**, Hoboken, NJ, USA: Wiley, 2019. (Corporate Financial Distress)
- ALTMAN Jamie, “A Test Case in International Bankruptcy Protocols; the Lehman Brothers Insolvency”, **San Diego International Law Journal**, C. 12, 2011, ss. 463-95. (A Test Case)
- ALTUĞ Yılmaz, **Türk Milletlerarası Usûl Hukuku: Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi**, 3. bs, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983. (Yargı Yetkisi)
- ANDERSON Hamish, “The Concept of Insolvency Proceedings”, New York, 2017.
- ANDERSON Kent, “The Cross-Border Insolvency Paradigm: A Defense of the Modified Universal Approach Considering the Japanese Experience”, **University of Pennsylvania Journal of International Law**, C. 21, S. 4, 2000, ss. 679-780.
- ANSAY Tuğrul, “Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Karşılıklı Muamele Şartı”, **Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan**, 1964, 245-64.
- ARAT Tuğrul, “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 1-4, 1964, ss. 421-527.
- ARICI Fatih, **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- ARSAVA Füsun, “Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağışıklığı”, **TAAD**, C. 1, S. 8, 2012, ss. 1-20.
- ARSLAN Melike, “Differentiating and Connecting Indicators: the Quality and Performance of Law in the World Bank’s Doing Business Project”, **International Journal of Law in Context**, C. 16, 2020, ss. 17-38.
- ARSLAN Ramazan, EJDİR Yılmaz, SEMA Taşpınar Ayvaz, **Medeni Usûl Hukuku**, Ankara: Yetkin, 2016.
- ARZOVA Sabri vd., **Hukuki ve malî Yönden İflâsin Ertelenmesi ve Borca Batıklık Bilançosu**, 3. bs, Ankara: Seçkin, 2016.
- ATALAY Oğuz, **Anonim Şirketlerin İflâsı**, İzmir: Dokuz Eylül Yayınları, 1996.
- ATALAY Oğuz, **Borca Batıklık ve İflâsin Ertelenmesi**, 2. bs, İzmir: Güncel Yayınevi, 2007.
- ATALI Murat, “Avrupa Birliği’nde İdare Merkezi Teorisinin Milletlerarası İflâs Hukuku Bakımından Geçerliliği”, **MİHDER**, C. 2, S. 4, 2006, ss. 881-905.
- ATASOY Kemal, **Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı**, İstanbul: Oniki Levha, 2020.

- AYBAY Rona, DARDAĞAN KİBAR Esra, **Yabancılar Hukuku**, 3. bs, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010.
- AYGÜL Musa, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usûl Hukuku Problemleri”, **MHB**, C. 31, S. 2, 2011, ss. 83-121.
- AYVERDİ İlhan, TOPALOĞLU Ahmet, **Kubbealtı Lugatı: Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, ed. İlhan Ayverdi, 4. bs, İstanbul: Kubbealtı Lugatı, 2011.
- BALCI Şakir, **İflâsın Ertelenmesi: Usûl ve Esaslar**, 1. bs, İzmir: Güncel Yayınevi, 2005.
- BANG-PEDERSEN Ulrik Rammeskow, “Asset Distribution in Transnational Insolvencies: Combining Predictability and Protection of Local Interests”, **American Bankruptcy Law Journal**, C. 73, 1999, ss. 385-434.
- BANKRUPTCY DATA, “A Brief History of Bankruptcy”, 2012, <https://www.bankruptcydata.com/a-history-of-bankruptcy>.
- BAŞÖZEN Ahmet, **Müflisin Tasarruf Yetkisi**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- BEBCHUK Lucian Arye, GUZMAN andrew T., “An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies”, the **Journal of Law and Economics**, C. 42, S. 2, 1999, ss. 775-808.
- BEETHAM David, **Legitimation of Power**, Macmillan, 1991.
- BELGESAY Mustafa Reşit, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 1: Teoriler**, İstanbul: Duygu Matbaası ve Şaka Matbaası, 1950. (Teoriler)
- BELGESAY Mustafa Reşit, **İcra ve İflâs Hukuku**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1942. (İcra ve İflâs)
- BELGESAY Mustafa Reşit, **Teorik ve Pratik Adliye Hukuku 2: Devletler Hususi Hukukunda Adliye**, 3. bs, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1938. (Adliye)
- BERKİ Osman Fazıl, **Türk Hukukunda Kanunlar İhtilafı**, 2. bs, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971.
- BERKİ Osman Fazıl, **Devletler Hususi Hukuku**, 1966.
- BERKİN Necmeddin M., “Alman İflâs Kanununun Başlangıç Hükümler Hükümleri”, **İUHFD**, C. 19, S. 1-2, 1953, ss. 159-83.
- BERKİN Necmeddin M., **İflâs Hukukunda Konkordato**, Üniversite Kitapevi Yayınları, 1949.
- BHANDARI Jagdeep S., WEISS Lawrence A., (ed.), **Corporate Bankruptcy: Economic and Legal Perspectives**, London, New York: Cambridge University Press, 1996.
- BİLGİN Mahmut, **İflâs İflâsın Ertelenmesi Konkordato ve Yargılama Usûlü**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.

- BLANKENBURG Erhard, “Patterns of Legal Culture: the Netherlands Compared to Neighboring Germany”, the **American Journal of Comparative Law**, C. 46, S. 1, 1998, ss. 1-42.
- BLOCK-LIEB Susan, “Reaching to Restructure Across Borders (Without Over-Reaching), Even After Brexit”, **Am Bankruptcy Law J**, C. 92, 2018, ss. 1-51.
- BOBBIO Norberto, **Democracy and Dictatorship: the Nature and Limits of State Power**, çev. Peter Kennealy, Cambridge: Polity Press, 1989.
- BORK Reinhard, “Pre-Insolvency Frameworks: Developments in the European Union”, **International Insolvency Review**, 2023, ss. 1-17, doi:[10.1002/iir.1515](https://doi.org/10.1002/iir.1515).
- BORK Reinhard, **Principles of Cross-Border Insolvency Law**. Cambridge: Intersentia, 2017.
- BREITENSTEIN Stefan, **Internationales Insölvvenzrecht der Schweiz und der Vereinigten Staaten**, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990. (Internationales Insölvvenzrecht)
- BROOKS John G., “A (Very) Brief History of Bankruptcy and Debt in the West”, 2012, <http://www.bayareabankruptcylawyerblog.com/bankruptcy-in-general/a-very-brief-history-of-bankruptcy-and-debt-in-the-west/>.
- BUDAK Ali Cem, **Avrupa’da Hukuk Yargılamasının Kısa Tarihi**, İstanbul: Filiz, 2023. (Kısa Tarih)
- BUDAK Ali Cem, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri”, **Legal Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, C. 8, S. 22, 2012, ss. 1-25.
- BUDAK Ali Cem, **Medeni Usûl Hukukunda Kavram İctihadı ve Menfaat İctihadı**, İstanbul: Filiz, 2021.
- BUDAK Ali Cem, “Amerika Birleşik Devletleri’nde Şirket Kurtarma”, **Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu**, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü/ İstanbul Sanayi Odası, 1993, ss. 339-59.
- BUDAK Ali Cem, “Amerikan Hukukunda Finansal Güçlük Yaşayan İşletmelerin Kurtarılmasına İlişkin Hukuki Çareler”, **Finansal Güçlük Yaşayan İşletmelerin Kurtarılmasına İlişkin Hukuki Çareler Konferansı**, Kadir Has Üniversitesi - Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2007.
- BUDAK Ali Cem, “Chapter 11: Corporate Bodies, Harmonization Of Turkish Company Legislation With EC Law”, ed. Dominik Lasok, **Turkey and the European Communities Report on the Relations between the Republic of Turkey and the EC Arising from the Ankara Agreement**

- and the Application for Membership**, University of Marmara European Union Institute European Reserch Journal, C. 2, S. 1-2, 1992, ss. 160-68.
- BUDAK Ali Cem, “Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu İle İlgili Usûllerin Amacı Işığında İcra ve İflas Kanunu’n 5092 Sayılı Kanun Değişikliği”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2006, S. 1, 2006, ss.257-75.
- BUDAK Ali Cem, “Prof. Dr. Baki Kuru’nun Nizasız Kaza İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler”, Türkiye Barolar Birliği, 2004.
- BUDAK Ali Cem, “Ticari Defterlerle İspat Usûlü Kaldırılmamalıdır”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 2, 2005, ss. 511-23.
- BUDAK Ali Cem, TUNÇ YÜCEL Müjgan, “İflâs, Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato ile İlgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflâs Kanunu Değişiklikleri”, **Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, C. 11, S. 31, 2015, ss. 21-38.
- BUFFORD Samuel L., “Global Venue Controls Are Coming: A Reply to Professor Lopucki”, **American Bankruptcy Law Journal**, C. 79, 2005, ss. 105-41.
- BUFFORD Samuel L., “International Insolvency Case Venue in the European Union: the Parmalat and Daisyteck Controversies”, **Colum J Eur L**, C. 12, 2006, ss. 429-86.
- BURMAN Harold, WESTBROOK Jay Lawrence, “United Nations Commission on International Trade Law: Model Law on Cross-Border Insolvency”, **International Legal Materials**, C. 36, S. 5, 1997, ss. 1386-98.
- BURULOĞLU Enver, YUDA Reyna, **Konkordato Hukuku ve Tatbikat**, Yörük Matbaası, 1968.
- BUXBAUM Hannah L., “Rethinking International Insolvency: the Neglected Role of Choice-Of-Law Rules and Theory”, **Stanford Journal of International Law**, C. 36, 2000, ss. 23-71.
- CANBELDEK Özlem, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Kanunu Işığında Yetki Sözleşmeleri”, **Legal Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, C. 8, S. 22, 2012, ss. 200-233.
- CASASOLA Oriana, “The Transaction Avoidance Regime in the Recast European Insolvency Regulation: Limits and Prospects”, **International Insolvency Review**, C. 28, S. 2, 2019, ss. 163-83.
- CHAN HO Look, “Anti-Suit İnjunctions in Cross-Border Insolvency: A Restatement”, **International and Comparative Law Quarterly**, C. 52, S. 3, 2003, ss. 697-735.

- COLOVIC Vladimir, “Lex Fori Concursus As the Basic Rule in the International Bankruptcy”, **Strani Pravni Zivot**, S. 4, 2016, ss. 85-98.
- Le CORRE Pierre-Michel, Le GALL Jean-Pierre, **Zora Giren İşletmeler Hukuku**, çev. Tuğba Ballıgil, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2003.
- CROZIER L. J., “Using ‘Maxwell Orders’ in Aid of Transborder Reorganizations”, **Canadian Business Review**, C. 16, S. 3, 1993, s. 86.
- ÇALIŞKAN Zeynep, **Milletlerarası Usûl Hukukunda Teminat**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- ÇELİKEL Aysel, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi”, **İÜHF**, C. 29, S. 3, 1963, ss. 863-65.
- ÇELİKEL Aysel, ERDEM B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 17. bs, İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- ÇİFTÇİ Pınar, **İcra Hukukunda Menfaat Dengesi**, Adalet, 2010. (Menfaat Dengesi)
- DALHUISEN Jan Hendrik, **International Insolvency and Bankruptcy**, New York, 1983.
- DALHUISEN Jan Hendrik, **Compositions in Bankruptcy: A Comparative Study of the Laws of the EEC Countries, England and the USA**, Leiden: A.W Sijthoff-Leiden, 1968.
- DAWSON Kate, “Assistance Under Section 426 of the Insolvency Act 1986”, **International Insolvency Review**, C. 8, 1999, ss. 109-26.
- DEFFENTI Fabiano, QUEIROZ Luciana, “UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in Force in Brazil”, 2021,
<https://lawsofbrazil.com/2021/02/02/uncitral-model-law-on-cross-border-insolvency-in-force-in-brazil/>.
- DELİDUMAN Seyithan, **İflâsın Ertelenmesinin Etkileri**, 1. bs, Kocaeli: Üniv, 2008.
- DEMİRKOL Berk, **Milletlerarası Yetki Anlaşmaları**, İstanbul: Vedat, 2018.
- DEMİRKOL Berk, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Vedat, 2011.
- DEMİRKOL Berk, AKÜZÜM Ural, **Türkiye’de Med-Arb (Arabuluculuk - Tahkim) Yapısı, Mevzuatı ve Uygulaması**, İstanbul: On İki Levha, 2020.
- DEMİRKOL Berk, DORKEN Oğuz, “Rapport Turc sur la Mondialisation et Investissement”, **La Mondialisation: Journées Allemandes [actes des Journées de l’Association Henri Capitant, Münster et Berlin, 23-27 mai 2016]**, Bruxelles Paris: Bruylant LB2V, 2017, ss. 651-659.
- DEMİRKOL Özüm, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Esası**, İstanbul: Oniki Levha, 2017.

- DEYNEKLİ Adnan, **İflâsın Vergi Alacağının Tahsiline Etkisi**, Ankara: Yetkin, 1998.
- DEYNEKLİ Adnan, **Türk Hukukunda Kambiyo Senetlerine Özgü İflâs Yoluyla Takip**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- DEYNEKLİ Adnan, 4949 Sayılı Kanun’la Değişik İcra ve İflas Kanunu’na Göre Adi ve Rehinli Alacakların Sırası, **AÜHFD**, 2005, C.54 S.1, ss. 191- 204.
- DEREN YILDIRIM Nevhis, İflasın Hukuki Mahliyeti, **İÜHFM**, 1994, C. 54(1-4), ss.331-346.
- DIAMANTIS Mihailis E., “Arbitral Contractualism in Transnational Bankruptcy”, **Southwestern University Law Review**, C. 35, 2006, ss. 327-60.
- DOĞAL Emsalgül, **Konkordatonun Tasdiki Yargılaması**, Ankara: Yetkin Basım Yayım, 2020.
- DOĞAN Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara: Savaş Yayıncılık, 2016.
- DURMAN Okay, **İcra ve İflâs Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul: Oniki Levha, 2009.
- EIDENMÜLLER Horst, “Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law”, **European Company and Financial Law Review**, C. 6, S. 1, 2009, ss. 1-28.
- EIDENMÜLLER Horst, “Contracting For a European Insolvency Regime”, **European Business Organization Law Review**, C. 18, S. 2, 2017, ss. 273-304.
- EIDENMÜLLER Horst, “The Rise and Fall of Regulatory Competition in Corporate Insolvency Law in the European Union”, **European Business Organization Law Review**, C. 20, S. 3, 2019, ss. 547-66, doi:10.1007/s40804-019-00160-0.
- EIDENMÜLLER Horst, “What is an Insolvency Proceeding?”, **Am Bankruptcy Law J**, C. 92, 2018, ss. 53-72.
- EIDENMÜLLER Horst, KRISTIN Van Zwieten, “Restructuring the European Business Enterprise: the EU Commission Recommendation on A New Approach to Business Failure and Insolvency”, **EBOR**, C. 16, 2015, ss. 625-67.
- EISENBERG T., SUNDGREN S., “Is Chapter 11 Too Favorable to Debtors? Evidence From Abroad”, **Cornell Law Review**, C. 82, 1997.
- EKŞİ Nuray, **Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**, İstanbul: Beta, 2004.
- EKŞİ Nuray, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, 2. bs, İstanbul: Beta, 2000.

- EKŞİ Nuray, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, 1. bs, İstanbul: Beta, 2013.
- EKŞİ Nuray, “Yabancı Mahkemenin Aşırı Yetkisinin Tenfiz Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi (5718 sayılı MÖHUK md. 54/b)”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, 2010, ss. 25-70.
- EKŞİ Nuray, BUDAK Ali Cem, “Uluslararası Âciz Hukukuna İlişkin Avrupa Birliği Tüzüğü”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, 2003, ss. 41-76.
- EPLING Richard L, “Environmental Liens in Bankruptcy”, the **Business Lawyer**, C. 44, S. 1, 1988, ss. 85-102.
- ERCAN İbrahim, **İcra ve İflâs Hukukunda Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato**, Konya: Mimoza Yayınları, 2008.
- ERDEM B. Bahadır, **Türk Milletlerarası Usûl Hukukunda Tebligat**, İstanbul: Beta, 1992.
- ERDEM B. Bahadır, DORKEN Oğuz, “Rapport Turc sur le Droit International Privé et Immatériel”, **L’immatériel: Journées Espagnoles [de l’Association Henri Capitant, à Barcelone et Madrid, du 19 au 23 mai 2014]**, Bruxelles Saint-Germain-en-Laye: Bruylant LB2V, 2015, ss. 1117-1130.
- ERDEM Fahri, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, 12 Levha, 2019.
- ERDÖNMEZ Güray, **Alacaklılara Zarar Verme Kastiyla Yapılan Tasarrufların İptali**, 1. bs, İstanbul: Oniki Levha, 2017. (Tasarrufun İptali)
- ERDÖNMEZ Güray, **İflâsta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri**, Legal Yayıncılık, 2005. (Alacaklılar Toplanması)
- ERMENEK İbrahim, **İflâsın Ertelenmesi**, Ankara: Adalet, 2009.
- EROĞLU Orhan, **Uygulamada Konkordato**, 3. bs, Ankara: Seçkin, 2020.
- ERTEN Alper Efe, **Mali Durumu Bozulan Sermaye Şirketlerinin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması**, 1. bs, Ankara: Seçkin, 2006.
- ESEN Emre, “Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı”, **MHB**, C. 22, 2002, ss. 183-206.
- ESEN Emre, “Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 6.3.2009 Tarihli İçtihadının Eleştirisi”, **MHB**, C. 31, S. 1, 2011, ss. 191-207.
- FIERBINTEANU Gabriela, NEMEŞ Vasile, “A New Approach in Cross Border Cases - Regulation (EU) No 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on Insolvency Proceedings (Recast)”, **Challenges of the Knowledge Society**, 2017, ss. 227-33.

- FILHO Paulo Fernando Campana, "The Legal Framework for Cross-Border Insolvency in Brazil", **Houston Journal of International Law**, C. 32, 2009, ss. 97-152.
- FIOCCHI MALASPINA Elisabetta, "History of International Law", **Introduction to Swiss Law**, Editor: Marc Thommen, Carl Grossmann Verlag, 2018.
- FINCH Vanessa, **Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles**, 2. bs, Cambridge University Press, 2009.
- FLETCHER I. F., "The European Union Convention on Insolvency Proceedings: Choice-of-law provisions", **Texas International Law Journal**, C. 33, S. 1, 1998, ss. 119-40.
- FLETCHER Ian F., **Insolvency in Private International Law: National and International Approaches**, 1. bs, Oxford: Clarendon Press, 1999.
- FLETCHER Ian F., "International Insolvency: A Case for Study and Treatment", **The International Lawyer**, C. 27, S. 2, 1993.
- FUNK Charles Earle, **Thereby Hangs a Tale: Stories of Curious Word Origins**, Mysore Press, 2008.
- GHIO Emilie, "European Insolvency Law: Development, Harmonisation and Reform; A Case Study on the European Internal Market", **Trinity College Law Review**, C. 18, 2015, ss. 154-79.
- GOPALAN Sandeep, GUIHOT Michael, "Recognition and Enforcement in Cross-Border Insolvency Law: A Proposal For Judicial Gap-Filling", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, C. 48, 2015, ss. 1225-84.
- GÖĞER Erdoğan, **Devletler Hususî Hukuku**, 4. bs, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1977.
- GÖLCÜKLÜ İlyas, **Milletlerarası Özel Hukukta İflâs Uyuşmazlıklarının Çözümü**, İstanbul: Oniki Levha, 2020. (Milletlerarası Özel Hukukta İflâs)
- GÖRGÜN L. Şanal, **İflâsta İstihkak Davası**, Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, 1977.
- GÖZLER Kemal, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", **Anayasa Yargısı**, C. 19, 2002, ss. 326-54.
- GRANT John P., **International Law**, 1. ed., Dundee: Dundee Univ. Press, 2010.
- GRATZER Karl, **History of Insolvency and Bankruptcy From An International Perspective**, Huddinge: Södertörns University, 2008. (History)
- GROPPER Allan L., "The Payment of Priority Claims in Cross- Border Insolvency Cases", **Texas International Law Journal**, C. 46, S. 3, 2010, ss. 559-77.
- GURREA-MARTÍNEZ Aurelio, "The Future of Reorganization Procedures in the Era of Pre-Insolvency Law", **European Business Organization Law Review**,

- C. 21, S. 4, 2020, ss. 829-54, doi:[10.1007/s40804-020-00191-y](https://doi.org/10.1007/s40804-020-00191-y). (Future of Reorganization Procedures)
- GUZMAN Andrew T., “International Bankruptcy: in Defense of Universalism”, C. 98, 2000, ss. 2177-2215.
- GÜNDÜZ Aslan, **Milletlerarası Hukuk**, 8. bs, İstanbul: Beta Yayınları, 2015.
- GÜNDÜZ Aslan, “Yabancı Devlet Malları Üzerinde Cebri İcra Mümkün Müdür?”, **MHB**, C. 1, 1984, ss. 1-21.
- GÜNEYSU GÜNGÖR Gülin, **Milletlerarası Özel Hukukta İflâs**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1997.
- GÜNEYSU GÜNGÖR Gülin, “AT Hukukunda Kredi Kurumlarının Yeniden Yapılandırılması ve İflâsı Hakkında 2001/241/EC Direktifi”, **Tuğrul Arat’a Armağan**, ss. 561-92.
- GÜNEYSU GÜNGÖR Gülin, “Avrupa Birliği İflâs Sözleşmesi 1995 Tasarısı ve Milletlerarası İflâs”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 47, S. 1, 1998, s. 1, doi:[10.1501/Hukfak_00000000634](https://doi.org/10.1501/Hukfak_00000000634).
- GÜNEYSU GÜNGÖR Gülin, “Avrupa Topluluğu Âciz Usûlleri Tüzüğü”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 2, S. 2, 2002, ss. 251-92.
- GÜNGÖR Muammer, **İflâstan Korunma ve İflâs Ertelemenin Yönetilme: İfiflâsın Belirtileri, Erteleme Süreci, Uygulama Rehberi**, 1. bs, Ankara: Seçkin, 2015.
- GÜVEN Pelin, **Tanıma-Tenfiz, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara: Yetkin, 2013.
- GÜVEN Pelin, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara: Yetkin, 2013.
- HAMMER Aaron L., McCLINTOCK Matthew E., “Everything You Need to Know About Cross-Border Insolvency in the United States”, **Law and Business Review of the Americas**, C. 14, 2008, ss. 257-80.
- HANAĞASI Emel, **Davada Menfaat**, Ankara: Yetkin, 2009.
- HANNAN Neil Francis, “International Commercial Arbitration and Cross Border Insolvency”, **International Trade and Business Law Review**, C. 17, 2014, ss. 447-76.
- HANNAN Neil Francis, **Cross-Border Insolvency**, Singapore: Springer Singapore, 2017.
- HARRIS Phil, **An Introduction to Law**, 7. bs, Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2007.

- HARTEN Julia, “Jurisdictional Rules on Approval Requirements in the European Insolvency Regulation Recast”, **Recasting the Insolvency Regulation Improvements and Missed Opportunities**, ed. Vesna Lazić, Steven Stuij, 2020, ss. 59-74.
- HESS Burkhard vd., **European Insolvency Law: the Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report on the Application of Regulation No. 1346/2000/Ec on Insolvency Proceedings**, München: C.H. Beck, 2014.
- HIRSCH Ernst E., **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, çev. Selçuk Baran Veziroğlu, 3. bs, Ankara: Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 2001.
- HOWELL Jonathan L., “International Insolvency Law”, **The International Lawyer**, C. 42, S. 1, 2008, ss. 113-51.
- HUYSAL Burak, “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler”, **MHB**, C. 31, S. 2, 2011, ss. 71-101.
- HUYSAL Burak, “Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi”, **Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, GSÜHFD**, 2011, ss. 467-502.
- INSOL EUROPE, “The Rise of Preventive Restructuring Schemes: Challenges and Opportunities”, **Papers From the INSOL Europe Academic Forum Annual Conference**, 2018.
- INTERNATIONAL INSOL, **Cross-Border Insolvency II: A Guide to Recognition and Enforcement**, London: International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals, 2012.
- THE INSOLVENCY SERVICE, “Guidance to Cross-Border Insolvencies: Recognition and Enforcement in EU Member States”, 2021, <https://www.gov.uk/government/publications/cross-border-insolvencies-recognition-and-enforcement-in-eu-member-states>.
- IRMAK BÜYÜK Elif, **Medeni Usûl Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm**, İstanbul: Oniki Levha, 2021.
- IŞIK Burak, “Amerikan Medeni Usûl Hukukunda Taraf Sorgusu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, S. 2, 2021, ss. 939-78, doi:10.33717/deuhfd.1375596.
- JANGER Edward J., “Aggregation and Abuse: Mass Torts in Bankruptcy”, **Fordham Law Review**, C. 91, S. 2, 2022, ss. 361-83.
- JANGER Edward J., “Universal Proceduralism”, **Brooklyn Journal of International Law**, C. 32, S. 3, 2007, ss. 819-49.
- JEANNERET Vincent, “Banqueroute et Faillites Internationales”, **Revue Suisse de Jurisprudence**, C. 87, 1991, ss. 336-41.

JUNOD Philippe, **Tendances Actuelles De La Jurisprudence Du Tribunale Fédéral En Matière De Faillite Prononcée À L'étrange Avec Des Biens Situés En Suisse**, Zürich, 1986.

KALE Serdar, **Sorularla Konkordato (İflâs Dışı ve İflâs İçi Adi Konkordato)**, İstanbul: Oniki Levha, 2017.

KAPLAN İbrahim, **İsviçre İcra ve İflâs Hukukunun Borçların Ertelenmesine (Konkordatoya) İlişkin Malvarlığı Yönetimi Sözleşmesi Hükümleriyle Mukayeseli Olarak Yeni Türk Konkordato Hukuku**, Ankara: Yetkin, 2019.

KARSLI Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2014.

KARSLI Abdurrahim, KOÇ Evren, KONURALP Cengiz Serhat, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler Konular**, İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2014.

KARTAL Bünyamin, **Konkordato Mühleti Verilmesinin Sürekli Borç İlişkilerine Etkisi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

KAVASOĞLU Abdurrahman, **Medeni Usûl Hukukunda Davada Temsil (Doktora Tezi)**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2007.

KELSEN Hans, **General Theory of Law & State**, New Brunswick, N.J: Transaction Publishers, 2006.

KELSEN Hans, **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the "Reine Rechtslehre" or Pure Theory of Law**, çev. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 2011.

KEMAL Ali, **Mebahis-i Hukuk-u Ticaretten: İflâs**, Dersaadet (İstanbul), 1916.

KILINÇ Ayşe, "İflâs Kararına Karşı Kanun Yolları, İflâs Kararının Kesinleşmesi(İİKİK M164)4)", **TBB Dergisi**, S. 78, 2008, ss. 315-36.

KIRLI Aydemir, DENİZ Defne, **Milletlerarası Usûl Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, İstanbul: Oniki Levha, 2013.

KIRTILOĞLU S. Serhat, **İflâs Davası**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.

KOKORIN Ilya, "Contracting Around Insolvency Jurisdiction: Private Ordering in European Insolvency Jurisdiction Rules and Practices", **Recasting the insolvency regulation improvements and missed opportunities**, ed. Vesna Lazić, Steven Stuij, 2020, ss. 22-57.

KONURALP Orhan Emre, "Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, 2014, ss. 2855-80.

KOVACS Robert, “Transnational Approach to the Arbitrability of Insolvency Proceedings in International Arbitration”, **International Insolvency Institute**, 2017,

<https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/transnationalapproachtohearbitrabilityofinsolvencyproceedingsininternationalarbitration.pdf>.

KUHN Wolfgang, “Arbitration and Insolvency”, **Dispute Resolution International**, C. 5, S. 2, 2011, ss. 203-12.

KURU Baki, **İcra ve İflâs Hukuku: El Kitabı**, Ankara: Adalet, 2013. (El Kitabı)

KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, 6. bs, İstanbul: Demir Yayıncılık, 2001.

KURU Baki, **İcra ve İflâs Hukuku**, 3. bs, İstanbul: Tıpkı Basım, 2000. (İcra - İflâs)

KURU Baki, **İflâs ve Konkordato Hukuku**, İstanbul: Evrim Basım Yayım, 1988. (Konkordato)

KURU Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2016.

KURU Baki, “Sözleşme ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması”, **MHB**, C.6, S.2, 1986, ss. 140-45.

KURU Baki, **Şahıs Şirketleri ve Ortakların İflâsı**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1961.

KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, Ankara: Yetkin, 2014. (Ders Kitabı)

KURU Baki, BUDAK Ali Cem, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, **İBD**, C. 85, S. 5, 2015, ss. 3-43.

KURU Baki, BUDAK Ali Cem, **Tespit Davaları**, Genişletilmiş 2. bs., İstanbul: On İki Levha, 2010.

LEE Paul L, “Ancillary Proceedings Under Section 304 and Proposed Chapter 15 of the Bankruptcy Code”, **American Bankruptcy Law Journal**, C. 76, 2002, ss. 115-202.

LEONARD Bruce, “Committee J’s Initiatives in Cross-Border Insolvencies and Reorganisations: the Experience of the Ever-fresh Case”, **International Insolvency Review**, C. 6, S. 2, 1997, ss. 127-38. (Cross-Border Insolvencies)

LEVINTHAL Louis Edward, “The Early History of Bankruptcy Law”, **University of Pennsylvania Law Review**, C. 66, 1918, ss. 223-50.

LINNA Tuula, “Actio Pauliana and Res Judicata in EU Insolvency Proceedings”, **Journal of Private International Law**, 2015, C. 11, S. 3, ss. 568–84.

- LINNA Tuula, “Actio Pauliana - Actio Europensis? Some Cross-Border Insolvency Issues”, **Journal of Private International Law**, C. 10, S. 1, 2014, ss. 69-87.
- LOOK Chan Ho, “Anti-Suit Injunctions in Cross-Border Insolvency: A Restatement” **International and Comparative Law Quarterly** Cilt: 52, Sayı: 3, 2003.
- LoPUCKI Lynn M, “Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach”, **Cornell L. Rev**, C. 84, S. 3, 1999, ss. 696-762.
- LoPUCKI Lynn M, “Universalism Unravels”, **American Bankruptcy Law Journal**, C. 79, 2005, ss. 143-68.
- MADAUS Stephan, “Leaving the Shadows of US Bankruptcy Law: A Proposal to Divide the Realms of Insolvency and Restructuring Law”, **European Business Organisation Law Review**, C. 19, 2018, ss. 615-647.
- MARTIN Nathalie, OCEAN Tama, **Inside Bankruptcy Law: What Matters and Why**, Aspen Publishing, 2008.
- McCORMACK Gerard, **Corporate Rescue Law – An Anglo-American Perspective**, Edward Elgar Publishing, 2008.
- McCORMACK Gerard, “Corporate Restructuring Law - A Second Chance For Europe?”, **European law review**, C. 42, 2017, ss. 532-61.
- MEARS Patrick, REVECO Ricardo, “Chile’s New Bankruptcy Legislation to Attract More Foreign Direct Investment and International Trade”, 2023, <https://news.bloomberglaw.com/international-trade/chiles-new-bankruptcy-legislation-to-attract-more-foreign-direct-investment-and-international-trade>.
- MEVORACH Irit, “Overlapping International Instruments For Enforcement of Insolvency Judgments: Undermining or Strengthening Universalism?”, **European Business Organization Law Review**, C. 22, 2021, ss. 283-315, doi: [10.1007/S40804-021-00204-4](https://doi.org/10.1007/S40804-021-00204-4) (Overlapping International Instruments)
- MEVORACH Irit, **The Future of Cross-Border Insolvency**, Oxford University Press, 2018.
- MEVORACH Irit, “Modified Universalism As Customary International Law”, **Texas Law Review**, C. 96, 2018, ss. 1403-36.
- MEVORACH Irit, “Forum Shopping in Times of Crisis: A Directors’ Duties Perspective”, **European Company and Financial Law Review**, C. 10, S. 4, 2013, ss. 523-53.
- MEVORACH Irit, “Transaction Avoidance in Bankruptcy of Corporate Groups”, **European Company and Financial Law Review**, C. 8, S. 2, 2011, doi:[10.1515/ecfr.2011.235](https://doi.org/10.1515/ecfr.2011.235).

- MEVORACH Irit, “Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View”, **European Business Organization Law Review**, C. 8, S. 2, 2007, ss. 179-94. (Corporate Groups)
- MEVORACH Irit, WALTERS Adrian J., “The Characterization of Pre-Insolvency Proceedings in Private International Law”, **European Business Organization Law Review**, C. 21, 2020, ss. 855-94, doi:[10.1007/S40804-020-00176-X](https://doi.org/10.1007/S40804-020-00176-X). (Characterization)
- MIGUENS H. J., **El Derecho Internacional Privado de la Insolvencia en Argentina. Propuestas de Reforma “De Lege Lata” y “De Lege Ferenda” para Argentina y el MERCOSUR**, Mauritius: Editorial Académica Española, 2017.
- MOHAN S Chandra, “Cross-Border Insolvency Problems: Is the UNCITRAL Model Law the Answer?”, **INSOL International Insolvency Review**, C. 21, 2012, ss. 199-223.
- MOUSTAIRA Elina, **International Insolvency Law: National Laws and International Texts**, Cham: Springer International Publishing, 2019.
- MUŞUL Timuçin, **İflâs ve Konkordato Hukuku: Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma: 7101 ve 7155 Sayılı Kanunlarla İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Yeni Düzenlemeye Göre**, 2. bs, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- MUŞUL Timuçin, **İflâsın Ertelenmesi**, 2. bs, İstanbul: Oniki Levha, 2010.
- NACAR Mehmet Alper, **Konkordatoda İmtiyazlı Alacaklar**, Adalet, 2021.
- NOMER Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 21. bs, İstanbul: Beta, 2015.
- NOMER Ergin, “Devletler Hususi Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu”, **İHFM**, C. 40, S. 1-4, 1974, ss. 393-426.
- NOMER Ergin, “Devletlerin Kaza Muafiyeti”, **İHFM**, C. 35, S. 1-4, 1969, ss. 471-95.
- NOMER Ergin, “İflâs Davalarında Milletlerarası Yetki Anlaşmaları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 85, S. 6, 2011, ss. 1-11.
- NOMER Ergin, “İhtilafsız Kaza Alanında Milletlerarası Yetki”, **Hıfzı timur’un anısına armağan**, İstanbul, 1979, ss. 545-78.
- NOMER Ergin, “Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı”, **Prof. Dr. Erdoğan moroğlu’na 65. Yaş günü armağanı**, 2. bs, İstanbul, 2001, ss. 909-22.
- NOMER Ergin, “Yabancı Mahkeme İlâmlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, **MHB**, C. 23, 2003, ss. 565-77.
- NOMER Ergin, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde ‘Gerekçe’”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1, 2011, ss. 9-16.

- NUZZO Luigi, VEC Miloš, “The Birth of International Law as a Legal Discipline”, **Constructing International Law: The Birth of a Discipline**, Editörler: Nuzzo ve Vec, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012
- OĞUZMAN Kemal, ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 2012
İstanbul, s. 268
- ÖNAL Ali, “Yabancı Unsurlu İflâs Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, 2014, ss. 2881-2907.
- ÖNEN Ergun, **İnşai Dava**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Yüksek Okulu Yayınları, 1981.
- ÖZBAKAN Işıl, **Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara: Kazancı Kitap, 1987.
- ÖZBEK Mustafa S., “İcra ve İflâs Kanunu’nda Mal Beyanında Bulunma Yükümlülüğünün İhlâli Hâlinde Öngörülen Tazyik Hapsi ve Disiplin Hapsinin Mükerrer Cezalandırma Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, 2014, ss. 2447-2511.
- ÖZBEK Mustafa S., “İflâs Davasının Hukuki Mahiyeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 61, S. 1, 2012, ss. 207-74.
- ÖZDEMİR-KOCASAKAL Hatice, “Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflâs Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, 2014.
- ÖZDEN Bülent, **Türk Hukukunda Yabancı Şahısların Teminat Mükellefiyeti**, Alfa Yayınları, 1999.
- ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara: Yetkin, 2003.
- ÖZEKES Muhammet, “Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Hakkın Bazı Güncel Sorunları”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 3, S. 28, 2005, ss. 1295-1307.
- ÖZEL Sibel, “Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun Lex Fori Esasına Göre Belirlenmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 28, S. 2, 2020, ss. 963-78.
- ÖZMUMCU Seda, **Avrupa Birliği Küllî Takip Hukukunda Temel Menfaatler Merkezi ve Forum Shopping**, İstanbul: Oniki Levha, 2010.
- ÖZÖN Mustafa Nihat, **Osmanlıca Türkçe Sözlük**, İstanbul, 1973.
- ÖZTEK Selçuk, **İflâsın Ertelenmesi**, 1. bs, İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2007.
- ÖZTEK Selçuk, **Yeni Konkordato Hukuku**, Adalet, 2018.

- ÖZTEK Selçuk, BUDAK Ali Cem, TUNÇ YÜCEL Müjgan, YEŞİLOVA Bilgehan, KALE Serdar, **Yeni Konkordato Hukuku**, Yetkin, 2023.
- ÖZTÜRK Pınar, “İİK m.154/III Uyarınca, İflâs Davasında Yetkili Mahkemenin Borçlunun İşlem (Muamele) Merkezine Göre Belirlenmesi”, **İBD**, C. 72, S. 1-2-3, 1998, ss. 116-27.
- PATERSON Sarah, “Rethinking Corporate Bankruptcy Theory in the Twenty-First Century”, **Oxford Journal of Legal Studies**, C. 36, S. 4, 2016, ss. 697-723, doi:10.1093/ojls/gqv038. (Rethinking Corporate Bankruptcy Theory)
- PAULUS Christoph G., “A New German Decision on International Insolvency Law”, the **American Journal of Comparative Law**, C. 41, S. 4, 1993, ss. 667-74.
- PAYNE Jennifer, “Cross-Border Schemes of Arrangement and Forum Shopping” **European Business Organization Law Review**, C. 14, S. 4, 2013, ss. 563-89.
- PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 15. bs, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- PEKCANITEZ Hakan, **Makaleler**, İstanbul: On iki Levha, 2023.
- PEKCANITEZ Hakan, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000, ss. 753-79.
- PEKCANITEZ Hakan, “Medeni Usûl Hukukunda Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi (HUMK m. 445/11)”, **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara, 2004, ss. 515-51.
- PEKCANITEZ Hakan, “İflas, İflas mı Ediyor?”, **Hukukî Perspektifler Dergisi**, S.1, 2004.
- PEKCANITEZ Hakan, “Medeni Yargıda Adil Yargılama”, **İzmir Barosu Dergisi**, S. 2, 1997, ss. 35-55.
- PEKCANITEZ Hakan, “Medeni Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi”, **Faruk Erem Armağanı**, Ankara, 1999, ss. 635-66.
- PEKCANITEZ Hakan, **Medeni Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale**, Ankara: DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, 1992.
- PEKCANITEZ Hakan, **Anonim Ortaklıkların İflâsı**, Ankara, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi, 1991.
- PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 6. Bası, Vedat, İstanbul, 2018. (İcra ve İflâs)
- PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usûl Hukuku**, 14. bs, Ankara: Yetkin, 2013.

- PEKCANITEZ Hakan, ERDÖNMEZ Güray, **7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- PENNINGTON Robert Roland, **Pennington's Corporate Insolvency Law**, London: Butterworths, 1991.
- PLACHÁ Pavla, "Change of the Definition of the COMI - Issue Connected with the Revision of Council Regulation (EC) no 1346/2000", **Czech Yearbook of International Law**, ed. Alexander J. Bělohlávek, Naděžda Rozehnalová, 2016, C. 7, ss. 219-37.
- POSTACIOĞLU İlhan E., **Konkordato**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- POSTACIOĞLU İlhan E., ALTAY Sümer, **İcra Hukuku Esasları**, 5. bs, İstanbul: Vedat, 2010.
- POTTOW John A. E., "Beyond Carve-Outs and Toward Reliance: A Normative Framework For Cross-Border Insolvency Choice of Law", **Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law**, C. 9, 2015, ss. 202-25.
- PÜRSELİM DOĞAN Hatice Selin, **Avrupa Birliği Tüzükleri Çerçevesinde Avrupa İcra Hukuku**, (Doctoral thesis Tezi), Marmara Üniversitesi, 2009. (Avrupa İcra Hukuku)
- RADO Türkan, **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, İstanbul: Filiz, 1997.
- RAMESH Kirthi, "The Gibbs Principle: A Tether on the Feet of Good Forum Shopping", **Singapore Academy of Law Journal**, C. 29, 2017, ss. 42-74.
- RINGE Wolf-Georg, "Forum Shopping Under the EU Insolvency Regulation", **European Business Organization Law Review**, C. 9, S. 4, 2008, ss. 579-620.
- RINGE Wolf-Georg, "Insolvency Forum Shopping, Revisited", **Recasting the Insolvency Regulation Improvements and Missed Opportunities**, ed. Vesna Lazić, Steven Stuij, 2020, ss. 1-21.
- ROSENFELD Michel, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", **Southern California Law Review**, C. 74, 2001, ss. 1307-52.
- SAKMAR Atâ, **Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1982.
- SALTER Uçar, **Tüm Şirketlerde Fesih ve Tasfiye**, 2. bs, İstanbul: Kazancı, 1998.
- SARACOĞLU İhsan, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi", **İBD**, C. 49, S. 9-10, 1975, ss. 811-30.
- SARGIN Fügen, **Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları**, Ankara: Yetkin, 1996.

- SARGIN Fügen, “Yabancı Mahkeme İlâmlarına Dayalı İcra Yoluyla Takip Edilebilirliğe Bir Engel Olarak Zamanaşımı”, **Legal UTTER**, C. 6, S. 2, 2017, ss. 285-380.
- SARIOZ BÜYÜKALP Ayşe İpek, “Milletlerarası Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı”, **Doktora Tezi: Galatasaray Üniversitesi**, 2017.
- SARISÖZEN Mehmet Serhat, **7101 Sayılı Kanun Kapsamında İcra İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler**, Ankara: Yetkin Basım Yayım, 2018.
- SARISÖZEN Mehmet Serhat, **Konkordato**, 5. bs, Ankara: Location Unknown, 2021.
- SARRA Janis, MADAUS Stephan, MEVORACH Irit, “Chasing Assets Abroad: Ideas for More Effective Asset Tracing and Recovery in Insolvency”, **International Insolvency Review**, C. 32, S. 2, 2023, ss. 253-88.
- SCHORR Segaal, “Avoidance Actions Under Chapter 15: Was Condor Correct?”, **Fordham International Law Journal**, C. 35, S. 1, 2016, ss. 351-84.
- SCHUMPETER Joseph A, **Can Capitalism Survive?: Creative Destruction and the Future of the Global Economy**, 1st Harper Perennial Modern Thought Edition., New York: Harper Perennial, 2009.
- SCHWARTZ, “A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy”, the **Yale Law Journal**, C. 107, S. 6, 1998, ss. 1807-51.
- SEVİĞ Muammer Raşit, **Devletler Hususi Hukuku: I. Cilt: T.C. Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin Sentezi**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1941. (DHH C.I)
- SEVİĞ Muammer Raşit, **Devletler Hususi Hukuku: II. Cilt**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1943. (DHH C.II)
- SEVİĞ Vedat Raşit, **Ticari Sahadaki Kanunlar İhtilafı**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1957.
- SEVİĞ Vedat Raşit, Türkiye’nin Devletler Hususî Hukuku Sisteminde Müktesep Haklar Nazariyesinin Tatbik Şartları, **MHB**, İstanbul.
- SHELTON Dinah, “International Law and ‘Relative Normativity’”, **International Law**, ed. Malcolm D. Evans, Oxford: Oxford University Press, 2003, ss. 145-72.
- SHIDLOVITSKY Laura, “Adoption of Chapter 15: A Necessary Step in International Bankruptcy Reform”, **Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas**, C. 10, 2003, ss. 175-93.
- SİMİL Cemil, **Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları**, İstanbul: Oniki Levha, 2020.
- SKEEL David A., **Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America**, Princeton University Press, 2003

- SÜRAL Ceyda, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, **TBB Dergisi**, S. 100, 2012, ss. 167-216.
- SÜRAL Ceyda, **Uluslararası Özel Hukukta Yabancı Devletlerin Sınırlı Yargı ve İcra Muafiyeti**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- SÜRAL Ceyda, ÖZKAN Işıl, TUTUNCUBAŞI Uğur, **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- SÜZEN Begüm, **Tanım ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi**, İstanbul: Oniki Levha, 2016.
- ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. bs, İstanbul: Beta, 2013.
- ŞANLI Cemal, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Tahsil Olunacak Karar ve İlam Harcına ve Ticaret Mahkemelerinin Bulunduğu Yerlerde Görevli Mahkemeye İlişkin Bazı Sorunlar”, **İBD**, C. 69, S. 10-11-12, 1993, ss. 763-69.
- ŞANLI Cemal, “Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde Tanınması veya Delil Olarak Kullanılması”, **Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu’na Armağan**, Bayrak Matbaacılık, 1990, ss. 291-307.
- ŞANLI Cemal, ESEN Emre, ATAMAN FİGANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 5. bs, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- ŞİT Banu, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 1, 2011, ss. 61-74.
- TANRIVER Süha, DEYNEKLİ Adnan, **Konkordatonun Tasdiki**, Ankara: Yetkin, 1996.
- TAŞ KORKMAZ Hülya, **İflâs Masası**, Ankara: Yetkin, 2010.
- TAŞPINAR AYVAZ Sema, **İcra-İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma**, Ankara: Yetkin, 2005.
- TEKİNALP Gülören, UYANIK Ayfer, **Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları**, 12. bs, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- TERCAN Erdal, **İflâsın Sözleşmelere Etkisi**, Ankara: Adil Yayınevi, 1996.
- THALLER Edmond, **Des Faillites en Droit Comparé**, Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1887.
- TİMUR Hıfzı, “Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizami”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Macmuası**, C. 7, S. 4, 1986, ss. 866-905.
- TIRADO Ignacio, “An Evolution of COMI in the European Insolvency Regulation: from Insolvenzimperialismuss to the Recast”, 2015, <https://doi.org/10.2139/ssrn.2688169>.

- TOLLENEAR Nicholaes, “The European Commission’s Proposal for a Directive on Preventive Restructuring Proceedings” **Insolvency Interlligence**, C. 30 S. 5, 2017.
- TOLUNER Sevin, **Milletlerarası Hukuk Dersleri/Devletin Yetkisi**, 5. bs, İstanbul: Beta Yayınları, 1996.
- TORAMAN Barış, **Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflâsın Ertelenmesi Talebi**, Ankara: Yetkin, 2007.
- TRUNK Alexander, “Avoidance of Transactions Under the New German Insolvency Code”, **International Insolvency Review**, C. 9, S. 1, 2000, ss. 37-46.
- TUNÇ Yücel Mujgan, **Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları**, İstanbul: Oniki Levha, 2020.
- TUNG Frederick, “Is International Bankruptcy Possible?”, **Michigan Journal of International Law**, C. 23, 2001, ss. 31-102.
- TURGEON Marylne, “L’Harmonisation du Droit de l’insolvabilité Transfrontaliere en Matiere Commerciale: Tentatives, Echecs et Solutions Pratiques”, **Les Cahiers de Droit**, C. 38, S. 1, 1997. (Insolvabilité)
- TÜRKAY Alican, **İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Ankara: Adalet, 2023.
- TÜTÜNCÜBAŞI Uğur, “Milletlerarası Usûl Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.12, S. 2, 2010, ss. 183-223.
- TÜTÜNCÜBAŞI Uğur, **Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türkiye’de Tanınması**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- ULUKAPI Ömer, **Konkordatonun Feshi**, Mimoza Yayınları, 1998.
- ULUOCAK Nihal, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, İstanbul: Filiz, 1989.
- UMAR Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara: Yetkin, 2014. (Şerh)
- UMAR Bilge, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’na Katkı”, **TBB Dergisi**, S. 67, 2006, ss. 121-62. (Tasarı)
- UMAR Bilge, **İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi**, İzmir: Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları, 1973. (Genel Teori)
- UNCITRAL, **Applicable Law in Insolvency Proceedings: Note by the Secretariat Working Group V (Insolvency Law)**, Sixty-Second Session, UN doc. [A/CN.9/WG.V/WP.187]”, 04.2023.
- UNCITRAL, **Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation**, New York: United Nations Publications, 2010.
- UNCITRAL, **UNCITRAL Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency**, Brill | Nijhoff, 2021.

- UNCITRAL, **UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law Part 1 & 2: Key Objectives - Core Provisions**, New York: United Nations Publications, 2005.
- UNCITRAL, **UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions**, New York: United Nations Publications, 2010.
- UNCITRAL, **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: the Judicial Perspective**, New York: United Nations Publications, 2014.
- UNCITRAL, **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**, New York: United Nations, 2014.
- UYAR Talih, "Takip Hukukunda Borç Ödemeden Âciz Vesikası", **TBB Dergisi**, S. 70, 2007, ss. 345-58.
- UYAR Talih, **Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri**, 2. bs, Ankara: Bilge Yayınevi, 2019.
- UZAL María Elsa, **Procesos de Insolvencia en el Derecho Internacional Privado**, Buenos Aires: La Ley, 2008.
- ÜSTÜNDAĞ Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, İstanbul, 2004.
- ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. bs, İstanbul: Filiz, 2000.
- VALLADIO Haroldo, "Actualisation et Spécialisation des Normes du Droit International Privé des États Américains", **German Y.B. Int'l L**, C. 29, 1978, ss. 335-62.
- VĖLYVIS Stasys, MIKUCKIENĖ Vilija, "Origin of Bankruptcy Procedure in Roman Law", **Jurisprudencija**, C. 3, S. 117, 2009, ss. 285-97.
- WAN Wai Yee, McCORMACK Gerard, "Schemes of Arrangement in Singapore: Empirical and Comparative Analyses", **American Bankruptcy Law Journal**, C. 94, 2020, ss. 463-505.
- WEBSTER, **Webster's New International Dictionary of the English Language**, 10.bs, Cambridge, 1953.
- VIRGOS Miguel, SCHMIDT Etienne Schmidt, **Report on the Convention on Insolvency Proceedings**, 1996, OJ L 6500/96 (Virgos-Schmit Raporu)
- De WEIJS Rolef, "Too Big to Fail as a Game of Chicken With the State: What Insolvency Law Theory has to Say About TBTF and Vice Versa", **European Business Organization Law Review**, C. 14, 2013.
- WESSELS Bob, MARKELL Bruce A., KILBORN Jason J., **International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters**, New York: Oxford University Press, 2009. (International Cooperation in Bankruptcy)
- WESTBROOK Jay Lawrence, "A Global Solution to Multinational Default", **Michigan Law Review**, C. 98, S. 7, 2000, ss. 2276-2328.

- WESTBROOK Jay Lawrence, “An Empirical Study of the Implementation in the United States of the Model Law on Cross Border Insolvency”, **American Bankruptcy Law Journal**, C. 87, 2013, ss. 247-70. (Empirical Study)
- WESTBROOK Jay Lawrence, “Avoidance of Pre-Bankruptcy Transactions in Multinational Bankruptcy Cases”, **Texas International Law Journal**, C. 42, 2007, ss. 899-915.
- WESTBROOK Jay Lawrence, “Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies”, **Brooklyn Journal of International Law**, C. 17, 1991, ss. 499-538.
- WESTBROOK Jay Lawrence, “Multinational Enterprises in General Default: Chapter 15, the ALI Principles, and the EU Insolvency Regulation”, **American Bankruptcy Law Journal**, C. 76, 2002, ss. 1-42.
- WESTBROOK Jay Lawrence, “Priority Conflicts as a Barrier to Cooperation in Multinational Insolvencies”, **Penn State International Law Review**, C. 27, 2009, ss. 869-78. (Priority Conflicts)
- WESTBROOK Jay Lawrence, “Settling Global Standards For Cross-Border Insolvency”, **International Finance Law Review**, C. 21, 2002, ss. 9-11.
- WESTBROOK Jay Lawrence, “The Globalisation of Insolvency Reform”, **New Zealand Law Review**, 1999, 401-14.
- WESTBROOK Jay Lawrence, “The Success of Chapter 11: A Challenge to the Critics”, **Michigan Law Review**, 2009.
- WESTBROOK Jay Lawrence, “The Transnational Insolvency Project of the American Law Institute”, **Connecticut Journal of International Law**, C. 17, 2001, ss. 99-106.
- WESTBROOK Jay Lawrence, “Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum”, **American Bankruptcy Law Journal**, C. 65, 1991, ss.457-90.
- WESTBROOK Jay Lawrence, “Universalism and Choice of Law”, **Penn State International Law Review**, C. 23, S. 3, 2005, ss. 625-38.
- WOOD Philip, **Principles of International Insolvency**, 2. bs, London: Thomson/Sweet & Maxwell, 2007. (Principles)
- YAZICI TIKTİK Çiğdem, “Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası”, **DEÜHFD**, C. 16, S. Özel Sayı, 2014, ss. 2735-76.
- YEŞİLIRMAK Ali, “Avrupa Birliği Âciz Usûlü Tüzüğü (AB 2015/848)”, **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, ed. Işıl Özkan, Ceyda Süral, Uğur Tütüncübaşı, 1. bs, Ankara: Adalet, 2016, ss. 512-94.
- YEŞİLIRMAK Ali, **Uluslararası Hukukta İflâs**, 1. bs, İstanbul: Oniki Levha, 2012.

- YEŞİLOVA Bilgehan, **Modern İflâs Hukukunun Gereklilikleri ve Temel Haklar Çerçevesinde Susturma Hakkı/ Engelleme Yasağı: (Cram-down Power / Obstruktionsverbot)**, 1. bs, Ankara: Adalet, 2015.
- YILMAZ Ejder, “Dünden Bugüne İcra ve İflâs Kanunumuz”, **SÜHFD**, C. 11, S. 3-4, 2003, ss. 9-45.
- YILMAZ Ejder, Cumhuriyetimizin Yetmişbeş Yılında Hukuk Usulü ve Muhakemeleri Kanunu’nda ve İcra ve İflas Kanunu’nda Ortaya Çıkan Gelişmeler, **TBB Dergisi**, 1998/3, 871-886, ss. 882-884. (75. Yıl)
- YILMAZ Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. bs, Ankara: Yetkin, 2013.
- YILMAZ Ejder, **İflâs İdaresi**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1976.
- YILMAZ Ejder, “Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2, 1984, ss. 200-224.
- YILMAZ Ejder, TACAR Çağlar, **Tebliğat Hukuku**, Ankara: Yetkin, 2013.
- ZOLO Danilo, “Hans Kelsen: International Peace Through International Law”, **European Journal of International Law**, C. 9, S. 2, 1998, ss. 306-24.

ÖZGEÇMİŞ

[REDACTED]

[REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]

[REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

1. **Identify the main components of the system.**
 2. **Define the scope and objectives of the project.**
 3. **Develop a detailed project plan.**
 4. **Implement the project plan.**
 5. **Monitor and evaluate the project progress.**
 6. **Communicate and report on the project status.**
 7. **Close the project and document the results.**

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Oğuz Dorken
Tez Başlığı : Milletlerarası Özel Hukukta İflâs
Savunma Tarihi : 06 / 03 / 2024
Danışman : Doç. Dr. Berk Demirkol

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

Prof. Dr. Ali Cem Budak

Prof. Dr. Bahadır Erdem

Prof. Dr. Güray Erdönmez

Doç. Dr. İlhan Yılmaz

Doç. Dr. Berk Demirkol

Prof. Dr. Ulun AKTURAN
Enstitü Müdürü