

## YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ DAVALARINDA BAZI USUL HUKUKU PROBLEMLERİ

(Harç–İspat Yüğü ve Deliller–Vasıflandırma)

Yard. Doç. Dr. Musa AYGÜL\*

### Özet

*Bu çalışmada, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında, ödenmesi gereken harç, ispat yükü, deliller ve yabancı mahkeme kararına konu ihtilâfın farklı şekilde vasıflandırılmasından doğan sorunlar ele alınmıştır. Çalışmada, Yargıtay'ın konu hakkındaki kararları da mümkün mer-tebe değerlendirilmeye çalışılmıştır. Özellikle Yargıtay'ın, bir tespit davası olduğunu kabul ettiği tenfiz davalarında, Harçlar Kanununun 4. maddesine aykırı olarak maktu harç alınması gerektiğine dair kararları değerlendirilmiştir. Yine bu çalışmada, Yargıtay'ın, revizyon yasağı gereğince tenfiz hâkiminin, yabancı ilâm dışında başka delilleri değerlendiremeyeceği ve bu sebeple yabancı ilâma konu ihtilâfın farklı şekilde vasıflandırılmayacağı yönündeki uygulaması, doktrindeki görüşler ve yabancı hukuktaki uygulamalar dikkate alınarak inceleme konusu yapılmıştır. Bu kapsamda olmak üzere, tenfiz davalarında ispat yükü, deliller ve vasıflandırma konuları çalışmada ayrı başlıklar altında incelenmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** Tanıma ve tenfiz, harç, ispat yükü, deliller, vasıflandırma.

---

\*Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı,  
Konya, Türkiye, maygul@selcuk.edu.tr

## SOME PROCEDURAL ISSUES IN RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS

(Fees–Burden of Proof and Evidences–Qualification)

### Abstract

*The aim of this article is to analyze some procedural issues in recognition and enforcement of foreign judgments. These procedural issues are fees, burden of proof, burden of evidence, evidences and qualification of the dispute in the origin court in recognition and enforcement proceeding in Turkey. Although there is a provision in the Fees Act (Law No: 492, article 4) that the foreign judgment creditor should pay the official fees schedules identifying amount of the debt, The Court of Appeal decided that the foreign judgment creditor should pay the fixed official fees for recognition and enforcement claims. In this article, we also analyzed the burden of proof for requirements of recognition and enforcement of foreign judgments. According to some decisions of The Court of Appeal, the recognition judge can only consider foreign decision but cannot to consider other evidences for requirements of recognition and enforcement of foreign judgments. Furthermore because of the prohibition of “revision au fond” the recognition judge is bound by qualification of dispute in the rendering court for determining of requirements of recognition and enforcement of foreign judgments. These decisions are also analyzed in this article.*

**Keywords:** Recognition and enforcement, burden of proof, burden of evidence, evidences, qualification.

### Giriş

Yabancı mahkemeden verilmiş kararların tanınması ve tenfizi şartları, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun (MÖHUK) 50 ve 59. maddeleri arasındaki hükümler ile düzenlenmiştir. Bu hükümlerden bazıları, örneğin, görev ve yetkiyi düzenleyen 51. madde, dilekçeye eklenecek belgeleri gösteren 53. madde, tanıma ve tenfiz davalarındaki usule ilişkin hükümlerdir.

Tenfiz davalarında takip edilecek yargılama usulü ise, 55. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, tenfiz istemine ilişkin dilekçenin karşı tarafa duruşma günü ile birlikte tebliğ edilmesi gerekir. Bu, emredici bir hükümdür<sup>1</sup>. Keza, tenfiz davaları, duruşmalı olarak görülmelidir.

<sup>1</sup> Madde metninden, davalıya yalnızca dava dilekçesinin tebliğ edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak m. 55'deki hüküm, m. 53'deki dilekçeye eklenecek

İhtilâfsız kaza kararlarının tanınmasına da, tebliğ şartı hariç, aynı hükmün uygulanması kabul edilmiştir. Yine aynı maddeye göre, tenfiz davalarının, basit yargılama (HUMK m. 507–511; HMK. m. 316–322)<sup>2</sup> usulüne tâbi olduğu belirtilmiştir. Buna göre, taraflar dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır (HMK m. 318)<sup>3</sup>. MÖHUK m. 53'de de, dilekçeye eklenmesi gereken belgeler sayılmıştır. Aleyhine tenfiz istenen davalı da, duruşma gününe kadar, tenfiz şartlarının bulunmadığını veya yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebebin ortaya çıkmış olduğunu ileri sürerek, tenfize itiraz edebilecektir (MÖHUK m. 55/II). Tenfiz davalarında, MÖHUK'ta hüküm olmayan hallerde, genel kanun niteliğindeki HMK'nın hükümlerinin uygulanması kabul edilmektedir<sup>4</sup>.

Bu çalışmada, tenfiz davalarında alınması gereken harç miktarı, ispat ve deliller ile yabancı mahkemenin uyuşmazlığı nitelendirmesinin, tenfiz hâkimini bağlayıp bağlamayacağı üzerinde durulmuştur. Çalışmada, Yargıtay'ın konu ile ilgili kararları da, mümkün mertebe değerlendirilmiştir.

---

belgeleri düzenleyen hüküm ile birlikte yorumlandığında, davalıya dilekçe ile birlikte yabancı ilâmın onanmış aslı ya da sureti ile onanmış tercümesi ve yine onanmış kesinleşme şerhi ile tercümesi de eklenmelidir. Aynı yönde bkz: ŞANLI, *Velayet*, s. 73.

<sup>2</sup> HMK'nın 451'inci maddesi gereğince, Kanunun yürürlük tarihi 1 Ekim 2011 olarak belirlenmiştir. Bu tarihten itibaren de, HMK'nın 450'nci maddesi, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununu ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırarak, onun yerini alması öngörülen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmiş olacaktır. RG, 4.2.2011-27836.

<sup>3</sup> HMK. m. 318 gereğince, basit yargılama usulünde, taraflar, dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de, bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır. HMK'ya göre, davalı cevap süresi içinde itirazlarını ileri sürmelidir (HMK m. 317 ve m. 319).

<sup>4</sup> ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 190.

## I. Tenfiz Davalarında Ödenmesi Gereken Harç

Dava sırasında ödenecek harçlar, 492 sayılı Harçlar Kanununda<sup>5</sup> “Yargı Harçları” başlığı altında düzenlenmiştir. Yargı harçları, başvurma ve karar ve ilâm harcı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>6</sup>. Başvurma harcı, maktu olarak tespit edilirken, karar ve ilâm harcı, davanın türüne göre, maktu veya nisbi olarak belirlenebilmektedir. Hangi hallerde nisbi karar ve ilâm harcının hangi hallerde maktu karar ve ilâm harcının alınacağı, Harçlar Kanununa ekli (1) sayılı tarifede gösterilmiştir<sup>7</sup>. Örneğin, konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda, esas hakkında karar verilmesi halinde, hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden nisbi harç alınması kabul edilmiş iken [(1) sayılı tarife, A-III-1-a], delil tespiti, ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararlarında, maktu harç alınacağı kabul edilmiştir [(1) sayılı tarife, A-III-2-b]<sup>8</sup>.

Konusu para ile ölçülebilen bir şeye ya da paraya ilişkin yabancı ilâmların tenfizinde alınması gereken harcın türü hakkında, Yargıtay’ın farklı uygulamaları bulunmaktadır. Bu farklı uygulamaların sebebi de, Yargıtay’ın tenfiz davalarına atfettiği niteliktir. Yargıtay’ın bazı daireleri<sup>9</sup> “...tenfiz davalarının eda davası değil, tespit davası niteliğinde bulunması sebebiyle maktu harç ve vekâlet ücretine hükmedilmesinde bir usulsüzlük olmamasına...” şeklinde maktu harç ödenmesi<sup>10</sup> gerek-

<sup>5</sup> RG, 17.7.1964-11756.

<sup>6</sup> Harca tâbi davalarda, dava açılırken, davacıdan başvurma harcı ile nisbi harca tâbi davalarda, nisbi karar ve ilâm harcının dörtte biri peşin olarak alınır. Maktu harca tâbi davalarda ise, karar ve ilâm harcının tamamı peşin olarak alınır: KURU/ARSLAN /YILMAZ, s. 300.

<sup>7</sup> Harçlar Kanununa ekli (1) sayılı tarifede Yargı Harçları başlığı altında, A-III-1’de, nisbi harca tâbi dava ve işler sayılmış iken, A-III-2’de, maktu harca tâbi dava ve işler sayılmıştır.

<sup>8</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: YILMAZ, s. 2901 vd.

<sup>9</sup> Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 04.11.2010 tarihli E. 2009/3799, K. 2010/11271 ve 07.12.2010 tarihli E. 2009/1307, K. 2010/12619 sayılı ilâmları. Ayrıca, UYAP sisteminde, yabancı mahkeme kararının tenfizi taleplerinde, konusu eser sözleşmesi olanlar hariç, maktu harç alınması gerektiğinin ek-randa belirlemekte olduğu ifade edilmektedir: YILMAZ, s. 2911.

<sup>10</sup> Tespit davasında alınacak harçların nisbi mi, yoksa maktu mu olduğu ve tespit davalarında yargılama masraflarının nisbi mi, yoksa maktu tarife üzerinden mi vekâlet ücretine hükmedileceği hususunda Yargıtay kararları farklılık arz etmektedir. Bazı Yargıtay kararlarına göre, tespit davaları, maktu harca ve nisbi vekâlet ücretine tâbi iken, diğer bazı Yargıtay kararlarında ise, tespit davasının eda davasının öncüsü olması sebebi ile eda davası gibi

tiğine dair kararlar verirken, diğer bazı daireleri<sup>11</sup> ise, değeri para ile ölçülebilen talepler için, nisbî harç ödenmesi gerektiğine karar vermektedirler.

Mahkemeden istenen hukukî himayenin niteliği açısından, tenfiz davaları (kararlarının=*exequatur*) hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, tenfiz kararının, yabancı ilâmın kanunda aranan şartları taşıdığını tespit etmek ve bu şartları taşıyan kararın icrasını sağlamak şeklinde iki yönünün bulunduğunu ileri sürmektedir<sup>12</sup>. Bir diğer görüşe göre, tenfiz kararı, yenilik doğurucu (inşai) bir hükümdür<sup>13</sup>. Üçüncü bir görüş ise, tenfiz kararlarını (davalarını) iç hukuktaki davalardan ayırmak gerektiğini ileri sürer. Buna göre tenfiz kararı, iç hukuktaki eda, tespit ve inşai kararlardan hiçbirisine dâhil edilmeyen kendine özgü bir karar çeşididir. Bu karar ile taraflar arasındaki bir uyuşmazlık çözülmemekte, yabancı mahkeme kararının mahalli icra organları aracılığı ile icrası sağlanmaktadır<sup>14</sup>. Aksine gö-

---

harca tâbi olduğu kabul edilmektedir: Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve ilgili Yargıtay kararları için bkz: KURU/BUDAK, s. 305 vd.

<sup>11</sup> “Davacı vekili 20.12.2001 tarihli ıslah dilekçesi ile Erlangen Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 01.12.1996 tarih ve 7C 0104/94 sayılı ilamı ile davalının küçük Enis’in babası olduğunun tespiti ile küçük için nafakaya hükmedildiğini, ilamın babalığa ilişkin hükmünün tenfiz edildiğini belirterek ilamın nafakaya ilişkin hükmünün tenfizine karar verilmesini talep etmiştir. Davada, ıslah yolu ile nafakaya ilişkin yabancı mahkeme ilamının tenfizi istenilmiştir. Bir davanın ıslahı birçok yön ve nitelikleri gözetildiğinde ek, bir başka anlatımla ikinci bir dava sayılır. Bu yüzden ıslah yapılırken dava açımında gereken yükümlülükler yerine getirilmelidir. Bunun için, ıslah edilmek istenilen alacak miktarı (müddeabih) davacı yanca belirlenerek asıl alacak haline dönüştürülmeli, **belirlenen bu miktar üzerinden nispi harç alınmalı** ve ıslah dilekçesi davalı tarafa tebliğ edilmelidir”: Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 22.9.2008 tarihli ve E. 2008/12906 ve K. 2008/15378 sayılı ilâmı, kazanci.com, (02.02.2011).

<sup>12</sup> ÇELİKEL/ERDEM, s. 625; SAKMAR, s. 144 vd.

<sup>13</sup> “Yabancı mahkeme hükmü hakkında verilen ‘tenfiz kararı’, yabancı kararın ülke içinde icra edilebilirliğini belirleyen bir tesbit hükmü değildir; bir yerine getirme hükmü de değildir; tenfiz kararı sadece yenilik doğurucu ‘inşai’ bir hükümdür”: NOMER, DHH, s. 482.

<sup>14</sup> “Tenfiz dâvası, yabancı ilâmın verilmesine neden olan dâvadan bağımsız bir dâvadır; yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan dâva değildir. Bu davanın konusu yabancı hükmün etkileridir”: TİRYAKIOĞLU, s. 88, dn. 247’den naklen. Bir başka tanıma göre, tenfiz “«Exequatur» öyle bir karardır ki, onunla salâhiyettar mahkeme, yabancı ilâmı tenfizi mutazammın bir ibare ile tevsih ve kazasının cari olduğu ülkede kanunun ve mahallî memurların yardımını temin eder”: ARAT, s. 492.

rüşler<sup>15</sup> olmakla birlikte genel olarak doktrinde, tenfiz davasının salt bir tespit davası niteliğinde olduğu kabul edilmemektedir. Dolayısı ile Yargıtay'ın bazı dairelerinin, tenfiz davalarının bir tespit davası olduğu yönündeki değerlendirmesinin<sup>16</sup> yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Yargıtay'ın tenfiz davası hakkındaki görüşü doğru kabul edilse bile, yine de tenfiz davalarından maktu harç alınması gerektiğine dair değerlendirmesi, Harçlar Kanunu açısından isabetli değildir. Çünkü, yabancı mahkeme kararların tenfizi için, Harçlar Kanununda özel bir düzenleme getirilmiştir. Harçlar Kanununun 4. maddesinde aynen “*Yabancı bir mahkeme tarafından verilen ilamların tenfizi için açılacak davalardan, bu ilamlarda hükmolunmuş şeyin değeri, nevi ve mahiyetine göre (1) sayılı tarife gereğince harç alınır.*” hükmü yer almaktadır. Kanuna ekli (1) sayılı tarifenin “Karar ve İlâm Harcı” başlığını taşıyan üçüncü bölüm hükümlerine göre de, konusu belli bir değer ile ilgili bulunan davalarda esas altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden, harç alınması gerektiği hükme bağlanmıştır<sup>17</sup>.

Tenfiz davalarında, maktu harç alınmasının gerekçelerinden birisi de, (1) sayılı tarifedeki, “*konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda, esas hakkında karar verilmesi halinde, hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden*” şeklindeki düzenleme gösterilmektedir. Tenfiz davalarında esasa girilmediğinden, bu hüküm gereğince maktu harç alınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>18</sup>. Kanaatimizce bu yorum, Harçlar Kanunu m.4'deki özel düzenleme bulunmasa idi, yerinde kabul edilebilirdi. Halbuki, Harçlar Kanununun 4. maddesi, konuyu özel olarak düzenlemiş ve bu (yabancı) ilamlarda hükmolunmuş şeyin değeri, nevi ve mahiyetine göre, (1) sayılı tarife üzerinden harç alınması gerektiğini hükme bağlamıştır.

<sup>15</sup> Tenfiz davalarının, iç hukukta benimsenenden farklı bir çerçevede tespit davası olduğu görüşü hakkında bkz: YILMAZ, s. 2908.

<sup>16</sup> Bkz. yukarıda dn. 9'da anılan kararlar.

<sup>17</sup> Kanuna ekli bir sayılı tarifede nisbî harç miktarı, alacağın binde 59,4'ü olarak tespit edilmiştir. Ayrıca aynı tarifeye göre başvurma harcının da ödenmesi gereklidir.

<sup>18</sup> YILMAZ, s. 2911.

Dolayısı ile tenfiz davası, ister tespit ister faklı bir şekilde nitelendirilsin, tenfize konu yabancı ilâm bir alacağa ilişkin ise, bu ilamlarda hükmolunmuş şeyin değeri üzerinden harç alınması gerekmektedir<sup>19</sup>. Davacı, yabancı mahkemede de harç ödemiş ise, ikinci defa harç ödemek zorunda kalacaktır. Bu şekilde mükerrer harç tahsilinin ortadan kaldırılabilmesi, ancak Harçlar Kanununda değişiklik yapılmakla mümkün olabilir.

## II. Tanıma ve Tenfiz Davasında İspat Yüğü ve Deliller

Tenfiz (ve tanıma) davalarında, ispat yüğü ve ileri sürülebilecek deliller bakımından bazı hukukî sorunlar ile karşılaşılması mümkündür. Özellikle tenfiz şartlarına ilişkin olarak hangi delillerin ileri sürülebileceğı de yargı kararlarında ihtilâf konusu olmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bazı kararlarında, tenfiz mahkemesinin incelemelerini, tenfizi istenen karar üzerinden yapılması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay, tenfizi istenen kararda yazılı hususlar dışında başka delillerin değerlendirilmesini, revizyon yasağı ile bağdaştırmamaktadır<sup>20</sup>. Bu kararlardan tenfiz davasında, yabancı ilâmda yazılı hususlar dışında başka iddia ve delillerin değerlendirilemeyeceğı sonucu çıkmaktadır. Burada iki hususun ayrı ayrı incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Birincisi tanıma ve tenfiz davaların ispat yükünün tespit edilmesi, diğeri de, tanıma ve tenfiz davalarında ileri sürülebilecek deliller konusudur.

<sup>19</sup> NOMER, *DHH*, s. 508, dn. 298; DOĞAN, İ., s. 463; ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 191.

<sup>20</sup> "...Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, tenfiz mahkemesinin incelemeleri, tenfizi istenen karar üzerinden yapılmalıdır. Tenfizi istenen kararda yazılı hususlar dışında başka deliller değerlendirilmek suretiyle karar verilemez.": Yargıtay 11. H.D., T. 04.11.2010, E. 2009/85, K. 2010/11230 sayılı kararı; Yargıtay 11. H. D., T. 31.3.2009, E. 2007/9117, K. 2009/3863, sayılı kararı: kazanci.com, (02.02.2011); Yargıtay 11. H. D., T. 12.10.2009, E. 2008/6098, K. 2009/10392 sayılı kararı: kazanci.com, (02.02.2011); Yargıtay 11. H. D., T. 31.3.2009, E. 2007/9103, K. 2009/3837 sayılı kararı: kazanci.com, (02.02.2011).

## A. İspat Yükü<sup>21</sup>

Tenfiz davalarında ispat yükünün dağılımı bakımından MÖHUK'ta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Tenfiz usulüne ilişkin olarak MÖHUK'ta davanın çekişmeli ve basit yargılama usulüne tâbi olduğunu gösteren m. 52 ve 55/I ile dilekçelere eklenecek belgeleri düzenleyen m. 53 bulunmaktadır. Bu hükümlerden de, tenfiz şartlarının varlığı ya da yokluğu hususunda ispat yükünün kime düştüğü anlaşılamamaktadır. Ancak tenfiz şartlarından bazılarının mahkemece dikkate alınabilmesi, davalının itirazına bağlanmıştır. Örneğin MÖHUK m. 54/(b)'deki aşırı yetki ve m. 54/(ç)'deki savunma haklarına riayet gibi. Ayrıca MÖHUK m. 55'de, davalının tenfiz şartlarının bulunmadığını ileri sürerek tenfize itiraz edebileceği hükme bağlanmıştır.

Tenfiz şartları Kanunda tahdidî olarak sayılmıştır. Bu şartlar üzerinde tarafların tasarruf hakları bulunmadığı gibi mahkemece de değiştirilemez ya da genişletilemez. Ancak davacı, tenfiz talebinden feragat edebilir. Bunun dışında, tenfiz şartlarının varlığı hususunda taraflara ya da hâkime bir takdir hakkı tanınmamıştır<sup>22</sup>. Kanunda, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için aranan, “mahkeme kararı”, “kesinleşme”, “hukuk davalarına ilişkin olma” (MÖHUK m. 50), “karşılıklılık”, “münhasır yetki”, “hükümün kamu düzenine aykırı olmaması” şartları

<sup>21</sup> İspat yükü, objektif ve subjektif olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Objektif ispat yükü, davanın konusu oluşturan vakıaların ispat edilememesi halinde, sonuçlarına kimin katlanması gerektiğini gösterir: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 442. “İspatsızlık durumunda hâkim ispat yükü kendisine düştüğü halde bunu yerine getirmemiş olan taraf aleyhine hüküm verecektir (Objektif ispat yükü). Bu manada ispatsızlık durumu her yargılamada (araştırma prensibi de cari olsa) söz konusu olabilir”: YILDIRIM, s. 1304; UMAR/YILMAZ, s. 18. Subjektif ispat yükü (şekli ya da delil ikame yükü) ise, hangi tarafın delil ikame edeceğini belirler. Doktrinde delil ikame yükünün (subjektif ispat yükü), soyut ve somut olarak ikiye ayrılması savunulmaktadır. Soyut delil ikame yükü, mevcut bir davanın gidişatına bağlı olmaksızın, taraflardan birinin aleyhte bir kararla karşılaşmak tehlikesini engellemek üzere, belli bir koşul vakıa unsuru hakkında delil ikame etme yükü anlamında kullanılmaktadır. Somut delil ikame yükü ise, hâkimin vakıalar hakkında belli bir derecede bilgi sahibi olduğu bir davada, ikame edilen delillerin durumuna göre, taraflardan hangisinin delil ikame etmeye davet olunacağı ile ilgilidir. Somut delil ikame yükü, ispat yükü kuralları ile ilgili olmayıp, tamamen delillerin değerlendirilmesi faaliyetine bağlıdır. Soyut delil ikame yükü, kural olarak daima ispat yüküne bağlıdır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: ATALAY, s. 18 vd.

<sup>22</sup> ŞANLI, *Velayet*, s. 73; NOMER, *Gerekeçe*, s. 11.



(MÖHUK m. 54) kamu düzenini ilgilendirmektedir. Kamu düzenini ilgilendiren davalarda ise, taraflarca getirilme ilkesinin bir istisnası olan, re'sen araştırma ilkesi uygulanır<sup>23</sup>. Bu sebeple tenfiz davasının belirtilen şartları bakımından prensip olarak, re'sen araştırma ilkesi geçerlidir<sup>24</sup>.

Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, taraflardan birisine ispat yükünün yüklenip yüklenemeyeceği hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, taraflara bir ispat yükü yüklenemez. Çünkü, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hakîm kendiliğinden delil ikamesine karar verdiği ve araştırma yaptığı için, ispat yükü sorunu yoktur<sup>25</sup>. Diğer bir görüş ise, (objektif) ispat yükünün, hem taraflarca hazırlama ilkesi hem re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda uygulanacağını kabul etmektedir<sup>26</sup>. Çünkü, *“ispat yükü, yargısal faaliyetin türüne (çekişmeli veya çekişmesiz dava) ve yargılamada taraflarca hazırlama veya re'sen araştırma ilkesinin uygulanıyor olmasına bağlı olmaksızın her zaman mevcuttur ve değişmez. Zira her davada belirsizlik hali olabileceğinden, bu belirsizliğin kimin aleyhine sonuç doğuracağına ilişkin ispat yüküne dayanan karar da her davada verilebilecektir”*<sup>27</sup>.

Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, delil ikame yükü (sübjektif ispat yükü) için de doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, delil ikame yükü, ancak taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda geçerlidir. Çünkü, bu davalarda taraflar, hükmün temelini oluşturan vakıaları mahkemeye getirmelidir<sup>28</sup>. Diğer bir görüşe göre, delil ikame yükü, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda da uygulama alanı bulur. Çünkü bu tür davalarda hâkim, hem delil toplama hem de taraflara delil ikamesi konusunda emir verme yetkisini haizdir. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda

<sup>23</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 353; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 252–253.

<sup>24</sup> ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 194; NOMER, *DHH*, s. 507.

<sup>25</sup> TAŞPINAR, s. 169, dn. 234'de anılan yazarlar.

<sup>26</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 442; YILDIRIM, s. 1304; UMAR/YILMAZ, s. 18; ATALAY, s. 16.

<sup>27</sup> ATALAY, s. 16.

<sup>28</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 442–443.

da tarafların, ispat yükü kuralları sebebiyle aleyhlerine karar verilme riski bulunmaktadır. Dolayısı ile re'sen araştırma ilkesine tâbi davalarda da, delil ikamesi, taraflar için usulî bir yük olarak varlığını korumaktadır<sup>29</sup>.

Doktrinde, tenfiz şartlarının hâkim tarafından re'sen araştırılması zorunluluğundan hareketle, tenfiz davalarında taraflara bir ispat yükünün yüklenemeyeceği ileri sürülmektedir<sup>30</sup>. Ancak tenfiz davasında, davacının tenfiz şartlarının bulunduğunu; davalının ise, tenfiz şartlarının bulunmadığını ispat için gayret etmesinin doğal olacağı da vurgulanmaktadır<sup>31</sup>.

İspat yüküne ilişkin kuralların, genellikle maddî hukuka ait olduğu kabul edilmektedir<sup>32</sup>. Bir diğer görüş ise, ispat yükü kurallarının çoğunlukla maddî hukuk karakterli olduğunu kabul etmekle beraber, usul hukukuna ait kuralların da taraflara ispat yükü getirebileceğini ileri sürmektedir. Çünkü yalnızca maddî hukuk kurallarının değil, usul hukuku kurallarının da, şart (koşul) vakıalarının ispatı gerekebilir ve bu ispatın da, o usul kuralına dayanan (HMK m. 190) tarafa ait olur. Buna göre, ispat yükünün kimde olduğunu, usul kuralı tayin eder<sup>33</sup>.

Tenfiz davalarında ispat yükünün tespitinde, yukarıdaki görüşler dikkate alınarak bir sonuca varılması gerekir kanaatindeyiz. Tenfiz davalarında ispat yükünün, Medenî Kanun ya da diğer maddî hukuk kurallarından hareketle tespit edilebileceği düşünülürse de<sup>34</sup>, bu kaidelerin

<sup>29</sup> ATALAY, s. 22.

<sup>30</sup> NOMER, *DHH*, s. 507.

<sup>31</sup> DEMİR GÖKYAYLA, s. 268.

<sup>32</sup> ATALAY, s. 14; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 443; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 310; TAŞPINAR, s. 172. İspat yükünün hukukî niteliği ve hangi hukuk dalına ait olduğu konusunda doktrindeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: TAŞPINAR, s. 168 vd.

<sup>33</sup> UMAR/YILMAZ, s. 10.

<sup>34</sup> Doktrinde, tenfiz davalarında, ispat yükünün Medenî Kanun m. 6 gereğince kural olarak davacı olduğu ancak tenfiz şartlarının bir kısmı, davacı tarafından ispat edilmesine ihtiyaç olmayan ve hâkimin değerlendireceği hukukî sebepler olması sebebiyle, bu konularda hâkimin re'sen araştırma görevinin bulunduğu belirtilmiştir. Yine de bu şartların tespitine imkân verecek delillerin davacı tarafından mahkemeye sunulması gerektiği de ayrıca ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: TİRYAKİOĞLU, s. 89–90.

daha çok Türk mahkemelerinde görülmekte olan ihtilâfların çözümünde uygulanabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Tenfiz davalarında, maddî hukuktan kaynaklanan bir ihtilâf bulunmamaktadır. Kanaatimizce, tenfiz davalarında, ispat yükünün kimde olduğu ve dolayısı ile belirsizlik riskinin kimin üstleneceğinin maddî hukuk kurallarına göre tespiti mümkün değildir. Çünkü tenfiz davasında uyuşmazlık, yabancı mahkemede çözümlenmiştir. Bu sebeple, maddî hukuk kurallarının, tenfiz davasında bir etkisinin olmaması gerektiği kanaatindeyiz. Üstelik doktrinde, ispat yüküne ilişkin kuralların, maddî hukuka ait olduğuna dair baskın görüş de dikkate alındığında, bu kurallara göre, tenfiz davalarında taraflardan birisine ispat yükünün yüklenmesi mümkün değildir. Çünkü tenfiz şartlarını düzenleyen kurallar, usul hukukumuzun bir parçasını oluşturan milletlerarası usul hukukuna aittir<sup>35</sup>.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında, re'sen araştırma ilkesi uygulanması sebebiyle taraflardan birine ispat yükünün yüklenemeyeceği kabul edilse bile, tenfiz şartlarının varlığı ya da tenfiz şartlarına aykırılık konusunda bir belirsizlik söz konusu olduğunda, bu belirsizliğin kimin aleyhine sonuç doğuracağına bilinmesi de bir zarurettir. Tenfiz şartlarındaki belirsizliğin, kimin aleyhine sonuç doğuracağı, tenfizi düzenleyen kurallara göre belirlenmelidir.

Kanaatimizce, tenfiz davalarında bu hukukî durum, iki şekilde nitelendirilebilir. Birincisi, usul hukukuna ait kuralların da, taraflara ispat yükü getirebileceğini ileri süren görüşün kabul edilmesidir<sup>36</sup>. Çünkü netice itibarıyla tenfize ilişkin kurallar, usul hukukumuzun bir parçasıdır. O halde, tenfiz kurallarındaki koşul vakıaların ispatsızlığına kimin katlanacağı, bu kurallara göre tespit edilmelidir. Bu yorum kabul edildiğinde, tenfiz davalarında taraflara ispat yükünün yüklenebileceği de kabul edilmiş olmaktadır.

İkincisi, tenfiz davasındaki hukukî durumun, taraflara ispat yükünün yüklenmediği, ancak tenfiz şartlarındaki belirsizliğin riskine hangi tarafın katlanacağını gösteren soyut delil ikame yükü olarak kabul edilmesidir. Soyut delil ikame yükü, kural olarak ispat yüküne bağlıdır. Ancak bağımsız bir delil ikame yükü de söz konusu olabilir (HMK m. 121, 129 II gibi). Doktrinde bir görüşe göre, MÖHUK m. 2/T'deki hük-

<sup>35</sup> NOMER, *DHH*, s. 362.

<sup>36</sup> Bkz: Yukarıda dn. 33.

mün, taraflara bir ispat yükü yüklediği ancak yabancı hukuk kuralının içeriğinin tespiti için, hâkimin tarafları *delil ikamesine* davet edebileceğinin düzenlendiği ifade edilmektedir. Yabancı hukuk kuralının belirsiz kalması durumunda hâkim, o hukuk kuralına dayanan tarafın davasını ispat yüküne dayanan bir kararla sona erdiremez. Ancak taraf delil ikame yükünü yerine getirmediği için, bunun usulî sonuçlarına katlanmak zorunda kalır ve Türk kanunlarına göre bir karar verilir<sup>37</sup>. Yine doktrinde tenfiz davasındaki hukukî durum, yabancı hukukun muhtevasının tespitindeki taraflara yüklenen *yardım mükellefiyetine* (MÖHUK m. 2/I) benzetilmektedir<sup>38</sup>. O halde, tenfiz davasında, tenfiz kurallarının belirlediği ve belirsizliğin riskine kimin katlanacağını gösteren soyut delil ikame yükünden bahsetmek yerindedir. Taraflara yüklenen soyut delil ikame yükü, hâkimin tenfiz şartlarını re'sen araştırma yükümlülüğünü de ortadan kaldırmamaktadır. Ancak yargılama sırasında ortaya çıkan duruma göre hâkim, somut delil ikame yükünü belirleyebilir ve taraflardan birine yükleyebilir. Bu anlamda somut delil ikame yükü, taraflar arasında değişebilmektedir. Kanaatimizce bu yorum, daha tercihe şayan gibi görünmektedir.

Kanunda, tanıma ve tenfiz davasının açılabilmesi için, özel bir dava şartı getirilmiştir. MÖHUK m. 53'de tenfiz talebini içeren dilekçeye, *yabancı mahkeme ilâmının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı veya ilâmi veren yargı organı tarafından onanmış örneği ve onanmış*

<sup>37</sup> ATALAY, s. 19–20.

<sup>38</sup> NOMER, *DHH*, s. 507. Yabancı hukuku uygulamak zorunda olan hâkim, kural olarak yabancı hukukun muhtevasını re'sen tespit etmek zorundadır. Ancak hâkim, yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir (MÖHUK m. 2/I). Burada taraflara yüklenen bir yardım mükellefiyeti söz konusudur. Taraflara yüklenen yardım mükellefiyeti, hâkimin yabancı hukukun muhtevasını re'sen tespitine engel olmaz. Yabancı hukuk tespit edilemez ise, taraflara yüklenmiş olan yardım mükellefiyetinin müeyyidesi, yabancı hukukun tatbik edilememesidir. Yabancı hukukun uygulanmasında taraflara yüklenen yardım mükellefiyeti ile usul hukukundaki ispat yükü birbirine karıştırılmamalıdır. Kendisine ispat yükü düşen taraf, iddiasına mesnet teşkil eden vakıayı ispat edemediği takdirde, artık ondan bir hukukî netice çıkarmak hakkını kaybeder. Hâlbuki m. 2'de sözü edilen yardım mükellefiyeti, hâkime yabancı hukukun bilinmesinde bir yardım temin etmekten ibarettir. Hâkim bütün imkânlarla rağmen yabancı hukukun muhtevasını tespit edemez ise, yabancı hukukun uygulanması, onun uygulanması lehine olan tarafın yardımına bağlı kalmaktadır. Taraf da bu yardımı yapmaz ise, yabancı hukukun uygulanamaması sonucuna katlanacaktır: NOMER, *DHH*, s. 191. Farklı görüş için bkz: ATALAY, s. 19–20.

*tercümesi ile ilâmın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesinin eklenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.* Türk hukukunda benimsenen *exequatur* sistemi de göz önüne alındığında, tenfiz davalarında bu belgelerin varlığı, davanın esastan görülebilmesi ve tenfiz kararı verilebilmesi için zorunludur. Bu yükümlülük elbette ki, yabancı ilâmın tenfizini talep eden davacıdır. Bu belgelerin mahkemeye ibrazı ile birlikte bazı tenfiz şartlarının (kesinleşme, özel hukuka ilişkin olma, mahkeme kararı gibi) tespiti mümkün olabilmektedir. Davacı bu şartı yerine getirmez ise, davanın usulden reddedilmesi söz konudur<sup>39</sup>.

MÖHUK m. 55/II gereğince davalı, tenfiz şartlarının bulunmadığı veya yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirildiği yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıktığını ileri sürerek tenfize itiraz edebilir.

Tenfizin ön şartlarından kabul edilen yabancı ilâmın, hukuk davasına ilişkin ve mahkemeden verilmiş olma şartı ile tenfizin aslî şartlarından olan karşılıklılık<sup>40</sup>, münhasır yetki ve kamu düzenine ilişkin şart-

<sup>39</sup> HMK'da dava şartları, madde 114'de sayılmıştır. Aynı Kanununun 115/II. maddesinde, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise, bunun tamamlanması için kesin süre verileceği ve bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse, davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedileceği hükme bağlanmıştır. HUMK döneminde ise, dilekçeye eklenecek belgelerde eksiklik bulunması ve davalının da ilk itiraz olarak ileri sürmediği durumlarda (HUMK m. 187/VII), Yargıtay, hâkimin davalıya (HUMK m. 180/II) uygun süre vermesi gerektiğine karar vermekte idi: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 26.02.1998 tarihli, E. 1998/414, K. 1998/2234 sayılı kararı: DOĞAN, İ., s. 270. Başka kararlar için bkz: Aynı eser, s. 276, s. 314, s. 323. Ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir kararında, MÖHUK m. 53'de aranan belgelerden birisi olan kesinleşme şerhinin bulunmamasını, yabancı ilâmın kesinleştiğinin başka bir şekilde tespit edilmesi halinde, tenfize engel bir sebep olarak kabul etmemiştir. Karara konu olayda, tanınması talep edilen yabancı boşanma ilâmının, kararın verildiği ülkedeki nüfus kayıtlarına işlenmiş olmasını yeterli görmüştür: Yargıtay 2. H.D. T. 27.05.2009, E. 2009/926, K. 2009/10130.

<sup>40</sup> Karşılıklılık şartının tespiti bakımından, yabancı ilâmın verildiği ülke ile Türkiye arasında bir milletlerarası sözleşmenin bulunması ya da o ülke hukukunda bir kanun hükmünün bulunması, bu şartın yerine geldiği hususunda davacı lehine bir karine olarak kabul edilmektedir. Ancak bu halde davalı, ahdi ve kanunî karşılıklılığa rağmen Türk mahkemesinden verilmiş kararların o ülkede tenfiz edilmediğini ispat etmekle yükümlü olabilecektir: SARGIN, s. 355.

lar, mahkeme tarafından re'sen araştırılacaktır. Ancak aynen yabancı hukukun muhtevasının tespitinde olduğu gibi, hâkim, tenfiz şartlarının varlığı ya da yokluğu hususunda tarafları delil ikamesine davet edebilir. Delil ikamesi yükünü yerine getirmeyen taraf, bunun usulî sonuçlarına katlanmak zorunda kalır. Örneğin, tenfiz şartlarından karşılıklılığın re'sen tespit edilememesi halinde hâkim, yabancı ilâmı veren ülke ile Türkiye arasında fiilî bir karşılıklılığın bulunduğu davacı tarafından ispatına davet edebilir. Eğer davacı, fiilî karşılıklılığın bulunduğunu ispat edemez ise, davanın reddi sonuca katlanmak zorunda kalacaktır. Yine eğer davalı, yabancı mahkemede adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği gerekçesi ile yabancı ilâmın kamu düzenine aykırı olduğu iddiasında buluyor ve bu husus karardan da anlaşamıyor ise, hâkim davalıyı bu konuda delil ikamesine davet edebilmelidir. Eğer davalı bu konuda bir delil ikame edemez ise, sonuçlarına katlanmak zorunda kalacaktır.

Davalı, hâkimin re'sen gözetmesi gerekmeyen tenfiz şartlarından birine itiraz etmiş ise, ispat yükünün davalıda olduğu kabul edilebilir. Buna göre davalı, tenfiz talebine karşı, MÖHUK m. 54/(b)'deki aşırı yetki itirazında bulunuyor ya da MÖHUK m. 54/(ç) gereğince dava hakkında bilgilendirilmediğini ve davada temsil edilmediğini ya da hukuka aykırı bir şekilde gıyabında karar verildiğini ileri sürerek tenfize karşı çıkıyorsa, ispat veya delil ikame yükünün davalıda olduğu kabul edilebilir. Ancak MÖHUK m. 54/(ç)'deki şart bakımından davalıdan menfi bir durumun ispatı istenemeyeceğinden, bunların aksini ispat davacıya düşer<sup>41</sup>. Bununla birlikte, davalıya tebligatın yapıldığı

<sup>41</sup> ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 212. Menfi bir durumun ispatındaki zorluk dolayısıyla ispat külfetinin yer değiştirebileceği ancak bunun için, ispatın imkânsız veya son derece zor olması, yer değiştirmenin karşı taraf için haksızlık teşkil etmemesi, uygulanacak hükmün lâfzı ve ruhunun bu değişime müsait olması gibi şartlar aranmaktadır: YILDIRIM, s. 1302. Yargıtay da, davalının MÖHUK m. 54/(ç) göre tenfize karşı çıkması halinde, davalıya usulüne uygun tebligat yapıldığı davacı tarafından ispat edilmesi gerektiğine karar vermektedir. “Buna göre, yabancı mahkemeye, hüküm kendisine karşı tenfiz ve tanıma istenen kişinin yokluğunda verilmiş ise, bu kişinin hükme veren mahkemeye usulüne uygun şekilde çağrılmış olması veya o mahkemede temsil edilmiş olması, **bunun da kararda belirtilmiş bulunması** zorunludur. Tanınması istenen, tarafların boşanmalarına dair Hollanda Hertoebosch Hukuk mahkemesinin 10.08.2007 tarihli kararında; ‘davalı A.S.’nin adresi gösterilmemiş, ismi karşısında dahili ve harici ikametgâhının bilinmediği’ yazılmış karar davalının yokluğunda verilmiştir. Davalının hükmü veren mahkemeye o yer

ya da yapılmadığı ya da kararın davalının gıyabında verildiği yabancı ilâmdan da anlaşılabilir. Davalı tarafından ileri sürülen ve savunma haklarına uyulmadan karar verildiğine dair itirazın karardan anlaşılması halinde, bunun aksini iddia eden davacı, davalının yabancı mahkemede savunma hakkını kullanabildiğini ispat etmekle yükümlüdür<sup>42</sup>. Tenfiz davası sonunda, gerek hâkim tarafından yapılan araştırmalar neticesinde gerekse tarafların ikame ettiği deliller ile tenfiz şartlarının varlığı tespit edilemez ise, tenfiz talebinin reddine karar verilmesi gerekecektir.

Davalı, MÖHUK m. 55/II gereğince, yabancı ilâmın kısmen ya da tamamen yerine getirdiğini yahut yerine getirilmesine engel bir sebep olduğunu ileri sürerek tenfize itiraz ediyorsa, davalı bu hususları ispat etmelidir. Davalı ilâmda hükmedilmiş olan alacağın bir kısmının ya da tamamının ödenmesi amacıyla bir ifade bulunmuş ise, davalı bu ödemeyi ispat ederek tenfiz talebine karşı çıkabilir. İlâmda yer alan hükümlerin yerine getirilmesi amacı dışında yapılmış olan ödemeler ya da yabancı mahkeme tarafından itibar edilmeyen ödemeler sebebiyle tenfize itiraz edilemez<sup>43</sup>.

## B. Deliller

Türk hukukunda serbest delil sistemi geçerlidir<sup>44</sup>. Bu sisteme göre, kanunda sayılmasa da her şey delil olarak kullanılabilir<sup>45</sup> (HMK m. 192).

---

*kanunları uyarınca usulüne uygun bir şekilde çağrıldığı kararda belirtilmediği gibi, buna ilişkin belge de davacı tarafından sunulmamıştır. Dosyaya sunulan belgelerden, boşanma davasının Hollanda'da, 16.04.2007 tarihinde açıldığı, davalının ise 1.6.2006 tarihinde Türkiye'ye giriş yaptığı, bu tarihten beri Ankara'da ikamet ettiği, adresinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Kendisine karşı tanıma istenen davalının hükmü veren mahkemeye o yer kanunları uyarınca usulüne uygun şekilde çağrılmamış olması, tanımaya engeldir. Bu husus gözetilmeden, isteğin reddi yerine yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır. 2. HD. 08.04.2009 T, E. 2009/532, K. 2009/6718": DOĞAN, s. 107, dn. 36; 2. HD. T. 04.10.2005, E. 2005/10735, K. 2005/13428: DOĞAN, İ., s. 355.*

<sup>42</sup> SARGIN, s. 356.

<sup>43</sup> NOMER, DHH, s. 509.

<sup>44</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 471; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 297.

<sup>45</sup> HUMK'da bir delil listesinin bulunmadığı, delillerin kanunda belirtilenlerden ibaret olmadığı, akli ve mantıkî olmak kaydı ile her şeyin delil olabileceği hakkında bkz: KONURALP, *Yazılı Delil Başlangıcı*, s. 27–28.

Buna göre, Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan delillere de başvurulabilir. Yine Kanunda belirtilen istisnalar dışında, hâkim, delilleri serbestçe takdir eder (HMK m. 198). Kanunda belirtilen istisnaların en başında ise, senetle ispat zorunluluğu gelmektedir (HMK m. 200). Yine ikrar, resmî sicil ve senet ile ispat ve bazı kanunlarda özel olarak sayılan haller, hâkimin delilleri serbestçe takdirinin istisnaları olarak sayılmaktadır<sup>46</sup>. Bu gibi durumlarda kesin olmayan bir delilin ispat aracı olarak kullanılmasına izin verilmez. Bu istisnâî durumlar dışında deliller, hâkim tarafından serbestçe değerlendirilir<sup>47</sup>. Delil konusunda bir sınırlama yoksa, kesin olmayan delillerin takdirini, delillerin gerçeği gösterip göstermediklerini, hâkim, vicdanî kanaatine göre serbestçe tayin eder<sup>48</sup>.

Tanıma ve tenfiz şartlarının ispatı bakımından Kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi<sup>49</sup> tenfiz ile ilgili bazı kararlarında, tanıma ve tenfiz şartlarının tespitinin, ancak tenfizi istenen yabancı ilâm üzerinden yapılması gerektiğine karar vermektedir. Yargıtay, yabancı ilâm dışında başka delillere dayanarak tenfiz şartlarının araştırılmasını Kanuna ve revizyon yasağına aykırı saymaktadır.

Öncelikle tanıma ve tenfiz davalarında kanaatimizce, MÖHUK'ta aksine bir hüküm bulunmadığı (HMK m. 192) ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi esas çerçevesinde, her türlü delilin ileri sürülebilmesi gerekir<sup>50</sup>. Çünkü, HMK m. 200'de öngörülen senetle ispat zorunluluğu, hukukî işlemler bakımından uygulanabilecek bir düzenlemedir. Tenfiz

<sup>46</sup> Kanunun öngördüğü istisnalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: KONURALP, *İspat Kuralları*, s. 45.

<sup>47</sup> KONURALP, *İspat Kuralları*, s. 46.

<sup>48</sup> KONURALP, *Yazılı Delil Başlangıcı*, s. 26.

<sup>49</sup> Yargıtay 11. H. D., T. 31.3.2009, E. 2007/9117, K. 2009/3863, sayılı kararı; Yargıtay 11. H. D., T. 6.7.2010, E. 2008/12796, K. 2010/7975, kazancı.com, (02.02.2011). Ayrıca dn. 20'de anılan kararlar.

<sup>50</sup> “Buna göre, HUMK m. 287 c. 1; ispat konusu bakımından kanunilik esasını belirleyen bir hükümdür. Ancak gene bu hüküm, kanunî delil sisteminin katı bir biçimde kabul edilmediğini göstermektedir. Gerçekten anılan hükme göre, kanunun gösterdiği hususlar başka suretle ispatlanamaz. Yoksa, diğer hallerde yani kanunun açıkça düzenlemediği hallerde her türlü delil geçerli olabilir”: KONURALP, *Yazılı Delil Başlangıcı*, s. 24.



şartları ise, HMK m. 200 anlamında birer hukukî işlem değildir. Kaldı ki, tanıma ve tenfiz şartlarının tespitinin ancak tenfizi istenen yabancı ilâm üzerinden yapılması gerektiğine dair Yargıtay kararları, serbest delil sisteminin sınırlandırılmasından ziyade revizyon yasağının ihlâli gerekçesine dayanmaktadır.

Tanıma ve tenfiz şartlarına aykırı her hâlin ve durumun, yabancı mahkeme kararından anlaşılabilmesi mümkün değildir. Örneğin tenfizin şartlarından birisi olan karşılıklılığın tespiti, yabancı ilâmdan anlaşılabilir. Yargıtay kararlarında, karşılıklılık şartının tespiti için, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünden sorulması gerektiğine karar verilmektedir<sup>51</sup>. Ayrıca mahkemece re'sen yapılan bu araştırmaya ilaveten, karşılıklılık şartının varlığını ya da yokluğunu ileri süren taraf da, her türlü delil ile iddiasını ispat edebilmelidir. Örneğin yabancı ülkede Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfiz edildiğini ya da edilmediğini gösteren kararlar, mahkemeye delil olarak sunulabilmelidir<sup>52</sup>.

Hile sebebiyle yabancı ilâmın kamu düzenine aykırı olduğu iddiası da, her türlü delil ile ispatlanabilmelidir<sup>53</sup>. Örneğin, davalı kadına usulüne uygun olarak tebligat yapılmasına rağmen, davacı kocanın, kadını hile (tehdit ve cebir vs.) ile kandırarak davayı takip etmemesini sağlaması ile elde edilen yabancı ilâmın tanınması ya da tenfizi söz konusu olduğunda, tenfize konu karardan, bu hilenin anlaşılabilmesi mümkün değildir<sup>54</sup>. Yine tenfizi istenen ilâmın içeriğine göre, davalının

<sup>51</sup> Yargıtay 11. H.D., T. 02.03.2007, E. 2007/1335, K. 2007/3308: DOĞAN, İ., s. 332.

<sup>52</sup> Karşılıklılığın hakim tarafından re'sen tespit edilmesi gerektiği hakkında bkz: TİRYAKİOĞLU, s. 90; GİRAY, s. 284. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 02.03.2007 tarih ve E. 2007/1335, K. 2007/3308 sayılı ilâmı: DOĞAN, İ., s. 332.

<sup>53</sup> ÇELİKEL/ERDEM, s. 617; DEMİR GÖKYAYLA, s. 24. Doktrinde, usul hukukundan kaynaklanan hilenin bağımsız bir tanıma ve tenfiz engeli olması gerektiği savunulmaktadır: SARGIN, s. 357.

<sup>54</sup> New York mahkemesinde *Tamimi v. Tamimi* davasına konu olayda, Tayland mahkemesinde boşanma davasında davalı kadına usulüne uygun olarak tebligat yapılmış ancak davacı koca kadına, kendisi ile İngiltere'ye dönmesi halinde davadan vazgeçeceğini söylemiş ve davalı kadın da, bu duruma inanarak davaya cevap vermeksizin, İngiltere'ye dönmüştür. Davacı koca, Tayland'daki davaya devam etmiş ve mahkeme boşanma kararı vermiştir. New York mahkemesi, bu kararın kocanın hileli davranışları sonucunda

savunma haklarına riayet edilmiş olarak görünse de, gerçekte mahkemenin tarafsız olmaması, davalıya karşı herhangi bir sebepten dolayı ayrımcılık uygulanması gibi sebepler ile adil yargılama ilkesinin ihlâl edildiği durumlarda<sup>55</sup>, yabancı ilâmın MÖHUK m. 54/(c) ve (ç) bentleri gereğince tenfizi mümkün değildir. Üstelik bu gibi durumların ispatı için, yabancı ilâmın yanında her türlü delilin ileri sürülebilmesine imkân ve izin verilmelidir. Çünkü bu tür tanıma ve tenfiz şartlarına aykırılıklar, yabancı ilâmdan anlaşılabilir<sup>56</sup>.

Tenfiz davalarında, yabancı mahkeme kararının dışında başka hususların da dikkate alınabileceğine ilişkin olarak ABD’de *Bridgeway v. Citibank* davası örnek olarak gösterilebilir. New York mahkemesi *Bridgeway v. Citibank* davasında, tenfiz talebini, tamamen karar dışındaki unsurları dikkate alarak, yabancı yargılama sürecinin bağımsız ve adil olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir<sup>57</sup>. New York mahkemesi, yabancı ülkede iç savaşın olmasını, anayasanın askıya alınması sebebiyle adliyenin tam olarak çalışmamasını ve ülke genelinde yolsuzluk ve rüşvet olaylarının yaygınlaşmasını gerekçe göstererek, yabancı

---

alındığını ve bundan dolayı New York’ta tenfizinin mümkün olamayacağına karar vermiştir. Karar için bkz: ÇALIŞKAN, dn. 36 civarı. Bir başka davada New York mahkemesi, Türk mahkemesinde, evlât edinmenin, evli olmasına rağmen evli olmadığı şeklinde beyanda bulunması ve bu durumun da tarafların esasa ilişkin vakıalar konusunda hileli davranışı olarak değerlendirilmesi sebebiyle, evlât edinmeye ilişkin Türk mahkemesinin kararının tanınmasını kamu düzenine aykırı saymıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz: ÇALIŞKAN/GÜVERCİN ŞAHAN, s. 424.

<sup>55</sup> 30 Haziran 2005 tarihli Yetki Anlaşmasına Dair La Haye Sözleşmesi için aynı görüşte bkz: TANRIBİLİR, s. 321 vd.

<sup>56</sup> Alman hukukunda, yabancı mahkemede ileri sürülmeyen bir usulî itirazın, tenfiz talebinin reddi için bir sebep oluşturmayacağı kabul edilmektedir: MAGNUS/MANKOWSKI/FRANCQ, s. 568. İngiliz hukukunda da, yabancı mahkemede ileri sürülmeyen itirazların, tenfiz davasında ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir: FAWCETT/CARRUTHERS/NORTH, s. 371.

<sup>57</sup> New York hukukunda tanıma şartlarından birisi de, yabancı mahkemenin, tarafsız (*impartial*) ve adli usullere uygun (*due process of law*) bir yargılama sonucunda karar vermesidir. (New York *Civil Practice Law and Rules*, Art. 53, <<http://public.leginfo.state.ny.us>>), (02.02.2011). “*Due process of law*” kavramının ABD hukukundaki anlamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: ALTIPARMAK, s. 219 vd.

mahkemenin bağımsız olamayacağına ve bu sebeple tenfiz talebinin reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> Karara konu olayda, *Bridgeway* şirketi, paralarını ve menkul kıymetlerini Monrevio'da bulunan *Citibank*'ta yatırmış ve *Citibank* 1991 yılında bu ülkedeki şubesini, ülkede başlayan iç savaş gerekçesi ile kapatmaya karar vermiştir. Bunun üzerine *Citibank*, Liberya'da bankalar üzerinde de yetkisi bulunan Merkez Bankasının onayladığı bir tasfiye planı hazırlamıştır. Bu tasfiye planı çerçevesinde *Citibank* kendisine yatırılan bütün mevduat ve fonları Merkez bankasına devretmiştir. Merkez Bankası da bu değerleri, yine kendisi tarafından *Citibank* yerine bütün ödemeleri yapması için yetkilendirilen bir başka Liberya bankasına (*Meridien Bank Liberia Limited*) devretmiştir. Kanunî süresi içinde, *Citibank*'a yatırılan bütün mevduat ve fonların, *Meridien* bankası tarafından tasfiye amaçlı ödemesi yapılamamıştır. Bunun üzerine yine Liberya hukuku gereği mevduat ve kıymetler *Meridien* bankası tarafından Merkez bankasına devredilmiştir. *Citibank*'ın tasfiye sürecinde ve iç savaşın devam ettiği bir sırada *Bridgeway* şirketi, *Citibank*'tan mevduatının ABD doları olarak ödenmesini talep etmiştir. *Citibank* ise, bu talebi reddetmiştir. *Bridgeway* şirketi 21 Ekim 1992 yılında *Citibank* aleyhine, yatırdığı paraların ABD doları olarak kendisine ödenmesi için dava açmıştır. İlk derece mahkemesi, ödemenin Liberya ya da ABD doları olarak yapılabilceği, bu konuda davalı bankanın bir seçim hakkı olduğu, neticede ödenen meblağında aynı değerde olduğu gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Liberya temyiz mahkemesi, kararı bozmuş ve davalı bankanın *Bridgeway*'in mevduatının ABD doları ödemesi gerektiğine karar vermiştir. *Citibank*'ın bu karara itirazı, oybirliği ile reddedilmiştir. *Citibank*, aynı alacak için iki defa ödeme yapmak mecburiyetinde olması sebebiyle birkaç kez Merkez Bankasından kararın yerine getirilmesini talep etmiştir. Bu kararın yerine getirilmemesi halinde de, tasfiye planı çerçevesinde Merkez Bankasına depo edilen davacının fonlarının iadesini talep etmiştir. *Citibank*'ın bu talepleri reddedilmiştir. *Bridgeway*, kararın tenfizi için New York mahkemesine müracaat etmiştir. *Citibank* ise, New York hukukunun aramış olduğu tenfiz şartlarından olan tarafsız ve adli usullere uygun yargılama şartlarına aykırılıktan dolayı davanın reddini talep etmiştir. New York mahkemesi ise, davanın devam ettiği süreçte Liberya'da bir iç savaş başlamasını, bu sebeple ülkenin, ayrılıkçıların sebebiyet verdiği bir kaostan içinde olmasını ve Anayasanın askıya alınmasını, yaklaşık 200.000 sivilin hayatını kaybetmiş, bir milyondan fazla kişinin evsiz kalmış ve 750.000 Liberyalının, sığınacak bir ülke bulmak için ülkeyi terk etmiş olmasını gerekçe göstermiştir. Böyle bir ortamda adli sistemin düzgün, adil ve tarafsız işlediğini düşünmek kolay değildir. Yine, 1986 tarihli Anayasa askıya alındığı için, usule ilişkin hükümlerin uygulanmadığı da belgelenmiştir. Bunun sonucu olarak da, mahkemeler ve hâkimler, iç savaşta savaştan tarafların liderlerinin ve resmî görevlilerin politik ve sosyal etkileri altında karar vermişlerdir. Liberya adli sistemi, bu süreç içinde bağımsız olarak görevini ifa edememiştir. Ayrıca mahkemeler aleni bir şekilde faaliyetle-

Yukarıda açıklamalardan sonra kanaatimizce, yalnızca tenfiz şartlarına münhasır olmak ve içeriği tetkik yasağını ihlâl etmemek kaydı ile tenfiz şartlarının varlığını ya da yokluğunu ileri süren taraf, bu iddiasını her türlü delil ile ispat etme imkânına sahip olmalıdır. Ancak mahkeme, ileri sürülen iddianın tenfiz şartlarına bir etkisi bulunmadığı kanaatinde ise, iddianın ispatına matuf delillerin toplanmasına da gerek duymayacaktır. Örneğin tenfiz davasında davalı, yabancı mahkemede avukatının kendisini layığıyla temsil etmediğini ya da avukatının görevini ihmal etmesi sebebiyle savunma hakkını kullanamadığını iddia ederek tenfiz talebine karşı çıkıyor ve bu iddiası için tanık dinletme talebinde bulunuyor olabilir. Mahkeme davalının bu iddialarının tenfiz şartlarına bir etkisi olmayacağını düşünüyor ise, tanık dinletme talebinin reddine karar verebilecektir<sup>59</sup>. Yine kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilen, yabancı ilâmın hile ile elde edilmesi<sup>60</sup>, hâkimin kendi ya da çok yakın akrabalarının davasına bakması<sup>61</sup>, yabancı ilâmda iade-i muhakeme sebeplerinden birisinin bulunması<sup>62</sup>,

---

rini devam ettirememişlerdir. Rüşvet, yolsuzluk ve yetkisiz görülen davaların yaygınlığı sebebiyle tarafların usulî hakları genellikle ihmal edilmiştir. İç savaş sırasında adil yargılama usulünün gereklerinin hiçbirisine uyulmamıştır. Bu sebeplerle tenfiz talebi reddedilmiştir. Karar için bkz: BORN/RUTLEDGE, s. 1076–1078. Münferit bir yargılama ve karar yerine, yabancı hukuk sisteminin bir bütün olarak değerlendirilerek, yabancı ilâmın tarafsız ve adil olmayan bir yargı süreci neticesinde verildiğinin kabulünün haksız olduğu itirazları da yapılmıştır: BORN/RUTLEDGE, s. 1080.

<sup>59</sup> “Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davalının yabancı mahkemeye usulüne uygun davet edilmiş bulunmasına ve avukatının yabancı mahkemede yargılama şurasında savunmadaki ihmali 2675 Sayılı Kanunun 38/d maddesine gösterildiği biçimde mahkemede temsil edilmediğini kabule elverişli olmadığına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA... oyçokluğuyla karar verildi”: Yargıtay 2. H.D., T. 12.4.2000, E. 2000/2634, K. 2000/4605 sayılı kararı. Medenî usul hukukunda davanın ancak çözümüne etki edecek olayların ispatı cihetine gidilmesi gerektiği, dava etkisi olmayan ya da diğer bir ifade ile hukukun bir sonuç bağlamadığı hukukî olayların ispatına ve dolayısı ile ispat yükünün tahkik ve tespitine gerek olmadığı kabul edilmektedir. Çünkü gereksiz ispat işlemleri ile muhakemenin uzamasına izin verilmemelidir. Bu usul ekonomisinin bir gereğidir: UMAR/YILMAZ, s. 25.

<sup>60</sup> GÜRZUMAR, s. 49; ÇELİKEL/ERDEM, s. 617; AYBAY/DARDAĞAN, s. 257; GÖKYAYLA DEMİR, s. 305; SARGIN, s. 357.

<sup>61</sup> ÇELİKEL/ERDEM, s. 616.

<sup>62</sup> ÇELİKEL/ERDEM, s. 616.

tatbik edilen usul kurallarının Türk usul prensiplerine aykırı olması<sup>63</sup>, yabancı ilâmda ödemesine karar verilen cezaî şartın Türkiye’de borçlunun ekonomik olarak mahvolsına, ticarî hayatının sona ermesine sebebiyet vermesi<sup>64</sup>, taraf aleniyeti ilkesinin ihlâl edilmesi<sup>65</sup>, süresi içinde verilen dilekçelerin kabul edilmemesi, özellikle sözlü yargılamanın geçerli olduğu hallerde mahkemenin dilini bilmeyen kimselerin tercüman talebinin reddedilmesi gibi hususlar, her türlü delil ile ispat olunabilmelidir. Tanıma ve tenfiz şartların varlığı ya da yokluğu iddialarının tespitini, yalnızca yabancı mahkeme kararından anlaşılabilir olacak hususlara inhisar ettirmek, tenfiz şartlarına aykırı bazı yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin imkânına izin vermek anlamına gelebilecektir.

Yine davalının itirazına bağlı olan aşırı yetki itirazının değerlendirilmesi de, karar dışı vakıaların ispatına bağlı olabilir. Yabancı kararı veren mahkeme ile ihtilâf ve taraflar arasında mahkemenin yetkisini haklı gösterecek bir bağın bulunmadığı da her türlü delil ile ispat olunabilmelidir. Örneğin tarafların yerleşim yerlerinin ya da iş yerlerinin bulunduğu yeri gösteren resmî belgeler, ifa ve ika yerine dair bilgi ve belgeler, bu şartın değerlendirilmesinde dikkate alınabilmelidir.

### C. Deliller ve Revizyon Yasağı

Tanıma ve tenfiz davalarına, revizyon yasağı (*revision au fond yasağı=içeriği tetkik yasağı*)<sup>66</sup> ilkesi hâkimdir. Bu sebeple tenfiz hâkimi, yabancı mahkemede uygulanan usul hukuku kurallarını, vakıaları, delilleri, ihtilâfa uygulanan maddî hukuk hükümlerini inceleme konusu yapamaz. Bu amaçla ne bir belge ibraz edilebilir ne de bir şahit dinlenebilir<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> NOMER, *DHH*, s. 496.

<sup>64</sup> DEMİR GÖKYAYLA, s. 190.

<sup>65</sup> Aleniyet ilkesi, sadece ilgililerin davadan haberdar edilmesini değil, mahkeme tutanaklarının görülebilmesini, bilirkişilerin inceleme yerinin bildirilmesini, dava dosyasının taraflarca ve vekillerince incelenebilmesini ve duruşma tutanaklarının suretlerinin alınabilmesini de içermektedir: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 273 ve 280.

<sup>66</sup> Revizyon yasağı “bir hükmün değerinin, vakıaların takdiri ve hukuk kurallarının uygulanması bakımından kontrol edilmesidir” şeklinde tanımlanmaktadır: DEMİR GÖKYAYLA, s. 74.

<sup>67</sup> NOMER, *DHH*, s. 488.

Türk doktrininde tenfiz şartlarının tespiti amacıyla, özellikle de kamu düzenine aykırı olmama şartının tespiti için, kararın içeriğine bakılıp bakılamayacağı hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, Kanundaki “**hükmün kamu düzenine açıkça aykırı olmaması**” ifadesinden hareketle, kamu düzenine aykırılığın yabancı mahkeme kararının hukukî sonuçlarına göre tespit edilebileceği savunulmaktadır. Diğer bir ifade ile yabancı ilâm, sadece meydana getirdiği sonuçlar itibarı ile kamu düzenine uygunluğu denetlenebilir<sup>68</sup>. Diğer bir görüş, kamu düzenine aykırılığın tespiti amacıyla kararın içeriğine bakılabileceğini savunmaktadır<sup>69</sup>.

Tenfiz şartlarından kamu düzenine aykırılık ile revizyon yasağı birbirinden tamamen ayrı ve bağımsız değildir; bazı hallerde bu iki prensibin kesişmesi söz konusu olabilir<sup>70</sup>. Doktrinde, yabancı mahkeme kararının içeriğinin denetlenememesi ile yabancı mahkeme kararının kamu düzenine aykırı olmadığına tespiti arasında ince bir çizginin olduğu ileri sürülmüştür<sup>71</sup>. Kanaatimizce, içeriği tetkik yasağı, hâkimin

<sup>68</sup> NOMER, *DHH*, s. 498. Nomer, kamu düzenine aykırılığın tespiti amacıyla ancak yabancı ilâmın hüküm kısmına bakılabileceğini ileri sürmektedir: NOMER, *Gerekçe*, s. 16. Yabancı mahkemede uygulanan hukukun, Türk kamu düzenine aykırılığı incelenemeyeceği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: ÇELİKEL/ERDEM, s. 613.

<sup>69</sup> ŞANLI, *Ticarî Akitler*, s. 209; GÜRZUMAR, s. 46–47; DEMİR GÖKYAYLA, s. 131. Zımnî ifadeler ile de olsa aynı görüşte bkz: ERDEM, s. 139.

<sup>70</sup> HAY, *Reciprocity*, s. 243.

<sup>71</sup> HAY, s. 244. Alman hukukunda da içeriği denetleme yasağı olmasına rağmen mahkemelerin, yabancı ilâmın sonuçlarını Alman hukuku ile kıyasladıkları ifade edilmektedir: WURMNEST, s. 195. “İlk bakışta öyle görünmesine rağmen, bu sonuç ‘revision au fond’ yasağı ile çelişir nitelikte değildir. Çünkü bu yasadır gereğince, tanıma/tenfiz hâkimi, bir yandan yabancı mahkeme kararında yer alan maddî vakıaların doğruluğunu yeniden inceleme konusu yapmayacak, bunlarla ilgili yeni ispat vasıtalarının ya da yeni maddî vakıaların ileri sürülmesine izin vermeyecek, bunu bizzat kendisi de isteyemeyecek; bir yandan da, yabancı kararda doğruluğu tespit edilmiş bulunan maddî vakıalara göre hangi hukukî sebebin uygulanması gerektiğini araştırmayacaktır. Aynı hâkim, hükmün kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını incelerken, hükmün dayandığı hukukî sebebi bir veri olarak kabul edip, yalnızca bu hukukî sebebin Türk hukukunun temel prensiplerine aykırı olup olmadığını değerlendirmek yetkisine sahiptir; yabancı kararın dayandığı hukukî sebeple bağlı olmaksızın kararı doğrudan Türk maddî hukukuna göre değerlendirmesi, ya da yabancı kararın dayandığı hukukî sebep yerine hangi kanun maddesi uygulanırsa kamu düzenine aykırılık oluşmayacağını saptaması ise söz konusu değildir.”: GÜRZUMAR, s. 46–47.

tenfiz şartlarının tespiti için kararın içeriğine bakmasına engel teşkil etmemelidir. Bazı tenfiz şartlarının varlığının tespiti, yabancı ilâmının içeriğine ve hatta dava dışı bazı olaylara bakılmasını zarurî kılabilir.

Örneğin tenfiz, “hukuk davalarına ilişkin”<sup>72</sup> olma, “hükmün açıkça kamu düzenine aykırı olmama”<sup>73</sup> şartları için, kararın içeriğine bakılması söz konusu olabilir<sup>74</sup>. Tenfiz şartlarından birinin (ya da tenfiz engellerinden birinin varlığının) tespiti için gerekli olan unsurun ortaya çıkarılabilmesi, bazı durumlarda, ancak kararın içeriğine bakılmakla mümkün olabilir<sup>75</sup>. Bu ise, teknik anlamda yabancı ilâmın esastan incelenmesi ya da içeriğinin tetkik edilmesi anlamına gelmemektedir<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Avrupa Birliğinde yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen Brüksel I Tüzüğü’nün uygulama alanının tespiti bakımından, yabancı ilâmının içeriğine bakılabileceği ifade edilmektedir: STONE, s. 215–216.

<sup>73</sup> Tanıma ve tenfizdeki kamu düzeni (MÖHUK m. 54/c), milletlerarası özel hukuktaki (MÖHUK m. 5) kamu düzeninden daha zayıf bir müdahale gücüne sahiptir. Bu sebeple, tanıma ve tenfiz hukukunda kamu düzeninin *hafifletilmiş etkisinden* bahsedilmektedir: NOMER, *DHH*, s. 501. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: DEMİR GÖKYAYLA, s. 144 vd.

<sup>74</sup> ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 209; DEMİR GÖKYAYLA, s. 129; GÜRZUMAR, s. 46. Doktrinde, Türk mahkeme uygulamasında “hükmün kamu düzenine açıkça aykırı olmaması” şartına istinaden, yabancı ilâmın esastan tetkik edildiği ileri sürülmektedir. Yargıtay’a göre, yabancı mahkemede hukukun, yanlış ya da Türk hukukunda kabul edilenden farklı bir şekilde uygulanması, kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir. Yargıtay’ın bu kararları ile bir temyiz mahkemesi gibi davrandığı ifade edilmiştir. Yargıtay’ın bu uygulamalarına engel olabilmek için de, Kanun da, açık olarak tenfiz hâkiminin, yabancı ilâmın içeriğine bakamayacağı ve tenfiz mahkemesinin yabancı mahkemede vakıalar ile bağlı olması gerektiğine dair düzenlemeler yapılması teklif edilmektedir: SARGIN, s. 356–357. Yargıtay’ın kamu düzenine aykırılık sebebi ile yabancı ilâmın içeriğini tetkik ettiğine dair kararları için bkz: Aynı yazar, s. 356, dn. 19 ve 20.

<sup>75</sup> Doktrinde, yabancı mahkemeden verilmiş velayet kararlarına ilişkin olarak, çocuğun menfaatini dikkate almadan, velayet hakkını yaşa, etnik kökene, ülke farkına veya cinsiyete göre ana ya da babadan birine otomatik olarak veren kararların, anne ve babalık duygusunun tatminine imkân vermeyen kararların, kamu düzenine aykırı olduğu ileri sürülmektedir: ŞANLI, *Velayet*, s. 76; GİRAY, s. 288 vd. Kanaatimizce, buradaki kamu düzenine aykırı olarak gösterilen hususların ekseriyetinin tespiti, ancak kararın içeriğine bakılmakla mümkün olabilir.

<sup>76</sup> ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 209.

Çünkü, revizyon yasağı gereğince, tenfiz hâkimi, yabancı ilâmda yer alan maddî vakıalar ile bağlıdır; bunlara ilişkin yeni deliller kabul edemez. Tenfiz hâkimi, yabancı mahkemede uygulanan hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını da denetleyemez<sup>77</sup>. Ancak hâkim, yabancı ilâma dayanak teşkil eden bir delilin (örneğin davacının iddiasını yemin ile ispat etmesi gibi<sup>78</sup>) ya da uygulanan bir kanun hükmünün (kadına boşanma hakkı tanımayan bir kanun hükmü<sup>79</sup>) kamu düzenine aykırı olduğuna da karar verebilir<sup>80</sup>. Bu tür aykırılıkların tespiti de, kararın içeriğine bakılmasını zorunlu kılmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta, kararın hile ile elde edilmiş olması, bir tenfiz engeli olarak kabul edilmektedir<sup>81</sup>. Kararın hile ile elde edilmediği ise, ancak kararın içeriğine bakılarak tespit edilebilmektedir<sup>82</sup>. İngiliz hukukunda da, içeriği tetkik yasağı bulunmaktadır<sup>83</sup>. Ancak davalı, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini iddia ediyorsa, İngiliz mahkemesinin yabancı mahkeme kararının içeriğine ve yabancı mahkemede uygulanan usulün adil bir yargılamayı temin edip etmediğine bakabileceği kabul edilmektedir<sup>84</sup>.

Amerikan mahkemeleri de, ifade hürriyetini ihlâl eden yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini kamu düzenine aykırı saymaktadır. Örneğin bir gazetecinin, basın ve ifade hürriyeti sınırları içinde,

<sup>77</sup> NOMER, *DHH*, 488; DEMİR GÖKYAYLA, s. 76.

<sup>78</sup> SAKMAR, s. 78; TİRYAKİOĞLU, s. 49; DEMİR GÖKYAYLA, s. 221.

<sup>79</sup> TİRYAKİOĞLU, s. 51; DEMİR GÖKYAYLA, s. 156.

<sup>80</sup> ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 209; GÜRZUMAR, s. 46.

<sup>81</sup> WALTER /BAUMGARTNER, s. 31.

<sup>82</sup> CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 539; COLLINS/DICEY/MORRIS, s. 506; ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 209; SARGIN, s. 357. ABD hukukunda da aynı yönde bkz: WEINTRAUB, s. 251.

<sup>83</sup> İngiliz hukukunda tanıma ve tenfiz talebine karşı çıkan davalının dört temel ilke ile bağlı olduğu kabul edilmektedir. Bu ilkelerden birincisi, İngiliz mahkemesi, yabancı mahkemenin, uyuşmazlığı çözerken ya da yetkisine karar verirken esas aldığı maddî vakıaları ve hukuku denetleyemez. İkinci olarak, İngiliz mahkemesi genel olarak yabancı mahkemede uygulanan usul hükümlerini denetleyemez. Üçüncü olarak, yabancı mahkemede ileri sürülen bir itiraz, tenfiz davasında ileri sürülemez. Dördüncü olarak, yersiz ve esasa etkili olmayan itirazlar, İngiliz mahkemesinde dikkate alınmaz: FENTIMAN, s. 702.

<sup>84</sup> FENTIMAN, s. 702–703; STONE, s. 216–217. Ancak Yazar, aynı uygulamanın, Brüksel I Tüzüğü'nün ihlâli anlamına gelebileceğini de belirtmektedir.



bir siyasetçi hakkında yazdığı yazı sebebiyle tazminata mahkûm edilmesi halinde, yabancı ilâmın tanınması ve tenfizi, kamu düzenine aykırılık sebebiyle reddedilmektedir. Burada kamu düzenine aykırılığın tespiti, gazetecinin haberinin ya da yorumunun, ABD hukukundaki ifade hürriyetinin kapsamına girip girmediğinin değerlendirilmesi anlamına gelmektedir. Ki bu durumun tespiti, kararın içeriğine bakılmasını gerekli ve zorunlu kılmaktadır<sup>85</sup>. Kanaatimizce aynı hususun Türk hukuku için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

Alman mahkemeleri de, ABD mahkemelerince verilen *punitive damages*<sup>86</sup> olarak adlandırılan cezalandırmak ve korkutmak maksadını taşıyan tazminata ilişkin kararların tenfizi taleplerini Alman kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmektedir. Alman Federal Mahkemesi, 1992 yılında verdiği bir kararda<sup>87</sup>, ABD mahkemelerinden “*punitive damages*” tazminata dair kararların tenfizini kamu düzenine aykırı bulmuştur. Alman doktrininde de, tazminat hukukunun temelinde, zararın karşılanması yattığı ve bunu ihlâl eden yabancı kararların tanınması ve tenfizinin kamu düzenine aykırı olduğu genel olarak kabul edilmektedir<sup>88</sup>. Nitekim, 2005 tarihli Yetki Anlaşmasına Dair La Haye Sözleşmesinin 11. maddesinde de, yabancı mahkeme kararının tazminata ilişkin olması ve bu tazminatın da bir zararın tazmini karşılığı olarak değil de, cezalandırma amaçlı verilmesi halinde, kararın tanınmasının ve tenfizinin reddedilebileceği kabul edilmiştir. Bu hüküm ile sınırlı olmak kaydı ile tazminatın niteliği yönünden, yabancı ilâmın esasının incelenebileceği kabul edilmiştir<sup>89</sup>. Yine ABD mahkemelerinde, Alman Devletinin egemenliğinin ihlâl edilerek *pre trial*

<sup>85</sup> Telnikoff v. Matusevitch davası için bkz: BORN/RUTLEDGE, s. 1069.

<sup>86</sup> Alman hukukunda bazı yazarlar, *punitive damages* tazminatının, cezaî ve önleyici karakterde olmasından dolayı özel hukuka ilişkin olmadığı için tanınamayacağını ileri sürmektedirler. Ancak bu vasıflandırmanın, akdin ihlâl edilmesine bağlı olarak taraflarca cezaî şarta izin veren Alman Medenî Kanunu bakımından doğru olmadığını ileri sürülmüştür: STIEFEL/STÜRNER /STADLER, s. 785. Alman Yüksek Mahkemesi, ABD’deki *punitive damages* kararlarının medenî hukuk niteliğini kabul etmekle beraber, bu kararların tenfizini kabul etmemiştir: NOMER, *DHH*, s. 484, dn. 247. Türk hukukunda da, *punitive damages* kararlarının cezaî nitelikleri sebebiyle tenfizinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir: NOMER, *DHH*, s. 484.

<sup>87</sup> Kararın ayrıntılı analizi için bkz: HAY, *German Supreme Court*, s. 729–750.

<sup>88</sup> ISIDRO, s. 246; WURMNEST, s. 196.

<sup>89</sup> TANRIBİLİR, s. 341.

*discovery*<sup>90</sup> yöntemi ile delillerin elde edilmesi halinde, yabancı ilâm Alman kamu düzenine aykırı sayılmaktadır<sup>91</sup>. Aynı yöntemle delil elde edilmesi sonucu ABD mahkemelerinden verilmiş bir kararın, somut olayda Türk yargılama hukukunun temel prensiplerinden re'sen araştırma ve soruşturma yasağına aykırılıktan dolayı Türk kamu düzeninin müdahalesiyle karşılaşılabileceği de doktrinde ileri sürülmüştür<sup>92</sup>. Yine yabancı mahkeme kararı ırk ya da cinsiyet ayırımına dayanıyorsa, bu hususun da tenfiz engeli olması mümkündür<sup>93</sup>. Bütün bu kamu düzenine aykırılıkların tespiti, kararın içeriğine bakılmakla mümkün olabilecektir.

Netice olarak, tenfiz davasında, tenfiz şartlarının varlığı ya da yokluğu hakkında ileri sürülen iddiaların her türlü delil ile ispatlanabilmesine izin verilmesi, içeriği tetkik yasağı ile tenakuz teşkil etmeyecek ya da içeriği tetkik yasağının ihlâli anlamına gelmeyecektir<sup>94</sup>. Nitekim 2005 tarihli Yetki Anlaşmasına Dair La Haye Sözleşmesinin 8/II. maddesinde, Sözleşmede öngörülen tanıma ve tenfiz şartlarının tespitindeki gereklilik saklı kalmak kaydı ile yabancı ilâmın içeriğinin tetkik edilemeyeceği hükme bağlanmıştır<sup>95</sup>. Bu hükme göre, revizyon yasağı, ten-

<sup>90</sup> *Pre-trial discovery* yöntemi, dava dilekçelerinin verilmesinden yargılama safhasına kadar devam eden süreçte, taraf vekillerinin kendilerine tanınmış geniş yetkileri kullanarak, davadaki iddialarını ispata yarayacak tüm delillere neredeyse hâkimin hiç katılımı olmaksızın ulaşmalarıdır. Bu sistem Kıta Avrupası hukuk sisteminde bilinmemektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: ATAMAN FİGANMEŞE, s. 61 vd.

<sup>91</sup> BAUMGARTNER, s. 202.

<sup>92</sup> NOMER, *DHH*, s. 503. Alman Federal Mahkemesi ise, tek başına *pre trial discovery* yöntemi ile delil elde edilmesini kamu düzenine aykırı saymamıştır. Alman Federal mahkemesi, bu yöntemle delil edilmesi halinde, Alman egemenliğinin ya da Alman hukukunda bireylere tanınan temel hakların ihlâl edilmesi halinde, kamu düzenine aykırılığın söz konusu olabileceğine karar vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: BAUMGARTNER, s. 208 vd; HAY, *German Supreme Court*, s. 735. Kanaatimizce, ABD hukukundaki *pre trial discovery* yöntemi ile delil edilmesi sonucu verilen bir ilâmı, sadece bu sebeple kamu düzenine aykırı sayılması doğru değildir.

<sup>93</sup> FENTIMAN, s. 706; WALTER/BAUMGARTNER, s. 30.

<sup>94</sup> “Kanaatimizce, yukarıda belirttiğimiz çerçevede muayyen kamu düzenine aykırılık itirazlarının incelenebilmesi için ‘zarureten’ esasa dahil münferit hususların tenfiz mahkemesince araştırılması, teknik anlamda davanın esastan incelenmesi anlamına gelmez”: ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 209.

<sup>95</sup> THIELE, s. 80.

fiz şartlarının tespiti amacıyla kararın içeriğine bakılmasına mani bir husus değildir<sup>96</sup>. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, tenfiz davasında delil serbestisi ve hâkimin delilleri serbestçe takdir edeceğine dair kuralın, yabancı ilâmın esastan incelenmesi ve denetlenmesi amacıyla kullanılmamasıdır. Tenfiz davasında araştırılacak husus, tenfiz şartlarının varlığı ya da yokluğudur; bu da revizyon yasağının sınırları içinde kalınarak yapılmalıdır<sup>97</sup>. Bu sebeple, ileri sürülen iddialar ve buna ilişkin deliller, ancak tenfiz şartlarına ilişkin olmalıdır. Yoksa yabancı mahkemenin, usul kurallarını, kanunlar ihtilâfı kurallarını ve maddî hukuk kurallarını doğru uygulayıp uygulamadığı yine yabancı mahkemenin kararına esas teşkil eden maddî vakıalar ile delillerin, tenfiz hâkimince denetlenmesi revizyon yasağı gereğince mümkün değildir.

### III. Tanıma ve Tenfiz Şartlarının Tespiti Amacıyla Yabancı Mahkeme Kararının Vasıflandırılması

#### A. Genel Olarak

Vasıf ihtilâfları, hukuk düzenlerinin aynı hukukî olay ya da ilişkiyi farklı şekilde vasıflandırmalarından dolayı ortaya çıkmaktadır. Yabancı mahkemedeki ihtilaf da, yargılama sürecinde bir hukukî nitelendirmeye tâbi olacaktır. Örneğin, ihtilâf yabancı mahkemede tüketici hukukundan kaynaklanan bir dava olarak nitelendirilmiş ise, uygulanacak usul ve maddî hukuk kuralları, bu tespite göre belirlenecektir. Yabancı mahkemece bu şekilde vasıflandırılan ve buna göre verilen bir karar, Türk mahkemelerinin önüne geldiğinde, tenfiz hâkiminin yabancı mahkemenin nitelendirmesi ile bağlı kalıp kalmayacağı hususu, tenfiz şartlarının tespiti açısından önemli olabilecektir. Şöyle ki, eğer yabancı mahkeme ihtilâfı Türk hukukundan farklı olarak tüketici hukukundan kaynaklanan bir mesele olarak vasıflandırmış ve bu vasıflandırma, Türk tenfiz hâkimi tarafından kabul edilir ise, MÖHUK m. 54/(b)'deki Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi gündeme gelebilecektir. Çünkü MÖHUK m.45'deki Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen kural, tüketici lehine münhasır yetki tesis etmektedir<sup>98</sup>. Eğer yabancı mahkemedeki nitelendirme esas alınmaz

<sup>96</sup> BRAND/HERRUP, s. 102.

<sup>97</sup> GÜRZUMAR, s. 50.

<sup>98</sup> NOMER, *DHH*, s. 494, dn. 270.

ve ihtilâf Türk hukukuna göre ticarî veya adi bir alacak olarak vasıflandırılırsa, bu takdirde münhasır yetkiye ilişkin bir problem söz konusu olmayacaktır.

Yargıtay, tanıma ve tenfiz davalarında içeriği tetkik yasağı gereğince, yabancı mahkemece yapılan vasıflandırmanın esas alınması ve tenfiz şartlarının buna göre tespit edilmesi gerektiğine karar vermektedir. Yargıtay'a göre, vasıflandırmanın Türk hukukuna göre yapılması, yabancı ilâmın maddî hukuk bakımından denetlenmesi anlamına gelmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bir kararında<sup>99</sup> aynen

*“...somut uyuşmazlıkta ise mahkemece davacının davalı şirkette hisse sahibi olduğu, bu nedenle de şirket ile ortağı arasındaki uyuşmazlığın HUMK'nun 17. maddesi uyarınca şirketin ikametgahı sayılan yer mahkemesinde görülmesi gerektiği belirtilmek suretiyle tenfizi istenen kararda yazılı hususlar dışında başka deliller değerlendirilmiş, yabancı mahkemece uyuşmazlığın şirket ile ortağı arasındaki bir uyuşmazlık olarak nitelendirilmediği gözden kaçırılmış, böylece gerçekte yabancı mahkeme kararının maddî hukuk bakımından doğruluğu denetlenmiştir... Bu durum karşısında mahkemece yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda öncelikle tenfizi istenen karar üzerinden inceleme yapılarak, taraflar arasındaki ilişkinin yabancı mahkemece ne şekilde nitelendirildiği, bu nitelendirme karşısında verilen kararın MÖHUK.'nun 38. maddesi gereğince tenfizine engel bir halin olup olmadığının belirlenmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir...”*

şeklinde değerlendirmesi bulunmaktadır. Bu karara konu olan olayda ihtilâf yabancı mahkemede (ödünç sözleşmesinden<sup>100</sup> veya haksız

<sup>99</sup> Yargıtay 11. H. D., T. 04.11.2010, E. 2009/85, K. 2010/11230 sayılı kararı. Ayrıca dn. 49'da anılan kararlar.

<sup>100</sup> Kararda, “davacı vekili, davalı şirketin müvekkilinden tahsil ettiği paranın ödenmemesi üzerine müvekkilinin davalı şirket ile ... aleyhine Hagen Asliye mahkemesinde alacak davası açtığını” ifadesi yer almaktadır. Yargıtay 11. Hukuk dairesinin 02.12.2010 tarihli E. 2009/3362, K. 2010/12397 sayılı bir başka kararında “davacı vekili, davalının müvekkilden para tahsil ettiğini, geri vermediklerini, tahsili için yabancı mahkemede açılan davanın kabul edildiğini ileri sürerek” ifadeleri, yabancı mahkemede, taraflar arasındaki ihtilâfın ödünç sözleşmesi olarak vasıflandırıldığını göstermektedir.

fiilden kaynaklanan) bir alacak davası olarak nitelendirilmiş, tenfiz hâkimi ise, olayı şirket ile ortağı arasında TTK m. 329/I ve 405/II'de düzenlenmiş bulunan, şirketin kendi hissesini temellük yasağı ile pay sahiplerinin şirkete sermaye olarak verdiklerini geri isteyemeyeceklerine dair<sup>101</sup> ortaklık hukukundan kaynaklanan bir ihtilâf olarak nitelendirmiştir. Yargıtay ise, yabancı mahkemenin yapmış olduğu vasıflandırmanın esas alınması gerektiği ve tenfiz şartlarının da bu vasıflandırmaya göre tespit edilmesi gerektiğini ileri sürerek, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararına konu ihtilâfin vasıflandırılmasının tenfiz şartlarından, özel hukuka ilişkin olma, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda olması, kamu düzenine aykırı olmama şartları bakımından önemi bulunmaktadır.

## B. Yabancı Mahkeme Kararının Vasıflandırılması

Hem kanunlar ihtilâfi hukukunda hem de milletlerarası usul hukukunda, vasıf ihtilâfları ortaya çıkabilmektedir. Ancak vasıf ihtilâfları daha çok kanunlar ihtilâfi hukukunda tartışılmıştır. Bu sebeple kanunlar ihtilâfi hukukunda, farklı vasıflandırma çözüm ve önerileri getirilebilmiştir. Örneğin doktrinde, milletlerarası özel hukuk adaletini gerçekleştirecek bir çözümün tercih edilmesi savunulmaktadır<sup>102</sup>.

Milletlerarası usul hukukunda, *lex fori* prensibi hâkimdir. Bu prensibe göre, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda hâkim kendi usul kurallarına tâbi olarak yargılama faaliyetlerini icra eder. Dava konusu uyuş-

<sup>101</sup> Türk Ticaret Kanunu, m. 329 ve 405/2'yi ihlâl eden yabancı ilâmların, Türk ekonomik hayatına ağır bir tehlike teşkil etmesi sebebiyle kamu düzenine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu nitelikteki kararlar, devletten sonra ekonomik hayatın en önemli ve en aktif aktörü olan anonim şirketlerin sermayesinin hukuka uygun bir şekilde yapılandırılmasını ve muhafaza etmesini ayrıca anonim şirket ile ticarî faaliyette bulunan üçüncü kişilerin korunmasını sağlayan Anayasa m. 48 ve para, kredi sermaye, mal ve hizmet piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerini öngören Anayasa m. 167 ile sosyal devletin önündeki siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmayı devletin temel amaç ve görevlerinden sayan Anayasa m. 5'in gerçekleştirmeyi amaçlara aykırılıktan dolayı kamu düzenine aykırı olduğu savunulmuştur: ÇELİKEL/ERDEM, s. 615, dn. 132.

<sup>102</sup> NOMER, *DHH*, s. 100; ÇELİKEL/ERDEM, s. 90.

mazlığın yabancı unsurlu olmasının bir önemi bulunmamaktadır<sup>103</sup>. Bu sebeple milletlerarası usul hukukunda, prensip olarak *lex fori* vasıflandırma tercih edilmektedir<sup>104</sup>. Yani bir hususun, maddî hukuka mı yoksa usul hukukuna mı dahil olduğunun tespitinin, hâkimin görevi<sup>105</sup> içinde olduğu ifade edilmektedir<sup>106</sup>. Kıta Avrupası hukuk sisteminde, yabancı mahkeme kararının tanınması, genellikle bir usul hukuku konusu olarak kabul edilmektedir<sup>107</sup>. Dolayısı ile milletlerarası usul hukukuna dâhil olan tanıma ve tenfiz hukukunda da, özellikle tenfiz şartlarının tespiti açısından, *lex fori* vasıflandırma tercih edilmelidir.

Tenziz davasının ön şartlarından birisi olan, “hukuk davalarına ilişkin” bir yabancı ilâmın olup olmadığının tespiti, yabancı ilâma konu ihtilâfın vasıflandırılmasına bağlıdır. Özel hukuka ilişkin olarak nitelendirilebilecek kararların kapsamı ülkeden ülkeye farklılık arz edilmektedir. Bazı ülkelerde idare hukuku ve vergi hukukuna ilişkin ihtilâflar, medenî hukuk ve ticaret hukuku (*civil and commercial*) içinde değerlendirilebilmektedir<sup>108</sup>. Kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı daha çok Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde kabul edilmektedir. *Anglo Sakson* hukuk sistemlerinde ise, aynı şekilde bir ayrım bilinmemektedir. Örneğin ABD hukukunda medenî ve ticaret hukukunun içine, ceza hukuku dışında kalan tüm konular dâhil kabul edilmektedir<sup>109</sup>. Kıta Av-

<sup>103</sup> NOMER, *DHH*, s. 376; ÇELİKEL/ERDEM, s. 425; HAY/WEINTRAUB/BORCHERS, s. 428. Bu prensip bazı hukuk sistemlerinde, Örneğin Quebec Medenî Kanununun 3132. maddesinde, bir kanun hükmü olarak da kabul edilmiştir: <<http://www.justice.gouv.qc.ca/english/sujets/glossaire/code-civil-a.htm>>, (01.08.2011).

<sup>104</sup> NOMER, *DHH*, s. 394; ÇELİKEL/ERDEM, s. 428.

<sup>105</sup> GRAVESON'A göre, bu husus, hâkimin açık bir görevidir. Çünkü, burada hukuk devletinin tanımından ve hâkimin sahip olduğu münhasır yetkilerinden kaynaklanan bir mesele bulunmaktadır: CARRUTHERS, s. 691, dn. 8'den naklen.

<sup>106</sup> CARRUTHERS, s. 691; PETROCHILOS, s. 6.

<sup>107</sup> HAY, *Double Exequatur*, s. 147. Yazar, tenfiz kararlarının tenfiz edilemeyeceğinin gerekçesi olarak, tenfiz kararlarının usulî karakterde olmasını göstermektedir.

<sup>108</sup> O'BRIEN, s. 82.

<sup>109</sup> SHEMANSKI, s. 469. Ancak, ABD hukukunda yabancı ceza ve vergiye ilişkin mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi kabul edilmemektedir. O'BRIEN, s. 82; BAUMGARTNER, s. 194.

rupası hukuk sistemlerinde, tanınması ve tenfizi talep edilen yabancı ilâmın özel hukuk ya da kamu hukuku karakterli olup olmadığı, tenfiz hâkimin hukukuna göre tespit edilmektedir<sup>110</sup>. Bu sebeple verildiği yerde kamu hukuku karakterli kabul edilen bir ilâm, bir başka ülkede özel hukuka ilişkin kabul edilirse, tanınmasının ve tenfizin mümkün olabileceği ileri sürülmektedir. Bunun aksi de söz konusu olabilir; verildiği ülkede, özel hukuka ilişkin ve özel hukuk mahkemesinden verilen bir karar, başka bir ülkede kamu hukuku karakterli kabul edilirse, tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır<sup>111</sup>.

Tenfiz şartlarından bazıları, hukuk davasına ilişkin olduğu tespit edilen yabancı ilâmın, daha detaylı vasıflandırılmasını gerektirebilir. Örneğin, tenfize konu yabancı ilâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini ihlâl edip etmediğinin tespiti, ihtilâfın, daha alt kategoride vasıflandırılmasını zorunlu kılmaktadır. Diğer bir ifade ile yabancı ilâmın, Türk hukukunda münhasır yetki olduğu kabul edilen bir yetki kuralının uygulama alanına girip girmediğinin belirlenmesi gereklidir. Nitekim, yukarıdaki zikredilen Yargıtay kararında<sup>112</sup>, ilk derece mahkemesi, yabancı ilâm dışında başka delilleri de değerlendirmek suretiyle, yabancı mahkemede ihtilâfı, şirket ile ortağı arasındaki sermayenin iadesine ilişkin bir ihtilâf olarak vasıflandırmıştır. İhtilâf bu şekilde vasıflandırılınca da, yabancı ilâmın HUMK'nun 17. maddesinin (HMK m. 14/II) uygulama alanına girip girmediği ve esasen de HUMK m. 17'nin münhasır yetki tesis edip etmediği tartışılabilecektir<sup>113</sup>. Mahkemelerin milletlerarası yetkisini tesis eden kavram ve kriterlerin vasıflandırılması ve yorumu mahkemenin hukukuna tâbidir<sup>114</sup>. Kanaatimizce, münhasır yetki şartının tespitinde de, tenfiz

<sup>110</sup> BAUMGARTNER, s. 195. Türk hukuku için bkz: NOMER, *DHH*, s. 397–398; TİRYAKIOĞLU, s. 34–35; ESEN, s.52. Ayrıca, 5718 sayılı Kanununun uygulama alanını gösteren 1. maddeden hareketle de aynı sonuca varılabilir.

<sup>111</sup> BAUMGARTNER, s. 195–196.

<sup>112</sup> Yukarıda dn. 100'de anılan kararlar.

<sup>113</sup> Avrupa Birliğinde milletlerarası yetkiyi düzenleyen Brüksel I Tüzüğü'nün 22. maddesine göre, şirket ile ortağı arasındaki ihtilâflarda şirketin idare merkezinin bulunduğu yer mahkemesi münhasır yetkiye sahip kabul edilmektedir. Dolayısı ile idare merkezi kendi ülkesinde bulunan bir üye devlet mahkemesi, bu konuda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi talebini reddedebilmektedir: MAGNUS/MANKOWSKI/PINHEIRO, s. 356 vd.

<sup>114</sup> NOMER, *DHH*, s. 395; ÇELİKEL/ERDEM, s. 429; EKŞİ, s. 83 ve 93.

mahkemesi, kararı veren ülkedeki vasıflandırmadan bağımsız olarak ihtilâfî kendi hukukuna göre vasıflandırmalı ve tenfiz şartlarını da bu vasıflandırmaya göre belirlemelidir<sup>115</sup>.

## Sonuç

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında usul hukukuna ilişkin konulara, MÖHUK'ta hüküm bulunmayan hallerde, genel Kanun niteliğindeki HMK (HUMK) ve diğer ilgili mevzuatın uygulanması gerekir.

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davalarında ödenecek harç bakımından Yargıtay'ın farklı içtihatları bulunmaktadır. Yargıtay'ın bazı daireleri, tespit davası olarak kabul edilmesi sebebiyle belli bir alacağa ilişkin ilâmların tenfizinde, maktu harç ödenmesi gerektiğine karar vermektedir. Ancak, Harçlar Kanununun 4. maddesi gereğince, tenfize konu yabancı ilâm bir alacağa ilişkin ise, bu ilamlarda hükmolunmuş şeyin değeri üzerinden nisbi harç alınması gerekmektedir.

Tanıma ve tenfiz şartları kanunda tahdidi olarak sayılmıştır. Kanunda aksi öngörülmedikçe, bu şartlar üzerinde tarafların ve mahkemenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu şartların kimin ispat etmek zorunda olduğu ve hangi deliller ile ispatlanabileceği hususunda, Kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay, tenfiz şartlarının ancak yabancı ilâm üzerinde incelenebileceğini, yabancı ilâm dışında başka delillerin değerlendirilmek suretiyle tenfiz şartlarının varlığı ya da yokluğu hakkında karar verilemeyeceğine dair kararlar vermektedir. Tenfiz şartları, hâkim tarafından re'sen araştırılmak zorunda olduğu için, tenfiz davalarında re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Doktrinde, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, taraflardan

<sup>115</sup> Bu konuda 30 Haziran 2005 tarihli Yetki Anlaşmasına Dair La Haye Sözleşmesinin 8. maddesinin 2. fıkrası farklı bir düzenleme içermektedir. Bu maddeye göre, gıyapta karar verilmedikçe tenfiz mahkemesi, kararı veren mahkemenin yetkisini tesis eden maddî vakıaların vasıflandırılması ile bağlıdır. Sözleşmeye göre, mahkemenin yetkisi tarafların (münhasır) yetki anlaşması ile tesis edilmiş olduğundan, kararı veren mahkemenin, yetki sözleşmesinde tarafların rızası, ehliyeti, yetki sözleşmenin münhasır olup olmadığı, ihtilâfın medenî ve ticaret hukukuna ait olup olmadığı, sözleşmenin milletlerarası unsuru içerip içermediği gibi konularda değerlendirmesi tenfiz mahkemesini bağlamaktadır: BRAND/HERRUP, s. 103. Yetki Anlaşmasına Dair La Haye Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: TANRIBİLİR, s. 321 vd.



birine ispat yükünün yüklenemeyeceğine ilişkin görüşler bulunmakla birlikte, bu tür davalarda da, taraflara ispat yükünün yüklenebileceği kabul edilmektedir. Ancak ispat yüküne ilişkin kurallar, maddî hukuk karakterlidir. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin kurallar ise, usul hukukumuzun bir parçasını oluşturan milletlerarası usul hukukuna aittir. Bu sebeple tenfiz davalarında, maddî hukuk kuralından hareketle ispat yükünün tespit edilmesi söz konusu olmamalıdır. Tenfiz davalarında, belirsizliğin riskine kimin katlanması gerektiği, MÖHUK'taki tenfizi düzenleyen hükümlere göre belirlenmelidir. Tenfiz davasındaki bu hukukî durum, tenfiz şartlarındaki belirsizliğin riskine hangi tarafın katlanacağını gösteren, soyut delil ikame yükü (sübjektif ispat yükü) olarak kabul edilebilir. Delil ikame yükünü yerine getirmeyen taraf da, bunun usulî sonuçlarına katlanmak durumunda kalacaktır.

Türk usul hukukunda prensip olarak, serbest delil sistemi kabul edilmektedir. Kanunda aksi öngörülmediği sürece, Kanunda sayılmayan şeyler de delil olarak kullanılabilir. Tanıma ve tenfiz davalarında, tenfiz şartlarının varlığı ya da yokluğu hususunda deliller ile ilgili olarak, herhangi sınırlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple tanıma ve tenfiz davalarında, serbest delil sistemi geçerli olmalı ve tenfiz şartlarına münhasır olmak kaydı ile her türlü delilin serbestçe kullanılabilmesine izin verilmelidir. Aksi halde, delillerin sınırlandırılarak tenfiz şartlarının yalnızca yabancı ilâmdan hareketle tespit edilebileceğini savunmak, tenfiz şartlarına aykırı yabancı ilâmların tanınması ve tenfizi sonucunu doğurabilecektir.

Tenfiz şartlarının, her türlü delil ile ispatına izin verilmesi, Türk hukukunda benimsenen revizyon yasağı ile de çelişki teşkil etmemektedir. Çünkü, burada yabancı mahkemedeki ilâmın verilmesine dayanak teşkil eden maddî vakıalar, deliller, uygulanan tüm usul ve maddî hukuk kuralları denetlenmemektedir; revizyon yasağı gereği, tenfiz hâkimi bu hususları tetkik edemez. Ancak tenfiz hâkimi, tenfiz şartlarının tespiti amacıyla yabancı ilâmın içeriğine bakabileceği gibi, bu amaçla türlü delilin ikamesine izin verebilir ya da her hangi bir delilin ikamesini emredebilir.

Tanıma ve tenfiz şartlarından bazılarının tespiti, yabancı ilâma konu ihtilâfın vasıflandırılmasına bağlıdır. Örneğin, tenfizin ön şartlarından olan "hukuk davalarına ilişkin olma" ile asli şartlarından olan

“yabancı ilâmın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeme” hususlarının tespiti, yabancı ilâma konu ihtilâfın vasıflandırılmasına bağlıdır. Eğer, yabancı mahkemede ihtilâf, Türk hukukundan farklı bir şekilde vasıflandırılmış ise, hangi vasıflandırmanın esas alınması gerektiği ihtilâf konusu olabilir. Yargıtay, bazı kararlarında revizyon yasağı gereğince, yabancı mahkemede vasıflandırmanın esas alınması gerektiğine karar vermektedir. Ancak milletlerarası usul hukukunda *lex fori* prensibi hâkimdir. Bu prensip gereğince, milletlerarası usul hukukunda *lex fori* vasıflandırma genel kabul görmektedir. Bu sebeple, tenfiz şartlarının tespiti maksadıyla, yabancı ilâma konu ihtilâfın tenfiz hâkiminin hukukuna göre vasıflandırılması tercih edilmelidir.

## Kaynakça

- ALANGOYA, H. Yavuz/M. Kâmil YILDIRIM/ Nevhis DEREN-YILDIRIM; *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, İstanbul 2009.
- ALTIPARMAK, Kerem; “Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 1996, s. 219–250.
- ARAT, Tuğrul; *Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1964, S. 21, s. 421–457.
- ATALAY, Oğuz; *Medenî Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir 2001.
- ATAMAN FİGANMEŞE, İnci; Hukukî veya Ticarî Konularda Yabancı Ülkelere Delil Sağlanması Hakkında 1970 tarihli Lahey Sözleşmesi, MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, Y. 23, 2003, S. 1–2, s. 19–89.
- AYBAY, Rona/Esra DARDAĞAN; *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, 2. Baskı, İstanbul 2008.
- BAUMGARTNER, Samuel P.; *How Well Do U.S. Judgments Fare in Europe?*, The George Washington International Law Review, Vol. 40, 2008, s. 173–231.
- BORN, Gary B./Peter B. RUTLEDGE; *International Civil Litigation in United States Courts*, New York 2007.
- BRAND, Ronald A./Paul HERRUP; *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements*, New York 2008.
- CARRUTHERS, Janeen M.; *Substance and Procedure in the conflict of Laws: A Continuing Debate in Relation to Damages*, s. 691, Int’l & Comp. L.Q. Vol. 53, 2004, s. 691–711.
- COLLINS, Lawrence; *Dacey and Morris on The Conflict Of Laws*, London 1993.
- ÇALIŞKAN, Yusuf/Ayşe GÜVERCİN ŞAHAN; *Evlât Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türk ve Amerikan Hukukunda Tanınması*, Ergon A. Çetingil ve Rayegân Kender, 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 416 427.

- ÇALIŞKAN, Yusuf; *Yabancı Mahkeme Kararlarının Amerikan Hukuku'nda Tanınması ve Tenfizi*, e – akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Mart 2006, S. 49, <<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=YABANCI%20MAHKEME%20KARARLARININ%20AMER%DDKAN%20HUKUKU%92NDA%20TANINMASI%20VE%20TENF%DDZ%DD&kimlik=1141989059&url=makaleler/ycaliskan-1.htm>> (28.01.2011).
- ÇELİKEL, Aysel/B. Bahadır ERDEM; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. Bası, İstanbul 2010.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile; *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Ankara 2001.
- DOĞAN, İzzet; *Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku*, Ankara 2010.
- DOĞAN, Vahit; *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara 2010.
- EKŞİ, Nuray; *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, İstanbul 2000.
- ERDEM, B. Bahadır; *Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanınma ve Tenfizi ile Avrupa Birliği Brüksel II Tüzüğü*, (Şükran ŞIPKA/Ebru ŞENSÖZ/ Ayşe Nilay ŞENOL/Arif Barış ÖZBİLEN; *Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, Medenî Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri*, İstanbul 2006) s. 133–151.
- ESEN, Emre; *Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi*, MHB, Y. 27, S. 1/2, 2007, s. 21–79.
- FAWCETT, J. J./J. M. CARRUTHERS/Peter NORTH; *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, New York 2008.
- FENTIMAN, Richard; *International Commercial Litigation*, New York 2010.
- GİRAY, Faruk Kerem; *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi*, İstanbul 2010.
- GÜRZUMAR, Aydanur; *Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Açılan Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri*, MHB, Y. 14, S. 1–2, 1994, s. 19–54.
- HAY, Peter/Russell J.WEINTRAUB/Patrick J. BORCHERS; *Conflict of Laws*, Newyork 2009.
- HAY, Peter; *On Comity, Reciprocity, and Public Policy in U.S. and German Judgments Recognition Practice*, (edt: J. BASEDOW; *Private law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague 2000), s. 237–249, (*Reciprocity*).

HAY, Peter; *Recognition of a Recognition Judgment Within the European Union: "Double Exequatur" and the Public Policy Barrier*, (eds: Peter HAY/ Lajos VÉKÁS/Yehuda ELKANA/ Nenad DIMITRIJEVIC; *Resolving International Conflicts Liber Amicorum Tibor Várady*, Budapest 2009), s. 143–164, (*Double Exequatur*).

HAY, Peter; *The Recognition and Enforcement of American Money-Judgments in Germany-The 1992 Decision of the German Supreme Court*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 40, No. 3, 1992, s. 729–750, (*German Supreme Court*).

ISIDRO, Marta Requejo; *Punitive Damages from a Private International Law Perspective*, (eds: Helmut KOZIOL/Vanessa WILCOX; *Punitive Damages; Common Law and Civil Law Perspectives*, Mörlenbach 2009), s. 237–254.

KONURALP, Hâluk; *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara 2009, (*İspat Kuralları*).

KONURALP, Halûk; *Medenî Usul Hukukunda Yazılı delil Başlangıcı*, Ankara 2009, (*Yazılı Delil Başlangıcı*).

KURU, Baki/ Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ; *Medenî Usul Hukuku*, 22. Baskı, Ankara 2011.

KURU, Baki/ Ali Cem BUDAK; *Tespit Davaları*, 2. Baskı, İstanbul 2010.

MAGNUS, Ulrich/Peter MANKOWSKI/ Stéphanie FRANÇQ; *Brussels I Regulation*, 2007.

NOMER, Ergin; *Devletler Hususî Hukuku*, 19. Bası, İstanbul 2011, (*DHH*).

NOMER, Ergin; *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde "Gerekçe"*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 10, C. 10, S. 1, 2011, s. 9–16, (*Gerekçe*).

O'BRIEN, Robert C.; *Compelling The Production of Evidence by Nonparties in England under The Hague Convention*, *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, Vol. 24, 1997.

PEKCANITEZ, Hakan/Oğuz ATALAY/Muhammet ÖZEKES; *Medenî Usul Hukuku*, 12. Bası, Ankara 2011.

PETROCHILOS, Georgios; *Procedural Law in International Arbitration*, New York 2004, s. 6.

SAKMAR, Atâ; *Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları*, İstanbul 1982.

- SARGIN, Fügen; *A Critical Analysis of the Requirements of Recognition and Enforcement of Foreign Judgments under Turkish Law*, IPRax, 2008, s. 354–359.
- SHEMANSKI, Donald R.; *Obtaining Evidence in the Federal Republic of the Germany: The Impact of the Hague Evidence Convention on German – American Judicial Cooperation*, International Lawyer, 1983, Vol. 17, s. 465–487.
- STIEFEL, Ernst. C./Rolf STÜRNER/Astrid STADLER; *The Enforceability of Excessive U. S. Punitive Damage Awards in Germany*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 39, No. 4, 1991, s. 779–802.
- STONE, Peter; *EU Private International Law Harmonization of Laws*, Cheltenham 2006.
- ŞANLI, Cemal; *Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, MHB, Y. 16, S. 1 – 2, (Velayet), s. 71–82.
- ŞANLI, Cemal; *Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması*, İstanbul 2005, s. 190, (Ticarî Akitler).
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge; *30 Haziran 2005 tarihli Yetki Anlaşmasına Dair La Haye Sözleşmesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, S. 1–2, Y. 2007, s. 321–354.
- TAŞPINAR, Sema; *Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Ankara 2001.
- THIELE, Christian; *The Hague Convention on Choice of Court Agreements: Was It Worth the Effort?*, (eds: GOTTSCHALK, Eckart/MICHAELS, Ralf/RÜHL, Giesela/VON HEIN, Jan; *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge University Press 2007), s. 63–88.
- TİRYAKIOĞLU, Bilgin; *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara 1996.
- UMAR, Bilge/YILMAZ, Ejder; *İspat Yükü*, İstanbul 1980.
- WALTER, Gerhard/BAUMGARTNER, Samuel P.; *General Report The Recognition and Enforcement of Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions*, (eds: WALTER, Gerhard/BAUMGARTNER, Samuel P.; *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions*, The Hague/London/Boston 2000), s. 1–43.
- WEINTRAUB, Russell. J.; *International Litigation and Arbitration*, Durham, North Carolina 2003.

WURMNEST, Wolfgang; *Recognition and Enforcement of U.S. Money Judgments in Germany*, Berkeley Journal of International Law, Vol. 23, 2005, s. 175–200.

YILDIRIM, M. Kâmil; *Bankacılık Kanunu Gereğince Açılan Şahsî Sorumluluk Davasında İspat Yükü Kuralı Hakkında Düşünceler*, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, C. I. s. 1297–1316.

YILMAZ, Nida; *Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Davalarında Harç Meselesi Üzerine İnceleme*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 84, S. 5, Y. 2010, s. 2898–2920.

