

YABANCILARA AIT AHKÂMI ŞAHSİYE VE MENKUL MİRAS DAVALARINDA «BİRİZA MÜRACAAT» ŞARTININ YORUMU

Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL

GİRİŞ

Türkiye'de Bulunan Yabancıların Hak ve Vazifelerine Ait Muvakkat Kanununun 4 üncü maddesi Türk Kanunlar İhtilâfı sisteminin ana prensiplerini düzenlemiş bulunmaktadır. Madde de yer alan teşrii yetki kuralları bu incelemenin konusu dışındadır. Biz maddedeki kazai yetki kurallarını, ve bunlardan, yabancılara ait hal, ehliyet, aile hukuku ve menkul miras meselelerinde Türk mahkemelerinin istisnaen yetkili olabileceği hallerden biri olan «tarafkların Türk mahkemesine birıza müracaat» şartı üzerinde duracağız. Bu şarttan anlaşılması gereken nedir? Acaba bu şart uygulamada ve doktrinde nasıl yorumlanmaktadır? Bu konuda nasıl bir sonuca varmak gerekir?

EHVK. m. 4 ün ilgili hükmüne göre,

«..... Şukadarki gayrimüslim tabayı ecnebiyeye müteallik olupta akit ve feshi nikâh ve tefriki ebdan ve übüvvet ve nesev ve tebenni gibi hukuku aileye ve rüşt ve mezuniyet ve hacir ve vesayet gibi ehliyete ve emvali menkulce müteallik bulunan davaların mehakimi Osmaniyede rüyet edilebilmesi tarafeynin birıza müracaatına veya tabayı Osmaniyenin alâkadar bulunmasına veyahut mehakimi Osmaniyede derdesti rüyet deaviye müteferri olmasına mütevakkıftır.»

Hükmün incelenmesinden çıkan sonuç şu olmaktadır. Yabancılara ait hal, ehliyet, aile hukuku ve menkul miras ile ilgili davala-

rın Türk mahkemelerinde görülebilmesi aşağıdaki 3 şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Bu 3 şart (mahkeme kararları ve doktrin ile buna iki şart daha ilâve edilmiştir) gerçekleşmedikçe Türk mahkemelerinin genel yetkisi yoktur. Bunlar,

- a — Tarafların birrıza müracaatı
- b — Tabayı Osmaniyenin alâkadar bulunması
- c — Türk mahkemelerinde rüyet edilmekte olan davalara müteferri olmasıdır.

Davanın bir Türk ile ilgili olması ve Türk mahkemelerinde görülmekte olan bir dava ile irtibat halinde bulunması halleri bu çalışmanın konusu dışındadır. Maddede belirtilen türdeki davalarda Türk mahkemesinin milletlerarası anlamda yetkili olabilmesi için aranmış olan «tarafların birrıza müracaatı» şartının yorumu üzerinde durulacaktır.

1 — Vazife (görev) - Selâhiyet (yer itibariyle yetki) ayırımı :

Maddede belirtilen türdeki davalarda Türk mahkemelerinin yetkisini tayin eden «tarafların birıza müracaat» şartının yorumu, Türk hukukunda iki farklı görüşün doğumuna neden olmuştur. Bu iki farklı görüş, 4 üncü maddedeki kazai yetki kurallarının ve özellikle sözü geçen şartın hukuki niteliğinin tayini ile ilgili bulunmaktadır. Acaba bu kurallar yer itibariyle yetki kuralları mıdır? Yoksa bunları görev olarak nitelendirmek mümkün müdür? Dördüncü maddedeki yer alış tarzı bakımından bu kuralların görev (vazife) olarak nitelendirilmesi ile, yer itibariyle yetki kuralları olarak nitelendirilmesi, kendilerine bağlanan hukuki sonuçların farklı olmasına neden olacaktır.

1 — Birinci görüşe göre, EHVK nun 4 üncü maddesindeki genel yetki kuralları yer itibariyle yetkiye müteallikdir. İç hukuktaki yer itibariyle yetki kuralları bir yer mahkemesinin diğer yerlerdeki mahkemelere nazaran yer itibariyle yetkisini tayin eden kurallardır. Taraflar rızaları ile Türk mahkemesinin milletlerarası anlamda, yani Türk mahkemelerinin yabancı devlet mahkemelerine nazaran yetkisini tayin edebileceklerine göre, sözü edilen bu kurallar yetki (selâhiyet) ye aittir. Yetkiye ait kurallar ise kamu düzeninden sayılmadıkları için, bu konudaki itirazlar ancak da-

vanın esasına girilmeden evvel, iptidai itiraz şeklinde yapılmalıdır. İster milletlerarası bir unsur taşısın, isterse tamamen iç hukuka ait olsun konu aynı usul hukuku prensipleri ile idare edilmelidir. Milletlerarası ihtilâflarla iç hukuku ilgilendiren ihtilâflar arasındaki fark, söz konusu ihtilâfın kişiler ve yerlerle olan arızı münasebetinden ileri gelmektedir (1).

Doktrinde, genel yetki kurallarını, yer itibariyle yetki kuralı kabul eden görüşe çok yakın olan bir görüşte, bu kuralların, ne görev ne de yetkiye ait kurallarla tamamen aynı olduğu, kendine mahsus özellikler taşıyan bu kuralların madde itibariyle yetkiden çok, yer itibariyle yetkiye daha yakın olduğu şeklindedir (2). Ancak bu görüşe göre de, tarafların rızaları ile Türk mahkemesinin yetkisini tayin etmeleri, yetki kuralları çerçevesinde incelenmelidir. Bu kuralı göreve ilişkin olarak kabule imkân yoktur. Bu nedenle mahkemelerimizin yabancılarla ilgili ehliyet, aile hukuku ve menkul miras davalarındaki yetkisini kısıtlayan bu kurala dayanan itirazlarını ancak, iptidai itiraz olarak ileri sürmeleri halinde kabul etmek daha uygun olur (3).

2 — Türk hukukunda savunulan diğer görüş, genel yetki kurallarının bir devlet mahkemesinin kendisine arzolunan ihtilâfın nevi ve mahiyetine göre ihtilâfa bakabilme iktidarını ifade ettiği ve böyle bir iktidarın Usul Hukukundaki madde itibariyle selâhiyet yani görev (vazife) mefhumuna muadil olduğu şeklindedir (4). Milletlerarası yetki, Türk mahkemelerinin mahiyet itibariyle bir hukuki ihtilâfa bakabilme iktidarını temin ettiğinden, davanın her safhasında itiraz konusu yapılabileceği gibi mahkemece de resen nazara alınmak mecburiyetindedir.

Yargıtay 2HD, 4 üncü maddedeki genel yetki kurallarının niteliği konusundaki bu farklı görüşler hakkında, 6.7.1937 tarihinde verdiği bir karar ile çözüme ulaşmıştır. Yüksek mahkeme bundan

(1) SEVİĞ, V. R. Kanun'lar İhtilâfı, İst. 1974, 225; SAKMAR, Devletler Hüsusi Hukukunda Boşanma, İst. 1976, 37; BELGESAY Devletler Hüsusi Hukukunda Adliye, İst. 1938, 91.

(2) SAKMAR, 38.

(3) İbid, 39.

(4) NOMER, Devletler Hüsusi Hukukunda Nafaka, İst. 1967, 119; NOMER, Mahkeme Kararlarına Göre Yabancılardan Boşanma Davaları, İED, 1967, sayı 5-6, 206 vd.

sonra verdiği kararlarda da aynı görüşü muhafaza ederek, bu konuda tam olarak tutarlı hareket etmiştir. Kararda, davalı esasa cevap verdikten sonra, mahkemenin yetkisinin gerekçeleşmesi için rızasının bulunmadığı şeklindeki itirazını yapmış bulunuyordu. Y 2HD, bu itirazı HUMK m. 187 çerçevesi içinde yapılan iptidai itiraz olarak kabul ederek red eden Sulh Hukuk Mahkemesinin kararını bozmuştur. Kararın gerekçesi şöyledir;

«Müddeialehyhin dermeyan ettiği itiraz vazifeye müteallik olmasına mebni bu hususun tetkikiyle neticesine göre karar verilmesi lâzım gelirken, selâhiyet mahiyetinde telâkkisiyle iptidaen dermeyan olunmamasından dolayı mezkûr itirazın reddine karar verilmesi» yerinde değildir (5).

Görülüyor ki, yüksek mahkeme, 4 üncü maddede yer alan Türk mahkemesinin genel yetkisini tayin eden «birrıza müracaat» şartını vazife niteliğinde görerek, selâhiyet mahiyetinde kabul eden ve iptidai itiraz şeklinde dermeyan edilmesine karar veren Sulh Mahkemesinin kararını bozmuştur. Aynı görüş, yine aynı dairenin 29.6.1965 tarihli kararda da ifade edilmiştir. Kararda:

«Taraflardan birinin bidayette bu yolda bir itirazda bulunmaması bilahara bu yolda itiraz dermeyan etmesine mani değildir (6)».

Aynı dairenin yine 8.3.1965 (7) ve 17.2.1972 (8) günlü kararlarında da aynı esasın tekrarlandığı görülmektedir. 17.2.1972 kararda yer alan gerekçe, taşıdığı açık ifadeler nedeni ile daha da ilginçtir.

«Olayda tarafların davalarının Türk mahkemesinde görülmesi hakkında muvafakatlarını bildiren peçerli bir belge dava dilekçesine eklenmemiş olduğu gibi, tutanağa geçen bir muvafakat beyanına yahut cevap layihasında vâki bir kabule rastlanmamıştır. Bu yön resen gözetilecek bir görev kuralıdır.»

diyerek, temyiz edilen kararın gösterilen sebeplerle bozulmasına, ve mahiyetine göre sair hususların şimdilik tetkikine yer olmadı-

(5) BERKİ-ERGÜNEY, Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilâfları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları, Ank. 1963, 85.

(6) YAZICI - ATASOY, Şahıs Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı, Ank. 1970, No. 508.

(7) YAZICI - ATASOY, No. 510.

(8) Bu karar için bkz. İBD, cilt: XLVI, Mart-Nisan, 1972, 268.

ğına oybirliği ile karar vermiştir. Karar da oybirliği ile «birrıza müracaat» şartının görev niteliğinde olduğu açık şekilde ifade edildiği gibi, bu niteliğin sonucu olarak da bu hususun re'sen nazara alınması gereken bir husus olduğu belirtilmiş bulunmaktadır.

Kanaatimizce, 4 üncü maddede Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden kuralların niteliği konusunda kesin bir sonuca varmak mümkün değildir. İlk olarak, bu kuralların iç hukukta anladığımız şekilde yer itibariyle yetki kuralları olmadığı görüşündeyiz. Maddenin dikkatlice incelenmesi ile şu sonuca varılabilir: Gerçekten 4 üncü madde Türk mahkemelerinin yetkisini gayrimenkuller, hal, ehliyet, aile hukuku ve menkul miras ve sair hukuk ve ticaret davaları için ayrı ayrı düzenlemiştir. Bu bir bakıma davanın nevine ve mahiyetine dayanan bir düzenlemedir. Örneğin gayrimenkullerle ilgili her türden dava, Türk mahkemelerinin yetkisine dahil kılındığı halde, hal ehliyet, aile hukuku ve menkul mirasa ait konular ancak kanunda belirtilen istisnai hallerde Türk mahkemesinin yetkisine tabi tutulmuştur. Madde, ihtilâfın nevine ve mahiyetine göre bir ayırım yaparak, ahkâmî şahsiye ve menkul miras davalarında Türk mahkemesinin esas olarak yetkisiz olduğunu kabul etmiş, bu davaların belirtilen istisnai hallerde bir Türk mahkemesinde görülebileceğini kabul etmiştir. Bilindiği gibi, görev ile, ihtilâfın mahiyet ve kıymetine göre bir işe bakabilme iktidarı anlaşılmaktadır (9). İç hukukta mahkemelerin görevleri işin mahiyet ve kıymetine göre tayin edilmiştir. Türk hukukunda bu ayırım, esas olarak Sulh Mahkemeleri ile Asliye Mahkemelerinin görevlerinde belirir. HUMK. m. 8 de hangi davaların Sulh Mahkemelerinin görevinde olduğu belirtilmiştir. Mahkemelerin göreve göre tayini, esasını davanın mahiyet ve kıymetinden almaktadır. Davanın, nevi ve kıymetine göre, belirli bir mahkemede görülmesi, kanunen hakkın aranmasındaki teminat açısından zaruri görülmüştür. O kadar ki HUMK m. 7/son cümle de, Sulh Mahkemesinin görevi içinde bulunan bir davaya Asliye Mahkemesinde bakılmış ve esas hakkında karar verilmişse, bu kararın vazifesizlik iddiası ile temyiz edilmesine ola-

(9) Bkz. ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, İst., 1973, 80; POSTACIOĞLU, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İst., 1975, 111; BERKİN, Medeni Usul Hukuku Esasları, İst. 1969, 67.

nak yoktur. Buna karşılık Asliye Mahkemesinin görevine ait bir davaya Sulh Mahkemesinde bakılmış olduğu takdirde, bu yetkisizlik davanın her safhasında nazara alınmak mecburiyetindedir. Aynı şekilde Asliye Hukuk Mahkemeleri ile Ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki, görev ilişkisi değildir. Nitekim ayrı Ticaret Mahkemeleri kurulmamış olan yerlerde ticari davalara, dava olunan şeyin değerine göre Asliye Hukuk veya Sulh Hukuk Mahkemeleri bakacaktır. Ticari bir davanın hukuk mahkemesinde, ticari olmayan bir davanın ticaret mahkemesinde görülmesi hükmün nakzı için tek başına bir sebep teşkil etmez (10).

Yukarıda belirttiğimiz esasların ışığı altında, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayininde, iç hukukta görev konusunda yer alan esasların aynen yürürlükte olduğunu ifade etmek güçtür. Milletlerarası yetkinin tayininde davanın kıymetine göre değil, davanın nevine ve mahiyetine göre madde itibarıyla bir ayırımın yapıldığı görülmektedir. Ancak iç hukukta görev ayırımında rol oynayan esaslar milletlerarası yetkinin tayininde söz konusu değildir. Milletlerarası yetkinin tespitinde hâkim prensipler, iç hukukta görevli mahkemelerin kamu düzenine dayanan yetkilerinin dağılımında rol oynamaz. Dördüncü maddede aranmış olan «birrıza müracaat» şartında Türk mahkemelerinin yabancı mahkemelere göre daha az teminatlı olduğu gibi bir düşüncenin yeri olmadığı gibi, görevsiz bir mahkemede hükme bağlanan bir davanın artık temyizde itiraz konusu yapılamaması şeklinde HUMK m. 7/son cümlede yer alan hükme benzer bir esasa yer verilmesi de mümkün değildir. Bilindiği gibi Sulh mahkemesinin görevine ait bir davaya Asliye Mahkemesinde devam edilmiş ve karar verilmişse, artık görev konusunda temyizde bir itirazın yapılması mümkün değildir. İç hukukta görevin tayininde rol oynayan esaslar, milletlerarası yetkinin tayininde aynı şekilde rol oynamaz. Bu nedenle biz, 4 üncü maddede yer alan söz konusu şartın niteliğinin görev esasından hareketle tayininin, hukuk tekniği açısından bizi doğru sonuçlara götürmeyeceği görüşündeyiz.

Türk mahkemelerinin belirli türdeki davalarda, davaya bakabilmesi için aranan «birrıza müracaat şartının», yine 4 üncü mad-

(10) ÜSTÜNDAĞ, 105.

denin ifade tarzı bakımından, bir dava şartı olarak kabulü gerekir. Burada yabancıların belirli türdeki davalarının görülmesi açısından getirilmiş özel bir dava şartı vardır. Bu şartın yerine getirilmemesi halinde, davanın her safhasında itiraz yapılabilir. Bu şart hâkim tarafından resen nazara alınacak hususlardandır.

Yukarıda belirttiğimiz esasa, tarafların rıza ve iradelerinin, dava şartı olarak kabul edilen konularda rol oynayamayacağı şeklinde bir itirazın yapılması mümkündür (11). «Bir rıza müracaat» şartının özel bir dava şartı olarak kabulü, tarafların rızaları ile bu yetkiyi tayin edebilmeleri esası ile nasıl bağdaştırılabilir? Bize göre, 4 üncü maddede yer alan bu şart, HUMK m. 22 de yer alan yetki anlaşmaları ile aynı nitelikte değildir. Mesele, yetki anlaşması şeklinde ele alınmamak gerekir. Taraflara kamu düzeninden olmayan konularda yetkili mahkemeyi tayin etme yetkisi veren ve Milletlerarası Özel Hukukta da kabul edilmiş olan bu esas, 4 üncü maddede kabul edilmiş olan ve davanın görülebilmesi için aranan bir rıza müracaat şartı ile aynı nitelikte değildir. Her ikisine bağlanmış olan hukuki sonuçlar bakımından fark vardır. Taraflardan biri, iradeleri ile Türk mahkemesinin yetkisini kaldıran anlaşmaya rağmen Türk mahkemesinde dava ikame edebilirler mi? Bu soruya verilecek cevap sonucu tayin bakımından önemlidir. Milletlerarası Özel Hukukta yetki anlaşmaları münhasır yetkiyi ifade etmez. Bir devlet mahkemesinin hâkimiyetinin bir tezahür şekli olarak gerçekleşen milletlerarası yetki münhasır olarak, tarafların iradeleri ile ortadan kaldırılamaz (12). Eğer bir devlet mahkemelerinin kendi hukukuna göre

(11) Eöyle bir itiraz SAKMAR tarafından, görev-yetki ayırımı açısından yapılmıştır. SAKMAR, 38.

(12) Tarafların iradeleri yer itibariyle yetkili mahkemeyi tayin etmeleri sonunda tespit edilen mahkemenin münhasır yetkiyi ifade edip etmediği iç hukukta da kesin değildir. ÜSTÜNDAĞ görüşünü, «münhasırlık anlaşmadan çıkarılmadıkça, yani yorum neticesi tarafların iradeleri tespit edilmedikçe, münhasırlık aleyhine neticelere varmak gerekir.» şeklinde belirtmektedir. ÜSTÜNDAĞ, 130; POSTACIOĞLU da «taraflar selâhiyetli mahkemeyi tayin ederken iradelerini açıkça ve herhangi bir yorum mahal bırakmayacak surette ifade ederek tâli selâhiyet kaideleri mucibince selâhiyetli olan mahkemelerin bu selâhiyetini kaldırabilirler.» diyerek benzer bir görüşü savunmaktadır. Yargıtayın tutumunun da aynı merkezde olduğu belirtilmektedir. Bkz. POSTACIOĞLU, 162; Ayrıca BERKİN, 84. Bu durum karşısında iç hukukta bile münhasır bir yetkinin ta-

belirli bir davada milletlerarası yetkisi varsa, tarafların bu yetkiyi kesin şekilde kaldırarak yerine yabancı bir mahkemenin yetkisini koymaları mümkün değildir. Yabancı unsurlu bir dava Türk mahkemesinde açılmış ve mahkeme kendi kazai yetki kurallarına göre, yetkili ise, yabancı bir mahkemenin yetkili olacağına dair bir anlaşmaya rağmen bu dava o mahkemede görülür. Buna karşılık, konumuzu teşkil eden 4 üncü maddedeki «birrıza müracaat halinde, tarafların kendi aralarında yabancı mahkemenin yetkili olacağını kararlaştırdıktan sonra davayı Türk mahkemesinde ikame etme olanakları yoktur. Çünkü bu halde Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi gerçekleşmemiştir. Bu yetki ancak maddede kabul edilen şartın varlığı halinde var olabilir. Olabilir diyoruz, çünkü bu yetki de ancak iç hukuk kurallarına göre yer itibariyle yetkili olan mahkemenin varlığı ile gerçekleşebilecektir.

İkinci olarak bir yetki anlaşmasının geçerlik kazanabilmesi için yetkili mahkemenin tayin edilmesi gerekir. Örneğin belirli bir yer mahkemesinin anlaşmada gösterilmesi gerekir. Böyle bir mahkeme gösterildiği halde Türk mahkemelerinin hem milletlerarası hem de iç hukuka göre yetkili olacağı mahkeme belirlenmiş olur. Buna karşılık tarafların birrıza müracaatı ile Türk mahkemesinin yetkisinin kabulü bu mahkemenin yetkili olmasını gerektirmez. Milletlerarası yetkiye rağmen, bu davanın iç hukuk kurallarına göre yetkisi var olmadığı takdirde dava görülemez. Bunun tersi de olabilir. Birrıza müracaat ve Türk mahkemesinin iç hukuka göre yetkili olacağı mahkeme varsa dava o mahkemede görüleceği halde, yetki anlaşmasında genel yetkiyi tayin eden anlaşmada yetkili olacak belirli bir yer mahkemesi gösterilmemişse dava Türkiyede görülemez. HUMK nunun m. 23/son cümlesinde yer alan «mahkemenin selâhiyetli olmadığını iddia eden taraf selâhiyetli mahkemeyi beyana mecburdur.» şeklindeki şart milletlerarası yetkinin saptanmasında uygulanmamalıdır. İç hukukta bu şart her zaman davanın görüleceği bir mahkemenin var olduğu esastan hareket ederek, yetki itirazının bu itirazı yapan tara-

yin edilmiş olabileceği tartışma konusu olan bu konunun milletlerarası hukukta yabancı mahkemeler lehine münhasır bir yetki doğurduğu ve Türk mahkemelerinin yetkisinin ortadan kalkacağı şeklinde bir sonuca varmak mümkün değildir.

fından gösterilmesi ve aksi halde davanın görüleceği esasına dayanır. Başka bir ifade ile bu itiraz yapılmasa da dava için yetkili bir mahkeme her zaman vardır. Ancak hakiki yetkili mahkemede davasını gördürmek isteyen davalıya yüklenmiş bir külfet olarak gözükmektedir. Milletlerarası Özel Hukukta ise milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili olan Türk mahkemesinin, o davada yetkili olması gerekmez. Dördüncü madde, genel yetkinin tayininden sonra bu davaların görülmesi «Türk kanun, nizam ve usulüne» göre bakılmasını kabul etmiştir (13). Milletlerarası yetkiye rağmen iç hukukta yetkili mahkeme yoksa dava görülemez. Bu nedenle HUMK m. 23/son daki yetkili mahkemenin gösterilmesi, aksi halde davanın açıldığı mahkemenin yetkili olması gerekeceği şeklindeki hüküm milletlerarası Özel hukukta uygulanamaz.

2 — Sarih veya zimni muvafakat :

Tarafların bu konuda sarih ve hiç bir tereddüde mahal vermeyecek şekilde anlaşmaları halinde ortada herhangi bir ihtilâf olmadığı açıktır. Ancak davacı ile davalı arasında davadan evvel veya dava sırasında bu konuda bir anlaşma olmadığı takdirde, sözü edilen şartın ne şekilde gerçekleşmesi aranmalıdır? Davanın ikamesinden sonra davalının muvafakatını yazılı bir belge ile veya cevap layihasında da bildirmesi mümkündür. Bundan başka duruşma sırasında da zapta geçirilecek sözlü beyanı da açık kabul sayılır.

Davalının muvafakatını mutlaka yazılı olarak bildirmesine gerek yoktur. Lozan Andlaşmasına bağlı olarak aktedilmiş olan ve 7 sene süre ile yürürlükte kalacağı kabul edilmiş olan İkamet ve Adli Selâhiyet Mukavelesinin 16 ıncı maddesi, bu muvafakatın yazılı olmasını şart koşmuş bulunuyordu. Sözleşmenin imza'andığı tarihteki siyasi ve hukuki şartlara bağlı olarak konulmuş olan bu şart, bu gün aranmayacaktır. EHVK, tarih olarak mukaveleden eski olmakla beraber bu şartın yazılı bir belge ile yapılmasını aramamıştır. Ancak belirtelim ki mahkemede yapılan

(13) Aynı fikir, bkz. NOMER, Devletler Hususi Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (IHFM), 40 yıl, cilt: XL, sayı: 1-4, 407 vd; NOMER, Devletler Hususi Hukukunda Nafaka, İst. 1967, 111 vd; SAKMAR, 60 vd.

sözlü muvafakat da ispat açısından zapta geçirilmek gerekeceğinden sonuç olarak yazılı bir belge haline dönüşmektedir. Ancak bu gün davada yazılı bir belgenin aranmaması yetkinin gerçekleşmesinde kolaylık sağlamaktadır (13).

Yargıtayın bu konuda verdiği kararların incelenmesi, yüksek mahkemenin davalının yazılı muvafakatını bildiren bir belgenin verilmesi gerektiğini ifade eden bir görüşe sahip olduğu intibaini vermektedir. Nitekim bazı kararlarda yazılı bir muvafakat veya yazılı bir belge gibi ifadeler yer almaktadır. Ancak bu ifadeler, «davalı muvafakatı olmadığını cevaben bildirmiş», «davalının cevap layihasında vaki bir kabule rastlanmamıştır», «tutanağa geçen bir muvafakat beyanı» gibi ifadeler yanında, muvafakatın bildirilme şekillerinden biri olarak yer almıştır. Yargıtay'ın da duruşmada yapılan bir muvafakat beyanını geçerli kabul ettiği açıktır. Herhalde bu beyanın zapta geçirilmesi gereklidir.

Sarih bir beyanın yapılmadığı hallerde, davalının bu konuya ilişmeyerek davanın esasına girişmesi. kendisinin bu konudaki zımni kabulünü ifade eder mi? Yargıtay, bu konuda herhangi bir itirazda bulunmadan davaya devam eden davalının zımni kabulünü ifade etmediği kanaatini taşımaktadır. 29.6.1965 tarihli kararda (15).

«Tarafların birinin bidayette bu yolda bir itirazda bulunmaması, bilahare bu yolda bir itiraz dermeyan etmesine mani değildir. Zira bunlar amme intizamı ile ilgili kurallardır.»

Yüksek mahkeme yukarıdaki gerekçesi ile, söz konusu itirazın mahkemenin her safhasında ileri sürülebileceğini, bu itirazın kamu düzeninden olan bir nitelik taşıdığını kabul etmiştir. Kamu düzeninden olan bir kuralın mahkemece resen nazara alınması

(14) Aynı fikir, SEVİĞ, VR, Ahkâmı Şahsiye Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi, İHFM, cilt: XXIX, sayı: 4, 1964, 1002. Mukavele, belirtilen konularda Türk Mahkemesinin yetkisini tarafların yazılı muvafakatlara tâbi tutmuş EHVK da yer alan diğer iki istisnayı kabul etmemiş idi. Bkz. SEVİĞ VR, 1001 - 1002.

(15) Y 2 HD., 29.6.1965. Bkz. Yazıcı - Atasoy, No: 508.

gerekir. Bu esası nazara alan yüksek mahkeme, daha sonra verdiği 22.2.1972 tarihli kararda da (16).

«Olayda tarafların davalarının Türk mahkemesinde görülmesi hakkında muvafakatlerini bildiren yazılı bir belge dava dilekçesine eklenmemiş olduğu gibi, tutanağa geçen bir muvafakat beyanına da rastlanmamıştır. Bu yön resen gözetilecek bir görev kuralıdır. Bu itibarla davalı tarafın beyanı alınmadan veya muvafakat belgesi ibraz ettirilmeden davaya devam edilmesi bozmayı gerektirir.»

diyerek, hükmün, görev niteliğinde olduğunu ve bu nedenle de resen nazara alınacak konulardan olduğunu açık olarak belirtmiştir.

Zimni rızanın kabul edilmeyeceğini gösteren diğer bir karar da yine aynı dairenin 8.3.1971 tarihli ve davalının gıyabında yürütülen ve hükme bağlanan karardır. Bu karar gıyapta yürütülerek karara bağlanan bir davada Türk mahkemesinin genel yetkisi konusunda zimni rızanın gerçekleşmediğini hükme bağlamıştır (17). Gerekçe aynen şöyledir;

«Dava davalının gıyabında yürütülmüş ve hükme bağlanmıştır. Duruşmaya gelmeyen davalı davayı münkir sayılacağından davanın görülmesini istediği yollu bir muvafakatten söz edilemez.»

Bu kararda, Yargıtay, gıyapta verilen kararlarda davalının muvafakatinin söz konusu olamayacağını yerinde bir görüşle belirtmiştir. Esasa cevap vererek davaya devam eden davalının zimni rızasından bahsedilemezken, gıyapta yürüyen ve sonuçlanan bir davada zimni rızanın bulunmadığı çok rahatlıkla savunulabilir (18).

Türk doktrininde ALTUĞ (19), davalı tarafın dava dilekçesine cevap vermemesinin zimni rıza sayılmayacağını, yabancının cevap vermemesinin Türk mahkemesinin yetkisini kabul etmediğini gösterdiğini ifade etmektedir. Ancak esasa cevap ver-

(16) Y 2HD, 22.2.1972, E. 252, K. 937, İBR, cilt: XLVI, Mart-Nisan, 1972, 268.

(17) Y 2HD, 8.3.1971, RKD, 1971, Haziran-Temmuz, 204.

(18) Aynı fikir, SAKMAR, 34.

(19) ALTUĞ, Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi, İst. 1973, 45 vd.

diği halde, rıza konusunda herhangi bir açıklamada bulunmayan davalının bu konuda zimni rızasının yokluğuna karar vermek, 4 üncü maddenin düzenleme biçimi ve yukarıda bu konudaki gerekçelerin ışığı altında karar vermek yerinde olacaktır.

Yargıtay, davalının cevap layihasında bu konuya ilişmeyip, mütekebil dava açması halinde davaya muvafakatinin varlığını ifade ettiğini kabul etmektedir. 3.11.1934 gibi eski bir kararında (20) mütekebil davanın zimni kabulü ifade ettiğini kabul etmiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, davalının açtığı bu davanın HUMK göre, uygun olarak açılmış bir mütekebil dava olması gerekir.

SONUÇ

İncelememizde vardığımız sonuçları aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür. Türkiyede Bulunan Yabancıların Hak ve Vazifeleri Hakkındaki Kanunun 4 üncü maddesinde hal, ehliyet, aile hukuku ve menkul miras davalarında Türk mahkemelerinin yetkisinin gerçekleşmesi için aranmış olan «birrıza müracaat» şartının yorumu konusunda, Yargıtay'ın bu konuda varmış olduğu sonuçları paylaşmakta olduğumuzu belirtmek isterim. Söz konusu şartın yerine getirilip getirilmediği davanın her safhasında münakaşa konusu yapılabildiği gibi, hâkim tarafından da resen nazara alınmak zorundadır. Yüksek mahkeme, kararlarını, 4 üncü maddede yer alan ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden kuralların, görev esasına göre tespit edilmiş kurallar niteliğinde olduğu gerekçesine dayandırmaktadır. Bize göre, 4 üncü maddedeki ayırımı, teknik anlamda iç hukuktaki görev kavramı ile aynı mahiyette görmek mümkün değildir. İç hukukta görev ayırımında rol oynayan düşünceler, milletlerarası yetkinin tayininde esas alınmaz. Burada, davanın görülebilmesi için kanun tarafından aranmış olan özel bir dava şartı vardır. Bu şart, belirli türdeki davaların bir Türk mahkemesinde görülebilmesi için kanun tarafından konulmuş özel bir dava şartıdır. Bu tespit sonucunu olarak da söz konusu şartın yerine getirilmesi hâkim tarafından resen nazara alınmalıdır. Bu şarta tanındığı

(20) Y 2HD, 3.11.1934, E. 2473, K. 3316, BERKİ-ERGÜNEY, 58.

mız niteliğın sonucu, konunun, taraflarca davanın her safhasında hatta temyiz safhasında da itiraz konusu yapılabileceğidir. Birrıza müracaat şartını, mahkemenin taraflı iradeleri ile tayin edilmesine imkân veren bir yetki anlaşması niteliğinde görmeğe imkân olmadığını, her iki konunun ayrı nitelikler taşıdığını ve farklı sonuçlar doğurduğunu belirtmiş bulunuyoruz.