

YABANCI MAHKEME İLÂMLARININ TENFİZİNDE MAHKEMENİN YETKİSİ ve KAMU DÜZENİ

Prof. Dr. Ergin NOMER*

Türk modern devletler özel hukukunun kuruluşunda ve gelişmesinde çalışma disiplini, güvenirliği ve katkılarıyla öncülük yapmış olan Prof. Dr. GÜLÖREN TEKİNALP ile 40 yılı aşkın bir süre aynı bilim dalında ve aynı kürsüde çalışma şansına sahip olmam benim için ayrı bir gurur kaynağı olmuştur. Türk bilim hayatı ve birlikte çalıştığı meslektaşları ona teşekkür borçlu olduğunu unutmayacaktır.

I. Yabancı Mahkemenin Yetkisi

1. Yabancı devlet mahkemelerinden “hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş” ve “o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan” ilâmların tenfizi (ve tanınması), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun [MÖHUK] 34 ve müteakip maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun, bu nitelikleri taşıyan yabancı bir mahkeme ilâmının Türkiye’de icra olunabilmesini, bu ilâm hakkında Türk mahkemesince bir *tenfiz edilebilirlik kararı* (“*exequatur*”) verilmesine bağlı kılmıştır. Bir tenfiz kararı verilebilmesi için de, tenfizi talep edilen yabancı ilâmın belirli bazı şartları taşıması gereklidir. Bu şartlar, Kanunun 38. maddesinde sayılmıştır. 38. maddenin “b” bendinde yer alan hükme göre, tanıma veya tenfiz kararı verilebilmesi için, yabancı “*ilâmın Türk mahkemesinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması*”

* İstanbul Üniversitesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

şarttır. Buna göre, Türk mahkemesinin *münhasır yetkili* olduğu konulara ilişkin yabancı mahkeme ilâmının Türkiye’de tenfizine karar verilemeyecektir.

2. Türk usul hukukunda kamu düzenine ilişkin yetki kurallarının bazıları münhasır yetki (kesin yetki) hükmüdür. Ancak burada önemli olan, yabancı mahkeme ilâmının tenfizini engelleyecek olan “münhasır yetki” kavramının belirlenmesidir. Zira, yabancı ilâmların tenfizini engelleyecek anlamda münhasır yetki kavramı, iç hukukta kullanılan münhasır yetki kavramından farklıdır. *Münhasır yetki* iç hukukta *Türkiye içerisinde* belirlenen bir mahkemenin münhasıran yetkili olduğunu ifade ederken, yabancı ilâmların tenfizi hukukunda ise, diğer devlet mahkemelerinin yetkisi karşısında münhasıran *Türk mahkemelerinin* yetkili olacağı anlamına gelir. Usul hukukunda yer alan bir yetki kuralının yabancı mahkeme ilâmının tenfizini engelleyecek anlamda münhasır bir yetki hükmü getirmiş olup olmadığı, ancak yetki kuralının ifadesinden ve konuluş gayesinden hareketle tesbit edilebilir. Bu bakımdan, Türk yetki hukukunda yer alan bir yetki kuralı iç hukuk bakımından kamu düzenine ilişkin münhasır bir (kesin) yetki kuralı olmasına rağmen, yabancı bir ilâmın tenfizini önleyebilecek anlamda “münhasır” bir yetki kuralı olmayabilir. Bir yetki kuralının yabancı ilâmın tenfizini önleyebilecek anlamda “münhasır” yetki tesis edebilmesi için, dava konusunun münhasıran *Türk mahkemelerinde* görülmesini sağlamak amacıyla bu yetki kuralının konulmuş olması gereklidir. Meselâ, Türkiye’de gayrimenkulün aynına ilişkin davalarda gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi (HUMK m.13) iç hukukta kamu düzenine ilişkin münhasır bir yetki olarak kabul edilir. Bu yetki kuralı, aynı zamanda, Türkiye’deki gayrimenkullerin aynına ilişkin ihtilafların gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesi dışında, -ister Türkiye içerisinde isterse yabancı bir Devlette bulunsun-, başka hiç bir mahkemede görülemeyeceğini de kesin bir şekilde ifade etmektedir. Taşdığı bu anlam ve konuluş gayesi, onun Türkiye’deki gayrimenkullerin aynına ilişkin hüküm taşıyan yabancı mahkeme ilâmlarının tenfizini önleyici münhasır bir yetki kuralı olduğunu açık ve net bir şekilde göstermektedir. Buna mukabil, birkaç “sınırlı münhasır” yetki kuralı istisna edilirse¹, usul hukukumuzda iç hukuk yönünden

¹ *İş davalarında*, davalının ikâmetgahı mahkemesi ile işyeri mahkemesi-

münhasır (kesin) yetki kuralı getirdiği kabul edilen diğer yetki hükümlerinin yabancı ilâmlarının tenfizini engelleyecek anlamda *münhasır* bir yetki kuralı olduğunu ileri sürmek mümkün görülmemektedir².

3. Bu durumda, yabancı ilâmların tenfizini engelleyecek anlamda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen konularda, sadece ilâmı veren mahkemenin tâbi olduğu hukuk nizamı, o mahkemenin yetkisi hakkında tek başına söz sahibi kalmaktadır. Zira, ilâmı veren yabancı mahkemenin kendi hukukuna göre gerçekten yetkili olup olmadığı, Türk tenfiz mahkemesinin kontrolü dışında bırakılmıştır. Tenfiz şartlarını belirleyen 38. maddenin “b” bendi, Türk tenfiz mahkemesine sadece yabancı ilâmın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmiş olup olmadığını kontrol etme yetkisi tanımıştır³. Bu bakımdan, yabancı mahkeme ilâmı, Türk mahkemesinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda ise ve kendi hukuk nizamına göre kesin hüküm teşkil etmiş bulunuyorsa, bu ilâmı veren mahkemenin yetkisi tenfiz mahkemesince inceleme konusu yapılamayacaktır. Türk mahkeme uygulamasında da, bu hukukî durum sebebiyle, ilâmı veren mahke-

ni yetkili kabul eden ve kamu düşüncesine dayanan hüküm (5521 s. İş Mahkemeleri K. m.5), yabancı mahkeme ilâmlarının tenfizinde de, işçiyi korumak gayesiyle “sınırlı münhasır” bir yetki kuralı niteliğinde kabul edilmektedir. Aynı anlayış, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun uygulanmasından doğan *tüketici akitlerine* ilişkin ihtilaflarda yetkili olan “tüketici mahkemeleri” (4822 s. K. ile değişik 4077 s. K. m.23) için de geçerlidir. Tüketici mahkemelerinin yetkisinin de tüketiciyi koruma maksadıyla “sınırlı münhasır” bir yetki olduğu ifade edilmektedir; NOMER *Devletler Hususî Hukuku*, 11. bası, 2002, s.397, n.254. Yargıtay’ın anlayışına göre, *hayat sigortalarında* da yetkili mahkemenin (HUMK m.19) yetkisi “sınırlı münhasır” bir yetki kuralı hükmündedir (Bkz. Yar.11.HD., 19.06.1997: YHD 194-1/1998, s.80).

² NOMER 398.

³ Münhasır yetki esasına dayanan yetki kuralları, *yetki anlaşması* ile yetki kazanmış bulunan yabancı mahkemelerden verilmiş ilâmların tenfizini de engelleyici bir etkiye sahiptir. Diğer bir söyleyişle, yabancı ilâmın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmiş olması hâlinde, yabancı mahkemenin yetkisi tarafların anlaşmasına dayanmış (MÖHUK m.31) olsa dahi, bu ilâmın tenfizi talebi reddedilir.

menin yetkisi üzerinde hiç durulmaksızın tenfiz talebi hakkında karara varılmaktadır. Ancak yabancı mahkemenin davada kendisini yetkili olarak kabulüne esas teşkil eden yetki kurallarının kontrol dışı kalması, tenfiz hukukunun ilkeleri açısından âdil olmayan sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir. Yabancı mahkemenin yetkisinin, “aşırı yetki” (“exorbitant jurisdiction”) kurallarıyla tesis edilmiş olması, mahkemece tarafların menfaatinin aynı ölçüde korunmamış olduğu, âdil bir yargılamaya dayanmadığı ve daha çok davacının menfaatine hizmet ettiği şüphesini doğurmaktadır. Böyle bir ilâmın tenfizinden rahatsızlık⁴ duyulması da normal hâle gelmektedir. Bu rahatsızlık, Türk kamu düzeninin müdahalesini gerektirecek boyutlara ulaşmış gözükmektedir. Doktrin alanında pek fark edilmemekle beraber, uygulamada 38. maddenin ilgili “b” bendinde yer alan yetkiye ilişkin hüküm, kendilerine karşı tenfiz talebinde bulunulan taraflarca, olağan yetki kurallarına tâbi olmayarak kendisini yetkili kabul eden yabancı bir mahkemede özellikle savunma haklarının ihlâl edildiği iddiasıyla yetersiz bulunmakta ve daima şikayet konusu yapılmaktadır.

II. Kamu Düzeni

1. Devletler özel hukukunda kamu düzeninin esas görevi yabancı maddî hukukun uygulanmasını engellemektir (MÖHUK m.5). Buna mukabil, *milletlerarası usul hukukunda* kamu düzeninin müdahale alanı daha geniştir. Tenfiz hukukunda, yabancı mahkemenin davada hukukî ihtilafa uyguladığı gerek maddî hukuk kuralları gerekse usul hukuku kuralları kamu düzeninin kontrolü altındadır. Böylece, yabancı ilâmın tenfizinde, hem maddî hukuka hem de *usul hukukuna ait kamu düzeninin* müdahalesi ortaya çıkmaktadır. Kamu düzeninin müdahalesi bakımından, yabancı usul huku-

⁴ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi “Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi” tarafından 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunda değişiklik yapılmasına ilişkin olarak hazırlanan taslakta da, bu rahatsızlık dikkate alınarak, 38. maddenin “b” bendinde yer alan yetki hükmü değiştirilmiş ve tarafımızdan yapılan teklife uygun olarak, yabancı mahkemenin yetkisinin de kontrol edilmesini mümkün kılan bir düzenleme kabul edilmiştir.

kunun kuralları üzerinde yapılacak inceleme, yabancı usul hukuku hükümlerine riayet edilip edilmediği veya bu hükümlerin ihlâl edilmiş olup olmadığı ile sınırlı değildir. Hâkimlerin mutlak bağımsızlığı, tarafların savunma haklarının kısıtlanmaması gibi Türk usul hukukuna temel teşkil eden prensiplere riayet edilmiş olması, yabancı usul hukukundan da beklenir. Türk usul kurallarından farklı olsa da, bir hukuk devletinde olabilecek nitelikteki usul kurallarına tâbi olarak verilmiş yabancı bir ilâmın tenfizi kamu düzeninin müdahalesine uğramayacaktır. Buna mukabil Türk usul hukukuna temel teşkil eden prensiplere aykırı olan yabancı usul hukuku kuralları da Türk kamu düzeninin müdahalesine uğrayabilecektir. Bu söylenenler, yabancı mahkemenin yetkisini tesis eden yetki kuralları için de geçerlidir. Farklı bir ifadeyle, yabancı mahkemenin yetkisi Türk yetki hukukunun temel prensipleriyle çelişmediği sürece kamu düzeninin müdahalesiyle karşılaşmayacaktır. Bir mahkemenin yetkisini tesis eden yetki hükümleri de şüphesiz usul hukukunun önemli kurallarını teşkil eder. Bu kuralların da dayandığı, kendisinden vazgeçilmesi mümkün olmayan temel prensipler mevcuttur. Yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki kurallarının, Türk yetki kurallarının dayandığı temel prensiplerle bağdaşmaması, usul hukukuna ait kamu düzeninin müdahalesine zemin hazırlar. Bu temel prensiplerin, bir hukuk devletinde genellikle kabul edilen yetki prensipleriyle aynı olması, onların müdahale gücünü daha kuvvetlendirir ve kamu düzeninin müdahalesine daha çok haklılık kazandırır. Burada önemli olan, Türk yetki kurallarının temelini teşkil eden prensiplerin belirlenmesi ve ortaya çıkarılmasıdır.

2. Türk usul hukukunda mahkemelerin yetki sistemi hukukî kaynağını Anayasa'da bulur. Anayasa'da mahkemenin görev ve yetkisi, hak aramanın, farklı bir ifadeyle *âdil yargılanmanın* teminatı olarak değerlendirilmiştir (m.36). Bu bakımdan, Türk usul hukukunda yetki kurallarının dayandığı sistem, âdil yargılamayı teminat altına alan anayasal bir prensip niteliğindedir. Bu sistemde, mahkemenin yetkisinin doğumu, mahkeme ile dava arasında, ikâmetgahı (yerleşim yeri), hâlen oturulan yer, akdin icra yeri, malın veya teminat bulunduğu yer gibi çeşitli objektif ve hukukî bağlantı noktalarının bulunması esasına dayanır. Dava ile mahkeme arasındaki bağlantının zayıf veya kuvvetli olması önemli değildir.

Önemli olan, objektif ve hukukî bir bağlantı noktasının bulunmasıdır. Aksi hâlde, yani mahkeme ile dava arasında objektif ve hukukî bir bağlantı noktası yoksa, mahkemenin yetkisi doğmaz. Mahkeme ile dava arasında objektif ve hukukî ölçülere dayanan yetki kuralları, tekml hukuk devletlerinde kabul edilen ve kullanılan “olağan yetki kuralları” (usual, ordinary jurisdiction rules) olarak nitelendirilir⁵. Olağan yetki kurallarında *âdil* (fair) ve *makul* (reasonable) bağlanma noktalarının kullanılması, bu yetki kurallarının bir milletlerarası hukuk prensibi olan *doğal hâkim* (natural justice) ilkesine uygunluğunu da temin etmektedir. Türk usul hukukunda da Türk mahkemelerinin yetkisi *olağan yetki kuralları* ile belirlenir. Bu, Türk hukukunun dayandığı genel prensiptir. Dolayısıyla, olağan yetki kuralları olarak nitelendirilemeyen yabancı yetki kuralları, Türk yetki hukukunun dayandığı genel prensibe aykırıdır; dolayısıyla Türk usul hukukuna ait kamu düzeninin müdahalesiyle karşılaşabilir. Nitekim, *Amerikan* hukukunda, *Amerikan* mahkemelerinin yetkisini tesis etmekte kullanılan, *mere presence*, *in-state service of process*, *transient rule* ve muhtemelen *long arm status* gibi “aşırı yetki” (“exorbitant jurisdiction”) kurallarına⁶ dayanılarak yetki kazanmış *Amerikan* mahkemelerince verilmiş ilâmların tenfizinin, bu yetkinin Türk usul hukukunun kabul ettiği olağan yetki düzenine aykırı düşmesi sebebiyle redde uğrayabileceği Türk doktrininde ileri sürülmüştür⁷. Olağan yetki kurallarından inhiraf etmiş, milletlerarası hukukta kabul edilmiş yetki tesis edici unsurlara (bağlanma noktalarına) dayanmayan yetki kuralları, “aşırı yetki” kuralları olarak tanımlanmakta ve altında yatan gerçek maksadı itibariyle şaibeli kabul edilen bu yetki kurallarının kullanılmaması gerektiği üzerinde ısrarla durulmaktadır⁸. Çünkü, olağan yetki kurallarının yerine aşırı yetki kurallarının kullanılmasıyla, yetki hukukuna hâkim olan dava tarafları karşısında eşit ve âdil bir yargılama ilkesinin ihlâl edildiği kanaati yaygınlaşmıştır. Bu aşırı yetki kuralları, so-

⁵ EKŞİ *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, 2000, 55.

⁶ SIEG *Internationale Anerkennungs Zuständigkeit bei US-amerikanischen Urteilen*: IPRax 2/96, 78 vd.

⁷ NOMER 402, n.259.

⁸ SCHACK *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 3. Aufl. 2001, Rz. 195; Ayrıca “aşırı yetki” kavramı için bkz. EKŞİ 50 vd.

nuçta, davalı aleyhine davacıyı korumayı hedef alan bir sistem meydana getirmiştir. Hemen tekmil aşırı yetki kurallarında davalı ile mahkeme arasındaki *ilişki*, yetkinin doğumunda etkisiz hâle getirilmekte veya önemini kaybetmektedir. O kadar ki, davanın tebliği anında, davalının tesadüfen ve geçici olarak ülkede bulunması dahi mahkemenin (milletlerarası) yetkisinin doğumunu temin edebilmektedir (“transient rule”). Halbuki milletlerarası yetki alanında genel kabul gören anlayış davalının himaye edilmesi gereğinden hareket eder. Bu sebeple davalının ikâmetgahı (yerleşim yeri veya bulunma yeri) mahkemelerinin yetkisi, milletlerarası alanda en yaygın kullanılan ve kendisinden vazgeçilemeyen bir yetki kuralı hâline gelmiştir. Aşırı yetki kuralları, davalının himayesini ifade eden “actor sequitur forum rei” kuralını⁹ geçersiz hâle getirmektedir. Bu kural, davacıya, kendisine yabancı bir mahkeme önünde dava açmak külfetini yükler; çünkü onun davasıyla, *status quo* bozulmak istenmektedir. Ayrıca, davalının yabancı bir devletin mahkemeleri önünde bir taleple karşı karşıya bırakılmasındaki tehlike, davalının menfaatinin davacınıninkine tercih edilmesi ilkesine özellikle haklılık kazandıran bir durumdur¹⁰. Özellikle, davalıyı, mahkûm olmak tehlikesi altında “itaatkâr” hâle getirmek maksadıyla, Amerikan mahkemesinde açılan davaların kullanılması başlı başına eşit ve âdil yargılanma ilkesinin ihlâli anlamına gelir.¹¹

⁹ GEIMER *Internationales Zivilprozeßrecht*, 1997, Rz. 298; SCHACK Rz.192.

¹⁰ SCHACK Rz.192.

¹¹ *Alman Anayasa Mahkemesi* de, Amerikan mahkemelerinde açılan davaların bu maksatla kullanılmasının Alman Anayasa hukukunu ihlâl edeceğini kabul etmiş ve bu nitelikteki bir davanın davalıya tebliğini engellemiştir (25.07.2003 tarihli ve 2 BvR 1198/03 sayılı kararı: IPRax 5/2003 VII vd.). *Türk Anayasa Mahkemesi* de, mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen Anayasa'nın 138. maddesinden hareketle, yargı gücünün, günümüzde temel hak ve özgürlüklerin olduğu kadar kamusal düzenin korunmasının da güvencesi olduğunu belirttikten sonra, yargı bağımsızlığının amacının “bireylere her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkuadan uzak kalınarak adaletin dağıtılacağı güven ve inancını vermek” olduğunu ifade etmiştir (Anayasa Mahkemesi Kararı, 15.10.2002, E.2001/309 – K.2002/91 : RG. 12.12.2003 – 25314).

3. *Amerikan* hukukunda, bir Federal mahkemenin (Federal Court) davalı hakkında karar verebilmesi için, hem yer itibariyle (*venue*) hem de madde itibariyle (*subject matter jurisdiction*) yetkili olması gerekir. Ayrıca bir üçüncü yetkinin ('personal jurisdiction') de doğmuş olması şarttır: '*Şahsa bağlı yetki*' olarak ifade edilebilecek bu yetki kuralı, *davalının şahsı üzerinde* de mahkemenin yetkili olmasını aramaktadır. Yer itibariyle yetki ve madde itibariyle yetki, diğer Kara Avrupası hukuklarında olduğu gibi, Türk hukukunda da bir mahkemenin yetkisinin doğumu için aranan yetkililerdir. Buna mukabil, Amerikan hukukunda kullanıldığı şekliyle Kara Avrupası hukuklarına ve Türk hukukuna yabancı olan '*şahsa bağlı yetki*' kuralı daima tartışma konusu olmuştur. Federal mahkemelerin *madde itibariyle yetkisi* 28 U.S.C.¹² § 1330-1368'de düzenlenmiştir. Sözleşmelere dayanan taleplerde, kural olarak bir Federal Devletin maddî hukukunun uygulanması hâlinde, ilgili Devlet mahkemesi için madde itibariyle yetki de doğmaktadır. *Yer itibariyle yetki* düzenlemesi ise 28 U.S.C. § 1391-1413'de yer almaktadır. Bir yabancı (*alien*) olarak talepte bulunulursa, 28 U.S.C. §1391 (d) uyarınca Amerika Birleşik Devletlerinin her Federal mahkemesinde yer itibariyle yetki gerçekleşmiş kabul edilmektedir. Bir Federal mahkemenin *şahsa bağlı yetkisinin* doğup doğmadığı, 28 U.S.C. § 1652'ye göre Federal mahkemenin bulunduğu Federal Devletin hukukuna göre belirlenir.

4. Mahkemenin bir davalı üzerindeki yetkisini ifade eden "*şahsa bağlı yetki*" ("personal jurisdiction") konusu Amerika Birleşik Devletlerinde büyük öneme sahiptir. Prensip olarak, Federal Devletler, daha doğrusu onların mahkemeleri, bağlı oldukları devlette oturmayanlar ("non-residents" veya "out of state-parties") üzerinde yargı gücüne sahip değildirler. Bu prensip, diğer Federe Devletlerde oturanların "dışardan gelenler" ("foreigners") olarak, yabancı ülke vatandaşlarının daha üst anlamda "yabancı" ("aliens") olarak görülmelerine sebep olmaktadır. Şahsa bağlı olarak gerçekleşen yetkide, hem Federal Devlet mahkemeleri arasında hem de Amerikan mahkemeleri ile yabancı devlet mahkemeleri arasındaki yargılama yetkisi söz konusudur. Buna uygun olarak, Amerika Birleşik devletleri mahkemelerinin şahsa bağlı yetkisi de, hem dışar-

12 "United States Code".

dan gelen (“foreigner”), hem de yabancı (“alien”) davalılar bakımından incelenir¹³.

5. Amerikan yetki hukukunun hareket noktası, kökeni *common law*'a dayanan katı bir *ülkesellik* prensibidir. İlk önceleri, *şahıslar üzerindeki yetki*, ancak davalının ülkede fizik olarak varlığı (“physical presence”) ile gerçekleşmekte idi. Dava dilekçesi ve davet belgesi davalıya mahkeme ülkesinde bulunduğu esnada ve bizzat kişinin kendisine tebliğ (“personal service”) edilmeliydi¹⁴. Bu yetki “geçici yetki” (“transient jurisdiction”) olarak ifade edilse de, davalının ülkeyi terk etmesi, bu şekilde teessüs eden yetkinin geçerliliğine etkili olmamaktadır. Burada önemli olan bu yetkinin doğumunda, davacının veya davalının, mahkeme ile başkaca bir ilişkisinin bulunmasına ihtiyaç göstermemesidir. Bugün, Amerikan hukukunda kullanılan diğer bütün yetki kuralları, bu katı *ülkeselliğe* bağlı olarak gerçekleşen yetki hükmünün yumuşatılmış şekillerinden ibarettir. Ve bu kurallar, dava ile mahkeme arasında Federal Anayasa hukukuna ait *due process* emrini gerçekleştiren bir ilişkinin bulunmasını ister. Bu ilişki de, davadaki talepten bağımsız olarak, “domicile” ve ekonomik faaliyettir. Bu genel yetki (“general jurisdiction”) düzenlemesi yanında, dava konusu talep ile mahkeme arasındaki ilişkinin de yetkiyi tek başına tesis ettiği özel yetki (“specific jurisdiction”) durumları mevcuttur. Ancak bu nevi özel yetki durumları kanunî olmalıdır ve *due process* emrini ihlâl etmemelidir¹⁵.

6. Yetki konusundaki bu gelişme sürecinde, Amerikan hukukunda bir çok Federal Devlette ayrıntılı ve geniş alanlara etkilendirilmiş yetki katalogları, diğer bir ifadeyle, mahkemenin bulunduğu devlette oturmayanlar (“absent non-residents”) için meşhur tabiriyle, “*long arm statutes*” ortaya çıkmıştır. Bu kurallarda, davalı için sa-

¹³ WAZLAWIK *Persönliche Zuständigkeit im US-amerikanischen Prozesrecht und ihre Bedeutung im deutschen Exequaturverfahren*: RIW 9/2002 692.

¹⁴ Davaya ilişkin belgelerin mahkemenin bulunduğu ülkede tebliğ edilmesi, bugün dahi devletin hâkimiyet tasarrufu olarak değerlendirilmekte ve sadece o ülke mahkemelerinin yetkisini tesis etmektedir; HAY 56.

¹⁵ Bu genel bilgiler için bkz. HAY, *US-Amerikanisches Recht*, 2. Edt., 2002.

dece “due process” garantisi vardır; yani davalının, mahkemenin bulunduğu devlet ile asgari ölçüde de olsa bir temas hâlinin, bir ilişkinin (“minimum contacts”) bulunması gerekmektedir. Amerikan mahkemelerinin uygulamalarında *minimum contact*’ın mevcudiyeti ve buna bağlı olarak davalı üzerinde şahsa bağlı yetki (“personal jurisdiction”) tesisinin, Kara Avrupası’nın yetki hukukuna dayandığı ilkelerle uyuşması problemi en çok tartışılan konulardan biri olmuştur.

7. Davalı ile mahkemenin ait olduğu devlet arasındaki ilişki bakımından en önemli problem, davalının mahkemenin ait olduğu devlette bir iş veya ticarî faaliyeti bulunmasa dahi, bu ilişkinin varlığının kabul edilmesidir. Ayrıca, Amerikalı davacının, dava dilekçesini ve davet belgesini -dışardan gelen veya yabancı- *non-resident* davalıya tebliğ ettirerek, davalının şahsı üzerinde yetki (“personal jurisdiction”) tesis ettirmesi imkânı vardır. Tebliğ anında mahkemenin ait olduğu devlette tesadüfen veya geçici olarak *bulunma* (“presence”), bir çok Federal Devlette *long arm statutes* için yeterli kabul edilmektedir. Tebliğ adresi burada, davalının bizzat bulunduğu yerdir (“physically present non-resident”). Geçici veya tesadüfen dahi olsa, sadece “bulunma” olayı yetkinin doğumu için yeterli olmaktadır. Davanın, davalıya mahkeme ülkesinde bizzat şahsına tebliği (“personal service”) yoluyla onun hakkında yetkinin doğmasında (“transient rule”), davalı aleyhine *sinsi bir tehlikenin* bulunduğu da inkâr edilemez. Burada, *tag jurisdiction* dahi söz konusu olabilmektedir¹⁶: Davalı mahkeme devletinde bulunduğu ve meselâ transit yolcu olarak hava alanında beklemekte iken, eline bir dava dilekçesinin ve tebliğ belgesinin tutuşturulması mümkündür. Hatta, mahkemenin bulunduğu devletin hava sahasında uçmakta olan bir uçakta yapılan tebligat dahi mahkemenin yetkisini tesis edebilecektir¹⁷. *Minimum contact* şartının davacı lehine bu derecede hafife alınması karşısında, davalının Amerikan mahkemelerinden kurtulması bazen *forum non conveniens*¹⁸ ile mümkün olabilmektedir.

¹⁶ Bkz. SCHACK, (dn. 8), Rz.408.

¹⁷ Grace v. Mac Arthur, 170 F. Supp. 442, 447: District Court for the Eastern District of Arkansas 1959.

¹⁸ Bugün Amerika Birleşik Devletlerinde ve değişik şekliyle İngiltere’de yü-

8. Amerikan yetki hukukunda, şahsa bağlı olarak yetkinin (“personal jurisdiction”) doğumu, bir Amerikan mahkemesinin araştırma (“discovery”) talimatının yerine getirilmemesine bağlı olarak “ceza” niteliğinde de gerçekleşebilmektedir. Davalının, mahkemenin şahsa bağlı olarak meydana gelmiş bir yetkisi belirlenmeden davaya dahil edilmesi hâlinde, mahkeme davalının mahkemenin ait olduğu devletle gerekli *minimum contact*'a sahip olup olmadığını tesbit maksadıyla, meselâ bazı belgelerin ibraz edilmesi talimatını verebilir. Bu talimatın davalı tarafından yerine getirilmemesi, mahkemenin tedbirler almasına sebep teşkil eder. Mahkeme tedbir olarak, yerine getirilmeyen araştırma talimatına konu teşkil eden hukukî ve maddî vakıaların gerçekleşmiş olduğuna ilişkin bir emir yayınlar. Ve böylece, şahsa bağlı yetkinin tesisi için gerekli olan belgelerin ibraz edilmemesine dayanılarak, Amerikan mahkemesinin kişi üzerindeki yetkisinin bulunduğu beyan ve teyit edilmiş olur¹⁹.

III. Değerlendirme

1. Amerika Birleşik Devletleri hukukunun, özellikle maddî hukukunun, Kara Avrupası hukuklarından farklı olarak, kendine özgü özellikler taşıdığı bilinmektedir. Buna mukabil en çok tartışma yaratan konular, Amerikan hukukunda yer alan, usul hukuku karakterli *punitive damages*, *pre trial discovery*, *jury-system*, *class action* ve mahkemece verilen ve yerine getirilmemesi hâlinde farazî hukukî gerçeklerin kabulüne sebep olan *talimat ve emirler* gibi kavramlardır. Amerikan hukukunda kullanılan maddî hukuk kavramlarının kendi hukuk düzenlerine yabancı olması, diğer ülkeler için önemli değildir. Önemli olan, Amerikan Birleşik Devletlerinin zaman içerisinde geliştirdiği ve yargılama otoritesini milletlerarası alana yaymak gayesiyle kullandığı milletlerarası yetki kural-

rürlükte olan *forum non conveniens* doktrini, milletlerarası yetkiye sahip olan mahkemeye, olayla sıkı ilişkiler içerisinde olan bir diğer ülke bu ilişkiler sebebiyle daha iyi karar verebilecek durumda ise, kendi yetkisini reddetme imkânını vermektedir; bkz. NOMER 382.

¹⁹ Delil ibrazına ilişkin talimatların yerine getirilmemesine bağlı olarak gerçekleşen şahsa bağlı yetki hakkındaki bu bilgi, WAZLAWIK 694'de yer almaktadır.

larıdır²⁰. Bu yetki kuralları kullanılmak suretiyle, Avrupa usul hukukunun yargılama sistemine hâkim olan prensiplere göre Amerikan mahkemelerinin yetki alanı dışında kalması gereken davalarda, Amerikan mahkemelerinin yetkili kılınması, dolayısıyla maddî hukuk kurallarının da tatbikinin temin edilmesi tartışmanın odak noktasını teşkil etmektedir. Zira sonuçta, Amerikan hukukunun milletlerarası yetkisi, Amerika Birleşik Devletleri dışında, diğer ülkelerde gerçekleşmiş bulunan ekonomik ve ticarî ilişkiler hakkında, hem de davalıdan daha çok Amerikan vatandaşı davacının haklarını koruma anlayışı içerisinde *karar vermeyi* temin eden bir faktör olmaktadır. *Türk yetki hukukunda*, milletlerarası yetki düzenlemelerinde de genellikle kabul edildiği üzere, Devletin yargılama otoritesini milletlerarası alana yaymak gibi bir düşünce yer almaz. Tek gaye, davalının korunmasını esas alan bir sistem içerisinde, taraflar için en doğru kararı verebilecek en uygun bir mahkemenin yetkilendirilmesi, yani *âdil yargılamayı* gerçekleştirmektir. Halbuki, Amerika Birleşik Devletlerinin milletlerarası alanda kullandığı “aşırı” (“exorbitant”) yetki düzenlemelerinin temelinde, muhtemelen sadece Amerika Birleşik Devletlerinin yargılama otoritesini milletlerarası alanda hâkim kılma düşüncesi yatmaktadır. Bu bakımdan, Amerikan hukukundaki sözü edilen yetki kurallarında tesbit edilen “Amerika Birleşik Devletlerinin yargılama otoritesini milletlerarası alanda hâkim kılmak düşüncesinin”, Türk hukukunda yetki kurallarına temel teşkil eden “âdil yargılama” prensibi ile bağdaşması mümkün değildir.

2. Amerikan yargılama otoritesini milletlerarası alana yayma gayesi, Amerikan yetki hukukunda olağan yetki kuralları yerine, *aşırı* (“exorbitant”) yetki kurallarının kullanılmasına sebep olmuştur. Milletlerarası alanda olağan dışı oldukları için genellikle kabul edilmeyen bu yetki kurallarına dayanılarak verilmiş Amerikan mahkemelerinin kararları, diğer ülkelerde daima tereddütle karşılanmış ve tartışma konusu olmuştur. Gerekten de, sözü edilen Amerikan *aşırı yetki* kurallarının, prensipte mahkemenin yetkisini taraflardan birinin, çoğunlukla davalının şahsına veya taraflar arasındaki maddî ilişkinin mahkemenin ait olduğu devletle irtiba-

²⁰ GROTHE “Exorbitante” Gerichtszuständigkeiten im Rechtsverkehr zwischen Deutschland und USA: RabelsZ 58 (1994), 688.

tına bağılı olarak tesis eden ve bunu yaparken sadece tarafların menfaatini tarafsız bir şekilde koruma ve onlar için en uygun bir mahkemeyi belirleme ve böylece *âdil bir yargılamayı* gerçekleştirme prensibinden hareket eden bir yetki sistemiyle bağdaşmayacağı şüphesizdir. Ayrıca Türk hukukunda da kullanılan bu yetki sisteminin, milletlerarası alanda *hukuk devletlerinde* milletlerarası usul hukukunun temel prensiplerinden biri olarak kabul edildiğini söylemek de yanlış olmaz.

3. Bu sebeple, söz konusu *aşırı yetki* kurallarına dayanarak kendilerini yetkili kabul eden Amerika Birleşik Devletleri mahkemelelerinden verilen ilâmların Türkiye’de tenfizinde, Türk usul hukukunun dayandığı temel prensiplerinden birine, yani yetki sisteminin *âdil yargılamayı* hedefleyen temel prensibine aykırılık iddiası ileri sürülebilecektir. Bu iddia, yabancı ilâmın sadece konusu itibariyle Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmesi hâlinde tenfizin önlenmesini temin eden hükme (MÖHUK m.38/b) değil, fakat doğrudan yabancı ilâmda yer alan hükmün *kamu düzenine* aykırılığına dayandırılacak (MÖHUK m.38/c) bir iddia olacaktır. Yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki hükmü, Türk yetki sisteminin *âdil bir yargılamayı* hedefleyen temel prensibine aykırıdır. Bu aykırılığı taşıyan yabancı mahkeme hükmünün Türkiye’de tenfizi de milletlerarası usul hukukuna ait *kamu düzenini* ihlâl edecektir. Türk kamu düzeninin müdahalesi, burada, yabancı ilâmların tenfiz şartlarından birinin yetersizliği sebebiyle ortaya çıkabilecek ve kamu düzeninde rahatsızlık doğurabilecek hukukî sonuçları önleyici bir görev ifa etmektedir.