

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Yetkisi (İzafeten Dava Hakkı): Türk Ticaret Kanunu'nun Milletlerarası Usul Hukuku Açısından İncelenmesi

The Authority of an Agent to Represent his Principal Before Courts: An Examination of The
Turkish Commercial Code in Terms of International Procedural Law

Emre Esen* 

Öz

Türk Ticaret Kanunu m.105(2) uyarınca; acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğacak uyumsuzlıklardan dolayı müvekkili adına dava açabileceği gibi, acenteye karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Acentenin müvekkilini mahkemede temsil yetkisi veya izafeten dava hakkı olarak adlandırılan bu imkân uygulamada daha ziyade yabancı tacirler aleyhine Türkiye'de dava açılabilmesi amacıyla kullanılmakta ve Türkiye'deki acente, yabancı tacire izafeten davalı gösterilmektedir. Türk tacirleri korumayı amaçlayan bu düzenlemede; yabancı tacire dava açılacak olduğunda Türkiye'de yetkili mahkeme bulunmayacağı ve davanın yabancı ülkede açılması mecburiyetinin doğacağı, bu mecburiyetin Türk tacirler bakımından zorluklara sebebiyet vereceği ve yabancı tacire Türkiye'de dava açılabilse dahi yabancı ülkeye tebligatın ciddi masraf ve zaman kaybına yol açacağı düşüncesiyle yabancı tacire izafeten Türkiye'deki acentesine karşı dava açılması imkânı getirilmiş ve Türkiye'de bir tebligat adresi tesis edilmiştir. Ancak yabancı tacire izafeten Türkiye'deki acentesine açılan davalarda acentenin hangi sıfatla yargılamada yer aldığı net olmadığı gibi, yetkinin tesis ediliş biçimi ve hakkında karar verilecek olan gerçek davalıya tebligat yapılmaksızın bir yargılamanın yürütülmesi sıra dışı uygulamalardır ve bu şekilde verilen Türk mahkeme kararlarının yurt dışında tenfizini neredeyse imkânsız hâle getirmektedir. Bu halde yabancı tacirin Türkiye'de malvarlığı yoksa Türk mahkemesi kararının etkisi kalmayacak, bu karar için harcanan zaman, emek ve para heba olacak ve Türk tacirleri korumak amacıyla getirilen düzenleme Türk tacirlerin aleyhine işlemiş olacaktır. Diğer taraftan TTK m.105(2) hükmüne istinaden Türk mahkemelerini yetkili kılabilmek için taraflar arasındaki yetki veya tahkim şartlarının geçersiz sayılması Türk hukukuna ve Türk ekonomisine zarar vermektedir. Bu nedenle TTK m.105(2) hükmünün kaldırılması ve yabancı tacir aleyhine açılacak davalar bakımından Türkiye'deki acentesinin bulunduğu yer mahkemesini yetkilendiren bir düzenlemenin getirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

Acentenin müvekkilini mahkemede temsil etme yetkisi, izafeten dava, milletlerarası yetki, tanıma ve tenfiz

Abstract

Pursuant to Article 105(2) of the Turkish Commercial Code (TCC), an agent may sue or be sued on behalf of his client in disputes arising from agreements that the client has brokered or concluded. In Turkey, this agency relationship is mostly used when lawsuits are instituted against foreign merchants. In such situations, the agent represents the foreign merchant as a defendant in the suit. Article 105(2) of the TCC aims to protect Turkish merchants by providing them the opportunity to file a lawsuit before Turkish courts using a notification address in Turkey. The rationale for this process lies in the fact that there may be no competent Turkish court where lawsuits can be filed against foreign merchants and

* Sorumlu Yazar: Emre Esen (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye.
E-posta: emreesen@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-2411-4144

Atf: Esen E, "Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Yetkisi (İzafeten Dava Hakkı): Türk Ticaret Kanunu'nun Milletlerarası Usul Hukuku Açısından İncelenmesi" (2021) 41(2) PPII 581. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.971471>

Turkish merchants may be compelled to file such lawsuits in foreign jurisdictions. Even where such lawsuits can be filed in Turkey, the defendant's country must be notified, and such notification may result in gross expenses and loss of time. Furthermore, the establishment of jurisdiction and the execution of a judgment without a notification to the real defendant are unconventional practices which foreign courts may not enforce. In such a situation, if a foreign merchant does not have assets in Turkey, a Turkish court's decision will have no effect and Article 105(2) of the TCC be redundant. Moreover, invalidating choice-of-court or arbitration clauses just to vest Turkish courts with jurisdiction pursuant to Article 105(2) of the TCC may yield undesirable results. Therefore, it is suggested that Article 105(2) of the TCC should be replaced with a regulation that allows lawsuits to be filed in Turkey, where the agent is located.

Keywords

Turkish Commercial Code, agent authority, international jurisdiction, recognition and enforcement

Extended Summary

Pursuant to Article 105(2) of the TCC, the commercial agent is the authorized representative of the principal before courts to “create an opportunity for Turkish merchants to file lawsuits against foreign merchants in Turkey” and “to establish a notification address in Turkey”. However, the authority that aims to protect Turkish merchants, who make contracts with foreign merchants, may have undesirable consequences for Turkish merchants, especially in cases where the foreign merchant does not have any assets in Turkey. This regulation, which may benefit Turkish merchants in exceptional circumstances, may also harm them, the Turkish economy, and may affect the image of Turkish law and judicial system on a macro scale.

Based on the foregoing, we suggest that the authority granted to agents, as stipulated in the TCC, should be replaced with a regulation that grants jurisdiction to the courts in Turkey, where the agent is located. However, until the proposed legal amendment is made, the option of filing a lawsuit against the agents of foreign merchants in Turkey, pursuant to Article 105(2) of the TCC, will need to be carefully analyzed by Turkish merchants. This analysis should begin with the determination of whether the foreign merchant has assets in Turkey and, if any, whether it can be ensured that the assets remain in Turkey until the determination of the suit. If these cannot be achieved, an examination should be made as to the enforceability of Turkish courts' decision in the state where the assets of the foreign merchant are located.

In such cases, certain issues should be considered such as whether the establishment of a competent court on the basis of the rules relating to commercial agent, whether the invalidity of jurisdiction, or an arbitration clause between the merchants to enable the Turkish merchant to take an action in Turkish courts, whether the execution of the proceedings without any notification to the foreign merchant will prevent the enforcement of the court's decision in a foreign state. Based on the foregoing, if it is concluded that the decision rendered by means of the right of the agent to represent the principal before courts may not be enforced in Turkey or in a state where the assets of

the foreign merchant (defendant) are located then there will be no basis for an action against the agent representing the principal.

An effective solution may be to take an action in accordance with the jurisdiction rules of the state where the foreign merchant's domicile and/or assets are located, or to obtain enforceable decisions from Turkish courts. In this respect, if the Turkish international jurisdiction rules establish the jurisdiction of the Turkish courts, then a lawsuit may be filed directly against the foreign merchant, and the foreign merchant may be notified about the suit in accordance with the international notification rule.

Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Yetkisi (İzafeten Dava Hakkı): Türk Ticaret Kanunu'nun Milletlerarası Usul Hukuku Açısından İncelenmesi

Giriş

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ [TTK] m.105(2) uyarınca; acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı müvekkili adına dava açabileceği gibi, acenteye karşı da aynı sıfatla dava açılabilir.

TTK m.105(2) hükmünde getirilen bu imkân sayesinde, yerli veya yabancı tacir adına bir acentenin aracılık ettiği veya kurduğu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda bu tacir *adına* acentesine karşı dava açılabilir. Aynı şekilde, yerli veya yabancı tacir adına acentenin aracılık ettiği veya kurduğu bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda acentesi, bu tacir *adına* dava açılabilir. Ne var ki TTK m.105(2) hükmünde öngörülen “*adına* dava açmak” veya “*adına* dava açılmak” imkânlarının Medenî Usul Hukuku alanında tam olarak hangi hukukî müesseseyi karşıladığı belirsizdir. Son zamanlarda daha çok “acentenin müvekkilini mahkemede temsil yetkisi” ifadesinin daha çok tercih edildiği gözlenen bu konuda çeşitli görüş ve öneriler mevcuttur ancak gerek doktrinde gerek yargı içtihatlarında ve gerekse 6102 sayılı TTK m.105 hükmünün gerekçesinde kullanılan *izafeten dava hakkı* ibaresinin bu müesseseyi ifade etmek bakımından daha uygun olduğunu düşünerek, çalışmamızda *izafeten dava hakkı* ibaresini kullanmayı tercih etmiş bulunuyoruz.

İzafeten dava hakkı gerek yerel ilişkilerde gerekse yabancılik unsuru taşıyan ilişkilerde kullanılabilir. Ancak uygulamada bu imkân daha ziyade yabancı tacirler aleyhine Türkiye’de dava açılabilmesini sağlamak amacıyla kullanılmakta ve Türkiye’deki acente, yabancı tacire izafeten davalı gösterilmektedir. İzafeten dava hakkının tanınmasındaki amacın “*yabancı tacirlere Türkiye’de dava açılması olanağını yaratmak*” ve “*Türkiye’de bir tebligat adresi tesis etmek*” olduğu da ilgili maddenin gerekçesinde açıkça ifade edilmektedir.

İzafeten dava hakkı bakımından yerel ilişkiler ile yabancılik unsuru taşıyan ilişkiler arasında önemli bir farklılık söz konusudur. TTK m.105(2) hükmü uyarınca yerel tacirler adına hareket eden acenteler bakımından taraflar izafeten dava hakkının kullanılmasını engelleyen bir anlaşma yapabilir. Ancak yabancı tacirler adına hareket eden acentelerin aracılık ettiği veya kurduğu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından TTK m.105(2) hükmünde öngörülen izafeten dava hakkının kullanılmasını engelleyen bir anlaşma geçerli sayılmayacaktır.

TTK m.105(2) hükmü, yabancı tacirler adına hareket eden acentelerin aracılık ettiği veya kurduğu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda uygulandığı ölçüde Milletlerarası Usul Hukuku alanını ilgilendirmektedir. Bu itibarla, bu hükmün Milletlerarası

¹ RG: 14.02.2011-27846.

Usul Hukuku anlayışına uygun bir şekilde düzenlenmiş olması beklenir. Ancak bu düzenlemenin içerdiği hükümler ile getiriliş amacı arasındaki ilişkiye baktığımızda ve izafeten dava hakkına istinaden açılan davalarda uygulanan usulün özelliklerini de dikkate aldığımızda, Milletlerarası Usul Hukuku anlayışı dikkate alınmaksızın getirildiği konusunda endişelerimiz bulunmaktadır². Bu sebeple “izafeten dava hakkı” konusunu, TTK m.105(2) hükmünün amacı ile sınırlı olarak, inceleme ihtiyacı hissetmiş bulunmaktayız.

I. İzafeten Dava Hakkına İlişkin Yasal Düzenlemenin İçerdiği Hükümler

Türk hukukunda ilk kez 26.5.1926 tarihli ve 865 sayılı Ticaret Kanunu³ m.95-96 hükümlerinde; Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde yabancı ticarethane ve şirketlerin nam ve hesabına icraî muamele eden mümessillerinin, kendilerine tevdi edilen ticaretin icrası için ifa etmiş oldukları muamelelerden kaynaklanan borçlardan dolayı yabancı ticarethane ve şirketler namına mahkemelerde dava açmaya yetkili oldukları ve aleyhlerinde de dava açılabilceği öngörülmüştür. Her ne kadar acenteliğe değil ticarî temsilciliğe ilişkin olsa da bu düzenlemenin sonraki yasal düzenlemelere kaynak teşkil ettiği söylenebilir⁴.

Kanun koyucu aynı bakış açısını 29.06.1956 tarihli ve 6762 sayılı TTK⁵ m.119 hükmünde de muhafaza etmiş ve bu kez acentenin, aracılıkta bulunduğu veya akdettiği sözleşmelerden çıkacak ihtilaflardan dolayı müvekkili namına dava açabileceği gibi kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilceğini ve bu hükümlere aykırı olan şartların geçerli olmadığını öngörmüştür.

Aynı bakış açısının büyük ölçüde muhafaza edildiği 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı TTK m.105 uyarınca, acente; aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. 6102 sayılı TTK'da, 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak, yalnızca yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartların geçersiz olduğu öngörülmüş ve ayrıca acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye'de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararların acentelere uygulanamayacağı kabul edilmiştir.

2 Bu vesileyle, Türkiye'de temel kanunları hazırlamak veya değiştirmek üzere oluşturulan komisyonların genelde sadece doğrudan ilgili olan hukuk alanının mensuplarından oluştuğunu, hazırlanacak yahut değiştirilecek kanunun kısmen temas ettiği diğer hukuk alanlarına yeterince önem verilmediğini ve bu tür hukuk alanlarından temsilcilerin katılımlına ya hiç ya da yeterli düzeyde hassasiyet gösterilmediğini, bu nedenle temel kanunların yürürlüğe girmesiyle birlikte ilgili diğer hukuk alanları bakımından ortaya ciddi uyumsuzlukların çıktığını tecrübe ettiğimizi üzümlere ifade etmek isterim.

3 RG: 28.06.1926-406.

4 Emre Külüşlü, *Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Etme Yetkisi* (On İki Levha 2019) 6.

5 RG: 09.07.1956/9353.

II. İZAFETEN DAVA HAKKINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMENİN AMACI

İzafeten dava hakkına ilişkin yasal düzenlemenin amacı konusunda 6762 sayılı TTK'nın hükümet gerekçesinin "*Acentelik*" başlığını taşıyan 21. maddesinde aynen şu ifadeler yer almaktadır: "...*acentenin müvekkili nam ve hesabına yaptığı muamelelerden çıkacak ihtilâflardan dolayı acente dâva açabileceği gibi kendisine karşı da dâva açılabilir. Bunun aksinin kararlaştırılması muteber değildir; çünkü tecrübe göstermiştir ki basılmış olan genel şartnamelere dayanarak ecnebi müesseseler namına muamele yapan (umumi vekiller), bazan ecnebi bir mahkemenin salahiyetli olduğunu ileri sürerler. Bu suiistimali önlemek maksadiyle tasarının 119 ncu maddesi ...teklif edilmiştir.*"⁶

6102 sayılı TTK m.105 hükmünün gerekçesinde de izafeten dava hakkının varlık sebebinin "*yabancı tacirlere Türkiye'de dava açılması olanağını yaratmak*" olduğu açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca geçmişte yabancı tacire izafeten acentesine karşı açılan davalarda alınan kararların acenteye karşı uygulanabileceği şeklinde yapılan yorumlar sebebiyle ortaya çıkan sorunların giderilmesi amacıyla üçüncü fıkranın getirildiği belirtilmiştir⁷. Gerekçede yer verilen şu cümle de konumuz bakımından önem taşımaktadır: "*Oysa, Türkiye'de bir tebligat adresi tesis eden hükmün bu doğrultuda yorumlanması, maddenin amacına aykırıdır*". Bu cümlede kanun koyucu TTK m.105(2) hükmündeki izafeten dava hakkına ilişkin düzenlemenin, Türkiye'de bir tebligat adresi tesis etmeyi de amaçladığını ifade etmiştir. 6102 sayılı TTK m.105 hükmünün gerekçesinde ayrıca, 6762 sayılı TTK m.119(3)'deki "*Bu hükümlere aykırı olan şartlar muteber değildir*" hükmünün "*yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartlar geçersizdir*" şekline dönüştürülüp 6102 sayılı TTK m.105(2)'ye eklendiği ifade edilmektedir. Bunun sebebi olarak, maddenin ilk iki fıkrasındaki hükümlere aykırı şartları hükümsüz saymanın yerli tacirlerin acenteleri yönünden hiçbir anlam taşımadığı zira yerli tacirlerin yerleşim veya iş yerleri Türkiye'de bulunduğu için yetkili bir veya birkaç mahkeme bulmanın ve onları mahkemeye getirmenin güç olmadığı belirtilmiştir.

Yukarıda yer verilen gerekçelerden anlaşıldığı üzere; kanun koyucu, yabancı tacirler ile Türkiye'de hukukî işlem yapan kişilerin korunması amacını gütmektedir⁸ ki burada koruma sağlanan grubun esas itibariyle Türk tacirler olduğu anlaşılmaktadır. İzafeten dava hakkı sayesinde sağlandığı varsayılan korumayı tetikleyen düşünce; yabancı tacir ile yapılan sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda yabancı tacire karşı dava açılacak olduğunda Türkiye'de yetkili bir mahkeme bulunmayacağı ve bu davaların yabancı ülkelerde açılması mecburiyetinin doğacağı, bu mecburiyetin bilhassa Türk tacirler bakımından ciddi zorluklara sebebiyet vereceği ve yabancı tacire karşı Türkiye'de dava

6 <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083.pdf>

7 Bkz. Hilal Üçüncü, 'Acentenin Temsil Yetkisinin Usul Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi' (2013) 37(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 980 dn 98.

8 Turgut Kalpsüz, 'Müvekkillere İzafeten Acentalara Karşı Dava Açılması ve Takip Yapılması' (1983) 12(1) BATİDER 2-3.

açılabilse dahi yabancı ülkeye yapılacak tebligatın ciddi masraf ve zaman kaybına yol açacağıdır⁹. Zorluk olarak görülen bu hususları aşmak adına, yabancı tacirlerin acente marifetiyle kurdukları sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda yabancı tacire izafeten Türkiye'deki acentesine karşı dava açılması imkânı getirilmiştir.¹⁰

III. Yabancı Tacire İzafeten Acentesine Karşı Açılan Davaların Sıra Dışı Özellikleri

A. Genel Olarak

TTK m.105(2) hükmüne istinaden yabancı tacirlere izafeten Türkiye'deki acentelerine karşı açılan davalarda, davanın gerçek tarafı yabancı tacirdir ancak davalı koltuğunda acentesi oturmaktadır ve buna bağlı olarak, modern usul hukuku anlayışı açısından birçok belirsizlik ve soru işareti ortaya çıkmaktadır. TTK m.105(2) hükmüne istinaden yabancı tacirlere izafeten Türkiye'deki acentesine karşı açılan davalarda acentenin hangi sıfatla yargılamada yer aldığı net olmadığı gibi, yetkinin tesis ediliş biçimi ve hakkında karar verilecek olan gerçek davalıya tebligat yapılmaksızın bir yargılamanın yürütülmesi de Medenî Usul Hukuku açısından sıra dışı uygulamalardır.

TTK m.105(2) hükmünde öngörülen izafeten dava hakkının Medenî Usul Hukuku bakımından hangi hukukî müesseseyi karşıladığı tartışmalıdır. Dava takip yetkisi veya iradî temsil yahut vekâlet ehliyeti veyahut tebligat ehliyeti gibi kavramlara tekabül ettiği veya *sui generis* bir müessese olduğu yönünde çeşitli görüşler mevcuttur¹¹. Bu çalışmanın amacı, TTK m.105(2) hükmünde getirilen bu imkânın Medenî Usul Hukuku açısından analizini yapmak olmadığı için, biz bu tartışmaya girmeyeceğiz. Sadece TTK m.105(2) hükmündeki bu düzenlemenin Medenî Usul Hukukunda net bir karşılığının bulunmadığı hususunun altını çizmekle yetiniyoruz.

B. İzafeten Dava Hakkının Kullanıldığı Davalarda Yetki Tesis

İzafeten dava hakkının kullanıldığı hallerde taraf sıfatı yabancı tacire ait olmasına¹² rağmen davada Türk mahkemelerinin yetkisi acente esas alınarak tesis edilmektedir. Yabancı unsur içeren uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yetkisini tayin eden 5718

9 Doktrinde, TTK m.105(2) hükmünün Türk tacirlere sağladığı avantajlardan biri olarak, yabancı ülke mahkemelerinde dava açılması durumunda alınacak kesinleşmiş ilâmların Türkiye'de tanınması veya tenfizi yoluna gidilmesi gereğini ortadan kaldırması gösterilmiş ise de [Cemil Güner, 'Türk Ticaret Kanununun 'Yabancı Tacirlerin Acentelerinin Davada Temsil Yetkisi'ne İlişkin Hükmünün Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi' (2019) 10(2) İnÜHFD 524], Türk tacir tarafından güdülen amaç mahkeme kararını yabancı tacire karşı icra etmek suretiyle alacağına kavuşmak olduğu için, yabancı mahkemede alınacak kararın Türkiye'de tenfiz edilmesi yönünde bir ihtiyacın ortaya çıkma ihtimalinin gerçekleştiği kanaatindeyiz.

10 Bkz. Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 154; Güner (n 9) 523 vd.

11 Bu görüşler hakkında güncel ve detaylı bilgi için bkz. Üçüncü (n 7) 968 vd.; Güner (n 9) 529 vd.; Külüşlü (n 4) 18 vd.

12 Üçüncü (n 7) 979; Şafak Narbay and Murat Uyumaz, 'Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Yetkisi' (2013) 11 (121) LHD 111; Güner (n 9) 527.

sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹³ [MÖHUK] m.40 uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin ettiği için, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁴ [HMK] m.6'daki genel yetki kuralı uygulanarak, davalı koltuğundaki acentenin yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılabilir¹⁵. Kanun koyucunun “*yabancı tacirlere Türkiye’de dava açılması olanağını yaratmak*” şeklindeki amacı da bu sayede hayata geçirilmektedir. Ancak gerçek *davalı* olarak taraf sıfatına sahip bulunan ve hakkında karar verilecek olan kişi yabancı tacir iken, mahkemenin yetkisinin tayininde *davalı* olarak yabancı tacirin değil de -usul hukuku açısından hangi statüde bulunduğu tam olarak bilinmeyen- acentesinin esas alınması, yetki tayinine ilişkin temel usul hukuku anlayışına uygun düşmemektedir.

Yetki açısından bir diğer önemli husus, Türk tacir ile yabancı tacir arasındaki sözleşmede bir tahkim veya yetki şartının yer alması hâlinde TTK m.105(2) hükmünde öngörülen izafeten dava hakkına ilişkin düzenlemenin aksinin kararlaştırılmayacağı yönündeki kuralın doğuracağı sonuçlardır. Yargıtay, acente aracılığıyla kurulan sözleşmede bir yetki şartı bulunması hâlinde, yabancı tacir aleyhine açılacak davanın ona izafeten acentesine karşı açılabilmesini sağlamak amacıyla, TTK m.105(2) hükmünün ikinci cümlesinde yer alan “*yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartlar geçersizdir*” şeklindeki düzenlemeyi dayanak göstererek, yetki anlaşmasını geçersiz sayan kararlar vermektedir¹⁶. Benzer bir durumda tahkim şartı açısından da aynı sonuca varacağını öngörmek mümkündür. Bu yöndeki kararlar yasaya uygun olmakla birlikte, milletlerarası ticarî ilişkilerin realitesine uygun değildir. Milletlerarası ticarî işlem ve ilişkiler tahtında kurulan sözleşmelerde yetki şartları veya tahkim şartları sözleşmenin en doğal ve en önemli unsurlarından biridir. Sırf yabancı tacir aleyhine Türk mahkemelerinde dava açılabilmesini sağlamak uğruna bir yetki anlaşmasını geçersiz saymak belki o somut olayda küçük ölçekli bir Türk şirketini yabancı devlet mahkemelerinde dava açmanın zorluklarından kurtarmış olabilir. Böylece milletlerarası ticarete dâhil olan Türk şirketlerine bir himaye sağlandığı zannedilebilir. Ancak bu bakış açısı uzun vadede Türk acentelerine ve Türk ekonomisine zarar verir. Zira bir Türk şirketiyle yaptığı yetki anlaşmasının veya tahkim anlaşmasının sırf Türk şirketi Türk mahkemesinde dava açabilsin diye geçersiz sayıldığını gören bir yabancı şirket, büyük ihtimalle artık Türk şirketleriyle ticaret yapmaktan ya tamamen vazgeçecek ya da Türk acente kullanmak istemeyecektir. Bilinmelidir ki Türk mahkemelerinin

13 RG: 12.12.2007/26728.

14 RG: 04.02.2011/27836.

15 Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2nd edn, Beta 2000) 114; Güner (n 9) 532.

16 Yargıtay 11 HD, 3799/3051, 22.06.2020; Yargıtay 11 HD, 3298/2018, 25.02.2020; Yargıtay 11 HD 293 /953 05.02.2020 (www.lexpera.com.tr). Detaylı bilgi için bkz. Cemre Tüysüz, ‘Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Yetkisine İlişkin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Hükümlerin Yabancı Mahkeme Lehine Akdedilen Yetki Anlaşmalarına Etkisi’ (2021) 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası

bu tür kararları çok kısa bir zamanda yurt dışında duyulmakta ve etkili olmaktadır. Bu nedenle anılan kararların etkisi sanıldığığının aksine daha çabuk ve daha yaygın bir biçimde görülecektir.

Kaldı ki 1926 yılında ve hatta 1956 yılında Türk şirketleri açısından yabancı bir ülkede dava açmanın büyük bir zorluk olduğu düşünülebilir ise de 2011 yılındaki koşullara baktığımızda, Türk şirketlerinin yabancı bir ülkede dava açmasının aynı ölçüde zorluk arz etmediği aşikârdır. Dolayısıyla yetki veya tahkim anlaşmalarını geçersiz saymayı gerektirecek bir himayeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Yabancı ülkede dava açmayı bir külfet olarak gören Türk şirketlerinin milletlerarası ticarî sözleşmelere girişmemesi beklenir. Bir taraftan milletlerarası ticaret yapmayı isterken diğer taraftan yurt dışında dava açmayı külfet olarak görmek bir çelişkidir. Milletlerarası ticaret yapmak isteyen, bu uğurda bir sözleşmeye taraf olan ve bu tür sözleşmelerin en doğal unsurlarından biri olan yetki şartını veya tahkim şartını kabul eden Türk şirketinin, uyumsuzluk doğunca sırf Türk mahkemelerinde dava açabilmek uğruna sözleşmedeki yetki şartının veya tahkim şartını geçersizliğini iddia etmesi ve TTK m.105(2) sayesinde bu iddiasının kabul görmesi yasaya uygun olmakla birlikte, milletlerarası ticaretin işleyişinde kabul edilebilecek bir bakış açısı değildir.

C. İzafeten Dava Hakkının Kullanıldığı Davalarda Tebligat

Yabancı tacire izafeten acentesine karşı açılan davalarda önem arz eden bir diğer husus, taraf sıfatına sahip bulunan ve hakkında karar verilecek olan yabancı tacire tebligat yapılmasını öngören bir düzenleme bulunmamasıdır. Bu tür davalarda davalı koltuğunda acente oturduğu için; davacının sunduğu dilekçeler ve deliller, bilirkişi raporları, mahkemenin ara kararları ve nihayet yabancı tacir hakkında verilen nihaî karar yabancı tacire değil acentesine tebliğ edilmektedir. Taraf sıfatını haiz yabancı tacire tebligat yapılmasına gerek duyulmamakta, yabancı tacirin davadan haberdar edilmesi, acentesinin takdirine bırakılmaktadır¹⁷. Acente tarafından herhangi bir bilgilendirme yapılmadığı takdirde, yabancı tacirin bu davadan haberinin dahi olmaması ihtimal dâhilindedir. Bu ihtimalde ortaya çıkan hukuka aykırılık sadece acente ile yabancı tacir arasındaki sözleşmenin acente tarafından ihlali değil, aynı zamanda yabancı tacirin *hukukî dinlenme hakkının* -Türk mahkemesi tarafından- ihlalidir¹⁸. Zira bir davada taraf sıfatına sahip olan kişinin davada sunulan beyanlardan ve delillerden ve mahkemece alınan kararlardan haberdar edilmesi, Türk yargılama hukukunun temel ilkelerinden biri olan *hukukî dinlenme hakkının* olmazsa olmaz unsurudur. "*Hukukî dinlenme hakkı*" başlığını taşıyan HMK m.27 hükmünde; davanın taraflarının, müdahillerin ve yargılamanın diğer ilgililerinin kendi hakları ile bağlantılı olarak *hukukî dinlenme hakkına* sahip oldukları ve bu hak kapsamında

17 Narbay and Uyumaz (n 12) 128-129; Güner (n 9) 525. Bu yönde bkz. Yargıtay 19.HD 3318/5393, 31.10.2018 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

18 Bkz. Narbay and Uyumaz (n 12) 129; Kültürlü (n 4) 94.

yargılama ile ilgili bilgi sahibi olma, açıklama ve ispat, mahkemeler tarafından dikkate alınma/değerlendirilme ve gerekçeli karar haklarına sahip olduğu ve Türk mahkemelerince bu haklara riayet edilmesi gerektiği öngörülmüştür. *Hukukî dinlenilme hakkının* diğer unsurları olan açıklama hakkı ile dikkate alınma/değerlendirilme hakkının (gerekçeli karar hakkının) etkili bir şekilde kullanıldığından söz edebilmek, ancak ilgili tarafın (yabancı tacirin) hakkında ileri sürülen iddia ve savunmalar ile yargılama sürecine ilişkin her türlü işlem hakkında bilgi sahibi olmasıyla mümkün olacaktır¹⁹. Bu itibarla, taraf sıfatına sahip olan yabancı tacire tebligat yapılmaksızın sadece acenteye tebligatla yetinilmesi, HMK m.27’de kendisine tanınan açıklama ve dikkate alınma/değerlendirilme haklarından yararlanabilmesi için olmazsa olmaz bir ön koşul olan yabancı tacirin bilgi sahibi olma hakkından mahrum bırakılması anlamına gelmektedir. Taraf sıfatına sahip yabancı tacire tebligat yapılmaksızın verilen böyle bir karar bakımından HMK m.27 hükmüne aykırılık söz konusu olacaktır.

Bunun dışında, kendisine karşı tebligat yapılmaksızın yürütülen bir yargılama sonucunda verilen karara karşı yabancı tacir, “*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” hükmünü içeren Anayasa m.36’da koruma altına alınan adil yargılanma hakkının ve savunma hakkının Türk mahkemelerince ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa’ya aykırılık iddiasında bulunarak Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuruda bulunabilecektir²⁰. Zira yabancı tacir, dava dilekçesinin kendisine tebliğ edilmeyerek salt acenteye tebligat yapılmış olması nedeniyle, taraf sıfatına sahip olduğu davadan haberdar edilmemiş, böylece kendisine karşı ileri sürülen ve mahkeme kararına konu teşkil eden iddialar ile bu iddiaların ispatı mahiyetindeki bilgi ve belgeler hakkında açıklama ve ispat haklarını kullanmaktan mahrum bırakılmış olacaktır. Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen “savunma hakkı”, hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biridir ve AİHS m.6’da düzenlenen “adil yargılanma hakkı” kapsamında da korunmaktadır²¹. Bu itibarla, bir iç hukuk yolu olarak kabul edilen Anayasa Mahkemesine başvurunun da sonuçsuz

19 Bkz. Hakan Pekcantez, Oğuz Atalay and Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku* (14th edn, Yetkin 2013) 393; Muhammet Özkes, *Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı* (Yetkin 2003) 86-87; David Harris, Michael O’Boyle and Colin Warbrick, *Law on the European Convention on Human Rights*, (2nd edn, Oxford University Press 2009) 254; Sezin Aktepe Artık, *Medenî Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, (Seçkin 2014) 341, 362 vd.; İlyas Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi* (Adalet 2019) 612.

20 Aynı yönde Özkes (n 19) 60; Türkel Doğuş Taylan, ‘Müvekkile İzafeten Acenteye Karşı Açılan Davalarda Hukukî Dinlenilme Hakkıyla Bağlantılı Sorunlar’, *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin 2009) 1108 vd.; Külüştü (n 4) 90-91.

21 Adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS m.6(1) hükmü, mahkemeye erişim hakkı, bağımsız ve tarafsız yargılanma hakkı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı gibi ulusal mahkemelerce riayet edilmesi gereken pek çok hakkı bünyesinde barındırmakta olup, söz konusu hakların içeriği ve sınırları AİHM içtihatlarıyla belirlenmektedir. Bu konuda bkz. Sibel Inceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, (4th edn, Beta 2013) 105 vd.; Harris, O’Boyle and Warbrick (n 19) 201 vd.; Nuala Mole and Catharina Harby, *Right to a Fair Trial - A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, (2nd edn, Human Rights Handbooks 2006) 5 vd. Türk hukukunda hukukî dinlenilme hakkı kapsamında mütalaa edilen bilgi sahibi olma, açıklama ve dikkate alınma ve değerlendirilme hakkı gibi davalının temel savunma hakları, AİHS m.6(1) terminolojisinde ise hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında mütalaa edilmektedir ve bu hak kapsamında AİHM içtihatlarıyla geliştirilen silahların eşitliği ilkesi, çelişmeli yargılama hakkı ve gerekçeli karar hakkı gibi haklara tekabül etmektedir. Bu yönde bkz. Arslan (n 19) 705-707; Aktepe and Artık (n 19) 341; Güray Erdönmez, *Pekcantez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017) 862 vd.

kalması hâlinde, savunma hakkı ihlal edilerek verilen bu tür kararlara karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) müracaat da mümkündür. AİHM kararlarında da ifade edildiği üzere, davacı tarafça ileri sürülen iddialar/görüşler hakkında, ileri sürülen iddiaların önemli veya önemsiz olduğuna bakılmaksızın, karşı tarafa bilgilendirilme ve açıklamada bulunma olanağı tanınmalıdır²².

Bu itibarla yabancı tacire izafeten acentesine karşı açılan davalarda sadece dava dilekçesinin değil, yargılama dâhilinde sunulan her türlü belgenin, bilginin ve mahkemece alınan her türlü kararın, hukukî dinlenilme hakkının temel unsurlarından biri olan bilgi sahibi olma/bilgilenme hakkının bir gereği olarak yabancı tacire tebliğ edilmesi gerekir²³. Yabancı tacirin dava dilekçesini tebliğ ettikten sonra davaya iştirak etmemesi, mahkemenin “davalıyı yargılamanın tüm aşamalarından ve dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden haberdar etme” yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla bu hakkın, sırf dava dilekçesini tebliğ almasına rağmen davaya katılmadığı gerekçesiyle yabancı tacirin elinden alınması da adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır.

D. İzafeten Dava Hakkına İlişkin Düzenleme Getiriliş Amacına Uygun Mudur?

TTK m.105(2)'deki izafeten dava hakkına ilişkin düzenleme, ilk bakışta, getiriliş amacına uygun gibi görünmektedir. Bir yabancı tacir Türkiye'deki acentesi vasıtasıyla bir sözleşme yapar ve bu sözleşmeden bir uyuşmazlık doğarsa, diğer âkit taraf, yabancı tacire karşı yurt dışında dava açmak veya Türkiye'de dava açıldığında yurt dışına tebligat yapmak gibi külfetlere maruz kalmasını diye, yabancı tacire izafeten Türkiye'deki acentesini davalı göstermek, Türk mahkemelerinin yetkisini acenteyi esas alarak tesis etmek ve tebligatı da acenteye yapmak gibi kolaylıklara TTK m.105(2) sayesinde kavuşmaktadır. Böylece kanun koyucu, her ne kadar TTK m.105(2) hükmünde açıkça yazmasa da, Türk tacir olduğu varsayılan diğer âkit tarafa bir hukukî himaye sağlamaya çalışmıştır. Acaba TTK m.105(2) hükmü, kanun koyucunun güttüğü amacı gerçekten sağlamakta mıdır?

Kanun koyucunun TTK m.105(2) hükmünde öngördüğü amacın tam olarak hayata geçirilebilmesi için, yabancı tacire izafeten acentesine karşı Türk mahkemesinde açılan davada yabancı tacir aleyhine verilen kararın icra edilmesi suretiyle, kanun koyucunun hukuken himaye ettiği Türk tacirin alacağına fiilen kavuşması gerekmektedir.

TTK m.105(2) hükmüne istinaden yabancı tacire izafeten acentesine karşı başlatılan ve yürütülen bir yargılama sonucu verilen kararlara karşı, yabancı tacir tarafından kanun yollarına müracaat edildiği takdirde, acentenin davadaki konumu ve mahkemenin

22 Bkz. *Ruiz-Mateos v. İspanya*, 12952/87, 23.6.1993, para 63; *Bulut v. Avusturya*, 17358/90, 22.02.1996, para.49.

23 *Pekcanite, Atalay and Özkes (n 19)*393; *Özkes (n 19)* 86-87; *Harris, O'Boyle and Warbrick (n 19)* 254; *Aktepe and Artık (n 19)* 377.

yetkisinin tesisinde acentenin esas alınması hukuka aykırı olarak görülmeyebilir. Zira mahkemelerin bu tür kararları, Türk hukukundaki yasal düzenlemelere uygun düşen uygulamalardır. Ancak yukarıda detaylı olarak izah edildiği üzere, davada taraf sıfatına sahip olan yabancı tacire tebligat yapılmaksızın, sadece acenteye tebligat yapılarak yargılamanın yürütülmüş olması, HMK m.27 hükmünde yer verilen hukukî dinlenme hakkının, Anayasa m.36 hükmünde yer verilen adil yargılanma hakkının ve savunma hakkının, AİHS m.6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının Türk mahkemelerince ihlal edildiği anlamına gelmesi sebebiyle böyle bir ihtimalin oldukça düşük olduğu düşünülmekle birlikte; yukarıda sayılan bütün bu müracaat imkânlarının kullanılmış olmasına rağmen yabancı tacirin davadan haberdar edilmemek suretiyle savunma hakkını kullanmasına izin verilmeksizin verilen böyle bir kararın hukukî dinlenme hakkına aykırı olmadığı ve adil yargılanma hakkını ihlal edilmediği sonucuna varılacak olursa, *aleyhinde karar verilen yabancı tacirin Türkiye'de malvarlığının bulunması ihtimalinde* davacı Türk tacir, karara bağlanan alacağına nihaî olarak kavuşabilecektir.²⁴

Ancak yabancı tacirlerin Türkiye'de malvarlığının bulunması istisnaî bir durumdur. Nitekim 6102 sayılı TTK m.105 hükmünün gerekçesinde; izafeten dava hakkının, yabancı tacire izafeten acentesine karşı açılan davalarda alınan kararların acenteye karşı uygulanabileceği şeklinde yorumlanması üzerine acenteler temsil ettikleri kişilerin borçlarını ödemek zorunda bırakıldıkları için, acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye'de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararların acentelere uygulanamayacağını öngören (3). fıkranın getirildiği belirtilmektedir. Hatalı görülen bu uygulamanın ortaya çıkma sebebi, aleyhine karar verilen yabancı tacirin Türkiye'de malvarlığı bulunmaması sebebiyle davacının acentenin malvarlığı üzerinden alacağını tahsil etmek istemesidir. Kabul edelim ki, izafeten dava hakkının kullanılması suretiyle Türkiye'de yabancı tacir aleyhine verilen mahkeme kararının, çoğu kez, yabancı tacirin malvarlığının bulunduğu yabancı devlette icra edilmesi gerekecektir ki bunun sağlanabilmesi için öncelikle Türk mahkemesi kararının o devlette tenfizi gerekecektir. İşte bu noktaya gelindiğinde, Türk mahkemesinde karar verilirken yabancı tacir bakımından yetki tesisinin nasıl yapıldığı, yabancı tacire tebligat yapılıp yapılmadığı, kendisini savunma imkânı tanınıp tanınmadığı gibi hususlar hayatî derecede önem arz edecektir.

Modern tenfiz hukuklarında yer verilen tenfiz koşulları açısından bakıldığında, TTK m.105(2) hükmündeki düzenleme şu noktalarda önem arz etmektedir:

a) Davalı yabancı tacir olmasına rağmen, kararı veren Türk mahkemesinin yetkisinin sanki acente davalıymış gibi tesis edilmesi;

Milletlerarası yetkinin tesisinde, ülke ile dava arasındaki gerçekçi ve objektif irtibat noktalarından hareket edilmesi ideal olup; geçici, zayıf veya subjektif

24 Bkz. *Gyuleva v. Bulgaristan*, 38840/08, 09/06/2016, para 40-48; *Gakharia v. Gürcistan*, 30459/13, 17/01/2017, para 39-46.

bağlantıların yeterli sayılması, verilen kararın milletlerarası alanda etkisini zayıflatır. Ancak milletlerarası yetki kurallarının ve bu kuralların tesisinde esas alınan bağlantı noktalarının tayin ve tespitinde kanun koyucuların tamamen bağımsız olması; zayıf, geçici, sunî veya sübjektif esaslara dayalı milletlerarası yetki kurallarının (aşırı yetki kuralları) ortaya çıkmasına sebep olmaktadır²⁵. Devletler, aşırı yetki kurallarına istinaden kendisini yetkili sayan yabancı mahkemelerce verilen kararların tanınması ve tenfizini ya bizatihi aşırı yetki hâlini bir tanıma-tenfiz engeli olarak düzenlemek [meselâ Türk MÖHUK m.54(b)] ya da kararı veren yabancı mahkemenin tanıma-tenfiz devletinin yetki kurallarına göre de yetkili olmasını öngörmek [meselâ Arnavutluk Medenî Usul Kanunu m.394(a) veya Slovakya MÖHUK m.64 gibi] suretiyle engellemektedir.

Bir yabancı tacirin Türkiye'deki acentesinin aracılık ettiği sözleşmelerden doğan davalarda acentenin bulunduğu yer mahkemesinin bu yabancı tacir bakımından yetkili sayılması gerek Türk hukukunda gerekse Avrupa Birliği Hukukunda rastlanan bir tercihtir ve aşırı yetki olarak görülme ihtimali düşüktür. Hatta kimi uluslararası düzenlemelerde davalının (konumuz itibarıyla yabancı tacirin) acentesinin faaliyetlerinden doğan davalarda söz konusu acentenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından tanıma-tenfize konu kararı veren devletle makul ve adil bir irtibatı sağlaması itibarıyla, bir dolaylı yetki esası olarak da kabul edilmiştir²⁶. Ancak TTK m.105(2) hükmünde böyle bir yetki kuralı yer almamakta, sadece yabancı tacire izafeten acenteye karşı dava açılabileceği öngörülmekte ve davanın ve konusunu oluşturan sözleşmenin tarafı acente olmamasına rağmen yetki acenteye göre tesis edilmektedir. Yani acentenin bulunduğu yer mahkemesinin dolaylı olarak yetkili kılınması söz konusudur ancak yabancı mahkemelerin olası bir tanıma veya tenfiz davasında Türk mahkemesinin yetkisinin bu şekilde tesis edilmesini *aşırı yetki* olarak görmesi ihtimal dâhilindedir.

25 Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021) 667 vd. Aşırı yetki kuralları (exorbitant jurisdiction) hakkında detaylı bilgi için bkz. Ekşi (n 15) *Milletlerarası Yetki* 56 vd; Esra Dardağan, *Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı* (Yetkin 2005) Nuray Ekşi, 'Yabancı Mahkemenin 'Aşırı' Yetkisinin Tenfiz Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi' (2010) 9(2) İKÜHFD, Temmuz Y.9 71 vd.

26 Mesela, Medeni ve Ticari Konulara İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 2019 tarihli Lahey Konvansiyonu m.5'te Konvansiyon kapsamına giren bir taraf devlet mahkemesi kararının diğer bir taraf devlet mahkemesince tanınması veya tenfizi için, tanıma-tenfize konu kararı veren mahkemenin yetkisinin m.5'te yer alan dolaylı yetki esaslarından en az birini karşılaması gerektiği öngörülmüştür. Konvansiyon m.5(1)(d) uyarınca davalının menşee (tanıma-tenfize konu kararı veren) devlet mahkemesinde yargılamanın tarafı haline geldiği an itibarıyla menşee devlette ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan bir şubesi veya acentesi ya da başka bir kuruluşu bulunmakta ve kararın dayandığı dava (uyuşmazlık) bu şubenin, acentenin veya kuruluşun faaliyetinden kaynaklanmakta ise, söz konusu karar -diğer şartların da varlığı halinde- tanınacak veya tenfiz edilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Francisco Garcimartín and Geneviève Saumier, *Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (HCCH 2019 Judgments Convention)*, The Hague, 2020, para 155-159; Matthias Weller, 'The 2019 Hague Judgments Convention - The Jurisdictional Filters of the HCCH 2019 Judgments Convention' 21(2019-2020) Yearbook of Private International Law 289.

b) *Sırf Türk mahkemelerinde dava açma imkânı getirmek amacıyla yetki veya tahkim şartının geçersiz sayılması;*

Yabancı unsur taşıyan ticarî sözleşmeler bakımından yetki veya tahkim şartları doğal ve vazgeçilmez bir unsurdur. Taraflar arasındaki yetki veya tahkim şartını -Türk mahkemelerinin TTK m.105(2) hükmüne istinaden verdiği kararlarda olduğu gibi- milletlerarası yetkinin tesisinde geçerli olan ilkelere, ahde vefa prensibine ve milletlerarası ticarî örf ve âdet anlayışına uygun düşmeyecek bir gerekçeyle geçersiz saymak suretiyle kendisini yetkili sayan bir mahkeme tarafından verilen kararlar yine *aşırı yetki* kapsamında verilmiş kararlar olarak mütalâa edilebilir. Zira sözleşmedeki tahkim şartı veya başka bir devlet mahkemesini yetkili gören yetki şartı, bunları geçersiz görerek kendisini yetkili sayan mahkeme ile uyumsuzluğun tarafları ve/veya konusu arasında var olan ilişkiyi kesmektedir.²⁷

c) *Davalı yabancı tacire tebligat yapılmaksızın ve böylece kendisini savunma hakkı tanınmaksızın yürütülen bir yargılama neticesinde karar verilmiş olması*

Savunma hakkı, tüm hukuk sistemlerinde usul hukukunun temel ve vazgeçilmez ilkelerinden biridir. Bu hakka riayet edilmeden verilen kararlar, gerçek anlamda adaleti yansıtmaz ve adli hakikati ifade etmez. Bu nedenle gerek Anayasa m.36 gerekse AİHS m.6 kapsamında korunmakta olan *savunma hakkına* riayet edilmeksizin verilen bir kararın, nasıl ki Türk mahkemelerince tanınması veya tenfizi mümkün görülmemekte ise [MÖHUK m.54(c)-(ç)], benzer şekilde söz konusu hakka Türk mahkemelerince riayet edilmemiş olması da yabancı mahkemelerinin Türk mahkeme kararlarını tanımayı veya tenfizi reddetmesini haklı kılmaktadır. AİHM'nin, tanıma veya tenfiz davasının açıldığı âkit devlet mahkemelerinin tanıma veya tenfize konu kararın verildiği mahkeme önünde davalının savunma haklarına riayet edilmiş olup olmadığını denetleme yükümlülüğü altında olduğunu ortaya koyan içtihatları göz önüne alındığında²⁸, bir devlette davalının savunma hakkına riayet edilmeden verilen kararların bir

27 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 25) 668 dn.453; Burak Huysal, 'Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar İle Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi' 2011(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Atâ Sakmar Armağanı) 491 vd.

28 AİHM çeşitli içtihatlarında, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi davasında taraf devlet mahkemelerinin, tanıma veya tenfize konu kararın verildiği yabancı mahkemede yürütülen yargılamada, aleyhine tanıma veya tenfiz talebinde bulunan davalının savunma haklarına riayet edilmiş olup olmadığını araştırmakla yükümlü olduğunu, davalının yabancı mahkemenin savunma haklarını riayet edilmediğine dair itirazları yeterince dikkate alınmaksızın ve değerlendirilmeksizin tanıma veya tenfiz kararı verilmesinin AİHS m.6(1)'in ihlaline yol açacağını ortaya koymuştur. Mesela, *Pellegrini v. İtalya* kararında AİHM, yabancı mahkemenin varmış olduğu maddî netice başvurusunun (davalının) itiraz edemeyeceği kadar kesin/ tartışmasız olsa da, adil bir yargılamaya duyulması gereken güvenin bir gereği olarak, davalının yabancı mahkeme nezdindeki hakkında açılan davadan haberdar edilmiş olmasını, karşı tarafın iddialarına yönelik olarak açıklamada bulunmak imkânı tanınması gerektiğini vurgulamış, çelişmeli yargılama hakkı kapsamına giren bu usulî güvencelere Vatikan mahkemelerine riayet edilip edilmediği araştırılmaksızın verilen tanıma kararının AİHS m.6(1)'i ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bkz. *Pellegrini v. İtalya*, no.30882/96 20.7.2001, para.32-45. Benzer yönde bkz. *Avontis v. Letonya*, (GC) no.17502/07, 23.5.2016, para.117-124; *D.D. v. Fransa*, no.3/02, 8.11.2005, para.25-28. Bu kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan (n 19) 839 vd.

başka devlette tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır. Tanıma ve tenfize ilişkin gerek millî yasalarda gerekse milletlerarası sözleşmelerde savunma hakkına riayet genelde müstakil bir tanıma-tenfiz koşulu olarak düzenlenmiş bulunmakla birlikte²⁹, böyle bir müstakil koşulun bulunmadığı hallerde savunma hakkı ihlalleri *kamu düzenine aykırılık* kapsamında dikkate alınmaktadır³⁰.

Bu bağlamda, Türk ve yabancı mahkeme uygulamasının da AİHM içtihatlarına paralel bir şekilde geliştiği ve davalının aleyhine açılan davadan haberdar edilmemiş olması nedeniyle yabancı mahkemelerce verilen kararların tanınması veya tenfizi taleplerinin reddedildiği görülmektedir³¹. Bu itibarla, TTK m.105(2) hükmüne istinaden yabancı tacire izafeten acentesine karşı Türkiye’de açılan davada yabancı tacire tebligat yapılmaksızın verilen kararların, hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu yabancı devletlerde tanınması ve tenfizinin neredeyse imkânsız olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır.

İzafeten dava hakkının Türk hukukuna özgü olması³² sebebiyle tenfiz davasının görüldüğü devletin hukukuna yabancı olması, tenfiz talebinin reddi için muhtemelen tek başına bir sebep teşkil etmeyecektir. Ancak yabancı devletin tenfiz mahkemesi, yukarıda sayılan tenfiz koşulları ekseninde yapacağı değerlendirme esnasında, izafeten dava hakkını büyük olasılıkla yadırgayacak ve bu durum, tenfiz kararı vermek noktasında menfi bir bakış açısıyla hareket etmesine yol açabilecektir.

Yukarıda yapılan açıklamalar muvacehesinde, TTK m.105(2) hükmünde öngörülen izafeten dava hakkının, getiriliş amacına çoğu kez uygun düşmeyeceği değerlendirilmektedir. Böyle hallerde, yabancı tacir aleyhine yabancı ülkede dava

29 Meselâ, kapsam itibariyle farklılık arz etse de, karşılaştırmalı hukukta tanıma veya tenfize konu kararın verildiği mahkemede davalının savunma haklarına riayet edilmiş olması, tıpkı MÖHUK m.54(ç)’de olduğu gibi müstakil bir tanıma veya tenfiz şartı olarak düzenlenmiştir. Bkz. Brüksel İbis Tüzüğü m.45(1)(b); İsviçre DÖHK m.27(2)(a); ZPO m.328(1)(b)-2; Belçika MÖHK m.25(1)(b)-2.

30 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 25) 688.

31 Meselâ Hollanda mahkemelerince verilen bir kararın İngiltere’de tenfizine ilişkin bir davada Hollanda’da yeniden başlatılan yargılamadan haberdar edilmeyen davalının adil bir yargılamadan açıkça istifade edememesi nedeniyle tenfiz talebi İngiliz mahkemelerince reddedilmiştir. Bkz. *Maronier v Larmer* [2002] EWCA Civ 774, [2003] QB 620, para.25-37. Kararın özeti ve ayrıntılı analizi için bkz. Xandra E Kramer, ‘Enforcement under the Brussels Convention: Procedural Public Policy and the Influence of Article 6 ECHR’, *International Lis*, 2003, 16-20. Örneğin, bir Alman Bölge Mahkemesi kararına konu tenfiz davasında, kararın verildiği Belçika mahkemelerince çıkarılan tebligat, davalının adresinin doğru bir şekilde belirtilmemesi nedeniyle Alman mahkemelerince davalıya ulaştırılmamıştır. Dava evrakı, Belçika mahkemesine geri gönderilmiş, ancak mahkeme tebligata ilişkin ilgili AB Tüzüğü uygulamayarak davalının gıyabında karar vermiştir. Alman mahkemesi de Brüksel I Tüzüğü m.34(2) uyarınca kararın tenfiz edilemeyeceğine, ayrıca Alman Anayasası ve AİHS m.6’daki usulî güvencelere aykırı Belçika kararının tenfizinin m.34(1) uyarınca kamu düzenine aykırı olduğuna karar vermiştir. Bkz. OLG Zweibrücken, 5.10.2005-3W 165/04, (Brukhard Hess, Thomas Pfeiffer and Peter Schlosser, *The Brussels I-Regulation (EC) No 44/2001, The Heidelberg Report on the Application of Regulation in 25 Member States* (Study JLS/C4/2005/03), München, Verlag C.H. Beck, 2008, 141, dn.716). Benzer nitelikte bir İsviçre Federal Mahkeme kararı için bkz. ATF 126 III 327, 330, (Louwrens R. Kiestra, *The Impact of European Convention on Human Rights on Private International Law*, (Springer 2014) 169 dn 107) Türk hukukunda da davalıya usulüne uygun bir tebligat yapılmadan, dolayısıyla savunma hakları kullanılmaksızın verilen yabancı kararların tanınması ve tenfizi MÖHUK m.54(c)-(ç) hükümlerine istinaden reddedilmektedir. Bkz. Yargıtay 2 HD, E.2015/24518, K.2015/25034, T.23.12.2015; Yargıtay HGK, 1136/974, 26.11.2014 (www.lexpera.com.tr); Yargıtay 2 HD, 532 /6718, 8.4.2009, (Ahmet Cemal Ruhi, *Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, (4th edn, Beta 2014 361-362.); Yargıtay 2 HD 10735/13428, 4.10.2005, (Ruhi (n 31) 361).

32 Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme*, (3rd edn, 1968) 530; Kalpsüz (n 8) 1; Sıtkı Anlam Altay, ‘Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesi’, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, C.I, 2010, 224; Güner (n 9) 523.

açmaktan kaçınmak amacıyla izafeten dava hakkını kullanarak acentesine karşı Türk mahkemesinde dava açmayı tercih eden Türk tacirlerin; bu davada yabancı tacirin hukukî dinlenilme hakkının ihlal ettiği kabul edilmese dahi, alınacak kararın yabancı tacirin Türkiye’de malvarlığı bulunmaması sebebiyle Türkiye’de icra edilememesi ve yabancı tacirin malvarlığının bulunduğu devlette tenfiz koşullarına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle bu devlette de icra edilememesi söz konusu olduğunda, Türk mahkemesinde bu kararı almak için sarf edilen para, emek ve zaman tamamen boşa gitmiş olacaktır. Bu ihtimalde TTK m.105(2) hükmü Türk tacirlere kolaylık sağlamış olmayacak, tam aksine zarar vermiş olacaktır.

Bu nedenle, izafeten dava hakkı kullanılmadan önce; yabancı tacirin Türkiye’de malvarlığı bulunup bulunmadığı ve bu malvarlığının dava sonuna kadar Türkiye’de kalmasının söz konusu olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Ayrıca, yabancı tacirin malvarlığının bulunduğu yabancı ülkedeki tenfiz şartları da dikkatle analiz edilerek, Türk mahkemesinin vereceği kararın o devlette tenfiz kabiliyetine sahip olup olmayacağı baştan değerlendirilmelidir. Eğer yapılan değerlendirme sonucunda, izafeten dava hakkının kullanılması suretiyle alınan kararın Türkiye’de icra kabiliyetine sahip olmayacağı, yabancı tacirin malvarlığının bulunduğu yabancı devlette ise tenfiz kabiliyetine sahip olmayacağı sonucuna varılacak olursa, izafeten dava hakkına istinaden dava açmaktan vazgeçilmelidir. Bu durumda eğer milletlerarası yetki kuralları Türk mahkemelerinin yetkisini tesis ediyor ise, doğrudan yabancı tacir aleyhine dava açma ve milletlerarası tebligat kurallarına göre yabancı tacire tebligat yapma yoluna gidilerek, yabancı ülkede tenfizi kabil bir kararı Türk mahkemelerinden almak veya yabancı tacirin yerleşim yerinin ve/veya malvarlığının bulunduğu devletin yetki kurallarına göre yetkili olan mahkemede dava açmak tercih edilmelidir.

Önemle belirtilmelidir ki; TTK m.105(2) hükmünde öngörülen izafeten dava hakkı zorunlu olarak müracaat edilmesi gereken bir düzenleme değildir. Yabancı tacire karşı dava açmak isteyen Türk tacir diğer milletlerarası yetki kurallarına istinaden yetkili olan Türk mahkemelerinde veya kendi milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili olan yabancı devlet mahkemelerinde dava açmayı da tercih edebilir³³.

Acentesi marifetiyle Türkiye’de bir sözleşme akdeden yabancı tacire karşı açılacak davalarda Türk mahkemelerinin yetkisini tesis edebilecek birden çok unsur bulunması ihtimal dâhilindedir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarının tayin edeceğini öngören MÖHUK m.40 gereği yetkili olabilecek Türk mahkemelerini gözden geçirecek olursak; yabancı tacir bakımından HMK m.6’daki yerleşim yeri veya HMK m.9’daki mutad mesken esaslarına göre Türk mahkemelerinin yetkili olma ihtimalinin yalnızca gerçek kişi yabancı tacirler bakımından söz konusu olabileceği ancak bunun da yok denecek kadar az bir ihtimal

33 Üçüncü (n 7) 984; Narbay and Uyumaz (n 12) 111; Güner (n 9) 526.

olabileceği, uyuşmazlık malvarlığı haklarına ilişkin ise ve uyuşmazlık konusu malvarlığı değeri Türkiye’de ise Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan yabancı tacire karşı HMK m.9 uyarınca uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yer mahkemesinde dava açılabilmesi, en önemlisi uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmenin ifa yeri Türkiye’de bulunduğu takdirde –*ki bu çok yüksek bir ihtimaldir*– HMK m.10 uyarınca ifa yerinin bulunduğu yerdeki Türk mahkemesinde yabancı tacire karşı dava açılabilmesi görülmektedir³⁴. Milletlerarası ticarete kullanılan sözleşmeler ekseriyetle her iki tarafa da edimler yükleyen mahiyettedir ve her bir tarafın edimi çoğu kez farklı ülkelerde ifa edilir. HMK m.10 hükmünde yetkinin tesisi bakımından taraf edimleri arasında bir ayırım yapılmadığı ve sadece ifa yerlerinden birinin Türkiye’de bulunması yeterli sayıldığı için; dava konusu edim veya karakteristik edim olsun yahut olmasın, edimlerden herhangi birinin ifa yerinin Türkiye’de olması, HMK m.10 hükmüne göre Türk mahkemelerinin yetkili olması için yeterlidir³⁵.

E. İzafeten Dava Hakkının Doğurduğu Sorunların Ortadan Kaldırılması İçin Ne Yapılmalıdır?

TTK m.105(2) hükmü mevcut hâliyle yürürlükte kaldığı sürece, yabancı tacire izafeten acentesine dava açmayı düşünen Türk tacirlerin yukarıda izah olunan analizi doğru bir şekilde yapmaları ve buna göre hareket etmeleri hâlinde izafeten dava hakkının doğurabileceği olumsuz sonuçlardan kendi çabalarıyla sakınmaları mümkündür.

Ancak Türk tacirleri korumak amacıyla getirilen TTK m.105(2) hükmünün, yukarıda gerekçeli olarak izah edildiği üzere, Türk tacirlerin aleyhine sonuç doğurmak konusunda yüksek oranda risk içermesi kabul edilebilecek bir durum değildir. TTK m.105(2) hükmüne başvurulmasının doğurabileceği olumsuz sonuçların önlenmesi olasılığını Türk tacirlerin bu konudaki gayretine ve becerisine bırakmak yerine, TTK m.105(2) hükmünün Türk tacirlere sağlamaya çalıştığı korumanın gerek Türk tacirlere gerekse Türk hukukunun ve yargısının imajına zarar vermeyecek şekilde değiştirilmesi çok daha isabetli, objektif ve kalıcı bir çözüm olacaktır.

Bir başka ifadeyle; mühim olan yabancı taciri her hâl ve kârda Türk mahkemesinin önüne getirmek değil, yabancı taciri modern hukuk anlayışına uygun ve yabancı tacir aleyhine verilecek kararın yabancı mahkemelerce tenfizine engel teşkil etmeyecek şekilde Türk mahkemelerinin önüne getirmektir. Mühim olan; bir taraftan milletlerarası ticarete dâhil olan Türk tacirlere hukukî himaye sağlamaya çalışırken aynı zamanda Türk hukukunun ve Türk yargısının milletlerarası alandaki imajını zedelemeyen ve Türk ekonomisine zarar vermeden bunu sağlamaktır.

34 Yabancı tacire karşı açılacak davalar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olması hâlinde, TTK m.105(2) hükmünün getirilmesiyle hedeflenen amaç sağlanmış bulunduğu için, izafeten dava açılmasında hukukî menfaat bulunmadığı ve davanın doğrudan yabancı tacire yöneltilmesi gerektiği yönünde bkz. Külüşlü (n 4) 62, 65 vd.

35 Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 25) 474 vd.

Bunu sağlamak için, Türkiye’de acentesi aracılığıyla sözleşme yapan yabancı tacirlere karşı, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda izafeten dava hakkı açma imkânını ortadan kaldırmak ve acentenin bulunduğu yer mahkemesini yetkilendiren bir yetki kuralı getirmek yeterlidir³⁶.

Bu yetki kuralı, Türk mahkemelerinin yetkisinin tesisi bakımından, izafeten dava hakkının dolaylı ve garip bir biçimde tesis ettiği yetkinin aynısını doğrudan ve anlaşılır bir şekilde tesis edecektir. Bu açıdan kanun koyucunun -ısrarcı olduğu anlaşılana- amacından vazgeçmesini gerektirmeyen bir çözüm biçimidir.

Acentenin bulunduğu yer mahkemesi, diğer genel veya özel yetki kurallarının yanında bir alternatif yetki kuralı olarak getirilmelidir. Ayrıca bu yetki kuralına aykırı sözleşmelerin geçersiz sayılması fikrinden de vazgeçilmeli ve milletlerarası ticarete dâhil olan Türk tacirlerin yaptıkları sözleşmelerde yer alan yetki veya tahkim şartlarının olağan hükümler oldukları, bu tür ilişkilere giren Türk tacirlerin gerektiğinde yabancı devletlerde dava açmasının da olağan bir durum olduğu artık kabullenilmelidir.

Önerilen yetki esası Milletlerarası Usul Hukukuna yabancı değildir. MÖHUK m.46 uyarınca; sigorta sözleşmesinden doğan ve sigortacı aleyhine açılacak davalarda, sigortacının esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da *acentesinin* Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Diğer yandan, 12.12.2012 tarihli ve EU 1215/2012 sayılı Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel I Bis Recast Tüzüğü’nde³⁷ Avrupa Birliği üyesi devletlerde oturan kişiler adına başka bir Avrupa Birliği üyesi devlette yer alan acenteleri tarafından yürütülen faaliyetlerden kaynaklanan ve acente marifetiyle faaliyette bulunan taraf aleyhine açılacak davalarda, acentenin bulunduğu yer mahkemesi yetkili kılınmıştır [m.7(5)].

Bu veriler, önerdiğimiz yetki esasının “aşırı yetki” tesis eden bir kural olarak görülme riskinin düşük olduğunu göstermektedir. Bunun yanında; TTK m.102(1) hükmünde yer alan *acente* tanımının ve m.103(1) hükmünde acentelik hükümlerine tâbi olduğu öngörülen diğer kişilerin statülerinin de “aşırı yetki” tesisine yol açmayacak nitelikte olduğu kanaatindeyiz.

İzafeten dava hakkının kaldırılması ve yerine “acentenin bulunduğu yer mahkemesi”ni yetkili kılan bir yetki kuralının getirilmesi hâlinde artık bu tür davalar Türk mahkemelerinde doğrudan yabancı tacir aleyhine açılacak ve tebligatların da yabancı tacire yapılması gerekecektir. Böylece yabancı tacirlerin savunma haklarının ihlal edildiğini ileri sürme olasılığı da ortadan kalkacak ve Türk tacirlerin yabancı

36 Benzer bir görüş için bkz. Karayalçın (n 32) 532.

37 (OJ. 20.12.2012 / L 351-1) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32012R1215>>

tacirler aleyhine Türk mahkemelerinden aldıkları kararların yabancı devletlerde tenfiz edilmesi de çok daha olası hâle gelecektir.

Önemle belirtelim ki, Türk mahkemelerinde açılan davalarda yurt dışına tebligat yapılması günümüz dünyasında çekinilecek bir zorluk olarak görülmemelidir. Zira devletler arasında akdedilen çok taraflı anlaşmalar sayesinde milletlerarası tebligat büyük ölçüde basit ve hızlı bir işlem hâline gelmiş bulunmaktadır³⁸. Türkiye de milletlerarası tebligat konusunu düzenleyen iki adet çok taraflı La Haye Anlaşması'na ve birçok iki taraflı anlaşmaya³⁹ taraftır. Çok taraflı anlaşmalardan 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Anlaşması⁴⁰ madde 1 uyarınca, taraf devletlerde bulunanlara tebligat, talep eden devletin muhatap devletteki konsolosu tarafından, muhatap devletin tayin edeceği yetkili makama tebliğ talebinin ve evrakının iletilmesi suretiyle yapılacaktır. Milletlerarası tebligat konusundaki asıl kolaylık ise 1965 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî ve Gayrı Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Anlaşma⁴¹ ile sağlanmıştır. 1965 tarihli Anlaşma diplomatik yolları dışlayarak, ihdas ettiği merkezî makamlar marifetiyle milletlerarası tebligat işlemlerinin ifasını önemli ölçüde kolaylaştırmış ve buna bağlı olarak, yabancı unsur içeren davaların devlet mahkemelerinde görülmesini hızlandırmıştır. 1965 tarihli Anlaşma'nın 2. maddesine göre taraf devletler, diğer taraf devletlerden gelecek tebliğ taleplerini yerine getirmek üzere bir "merkezî makam" ihdas edecektir⁴². Anlaşma, tebliğ evrakının, tebliği çıkaran makam tarafından, resmî onay veya benzeri bir formaliteye gerek olmaksızın, tebligatın yapılacağı devletteki merkezî makama posta yoluyla gönderilmesini sağlayan basit bir usul öngörmüştür (m.3). Ancak 1965 tarihli Anlaşma'nın sağladığı kolaylık bununla sınırlı değildir. Anlaşmanın 10. maddesinin (a) bendinde çok daha basit ve hızlı bir başka usul daha öngörülmüştür: "*Talepte bulunulan devlet itiraz etmedikçe, Anlaşma: adlî belgelerin yabancı memleketlerdeki kişilere doğrudan posta vasıtası ile gönderilmesine ... engel teşkil etmez*". Bu hükme göre taraf devletler, ülkelerinde bulunan şahıslara doğrudan adî posta yolu ile tebligata izin verebilirler. 1965 tarihli

38 Detaylı bilgi için bkz. Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 25) 588 vd.

39 Anlaşmaların listesi ve Resmî Gazete referansları için bkz. Şanlı (n 10) 210 vd.

40 RG: 23.05.1972/ 14194. Taraf devletlerin listesi şöyledir: Almanya, Arjantin, Arnavutluk, Avusturya, Belarus (Beyaz Rusya), Belçika, Bosna-Hersek, Çekya, Çin (sadece Makau Özerk Bölgesi), Moğolistan, Danimarka, Ermenistan, Fas, Finlandiya, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Karadağ, Kazakistan, Kıbrıs, Kırgızistan, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Kuzey Makedonya, Mısır, Moldova, Norveç, Özbekistan, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Surinam, Türkiye, Ukrayna ve Vatikan.

41 RG: 17.6.1972/14218. Taraf devletlerin listesi şöyledir: ABD, Almanya, Andora, Antigua and Barbuda, Arjantin, Arnavutluk, Avustralya, Bahamalar, Barbados, Belarus, Belçika, Belize, Bosna Hersek, Botswana, Brezilya, Bulgaristan, Büyük Britanya Birleşik Krallığı ve Kuzey İrlanda, Çekya, Çin, Danimarka, Ermenistan, Estonya, Fas, Finlandiya, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Kanada, Karadağ, Kazakistan, Kıbrıs, Kolombiya, Kore Cumhuriyeti, Kosta Rika, Kuveyt, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Malavi, Malta, Meksika, Mısır, Moldova, Monako, Norveç, Pakistan, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Saint Vincent and the Grenadines, San Marino, Seyşeller, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Sri Lanka, Tunus, Türkiye, Ukrayna, Venezuela, Vietnam ve Yunanistan.

42 Türkiye bakımından "Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü" merkezî makam olarak belirlenmiştir. Anlaşmaya göre taraf ülkelerin belirledikleri merkezî makamların ad ve adresleri Adalet Bakanlığı tarafından 1990 yılından bu yana her yıl düzenli olarak çıkarılan tebliğlerde ve Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'nün 16.11.2011 günlü Genelgesinde açıklanmıştır.

Anlaşma'nın 10(a) maddesi uyarınca; ABD, Andorra, Arnavutluk, Avustralya, Antigua ve Barbuda, Bahama Adaları, Barbados, Belarus, Belçika, Belize, Birleşik Krallık, Bosna-Hersek, Botswana, Çin (sadece Hong Kong ve Makau), Danimarka, Ermenistan, Estonya, Fas, Finlandiya, Fransa, Güney Kıbrıs, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İtalya, İzlanda, Lüksemburg, Japonya, Kanada, Kazakistan, Kolombiya, Kosta Rika, Letonya, Malavi, Pakistan, Portekiz, Romanya, Slovenya, Saint Vincent ve Grenadines, Seyşeller ile Vietnam, *muhatabın anlayacağı dilde düzenlenmiş olması şartıyla*, ülkelerinde bulunan şahıslara doğrudan posta yolu ile tebligata izin verdiklerini beyan etmiştir⁴³. Bu itibarla, anılan ülkelerde bulunan şahıslara yapılacak tebligatlar, tebligatı çıkaran makam tarafından, Türk veya yabancı resmî makamlar aracı kılınmaksızın, iadeli taahhütlü posta yoluyla doğrudan muhatabın adresine gönderilebilir. Milletlerarası tebligat meselesi bu derece kolaylaşmış ve süratlenmiş iken, yabancı tacirlere karşı Türk mahkemelerinde açılacak davalarda yurt dışına tebligatın zorluk arz edeceği gerekçesiyle, izafeten dava hakkı olarak adlandırılan mekanizmaya yer vermenin doğru olmadığını düşünmekteyiz.

Diğer taraftan; TTK m.105(2) hükmünde öngörülen izafeten dava hakkının kullanılması yoluyla yabancı tacir aleyhine açılan davalara katılmak acente açısından bir yükümlülük niteliğindedir⁴⁴ ve acentenin bu yükümlülüğü gereği gibi yerine getirmemesi, özen yükümlülüğüne aykırı bir sonucun doğmasına sebep olabilir. Ayrıca acente bu yükümlülüğü gereği gibi yerine getirdiğinde de bazı külfetlere katlanmak durumunda kalacak ve bu külfetlerin yabancı tacirden tazmin edilmesi konusunda zorluk yaşayabilecektir. TTK m.105(2) hükmünde izafeten dava hakkı öngören hüküm kaldırılarak bunun yerine yabancı tacir aleyhine açılacak davalar bakımından acentenin bulunduğu yer mahkemesini yetkili kılan bir yetki kuralı getirilirse, izafeten dava hakkının Türk acenteler bakımından doğurabileceği bu tür olumsuz sonuçların da önüne geçilmiş olacaktır.⁴⁵

Sonuç

TTK m.105(2) hükmünde; “*yabancı tacirlere Türkiye’de dava açılması olanağını yaratmak*” ve “*Türkiye’de bir tebligat adresi tesis etmek*” suretiyle, yabancı tacirler ile sözleşme yapan Türk tacirleri korumak amacıyla getirilen izafeten dava hakkının, bilhassa yabancı tacirin Türkiye’de malvarlığının bulunmadığı hallerde Türk tacirler aleyhine sonuç doğurma ihtimali çok yüksektir. Ancak istisnaî hallerde Türk tacirlere yarar sağlayabilecek bu düzenlemenin, makro ölçekte Türk tacirlere, Türk ekonomisine ve Türk hukukunun ve yargısının imajına zarar verme ihtimali ise daha yüksektir.

43 1965 tarihi Sözleşme'nin 10(a) maddesi uyarınca ülkelerindeki şahıslara doğrudan posta yoluyla tebligat yapılmasına izin veren âkit devletlerin güncel listesi için bkz. www.hcch.net

44 Oğuz İmregün, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri (11th edn 1996)* 133; Altay (n 32) 240, 269 vd.

45 Külüştü (n 4) 51 vd., 157.

Bu nedenle TTK m.105(2)'de öngörülen izafeten dava hakkı müessesesinin kaldırılmasının ve yerine, yabancı tacir aleyhine açılacak davalar bakımından Türkiye'deki acentesinin bulunduğu yer mahkemesini yetkili kılan bir düzenlemenin getirilmesinin her bakımdan uygun bir çözüm olacağı kanaatindeyiz.

Ancak önerdiğimiz yasal değişiklik yapılarına dek, TTK m.105(2) hükmüne istinaden yabancı tacirler izafeten Türkiye'deki acentelerine karşı dava açma seçeneğinin Türk tacirler tarafından dikkatle analiz edilmesi gerekecektir. Bu analiz; yabancı tacirin Türkiye'de malvarlığının bulunup bulunmadığı ve eğer varsa bu malvarlığının dava sonuna kadar Türkiye'de kalmasının temin edilip edilemeyeceği noktasından başlamalı, bu sorulara olumlu cevap verilemediği takdirde ise Türk mahkemelerince verilecek kararın yabancı tacirin malvarlığının bulunduğu devlette tenfiz kabiliyetine sahip olup olmayacağı irdelenmelidir. Bu bakımdan özellikle; gerçek davalının yabancı tacir olduğu bu tür davalarda yetkili mahkemenin acente esas alınarak tesis edilmesinin, tacirler arasında bir yetki veya tahkim şartı bulunan hallerde bu şartların sırf Türk tacir Türk mahkemelerinde dava açabilsin diye geçersiz sayılmasının ve gerçek davalının yabancı tacir olduğu davada yargılamanın yabancı tacire hiç tebligat yapılmaksızın yürütülmesinin ve kararın dahi yabancı tacire tebliğ edilmemesinin, kararın yabancı devlette tenfizine engel teşkil edip etmeyeceğinin büyük önem arz ettiği hatırd tutulmalıdır. Yapılan bu analiz sonucunda, izafeten dava hakkının kullanılması suretiyle alınan kararın bir yandan Türkiye'de icra kabiliyetine sahip olmayacağı, diğer yandan ise yabancı tacirin malvarlığının bulunduğu yabancı devlette tenfiz kabiliyetine sahip olmayacağı anlaşılırsa, izafeten dava hakkına istinaden dava açmaktan vazgeçilmelidir. Böyle hallerde; eğer Türk milletlerarası yetki kuralları Türk mahkemelerinin yetkisini tesis ediyor ise, doğrudan yabancı tacir aleyhine dava açma ve milletlerarası tebligat kurallarına göre yabancı tacire tebligat yapma yoluna gidilerek, yabancı devletlerde tenfiz kabiliyeti olan bir kararı Türk mahkemelerinden almak veya yabancı tacirin yerleşim yerinin ve/veya malvarlığının bulunduğu devletin yetki kurallarına göre yetkili olan mahkemede dava açmak tercih edilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

Aktepe Artık S, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Seçkin 2014)

Altay SA, 'Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesi', *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan* 2010 (1) 223 vd.

- Arslan İ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi* (Adalet 2019)
- Dardağan E, *Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı* (Yetkin 2005)
- Ekşi N, 'Yabancı Mahkemenin 'Aşırı' Yetkisinin Tenfiz Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi' (2010) 9(2) Y.9 Temmuz İKÜHFD 71 vd.
- Ekşi N, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2nd edn, Beta 2000)
- Erdönmez G, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017)
- Garcimartin F and Geneviève Saumier, *Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (HCCH 2019 Judgments Convention)*, The Hague, 2020.
- Güner C, 'Türk Ticaret Kanununun 'Yabancı Tacirlerin Acentelerinin Davada Temsil Yetkisi'ne İlişkin Hükümünün Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi' (2019) 10(2) İnÜHFD 521-538
- Harris D, O'Boyle M and Warbrick C, *Law on the European Convention on Human Rights*, (2nd edn, Oxford University Press 2009)
- Hess B, Pfeiffer Thomas and Schlosser P, *The Brussels I-Regulation (EC) No 44/2001, The Heidelberg Report on the Application of Regulation in 25 Member States* (Study JLS/CA/2005/03) (Verlag C.H. Beck 2008)
- Huysal B, 'Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar İle Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi' (2011) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Atâ Sakmar Armağanı) 491 vd.
- İmregün O, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri* (11st edn, 1996)
- İnceoğlu S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (4th edn, Beta 2013)
- Kalpsüz T, 'Müvekillere İzafeten Acentalara Karşı Dava Açılması ve Takip Yapılması' (1983) 12(1) Batider 1 vd.
- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticarî İşletme* (3rd edn, Fakülte Matbaası 1968)
- Kiestra, LR, *The Impact of European Convention on Human Rights on Private International Law* (Springer 2014)
- Kramer Xandra E, 'Enforcement under the Brussels Convention: Procedural Public Policy and the Influence of Article 6 ECHR' (2003) *International Lis*, 16-20.
- Külüşlü E, *Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Etme Yetkisi* (On İki Levha 2019)
- Mole N and Harby C, *Right to A Fair Trial - A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights* (2nd edn, Human Rights Handbooks 2006)
- Narbay S and Uyumaz M, 'Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Yetkisi' (2013) 11(121) *Legal Hukuk Dergisi* 101 vd.
- Özekes M, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı* (Yetkin 2003)
- Pekcanitez H Atalay O and Özekes M, *Medenî Usûl Hukuku* (14th edn, Yetkin 2013)
- Ruhi AC, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (4th edn, Seçkin 2014)
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021)
- Şanlı C, *Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019)

- Türkel DT, 'Müvekkile İzafeten Acenteye Karşı Açılan Davalarda Hukukî Dinlenilme Hakkıyla Bağlantılı Sorunlar', *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (2009) 1105 vd.
- Tüysüz C, 'Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Yetkisine İlişkin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Hükümlerin Yabancı Mahkeme Lehine Akdedilen Yetki Anlaşmalarına Etkisi' (2021) 79(2) *İstanbul Hukuk Mecmuası*
- Üçüncü H, 'Acentenin Temsil Yetkisinin Usul Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi' (2013) 37 (1-2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 961 vd.
- Weller M, 'The 2019 Hague Judgments Convention - The Jurisdictional Filters of the HCCH 2019 Judgments Convention' 21(2019-2020) *Yearbook of Private International Law* 289 vd.

