

MİLLETLERARASI YETKİ ALANINDA DERDESTLİK İTİRAZI

Doç. Dr. Ergin NOMER

I. Yabancı Derdestlik

Görülmekte olan bir davanın konusu aynı taraflar arasında ikinci bir dava konusu yapılamaz. Usul kanunları davalıya genellikle bir itiraz hakkı tanımışlardır. İkinci davanın önlenmesi hem davalıyı lüzumsuz külfet ve yorgunluktan kurtarmak hem de davacının hileli davranışlarına mani olmak gayesine hizmet eder. Bunun yanında en azından aynı sebepler ile bu ikinci davanın önlenmesi adlî kazanın da menfaatinadır. Mahkeme fazla bir çalışma külfetinden kurtarılmalıdır. Özellikle çifte dava ikamesinin sebep olacağı birbirine aykırı kararların ortaya çıkması tehlikesi, taraflara davanın neticesini tesirsiz kılması veya adlî kazanın itibarını ağır şekilde yaralaması itibarıyla, bertaraf edilmelidir. Adlî kaza yönünden beliren bu mahzurları da nazara alan bazı usul hukuku sistemleri, derdestliği sadece davalının itirazına bırakmıyarak, mahkemece de re'sen dikkate alınacak bir husus olarak mütalaa etmişlerdir. Ancak mahkeme görülmekte olan diğer bir davadan ekseriya çok nadir olarak haberdar olabileceğinden, tatbikatta davalının itirazına ihtiyaç görülmektedir (1).

(1) Meselâ Alman hukuku yönünden bkz. LENT - JAUERNIG, «Zivilprozessrecht», 13. Bası (1966), 121.

Türk Usul Kanununun 187 nci maddesinin 4 numaralı bendine göre «ikame olunan davanın diğer bir mahkemede derdesti rüyet bulunduğu iddiası» iptidaî itirazdır. Bu itibarla «davanın bidayetinde esasa girişilmezden evvel» dermeyan edilmelidir (HUMK m. 188). Derdestlik itirazı kabul edildiği takdirde «dava ikame edilmiş addolunur» (HUMK m. 194).

Hemen hemen hiç bir usul kanunu, yabancı bir devlet mahkemesinde önceden açılmış olan bir dava sebebiyle derdestlik itirazında (y a b a n c ı d e r d e s t l i k) bulunup bulunulamıyacağını belirtmemiştir (2). Buna mukabil tekml hukuk sistemlerinde yabancı mahkeme ilâmlarının tanınma ve tenfizine ait hükümlere rastlamak mümkündür. Yabancı bir mahkeme ilâmının tanınması, onun kesin hüküm kuvvetinin millî hukuk sahasına aktarılması manasına gelir. Diğer yönden kesin hüküm itirazı ile derdestlik itirazı meydana getirdikleri neticeler bakımından benzerlik gösterirler. Kesin hüküm itirazı, bir davada söz konusu olan hukukî ihtilâfın, daha önce kesin bir hükümle halledilmiş olması sebebiyle, mahkemece yeniden tetkik edilmesini önleyici usulî bir itirazdır. Her iki itiraz da aynı konulu ikinci bir davanın görülmesini önleme gayesiyle hareket etmeleri bakımından benzer gayelere hizmet etmektedirler. Bunun yanında her iki itirazın da varit olabilmesi için dava konusunun, dava sebebinin ve tarafların aynı olması şarttır (3).

Belirli ve mahdut bir noktada da olsa, bu gaye beraberliğinden hareket eden bazı hukuklar, yabancı derdestlik itirazının hükümlerini yabancı mahkeme ilâmlarının tanınmasına ait kaidelere göre halletme yolunu tutmuşlardır (4). Yabancı derdestlik itirazını tanımanın, daha belirli bir ifade şekliyle kesin hüküm itirazının bir ön basamağı şeklinde gören bu anlayış problemin belirli ve tek bir hal şekline varmasını temin edememiştir. Gerçekten de sözü geçen itirazlar arasında farklı düzenlemeyi gerektirecek temel fark şudur:

(2) Yegâne istisnayı İtalyan hukuku teşkil eder: 1940 tarihli c. proc. civ. m. 3.

(3) Davaların aynı olup olmadığına hâkim kendi lex fori'sinin ölçülerine göre karar verir.

(4) Meselâ özellikle Alman doktrin ve tatbikatında bu temayül belirli bir şekilde görülmektedir; bkz. SCHÜTZE, Die Berücksichtigung der Rechtshaengigkeit eines auslaendischen Verfahrens, RabelsZ 31 (1967), 234.

Kesin hüküm itirazının konusu, şekli manada kesinleşmiş ve kesin hükme müsait bir hükümdür. Buna mukabil derdestlik itirazının konusu henüz görülmekte olup, nihayete ermemiş bir davadır. O kadar ki bir davada nihaî karar verilmiş olsa bile bu karar henüz şekli manada kesinleşmemiş ise o dava derdest sayılır ve derdestlik itirazının konusunu teşkil eder (5).

Kanunî bir düzenlemeden mahrum olan «yabancı derdestlik» problemi hukuk doktrin ve tatbikatına terk edilmiş olmaktadır. Problemin milletlerarası sahaya ait olması, varılacak çözüm şeklinin milletlerarası karar ahengini mümkün olduğu nisbette temin edici olmasını zaruri kılmaktadır. Gerek iç hukuk yönünden hukukî bir çözüme varmak ve gerekse bu çözümün milletlerarası bir sisteme ulaşabilmesini temin için evvelâ mukayeseli hukuktaki çözüm şekilleri üzerinde durulacak ve bunların Türk hukuku yönünden incelenmesi sonucu bir çözüm tarzına ulaşılmaya çalışılacaktır.

II. Mukayeseli Hukukta Yabancı Derdestlik İtirazı

Fransız hukukunda tatbikat (6) ve doktrin (7) yabancı derdestliğin Fransız mahkemelerinde dermeyan edilebilme

(5) Türk hukuku yönünden her iki itiraz arasında başka farklar da vardır: (1) Kesin hüküm itirazı dava şartlarındandır. Derdestlik itirazı ise bugünkü sistemimize göre dava manilerine ait bir iptidai itirazdır. Bu sebeple kesin hüküm itirazı davanın her safhasında re'sen nazara alınabilirken, derdestlik itirazının esasa girişilmeden önce dermeyanı icap eder. (2) Kesin hüküm itirazı kabul edilirse davanın reddine karar verilir. Derdestlik itirazının kabul edilmesi halinde ikinci dava ikame edilmemiş addolunur.

(6) Meselâ, Cass. civ. 21.3.1950, Rev. Crit. 40 (1951) 666; Paris 29.4.1958, Gaz. Pal. 1958, 2, 27; Colmar 9.3.1926, Clunet 54 (1927) 79. Ayrıca bkz. BATIFFOL, Droit International Privé, 4. Bası, Paris 1967, No. 689. NIBOYET, Traité de d.i.p. VI (1949), No. 1844'de mahkeme kararlarını bu konuda mutlak bir istikrar içinde kabul etmektedir.

(7) BATIFFOL No. 689; DALLOZ, Nouveau Répertoire de Droit, 2. Bası (1963) sub Exceptions et fins de non recevoir No. 88; NIBOYET No. 1844; PILLET/NIBOYET, Manuel de d.i.p. (1924) No. 567. YSEUX, La litispendance dans les relations internationales, Clunet 19 (1892) 862 vd.'da akra-ba Belçika hukuku bakımından yabancı derdestliğinin nazara alınması imkânını, yabancı kararın tanınabilme durumunda mümkün görmektedir.

imkânını müştereken reddetmişlerdir (8). Fransız hukukunda bu reddin gerekçeleri şu şekilde özetlenebilir :

1) Derdestlik itirazının tesir sahası ülke ile sınırlıdır. Bu nevi bir itirazın kabul edilmesi millî mahkemelerin birbirine aykırı hükümler vermesine mani olmak içindir. Yabancı mahkeme kararlarının millî hukuk sistemince tanınması kanunî olarak düzenlenmiştir. Buna mukabil yabancı derdestlik hakkında bir hüküm mevcut değildir. Fransız hukuku bakımından yabancı bir mahkeme kararının millî hukuk alanına teşmili kazaî bir exquatur'a ihtiyaç göstermektedir. Ve herhangi bir şeklî muameleye lüzum olmaksızın yabancı mahkeme kararlarının tanınması istisnaî hallerde olabilmektedir (9). Bu itibarla yabancı bir kararın ortaya çıkması hali, millî mahkemelerden verilmiş iki kararın mevcudiyetine benzer bir mahzur teşkil etmez. Derdestlik itirazının hukukî gerekçesini teşkil eden bu mahzur, aynı davanın hem millî bir mahkemede ve hem de yabancı mahkemelerde görülmekte olması halinde mevcut değildir. Bu yönden yabancı mahkeme kararlarının tanınması hakkındaki kaidelerin kıyas yoluyla tatbiki de söz konusu olamaz (10).

2) Yabancı derdestlik itirazının kabulü neticede milletlerarası yetki probleminin bir tesadüfe terkedilmesi olurdu. Yani milletlerarası yetki davanın ilk önce Fransız mahkemesinde veya yabancı bir mahkemede açılması durumuna göre değişecekti (11). Bu kabul edilemez bir sonuçtur (12).

(8) Farklı şekilde WEISS, *Traité de d.i.p.*, 2. Bası, V, 47 vd.; VALERI, *Manuel*, No. 514, 515.

(9) Bkz. BATIFFOL No. 738 vd. ve 689; PILLET/NIBOYET No. 567; BÜLOW/ARNOLD, *Der internationale Rechtsverkehr in Zivil-und Handelssachen*, (1954 vd), E. 929, 21, No. 69.

(10) NIBOYET No. 1844.

(11) ARMINJON, *Réportoire de droit international IX (1931) sub Litispendance et connexité*, 9 vd.

(12) Fransız hukuku yönünden yabancı derdestliğin kabul edilmemesinin çok kuvvetli bir delili artık ileri sürülememektedir. Son senelere kadar, exequatur mahkemesi yabancı bir mahkeme kararını bir révision au fond'a tâbi tutmakta kendini yetkili kabul ediyordu. Böyle bir durumda yabancı derdestliğin kabulü, yabancı müstakbel karardan daha geniş imkânların ona verilmesi neticesini hasil edecekti. Ancak bu delil bugün kuvvetini kaybetmiştir. Zira 21.10.1955 tarihli Cour de Paris'in kararıyla (RabelsZ 22 (1957) 533 vd.) beliren, 7.1.1964 tarihli Cour de Cassation kara-

Doktrin yabancı derdestliğin dikkate alınmaması prensibinden iki noktada istisna tanımış gözükmetedir:

1) Yabancı bir mahkeme kararı milletlerarası bir sözleşme gereğince tanınmak mecburiyetinde ise, yabancı derdestlik de, bu konuda bir sarahat olmasa dahi, nazara alınmalıdır (13). Ancak sözleşme gereğince yabancı mahkemeye hukukî bir ihtilâfı karara bağlamak üzere milletlerarası yetki verilmiş ve karara maddi bir tetkik ve exequatur olmaksızın tanınma bahşedilmiş ise, yabancı derdestliğin bu şekilde nazara alınması mantıken iddia edilebilir (14).

2) Bir Fransız yabancı bir mahkeme önünde dava ikame eder ve böylece Fransız Medeni Kanununun 14 ve 15 inci maddelerinin Fransız vatandaşlarına tanıdığı imtiyazdan feragat eder ise, gittikçe ağırlık kazanan bir fikre göre Fransız mahkemesi önündeki dava derdestlik itirazı ile karşılaşabilir (15). Yalnız burada dikkat edilecek husus şudur ki, davanın bu durumda Fransız mahkemesi önünde görülememesi, derdestlik itirazının hukukî sonucu olarak meydana gelmemekte, mahkemenin yetkisizliğinden doğmaktadır.

Görülüyor ki derdestlik itirazı karşısında Fransız doktrininin reddedici tutumu hem Fransız exequatur usulünün özelliklerine hem de Fransız davacıya Fransız kaza hakkını kapamak düşüncesine dayanmaktadır (16).

İ t a l y a n h u k u k u n d a yabancı derdestlik konusu Usul Kanununda düzenlenmiştir. Böylece yabancı derdestliğin pozitif hukuk olarak düzenlendiği yegâne memleket İtalya olmaktadır. 1940 tarihli İtalyan Usul Kanunu yabancı derdestliğin dikkate alınmasına mani bir hüküm getirmiştir (C. proc. civ. m. 3). Bu hüküm İtalyan hukukunun tanıma prosedürüne hâkim olan prensibin nor-

riyla (FamRZ 1965, 46) kat'i ifadesini bulan tekamül, yabancı kararın maddi tetkikinde kendini yetkili gören tatbikatı temelinden değiştirerek révision au fond'u reddetmektedir.

(13) ARMINJON No. 52 vd.; SCHAUWECKER, Die Einrede der Litispendenz im eidgenössischen und zürcherischen internationalen Zivilprozessrecht, (1943), 39 No. 49'da zikredilen müellifler. Farklı şekilde NI-BOYET No. 1844; buna göre sözleşmede sarih bir hüküm var ise derdestlik itirazı nazara alınabilir.

(14) ARMINJON No. 53.

(15) ARMINJON No. 31 vd.; SCHAUWECKER 39.

(16) SCHÜTZE 237.

mal sonucu olmaktadır (17). Yabancı kararların tanınması usulüne hâkim olan prensibe göre yabancı bir ilâma millî hukuk nazarında tesir kazandırabilme, yabancı ilâmın kesin hüküm kuvvetini elde etmesinden önce aynı taraflar arasında aynı konuda bir hukukî ihtilafın bir İtalyan mahkemesinde ikame edilmemiş olması şartına bağlıdır (C. proc. civ. m. 797 No. 6). Bu şart diğer bir manada, yabancı bir kararın tanınmadan (delibation) önce hiç bir tesire sahip olmadığını ifade eder. Bu itibarla yabancı derdestliğin de dikkate alınmaması tanımaya hâkim olan sistemin icabı olmaktadır. Gerçekten de İtalyan Yüksek Mahkemesi, yabancı bir kararın verilmesi ile delibation kararı arasındaki zaman zarfında alınan bir İtalyan mahkemesi kararını, bu yabancı karara tercih edebilmiştir (18).

Alman hukukunda yabancı derdestlik konusu pozitif hukukta düzenlenmemiştir. Doktrinde hâkim fikir, yabancı bir davadan doğan derdestlik itirazının muayyen şartlar altında tanınacağını kabul etmektedir (19). Alman hukukunda problemin tanıma ile olan sıkı bağlantısı üzerinde durulmuştur. Getirilen çözüm de bu sebeple tanıma imkânına bağlı kılınmıştır. Öyle ki, derdestlik itirazına konu teşkil eden yabancı mahkemedeki davanın neticesinde ortaya çıkması beklenen karar, tanınabilecek ise, derdestlik itirazı kabul edilecektir (20). Alman hukukuna hâkim olan fikir şu çözümü ile yabancı derdestlik problemini tanıma şartlarını düzenleyen ZPO § 328 ile birlikte, onun şartlarına bağlı olarak ele almış olmaktadır. Diğer taraftan beklenen kararın tanınabilme imkânını tesbit ederken müsamahalı hareket edilmektedir. Tanımının mümkün olamayacağına dair ciddî tereddütler mevcut değil ise derdestlik itirazı kabul edilmek istenmektedir (21).

(17) RIEZLER, Internationales Zivilprozessrecht, (1949), 454/455; SCHÜTZE 328.

(18) 16.1.1931 tarihli Karar, RabelsZ 7 (1933) 155 vd.

(19) Bkz. RGZ 49, 344 vd.; BGH 2.10.1957, NJW 1958, 103 vd.; BAUMBACH/LAUTERBACH, ZPO, 29. Bası (1966), § 328 Anm. 2. B; Ayrıca RIEZLER 453, No. 7 ve SCHÜTZE 244, No. 45'de zikredilenler.

(20) BAUMBACH/LAUTERBACH § 263 Anm. 2 B; RIEZLER 453; ROSENBERG, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9. Bası (1961) 482; ve aynı manada RGZ 49, 344 vd.; keza SYDOW/BUSCH, ZPO, 22. Bası (1941) § 263 Anm. 4.

(21) Bkz. SCHNEIDER, Wann ist die Rechtshaengigkeit auslaendischer Verfahren zu beachten?, NJW 1959, 88; SEUFFERT/WALSMANN, ZPO, 12. Bası (1932), § 263 Anm. I 2 d; WIECZOREK, ZPO, (1956 vd.) § 274 Anm. D IV a, § 328 Anm. A I.

Alman hukukunun çözümü gerekçeleri yönünden fazla kuvvetli gözükmemektedir. Alman Yüksek Mahkemesi «milletlerarası hukukta mer'î olan bir hukukî prensibe» istinat etmektedir (22). WIECZOREK yabancı bir mahkeme kararının tanınma ehliyetinin mantıken hükme bağlanan davanın da tanınmasını icap ettireceğinden hareket eder (23). RIEZLER, yabancı derdestliğin kabulü hususunda iç hukuktaki gerekçelerden fazla bir şey söylememektedir (24). İç hukukta derdestliğin kabulünü icap ettiren sebepler RIEZLER'e göre milletlerarası yetki sahasında da mevcuttur. Ancak yine bizzat kendisinin itiraf ettiği gibi bunlar aynı derecede kuvvetli olarak milletlerarası yetki sahasında tesirli değildirler. Bununla beraber üzerinde en çok durulması lâzım geleni, çifte derdestliğin çelişik kararların çıkmasına sebep olabilmesi ve buna bağlı olarak askıda hukukî münasebetlerin doğumu tehlikesidir. Ancak bu tehlike de yabancı kararı tanımayan bir devlet bakımından mevcut değildir. Herşeye rağmen RIEZLER Alman, İsviçre ve Avusturya hukuklarında (25) problemin çözümü için tanıma ile olan bağlantının kat'î bir sebep teşkil ettiğini kabul etmektedir. Alman hukukunda söz konusu çözüm şekli itirazlar ile karşılaşmamış değildir (26).

İsviçre hukukunda derdestlik davanın diğer bir kantonun yetkili mahkemesinde önceden ikame edilmiş olması halinde de nazara alınır. Hususî hukuk sahasında yetkili bir İsviçre mahkemesinden verilen karar teknil İsviçrede tanınır ve tenfiz edilir. Bu prensip birden fazla İsviçre mahkemesinin aynı zamanda aynı konu ile işgal edebilmesini önlemektedir.

İsviçre usul kanunları yabancı bir mahkeme önündeki davanın derdestliğinin İsviçrede dikkate alınıp alınmayacağı hususunda susmuşlardır (27). İsviçre doktrininde yabancı mahkemedeki dava sonunda beklenen kararın tanınma ihtimalinin bulunması halinde

(22) BGH 2.10.1957, bkz. yukarıda n. 19.

(23) WIECZOREK § 328 Anm. A. I.

(24) RIEZLER 452/453.

(25) Alman hukukunda kabul edilen çözüm, Avusturya hukukunda da uygulanmaktadır, bkz. RIEZLER 454 n. 8'deki müellifer.

(26) Özellikle SCHÜTZE 245 vd. ve ayrıca 244 n. 52'de zikredilenler.

(27) GULDENER, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz (1951), 175.

yabancı derdestlik itirazının dikkate alınacağı kabul edilmektedir (28). KALLMANN genel olarak kabul edilmiş bir prensipten bahsediyor (29). SCHNITZER de yeni İsviçre tatbikatının bu yolu takip ettiğini belirtiyor (30). Buna mukabil SCHÜTZE Federal Mahkeme tatbikatının müteredit ve açık olmadığını söylüyor. Ona göre yabancı derdestlik itirazının ne reddi ve ne de kabulüne karşı Federal Mahkeme cephe almamıştır (31). Doktrin yabancı derdestliğin kabulü için gerekçe olarak yabancı bir kararın tanınma ve tenfizi imkânının, davanın derdestliğinin de dikkate alınması lüzumunu hasıl ettiğini ileri sürmektedir. Yabancı kararın tanınma imkânı derdestliğin de nazara alınmasını icap ettirmektedir (32). Bunun yanında dava ekonomisi prensibi ve birbirine aykırı kararlar çıkması tehlikesi üzerinde de durulmakta ve nihayet tarafların hileli davranışlarına mani olmak gayesi de söz konusu edilmektedir (33). SCHNITZER ise dava masraflarının iyi bir gerekçe olduğunu kabul etmekle beraber, çeşitli hukuk sistemlerinde hukukî himayenin bütünlük, kalite ve sürat yönünden aynı ölçüde tahakkuk etmediğini ve çeşitli memleketlerde çeşitli neticelerin ortaya çıkabileceğini belirterek, hukukî ihtilâfı hasmın başlattığı yerden başka bir memlekette gördürmekte taraflardan her birinin menfaati olacağı hususu üzerinde durarak doktrinin teklif ettiği çözüme karşı tereddütlerini ifade etmektedir (34). GULDENER de yabancı bir kararın İsviçrede tanınma ve tenfizinin mümkün olup olamayacağını önceden kesinlikle bilinmeyeceğini çözümün bir zaafı olarak itiraf etmekte, en azından amme intizamının bu kesinliğe mani olduğunu söylemektedir. Ancak ona göre amme intizamının müdahalesi bir istisna teşkil eder (35).

İsviçre mahkemelerinin tatbikatında kararlar derdestliğin ara-

(28) KALLMANN, Anerkennung und Vollstreckung auslaendischer Zivilurteile und gerichtlicher Vergleiche (1946), 36 No. 38 ve 114; SCHAUWECKER 47 vd.; SCHNITZER, Handbuch des internationalen Privatrechts, 4. Bası (1958), II, 862/863; GULDENER 177.

(29) KALLMANN 36 vd.

(30) SCHNITZER 862 ve n. 66.

(31) SCHÜTZE 239 ve n. 29.

(32) GULDENER 176; SCHAUWECKER 25 vd., 47 vd.

(33) SCHAUWECKER 47 vd.

(34) SCHNITZER 862.

(35) GULDENER 175 n. 7.

dığı herhangi bir şartın eksik olmasından istifade ile ekseriya problemin çözümüne doğrudan doğruya girmekten kaçınmışlardır (36). Bununla beraber sarıh olarak yabancı derdestliğin dikkate alınacağını belirten 8.4.1954 tarihli bir Federal Mahkeme kararı mevcuttur (37). Buna göre, yabancı mahkeme önündeki davanın «İsviçredekinden önce ikame edilmiş olması ve yabancı kararın İsviçrede tanınabilme» ihtimalinin bulunması şartıyla, yabancı derdestlik dikkate alınacaktır. Bu karar İsviçre doktrininin genel tutumuna tamamen uymaktadır.

İngiliz hukuku prensip olarak yalnız millî mahkemeler arasında bir derdestlik itirazını kabul etmektedir. Dava yabancı bir mahkemede ikame edilmiş ise bu mahkeme yönünden *lis alibi pendens* itirazı makbul değildir. İngiliz hukuk anlayışına göre, bir davacının aynı şahıs hakkında birden fazla memlekette aynı zamanda dava açmasına mani bir durum yoktur. Bunu herhangi bir memlekette daha önceden karar elde etmek veya lehine daha iyi bir sonuç istihsalî ümidi ile yapmış olabilir. Sadece aynı anda dava açılmış olması İngiliz mahkemelerinin müdahalesini icap ettirmez (38). Ancak İngiliz mahkemeleri uygun görürlerse bu ihtimalde de derdestlik itirazını kabul etme imkânına sahiptirler. Burada ölçü olarak ikinci davanın «vexatious» ve «oppressive» olup olmadığı üzerinde durulmaktadır. Öyleki, ikinci davanın, birinci davanın durumu itibariyle, davalıyı taciz etmek gayesiyle açılması veya çifte davanın davalı üzerinde makul olarak tahammül edemeyeceği bir yük teşkil etmesi (39) istisnaî bir hal teşkil eder. İsbat külfeti bakımından, ilk davanın yabancı bir memlekette açılmış olması ile Commonwealth mahkemeleri önünde derdest olması fark gösterir. Commonwealth mahkemelerinde önceden dava ikame edilmiş ise, ikinci dava *prima facie* «vexatious» ve «oppressive» olarak kabul edilir. İngiliz mahkemesi bu durumda «forum non conveniens»'dir (40). Diğer ihtimalde, yani ilk davanın Commonwealth dev-

(36) SCHNITZER 863 n. 66'da zikredilen kararlar.

(37) BGE 80 II 97.

(38) GRAVESON, *The Conflict of Laws*, 4. Bası (1960), 370; CHESHIRE, *Private International Law*, 5. Bası (1957), 122 vd.; DICEY (-MORRIS), *Conflict of Laws*, 7. Bası (1958), 1079 vd.

(39) GRAVESON 372; DICEY (-MORRIS) 1081; CHESHIRE 122 vd.

(40) RIEZLER 455.

letleri dışında bir devlet mahkemesinde ikame edilmiş olması halinde bu karine işlemediğinden, davalının özel sebepler isbat etmesi icap eder (41). Meselâ bir hadisede, dava bir Hollanda mahkemesi önündeki derdestlik itirazı gereğince «vexatious» olarak reddedilmişti. Burada özel sebep davalının önceden Hollandadaki davada teminat yatırmış olmasıydı (42). Bunun dışında, davalarda davacıların aynı olup olmadıkları ile ikinci davada tarafların rollerinin tersine dönüp dönmediği tefrik edilmiştir. Davacıların aynı olması halinde daha hassas olunmaktadır (43). Gerçekten de davacının İngiliz mahkemelerinde dava açmak imkânı varken yabancı bir memlekette dava açması haline nazaran, ikinci davanın davacısının birinci davada davalı olması daha anlayışla karşılanabilir.

III. Mukayeseli Hukukun Çözümleri

Bir talebin derdestliği, aynı taraflar arasında aynı talep hakkında ikinci bir davanın ikamesine mani olmaktadır. Ancak ilk dava yabancı bir mahkemede ikame edilmiş ise, memleket dahilinde açılacak sonraki dava için bir mani bulunup bulunmayacağı milletlerarası doktrin ve tatbikatında farklı olarak cevaplandırılmıştır. İkinci bir davayı önlemek gayesi, iç hukukta dayandığı sebepler bakımından, milletlerarası alanda kendini aynı kuvvette hissettirememiştir. Bu bakımdan teknil hukuk nizamları için doğru olduğu iddia edilebilen bir cevap elde edilememektedir. Bunun yanında derdestliği bir itiraz olarak veya buna ek resen de nazara alınmasını haklı kılan hukuk politikasına ait sebepler de tek bir çözüm şeklini zaruri yapan şartsız veya zorlayıcı mantıktan yoksundur (44). Bu sebeple problem üzerinde çeşitli hukuk nizamlarının davranışlarının birbirlerinden farklı ve hatta birbirlerinin zıttı olabilmesi anlaşılır bir husustur.

Yabancı derdestliğin milli mahkemelerce de dikkate alınmasını talep eden Alman, Avusturya ve İsviçre gibi hukuk sistemleri, RIEZLER'in belirttiği gibi (45), derdestliğin «tanıma ile olan bağ-

(41) CHESHIRE 122 vd.; GRAVESON 373.

(42) Bkz. SCHÜTZE 241 n. 38.

(43) CHESHIRE 122 vd.; DICEY (-MORRIS) 1081; GRAVESON 374.

(44) RIEZLER 452.

(45) Bkz. yukarıda n. 24.

lantısı» üzerinde durmuşlardır. Gerçekten derdestlik problemi daima kesin hüküm müessesesi ile benzer gayeye hizmet etmeleri itibariyle tetkike ve çözüme bağlanılmak istenmiştir (46). Her iki müessese sıkı bir iç münasebete sahiptirler. Benzer gayeye hizmet ederler: birbirine aykırı hükümlerin ortaya çıkmasına mani olmak. Bu manada derdestlik itirazı maddi kesin hüküm kuvvetinin ön basamağı veya ön tesiri olarak düşünülmektedir (47). Kısaca temas ettiğimiz hukukların çözüm tarzları da bu düşünceye uygun olarak iki sisteme irca edilebilir.

Birinci sistem önceki derdestliğin nazara alınması prensibine istinat eder. Özellikle Almanyada hâkim görüş olarak ortaya çıkan bu sistemde önceki yabancı derdestlik dikkate alınacak, buna mukabil önceki milli mahkemede derdestliği dikkate almamış olan yabancı bir mahkeme kararı (48) tanınmayacaktır. Her iki durumda da önceki derdestlik problemin çözüm yolu olmaktadır. Sadece önceki yabancı derdestlik nazara alınacak ve yine sadece önceki millî mahkemelerdeki bir derdestliği nazara almamış olan yabancı mahkeme kararı tanınmayacaktır. Derdestliğin daha önce yabancı bir mahkemede tahakkuk etmesi verilecek müstakbel kararın behemahal tanınacağı manasına da gelmez. Aranılan diğer tanıma şartlarının da mevcut olması lâzımdır.

Bu şekliyle sistem basit ve hukuk mantığına uygundur. Bunun yanında milletlerarası eşit muamele prensibi de tam olarak nazara alınmaktadır. Öyleki milli mahkemenin hukukuna hâkim prensiplere aykırı bir tutuma sahip olan yabancı mahkemenin kararı tanınmayacak, buna mukabil aynı prensiplerden hareket eden yabancı mahkemenin vereceği karar milli hukukta da geçerli olabilecektir.

Bu sistem özellikle Alman hukukunda hâkim fikir ve tatbikat olarak ortaya çıkmakta, fakat İtalyan ve Fransız hukuk sistemleriyle tezat halinde bulunmaktadır. Meselâ İtalyan hukukunda yabancı derdestlik prensip olarak dikkate alınmamaktadır (C.p.c. m. 3). Ancak bu prensibi tatbik eden, yani sonraki bir derdestliği nazara almayan yabancı bir mahkeme kararı bu sebepten dolayı tanınmamaktadır (C.p.c. m. 797 No. 6). Bu söylenenler Fransız doktrin ve tatbika-

(46) HABSCHEID, Zur Berücksichtigung der Rechtshaengigkeit eines auslaendischen Verfahrens, RabalsZ 31 (1967) 255.

(47) BÖTTICHER, Kritische Beitræge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozessrecht (1930), 237.

(48) HABSCHEID 261.

tına hâkim olan fikir için de varittir. Bu hal şekli tek taraflı olarak millî kaza hakkına rüçhan tanıyor, kendi davranışını aynen uygulayan yabancı bir kaza hakkını bu uygulamasından dolayı muaheze etmiş oluyor. Diğer bir söyleyişle iki ölçü kullanarak, milli mahkemelere öncelik tanıyıp, milletlerarası eşitlik prensibini ihlâl ediyor.

İkinci sistem yabancı derdestliğin nazara alınmaması prensibinden hareket etmektedir. Ancak bu prensibi kapalı bir sisteme ulaştırabilmek için iki yönlü bir tatbikat düşünülmelidir. Yani derdestliğin nazara alınmaması hem millî mahkeme ve hem de yabancı mahkemeler bakımından mütalaa edilmelidir. Diğer bir söyleyişle, yabancı mahkemenin milli mahkemedeki bir derdestliği nazara almamasını da kabullenmek icap eder. Yabancı mahkemenin vereceği karar diğer tanıma şartlarına sahip ise, sırf bu sebepten tanınmazlık edilemeyecektir. Bu şekliyle ileri sürülen fikir basit ve kapalı bir sistem halini alabilirdi. Ancak meydana getirebileceği sonuçlar ihtimal ki bu sistemin mahzurları olarak öne sürülmek istenebilecektir. Bu mahzurlar üzerinde ileride durulacaktır. Burada şukadarını söylememiz lazım ki, İtalyan ve Fransız hukuk sistemleri bu fikir yönünden de tatmin edici olmamaktadır. Zira yukarıda birinci sistemden bahsederken söylediğimiz gibi bu hukuklar ikili ölçü kullanarak her iki sistemi kendi mahkemelerine yabancı mahkemeler önünde rüçhanlı kılabilmek için tek taraflı işletmektedirler.

IV. Çözümlerin Kıymetlendirilmesi

1. Genel olarak

Gerek iç hukukta gerekse milletlerarası yetki hukukunda derdestliğin önlenmesi zarureti üç temel sebebe istinad eder. Birinci sebep ekonomik düşüncedir. Derdestliğin ikinci bir davaya mani olamaması halinde, mahkemelerin ve diğer adli organların çifte bir faaliyet göstermesi, buna uygun olarak masrafların artması ve dolayısıyla, riayeti hem tarafların hem de devletin menfaatına olan «dava ekonomisi» prensibinin ihlâli ortaya çıkacaktır. İkinci sebep hileli davranışları önlemektir. Buna göre hukukî ihtilâfını evvelce diğer bir devletin mahkemesinde ikame et-

miş olan davacının, aynı ihtilâfını bu kerre başka bir devletin mahkemesinde ikame etmesi halinde «dürüst dava ikamesi» prensibi ile bağdaşmayan hileli bir davranış meydana gelmektedir. Nihayet üçüncü ve en kuvvetli bir sebep çelişik kararların ortaya çıkması tehlikesidir. Bu tehlike askıda hukukî neticelerin doğumu demektir. Varılacak hal şeklinin bu sebepler yönünden kıymetlendirilmesi icap etmektedir. Ancak zikredilen bu sebeplerin milletlerarası yetki hukukunda ne dereceye kadar çözüm şekillerine tesir edebileceği de kıymetlendirmede rol oynayabilecek bir husustur.

a) Dava Masraflarında Ekonomi

Özellikle iç hukuk yönünden derdestlik itirazının kabulünde dava masraflarında ekonomi fikri kuvvetli bir gerekçe olarak ileri sürülmektedir. Alman ve İsviçre doktrininde bunu görmek mümkündür. Çifte dava ile doğacak olan çifte külfet ortadan kalkmalıdır (49). İngiliz doktrini dava masraflarında ekonomi fikrine kıymet vermekle beraber, daha çok ikinci davanın davalısına yeniden bir dava takip etmek mecburiyetini yüklememe üzerinde durmaktadır. Yani ilk olarak tarafların menfaati göz önünde bulundurulmaktadır. Fransız doktrininde dahi milletlerarası sahada derdestliğin kabulü için dava masraflarında ekonomi bir sebep olarak zikredilebilmiştir (50)

Çifte külfet mahzuru, mahkemelerin milletlerarası rekabetinde çok şüpheli bir delil olarak kalmaya mahkûmdur. Millî hâkim yabancı mahkemelerin külfet altına girip girmeyeceği veya hangi hallerde külfet altına gireceği hususunda düşünmek durumunda değildir. Devlet kendi mahkemelerinin yetkisini tesbit ettikten sonra, yabancı bir mahkemede görülmekte olan hukukî ihtilâfın, külfet konusu üzerinde hiç durmaksızın, kendi mahkemelerinde de halledilmesi lüzumunu duyabilir (51). Bunun yanında hemen hemen ekseri hukuklarda, özellikle eda davalarına ait yabancı mahkeme kararlarının tenfizi bir exequatur prosedürüne ihtiyaç göstermektedir. En azından bu nevi davalarda, ikinci bir davadan sakınmak dava mas-

(49) Meselâ RIEZLER 452 vd.; SCHAUWECKER 50.

(50) ARMINJON No. 14.

(51) Bkz. SCHÜTZE 248; RIEZLER 453.

rafları ve külfet yönünden fazla bir kıymet taşımaz. Davasını yabancı bir memlekette kazanarak karara bağlayan şahıs bunu tenfiz ettirebilmek için bir exequatur davasını göze almak zorunda kalacağından, külfet ve masraf bakımından üzerinde durulacak bir kazançta sahip olamayacaktır. Dava ekonomisi prensibinin yabancı derdestliğin kabulü lehine başlı başına bir gerekçe olamayacağı genellikle kabul edilmektedir.

b) Hileli Davranışları Önlemek

Davasını ikame ettiği memleket mahkemesinde arzu ettiği neticeyi alamıyacağını tahmin eden şahsın ikinci bir memleket mahkemesinde yeniden dava ikame edebilmesini önlemek gerekir. Davacının bu davranışını iyi niyet ile bağdaştırmak imkânı yoktur, bu sebeple himaye görmemelidir. Gerçekten özellikle Almanya ve İsviçrede yabancı derdestliğin nazara alınmasına, ikinci bir dava ikamesinin, davacının ızzar edici bir davranışı olması itibariyle de taraftar olunmaktadır. İngiliz hukukunda da bu ızzar edici davranışa istinat edilir, öyleki davacının «vexatious» hali söz konusu olunca ikinci dava kabul edilmemektedir. Ancak Alman ve İsviçre hukuklarından farklı olarak İngiliz hukukunda, davacının her iki davada aynı olup olmadığına ve her hadisenin özelliğine göre bir sonuca varılır.

Hiç şüphe yok ki, hileli davranışları önlemek gayesi önemli bir sebep teşkil eder. İkinci bir davayı iyi niyetten uzak, hileli bir davranışla ikame eden davacı hukukî himaye görmemelidir. Ancak ikinci davacıyı böyle bir itham altında bulundurmak daima mümkün değildir. Daha genel bir söyleyişle ikinci bir dava ikamesinin hileli olduğunu genelleştirmek doğru değildir.

İlk önce davacının her iki davada da aynı olup olmadığı tefrik edilmelidir. Yabancı bir mahkemede davalı durumunda olan şahıs, yabancı devlet mahkemelerine itimat etmediği veya daha çabuk bir neticeye varmak için kendi memleketinde aynı konuda bir dava ikame ettiğinde ve böylece hakkını millî mahkemelerinde aradığında onu kötü niyetle itham etmek ve davranışını hileli olarak nitelendirmek mümkün değildir. Üstelik yabancı memlekette insiyatif diğer taraftadır. Asgari bu ihtimalde, yani ikinci davanın davacısı, yabancı memleketteki davada davalı durumunda ise, onun kendi

millî mahkemelerinde hakkını araması hileli bir davranış olarak kabul edilemez.

Her iki davanın davacıları aynı şahıslar ise ikinci davanın ikamesini hileli bir davranış olarak mütalaa etmek, hatta başkaca bir tetkike lüzum görmeden, mümkündür. Ancak bu şıkda da ikinci bir dava ikamesini haklı gösterebilecek sebeplerin mevcudiyeti ihtimal dışı değildir. RIEZLER, A. devletinde dava ikame ettikten sonra, gerek hukuk sistemine has sebeplerden gerekse davanın bir an evvel bitirilmesini temin gayesiyle ve nihayet meselâ A devletinde mahkemelerin bağımsızlıklarını kaybettiklerini göz önüne alarak, davacının davasını yine yetkili B devleti mahkemesinde gördürmek istemesini haklı bulmaktadır (52). SCHUZTE de şu misaller ile fikri desteklemektedir (53): Davacı, davalının mamelekinin bulunduğu yegâne yer olması sebebiyle yabancı bir mahkemede davasını ikame etmiş, fakat yıllarca süren dava esnasında, davalı, davacının memleketinde de mameleke sahip olmuştur. Bu durumda davacının kendi milli mahkemelerine müracaat etmesi bir muaheze konusu olmamalıdır. Aynı şey davacının yabancı memlekette dava masrafları karşılığı olarak yüksek bir teminat yatırma mecburiyeti karşısında kalması halinde de varittir. Bunların yanında yabancı mahkeme kararının, davalının mamelekinin bulunabildiği bir memlekette icra edilebilip edilemeyeceği problemi de tesir edici bir sebep olabilir. Eğer tenfiz için bir garanti verilemiyor ise, davacının yabancı memleket mahkemesinden elde edeceği karar fazla bir kıymete sahip olamayacaktır. Böyle bir davayı sürdürüp neticelendirmeyi davacıdan istemek en azından haksızlık teşkil eder.

İkinci bir davayı ikame eden tarafın haklı bir sebebe dayanmaksızın bu yola teşebbüs etmeyeceği de söylenebilmektedir. Gerçekten ikinci bir davanın rizikoları az değildir. Evvelâ çifte dava takibi oldukça masrafa ihtiyaç gösterecektir. Bunun yanında çok daha önemli olan, ikinci davanın henüz karara bağlanmasından önce, ilk davadan elde edilen bir kesin hüküm ile ikinci davanın reddi ihtimalinin mevcut olmasıdır. Bu red ve bunun neticesi masrafların ikinci davayı açmış olan tarafa tahmili, ikinci bir dava ikamesini en geniş ölçüde önliyecektir.

Şu izahatımız ikinci bir dava ikamesinin hileli bir davranış ola-

(52) RIEZLER 452/453.

(53) SCHÜTZE 250.

rak kabulünün genelleştirilemeyeceğini göstermektedir. İhtimalki bu yönden İngiliz hukuku haklı bir tatbikat içerisindedir. Orada hem milli mahkeme ve hem de — bir Commonwealth devleti olmak şartıyla — yabancı mahkeme önünde dava ikamesi «vexatious» olarak vasıflandırılmamaktadır. Ancak buna ilaveten hadisenin taşıdığı özellikler de bu vasıflandırmada rol oynamaktadır. Bu hal şekli yabancı derdestliği dikkate almayan hukuk sistemleri için de varit olabilir. Gerçekten genellikle modern hukuk nizamlarında mevcut olan «hüsnüniyet» ile hareket prensibi, hakkın suiistimalini teşkil eden bir davranış olarak kabul edilebildiği ölçüde, ikinci bir dava ikamesini önliyebilecek kudrettedir.

Burada ikinci bir dava açmak hakkına sahip olduğuna inanan davacının, ilk davasını geri alabileceği söylenebilir. Fakat bir çok usul hukuku kanunlarında davanın geri alınması davalının rızasına bağlanmıştır (54). Davalının böyle bir rızayı vermiyeceği kolaylıkla kabul edilebilir.

c) Çelişik Kararların Önlenmesi

Yer ve zaman itibariyle aynı tesirlere sahip olan birbirlerine zıt kararların önlenmesi halli icap eden bir problem teşkil eder. Bir mahkeme kararının hukukî tesir sahası, prensip olarak o kararı veren devletin ülkesi ile sınırlıdır. Böyle bir karar diğer devlet tarafından tanındığı takdirde, tanıyan devlet yönünden çelişik iki kararın varlığı imkân dahiline girebilir. Diğer bir söyleyişle, mahkeme kararının hukukî tesirleri ülke dışına çıktığı takdirde çelişik kararlar problemi de ortaya çıkabilir. Bu sebeple yabancı mahkeme kararlarını tanımayan bir hukuk sistemi için çelişik kararlar tehlikesi mevcut değildir.

Devletlerin yabancı kararları tanımaları için genellikle muayyen bazı şartların tahakkukunu aradıkları görülmektedir. Bu şartların yabancı karar tekemmül ettikten sonra araştırılması ve tesbiti tanımanın bünyesine uygundur. Şu durumda yabancı derdestlik itirazı karşısında kalan bir mahkeme henüz o kararın tanınması hususunda kat'i bir neticeye varabilecek imkânlara sahip değildir. Bununla beraber yabancı derdestliğin dikkate alınmasını temin edici kuvvete sahip olan çelişik kararlar tehlikesinin önlenmesi müstakbel

(54) Meselâ Türk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 185/1.

yabancı kararın tanınabilme ihtimali üzerinde durmaya hukukçuları sevketmiştir. Öyleki problemin çözümü, derdestlik itirazına konu teşkil eden müstakbel yabancı kararın tanınabilip tanınamayacağını tahmin edebilme imkânlarına bağlanmıştır. Karar ileride tanınmayacak ise derdestlik itirazı reddedilmelidir, aksine tanınabilecek ise derdestlik itirazının kabulünde bir mahzur yoktur, hatta muhtemel çelişik kararların önlenmesi için zarurettir. Müstakbel yabancı kararın tanınma ehliyeti üzerinde yabancı derdestlik itirazı karşısında kalan hâkimin ne dereceye kadar kat'i bir tahminde bulunabileceğini tesbit etmek bizi problemin çözümüne götürecektir. Daha önce de belirttiğimiz gibi Alman, Avusturya ve İsviçre hukuklarında yabancı derdestlik itirazının kabulü müstakbel yabancı kararın tanınma ehliyetine bağlanmıştır.

2. Müstakbel Yabancı Kararın Tanınma Ehliyeti :

Yabancı müstakbel kararın tanınması önceden tahmin edilebilir mi? Bu tahmin hangi ölçüde emniyetlidir? Bu emniyet yabancı derdestliğin kabulü için kâfi midir?

Eski Fransız hukukunda olduğu gibi (55), eğer yabancı karar bir révision au fond'a tâbi tutulacak ise kararın tanınabilmesini önceden tahmin edebilme imkânı yoktur. Hükmün maddi bir tetkiki tanımanın önceden tahmin edilebilme ihtimalini ortadan kaldırır. Belkide bu sebeple Fransada hâkim doktrin, yakın zamana kadar tatbik edilen révision au fond sistemi sebebiyle yabancı derdestliğin dikkate alınmasını reddetmek mecburiyetinde kalmıştır. Buna mukabil Alman, Avusturya ve İsviçre hukuku yabancı kararın maddi bir tetkikini prensip olarak tanımadıkları için kararın önceden tanınabilme ihtimali üzerinde durabilmişlerdir.

Yabancı kararın maddi tetkikini kabul etmeyen hukuklar bakımından, kararın tanınmasının önceden tahmin edilebilmesi, aranan tanıma şartları yönünden tetkik edilmek icab eder. Genel olarak hukuk sistemleri yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisini ve arandığı takdirde mütekelbiliyeti tanımanın ön şartları olarak zikretmişlerdir. Bu şartlar tahakkuk etmiş ise yabancı kararın tanınması diğer şartlar bakımından tetkik konusu yapılır. Bu durum göz önüne alınarak milletlerarası yetki ve mütekelbiliyet tanımanın objektif şartları olarak vasıf-

(55) Bkz. yukarıda n. 12.

landırılabilmiştir (56). Bu iki şart aynı zamanda tanımanın prensip olarak kabul edilmediği neticesini de vermektedir. Zaten bir mahkeme kararının hukukî tesirleri o devletin ülkesi ile sınırlandırılmıştır derken aynı şey ifade edilmiş olmaktadır. Tanımanın prensip olarak kabul edilmemiş olduğu hâkim görüşün anlayışıdır (57). Yabancı mahkeme kararı bu iki şartı tahakkuk ettirebilmiş ise, tanıma kaidedir. Aranan diğer şartlar kararın tâbi olduğu usul ve hükmün muhtevası ile ilgilidir. Geniş manada amme intizamı mefhumu altında bu şartları toplamak mümkündür. Öyle ki kaideten tanınmaya ehil durumda olan bir yabancı kararı istisnaen reddettiren şartlar söz konusu olmaktadır.

Bu noktada varılan netice (58) şu olmaktadır: Yabancı bir mahkeme kararının tanınması kaide değildir. Ancak kararı veren yabancı mahkeme milletlerarası yetkiye sahip ve — arandığı takdirde — mütekabiliyet tahakkuk etmiş ise yabancı karar kaideten tanınır. Böyle bir karar istisnaen amme intizamının müdahalesine uğrayabilir.

Yabancı bir derdestlik itirazı karşısında kalan hâkim, müstakbel yabancı kararın tanınmaya ehil olup olmadığını henüz kesin olarak cevaplandırarak durumda değildir. Buna mukabil tanıma şartlarından bazılarının tahakkuk edip etmediğini tesbit edebilecektir. Yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisi bulunup bulunmadığını ve arıyor ise mütekabiliyetin mevcut olup olmadığını bilmek imkânına sahiptir. Zira hâkim derdestlik itirazının yapıldığı anda hangi devlet mahkemesinin derdestliğe konu teşkil eden ihtilâfı görmekte olduğunu bilmektedir. Eğer zikredilen bu şartlar tahakkuk etmemiş ise, hâkim için derdestlik itirazını kabul etme imkânı yoktur. Ancak bu iki şartın tahakkuk etmiş olması müstakbel yabancı kararın tanınacağı anlamına da gelmemektedir. İleride verilecek olan yabancı hükmün amme intizamının müdahalesine uğrayıp uğramıyacağı henüz meçhuldür. Bununla beraber derdestlik itirazı anına kadar geçen safhada yabancı mahkemenin artık düzeltilmeyecek bir şekilde, kararın ileride amme intizamı sebebiyle

(56) HABSCHEID 265.

(57) RIEZLER 524; BAUMBACH/LAUTERBACH § 328 Anm. 1 A; STEIN/JONAS/SCHÖNKE/POHLE, ZPO, 18. Bası (1953 vd.) § 328 Anm. I 1; PAGENSTECHER, RabelsZ 15 (1949/50) 197 No. 4; SCHÜTZE 245.

(58) Bkz. HABSCHEID 265.

reddini icap ettirecek ağır bir hata yapması veya usulî bir noksanlığa sebebiyet vermesi halinde tanıma problemi mevcut değildir (59). Zira müstakbel yabancı kararın ileride tanınması mümkün olacaktır yacağından derdestliğin de kabulüne imkân yoktur. Şu halde hâkim bu son ihtimal hariç, milletlerarası yetki ve mütekabiliyet şartlarının tahakkuku halinde ancak «muvakkat» bir karara varabilecektir. Bu iki şarttan biri tahakkuk etmemiş ise netice kesindir: müstakbel yabancı kararın tanınmasına imkân olmadığından derdestlik itirazının reddedilmesi. Buna mukabil hem yabancı mahkeme milletlerarası yetkiye sahip hem de mütekabiliyet varsa ileride verilecek karar kaideten tanınabilecektir. Problem amme intizamının müdahale edebilme ihtimali üzerinde toplanmaktadır. Zira kaideten tanınabilecek olan yabancı karara amme intizamının müdahalesi daima mümkün olabilecektir. Alman ve İsviçre doktrini bu noktadaki tereddütleri, müstakbel kararın önceden tanınmasını tahmin edebilme imkânını reddettirecek derecede kuvvetli bulmamaktadır.

Müstakbel yabancı hükmün amme intizamına aykırılığının tesbit edilmesi zaruretinin, tanıma hakkında önceden kesin bir karara varmayı imkânsız kıldığında tereddüt yoktur. Milletlerarası yetkiye sahip bir mahkemedan verilmiş ve mütekabiliyeti elde etmiş olan yabancı bir kararın «tanınmaya ehil olacağı normal hadise olarak» nazara alınsa dahi (60), amme intizamı mefhumunun tesir sahası içerisinde toplıyabildiğimiz diğer şartların tahakkuk etmesi mecburiyeti tanımaya nisbetle daha az ihtimal dahilinde olmakla beraber müstakbel yabancı kararın akibetini sallantıda bırakmaktadır. Böyle bir durumda derdestliğin dikkate alınmasının, zamandan, masraftan ve külfetten istifadeyi sağlayacağı iddia edilebilir. Ancak az bir ihtimalle de olsa yabancı kararın tanınmasının red edilebilme imkânının bulunması başlı başına derdestlik itirazının reddi için yeterli bir gerekçedir. Zira müstakbel yabancı hüküm amme intizamının müdahalesi neticesi tahmin edilenin aksine tanınmaya ehil çıkmaz ise, davası derdestlik itirazı sebebiyle reddedilmiş olan

(59) Meselâ, yabancı mahkemedeki davada «iki taraf usulen dâvet edilerek muhakeme gıyaplarında veya kanunî vekil ve mümessilleri huzurunda cereyan» etmemekte ise. Ancak bu noktada davalının itirazı şarttır (HUMK m. 540/2). Ayrıca bkz. Alman usul hukukunda ZPO § 328 I No. 2.

(60) HABSCHIED 266.

davacıya yeniden bir dava ikamesi külfeti yüklemek hukuken tasvip edilemez. Gerçi böyle bir dava artık yabancı derdestlik itirazından kurtulmuş olarak görülecektir. Fakat bu kadar ufak bir menfaat, davacıya hakkını teslimde böyle bir gecikmeyi ve külfeti yüklemeyi kat'iyen haklı kılamaz. Üstelik buna bağlı masraf ve zaman kaybı iki davanın bir arada yürütülmesinden daha az olmayacaktır.

3. Yabancı Derdestliğin Nazara Alınmamasının Sonuçları

Görülmekte olan bir davada hâkimin yabancı derdestliği dikkate almaması halinde milletlerarası alanda ortaya çıkabilecek olan kararlar yönünden iki ihtimal düşünülebilir:

a) Daha önce yabancı memlekette başlanmış olan dava, normal olarak mahallî (millî) mahkemeden daha önce karara da varabilecektir. Bu şıkda halen görülmekte olan bir dava esnasında aynı konuda kesin hüküm teşkil etmiş yabancı bir mahkeme kararı söz konusu olmaktadır. Diğer tekmil tanıma şartları mevcut olduğuna göre yabancı bir mahkeme kararının görülmekte olan davaya tesiri bir özellik arzetmez. Mahalli mevzuatın yabancı mahkeme kararının tesirlerini düzenleyen hükümleri burada da caridir. Gerçekten, yabancı bir mahkemenin, kendisinden sonra diğer bir memlekette (mahalli mahkemede) görülmeye başlanmış olan aynı konudaki davayı derdestlik itirazı konusu kabul etmemesi, o mahkemenin verdiği kararın tanınmasını önliyecek bir sebep teşkil etmez. Genel olarak hukuk sistemlerinde kabul edildiği üzere, yabancı karar mahalli davada dikkate alınarak o konuda yeni bir karar alınmasını önliyecektir. Bu şekilde çifte ve çelişik kararlar tehlikesi ortadan kalkmaktadır. Böyle bir sonuca ulaşan hadisede, derdestliğin baştan kabulü ile önlenebileceği ileri sürülen, ikinci bir takibin sebep olduğu dava masrafları ve külfeti sistemi değiştirebilecek kadar önemli değildir.

b) Daha sonra başlanmış olmasına rağmen mahalli (millî) mahkeme, yabancı mahkemeden daha önce karara vasil olursa durum daha farklıdır. Zira bir müddet sonra yabancı mahkeme de bir karara varacaktır. Şüphesiz yabancı mahkeme kendi yönünden diğer bir memlekette (mahalli mahkemede) sonradan görülmeye başlanmış olan aynı konudaki dava sebebiyle derdestliği nazara al-

mıyarak bir karara varmakta haklıdır. Ancak aynı haklılık, yabancı mahkemenin kendisinden önce kesin hüküm kuvvetini elde etmiş olan bir kararı nazara almıyarak ikinci bir karara varmasında, bu kadar kesilikle ifade edilebilir mi? Gerçi yabancı mahkeme daha sonra görülmeye başlanmış yabancı bir derdestliği reddetmekte elbetteki hukuka uygun hareket etmiştir. Amma buradaki uygunluk, sonradan önüne çıkarılan kesin hüküm teşkil etmiş yabancı bir kararı da nazara almamak için yeterli bir sebep midir? Kesin hüküm teşkil etmiş olan bir kararın daha önce görülmekte olduğu mahkemede bir derdestliğin dikkate alınmaması sebebiyle hukukî tesirden mahrum kılınması mümkün müdür? Bu suale menfi cevap verilebildiği takdirde, sistem kapalı ve basit bir hale ulaşmış olacaktır. Yabancı mahkeme, kendisinden sonra görülmeye başlanmış bir davada da olsa, varılan kararı kesin hüküm kuvvetini elde etmiş yabancı bir hüküm olarak mütalaa edecek, neticede çifte karar tehlikesi önlenmiş olacaktır. Bu sonuç mahalli mahkeme yönünden de aynıdır. Yani yabancı bir karar, sonradan görülmeye başlanmış olsa dahi kesin hüküm kuvvetiyle mahalli davaya tesir edecektir.

Bugünkü hukuk sistemlerinde yabancı derdestlik itirazı sonuca bağlanmadığı takdirde yabancı memleketteki dava ile mahallî mahkemedeki dava birbirlerinden müstakil olarak yürümeye devam edecek ve sonuçta davalardan biri diğerinden önce karara varacaktır. Diğer tanıma şartlarını taşıması halinde, bu kararın diğer memleket mahkemesinde dikkate alınacağı muhakkaktır (61). Bu çözüm süratle hareket eden adli kazaya rüçhan hakkı vermekte ve böylece davalar: sürüncemede bırakan adli kazaya karşı bir nevi teminat teşkil etmektedir.

Ancak herhangi bir hukuktan, önce den tesis edilmiş mahallî derdestliğin nazara alınmamasını, tanımanın bir red sebebi olarak kıymetlendirmemesi beklenmiyebilir. Bu durumda ihtimalleri daha ileri götürürsek yabancı mahkeme kesin hüküm elde etmiş olan mahallî mahkemenin kararını nazara almaksızın davaya devam edecek ve ihtimal olarak aykırı bir hüküm de verebilecektir. Böylece milletlerarası sahaya kaçınılmaya çalışılmasına rağmen aynı konuda iki karar çıkmış olmaktadır. Böyle bir ihtimalde yabancı kararın mahallî hukuka tesirleri de incelenmek gerekir.

(61) GULDENER 176.

Daha s o n r a k i yabancı hüküm tesirlerini memlekete teşmil edebilirse, tekrardan iki kararın mevcudiyeti ile doğacak mahzur bütün tehlikesiyle ortaya çıkar. Ancak böyle bir karara tanıma için gerekçe bulmak zordur. Zira yabancı karar, ö n c e k i mahallî kararın kesin hüküm kuvvetini dikkate almamıştır. «ne bis in idem» yasağı genel ve ihlal edilemeyecek kadar kuvvetli bir hukuk prensibidir. Buna aykırı hareket etmiş olan bir mahkemenin kararını bu aykırılığını görmemezliğe gelerek tanımak mümkün değildir. Hangi gerekçe ile olursa olsun (62), aksi neticeyi savunarak yabancı kararı tanımak tasvibi mümkün olmayan bir sonuç doğurur. Öyle ki millî mahkeme bir davayı rüyet etmiş ve karara ulaşmıştır. Bu karar kesin hüküm kuvvetini de elde etmiş olmasına rağmen, sonradan verilmiş bir yabancı karar karşısında bırakılmaktadır. Hiç bir hukuk sistemi böyle bir tanımaya müsamaha gösteremez, göstermek mecburiyetinde de değildir. O halde kesin hüküm kuvveti elde etmiş olan yabancı bir kararın, — bu karar önceki bir derdestlik nazara alınmamış olarak elde edilmiş olsa dahi — hukukî tesirlerini mahallî bir davada kabul etmek, milletlerarası alanda çifte (ve ihtimalki birbirine aykırı) kararların çıkmasına mani en iyi hal çaresi olmaktadır.

Ancak bu hal çaresi kararı veren mahkemelerin tâbi olduğu devlet yönünden düşünülmektedir. Üçüncü bir devlet yabancı iki devlet mahkemesi tarafından verilmiş ve kesinleşmiş iki karar karşısında kalabilir. Bu esas itibariyle bir mahzur teşkil etmez. Kararlardan biri daha önce tanınmış ise, artık diğer karara tanınma imkânı verilmeyecektir. Çünkü tanınan karar millî mahkemeden verilmiş ve kesinleşmiş bir karar mahiyetindedir. Aynı konuda yabancı bir kararın tanınmasına mani olur.

Her iki yabancı karar aynı anda üçüncü bir devlette tanınmaya arzedilirse, böyle bir seçim karşısında kalan adlî organ, daha önce kesinleşmiş, yani milletlerarası hukuk alanına ilk giren kararı tercih etmek zorunda kalacaktır.

4. Davanın Geri Bırakılması Teklifi

Çözüm yolu olarak teklif edilen sistemlerden hiç birinin tatmin edici olmadığından hareketle ortalama bir hal şekli ileri sürül-

(62) Bkz. HABSCHEID 262.

müştür. Buna göre, (63), bütün güçlük müşahhas bir hadisede derdestlik için karar verme anında müstakbel yabancı hükmün akibeti hakkında önceden kesin bir şey söylenememe noktasında toplanmaktadır. Bu ise bir kaziyeden hareket etme zarureti meydana getirir. Bunda da in concreto istisnaların hasıl olabileceğini hesaba katmak gerekir.

Millî mahkemede görülmekte olan dava — davayı takipten sarfi nazar (HUMK. m. 185/1) gibi özel haller istisna edilirse — muhakkak hukukî tesirlerini ülke içinde gösteren bir karara ulaşır. Buna mukabil yabancı bir mahkemede davanın sonucunda ortaya çıkacak olan kararın akibeti kesinlikle tesbit edilememektedir. O halde telâfisi mümkün olmayan kararlar ve tedbirler almadan, yabancı dava kesin hüküm kuvvetini elde edip hakkında kesin bir sonuca varılması imkân dahilinde girinceye kadar millî mahkemenin nihai kararını geciktirmesi problemin gayesine uygun olur. Öyle ki, yabancı dava derdestliğini devam ettirdiği müddetçe, millî mahkemede davanın görülmesine ara verilerek, millî mahkemede ikame edilen davanın derdestlik sebebiyle reddedilmemesi temin edilmiş olsun. Bu ise millî mahkemede ikame edilen davanın yabancı kararın akibeti hakkında sonuca varılabileceği ana kadar bir durgunluğa sevk edilmesiyle tahakkuk eder. Bu itibarla ilk önce Alman Usul Kanununda düzenlenen müesseseye (ZPO § 148) uygun olarak davanın geri bırakılması söz konusu olabilir.

Gerçekten yabancı derdestlik iddiası ile ortaya çıkan durum ZPO § 148'de düzenlenen bekletici mesele müessesesine en yakın olanıdır. O halde bu hükmün kıyas yoluyla tatbik edilebilip edilemeyeceği üzerinde durulmak icap eder. Kıyas yoluyla tatbikte özellikle menfaatler durumu rol oynamalıdır. Davacının ikame ettiği davanın maddî hukuka ait tesirlerini, özellikle zaman aşımının kesilmesini (BGB §§ 209, 212; Türk BK. m. 133/2) temin etmekte hiyayesi gerekli bir menfaati vardır (64). Bu menfaat dava ikamesi veya sükutu hak müddetlerinin dikkate alınmasının icap ettiği hadiseler için de varittir. Millî mahkemede ikame edilen dava yabancı derdestlik sebebiyle reddedilir (65) ve daha sonra yabancı mah-

(63) Bkz. HABSCHEID 266 vd.

(64) ROSENBERG 480; BLOMEYER, Zivilprozessrecht (1963) 230.

(65) Alman hukukunda davanın derdest bulunmaması menfi bir dava şartıdır (ZPO § 274 III).

kemenin verdiği karar tanınmaya ehil çıkmaz ise, davacıya belirli durumlarda — özellikle zaman aşımının tahakkukunda — dava ikamesiyle tanınmış olan maddî hukuka ait tesirleri elde etme imkânı tamamen kapanmış olacaktır. Bu ise tam anlamıyla hukukî himayeden kaçınmadır. Bir hukuk devletinde hukukî himayeden içtinap edilemeyeceği prensibi önünde teknil hukukî konstruksiyonlar yumuşamak mecburiyetindedir. Bu sebeple en azından davacının millî mahkemede o an için dava ikamesinde özel haklı bir menfaati bulunduğu hallerde ZPO § 148'deki bekletici mesele düzeninin kıyasen tatbikiyle davanın geri bırakılması kabul edilmelidir (66). Özel haklı menfaat ise zaman aşımının kesilmesi veya diğer bir müddetin geçmesinden kaçınma halinde daima mevcuttur.

Davanın geri bırakılması teklifi, dayandığı hukukî menfaat cihetinden haklı görülebilirse de, böyle bir imkânın kanunî yönden mevcut olmadığını zannediyoruz. Bizzat bu teklifi getirenlerin de kabul ettiği gibi yapılmak istenen kıyas önemli tereddütler ile karşı karşıyadır. Davanın geri bırakılması ancak kanunen ön görülen hallerde yapılabilmektedir, yoksa mahkemenin gayeye uygun gördüğü her durumda bu yola gidemeyeceği genellikle kabul edilmektedir (67). Üstelik diğer bir mahkemede derdestlik itirazının kabulü halinde davanın reddedilmesi, Türk Usul Kanununun ifadeyle «ikame edilmemiş addolunması» icap etmektedir. Bu şekilde davanın redde uygunluğu halinde geri bırakılma düzeninin işleyeceği de genellikle kabul edilmektedir (68).

Diğer taraftan, derdestlik itirazının varit bulunduğu bir hadise davayı reddetmiyerek, davacıya dava manisinin ortadan kalkmasından sonra yeni bir dava ikamesinde serbest bırakmak için de haklı bir sebep mevcut değildir.

Teklif edilen davanın geri bırakılması çözümüne karşı ileri sürülebilen bütün bu düşünceler, teklifi yapanın da itiraf ettiği gibi «isabetlidir» (69) ve bu sebeple problemin hallini temin edebilecek nitelikte değildir.

(66) Ayrıca bkz. HELLWIG, System des deutschen Zivilprozessrechts I (1912) 360.

(67) ROSENBERG 612; BLOMEYER 125.

(68) ROSENBERG 611; OLG Bamberg, 29.1.1952, HABSCHEID 268 ve n. 30.

(69) HABSCHEID 269.

V. Türk Hukuku ve Yabancı Derdestlik İtirazı

Türk hukukunda derdestlik bir iptidaî itiraz sebebi teşkil eder (HUMK. m. 187/4). İptidaî itiraz olması itibariyle mahkeme tarafından re'sen nazara alınamaz. Taraflar iptidaî itirazlaını ancak davanın başında, esasa girişilmezden evvel yapabilirler (HUMK m. 188, 195, 478). Buna uygun olarak derdestlik itirazı zamanında yapılmadığı takdirde artık bir daha dermeyan edilemeyeceğinden mahkeme davanın esasına girerek esas hakkında karar vermek mecburiyetindedir.

Şu düzenleme gereğince derdestlik itirazı davanın esastan incelenmesine mani olmakla beraber, bunun esasa cevap müddeti içerisinde dermeyanı şarttır. İtiraz kabul edildiği takdirde açılan dava ikame edilmemiş addolunur (HUMK. m. 194).

Türk hukuku derdestlik itirazını diğer bir çok hukuktan farklı olarak bir dava şartı olarak nazara almamıştır. Bu sebeple Türk hukuku aynı konuda ikinci bir davanın görülebilmesine çok daha müsaittir. Lüzumsuz külfet ve masraf mahzurları bir yana çifte dava ikamesinin ortaya çıkarabileceği birbirine aykırı kararlar tehlikesi dahi derdestlik itirazının bir dava şartı olarak kabulünü Türk hukukunda mümkün kılamamıştır. Böyle bir sistem özellikle davanın neticesini taraflara tesirsiz kılması ve adli kazanın itibarını yaralaması yönünden tenkit edilebilir. Ancak birbirine aykırı kesinleşmiş iki kararın bulunması bir iadei muhakeme sebebi teşkil etmektedir (HUMK m. 445/10). Kesin hükmün mevcudiyetine rağmen mahkemenin bundan malûmatı olmaksızın kesin hüküm teşkil eden bir karara varması hali iade sebebidir. İkinci davanın görülmesi esnasında birinci hükme dayanılarak kesin hüküm itirazında bulunulmuş ve fakat mahkeme tarafından bu itiraz nazara alınmamış ise muhakemenin iadesi yoluna gidilemez. Zira bu hal bir temyiz sebebi teşkil eder (HUMK. m. 428/3) Temyiz sebebi olarak dermeyan edilebilen bir hal ise iadei muhakeme sebebi yapılamaz.

Y a b a n c ı d e r d e s t l i ğ i n iptidaî itiraz olarak ileri sürülebilip sürülemediği hususunda kanunda istinad edilebilecek bir hüküm yoktur. Türk doktrininde bu konuya temas etmiş olan hukukçular (70) yabancı derdestliğin Türk mahkemelerince dikka-

(70) SEVİĞ (Muammer Raşit), Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhti-

te alınamıyacağını; kesinlikle belirtirler. Gerekçeleri iki noktada toplanmaktadır. SEVİĞ (Muammer Raşit)'e göre, 187 nci madde hükmünün başka memleketlerdeki derdesti rüyet davalara teşmili o memleket kazası lehine mahallî mahkemelerin selâhiyetlerinden feragatı tazammun eder ki Devletlerin istiklâli esasına aykırıdır. SEVİĞ (Vedat Raşit)'e göre ise, Türk mahkemelerine müracaat etmeye hak kazanmış bir kişiye hasmının yabancı bir memlekette aynı konuda kendisine karşı dava açmış olduğu bahanesiyle bu hakından zorla mahrum etmek için kanunî veya ahdî mevzu hukukumuzda hilafına sarîh bir hüküm olmadıkça hiç bir sebep yoktur.

Yabancı derdestliğin Türk mahkemelerinde nazara alınması imkânını Türk hukuku yönünden biz de mümkün görmemekteyiz. Bu sonuç sistemlerin izahında belirttiğimiz gibi doktrin yönünden de zannediyoruz ki en iyi hal çaresi olmaktadır. Bir kısım hukuklarda olduğu gibi yabancı kararın tanınma ehliyeti üzerine yapılacak bir tahmine dayanılarak yabancı derdestliğin kabulü de daha önceki izahlarımızda ifade ettiğimiz gibi tatmin edici değildir. Gerçi Türk hukuku yönünden de yabancı kararın tanınma şartlarından önemlileri önceden bir dereceye kadar tahmin edilebilir. Özellikle Türkiye ile yabancı mahkemenin bağlı bulunduğu devlet arasında kararların karşılıklı tanınması ve tenfizi hakkında (HUMK. m. 540/1) bir sözleşme bulunup bulunmadığı ve söz konusu yabancı mahkemenin milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığı (HUMK. m. 540/2) Türk mahkemesince önceden tesbit edilebilir. Ayrıca yine Türk hukukunun aradığı şartlardan «iki tarafın usulen davet edilerek muhakemenin gıyaplarında veya kanunî vekil ve mümessilleri huzurunda» cereyan etmesi mecburiyeti (HUMK m. 540/2), diğer tarafın itirazı karşısında yine Türk mahkemesince, o ana kadarki muhakeme safhasına ait olmak üzere, tetkik edilerek bir neticeye varılabilir. Yabancı mahkemede derdest olan davanın «ahkâmı şahsiyeye veya aile hukukuna» ait bir dava olmaması şartı da (HUMK m. 540/4) kesinlikle önceden tesbit edilebilecek bir hükümdür. Bütün bunlara rağmen «hükmün hukuku amme kaidelerine mugayir

lâfı Kaidelerinin Sentezi, (1941) 72; SEVİĞ (Vedat Raşit), Ticarî Sahadaki Kanunlar İhtilâfı, (1958) 50/51; SEVİĞ (Vedat Raşit), Bir Yabancılık Unsurunu Taşıyan Ticarî Davalar Hakkında Yetkili Mahkeme, İstanbul Baro Dergisi, Cilt: XXXIII, Sayı: 7-8, 244/245.

veya intizamı umumînin icabatına muhalif bulunması veyahut ilâ-
mın Türk kavaidi esasiyei kanuniyesine muhalif hükmü ihtiva et-
mesi» (HUUMK. m. 540/3) verilecek müstakbel yabancı kararın ta-
nınma ve tenfizine mani bir haldir. Halbuki doğrudan doğruya ve-
rilecek hükme matuf olan bu arızalar önceden hiç bir şekilde tah-
min edilemez. O kadar ki Türk mahkemesi böyle bir tanınma ehli-
yetini tahmin ederken geniş manasıyla «amme intizamı» mefhumu
ile ifade edebileceğimiz 3 üncü benddeki şartı tamamen tesadüfe
bırakacaktır. Diğer bir ifadeyle yabancı derdestlik itirazı sebebiyle
davası Türk mahkemesince reddedilen taraf tam manasıyla bir te-
reddüde sevkölecektir. Buna ilaveten yabancı karar tanınmaya
ehil de çıkmaz ise davası reddedilen tarafa yeniden bir dava ikame
etmek imkânını tanıyarak ihtilâfı hal yoluna gitmek davacıyı tat-
min edici bir hal şekli olarak kabul edilemez. Derdestlik itirazını ip-
tidaî bir itiraz mahiyetinde kabul eden Türk hukuku sisteminde so-
nuçta tanınıp tanınmayacağı dahi belli olmayan müstakbel bir ya-
bancı karar ihtimali ile Türk mahkemesinde açılan bir davanın red-
dedilmesi mümkün değildir. Yabancı müstakbel kararın tanınma ih-
timali üzerine yabancı derdestliği nazara alan ve bazı hukuklarda
hâkim fikir olarak ortaya çıkan çözüm zikrettiğimiz bu mahzuru ile
bütün kuvvetini kaybetmektedir. Gerçekten bu çözümün hâkim fi-
kir olarak belirlediği hukuklarda da bu mahzurun büyüklüğü kabul
edilmekte, tenkitlere uğramakta (71), fakat pratik bir hal şekli ola-
rak yürütülmeye çalışılmaktadır.

Ortalama bir çözüm olarak teklif edilen davanın geri bırakıl-
ması Türk hukukunda kabul edilebilir bir ihtimal olamaz. Türk
Usul Kanunu derdestlik itirazını bir iptidaî itiraz olarak kabul et-
miş ve böyle bir itirazın yapılması halinde takip edilecek usulü de
göstermiştir. Derdestliğin yabancılık sıfatı taşınması halinde dava-
nın geri bırakılması hiç bir hukukî esasa dayandırılmaz. Genellik-
le kabul edildiği üzere, müdafaa olarak davalının ileri sürdüğü id-
dianın, davayı hâlen görmekte olan mahkemenin vazifesi dışında
kalması halinde, bu mahkemenin bu iddiayı tetkik edip edemiyeye-
ği bir bekletici mesele usulünü söz konusu etmektedir. Bu durumda
dahi hal tarzı olarak «Le juge de l'action est le juge de l'exception
= Davanın hâkimi müdafaaanın da hâkimidir» kaidesi tatbik edil-
mek istenmektedir. Buna mukabil kabul edilen çözüm söz konusu

(71) SCHÜTZE 243 vd. ve 244 n. 52.

iddianın derdest davaya nazaran bir bekletici mesele teşkil edeceğidir. Bu fikrin gerekçesi mahkemenin vazifesi dışındaki kalam bir iddia karşısında olduğu ve bu iddia halledilmedikçe görmekte olduğu davayı halledemeyeceğine göre, söz konusu iddianın vazifeli mahkemece hallinin beklenilmesi gerektiği şeklindedir.

Yabancı derdestlik itirazı karşısında kalan mahkeme için yabancı mahkemenin bir karara varmasını beklemek ve bu kararın tanınma ehliyetine göre davacının davasını red veya kabul etmek bekletici meselenin hem mahiyetine hem de maksadına uygun düşmez. Bekletici meselenin temel şartı iddia karşısında kalan mahkemenin bu iddiayı hal için vazifeli olmamasıdır. Yabancı derdestlik itirazında ise mahkemenin vazifesizliği söz konusu değildir. Bunun yanında bekletici meselede esas davanın halli için halledilmesi gereken bir iddia mevcuttur, buna mukabil yabancı derdestlikte doğrudan doğruya davaya el koymuş olan mahkemenin davayı görebilme yetkisine bir itiraz vardır. Böyle bir itirazın kabulü mahkemenin davadan el çekmesi neticesini verecektir.

Bu noktada sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, bekletici meselenin kanunî vakıalarından hiç biri yabancı derdestliğin kanunî vakıalarına uygun değildir. Bu derece birbirinden ayrı iki müessesede, birinin hükümlerini kıyas yoluyla diğerine uygulamak düşünülemez. Üstelik Türk Usul Kanunu derdestlik itirazının hukukî neticesini tesbit etmiş ve böyle bir itirazın kabulü halinde davanın «ikame edilmemiş» addolunacağını söylemiştir. Davanın redde uygunluğu halinde geri bırakılma usulünün tatbik edilemeyeceği de genellikle kabul edilen görüştür (72).

Türk hukuku bakımından kabul edilebilecek sistem kendisini zaruri olarak kabul ettirmektedir. O da yabancı derdestliğin nazara alınmaması şeklindeki Türk doktrini tarafından da benimsenen hal tarzıdır. Ancak tekrar edelim ki, zaruri olarak derken bu hal şeklinin nazari yönden tasvip edilemeyeceğini söylemek istemiyoruz. Yukarıdan beri gelen izahlarımız da göstermiştir ki, bugünkü hukuk sistemleri böyle bir hal şeklini doktrin olarak da en az mahzurlu bir çözüm olarak ortaya koymaktadır.

Üzerinde durulacak diğer bir problem Türk hukukunda yabancı derdestliğin nazara alınmamasının yabancı mahkemelerin aynı

(72) Bkz. yukarıda n. 68.

davranışı karşısında bir sisteme ulaşabilecek hukukî düzene sahip olup olmadığıdır. Yabancı bir mahkemenin Türk mahkemelerindeki derdestliği nazara almaması karşısında Türk hukukunun tepkisi ne olacaktır; diğer bir söyleyişle yabancı mahkemenin böyle bir durumda vereceği karar Türk hukukunda tanınıp, tenfiz edilebilecek midir? Bu problemi iki noktada cevaplandırmak gerekir. Evvelâ Türk mahkemesi kendisinin **ö n c e k i** derdestliğini dikkate almamış olan yabancı bir mahkemenin vermiş olduğu kesinleşmiş bir hükmü tanıyacak, yani onu aynı konuda kesin bir delil olarak mü-talaa edebilecek midir? Ve sonra yabancı mahkemenin bu kararı aynı konudaki Türk mahkemesinin bir kararı karşısında ne gibi bir muamele görecektir?

Usul hukuku sistemimize göre derdestlik itirazı yapılmaz ise ikinci davanın görülmesine devam edilir. Bu arada davalardan birinin neticesinde verilen karar kesin hüküm halini alırsa, bu kesin hükme istinad edilerek, hangi safhada bulunursa bulunsun, diğer davanın reddi istenebilir. İç hukuk yönünden **ö n c e k i** derdestliğin dikkate alınmıyarak bir kesin hüküm elde edilmesi ilk davanın reddini mümkün kılmaktadır. Yabancı mahkemenin böyle bir davranışı, ancak onun verdiği kararın Türkiyede tanınabilme ehliyetine tesiri bakımından incelenebilir.

Yabancı kararın tanınma ve tenfizi, karara konu teşkil eden talebin millî bir mahkemece görülmekte olduğuna istinad eden bir derdestlik itirazıyla önlenemez. Gerçekten exequatur prosedürü derdestlik itirazına konu teşkil edebilecek mahiyette bir dava değildir (73). Diğer bir söyleyişle aynı taraflar arasında, aynı talep bir dava konusu olarak millî mahkemede derdest iken, bu talebi kesin hükme bağlamış olan yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizi prosedürünün yürümesi mümkündür. İsviçre hukukunda GULDENER bu prensibe bir istisna getirmektedir. Ona göre, yabancı mahkeme, aynı davanın İsviçredeki derdestliğini dikkate almaksızın davaya bakmış ve neticelendirmiş ise bu karara exequatur reddedilmelidir. Fakat yabancı memlekette hükme bağlanan dava, yabancı mahkemede derdest olduğu zaman, aynı dava daha önce İsviçrede ikame edilmiş bulunmalıdır. Yoksa davanın önce yabancı memlekette ikame edilmiş olması halinde bir red söz konusu ol-

(73) GULDENER 177.

maz. Aksi halde yabancı mahkemede davayı kaybeden davacının elinde, İsviçrede yeni bir dava ikamesiyle, kararın İsviçrede tanınmasına mani olmak imkânı bulunurdu (74).

GULDENER tarafından getirilen istisnanın Türk hukuku yönünden müdafaası şüpheli kalmaktadır. Usul Kanunumuzun koymuş olduğu sistem yabancı kararların tanınma ve tenfizinde yabancı mahkemenin verdiği hükmün takip ettiği usulî muameleleri belirli istisnalar dışında tetkike manidir. Prensip olarak ~~milletler~~ arası yetkiye sahip yabancı bir mahkeme tarafından verilmiş olan (m. 540/2) hüküm amme intizamına aykırı neticeler meydana getirmemek şartıyla (m. 540/3) Türkiyede tanınır ve tenfiz edilir. Yabancı hükmün takip ettiği usulî muameleler Türk hâkimince 540 ıncı maddenin 3 üncü bendi hükmü ile getirilen istisna dışında tetkik edilemez. Bu istisnaî hüküm de diğer tarafın bu noktada itirazda bulunmuş olmasına bağlıdır. Eğer «iki taraf usulen davet edilerek muhakeme gıyaplarında veya kanunî vekil ve mümessilleri huzurunda cereyan etmemiş» ise tanıma veya tenfiz talebi reddilmeye mahkûmdur. Gerçi şu bahsettiğimiz hükümler yabancı ilâmların tenfizi şartlarını teşkil etmektedir. Ancak tanıma konusunda bu şartlardan daha fazlasının talep edilemeyeceğinde de te reddüt yoktur (75).

Şu kanunî düzenlemeye göre, önceki derdestliği nazara almadan karara varmış olan yabancı mahkemenin kesin hükmü diğer şartları yerine getirmiş ise tanınmak ve tenfiz edilmek zorundadır. Kendi mahkemesindeki derdestliği nazara almadığını, Türk hâkimi, yabancı kararı tanımama hususunda bir gerekçe olarak gösteremeyecektir. Yabancı mahkemenin Türk mahkemesinin daha önceki derdestliğini dikkate almaması Türk hukukunda amme intizamının müdahalesini de icap ettirmeyecektir. İç hukukta derdestlik itirazının resen nazara alınmaması ve davanın her safhasında dermeyan edilememesi bugünkü hukukumuzun hükümleridir. Böyle bir düzenleme tenkid edilebilir. Ancak bu haliyle milletlerarası sahada bir amme intizamı konusu olarak mütalaa edilmesi mümkün görülmemektedir. Derdestliği iptidaî itiraz konusu kabul eden bir hukukun, yabancı bir kararın tanınma ve tenfizi söz konusu olunca

(74) GULDENER 177 ve n. 15; aynı manada HABSCHEID 261.

(75) Bkz. NOMER, Devletler Hususî Hukukunda Nafaka (1967), 139 vd.

bir amme intizamı müdahalesine sebebiyet verebileceğini iddia etmek zordur. Kaldı ki, yabancı bir kararın amme intizamının müdahalesiyle tanınma ve tenfizine mani olabilmek, yabancı mahkeme hükmünün amme intizamına aykırı olmasıyla mümkün olabilir (m. 540/3). Yabancı mahkeme kararı taşıdığı hükümler itibariyle amme intizamını ihlâl etmediği müddetçe, bu kararı amme intizamına istinaden tanımamak ve ona exequatur'u men'etmek usul kanunumuza göre imkânsızdır.

Kesin hüküm teşkil etmiş ve tanınmanın bütün şartlarını bünyesinde toplamış olan yabancı bir karar, aynen bir Türk mahkemesinin kesin hüküm teşkil etmiş kararı gibi kesin bir delil olması itibariyle Türk mahkemesinde görülmekte olan davaya müessir olacaktır. Böyle bir netice Türk hukukundaki çözüm tarzını bir sisteme bağlamaya uygundur. Öyle ki, Türk mahkemesi yabancı bir derdestlik itirazını nazara almamakta, buna uygun olarak yabancı mahkemenin Türk mahkemesindeki derdestliği dikkate almamasını verilecek yabancı hükmün tanınmasına mani bir sebep kabul etmemektedir.

İkinci nokta Türk mahkemesinin de bir kesin hükme ulaşması halinde aynı konudaki yabancı kararın durumunu tesbit etmektir. Bundan önceki izahatımız yabancı kararın Türk mahkemesindeki derdestliği nazara almamasının yabancı kararın tanınmasına ve tenfizine mani olacak bir sebep teşkil edemeyeceğini göstermişti. Ancak burada bir Türk mahkemesinin kararı ortaya çıkmıştır. Aynı konuda bir Türk mahkemesi kararının bulunması, yabancı mahkeme kararının tanınma ve tenfizine mani bir sebep olarak kabul edilmektedir (76). Dayanılacak hüküm Usul Kanununun 540 ıncı maddesinin 3 üncü bendidir. Kesin hüküm kuvvetini elde etmiş olan bir Türk mahkemesi hükmüne aykırı hüküm ihtiva eden yabancı bir mahkeme kararının tanınma ve tenfizi yoluna gidilmesi «intizamı umumînin icabatına muhalif» bulunması itibariyle mümkün değildir. Yabancı kararın daha önce kesin hüküm teşkil etmiş olması önemli değildir. Burada yabancı karar taşıdığı hüküm dolayısıyla amme intizamına aykırı duruma düşmektedir. Çünkü bu hüküm, kesinleşmiş olması sebebiyle Türk hukuku yönünden kanunî bir hakikati ifade eden bir Türk mahkemesinin hükmü ile çatış-

(76) SEVİĞ (Muammer Raşit) 72/73; SEVİĞ (Vedat Raşit), Ticarî Sahadaki Kanunlar İhtilâfı (1958), 50.

mıştır. Burada ulaşılan sonuç, derdestliğin Türk mahkemesinde önceliğine bağlı değildir. Derdestlik ister Türk mahkemesinde isterse yabancı mahkemede önce tahakkuk etsin, bir Türk mahkemesi kararı karşısında aynı konudaki yabancı bir kararın tanınma ve tenfizine imkân yoktur.

H ü l a s a : Türk hukuku için vardığımız hal şekli şudur: Türk mahkemeleri yabancı bir derdestlik itirazını nazara alamazlar. Buna uygun olarak bir Türk mahkemesindeki derdestliği dikkate almayan yabancı bir mahkeme kararının tanınması talebi bu sebepten dolayı reddedilemez. Sistemin mahzurunun teşkil eden milletlerarası sahada çelişik kararlar çıkması tehlikesi Türk hukuku yönünden mevcut değildir. Şöyle ki, Türk hukukunda mevcut bir Türk mahkemesi kararı karşısında, aynı konudaki yabancı kararın tanınmasına kanunî imkân yoktur. Bu sonucun diğer hukuk sistemlerinde de aynı olduğu kolaylıkla söylenebilir. Bu bakımdan da sistem benzer bir davranışa tahammül etmek mecburiyetinde kalmakla tek taraflı olmak tenkidinden kurtulmaktadır.

Dr. Ergin NOMER

**Devletler Hususî Hukuku
Doçenti**