



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlâmın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?

Faruk Kerem Giray*

Öz

MÖHUK'ta yabancı mahkeme ilâmının, Türk hukukunda tenfizi için aranan şartlar arasında, kararın hukuk devletinden sadır olması şartı yer almamaktadır. Ancak yabancı mahkemedeki yargılamanın, hukuk devleti ilkelerini ihlal etmesi durumunda tenfiz devletinin kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilecektir. Hukuk devleti ilkesinin bir yönünü adil ve tarafsız yargılamanın yapılacağı "mahkeme" kavramı oluşturmaktadır. 5718 sayılı MÖHUK'un 50. maddesinde sadece yabancı mahkeme kararlarının tenfizinden söz edildiğinden, mahkeme kavramı ile neyin anlaşılmasının gerektiği önem arz etmektedir. Tenfizi talep edilen ilâmı veren yabancı mahkemenin yürüttüğü yargılamanın hem adil yargılanma ilkesine hem de Türk usul hukukunun temel prensiplerine aykırı olmaması gerekir. Çalışmamızda, tenfize ilişkin diğer bir mesele olarak arabulucunun verdiği kararların tenfiz edilip edilmeyeceği sınırlı olarak incelenmiştir. Ayrıca, yabancı ödeme emri kararlarının, tenfize ehil kararlar olup olmadığı da inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi, Hukuk devleti ilkesi, Mahkeme kavramı, Arabulucunun verdiği kararların tenfizi, Yabancı ödeme emrinin tenfizi

Is it necessary for the recognition of a foreign decision being given from a state where the rule of law is present? Is it possible to enforce settlement agreement as a result of mediation? Is it possible to enforce the decision of the payment order from the foreign court?

Abstract

Under MOHUK, the conditions required for the enforcement of a foreign court in Turkish law do not include the requirement that the decision be loyal to the rule of law. Whereas, if a foreign judgement infringes on the principle of rule of law of the state, then the enforcement request will be rejected due to the application of public policy. The Court should be considered as a part of rule of law principle. Although, Turkish Private International Law (PIL) Act no 5718 article 50 considers only foreign court decisions for enforcement, the definition of a court is not regulated in this Act whereas it plays an important role for consideration. The process of a foreign court judgement seeking enforcement in Turkish law should not infringe the right to fair trial and also the fundamental principles of Turkish procedural law. For that reason, the judgment process of the foreign court should also be conform to the principle of rule of law. In this study, the recognition and enforcement of decisions rendered by a mediator is also examined from the point of ending the conflict between parts as final. Additionally, foreign payment orders are discussed in a perspective whether they were being as a court decision and also whether they were considered as an award or not.

Keywords

Enforcement of Foreign Court Judgements, Rule of law principle, Definition of court, Enforcement of decisions given by mediator, Enforcement of foreign payment orders

* Sorumlu Yazar: Faruk Kerem Giray (Doç. Dr.) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: fkerem@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-1952-9644

Atf: Giray FK, "Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlâmın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?" (2019) 39(2) PPIL 609. <https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.2.0027>

Extended Summary

In this paper, three issues regarding the enforcement of foreign court decisions are examined in detail. When considering enforcement, the Turkish Code on Private International Law (MOHUK) does not consider whether foreign judgments are delivered by a state of rule of law or not. Whereas the rule of law of a state may be challenged due to public policy consideration in enforcement cases. The rule of law is guaranteed by art 2 of the Turkish Constitution. Therefore, taking this principle into account is necessary, when a foreign court decision is recognized or enforced, since its effects and consequences will be the same as the civil judgements rendered by a Turkish court.

According to MOHUK, the awards rendered by foreign courts pertaining to civil suits are subject to recognition (art.58) and enforcement (art.50). So, it is important that the judgement of the foreign court does not infringe the right to a fair trial. The legal system in which the court functions must have some essential elements rather than its name and power of judgement. Otherwise, the court's judgement will not be considered as an award due to not being given through a process of state of law. In this regard, independence of the judicial authority is a key element. Also, sufficient procedural safeguards against arbitrariness must be in place. Transparency is also an important issue for substantive justice. Moreover, the timeliness of the delivery of substantive justice is a factor that must be taken care of.

So, in recognition and enforcement requests, a foreign decision has to be given by a Court of a State of law. Otherwise, it will be against public policy of Turkish State and will cause the rejection of enforcement request.

The second issue regarding enforcement and recognition concerns mediation. In our opinion, foreign settlement agreements which were reached by mediation are not subject to recognition and enforcement in Turkish law, because article 58 and article 50 of MOHUK only regulate foreign courts' judgements. So, registering for the execution of a settlement agreement given by a foreign court will not change the mediation nature of that agreement. This settlement agreement is still given due to mediation. Therefore, the decision of the mediator will not be considered as a Court order.

Finally, payment orders given by foreign courts are not enforced in Turkey due to not being final. Specifically, payment orders rendered from Italian Court's are not considered eligible for recognition and enforcement. Although a payment order notified to the debtor indicates that it will become final if it is not paid within 60 days, Turkish courts do not take this notification into account for enforcement. But payment orders are considered as a 'document instituting the proceedings or equivalent document' within the meaning of Article 27/2 of the Convention of 27 September

1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters by the Court of the Justice of European Union. The Court considered these documents as a judgement due to being duly and timeously served on the defendant in order to enable him to assert his rights before an enforceable judgment is given in the State of origin. In “Hengst Import BV v. Anna Maria Campese” judgement, Court of Justice ordered that, “decreto ingiuntivo” within the meaning of Book IV of the Italian Code of Civil Procedure (Articles 633 to 656), must be regarded as ‘the document which instituted proceedings or an equivalent document’ within the meaning of art 27/2, due to their joint service starts the time for the defendant to oppose the order and the plaintiff cannot obtain an enforceable order before the expiry of that time-limit. It is our conviction that, in enforcement cases, Turkish courts must consider the decisions of the Court of Justice’, while qualifying a judgement whether it is final or not.

Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlâmın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?

Giriş

Yabancı mahkeme ilâmlarının Türk mahkemelerinde tenfizi, iki taraflı veya çok taraflı milletlerarası sözleşme hükümleri ile Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 27A maddesi¹ saklı kalmak kaydıyla 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) hükümlerinin aradığı şartların gerçekleşmesi koşuluna bağlıdır. Bunun yanında, tenfize ilişkin davalarda Türk mahkemelerin yetkisi sadece MÖHUK'ta düzenlenmiş değildir. Nitekim bir deniz alacağının esası hakkında verilmiş bir yabancı mahkeme kararının tenfizinde hangi mahkemenin yetkili olacağı, koşullara bağlı olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 1360. maddesinde düzenlenmiştir².

Bu makalede, gerek milletlerarası antlaşmalarda gerekse MÖHUK'da tenfiz şartları arasında özel olarak düzenlenmeyen yabancı ilâmın, hukuk devletinden sadır olup olmamasının tenfiz devleti bakımından etkisi ile yabancı mahkemelerden sadır ödeme emirlerinin tenfize ehil kararlardan olup olmadıkları incelenecektir. Ayrıca arabulucunun verdiği kararların, MÖHUK hükümlerine istinaden tenfiz edililmeyeceği de sınırlı olarak incelenecektir.

Yabancı mahkeme ilâmının, Türk hukukunda hüküm ve sonuç doğurabilmesi, yabancı ilâmın hüküm kısmının niteliği dikkate alınarak “tanınmasına” veya “tenfizine” karar verilmesiyle mümkün olabilir. İcraî nitelik taşıyor olsa bile, şayet mahkeme ilâmının sadece kesin hüküm veya kesin delil olarak dikkate alınması gerekiyorsa; ilâmın tanınması söz konusu olabilecektir³.

Tenfiz kararı, niteliği itibariyle yenilik doğuran bir usul hükmüdür⁴. Tenfiz kararı verilmesiyle, yabancı mahkeme ilâmının hüküm kısmı, Türk mahkeme ilâmlarının

1 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 27/A maddesi gereğince, boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya evliliğin mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin verilen yabancı adli ve idari kararlar, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmamak ve verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili adli veya idari makam tarafından verilmiş ve usulen kesinleşmiş olması kaydıyla, tarafların veya vekillerinin birlikte başvurusuna istinaden -tanıma kararı olmaksızın- nüfus kütüğüne tescil edilebilmektedirler. Bu tescil talebinin niteliği ve usulü sonuçları için bkz. Burak Huysal, “Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili” (2017) 37(2) MHB 498.

2 Bir deniz alacağı için ihtiyati haciz kararı vermiş olan Türk mahkemesi, bir deniz alacağının esası hakkında verilmiş bir yabancı mahkeme kararının tenfizi bakımından da yetkili kılınmıştır meğerki tenfiz isteminin yapıldığı tarihte gemi o Türk mahkemesinin yargı çevresinde bulunsun veya geminin serbest bırakılması için TTK 1370 ile 1372. maddeleri uyarınca yatırılmış teminat, tenfiz isteminin yapıldığı tarihte mahkeme kasasında bulunuyor olsun. Bu hüküm hakem kararlarının tenfizi bakımından da geçerlidir.

3 Örneğin, iflas masasına kaydedilecek (mahkeme hükmünden doğan) para alacağının kesin delil niteliğinden ötürü tenfizi yerine tanınması söz konusu olur. Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 513.

4 Nomer (n 3) 507.

kuvvet ve niteliğini haiz olur⁵. İstisnai olarak, kimi milletlerarası mahkeme kararı, her ne kadar yabancı mahkeme olarak kabul edilse de; bu mahkemenin vermiş olduğu kararlar, tanıma ve tenfiz sürecinden geçirilmeksizin tıpkı Türk mahkemelerinden verilmiş kararlar gibi Türk hukukunda doğrudan sonuç doğurabilmektedir⁶. Türkiye, Avrupa Konseyine üye olması sebebiyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine taraf devletlerden biri olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vermiş olduğu kararlara uymayı taahhüt etmiştir⁷. Nitekim AİHM'in verdiği kararlar⁸ Türkiye'de doğrudan sonuç doğururlar. Ayrıca 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun m.375/i gereğince AİHM'in verdiği ihlal kararları, yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edilmektedir⁹.

I. Yabancı Mahkeme Kavramı

Yabancı mahkeme, yabancı bir devletin yargılama fonksiyonunu icra eden makam ve merciiyi ifade eder. Ne var ki; tenfiz şartlarını düzenleyen MÖHUK'un 54. maddesinde “yabancı” ifadesi kullanılmamıştır. Ancak bahsi geçen mahkemenin yabancı bir devlet mahkemesi olduğu, MÖHUK'un tenfiz şartlarını düzenleyen 54/1/a ve 54/1/b maddelerinden açıkça anlaşılmaktadır.

Bağlı bulunduğu devletin hakimiyeti adına yargılama yapan Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri dışındaki bir mahkeme, milletlerarası usul hukuku bakımından yabancı mahkeme olarak değerlendirilir. Yabancı mahkemenin sahip olduğu yargı erki kaynağını, bizzat devletin ülkesi ve milleti üzerindeki hakimiyetinden alır. Şu hâlde, mahkeme ilâmına yabancılık unsurunu veren esas kriter, yabancı devletin egemenliğidir¹⁰. Yabancı mahkemenin, kararını verdiği an itibariyle bağlı olduğu devletin egemen bir devlet olması gerekir. İlâmı veren mahkemenin bağlı olduğu devletin, egemenliğinin sonradan ortadan kalkması durumunda, mahkeme ilâmının niteliği ve akıbeti tartışmalı hale gelebilir. Nitekim Osmanlı İmparatorluğunun sona ermesiyle birlikte Türkiye Cumhuriyeti kurulmuş ve buna bağlı olarak Osmanlı İmparatorluğu'ndaki yargı makamlarından olan Şer'îye mahkemeleri¹¹, “Mehakimi Şer'îyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil

5 Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017) 679; Nomer (n 2) 507; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018) 505; Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2013) 1; Özümlü Demirkol, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Esası* (Onikilevha 2017) 7.

6 Ekşi (n 5) 111; Enver Arıkoğlu, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukunda Uygulanması” (2004) MHB 71 vd.

7 AİHS (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) madde 53, RG: 19.03.1954/8662.

8 AİHM'in (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) verdiği karar, kesinleşmiş bir ihlal kararı olabileceği gibi dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda verilen düşme kararı da olabilir. Bkz. 25.07.2018 tarihli ve 7145 sayılı Kanununun 19. maddesiyle yapılan değişiklik.

9 Doğan (n 24) 108.

10 Ebru Şensöz Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (Onikilevha 2017) 277.

11 Abdullah Demir, *Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi* (Yitik Hazine Yayınları 2010) 33.

Kanun¹² ile yürürlükten kaldırılmıştır. Şer'îye mahkemelerinin verdiği kararların hukuki niteliği ve etkisi, Lozan Antlaşmasının¹³ mallar, haklar ve çıkarlar başlıklı 65. maddesi dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Yabancı mahkemeler nezdinde, Osmanlı Mahkemelerinden sadır kararlar ise, verildikleri tarih itibarıyla egemen bir imparatorluk döneminde verilmiş olmaları sebebiyle yabancı karar olarak değerlendirilmelidir. Nitekim ilâmın verildiği devlet üzerindeki egemenliğin sonradan değişmiş olması, ilâmın yabancılık vasfını değiştirmemekte¹⁴ ancak kararın tanınmamasına sebebiyet verilebilir¹⁵.

Egemen bir devlet olmakla birlikte, tarihi süreç zarfında kapitülasyonlar sebebiyle, ülke toprakları içinde yer alan kimi kilise mahkemelerine, evliliğin iptali, boşanma gibi kişi hallerine ilişkin konularda yargı yetkisinin verildiği¹⁶, hatta bazı konsolosluklara¹⁷ da medeni hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda yargı yetkisinin tanındığı görülmüştür. Nitekim Osmanlı İmparatorluğu ile Fransız İmparatorluğu arasında akdedilen 28 Mayıs 1740 tarihli Kapitülasyon anlaşmasının 12. maddesi özelinde; Osmanlı İmparatorluğu'nun egemenlik sınırları içinde kalmak kaydıyla, Fransız vatandaşları arasındaki uyuşmazlıklar hakkında, Fransız konsolosluğu yetkilileri, Fransız kanunlarına göre hüküm vermeleri için münhasıran yetkili kılınmıştır¹⁸. Şu hâlde, Osmanlı İmparatorluğu bünyesindeki, konsolosluklardan sadır kararlar, yabancı bir mahkeme kararı olup, Osmanlı mahkemesi kararı olarak nitelendirilmeyecektir. Diğer taraftan yabancı mahkemelerin, Osmanlı İmparatorluğu'nda yaşayan yabancılar hakkında verdiği kararların tenfiz davaları da konsolosluk mahkemelerince görülmekteydi. Eğer davacı ve davalı aynı devletin vatandaşı ise kendi konsolosluk mahkemesince, ayrı vatandaşlıkta iseler, davalının bağlı olduğu devletin konsolosluk mahkemesince tenfiz kararı verilmekteydi¹⁹.

Egemenlik yetkisine binaen mahkemelerin verdiği ilâmlar, üniter yapıya sahip devlet mahkemesinden sadır olabileceği gibi; federal yapıya sahip devletin eyalet mahkemesi tarafından da verilmiş olabilir. Egemenliğe sahip olup aynı zamanda bağımsız bir devletin taşıması gereken unsurlara haiz olan devlet mahkemelerince verilen kararlar

12 439 sayılı Kanun için bkz. RG.26.04.1924/69.

13 Lozan sulh muahedemesinin kabulüne dair kanunlar için Kısım III Fasil 1 bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200343.pdf> Erişim Tarihi 6 Mayıs 2019.

14 Ata Sakmar, *Yabancı İllamların Türkiye'deki Sonuçları* (Fakülteler Matbaası 1982) 17.

15 1917 yılından sonra hukuken varlığı sona ermiş olan Çarlık hükümeti adına İstanbul'daki Rus Konsolosluğu Mahkemesi tarafından verilmiş olan bir karar, Fransa'nın Seine Mahkemesi tarafından tanınmamıştır. Bkz. Malkoç Şensöz (n 10) 277.

16 Fatih Sultan Mehmet döneminde çıkartılan bir hattı şerif ile Venediklilere 1454 yılında böyle bir imtiyaz tanıtmıştır. Aysel Çelikel, Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2018) 48. Ayrıca Nasım Sousa, *The Capitulatory Regime of Turkey, Its History, Origin and Nature* (Johns Hopkins Press 1933) 51-53.

17 Osmanlı İmparatorluğu, 1681 yılında Fransız Konsolosluklarına yargı yetkisi tanıtmıştır. Bkz. Çelikel, Öztekin Gelgel (n 16) 49.

18 Mariya Tait Slys, *Exporting Legality, The Rise and Fall of Extraterritorial Jurisdiction in The Ottoman Empire And China* (Graduate Institute Publications 2014) Chapter III, paragraf 6 (<https://books.openedition.org/iheid/806>) Ayrıca Lucius Ellsworth Thayer, 'The Capitulations of The Ottoman Empire And The Question of Their Abrogation As It Affects The United States,' *The American Journal of International Law* 17, no 2 (1923) 223.

19 Sakmar (n 14) 158.

ise her zaman, Türk hukuku bakımından yabancı mahkeme kararıdır. Himaye ve manda altında olmakla birlikte, bağımsız ve egemen bir devletin mahkemesi gibi kendi yargı işlerinde tamamen serbest şekilde karar alma imkânı mevcut olan, manda rejimi altında bulunan yabancı mahkemelerin ilâmları da tenfiz edilebilecektir²⁰.

Şayet yabancı devlet, eyalet yapısına haiz ise, eyalet mahkemesinin verdiği karar, -istisnai düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla- o devlet bakımından yerel bir mahkeme kararı olmasına karşılık²¹, Türk hukuku bakımından yabancı mahkeme kararı niteliğinde olacaktır²².

Tenfizi talep edilen yabancı mahkeme ilâmı, uluslararası hukuk nazarında tanınmamış devletten sadır bir mahkeme kararı olabileceği gibi; salt tanıma veya tenfizin talep edildiği mahkemenin tabi olduğu devlet tarafından tanınan, bir devletin mahkeme kararı da olabilir. Nitekim, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti mahkemelerinin verdiği ilâmlar Türkiye Cumhuriyeti devleti bakımından nitelik olarak, yabancı devlet mahkemesi kararlarıdır²³. Hatta KKTC mahkemesinden verilmiş kararlar, KKTC'yi tanımayan devletler bakımından da mahkeme kararı kabul edilerek, tenfiz prosedürü çerçevesinde değerlendirilecektir²⁴. Bunun yanı sıra, Türk mahkemeleri tarafından tanınmayan devletlerin mahkemelerince verilen ilâmların başka devletlerce tanınması ve tenfizi de kimi zaman söz konusu olabilmektedir²⁵.

Bir mahkemenin yabancı bir mahkeme olarak değerlendirilebilmesi için, bu mahkemenin bağlı bulunduğu devletin bağımsız bir devlet olup olmaması önem arz

20 Pelin Güven, *Tanıma -Tenfiz* (Yetkin 2013) 31.

21 ABD anayasasının 4. Maddesinin 1.Bölümünde yer alan eyaletlerin birbirlerinin yasalarına, idari ve adli kararlarına tam güven ve itimat ilkesi gereğince, bir eyalet mahkemesinin verdiği karar, diğer eyalet mahkemeleri tarafından da tanınmaktadır. ABD yüksek mahkemesine konu olan bir uyuşmazlıkta, Mississippi eyalet kanunları gereğince kumar yasaklanmış ve kumar borcu da eksik borç olmasına rağmen; kumar borcu alacaklısı, Missouri eyaletinde kumar borçlusuna karşı dava açmış ve lehine elde ettiği mahkeme kararının icrası için Mississippi eyalet mahkemesine başvurmuş ancak mahkeme, talebi reddetmiştir. Red kararına itiraz üzerine; ABD yüksek mahkemesi (Supreme Court) Missouri mahkemesi, her ne kadar Mississippi kanunlarını yanlış uygulayarak karar vermiş olsa da; Mississippi mahkemelerinin, Missouri mahkeme kararını icra etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. ABD Supreme Court 18.05.1908 tarihli *Fauntleroy v Lum*, 210 U.S. 230 *Symeon Symeonides, American Private International Law* (Kluwer 2008) 328.

22 Yabancı eyalet mahkemesinin verdiği karar Türk hukuku bakımından yabancı bir karar olmakla birlikte, kararın bu niteliği özellikle tenfiz aşamasında önem arz eder. Yargıtay tenfiz koşullarından olan MÖHUK m.54/a'nın öngördüğü mütakabiliyet esasını değerlendirirken, kararın verildiği eyalet ile Türkiye arasında mahkeme kararlarının tenfizi bakımından bir fiili karşılıklılığın bulunup bulunmadığını özellikle araştırmaktadır. Bkz. Yargıtay 2 HD 11237/12718, 16.02.2011, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2019.

23 Aysel Çelikel, Bahadır Erdem (n 14) 679. Ayrıca bkz. Türkiye ile KKTC Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma, Tanıma, Tenfiz, Suçluların Geri Verilmesi ile Hükümlülerin Nakli Anlaşması m. 13-14-15, RG: 13.02.1989/20079.

24 Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3rd, Savaş Yayınevi 2015) 106.; Cemal Şanlı, *Hukuki Mütaalaaların* (Adalet 2016) 1087.

25 Hukuku, KKTC Devletinin egemenlik yetkisine istinaden yargı alanına girmesine rağmen, Güney Kıbrıs mahkemelerinin özel hukuka ilişkin verdiği ilâmların, Avrupa Birliğine üye olan devletlerde tanınıp, tenfiz edilebildiği görülmektedir. Nitekim üzerinde etkin kontrolünün bulunmadığı Kıbrıs'taki bir bölgede yer alan arazi uyuşmazlığıyla ilgili olarak Güney Kıbrıs Rum mahkemesinin verdiği mahkeme kararının; 44/2001 sayılı Medeni ve Ticari Hukuk Davalarına İlişkin Verilen Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki AB Tüzüğü'nün, tenfiz koşullarını düzenleyen 34/1 ve 38/1 maddelerine aykırılık teşkil etmediği müddetçe, Birlik üyesi diğer devlet mahkemelerinde tanınmasının veya tenfizin reddedilemeyeceğine ilişkin Avrupa Birliği Adalet Divanının kararı bulunmaktadır. Karar metni için bkz. *Meletis Apostolides v. David Charles Orams, Linda Elizabeth Orams* (Case C-420/07) OJ: 4.7.2009 C 153/7.

edebilir. Siyasi bağımsızlığın kabulü için söz konusu devletin Birleşmiş Milletlere (BM) üye bir devlet olması zorunlu değildir. Nitekim Kosova, 2019 yılı itibariyle Birleşmiş Milletlere üye bir devlet olmamakla birlikte Türkiye ile Kosova arasında cezai konularda adli yardımlaşma anlaşması bulunmaktadır²⁶.

İlâmı veren yabancı mahkemenin, bağımsız bir yargı mercii olup olmamasından ziyade, yargı fonksiyonunu ifa ediyor olup olması önemlidir. Tenfize konu kararı veren kurumun dini temelli olması veya din kurallarını referans alması, yargılama yapan merciiin mahkeme olma özelliğini değiştirmez²⁷. Nitekim İsrail’deki Haham Mahkemesi veya Suudi Arabistan’daki Şeri Mahkeme de birer yargı erkine sahip mahkemelerdir²⁸. Esas olan, bu mahkemelerin bağlı oldukları devletin bu yargı mercilerini, mahkeme olarak nitelendirmesidir. Bunun yanında kimi ülke yargılamasında, yargılamaya halk jürisi de katılmaktadır. Halk Jürisinin katılımıyla oluşan yargı mercii mahkeme olup, verdiği ilâm Türk hukuku bakımından yabancı bir mahkeme kararıdır²⁹.

II. Tenfizi Talep Edilen Yabancı İlâmın Hukuk Devletinden Sadır Olmasının Gerekip Gerekmediği

Tenfize konu olan ilâmın, yabancı devlet mahkemesinden sadır olacağı belirtilmekle birlikte; bu devletin bir hukuk devleti olmasının gerekip gerekmediğine ilişkin herhangi bir şarta MÖHUK’ta yer verilmemiştir. Şu hâlde, Türk mahkemelerinin önüne gelen tenfize konu yabancı ilâmın, hukuk devleti mahkemesinin kararı olması şart mıdır? Devletlerin, sömürge olmayan devletler üzerinde egemenliği ve tahakkümü bulunmadığından Türkiye’nin de, yabancı bir devletin hukuk düzenine müdahale edebilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle tenfiz şartları açısından hukuk devleti ifadesine yer verilmemesi, doğal ve anlaşılır karşılanabilir. Ancak tenfizi talep edilen yabancı ilâmı veren mahkemenin, bir hukuk devleti olmaması, MÖHUK 54(1) (c) hükmüne istinaden kamu düzeni müdahalesini gündeme getirebilir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Anayasasının³⁰ 2.madde hükmü ile güvence altına alınan bir hukuk devletidir. Anayasa Mahkemesi, verdiği kararlarında “hukuk devleti” tanımına yer vermiştir. Mahkeme’nin 25 Mayıs 1976 tarih ve 1976/28 sayılı kararında, -‘hukuk devleti’- “insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa’ya uygun olan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet” olarak tanımlanmıştır. Buna ilave olarak, Anayasa Mahkemesi, 27

26 RG: Onayı uygun bulma kanunu RG.22.5.2013/28654. Anlaşma metni için RG: 22.3.2016/29661.

27 Bağlı olduğu ülke hukukuna göre usulen teşkil edilmiş dini mahkemelerden sadır kararlar tenfiz edilebilirler. Bkz. Işıl Özbakan, *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Kazancı 1987) 146.

28 Ekşi (n 5) 111.

29 Ekşi (n 5) 112.

30 RG: 9.11.1982/17863 (Mükerrer)

Mart 1986 tarih ve E.1985/31, K. 1986/11 sayılı kararında hukuk devleti kavramını detaylandırarak; “her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun dahi bozamayacağı temel hukuk ilkeleri olan ve Anayasa bilincinden uzaklaştığında bunların geçersiz kılınacağını bilen devlet” olarak ifade edilmiştir.

Tenfizi talep edilen yabancı mahkeme ilâmının sadır olduğu devletin, hukuk devleti olup olmadığını prensip olarak Türk hâkimi denetleyemez. Ancak yabancı ilâmın, hukuk devleti ilkelerine aykırı şekilde verilmesi, kamu düzeninin müdahalesine kapıyı aralayabilir. Örneğin, 2017-2018 yıllarına dair hukukun üstünlüğü endeksinde³¹ Danimarka devleti birinci sırada yer alırken, Venezuela devleti son sırada listelenmiştir. Bu türden bir endeks veya sıralama, Türk hâkimine, bahsi geçen iki devletten sadır mahkeme kararlarına baştan olumlu veya olumsuz bir önyargıyla hareket etme hakkı hiç şüphesiz vermez. Yabancı mahkeme ilâmı kimden sadır olursa olsun, tenfiz hâkimin temel görevi, her somut olayda ilâmın hüküm kısmının içeriğinden tenfiz şartlarının ihlal edilip edilmediğini incelemektedir.

İlâmı veren merciinin yargı erkine haiz olduğunun kabulü için, öncelikle mahkemenin teşkilatının mevzuatla veya hukuki bağlayıcılığı olan düzenlemelerle güvence altına alınması gerekir.

Her devletin anayasasında veya yasalarında, mahkemelerin görev ve yetkilerini düzenleyen hükümler bulunur ve bu düzenlemeler kapsamında yargı merciileri yargı işlevini yerine getirirler³².

Bir başka ifadeyle mahkemenin teşekkülünün hukuki ve bağlı olduğu devlete izafe edilebilen resmi ve bağlayıcı bir dayanağı olmalıdır. Buna ek olarak, yargı merciinin tabi olduğu usul kurallarının olması ve yargılamayı yürüten kişinin tarafsız, bağımsız bir yargı mensubu olması gerekir.

Yabancı mahkemece uygulanan usul kurallarının, hukukun temel prensiplerine aykırı olması, bu kuralların tenfiz devletinin usul kurallarına örneğin Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer alan kurallara aykırı olması demek değildir. Farklı devletlerin farklı usul kurallarına sahip olması çok doğaldır. Ancak tenfizi talep edilen yabancı kararı veren mahkemenin uyguladığı usul kurallarının, temel usul hukuku prensiplerine aykırı olması kamu düzeni müdahalesine sebebiyet verecektir³³.

31 World Justice Project 2017-2018, Washington, 2018, 20-21. (https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2018-June-Online-Edition_0.pdf)

32 Rona Aybay, Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması* (2nd, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 16.

33 Cemile Demir Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni* (Seçkin 2001) 219.

Misal olarak, tenfizle konu olan yabancı ilâm, verildiği devlet hukuku gereğince üç hâkimli bir yargılamaya yapılarak verilmesi gerekirken, tek hâkimle verilmiş ise, MÖHUK'un 54(1)(c) hükmüne istinaden kamu düzeni gerekçesiyle tenfiz talebi reddedilecektir³⁴. Görüldüğü üzere, tenfiz hâkimi önüne gelen yabancı ilâmın verildiği devletin usul hukuku kurallarını dikkate alarak, söz konusu kararın o yer hukukuna göre mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkilerini düzenleyen mevzuata uygun olarak kaç hâkimle verilmesi gerektiğini incelemelidir. Uygulamada, tenfiz mahkemesince davalı tarafından açıkça itiraz yapılmadıkça bu yönden re'sen bir inceleme yapılmıyor olsa bile, mahkeme her zaman bu hususu re'sen araştırılabilir. Keza yabancı ilâmı veren devletin mevzuatında tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi bazı tür uyuşmazlıklar için ihtisas mahkemeleri görevlendirilmiş ise, tenfiz kararının verilebilmesi için ilâmın yetkili yabancı ihtisas mahkemesinden sadır olması da aranacaktır.

AİHM içtihadında³⁵, “mahkeme”, tabii olduğu usul kuralları uyarınca yetkiye haiz, bağımsız, tarafsız ve yargılama yapan kişiye güvence tanınan yargı mercii” olarak ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, yargılama usulü güvencelerine sahip olan, belli bir usul izleyerek, hukuk kurallarına dayanarak devlet zoruyla icra edilebilmesi mümkün olan kararlar verme yetkisine sahip merciler mahkeme olarak kabul edilmektedir³⁶. Bu nedenle, mütalaa veya tavsiye kararı verme yetkisine haiz makamlar, mahkeme olarak nitelendirilmeyecektir³⁷.

Prensip olarak, kararın verildiği yer hukukuna göre mahkeme olarak kabul edilen bir merciinin, tenfiz devleti hukukuna göre de mahkeme olup olmadığının değerlendirmesi yapılamaz. Ancak kanaatimizce, bağlı olduğu devletin hukukuna göre mahkeme olarak isimlendirilmekle birlikte nitelik olarak yargılama faaliyetinin unsurlarına sahip olmayan mahkemeden sadır bir ilam, tenfiz devleti bakımından AİHS'nin 6.maddesinin³⁸ güvence altına aldığı adil yargılanma ilkesine veya 13.maddesinin³⁹ güvence altına aldığı ulusal merci önünde etkili bir başvuru yolunun bulunması esasına aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle MÖHUK'un 54(1)(c) hükmüne binaen bir tenfiz engeli oluşturacaktır. Doktrinde, bağımsızlık ve tarafsızlık gibi

34 Türk hukuku özelinde, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 5. maddesi gereğince bazı ticari davalar ile değeri üçyüz bin Türk Lirasının üzerindeki davalar üç hâkimli olarak görülecektir. Türk hukukundaki düzenlemeye benzer düzenlemelerin yabancı devlet hukuklarında da var olması kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle, tenfiz hakiminin, ilâmın kaç hakimle verildiğini re'sen araştırma ve denetleme yükümlülüğünün olduğunu söyleyebiliriz.

35 Belilos v İsviçre Davası App No 10328/83 (ECHR, 29 March 1988), paragraf 64.

36 İpek Büyükalp Sarıöz, *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri* (Onikilevha 2018) 111.

37 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu* (2nd edn, Seçkin 2004) 343.

38 Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. ...

39 Bu Sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davanan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir

ilkelerin ihlal edildiği bir makamdan sadır kararların, kusurlu bir organ tarafından verilmiş olması sebebiyle mahkeme niteliğinde kabul edilmemesi gerektiği ancak bunun için soyut ve yüzeysel bir araştırma yapmak yerine mahkemenin, taraflı ve bağımlı olduğunun somut olarak yargılama üzerinde ciddi etkisinin bulunup bulunmadığına bakılması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁰.

Yabancı mahkemenin, tabii olduğu devlet hukukuna göre, kuruluş, görev, yetki, işleyiş ve yargılama usullerini düzenleyen bağlayıcı bir mevzuatının bulunması gerekir. Kimi devlet bu düzenlemelere anayasasında yer verebileceği gibi kimisi bunu kanun, tüzük, yönetmelik veya idari tasarruflarla düzenleyebilir. Bu noktada önemli olan husus, bu düzenlemelerin teknik isminden ziyade mahkemeleri veya yargı organlarını bağlayıcı olmalarıdır. Türk hukukunda, hukuk devletinin unsurlarından biri, kanunilik ilkesidir ve mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla belirlenmiş olması, tek başına yeterli olmadığı gibi ayrıca, söz konusu belirlemenin, uyumsuzluğun ortaya çıkmasından önce kanunla düzenlenmiş olması da şarttır⁴¹. Bu husus aynı zamanda adil yargılanmanın güvencesini teşkil eder. Bu anlayıştan hareketle, tenfizi talep edilen yabancı ilâmı veren mahkemenin görev ve yetkisinin, uyumsuzluğun ortaya çıkmasından önce bağlı olduğu devletin hukukuna göre belirlenmiş olması gerekir. Şayet, tenfizi talep edilen yabancı ilâmı veren mahkemenin görev ve yetkisi belirsiz ve hukuk güvenliğinden yoksun, öngörülebilirlik ilkesini ihlal eder nitelikte ise, ilâmı veren yabancı devlet mahkemesinin teşekkülü, Türk hukukunun benimsediği hukuk devleti anlayışına ters düşecektir ki; bu husus, MÖHUK'un 54(1) (c) hükmü uyarınca kamu düzeni müdahalesine sebebiyet verecektir. MÖHUK'taki tenfiz şartlarını incelediğimizde, yabancı ilâmı veren mahkemenin görev ve yetkisine ilişkin bir incelemeye yer verilmediğini görmekteyiz. Buna sınırlı bir istisna olarak, MÖHUK'un 54(1). maddesinin (b) fıkrasında yer alan ilâmı veren mahkemenin "aşırı yetki"sinin önüne set çekmek isteyen düzenlemeyi gösterebiliriz. Ne var ki, bu düzenleme kanunun gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere, dava konusu ve taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmayan mahkemeyi hedef almaktadır. Oysa tenfiz şartları bakımından, yabancı mahkeme ilâmının, verildiği devlet hukuku bakımından görevli ve yetkili bir mahkemeden sadır olup olmadığı çoğunlukla araştırma ve inceleme konusu yapılmamaktadır. Oysa kimi iki taraflı adli yardım anlaşmalarında, tanıma ve tenfiz kararı verilebilmesi için, akit devlet mahkemesinden sadır kararın o yer yetkili mahkemesi tarafından verilmiş olması özellikli bir şart olarak aranmaktadır⁴². MÖHUK bakımından ise yukarıda belirttiğimiz istisna hariç, böyle bir şart aranmamaktadır. Ancak kanaatimizce, yabancı mahkeme ilâmı, verildiği yer hukuku

40 Aybay, Dardağan (n 32) 307.

41 Anayasa Mahkemesi E.2017/67 K. 2017/91 sayılı kararı. <https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2017-67.pdf> Erişim Tarihi 1 Temmuz 2018.

42 Bkz. Türkiye ile Tunus Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Kararların Tanınması ve Yerine Getirilmesi Hakkındaki Sözleşme m.2/a ve 3 RG: 11.09.1984/18512.

bakımından görevli ve yetkili bir devlet mahkemesinden sadır değil⁴³ ise, bu durum Türk anayasasının öngördüğü hukuk devleti anlayışına ters düşeceğinden 54(1). maddesinin (c) fıkrası gereğince Türk kamu düzenine aykırılık oluşturacak olup tenfiz talebinin reddine sebebiyet verecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine konu olan Hussin v. Belçika yargılamasında⁴⁴, Belçika vatandaşı kişi hakkında Alman mahkemesinin verdiği babalık kararı ile nafaka kararının Belçika mahkemesinde tanınması ve tenfizi talep edilmiş ancak Belçika mahkemesi, soybağına ilişkin kararların şahsi statüye tabi olması ve de meselenin 1968 tarihli mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında Brüksel Sözleşmesinin kapsamına girmemesinden ötürü 1958 tarihli Belçika ile Almanya arasında akdedilen anlaşmanın uygulanması gerektiği gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermiştir. Zira söz konusu anlaşmanın 4. maddesi, şahsi statüye ilişkin davaların, davalının vatandaşı olduğu veya yerleşim yeri veya mutad meskenin bulunduğu devlet mahkemesinde açılmasını şart koşmaktaydı. AİHM, mahkemenin yetkisine ilişkin olarak; Belçika temyiz mahkemesi de dahil olmak üzere, Brüksel Konvansiyonunun uygulanmayacağına dair verilen kararların yanlış olduğunu, bunun yerine Belçika-Almanya arasındaki 1958 tarihli anlaşmasının uygulanmasının gerektiği tespitini yaptıktan sonra, AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Ne var ki, biz AİHM'den farklı olarak, davacının davasını yetkisiz mahkemede açmak zorunda bırakılmasının, AİHS'in 6. maddesinin ihlaline sebebiyet verebileceği kanaatindeyiz.

Belirtelim ki, yabancı ilâmın yetkili devlet mahkemesinden sadır olup olmadığının tenfiz davasında incelenip incelenmeyeceği hususunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Birinci yaklaşım, tenfiz davasında, yabancı mahkemenin yetkisinin kontrolünün bizzat kararı veren yabancı mahkemenin yetki kuralları uyarınca denetiminin yapılmasıdır⁴⁵. Bizim de katıldığımız ve devletlerin egemenlik yetkisine saygı duyulmasını gerektiren bakış açısı da bu olmalıdır. Ancak burada ilâmı veren yabancı devletin aşırı yetki kurallarının tenfiz devleti mahkemelerince incelenip incelenmeyeceği gündeme gelebilir⁴⁶. Türk Milletlerarası Usul Hukuku özelinde, tenfiz mahkemelerinin kural olarak yabancı ilâmı veren mahkemenin yetkisinin aşırı olup olmadığını re'sen inceleyemeyeceğini söyleyebiliriz. Bunun tek istisnası, MÖHUK 54(1)(b) fıkrası uyarınca davalının bu hususa ilişkin itirazıdır.

Tenfiz davasında, yabancı mahkemenin yetkisinin kontrolüne ilişkin ikinci tür yaklaşım ise; yabancı mahkemenin yetkisinin, tenfiz mahkemesinin doğrudan yetki

43 Kıta Avrupası devletleri bakımından, yetkisiz mahkemenin verdiği yabancı karar tanınıp tenfiz edilmemektedir. Bkz. Sakmar (n 14) 141.

44 *Hussin v Belçika* App no 70807/01 (ECHR, 6 May 2004). Ayrıca Bkz. Louwrens R. Kiestra, *The Impact of European Convention on Human Rights on Private International Law* (Springer 2014) 220 vd. ; İlyas Arslan, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinin Mütakabiliyet Şartına Bağlanması ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Yer Alan Bazı Haklar Arasındaki İlişki*, (2019) 32 (143) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 337.

45 Begüm Süzen, *Tanma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi* (Onikilevha 2016) 111.

46 Süzen (n 45) 112.

kuralları uyarınca denetiminin yapılmasıdır⁴⁷. Yansıma teorisi olarak adlandırılan bu yaklaşım Almanya, İtalya ve Japonya devletlerinin tenfiz hukukunda hayat bulmaktadır. Bu yaklaşıma göre, tenfize konu kararı veren mahkemenin hukukundaki yetki kuralları ile tenfiz mahkemesi hukukundaki yetki kurallarının karşılıklı ve aynı olması gereklidir⁴⁸. Benzer düzenleme Bulgar Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 117(1). maddesinde de yer almaktadır⁴⁹. Bulgar mahkemelerinde tenfiz kararı verilebilmesi için, yabancı kararı veren mahkemenin Bulgar hukukundaki milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili olması gerekir. Haklı olarak doktrinde⁵⁰ bu yaklaşım eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, bu yaklaşım benimsenecek olursa, menşee devletin makul ve adil bir yetki kuralı, sırf tenfiz devleti hukukunda bu kural yer almadığından tenfizin reddine sebebiyet verecektir. Diğer bir görüş ise, yansıma teorisinin işlevini yerine getirebilmesi için yetki kurallarının milletlerarası alanda kabul gören asgari bağlantıları kapsayacak kadar geniş diğer yandan da yeterli bağlantıyı sağlamayan aşırı yetki iddialarını dışlayacak kadar da dar nitelikte olması gerektiği ileri sürülmektedir⁵¹.

Tenfiz davasında, yabancı mahkemenin yetkisinin denetimine ilişkin üçüncü yaklaşım ise, tenfiz devleti hukukunda yabancı mahkemenin yetkisini denetlemeye yönelik düzenlenen özel yetki kurallarına istinaden denetimin yapılmasıdır⁵².

Hukuk devletinin temel ilkeleri arasında hukuk güvenliği ilkesi de yer almaktadır. Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur⁵³. Hukukî güvenlik ilkesi, kişilerin tâbi olacakları hukukî rejimini önceden bilebilmesini ve davranışlarını buna göre ayarlayabilmesini, bir düzene sokabilmesini ifade eden temel bir ilkedir. Bu ilke aynı zamanda evrensel hukuk normları arasında kabul edilmektedir. Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını ifade eder. Kural olarak hukuk güvenliği yasaların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar hariç kanunlar, ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır⁵⁴. Tenfiz şartları arasında yabancı hâkimin uyguladığı hukuk normunun geriye yürütülüp yürütülmediği denetlenmemektedir. Zira bu durum bir yönüyle revizyon yasağının ihlali anlamına da gelir. Ancak, hukuk devleti ilkesi Türk hukukunun temel değerleri arasında kabul edildiğinden, yabancı hâkimin, yetkili hukuka aykırı şekilde yasaları geriye yürüterek

47 Süzen (n 45) 113.

48 Süzen (n 45) 114.

49 Şanlı (n 14) 399.

50 Burak Huysal, 'Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi' (Beta 2011) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 480.

51 Esra Dardağan, *Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı* (Siyasal Yayınevi 2005) 247.

52 Süzen (n 45) 116 vd., 123.

53 Anayasa Mahkemesi 28.4.2011 E. 2009/39 K.2011/68, RG:15.10.2011/28085.

54 Anayasa Mahkemesi 29.12.2011 E. 2010/73 K.2011/176, RG:17.03.2012/28236.

hüküm tesis etmesi, ilâmın hüküm kısmından anlaşılması koşuluyla MÖHUK'un 54(1) (c) maddesi gereğince kamu düzeni müdahalesini gerekli kılacaktır.

AİHM'in verdiği çeşitli kararlardan, yargı fonksiyonunu icra edecek merciinin, hangi unsurlara haiz olması gerektiği anlaşılabilir. Bir makamın, etkili başvuru merci olarak kabul edilebilmesi için, yargılamayı yapan makamın bağımsız olması ve usule dair herkes için standart güvenceler⁵⁵ sunuyorsa gerekir⁵⁶.

Yargılamayı yapan merciinin, etkili bir yargı yolu olabilmesi için öncelikle uyumsuzluğu çözebilecek yetkili ve görevli bir yargı merciinin var olması gerekir. Diğer bir ifadeyle adalet erişimin söz konusu olabilmesi gerekir. Yer yönünden münhasır yetkili olan yabancı bir devlet mahkemesinde dava açmak için talep edilen yargı masraf ve harç giderleri çok yüksek ise veya adli yardım imkanından istifade ederek yargı masraf ve harçlarının karşılanması mümkün değil ise, adalet erişimin önünde engeller olduğu söylenebilir. Nitekim Türk hukukunda (HMK. m.132/b) olduğu gibi, asıl davada ileri sürülen talep arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunması durumunda davalı taraf, menfaati gereği karşı dava açmak isteyebilir. Yabancı devlet mahkemesinde esas dava görülürken, davalı aynı devlet mahkemesinde karşı dava açmak istediği vakit; dava harcı ile yargılama giderlerinin yüksekliği sebebiyle adli yardımdan hiç yararlanma imkânının olmadığı bir ihtimalde, esas davanın tenfizi talebi, kamu düzeni gerekçesiyle reddedilebilir.

Mahkeme yargılaması için aranan kriterlerden bir diğeri, delil ve belge ibrazına izin verilmesi ve bu belgelerin objektif olarak değerlendirilmesidir. Hemen belirtelim ki, Türk tenfiz hukukunda aleyhine tenfiz istenen kişinin, hükmü veren mahkemede temsil edilmemesi veya o yer kanunlarına aykırı şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmesi MÖHUK'un 54(1)(ç) maddesi gereğince tenfiz reddi sebebidir. Mahkeme, tarafların iddialarının, delillerinin ve belgelerinin değerlendirmesini yaparken, hukukun belirlediği sınırlar içinde kalarak maddi gerçeği ortaya koymalıdır. Adil bir yargılama için mahkemenin delilleri ve olguları değerlendirmede takdir hakkına ve esnekliğe sahip olması gerekir. Nitekim, AİHM verdiği kararında, mahkemenin olguları ve gerçeklerin tespit edilmesinde ve değerlendirilmesinde belli ölçüde esnekliğe ve bağımsızlığa sahip olması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁷.

55 İddiasını ileri sürebilme veya savunma imkanının tanınması gibi.

56 De Souza Riberio v. Fransa (Başvuru No: 22689/07) (AİHM Büyük Daire Kararı) (13.12.2012). Hukuken etkili bir başvuru yolundan kasıt; her koşulda başvuran lehine bir sonucun elde edilmesi demek olmadığı gibi mutlaka başvuru yapılan mercinin bir mahkeme olması gerektiği anlamına da gelmez. Esas olan, sahip olduğu yetki ve usul güvenceleriyle etkili bir sonucun alınabileceğidir. Şayet, itiraz merci bir mahkeme değil ise, bu takdirde kararı veren mercinin bağımsız bir merci olması gerekir. Ayrıca itiraz edecek olana usulü güvencelerin de sunuluyor olması gerekir. Başvuru sonrası elde edilecek sonuç müstakil bir karar olacağı gibi iç hukukun öngördüğü toplu kazanımlar da olabilir. 13. madde anlamında etkili bir hukuk yolundan bahsedebilmek için bunun hem hukuken hem de fiilen etkin bir yol olması gerekir. Keza başvuru neticesinde elde edilen neticenin hiç şüphesiz devletin sorumlu idari birimleri tarafından örtbas edilmemesi, ortadan kaldırılmaması da gerekir. (para 79)

57 *Broniowski v Poland* App no: 31443/96 (ECHR, 22 June 2004) para 151; *Depalle v France* App no 34044/02 (ECHR, 29 March 2010) para 78.

Usul hukukundaki kurallar, takdir yetkisinin sınırlandırılmasında, silahların eşitliğinin güvence altına alınmasında, keyfi davranılmasının engellenmesinde ve özellikle yargılamanın makul süre zarfında yapılmasının temini bakımından çok önemlidir. Buna karşılık, “katı şekilcilik” anlayışıyla usul için esas, feda edilmemelidir. Zira usul kurallarındaki “katı şekilcilik” bir hakkın tesisi için, adalete ve mahkemeye erişim önünde engel oluşturmamalıdır. Bununla birlikte AİHM Büyük Dairesi, “yargılamanın usulüne uygun olarak yürütülmesi” ile “hukuki kesinlik” kavramları arasında fark olduğunu ve adı geçen bu kuralların içeriğinin, uyuşmazlığın yetkili mahkeme önüne taşınmasını veya adalete erişimi ortadan kaldıracak şekilde düzenlenmemesi gerektiğini ifade etmiştir⁵⁸.

Yargı merciinin verdiği kararın, hukuk güvenliğini sağlıyor olması gerekir. Hukuk güvenliğinin temini için yargılamada keyfiliğin önüne geçecek önceden belirlenmiş istikrarlı usul kurallarının bulunması zorunludur. Bu kurallardaki eksiklik veya kuralların uygulanmasındaki zaaflık veya gecikme etkin başvuru yolunun işletilmemesine sebebiyet verecektir⁵⁹. Yargı makamına tanınan delil ve olguları değerlendirmedeki esneklik sınırsız olmamalı ve fakat hukuk güvenliği tesis etme fonksiyonu ile dengelenmelidir.

Yargılamanın temel ilkelerinden bir diğeri de şeffaflıktır. Uyuşmazlığın esasına ilişkin yapılan yargılamanın olmazsa olmaz unsurlarından biri, usul kurallarının veya yargılamanın istisnai durumlar hariç herkes için şeffaf olmasıdır. İstisnai durumlar olsa bile, yargılamanın tarafları için yargılamanın ve usul kurallarının önceden bilinebiliyor olması⁶⁰ asıldır. Özellikle dava açma veya cevap sürelerinin önceden biliniyor olması zorunludur. Keza nelerin delil olarak kabul edildiği ve ne kadar süre içinde ibraz edilmeleri gerektiği gibi hususların da önceden herkes tarafından biliniyor olması gerekir. Şeffaflığın bir yönünü, dava ikamesi aşamasında hangi mahkemenin görevli ve yetkili olacağını önceden biliniyor olması oluşturur. Hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğunun, davacı ve davalı tarafından önceden bilinmiyor olması veya bilinmeyecek olması, usul kurallarının şeffaf olmadığının bir göstergesi olarak kabul edileceği gibi aynı zamanda tenfiz davasında, davalının itirazına bağlı olarak MÖHUK’un 54(1)(c) maddesi kapsamında haklı bir itiraz sebebi oluşturur.

58 *Zubac v Hırvatistan* App no 40160/12 (ECHR, 5 April 2018). AİHM, Hırvat anayasa mahkemesinin, alt derece mahkemesinin yaptığı usul hatalarıyla bağlı olmadığına karar vermiştir. AİHM kararına konu olan olayda, ilk derece mahkemesinde uyuşmazlığın değeri 100.000 Hırvat Kunası olarak belirtilmiştir. Ancak, uyuşmazlığın anayasa mahkemesine taşınabilmesi için alt derece mahkemesi, tarafların dilekçedeki talep sınırının üzerine çıkarak uyuşmazlığın değerini 105.000 Hırvat Kunası olarak yazmıştır. Hırvat anayasa mahkemesi, sınır değerini mahkemenin yargı yetkisinin altında kaldığını gerekçe göstererek talebi reddetmiştir. AİHM, anayasa mahkemesinin yasal sınırlarla bağlı olduğunu bu nedenle AİHS’nın 6/1 maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

59 AİHM kararına konu olan olayda, Rus hukukuna göre, teröristlerin cesetlerinin yakılması sebebiyle ceset üzerinde gerekli incelemelerin sonradan yapılamayacak olması, maddi vakıaların tespitinde ters etki yaratmakta olup AİHS’in 13. ve 8. Maddelerinin ihlaline sebebiyet vermiştir. *Maskhadova and Others v Rusya* App no 18071/05 (ECHR, 6 July 2013) para 245,248.

60 *Bkz. Souza Ribeiro v France* App no 22689/07 (ECHR, 13 December 2012) para 79.

Şeffaflığın başka bir boyutunu, aleniyet ilkesi oluşturur. AİHM, aleniyet ilkesinin, bireylerin belirli kararların neden alındığını anlamaları için önemli olduğuna vurgu yapmıştır⁶¹. Bu noktada, tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararlarının gerekçesiz olmasının, kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmeyeceği gündeme gelebilir. Bu konuda Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında⁶², gerekçesiz mahkeme kararlarının, Türk hukukunda tenfiz edilebileceği yönünde karar vermiştir. Kanaatimizce, gerekçesiz mahkeme kararlarının bazı hallerde tenfizi mümkün olmayabilir. Aile hukukuna özellikle çocuğun soy durumuna, vesayetine veya velayetine ilişkin yabancı mahkeme kararların gerekçesiz olmasının kamu düzeni müdahalesini gündeme getirebileceğini düşünüyoruz. Yargıtay İBKG. Kararına konu olan mahkeme kararının, borçlar hukukuna ilişkin olması sebebiyle, ilâmın gerekçesiz olması durumu, aile hukuku kararlarına nispetle daha esnek ve toleranslı karşılanabilir.

Adil bir yargılama için, hükmün veya ilâmın süresinde verilmesi önem arz eder. Yargılamanın, tabi olunan usul kurallarından ödün verilmeksizin, seri ve zamanında yapılması kadar, hükmün de mahkemenin tabi olduğu usul kuralları çerçevesinde adil yargılanma ilkesi bertaraf edilmeksizin makul bir süre içinde verilmesi önemlidir⁶³. Mahkemenin, kararını, uyuşmazlığın niteliği ve zorluğuna göre makul bir süre içinde vermesi, bu mahkemenin aynı zamanda, uyuşmazlığın çözümü için etkili bir başvuru mercii olarak kabulünün teyidi anlamına da gelir. Adaletin gerçekleşmesinin önemli unsurların biri, yargılama süresinin uzamasına sebebiyet vermeksizin tamamlanmasıdır. AİHM içtihatlarından, makul sürenin aşılp aşılmadığının değerlendirilmesinde, uyuşmazlığın hukuksal yönden zorluğu ve karmaşıklığı, delillerin toplanmasındaki zorluklar, yargılamanın uzamasında tarafların üzerlerine düşen yükümlülükleri yerine getirip getirmediği ve de yargı merciinin yargılamayı makul sürede sonuçlandırmak için ne şekilde hareket ettiğine dikkat edilmektedir⁶⁴.

MÖHUK'un 50(1). maddesi bakımından, uzun yıllar süren yargılama neticesinde elde edilen, verildiği devlet hukukuna göre hüküm ve sonuçlarını doğurmaya ve icra kuvvetini sürdürmeye devam eden bir ilâm, Türk hukuku bakımından geçerli bir yabancı mahkeme kararı olarak dikkate alınacaktır. Bu noktada, ilâmın verildiği devlette tenfiz davasının davalısı hakkında konkordato kararı verilmesinin, tenfize bakımından sonuçları olabilir. Örneğin tenfizi talep edilen ilâmın verildiği devlette

61 Garcia Ruiz v İspanya App no 30544/96 (ECHR, 21 January 1999) para 26; Suominen v Finlandiya App no 37801/97 (ECHR, 01 July 2003) para 34.

62 Yargıtay İBKG 10.2.2012 tarih ve E. 2010/1 K. 2012/1 sayılı kararı. <www.kazanci.com>

63 Janneke H. Gerards, Lize R. Glas, 'Access to Justice in the European Convention on Human Rights System' (2017) Quarterly of Human Rights 17.

64 Büyükalp Sarıöz (n 36) 68,69.

(İsviçre’de), ilâm borçlusu konkordato talebinde⁶⁵ bulunur ve de mahkeme kesin süreyle konkordato mühleti verir ise⁶⁶, söz konusu süre zarfında, ilâmın verildiği yabancı devlette borçluya karşı ilâmlı veya ilâmsız takip yapılamayacağından ötürü Türk mahkemesinde açılacak tenfiz davasının da MÖHUK’un 55(2) maddesine istinaden tenfiz talebinin reddedilmesi gerekecektir. Konkordato mühleti boyunca borçluya karşı takip yasağı sadece borçlun özelinde geçerlidir⁶⁷. Bu nedenle, örneğimizde olduğu gibi İsviçre mahkemesinden sadır bir ilâma ilişkin, Türk mahkemelerinde müşterek borçlulara veya kefillere karşı takip yapılabileceğinden, tenfiz davası da görülebilecektir.

Benzer şekilde Alman hukukunda iflas davasının sonlandırılması neticesinde “alacaklardan muafiyet kararı”nın verildiği hallerde, Alman mahkeme kararına istinaden Türk mahkemelerinde yapılacak tenfiz talebinin reddedilmesi gerektiği savunulmaktadır⁶⁸.

Kararın verildiği devlette yapılan yargılama neticesinde verilen bir hükmün, o yer hukukunca nitelik olarak mahkeme ilâmı olarak kabul ediliyor olması, tenfiz devleti bakımından da bu ilâmın mahkeme yargısı neticesinde verilmiş bir ilâm olacağı anlamına gelmeyebilir⁶⁹. İlgili devlet hukuku bakımından bir dini kurumun, -resmi olarak mahkeme sıfatını haiz olmamakla birlikte- verdiği karar, o yer hukukunca her ne kadar mahkeme ilâmı niteliğinde kabul ediliyor olsa da; tenfiz devleti bakımından bu ilâmın bir mahkeme kararı olarak değerlendirilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁰. Resmen mahkeme olarak teşekkül etmemiş ve hukuk devleti değerlerine haiz olmayan makamlardan sadır ilâmlar, Türk hukukunda tenfiz edilemez⁷¹. Keza yabancı noterler tarafından düzenlenen hibe senetlerinden doğan alacakların tanınması ve tenfizi de söz konusu olmayacaktır. Zira yabancı noterlerin yargı erki bulunmamaktadır. Kaldı ki; yabancı noterin düzenlediği belgenin, bulunduğu ülke mahkemesince bunun onaylanması, söz konusu belgeyi ilâma da dönüştürmez⁷².

65 Konkordato talebinin başarıya ulaşması için borçluya rahatsız edilmeden gerekli hazırlıkları yapabileceği uygun bir ortamın sağlanması gerekir. Borçlunun malvarlığının koruma altına alındığı bu zaman zarfında gerek Türk gerekse İsviçre hukukunda alacaklılar birtakım kısıtlamalara tâbi tutulmaktadır. Bkz. Cenk Akil, “Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre)” (2019) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 228.

66 Türk hukuku bakımından konkordato kesin mühletinin alacaklılar bakımından sonuçları için bkz. 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu m.294. RG:19.06.1932/2128.

67 Akil (n 65) 231.

68 Şanlı (n 14) 436, 440.

69 Nomer (n 3) 417; Şanlı, Esen, Figanmeşe- Ataman (n 4) 514; Çelikel, Erdem (n 4) 685.

70 Emre Esen, ‘Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi’ (2007) 1-2 MHB 49.

71 Tuğrul Arat, ‘Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi’ (1964) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 500.

72 Yargıtay 1 HD 14.05.2003 E.2003/4324 K.2003/5861 sayılı kararı (Doğan İzzet, *Öğreti ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku* (Ankara, 2010) 207. Yargıtay, Arnavut Tiran Noterliği tarafından tanzim ve tasdik edilen iki parsel sayılı taşınmazdaki paya ilişkin hibe senedinin, Tiran Halk Mahkemesi ve Türk Konsolosluğunca onaylanmış olmasının; tanınması ve tenfize imkân vermeyeceğine hükmetmiştir.

Ancak idari makamlarca verilen ilamların tanınması⁷³, özel kanunlarla veya iki taraflı adli yardım anlaşmalarıyla tenfizi mümkün olabilmektedir.

Buna karşılık, İran hukukunda olduğu gibi, İran Aile Mahkemesi'nin verdiği boşanma ilamı sonrası bu kararın icrasının, üç ay içinde tek taraflı olarak kocanın notere başvurmasıyla gerçekleştiriliyor olması, boşanma ilamının, ilam olma niteliğini kaldırmayacağından, tanınmasına engel değildir. Ancak boşanma ilamının icrasının tek başına kocanın tasarrufuna bırakılması, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10., 41. hükümlerine aykırı olduğu gibi diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek-7 nolu Protokolünün 5. maddesini de ihlal edeceğinden, MÖHUK'un 54. maddesinin (c) bendi gereğince söz konusu tanıma talebinin reddedilmesi gerekir.⁷⁴

Tanıma ve tenfiz şartlarını taşıyan ve özellikle adil yargılanma hakkının tüm ilkelerini yerine getiren⁷⁵, başta kanunilik, bağımsızlık ve tarafsızlık olmak üzere tüm unsurlarını taşıyan bir yargı organının, yabancı hukuk tarafından belli bir uyumsuzluğu çözmek konusunda yetkilendirilmesi durumunda; adli teşkilat içinde yer almasa bile, söz konusu organ tarafından verilen kararın yine de tanınması ve tenfiz edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁷⁶.

MÖHUK'un 50(1) maddesinde yer alan mahkeme ifadesinin yukarıda belirtilen unsurlara istinaden “verildiği ülke hukukuna göre yargı yetkisi bulunan ve adil yargılanma güvencelerini taşıyan adli veya idari makamlar” şeklinde değiştirilmesi önerilmektedir⁷⁷. Kanaatimizce, basit yargılama usulüne tabi olan tanıma ve tenfiz davalarında⁷⁸, yabancı ilâmın, adil yargılama güvencelerine haiz bir yargı organı tarafından verilip verilmediğinin denetlenmesi, -yargılama süresinin uzunluğu da dikkate alındığında- kolay olmayacaktır. Özellikle, ilâmı veren yabancı mahkemenin tarafsız ve bağımsız olduğunun araştırılması ve bunun tespiti (süre bakımından) kolay ve ucuz olmayacaktır. Kaldı ki, tarafsız ve bağımsızlığın evrensel bir ölçüsü ve standartları da bulunmamaktadır. Türk hukuku bakımından, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler ile Avrupa Konseyi'nin bir üyesi olması sebebiyle AİHS ile AİHM içtihatları gözetilerek belli usul standartlarını kabul ettiği ve iç hukukunun bir parçası haline getirdiği söylenebilir. Adil yargılanma ilkesinin doğal olarak, milletlerarası kamu düzeninin bir parçası olduğu da söylenmektedir⁷⁹.

73 Örnek olarak, yabancı ülkede verilen idari boşanma kararları, Nüfus Hizmetleri Kanunu m.27/A hükmüne istinaden idari yolla tescil edilebilmektedir.

74 İran Aile Mahkemesi 6. Şubesinin verdiği boşanma kararının tanınması talebiyle Türk mahkemesinde açılan dava hakkında Yargıtay'ın verdiği karar için bkz. Y.2. HD.,25.12.2018, E. 2018/3127 K.2018/15305 (www.lexpera.com.tr)

75 Bunların detayına, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 14.maddesinde de yer verilmiştir.

76 Şeref Ertaş, ‘Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi’ (1988) 3 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 380; Ahmet Cemal Ruhi, Canan Ruhi, *Mirasçılık Belgesi* (2nd edn, Seçkin 2017) 101-102; Büyükalp Sarıöz (n 36) 464.

77 Ruhi A, Ruhi C (n 76) 101,102.

78 MÖHUK m.55/1.

79 Büyükalp Sarıöz (n 36) 75.

Gerçekten de, adil bir yargılamanın varlığı için, mahkemenin tabi olduğu bir usul rejiminin olması, yargılama yapan merciinin tarafsız ve bağımsız olması gerekir. Ancak, tanıma ve tenfiz davasında hâkim tarafından re'sen gözetilmesi gereken bu özelliklerin, davalı tarafça yargılamayı uzatmak için ilk fırsatta ileri sürülebileceğinin göz ardı edilmemesi gerekir. Bu nedenle, adil yargılama ilkesine gölge düşürecek bu hususların ayrı bir tenfiz şartı engeli olarak düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Özellikle, yabancı ilâmın, o yer hukukuna göre görevli ve yetkisz mahkeme veya yargı merciince verildiğinin, yabancı devletteki yargılamada önceden ileri sürülmüş olması bir şart olarak aranabilir. Keza yargı merciinin tarafsız veya bağımsız olmadığı yargılamanın herhangi bir aşamasında itiraz olarak ileri sürülmüş olması kaydıyla tenfiz davasında davalının bu itirazını yinelemesi veya ilâmın hüküm kısmından, tarafsız veya bağımsızlık ilkesinin ihlal edildiğinin re'sen anlaşılıyor olması ihtimalleri yeni bir tenfiz şartı olarak MÖHUK'da düzenlenebilir. Her ne kadar bu husus, MÖHUK'un 54(1) (c) maddesi kapsamında bir kamu düzeni engeli olacak ise de; bu itiraz sebebinin daha önceden itiraz etmesi koşuluyla bir yönden davalıya bırakılması diğer tarafta da tenfiz hâkiminin re'sen denetimine sınırlı olarak sunulmasıyla hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçileceği veya usul ekonomisine hizmet edileceği düşünülmektedir.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde MÖHUK'un 50(1). maddesi için önerimiz şudur:

“Verildiği devletin hukukuna göre görevli ve yetkili adli veya idari merci tarafından, özel hukuk uyumsuzluğuna ilişkin olarak verilmiş ve kesinleşmiş bulunan ilâmın Türkiye’de icra olunabilmesi, tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.”

Ayrıca tanıma ve tenfiz şartlarının düzenlendiği MÖHUK'un 54. maddesine yeni bir ilave şart olarak aşağıda yer verilen (e) fıkrasının eklenmesini önermekteyiz.

“Davalının, kararının verildiği devletteki yargılamanın herhangi bir safhasında önceden itiraz etmesi şartıyla ilâmın, bağımsız veya tarafsız olmayan bir yargı merci tarafından verilmemiş olması veya tarafsızlık veya bağımsızlık ilkesinin ihlâl edildiğinin, ilâmın hüküm kısmından re'sen incelemeye anlaşılmıyor olması”

Yargılamanın her aşamasından kasıt, kararın kesinleşmesi aşamasına kadar geçen süredeki tüm hiyerarşik yapıdaki farklı mahkeme ve yargı mercileridir.

Yabancı mahkeme ilâmının tenfizi davalarında, ilâmı veren mahkemenin yargı yetkisine ilişkin itiraz hakkının davalıya tanınması gerekir. Mahkemenin yargı yetkisine ilişkin itiraz hakkının hiç tanınmaması veya itiraz süresinin çok kısa tutulmuş olması uluslararası sözleşmede de tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir. Nitekim, Medeni ve Ticari Konularda Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2

Temmuz 2019 tarihli Lahey Sözleşmesinin⁸⁰, tanıma ve tenfiz şartlarını düzenleyen 5. maddesinin 1/(f) bendi⁸¹; davalıya, yabancı mahkemede davanın görüldüğü aşamada süresinde yetki itirazında bulunma hakkının verilmemiş olmasını veya yetki itirazında bulunulmuş olunsaydı dahi o devletin yerleşik içtihatlarına göre bunun bir sonuç vermeyecek olmasını bir tenfiz engeli olarak kabul etmiştir. Örneğin, esas davanın görüldüğü devletin yargı yetkisi, (uyuşmazlıkla hiç ilgisinin bulunmamasına rağmen) davalının herhangi bir malvarlığının bu devlette bulunuyor olmasından doğuyor ise; mahkemenin bu yetkisine davalı itiraz etmemiş olsa bile, sözleşme gereğince bu durum bir tenfiz engeli sayılmıştır. Keza esas davanın görüldüğü davada, usul bakımından davalıya böyle bir hak tanınmış olmasına rağmen davanın uyuşmazlıkla daha sıkı ilişki içinde olan başka bir devlet mahkemesinde görülmesi için davalıya “forum non conveniens” itirazında bulunmasına imkân tanınmaması da yine madde kapsamında bir tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir⁸².

III. Arabuluculuk Sonucu Yapılan Sulh Anlaşmasının Tenfiz Edilip Edilmeyeceği

Bilindiği üzere, taraflar arasındaki uyuşmazlık sadece mahkemeler aracılığıyla değil, mahkeme öncesinde uzlaşma veya zorunlu arabuluculuk yöntemiyle de çözüme kavuşturulabilir. Nasıl ki, Türk hukukunda taraf iradesine tabi olan uyuşmazlıklardan bazıları dava şartı⁸³ olarak uzlaşma yoluyla çözüme kavuşturulabiliyorsa⁸⁴, farklı hukuklarda da uyuşmazlığın uzlaşma yoluyla karara bağlanması mümkündür. Anayasa Mahkemesi de arabuluculuğun mahkeme dışı bir çözüm yöntemi olduğunu kabul ederek, “alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını, yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü olmadığını, tam tersine uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğu olduğunu” ifade etmiştir⁸⁵. Ayrıca bu yöntemin başarılı olabilmesinin ön koşulunun da; bu yolların

80 Sözleşme metni için bkz. <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>> Erişim Tarihi Ağustos 2019.

81 Maddenin İngilizce metni şöyledir: “the defendant argued on the merits before the court of origin without contesting jurisdiction within the timeframe provided in the law of the State of origin, unless it is evident that an objection to jurisdiction or to the exercise of jurisdiction would not have succeeded under that law”

82 Francisco Garcimartin ve Geneviève Saumier tarafından kaleme alınan 1 Aralık 2018 tarihli Revize Edilmiş Taslak Açıklayıcı Rapor 41. <<https://assets.hcch.net/docs/7d2ae3f7-e8c6-4ef3-807c-15f112aa483d.pdf>> <www.hcch.net> Erişim Tarihi Ağustos 2019.

83 İş Mahkemeleri Kanununa göre, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. (Bkz. 7036 sayılı Kanun m.3) Keza 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 5/A hükmü de; kanunun 4 üncü maddesi ile diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmasını zorunlu tutmuştur.

84 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.35/A hükmüne istinaden, avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olsa da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri (yabancılık unsuru dahil) konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınması kaydıyla bu tutanaklar İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğinde olurlar.

85 Anayasa Mahkemesinin 10.07.2013 tarih E.2012/94 K.2013/89 sayılı kararı için bkz. RG:25.01.2014/28893.

yargı yoluyla yarışmaması ve yargının yerine ikame edilmemeye çalışılması olduğunu, bu yolların asıl hedefinin, basit ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların adli bir soruna dönüşmeden çözümünü sağlamak olduğunu belirtmiştir.

Doktrinde, yargı organları dışında taraflar arasındaki ihtilâfi çözümlen kararların tanıma ve tenfize konu olabilmesi için öncelikle verildiği ülkede bağımsız yargı organlarınca denetlenip denetlenmediğine bakılmasının gerektiği, şayet yargı organları dışında ihtilafları çözen bu kararların yargı organlarınca denetlenmesine ve onaylanmasına imkân tanınıyor ise bu kararların tenfiz edilebileceği savunulmuştur⁸⁶. Bunun yanında, uzlaşma neticesinde varılan çözümün mahkeme dışı sulh niteliğinde olduğu ancak bunun mahkeme içi sulhe dönüştürülmesi ihtimalinde, yabancı mahkeme kararı olarak tanıma ve tenfize konu olabileceği ileri sürülmüştür⁸⁷.

Hiç şüphesiz, yabancı unsur taşıyan uyuşmazlıkların Türk hukukunda arabuluculukla çözüme kavuşturulması da mümkündür⁸⁸. Nitekim 6325 sayılı Kanun⁸⁹, yabancı unsur taşıyan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk usulüyle çözüme kavuşturabileceğini düzenlemiştir. Ayrıca 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesiyle⁹⁰, ticari alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Ayrıca 1.1.2018 tarihinden itibaren yabancılık unsuru taşıyan bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda da, arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir⁹¹. Doktrinde⁹² TTK. Madde 5/A hükmünün lafzına bakıldığında mutlaka Türkiye'de arabulucuya başvurulmasının gerektiğine dair bir ibareye yer verilmediği ileri sürülmüştür. Bu gerekçeyle yabancı devlette arabuluculuk müessesine başvurulması durumunda artık dava şartının yerine getirilmiş olduğunun kabulünün gerektiği savunulmuştur. Zira aksi durum yargıya erişim hakkına ve hak arama hürriyetine gereksiz bir engel teşkil edecektir.

Bununla birlikte yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmeleri bakımından MÖHUK'un 44. maddesinin düzenlediği yetkili Türk mahkemesi, bir tahkim engeli oluşturmamaktadır. Nitekim 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinin 1.

86 Doğan (n 24) 107.

87 Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü- Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler* (Seçkin 2003) 166.

88 Faruk Kerem Giray, 'Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanmasında Karşılaşılabilecek Sorunlar', *Türkiye'de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler Sempozyumu* (Seçkin, 2014) 119,125.

89 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu RG: 22.6.2012/28331.

90 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 4.maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. RG: 14.2.2011/27846.

91 Bkz. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu madde 3/1 ve 38/1/a. RG:25.10.2017/30221.

92 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (Beta 2019) 560,561.

fıkrası gereğince iş sözleşmesinin sebepsiz feshine veya gösterilen fesih sebebinin geçersizliğine istinaden işe iade taleplerinden doğan uyuşmazlıklar hakkında tahkim sözleşmesi yapılmasına müsaade edilmiştir⁹³. Bu nedenle yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık hakkında tahkim kaydı veya tahkim anlaşması var ise, arabuluculuk bir dava şartı olarak uygulanmayacaktır⁹⁴. Zira 6375 sayılı Kanun açıkça tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını belirtmiştir. Şu hâlde, iş sözleşmesinin feshine bağlı işe iade davaları hariç, diğer iş ilişkisinden doğan yabancı uyuşmazlıklar hakkında tahkim anlaşması yapılamayacağından ötürü arabuluculuk şartının karşılanmaması bir tenfiz engeli oluşturacaktır.

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde, yabancı unsur taşıyan uyuşmazlıklar hakkında taraflar bir anlaşmaya veya uzlaşmaya varabilirler. Niteliği gereği sulh anlaşması olan bu tür bir anlaşma, taraflar arasındaki uyuşmazlığı nihai olarak sona erdiren bir mahkeme ilâmı olmadığı gibi onun yerine geçen bir ilâm da değildir. Bu belge, para borçları ve tazminat alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından nitelik olarak bir ibra veya sulh sözleşmesi olarak dikkate alınabilir⁹⁵.

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde varılan anlaşma, kanun gereğince iki farklı şekilde icraî nitelik kazanmaktadır. Birinci ihtimalde, uyuşmazlığın bizzat taraflarının arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varmış olmaları ve bunu da bizzat kendilerinin imzalamış olmalarıdır⁹⁶. Bu durumda, tarafların üzerinde mutabık kaldığı anlaşma belgesi veya tutanağının icra edilebilirliğine ilişkin bir şerh verilmesi gereklidir. İcra edilebilirlik şerhi, şayet dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş ise, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden; şayet davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulmuş ve taraflar uzlaşmaya varmışlar ise; bu takdirde, davanın görüldüğü mahkemeden şerh verilmesi talep edilecektir. Anlaşma belgesine veya uzlaşma tutanağına icra edilebilirlik şerhi verildikten sonra, bu tutanağa istinaden İcra ve İflas Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca ilamlı icra yoluyla takip yapılabilecektir.

İkinci ihtimalde ise; tarafların üzerinde mutabık kaldıkları anlaşma belgesinin veya uzlaşma tutanağının, taraflar ve avukatları ile arabulucunun hep birlikte imzalamalarıdır. Tarafların, avukatların ve arabulucunun birlikte imzasının bulunduğu, anlaşma belgesinin veya uzlaşma tutanağının en önemli özelliği ise icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm

93 Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat 2010) 265.

94 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, madde 18/A/18. "Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz"

95 Emre Kıyak, 'Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği' (2015) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 527.

96 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, madde 18/2.

niteliğinde belge sayılmasıdır⁹⁷. Bahsettiğimiz ikinci ihtimale göre düzenlenmiş olan bir anlaşma belgesi veya uzlaşma tutanağına istinaden İcra ve İflas Kanunu'nun 32. maddesine istinaden ilâmlı icra takibi başlatılabilmesi için, herhangi bir icra edilebilirlik şerhinin alınmasına gerek bulunmamaktadır. Keza aynı şekilde, Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi gereğince, dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce avukatların, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet etmesi neticesinde bir uzlaşma sağlanır ise; uzlaşma konusunun, yerinin, tarihinin, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren bu tutanağın avukatlar ve müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınmasına binaen bu tutanak, İcra ve İflas Kanununun 38. maddesi anlamında ilâm niteliğinde belge kabul edilmektedir.

Taraflar arasındaki anlaşma tutanağına, icrailik şerhinin verilmesi gereksin veya gerekmesin, söz konusu uzlaşma tutanağını, nitelik olarak bir mahkeme ilâmı yapmaz veya mahkeme ilâmına dönüştürmez. Mahkeme yargılaması neticesinde verilmiş bir hüküm olmadığı için mahkeme ilâmı yerine geçemez. Nitekim Anayasa mahkemenin yukarıda zikredilen kararından⁹⁸ da, arabuluculuk kararlarının birer mahkeme kararı olmadığı açıkça anlaşılmaktadır.

İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı faaliyetidir. İnceleme dosya üzerinden⁹⁹ sadece sınırlı olarak yapılmaktadır¹⁰⁰. Nitekim Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin 5. maddesinde dosya üzerinden yapılacak incelemenin sınırı belirtilmiştir. Buna göre; bu incelemenin kapsamı sadece iki hususa yöneliktir. Birincisi, anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa elverişli olup olmadığı diğeri de anlaşmanın cebri icraya elverişli olup olmadığına ilişkindir. Şu hâlde, icrailik şerhi verecek mahkemenin yetkisinin sınırları bellidir. Mahkeme uyuşmazlığın esasına girmeksizin, delillere bakmaksızın sadece uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli konulardan olup olmadığını ve de icraya elverişli olup olmadığıyla sınırlı kalarak bir inceleme yapacaktır.

Görüldüğü üzere, arabuluculuk sonrası taraflarca ve arabulucu tarafından imza altına alınan uzlaşma tutanağı veya anlaşma belgesi, bir mahkeme yargılama neticesinde verilen mahkeme ilâmı değildir. Bilakis mahkeme yargılaması dışında arabuluculuk yoluyla sona erdirilen bir uyuşmazlığa ilişkin taraflarca imzalanmış bir anlaşma tutanağıdır. Kanun koyucunun bu anlaşma tutanağına icrailik şerhi vererek ilâm niteliğinde belgelerden sayması bu belgeyi veya tutanağı bir mahkeme ilâmı yapmaz. Nitekim kanun koyucu da arabulucunun faaliyetinin neticesini “anlaşma” olarak isimlendirmiştir. Bu anlaşma, hukuki kavram olarak, bir devlet mahkemesinin

97 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, madde 18/4.

98 Anayasa Mahkemesinin 10.07.2013 tarih E.2012/94 K.2013/89 sayılı kararı için bkz. RG:25.01.2014/28893.

99 İstisnai olarak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bkz. Arabuluculuk Yön. m. 21/5 ve Arabuluculuk Kanunu m.18/3

100 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 18/3 ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (RG: 2.06.2018/30439) madde 21/3.

veya tahkim mahkemesinin yaptığı yargılama neticesinde verdiği bir “karar” veya “hüküm” değildir. Arabulucunun verdiği kararın, kanun gereğince, ilam niteliğinde belge sayılmasının, diğer ilamlarla olan ortak özelliği her ikisinin de ilamlı icraya konu olabilmeleridir¹⁰¹.

Kanaatimizce Türk arabuluculuk hukukundaki gibi “ tarafların üzerinde mutabık kaldıkları ve imzaladıkları uzlaşma anlaşması” için icrailik şerhinin verilmesini şart koşan yabancı bir arabuluculuk kararının Türk mahkemelerinde tenfizi söz konusu olmayacaktır. MÖHUK’un 50. maddesi son derece açık şekilde, yabancı mahkemelerin verdiği ilâmların tenfiz edilebileceğini hüküm altına almıştır. Oysa arabuluculuk neticesinde tarafların imzaladığı belge bir mahkeme ilâmı olmayıp bir “anlaşma”dır. Nasıl ki, hakem heyetinin verdiği hükmün, iptal davası sonrası kesinleşip icra edilebiliyor olması onun hakem kararı olma niteliğini değiştirmiyor ise; arabuluculuk neticesinde mutabık kalınan anlaşmanın, icra edilebilirlik şerhi alınmış ilâm niteliğinde belge vasfına haiz olması da, bu anlaşmanın arabulucudan sadır olduğu gerçeğini değiştirmez. Yargılama yaparak hüküm tesis eden mahkeme veya tahkim heyeti birbirlerinden farklı yargı mercileri olup farklı usul kurallarına tabidir. Arabuluculuk müessesesi de, gerek mahkeme gerekse tahkim yargılamasından farklı bir uzlaşma çözüm yöntemi olup özel usul kurallarına tabidir. Birbirinden farklı bu üç müesseseden sadır karar ve anlaşmaların farklı usullerle icra ediliyor olması bu mercilerden sadır hüküm ve anlaşmaları, mahkeme ilâmı yapmaz. Yabancı hakem kararının icrası için yerel mahkemelerce tenfiz kararı veriliyor olması hatta bu kararın bir mahkeme ilâmıyla veriliyor olması, hakem kararının niteliğini ve özünü değiştirmez. Bu nedenle, arabuluculuk neticesinde tarafların anlaşması ve bu anlaşmanın şerh verilerek icra edilebilen bir ilâm niteliğine dönüşmesi, bu anlaşmanın arabulucudan sadır olma özelliğini hiçbir koşul ve şartta değiştirmez. Bu nedenle, yabancı arabulucu kararları, MÖHUK’un 50. maddesi gereğince Türk mahkemelerinde tenfize konu olmazlar¹⁰². Buna karşılık doktrinde yabancı arabuluculuk kararının adi sulh sözleşmesi olarak düşünülmesi durumunda icra edilebileceğini, diğer taraftan ilâm olarak nitelendirildiği vakit, tanıma ve tenfizinin mümkün olabileceği savunulmuştur¹⁰³. Doktrinde ayrıca yabancılık unsuru taşıyan uzlaşma sözleşmesinin, uyuşmazlığın sulh ile sona erdiği anlamına geldiğini, bunun da ilgili devletin hukukuna uygun şekilde adli makamlarca (tespit davasıyla) tespit davasıyla belirlenmesi halinde, yapılan tespitin tanıma ve tenfize konu olabileceği savunulmaktadır¹⁰⁴.

101 Baki Kuru / Ramazan Aslan/ Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku* (Yetkin 2013) 389.

102 Uzlaştırma veya arabuluculuk yoluyla verilen kararlar, Türkiye’de tanıma ve tenfiz davalarına konu olmazlar. Bkz. Nuray Ekşi, *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları* (Beta 2015) 10.

103 Hatice Selin Pürselim, ‘Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler’ (2014) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16.

104 Necla Öztürk, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk (Özellikle Yabancı Unsurlu Uzlaşma Sözleşmesinin Tanınması ve Tenfizi Meselesi) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin 2016) 619.

Diğer yandan, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı bizzat yabancı mahkeme huzurunda sulh ile çözmeleri durumunda, söz konu sulhun karara geçirilmesi kaydıyla, sulh kararının Türk mahkemelerinde tanınıp, tenfiz edilebileceği unutulmamalıdır^{105,106}.

Kanaatimizce arabuluculuk neticesinde verilen kararların tenfizi için tıpkı hakem kararlarının icrasında olduğu gibi MÖHUK'ta ayrı bir bölüm oluşturulmalı veya özel bir kanun veya milletlerarası sözleşmeyle¹⁰⁷ düzenlenme yapılmalıdır. Arabuluculuk neticesi verilen sulh anlaşmalarının geçerliliği ve icra edilebilirliği Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu tarafından düzenlenen Singapur Sözleşmesine konu edilmiştir. Singapur Sözleşmesinin 5. maddesi, arabuluculuk kararlarının icrasının reddini düzenlemektedir. Ret sebepleri şunlardır: tarafların arabuluculuk neticesi sulh sözleşmesi yapma ehliyetlerinin eksikliği veya yokluğu, sulh sözleşmesinin geçersiz olması veya bağlayıcı olmaması veya üzerinde tarafların rızası hilafına değişiklik yapılması veya sulh sözleşmesinin daha önceden icra edilmesi veya yerine getirilmiş olması veya sulh sözleşmesinin anlaşılır olmaması veya tutarsız olması veya arabulucunun şahsında gerçekleşen sebepler yüzünden tarafsız veya bağımsız olmaması veya sulh sözleşmesinin taraf devletin kamu düzenine aykırı olması veya akit devletin mevzuatına göre sulh sözleşmesine konu olan uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmamasıdır.

IV. Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emrinin Türk Hukukunda Tenfizi

Yabancı mahkeme kararının, Türkiye'de tenfiz edilebilmesi için hukuk davasına ilişkin olması gerekir. Hukuk davası hem özel hukuk hem kamu hukuku alanındaki tüm davaları kapsayan bir ifadedir. Ancak, idare, ceza ve vergi hukukuna giren uyuşmazlıklar MÖHUK'un 50. maddesinin kapsamı dışındadır¹⁰⁸. Ancak belirtelim ki, ilâmın verildiği ülkenin adliye örgütlenmesi içinde bir "hukuk mahkemesi" tarafından verilir vermediği önemli değildir. Bu nedenle idare mahkemesi sayılan bir organdan sadır kararların da belirtilen niteliği taşıması kaydıyla tenfiz

105 Türkiye'nin akdettiği birçok iki taraflı adli yardım anlaşmasında mahkemeler tarafından verilen sulh bildirimlerinin tenfiz edilmesine izin verildiği görülmektedir. Misa1 olarak Türkiye ile Çin Arasında Hukuki, Ticari ve Cezaî Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması Md. 21/2 hükmü.

106 Türk usul hukukunda, mahkeme huzurunda yapılan sulhün, davayı sona erdireceği ve kesin hüküm gibi sonuç doğuracağı kabul edilmiştir. Böyle bir ihtimalde mahkeme, taraflar sulhe göre karar verilmesini isterlerse, sulh sözleşmesine göre; şayet sulhe göre karar verilmesini istemezler ise, "karar verilmesine yer olmadığına" karar vererek yargılamayı sona erdirecektir. Bkz. HMK m.315/1.

107 Bkz. Arabuluculuktan Kaynaklanan Uluslararası Sulh Anlaşmalarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi. (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting From Mediation) madde 3. Sözleşmenin 4. ve 5. Maddelerine uygun olarak yürütülen arabuluculuk yönteminden sadır sulh anlaşmalarının akit devletlerde icra edileceğini düzenlemektedir. United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting From Mediation. Anılan sözleşme, kısaca Singapur Sözleşmesi olarak adlandırılmakta olup, Haziran 2018 tarihinde BM. Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından kabul edilmiştir. Sözleşmenin 1 Ağustos 2019 tarihinde Singapur'da imzaya açılmıştır. Sözleşme, BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanan Uzlaştırılmaya İlişkin Model Kurallara eşlik etmektedir.

108 Ekşi (n 5) 121,123.

edilebileceği kabul edilmelidir. Esas olan, kararı veren mahkemenin ismi değil, kararın niteliğidir¹⁰⁹.

5718 sayılı MÖHUK, medeni, borçlar ve ticari konulara ilişkin uyuşmazlıklar hakkında verilen yabancı ilamların tanınması ve tenfizini amaçlamaktadır. Makale konumuzun bir yönü yabancı mahkemelerin ödeme emirlerine ilişkin olduğundan, bu kararların tenfiz edilip edilmeyeceği incelenecektir. MÖHUK'un 50(1). maddesi gereğince tenfiz için aranan ilk koşul, kesinleşmiş yabancı bir mahkeme kararının varlığıdır. Şu hâlde, tenfiz şartlarının başında önem arz eden husus, yabancı mahkemeden sadır ödeme emri kararlarının nitelik olarak kesinleşmiş yabancı mahkeme kararı sayılıp sayılmayacağıdır. Mahkeme kararlarının kesinliği demek, hâkimin artık davaya bakmaması, davadan elini çekmesi demektir. Türk hukukunda, tenfize konu olabilecek yabancı mahkeme kararlarının, maddi anlamda kesin hüküm kuvvetine haiz olması yeterli görülmektedir¹¹⁰. Diğer bir ifadeyle verildiği ülke hukukuna göre kanun yollarına müracaat edilemeyecek nitelikte olan kararlar tenfiz edilebileceklerdir¹¹¹. Bu noktada yabancı mahkeme kararının yürürlüğe girdiği ifadesinin kesinleşme kavramını karşılayıp karşılamadığı tartışma konusu olabilir. Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, yabancı mahkeme ilâmının tercümesinde kesinleşme kavramına yer verilmeyip hükmün yürürlüğe girdiği ifadesini esas alarak, ilâmın henüz kesinleşmemiş olduğu tespitinde bulunarak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur¹¹².

Yabancı devlet mahkemesince verilen bir kararın, ilâm niteliğinde olup olmadığı, kararı veren mahkemenin hukukuna bakılarak karar verilmelidir. Bu noktada yabancı ödeme emri içeren kararların tenfizi için bu kararların niteliği tespit edilmelidir. Konuya ilişkin Yargıtay kararlarına baktığımızda ödeme emri içeren yabancı kararların, mahkeme kararı olmadıkları gerekçesiyle tenfiz edilmediklerini görmekteyiz.

Nitekim Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin¹¹³ 2675 sayılı MÖHUK döneminde verdiği bir kararında, “Münih Asliye Hukuk Mahkemesinin 21.06.1994 gün BK 08314494 sayılı icra kararının tenfizinin talep ve dava edildiğini, ilk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin 2675 sayılı MÖHUK'un 34-42. maddelerinde düzenlendiğini, 2675 sayılı MÖHUK'un 34(1) maddesi uyarınca tenfize konu olan kararların yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin ilâm niteliğindeki kararların anlaşılması gerektiğini ayrıca bu kararların, ilgili devlet kanunlarına göre kesinleşmiş ilâm niteliğinde bulunması gerektiğini somut olayda tenfizi istenen kararın ilâm niteliğinde bir belge olmayıp, ilâmsız ihbara bağımlı olarak verilmiş bir icra kararı olduğunu, bu nedenle Münih

109 Aybay, Dardağan (n 32) 297.

110 Buna karşılık hukuki güven açısından yabancı ilâmın hem şekli hem de maddi anlamda kesinleşmesinin gerektiği savunulmuştur. Bkz. Erdoğan Göğer, *Devletler Hususi Hukuku* (4th edn, Sevinç Matbaası 1977) 386.

111 Doğan (n 24) 110. Doktrinde şekli anlamda kesinleşmenin yeterli olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz. Sakmar (n 13) 57.

112 Yargıtay 11. HD. 04.10.2011 E.2011/8672 K.2011/12200. Karar için bkz. Doğan (n 20) 110.

113 Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin E. 2007/4557 K. 2007/10147 sayılı ve 15.11.2007 tarihli kararı.

Asliye Hukuk Mahkemesi’nce verilmiş bulunmasına rağmen kararın, ilâm niteliğinde olmadığını bu nedenle tenfizinin de mümkün bulunmadığını gerekçe göstererek ilk derece mahkemesinin hükmünü onadığı” görülmüştür.

Keza Yargıtay’ın daha eski tarihli bir kararında¹¹⁴ da ilamsız ihbara bağlı olarak verilen icra emrinin tenfizi talebi reddedilmiştir. Kararda; “davacının, davalı ile arasında Almanya Wedding Sulh Hukuk Mahkemesi Merkezi İcra Mahkemesinin 30.10.1990 tarih, 90-1108283-1-4 karar numaralı kesinleşmiş davalarının bulunduğunu, bu mahkemece verilen kararın Türkiye’de tenfizinin ve 26.300.92 Alman Markının davalıdan tahsiline karar verilmesinin talep edildiğini 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 34. maddesine göre tenfiz kararı verilebilmesi için yabancı mahkemeden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bir ilâmın bulunmasının gerektiğini, davaya dayanak teşkil eden Almanya Wedding Sulh Hukuk Mahkemesi Merkezi İcra Mahkemesince verilen 30.10.1996 tarihli belgenin ilâm niteliğinde bir belge olmayıp, ilamsız ihbara bağlı olarak verilmiş bir icra kararı olduğunu, kararın ilâm niteliğinde olmamasından ötürü, tenfizinin mümkün olmadığını, davanın bu nedenle reddine karar verilmesi gerekirken, tenfizine karar verilmesinin usule ve yasaya aykırı olduğunu” ifade etmiştir.

Doktrinde Yargıtay’ın bu yaklaşımı eleştirilerek, kendi usul hukuku hükümleri uyarınca ilâm niteliğinde kabul edilen bir mahkeme kararının, Türk icra hukukunda yer alan bir düzenlemeye benzetilerek belirli bir miktar paranın ödenmesi ihtarını içeren emirname veya ödeme emri olarak nitelendirilmesinin, hukuken mümkün olmayacağı belirtilerek, basit dava usulüne tabi olarak verilmiş ve kendi usul hukukuna göre mahkeme ilâmı olarak kabul edilen bu türden yabancı mahkeme kararlarının, MÖHUK’un 50. maddesi gereğince tenfiz kararı verilmeye ehil yabancı ilâmdan biri olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmuştur¹¹⁵.

Bu anlayışa benzer diğer bir doktrin görüşü de, belli şartların gerçekleşmesi durumunda, ödeme emri içeren kararların tenfiz edileceğini savunmaktadır. Buna göre ödeme emri içeren kararlar, şayet davalının kendisine ihtarname ile öncesinde tebliğ ediliyor ve bu karara karşı borçlu süresi içinde itiraz etmediğinden mahkemece icra kararı veriliyor ise; söz konusu kararla davalı, davacının talep ettiği alacak miktarını ödemeye mahkûm ediliyor demektir. Para alacağına ve mahkeme kararına dayanan bu türden icra emirleri Türk hukuku bakımından tenfiz edilebilecektir¹¹⁶.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu da doktrindeki bu görüşleri esas alarak, verdiği Kararında: “yabancı bir mahkeme kararının niteliği tespit edilirken;

114 Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, E.1998/6747 K.1998/7537 sayılı ve 6.10.1998 sayılı Kararı. <www.kazanci.com>

115 Nomer Ergin, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde “Gerekçe” (2011) 1 İKÜHFD 10, 11.

116 Esen (n 70) 51.

yabancı kararın, Türk icra hukukunda yer alan bir düzenlemeye benzetilmemesi, Türk hukukundaki gibi “emirname veya ödeme emri” olarak nitelendirilmemesi ve fakat bunun yerine verildiği ülke mahkemesinin hukukuna göre bir değerlendirme yapılması” gerektiğini ifade etmiştir¹¹⁷. Yargıtay’a göre: “*Yabancı devletin usul hukukuna tabii olarak verilmiş bir mahkeme kararının, mahkeme ilâmı niteliğinde olup olmadığı ve kesinleşme şartları, hiç şüphesiz ki münhasıran kararın verildiği ülkenin usul hukuka göre tayin ve tesbit olunacaktır. Bu durum gerek milletlerarası alanda gerekse Türk Mahkeme uygulanmasında kabul edilmiş olan, usul hukukundaki lex fori prensibinin, diğer bir ifadeyle mahkemenin kendi usul hukukuna tabii olması prensibinin bir gereğidir.*”

Yargıtay’ın bu kararı olmasına rağmen, yabancı bir mahkemenin düzenlediği ödeme emrinin, süresi içinde itiraz edilmemesi durumunda cebri icraya konu olan bir mahkeme ilâmı niteliğinde olup olmadığı Türk mahkemelerinin önüne gelen çeşitli uyuşmazlıklarda tartışma konusu olmaya devam ettiği görülmektedir. Nitekim İBK sonrası Yargıtay’ın konuya ilişkin verdiği kararlardan birinde¹¹⁸ “*davalıya ödeme emri çıkarılarak 60 gün içinde itirazda bulunmaması halinde ödeme emrinde belirtilen alacak miktarı ve yargılama gideri ile sair ferilerinin kesin olarak cebri icraya konulacağı ihtar yapılmış olmasının önemli olmadığı, söz konusu kararın teknik anlamda tenfizi kabil bir karar olarak nitelendirilemeyeceği*” saptamasında bulunarak tenfiz talebini reddettiği görülmektedir.

Yargıtay yukarıda bahsi geçen kararın red gerekçesinde aynen şu ifadelerle yer vermiştir¹¹⁹. “... Somut belgelerle başvurulmuş, İtalyan mahkeme hâkimi tarafından davalıya ödeme emri çıkarılarak 60 gün içinde itirazda bulunmaması halinde ödeme emrinin sonuç kısmında belirtilen alacak miktarı ve yargılama gideri ile sair ferilerinin kesin olarak cebri icraya konulacağı ihtar edilmiştir. Tenfiz istemi de, ödeme emrine rağmen 60 gün içinde itirazda bulunulmaması nedeniyle hakimlikçe çıkarılan ödeme emrinin kesinleştiği iddiasına dayanmaktadır. Açıklanan bu usul çerçevesinde İtalya/Padova Asliye Hukuk Mahkemesince çıkarılan ödeme emrinin kesinleşmiş olması, bu kararı teknik anlamda tenfizi kabil bir karar olarak nitelendirmeye yeterli değildir. Mahkemece bu yön gözetilmeden karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”

Bu kararda dikkat edilmesi gereken husus, yabancı ödeme emrine süresi içinde itiraz edilmemesi durumunda kesinleşmesinin yanında yargılama gideri ile sair ferilerinin de İtalyan hukukuna göre kesinleşiyor olmasıdır. Görüldüğü üzere, ortada İtalyan usul hukukuna göre bir yargılama vardır ve bu yargılamadan doğan mahkeme masrafları da borçlu tarafın itiraz etmemesi üzerine kesinleşmektedir.

117 Yargıtay İBKG 10.2.2012 tarih ve E. 2010/1 K. 2012/1 sayılı kararı

118 Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin E.2012/2857 K.2012/11052 sayılı ve 04.07.2012 tarihli kararı.

119 Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin E.2012/2857 K.2012/11052 sayılı ve 04.07.2012 tarihli kararı için bkz. Ekşi (n 4) 113,114.

Usulüne uygun şekilde yapılan bir ödeme emrine süresi içinde itiraz edilmemesi durumunda bunun bir mahkeme kararı olarak kesinleştiğinin bir diğer kabulü de apostil şerhinin hangi gerekçeyle verildiği bakımından önem arz eder. Nitekim, İtalya/Padova mahkemelerinin verdiği karara ilişkin apostil şerhinin idari belgeler için verilen bir apostil şerhi olmayıp, mahkeme kararları için verilenler olduğu anlaşılmaktadır. Apostil şerhinin hangi makamın kararı için verildiği söz konusu belgenin bir mahkeme kararı mı yoksa idari merci kararı mı olduğunu ortaya koyması bakımından önemlidir.

İçtihadı Birleştirme Kararı sonrası Yargıtay 19.Hukuk Dairesinin verdiği bir kararda¹²⁰ "... tenfiz kararı verilebilmesi için ortada ilâm mahiyetinde bir yabancı mahkeme kararının var olması gerektiğini, davacının tenfizini istediği "İtalya/Milano Genel Mahkemesi Telematik Ödeme Emri" başlıklı belgenin bir ilâm mahiyetinde olmadığını zira kararın muhtevası ve başvuru tarihinde derhal verilmiş olmasının bir yargılama sonucu verilmiş karar niteliğinde olmadığını gösterdiğini, karar sonucunda hâkimin belirli bir meblağın ödenmesini emrettiğini ve tebliğden itibaren 60 gün içinde itirazda bulunulmadığı takdirde davacının cebri icra yoluna başvurma hakkı olduğu konusunda borçlunun da uyarıldığını, nitekim borçluya ödeme emrinin ilan edildiği ve itirazda bulunulmadığının belirtildiğini, bu hususun da infazı istenen belgelerin ilâm mahiyetinde olmadığını gösterdiğini, bu nedenle ilk derece mahkemesi kararının dayandığı sebepler ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmadığını" gerekçe göstererek İtalyan mahkemesince çıkarılan ödeme emrinin ilâm niteliğinde olmaması sebebiyle tenfizinin reddi kararını doğru bulmuştur.

Oysa söz konusu mahkeme kararının sağlıklı değerlendirilebilmesi için İtalyan hukuku özelinde detaylı bir araştırma yapılması gerekirdi. Mahkemece bu noktada, Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesinden¹²¹ ilk etapta istifade edilmesi yerinde olacaktı. Nitekim Sözleşmenin 1. maddesi gereğince akit devletler, hukuk usulleri ile yargı örgütleri konusunda birbirlerine bilgi vermeyi taahhüt etmişlerdir.

Diğer taraftan, İtalyan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 633-653. maddeleri arasında düzenlenen ödeme emrine istinaden verilen bir mahkeme kararının "kesin hüküm" niteliğinde bir karar olup olmadığı, Avrupa Topluluğuna üye devletler arasında imzalanan 1968 Tarihli Brüksel Konvansiyonunun uygulama alanı bulduğu bir uyuşmazlıkta tartışma konusu yapılmış ve konu hakkında Topluluk Mahkemesi'nden (Adalet Divanından) görüş alınmıştır. Topluluk Mahkemesinin görüşünün talep edildiği konu; İtalyan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 633-653 maddelerine

120 Yargıtay 19.Hukuk Dairesi E.2015/12151 K.2015/15211 sayılı ve 19.11.2015 tarihli kararı. (Karar yayımlanmamıştır.)

121 RG: 29.05.1975/15249. İtalya sözleşmeyi 6.11.1968'de onaylamış ve 11.07.1972'de tasdik edip yürürlüğe sokmuştur. İtalyan devleti, sözleşmeye herhangi bir çekince koymamıştır. Bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/062/signatures?p_auth=8QgCiYZQ>

istinaden düzenlenen ödeme emrinin, 27 Eylül Tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel Konvansiyonun 27/2. maddesi kapsamında tenfize konu bir karar niteliğinde olup olmadığının tespiti hususuna ilişkindir.

Topluluk Mahkemesi, İtalyan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 633-653. maddelerinde yer alan ödeme emrinin kesin hüküm niteliğinde bir karar olduğuna hükmetmiştir¹²². Topluluk Mahkemesine sorulan soruya konu olan uyuşmazlık; ayakkabı satışından doğan faturaların ödenmemesinden doğan alacak hakkına ilişkindir. İtalya'da ikamet eden Bayan Campese, Hollanda'da ofisi olan Hengst Import BV şirketine karşı ödenmemiş ayakkabı faturalarının tahsili için ödeme emri göndermiş ve davalı da 20 günlük itiraz süresi içinde ayakkabıların borcunu ödememiş veya iade etmemiş olduğundan takip kesinleşmiştir. Bunun üzerine davacı taraf, söz konusu ödeme emri kararına istinaden 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesi hükümleri uyarınca tenfizini talep etmiştir.

Topluluk Mahkemesi, İtalyan Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer alan ödeme emrinin hukuki niteliğini tahlil ederken; itiraz süresi dolmaksızın icrailik kararının verilemeyecek olmasından (paragraf 20) ve de davalıya usulüne uygun tebligat yapılmadıkça yargı faaliyetine geçilemeyecek olması (paragraf 19) gerekçesiyle, “ödeme emri¹²³ kararının” Brüksel Konvansiyonun 27(2). maddesi bağlamında tenfize edilebilecek karar niteliğinde olduğuna hükmetmiştir.

Topluluk Mahkemesi nihai hükmünde, İtalyan Hukuk Muhakemeleri Kanununun IV. Kitabının 633-656. maddeleri arasında düzenlenen ödeme emri kararının, Brüksel Sözleşmesinin 27/2. maddesi kapsamında tenfize konu bir karar niteliğinde olduğuna hükmetmiştir.

Tenfiz davasının konusunu oluşturan kararın İtalyanca orijinal metninde “DECRETO INGIUNTIVO” ifadesi yer almaktadır. Aynı kavram, Topluluk Mahkemesinin 3. Dairesinin 13 Temmuz 1995 tarihli kararının hüküm kısmında da yer almaktadır¹²⁴.

Şu hâlde, İtalyan Hukukuna göre düzenlenmiş bir ödeme emri kararının, kesinleşmiş bir mahkeme kararı olup olmadığı, İtalyan hukukuna ve onun tarafı olduğu milletlerarası sözleşme ile Avrupa Birliği düzenlemelerine bakılarak değerlendirilmelidir. Oysa Türk mahkemeleri, bu yönde detaylı bir inceleme

122 Judgment of the Court (Third Chamber) of 13 July 1995. - Hengst Import BV v Anna Maria Campese. Case C-474/93.

123 Benzer şekilde 2001/44 sayılı AB Tüzüğü'nün 32. Maddesi gereğince de, mahkemeden sadır “icra emri” tenfiz edilebilecek kararlar arasındadır. Bkz. Ceyda Süral, *Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Güncel Yayinevi 2007) 71.

124 Judgment of the Court (Third Chamber) of 13 July 1995. - Hengst Import BV v Anna Maria Campese. - Reference for a preliminary ruling: Arrondissementsrechtbank Zwolle - Netherlands. - Brussels Convention - Article 27 (2) - Concept of document instituting the proceedings or equivalent document. - Case C-474/93. *European Court Reports 1995 Page I-02113*

yapmaksızın ve de 2012 tarihli Yargıtay İBK kararlarını dikkate almaksızın, Türk hukukundaki düzenlemeleri referans alarak, bu türden kararların tenfize konu olmayacağına karar vermektedirler. Bu durum hukuk güvenliğine ve hukukun en temel fonksiyonlarından biri olan öngörülebilirlik ilkesine zarar vermektedir.

Anayasa Mahkemesi, Yargıtay daireleri arasında farklı kararların mevcut olduğu hallerde, içtihadı birleştirme mekanizmasının işletilebileceğine dikkat çekmekte ve Yasemin Bodur Başvurusuyla¹²⁵ ilgili olarak verdiği kararın 52. paragrafında şu ifadelerle yer vermiştir. “...Dairelerin ve buna bağlı olarak alt dereceli mahkemelerin vardıkları sonucun davaların somut özelliğinden kaynaklanmaması ve hukuki belirsizliğe yol açan bu durumun ortadan kaldırılmasını sağlayacak içtihadı birleştirme kararı gibi elverişli bir mekanizma bulunmasına rağmen, bunun işletilmemesi neticesinde uyuşmazlığın çözümünde görev alan Daire ve Kurula göre farklı ve birbiriyle çelişkili kararlar ortaya çıkmıştır. Başka bir anlatımla derin ve süregelen farklılıkları ortadan kaldırmaya elverişli bir mekanizma niteliğindeki içtihadın birleştirilmesi yolunun işletilmemesi nedeniyle varılan sonucun başvuru için öngörülemez olduğu ve bu hususun hükümden bağımsız olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelemiştir.”

Keza Anayasa Mahkemesi’nin Ford Motor Company Başvurusu¹²⁶ hakkında verdiği kararın 69 nolu paragrafında da konuyla ilgili olarak şu ifadelerle yer verilmiştir. “Aynı kanun hükmüne ilişkin iki farklı yorumun yürürlükte bulunması ve bu yorumlardan birine geçerlilik sağlayacak şekilde içtihadın birleştirilememesi; hukuk kurallarının, muhataplarının davranışlarına yön verme kapasitesini ve dolayısıyla öngörülebilirliğini zayıflatmaktadır. ... Bu durum hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşeceği gibi bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına güvenini de sarsmaktadır.”

Görüldüğü üzere, hukuki öngörülebilirliğin ve hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi noktasında içtihadı birleştirme kararları önem arz etmektedir. Ne var ki mahkemelerin, içtihadı birleştirme kararının içeriğinde yer alan açıklamaları dikkate almamaları, verildiği yer hukukuna göre kesinleşmiş olan yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilmemesine sebebiyet vermektedir.

Sonuç

Yabancı mahkeme ilâmının tenfizi için aranan koşullar, milletlerarası antlaşmalar ve Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 27A maddesi saklı kalmak kaydıyla, MÖHUK’un 50. 54. ve 55. maddelerinde düzenlenmiştir. Tenfiz için aranan koşullar arasında yabancı mahkeme ilâmının hukuk devletinden sadır olması yönünde bir şart yer

125 Yasemin Bodur Başvurusu 2017/29896 sayılı ve 25.12.2018 tarihli kararı.

126 Ford Motor Company Başvurusu 2014/13518 sayılı ve 26.10.2017 tarihli kararı.

almamaktadır. Hâl böyle olmasına rağmen, tenfizi talep edilen yabancı ilâmın, adil yargılama ilkelerinin ihlal edilerek tesis edildiği durumlarda, söz gelimi, hakimlerin tarafsızlığının, bağımsızlığının bulunmadığı veya yargılamaya ilişkin önceden belirlenmiş bir yargı usulünün veya kurallarının yer almadığı bir hukuk düzeninden sadır kararların, ismi her ne kadar mahkeme de olsa, Türk hukukunda tenfizi mümkün değildir. Bu çalışmada, Türk Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları dikkate alınarak, hukuk devletinden neyin kastedildiği ve adil bir yargılanma için mahkemenin olmazsa olmaz unsurlarının neler olduğu açıklanmaya çalışılmıştır. Doktrinde, adil yargılanma ilkesine açık bir şekilde MÖHUK'un 50. maddesinin 1.fikrasında yer verilmesi gerektiği önerilmiş ve bu yönde bir teklif hazırlanmıştır. Kanaatimizce, adil yargılanma ilkesi kavramına yer verilmesi yerinde olmakla birlikte basit yargılama usulünün söz konusu olduğu tanıma ve tenfiz davaları bakımından bu şartın incelenmesinin ve değerlendirilmesinin hızlıca ve kolaylıkla yapılmasının usul ekonomisi açısından pek kolay olmayacağı düşünülmektedir. Ayrıca davalı tarafın da her zaman için davayı uzatmak adına böyle bir itirazda öncelikle bulunmayı tercih edebileceği göz önünde tutulmalıdır. Bu gibi mahsurların önüne geçmek adına, adil yargılanmanın hâkimlerin veya mahkemenin tarafsızlığının veya bağımsızlığının tenfizi talep edilen yabancı ilâm bakımından varit olup olmadığının denetlenmesi için MÖHUK'un 54.maddesinde aranan şartlara yeni ilave bir şartın eklenmesinin gerekli olduğunu, bunu yaparken de hakkın kötüye kullanımının önlenmesi adına davalının bu yöndeki itirazını yabancı mahkemedeki yargılamada önceden ileri sürmüş olmasının bir şart olarak aranmasının gerektiğini düşünmekteyiz. Diğer taraftan tenfizde revizyon yasağı olması sebebiyle hakime, sadece hüküm kısmını dikkate alarak tarafsızlık ve bağımsızlığın ihlal edilip edilmediğini re'sen denetlenmesini önermekteyiz.

Yabancı ilâmı veren devlet mahkemesi, davacı veya davalıya iddia ve savunma haklarını ileri sürme imkânı vermeyen bir hukuk düzenine sahip ise; söz konusu ilâmı, gerek MÖHUK'un 54(1)(c) fıkrası gerekse (ç) fıkrası gereğince Türkiye'de tenfiz edilmeyecektir.

Çalışmamızda yabancı arabulucunun verdiği kararların tenfize konu olup olmayacağı da incelenmiştir. Kanaatimizce Türk arabuluculuk hukukundaki gibi " tarafların üzerinde mutabık kaldıkları ve imzaladıkları uzlaşma anlaşması" için icrailik şerhinin verilmesini şart koşan yabancı bir arabuluculuk kararının Türk mahkemelerinde tenfizi söz konusu olmayacaktır. Zira arabuluculuk neticesinde tarafların imzaladığı belge bir mahkeme ilâmı olmayıp bir "anlaşma"dır. Bu nedenle arabuluculuk neticesinde verilen kararların tenfizi için tıpkı hakem kararlarının icrasında olduğu gibi MÖHUK'ta ayrı bir bölüm oluşturulması gerektiği kanaatindeyiz.

Bunların dışında, yabancı hukuklarda yer alan ödeme emri içeren kararların, tenfiz edilip edilmediğinin değerlendirilmesi yapılmıştır. 2012 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararından önce verilen kararların, ödeme emri içeren yabancı kararları ilâm niteliğinde kabul etmeme eğilimlerinde oldukları gözlemlenmiştir. İçtihadı Birleştirme Kararıyla, bu konudaki tereddütler doktrindeki görüşlere yer verilerek açıkça ortadan kaldırılmış ise de, uygulamada hala sorunun devam ettiği görülmektedir. Özellikle İtalyan mahkemelerince verilen kararların tenfizi davaları özelinde Yargıtay kararları incelendiğinde, mahkemenin gerekçesinin tatminkâr olmadığı değerlendirilmiştir. Mahkemelerin, bu türden ödeme emirleriyle karşı karşıya kaldıklarında tenfiz bakımından mahkeme ilâmı niteliğinde olup olmadıklarının değerlendirilmesinde; öncelikle Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi hükümlerinden istifade edilerek akit taraflar bakımından kararı veren devletin merkezi makamından bilgi talep ederek, verilen kararın hem ilâm niteliğine hem de kesinleşme şartına haiz olup olmadığını öğrenebilirler. Ayrıca konu hakkında değerlendirme yaparken Avrupa Birliği müktesebatına dâhil sözleşme ile Avrupa Birliği Adalet Divanı (eski topluluk mahkemesi) kararlarının dikkate alınmasının önemli olduğunu düşünmekteyiz.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça /References

- Akil C, 'Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre)' (2019) 141 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 227, 252.
- Arat T, 'Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi' (1964) XXI (1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 421, 527.
- Arslan İ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinin Mütakabiliyet Şartına Bağlanması ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Yer Alan Bazı Haklar Arasındaki İlişki, (2019) 32 (143) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 331,383.
- Arıkoğlu E, 'İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukunda Uygulanması', (2004) 1-2 MHB 71, 125.
- Aybay R, Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008).
- Çelikel A ve Bahadır E, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017).
- Çelikel A, Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2018).
- Dardağan E, *Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı* (Siyasal Yayınevi 2005).
- Demir A, *Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi* (Yitik Hazine Yayınları 2010).
- Demirkol Ö, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Esası* (Onikilevha 2017).
- Doğan İ, *Öğreti ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku* (Seçkin 2010).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3rd edn, Savaş Yayınevi 2015).

- Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2013).
- Ekşi N, *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları* (Beta 2015).
- Ertaş Ş, ‘Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi’ (1988) III (1-4) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 365, 438.
- Esen E, ‘Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi’ (2007) 1-2 MHB 21, 79.
- Garcimartín F, Saumier G, Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report, 1.12.2018, HCCH 1, 96.
- Gerards J, Glas I, ‘Access to Justice in the European Convention on Human Rights System’ (2017) Quarterly of Human Rights 11, 30.
- Giray K, ‘Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanmasında Karşılaşılabilecek Sorunlar’ *Türkiye’de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler Sempozyumu* (Seçkin 2014) 1, 154.
- Göğer E, *Devletler Hususi Hukuku* (4th edn, Sevinç Matbaası 1977).
- Gökyayla C, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni* (Seçkin 2001).
- Güven P, *Tanım -Tenfiz* (Yetkin 2013).
- Huysal B, ‘Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili’ (2017) 37 (2) MHB 473, 507.
- Huysal B, ‘Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanım ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi’ Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Beta 2011) 467, 502.
- Huysal B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat 2010).
- Ildır G, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü- Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler* (Seçkin 2003).
- Büyükalp Sarıöz İ, *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri* (Onikilevha 2018).
- Kıyak E, ‘Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği’, (2015) 6(21) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 523, 548.
- Kiestra L, *The Impact of European Convention on Human Rights on Private International Law*, (Springer 2014).
- Kuru B, Aslan R, Yılmaz E, *İcra ve İflas Hukuku* (Yetkin 2013).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017).
- Nomer E, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde “Gerekçe” (2011) 10(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, 16.
- Özbakan I, *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Kazancı 1987).
- Öztürk N, ‘Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk (Özellikle Yabancı Unsurlu Uzlaşma Sözleşmesinin Tanınması ve Tenfizi Meselesi) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin 2016) 605, 624.
- Pürselim H., ‘Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler’ (2014) 20(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 17.
- Sousa N, *The Capitulatory Regime of Turkey, Its History, Origin and Nature* (Johns Hopkins Press 1933).

- Süral C, *Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Güncel Yayınevi 2007).
- Süzen B., *Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi* (Onikilevha 2016).
- Symeonides S, *American Private International Law* (Kluwer 2008).
- Şanlı C, *Hukuki Mütalaalarım* (Adalet 2016).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019).
- Şanlı C, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018).
- Şensöz Malkoç E, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (Onikilevha 2017).
- Tait Slys M, *Exporting Legality, The Rise and Fall of Extraterritorial Jurisdiction in The Ottoman Empire And China* (Graduate Institute Publications 2014).
- Tezcan D, Ruhan Erdem M, Sancakdar O, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu* (2nd edn, Seçkin 2004).

