

TÜRK HUKUKUNUN YORUMUNDA HATA YIPILMASINA İLİŞKİN YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 21.06.2000 TARİHLİ KARARI

Doç. Dr. GÜNSELİ ÖZTEKİN*

GİRİŞ

Bu incelememizde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.6.2000 Tarihli Kararını ele almış bulunmaktayız.

Kararda 2675 Sayılı Kanununun 38. md'sinin (e) bendi ele alınmıştır.

“Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilâmda Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmamış ve Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönden itiraz etmiş olmaması” tenfiz sebebi incelenmiştir.

Uyuşmazlık konusu yetkili kılınan hukukun tespitinde hataya düşülmüş olmasında yatmamaktadır. Karara konu olan uyuşmazlık hukukun uygulanmasında hataya düşülmüş olmasının tenfiz hakimince, 38 (e) md'si çerçevesinde denetlenip denetlenmeyeceği meselesidir.

Söz konusu ihtilafta Türk maddi hukukunun yorumunda hataya düşülmesi hali irdelenmiştir.

Bu sebeple biz de konuyu Türk maddi hukukunun yanlış uygulanması ile sınırlı olarak ele almış bulunmaktayız.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2000/2-1051

K:2000/1068

T:21.6.2000

DAVA: Taraflar arasındaki “Yabancı ilamın tanınması – tenfizi” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ürgüp Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 11.05.1999 gün ve 1999/ 54 – 103 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 15.06.1999 gün ve 1999/ 9545 – 11661 sayılı ilamı ile; ... Davacı Alman Mahkemesinin boşanma kararının tenfizini istemiştir. Mahkeme davanın reddine karar vermiştir.

Davalı süresinde davaya cevap vermiş, Alman Mahkemesi hükmünün Türk hukukuna aykırı olduğunu, tenfizinin istenemeyeceğini ileri sürmüştür.

Dosya arasında bulunan yabancı mahkeme ilamında Türk hukukunun uygulandığı yazılıdır. Ancak Türk hukukunun yorumunda yabancı mahkemenin Türk mahkemelerinde istikrar bulan yorum sonucundan farklı bir sonuca vardığı anlaşılmaktadır. Doğaldır ki Türk Kanunlar ihtilafı kuralları gereğince Türklerin boşanma davaları için öngörülen (2675 sayılı Kanun 13) hukukun uygulamadığının belirlenmesi ve bu yönde davalının itirazda bulunması halinde tenfiz kararı verilemez. Fakat burada olduğu gibi hukukun yorumunda hata edildiği hallerde yabancı mahkemenin Türk hukukunun uygulanmadığını kabul etmek 2675 sayılı Yasa'nın amacına aykırı düşer. Davalı yabancı mahkemenin, hukuku yanlış yorumlamasını, o ülkede, kanun yollarına müracaatla denetletmedikçe Türk mahkemeleri önüne getiremez.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki 2675 sayılı Kanunda (revizion) yabancı kararın doğruluğunu inceleme sistemi kabul edilmemiştir.

Kanunun yorumunda yapılan hataya dayalı yabancı mahkeme ilamı 2675 sayılı Kanun'un 38/e maddesi uyarınca da red edilemez. Zira kanun açıkça kamu düzenine aykırılığı bir red sebebi kabul etmiştir. Yorum hatasını kamu düzenine açık aykırılık olarak kabul etmek mümkün olmaz.

Temyiz eden: Davacı vekili

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR: Davacı Besigheim (Almanya) Sulh hakimi tarafından oluşturulan boşanma kararının 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun uyarınca tanınması ve tenfizine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, Türk Medeni Kanunu ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu gereğince bir yargılama olmadığını ileri sürüp tenfize karşı çıkmıştır.

Besigheim (Almanya) Sulh Mahkemesi 09.10.1997 tarihli 4 F 821/96 sayılı kararının içeriği aynen " tarafların Türk vatandaşı olmalarından dolayı ... Türk Medeni Kanun'un 134. maddesi gereğince davacının boşanma kararı ile ilgili talebi kabul edilmiştir. Tarafların dinlenmesinden sonra, mahkeme, evliliğin temelden sarsılmış olduğunun ve beraberliklerinin devamının söz konusu olamayacağı kanaatine varmıştır.

Ürgüp Asliye Hukuk Mahkemesi, Almanya Mahkemesinin, davalının Mart 1996 tarihinde evden ayrılması olgusuna dayanarak ve Türk Medeni Kanun'un 134.maddesine atıf yapmak suretiyle karar verdiğini, oysa Türk Kanunlar ihtilafı uyarınca uygulanması zorunlu ve MK.nun 134 üncü maddesinde anlamını bulur evlilik birliğinin müşterek hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelden sarsılmasını doğrulayıcı taraflardan herhangi bir açıklayıcı beyanın almadığını tanık gibi deliller toplanmadan salt fiilen tarafların ayrı yaşamaları gereğine dayanarak hüküm kurduğunu bu durumda, Alman Mahkemesince Türk Hukukunun uyuşmazlıkla ilgili yasal hükümlerinin gerçekten ve tam anlamıyla uygulanmadığını o nedenle kararın Türk Kamu düzenine aykırı olduğunu benimsemiş tenfiz istemini red etmiştir. Ancak yabancı unsurlu ihtilafta hakimnin uygulayacağı hukuku belirleyen kurallar milletlerarası özel hukuk kurallarıdır. Türk kanunlar ihtilafı kuralları 2675 sayılı Kanun'la belirlenmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 540. maddesi ile Türkleri kişi hallerine ilişkin karar vermeyi Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde kabul edilip bu tip yabancı mahkeme kararlarının tanınması ya da tenfizi yasaklanırken, 1982 yılında kabul edilen

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un 38.maddesi ile yabancı ülke mahkemelerince oluşturulan Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı kararların tanınması ve tenfizine imkan tanınmıştır. Gerçekten Türklerin yabancılar ile sosyal ilişkilerinin yoğun bir hal alması ile Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarının uygulama alanı genişlemiştir.

Boşanma kararı kişi hallerine ilişkin kararlardan olup, 2675 sayılı Kanun'un 13. maddesi Türkler için yabancı mahkemelerde de uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğunu açıklamıştır. Esasen Yargıtay 2. Hukuk dairesi ile Yerel mahkeme arasında bu yönde bir ihtilaf yoktur.

Uyuşmazlık; Türk hukukunun uygulanması ve yasa maddesinin yorumunda yabancı mahkemenin hata edip etmediğinin diğer bir anlamıyla, yabancı mahkemenin eksik araştırmaya dayalı hüküm verip vermediğinin yine yabancı mahkemenin, kabul ettiği sabit vakıaların hukuki normla karşılaştırmasını ve uygun norm tespitini doğru bir şekilde gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin Türk Mahkemesince doğrudan denetlenip denetlenemeyeceğinin aydınlığa kavuşturulmasında toplanmaktadır.

Sorunun çözümünde belirlenmesi gereken öncelikli diğer bir yön de; yabancı mahkemenin yargılamada uygulayacağı usul hukukunun da Türk hukuku olup olmayacağının belirlenmesidir.

Öncelikle belirtelim ki, öğretide hakimin yargısal işlevini yerine getirirken uyacağı usul kurallarının (lexfori) hakimin kuralları olduğu yönünde duraksama yoktur. Şu halde, ispat vasıtalarının nev'i, ileri sürülme ve toplanma biçimi, delilin kabul edilebilirliği, hakimin usul kanunu çerçevesinde belirlenecektir. Şüphesiz toplanan delillerin takdirine ilişkin tüm kurallar da hakimin usul kurallarıdır. Şu halde bir boşanma kararı oluşturulurken hakim, hangi vakıaları sabit kabul edileceğini kendi usul kuralları çerçevesinde topladığı delile göre takdir edecek ve açıklayacaktır. Böyle olunca Besigheim (Almanya) hakiminin yeterli delil toplayıp toplamadığını Türk Usul Hukuku çerçevesinde değerlendirmek mümkün değildir. Türk tanıma ve tenfiz Hakkı prensip olarak yabancı mahkeme kararının doğruluğunu inceleyemez. Gerek yabancı kararda uygulanmış olan usul, gerekse kararda yer alan maddi ve hukuki tespitler tanıma ve tenfiz hükmününün inceleme konusu dışındadır. Bu sistem "revision aufonal" yasağı olarak ifade edilir, usulde veya kararın hükmünde yapılmış olan hatalar ta-

nıma ve tenfiz kararına kural olarak etkili olamaz. Bu nedenledir ki, 2675 sayılı Kanun'un 37. maddesi, tanınması ya da tenfizi istenen yabancı kararlarla ilgili kesinleşmiş ilamın mahkemeye ibrazını yeterli görmüştür.

Nitekim, yasa koyucu tarafından (Revision au fond) "davanın yeniden incelenmesi" amaçlanmış olduğu olgusundan yola çıkıldığında, yabancı mahkeme dava dosyasının tümünün görülüp değerlendirilmesi zorunluluğu kendiliğinden ortaya çıktığı açıktır. Bu durumda, Türk Mahkemesince dosyanın tamamen getirilip incelemeye alınması kaçınılmaz olacaktır. Böyle bir prosedürün öngörülmesi halinde, yabancı mahkeme kararının tanınması ya da tenfizi değil, davanın yeniden yargılamasının yapılarak yeni bir hüküm kurulması söz konusu olduğundan 2675 sayılı Yasa'nın tanımı ve tenfize ilişkin yasal kurallarını amacına aykırı düşen bu yöntem asla üstün görülemez.

Öte yandan 2675 sayılı Kanun'un 38/e maddesi ile Türklerin "kişi hallerine ilişkin" yetkili bulunan Türk hukukunun uygulanmamış olduğu hallerde dahi, bu halin re'sen dikkate alınması prensibi kabul edilmiş, ancak davalının karşı çıkması halinde bu yönün dikkate alınması kurala bağlanmıştır. Bu kural dahi (revision au fond) yeniden inceleme yasağının bulunduğunu kabule yeterli delildir.

Bilindiği gibi bir mahkemede, hukukun yanlış uygulanması, o mahkeme veya üst mahkemelere yapılacak bir itiraza konu teşkil eder. Bu konu tamamen karar veren mahkemenin usul hukukuna tabi bir konudur. Ancak davalı Türk vatandaşı bu konuyu yabancı ülkede her derecedeki yargı organı önünde ortaya koymuş, gerekli itirazları yapmış olduğu halde diletememiş olduğunu ispat ederse ve bu halde Türk kanunlarının esas gayesine, başka bir anlatımla kamu düzenine aykırılık (2675 sayılı Kanun'un 38/c md.) söz konusu olabilir.

Gerek kanunlarda ve gerekse hukuk öğretisinde kamu düzeninin değişmez bir tarifi yapılmamıştır. Ancak ve özellikle Türk Milletlerarası Özel Hukuku yönünden Yargıtay Kararlarında yer alan unsurlar genel ahlak ve adaba aykırılık, Türk hukukunun ana kurallarına ve Türk kanunlarının dayandığı genel siyasetle bağdaşmazlık hallerinin kamu düzenine aykırı sayıldığı gözlemlenmektedir. (Y. 2. H.D. 'nin 31.03.1944 tarihli 40-1014 sayılı, 10.11.1966 tarihli 5305-5390 sayılı, 08.12.1993 tarihli 9648-11903 sayılı; Y.10. H.D.'nin 21.02.1991 tarihli 6609-1544 sayılı, Y. 13. H.D.'nin 29.01.1993 tarihli 408-560 sayılı, Y.

15. H.D. 'nin 19.01.1995 tarihli 2876-164 sayılı, Y. 18. H.D. 'nin 25.02 1997 tarihli 288-1496 sayılı Y.H.G.K.nun 22.04.1998 tarihli 2/276-297 sayılı kararları).

Boşanma yönünden Türk Hukukunda en önemli ve reform niteliğinde değişiklik Medeni Kanun'la kabul edilmiştir. Mutlak bir kamu düzeni anlayışı sebebi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 540. maddesi ile yabancı ülkeler mahkemelerince oluşturulan boşanma kararlarının tenfizi yasaklanmış iken, aynı Kanununun 9. maddesi ile Medeni Kanununun 136. maddesinde de benimsenmiş olan mutlak yetki kuralı 07.06.1971'de yürürlüğe giren değişikliklerle terk edilmiş, seçimlik yetkili mahkeme kuralı getirilmiş, 2675 sayılı Kanun'la ve açıkça yabancı ülke mahkemelerinde oluşan boşanma ilamlarının tanınması ya da tenfizine imkan tanınarak, ülke yönünden münhasır yetki kuralı terk edilmiştir. Dahası 3444 sayılı Kanun'la Medeni Kanun'un 134. maddesinde yapılan değişikliklerle de eşlerin anlaşarak boşanmalarına imkan tanınmıştır. Evlilik Bağına ilişkin kararların tanınması hakkındaki Milletlerarası sözleşme 14.09.1975 tarihinde onanmış, böylece boşanma kararlarının kamu düzenine mutlak etkisi önemli ölçüde yumuşatılmıştır (Y.H.G.K.nun 22.04.1998 tarihli 2/276-297 sayılı kararı). O nedenle ve özellikle 2675 sayılı Kanun'un 38/e maddesindeki düzenleme biçimi ile 38/c maddede yer alan "kamu düzenine açıkça aykırı bulunmama" kuralı benimsenmiştir. Şu halde bir hükmün tanınması isteminin reddi için hükmün yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde kamu düzenine açıkça aykırı olduğunun belirlenmesi gerekir. Görüldüğü üzere yabancı kararın tanıma ve tenfizi lehine yoğun ve yadsınamaz bir eğilimin varlığı açıktır. Şu durum karşısında Besigheim (Almanya) Sulh Mahkemesi, tarafların evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını, müşterek hayatı sürdürmelerinin kendilerinden beklenemeyeceğini kendi usulü çerçevesinde belirleyip takdir etmiş ve Türk Medeni Kanun'un 134/1-2. maddesinde yer alan unsurların oluşturduğu kabul edilerek boşanmaya karar vermiştir. Yabancı mahkeme hükmünde kamu düzenine açık bir aykırılık da bulunmadığından, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

KARŞI OY

Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk Mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.

Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin ihtilaflarında Türk yasalarının uygulanması ilkesi ile, onların Türk Yasalarının koruması altına alınması amaçlanmıştır.

O halde Türk kanunlar ihtilafı kurallarının emrettiği hukukun uygulanıp uygulanmadığını tenfiz kararı istenen hakim araştırarak Türk kanunlar ihtilafı kaidelerinin tatbikini emrettiği maddi hukukun gerçekten uygulanmış olup olmadığını bu hakim belirleyecek. Eğer uygulanan hukuk Türk davalı aleyhine eksik veya yanlış tatbik edilmiş, davalı Türk Mahkemesinde tenfize bu açıdan karşı çıkmış ise hakim tenfiz istemini reddedecektir.

Yine hakim tenfizi istenen kararın tenfiz koşullarını taşıyıp taşımadığını kanunda yazılı koşulların yerine getirilip getirilmediğini inceleyecek, koşullar yerine getirilmişse, hiçbir takdir hakkı kullanmadan tenfize karar verecektir.

Tenfiz koşullarından en önemlisi 2675 sayılı Yasa'nın 38/e maddesi gereğince "Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda Türk Kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanması, eğer Türk Hukuku uygulanmamış ise Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönden itiraz etmemiş olmasıdır. Eğer davalı tenfize bu yönden itiraz ederse tenfiz kararı verilemeyecektir.

Bunun tek istisnası, evlilik bağına ilişkin kararların tanınmasına ilişkin sözleşmenin üçüncü maddesidir. Buna göre; yabancı devlet yasaları uygulanmasına rağmen, Türk yasaları uygulansa idi varılacak sonuç aynı olacak idi ise, Türk vatandaşı davalı tenfize bu yönden karşı çıksa da, bu çıkış hukuki sonuç doğurmayacak Hakim tenfize karar verecektir.

Somut olayda; Yabancı mahkeme Türk Hukukunun uygulandığını belirttiği halde, Türk Hukukunu uygulamamıştır. Türk vatandaşı davalı, Türk Hukukunun uygulanmamış olması nedeniyle yasaya uygun tenfize bu yönden karşı çıkmış uygulanan yabancı hukukla varılan so-

nuçta, Türk yasası uygulansa idi varılacak sonuçla aynı olmadığından tenfiz isteminin reddi gerekecektir.

Tenfiz kararı verilebilmesi koşullarından diğer bir de: Tenfizi istenen kararın kamu düzenine açıkça aykırı olmamasıdır.

Tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının kabul edilebilmesi, yerine getirilmesinin istenebilmesi için toplumun huzurlu ve uyumlu bir yaşam sürebilmesi uyulması zorunlu hukuki, ahlaki ve vicdani temel kurallarına açıkça aykırılık oluşturacak unsurlar içermemesi gerekir.

Yabancı mahkeme ilamı sonuçları itibariyle, Türk Kamu düzenine aykırı ise Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 41. maddesi aksine Türk aile huzurunu, düzenini yıkıcı, sarsıcı neticeler meydana getiriyorsa kamu düzenine aykırılık açık olduğundan tenfiz istemi reddedilecektir.

Yine somut olayda, Türk Medeni Yasasınının 134/1. maddesi hükümleri uygulandığı bildirildiği halde bir buçuk yıl ayrı yaşam Türk yasalarına aykırı olarak boşanma nedeni kabul edilmiş, davalı boşanma yüzünden zarurete düşeceğini yuvanın yıkılmasını istemediğini ileri sürdüğü halde bu samimi, hayatın gerçek güçlüklerine uygun savunması yabancı mahkemece kabul edilmemiş bu yasaya aykırı kararlar aile düzeni huzuru bozulmuş, yuvası yıkılmıştır.

Değerli çoğunluk Türk hukukunun yanlış yorumunu ve uygulanmasını kamu düzenine açıkça aykırılık kabul etmemiştir.

Oysa, yabancı mahkeme ilamı ile varılan sonuç, davalının geleceğini karartmakta, bir daha onarılmaz düzeltilemez sonuçlar doğurmaktadır.

Değerli arkadaşlarımın kabulü aksine, kişinin aile huzurunu, düzenini gerek yasayı yanlış yorumlayarak, gerek Türk Hukukunu uyguluyorum diyerek uygulamayarak yıkmak, sarsmak Türk Kamu düzenine açıkça aykırılık da oluşturur. Bu nedenlerle tenfize karar verilemez. Israr kararı doğrudur. Değerli çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

I. Hukuk Genel Kurulunun Kararında Ele Alınan Konu ve Problemler

Tarafların Türk Vatandaşı olmasından ötürü 2675 sayılı yasanın 13.md' si gereğince boşanmaya müşterek milli hukuk olan Türk hukuku uygulanacaktır. Bunda bir ihtilaf yoktur.

1. Hukukun yorumunda yabancı mahkemenin Türk mahkemelerinde istikrar bulan yorumundan farklı bir sonuca varması Türk Hukukunun yanlış uygulandığı sonucuna bizi götürür mü?
2. Bu şekilde bir inceleme "Revision au found" "davanın yeniden incelenmesi" olgusunu doğurur mu?
3. Hukukun yorumunda hata yapılması kamu düzenine aykırılık sonucunu doğurur mu? Bu meyanda 2675 sayılı yasanın 38 (c) md' si gereğince tenfizi engeller mi?
4. Türk Medeni Kanunun' da yer alan 134. md gereği; yapılması gereken delillerin incelenmesi ve takdirinde gerekli prosedürün incelenmemesi bir tenfiz engeli teşkil eder mi?
5. Boşanma davalarında yetki bu yetkinin kamu düzeninden kabul edilmesi veya edilmemesi 38 (e) ve 38 (c) md' leri çerçevesinde nasıl bir ilişki yaratabilir.

İncelememizde bu soruların cevaplarını bulmaya çalıştık.

A. TÜRK HUKUKUNUN YORUMUNDA HATA YAPILMASI

2675 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önce, konuyu düzenleyen HUMK 540/4. md aile hukuku ve kişi hallerine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının Türkiye' de tenfiz edilmeyeceğini kabul etmişti. Bu hükmün taşıdığı olumsuz sonuçlar doktrin tarafından eleştirilmişti.¹

¹ ÇELİKEL, A., Milletlerarası Özel Hukuk (6. Bası) 402. SAKMAR, A., Devletler Hususi Hukukunda Boşanma, İstanbul 1976, 226 vd. ÇELİKEL, A., Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme ve Türk Hukuku, (Hıfzı Timur Anısına Armağan, İstanbul, 1979), 204-205. ERDEM, B., Milletler Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun 38. Madde (E) Bendinin İncelenmesi ve Bu Bendin Yarattığı Sorunlar, (M. R. Belik'e Armağan, İstanbul 1993) 111-113.

Bu hüküm kaldırılırken, aleyhine karar alınan Türk vatandaşı olduğu takdirde, yabancı mahkemelerin bu tür kararlarına karşı kendisine bir itiraz imkânının tanınmasının uygun olduğu düşünülmüştür. Özellikle Türklerin yabancı ülkelerde yaşaması burada evlenmesi ve bundan doğan sonuçlar bu maddenin getirilmesinde geniş ölçüde etken olmuştur.

38 (e) ile ilgili çıkan sorun Türk Kanunlar İhtilafı Kuralları'nın uygulanmamış olmasında değildir. Esas sorun HGK'nun Kararın da da konu edildiği üzere Türk hukukunun yabancı mahkemece yanlış uygulanması ile ilgili olmaktadır. Eğer yabancı mahkeme Türk hukukunu uygularken yanlış uygulamışsa veya Türk mahkemelerinin neticede ulaştığı sonuçtan farklı bir sonuca ulaşmışsa daha açık bir ifade ile Türk Hukukunun yorumunda hata yapmış ise, davalının bu duruma Türk mahkemesi önünde itiraz hakkı var mıdır?

Doktrinde 38 (e)'nin ifadesinde bu soru için olumlu bir cevaba gidilemeyeceği savunulmaktadır.² Çünkü bu şekilde tetkik revision sisteminin yani yabancı kararın doğruluğunu inceleme sisteminin kabul edilmesi demektir. Bu da Türk hukukunun tanıma ve tenfiz konusunda kabul etmiş olduğu esasa ters düşer.

Ancak Türk Doktrinin'de davalı Türk vatandaşının bu konuyu yabancı ülkede üst mahkemelerde itiraz konusu ettiği halde dinletememiş olması durumunda ve bunu ispat etmesi ihtimalinde, Türk kanunlarının esas gayesine aykırılık olduğu aynı görüş taraftarları açısından savunulmuştur.³ Bu halde kamu düzeninden yararlanılarak bir itiraz hakkının doğacağı kabul edilmiştir.

Ancak bu maddenin bu şekilde yorumu "Türk kanunlar ihtilafı kaidelerinin emrettiği hukukun uygulanmasının Türk vatandaşı için himaye teşkil etmesi maksadı ile.." uyuşur gözükmemiştir.⁴ Bu görüşün savunucularına göre; tenfiz hakiminin görevi sadece Türk kanunlar ihtilafı kurallarının emrettiği hukukun uygulanmış olup olmadığının

² ÇELİKEL, A., age 404-405.

³ ÇELİKEL, A., age, s 404. Bu konuda geniş bilgi için bkz. ERDEM, B., agm (M. Belik'e Armağan), 123-124

⁴ Bu cümleler aynen alıntıdır. Bkz. NOMER, E., Devletler Hususi Hukuku (10. Bası) 398.

tetkiki ile sınırlı olmamalıdır. Bu meyanda Türk kanunlar ihtilafı kaidelerinin tatbikini emrettiği maddi hukukun gerçekten uygulanmış olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bu itibarla uygulanan hukukun Türk davalı aleyhine olmak üzere hatalı veya yanlış tatbik edilmiş olmasında tenfiz hakimi incelemelidir. Ancak bunun için öncelikle davalı Türk'ün *itiraz* etmesi şarttır. Bu itibarla davalı Türk *itiraz* etmeyerek bu hakkından her an feragat edebilir.

Tenfiz hakimi; "hatalı ve yanlış uygulamayı tetkik mecburiyetinde (revision au fond) kalacağından yabancı kararı veren mahkemenin "vakıa tesbitlerine" ve hukuki düşüncelerine bağlı olmaksızın sonuca varabilecektir."⁵ Bu sebeple de "davalı Türk vatandaşı kendi aleyhine"... hatalı ve yanlış karar verildiğini isbat edebilmek için özellikle davada dikkate alınmamış bulunan yeni vakıaları da ileri sürebilme imkânına sahip olacaktır. Bu durum, (e) bendinin sadece bir usulî şart taşımaması, fakat aynı zamanda maddi hukuka ilişkin bir hüküm olmasının tâbi sonucu olmaktadır..."⁶

Bu ikinci görüş çerçevesinde 38 (e) maddesinin uygulanırlık alanı geniş tutulmuştur. Sadece Türk kanunlar ihtilafı kuralının emrettiği hukukun uygulanmamış olması değil hatalı ve yanlış uygulanmasının da tetkik mecburiyetinin bu madde getirildiği savunulmuştur. Bu yaklaşım "revision au found" sistemini kabul etmek midir? Böyle ise tenfiz sistemimize revision au found ters düştüğü halde 38 (e)'nin ulaşmak istediği amaca daha başka nasıl ulaşılabilir?

Birinci görüş çerçevesinde; Tenfiz hakiminin hukukun yanlış uygulamasını, ancak bu hususun temyize konu olması bu meyanda itiraz yapılmış olması ve fakat bunun dikkate alınmaması ihtimalinde nazarı itibare olması 38 (e)'nin hizmet etmek istediği amaca uygun düşer mi?

Bu soruların cevaplandırılması neticesinde her iki görüşün değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz. Öncelikle revision au found prensibinin ne olduğunu tespit edersek neticeye daha net ulaşabiliriz. Zira birinci görüşün ikinci görüşten en belirgin farkı, *ilke*'nin bizzat kendisidir.

Birinci görüş; Tenfiz sistemimizin revision sistemini kabul etmediği

⁵ Bkz NOMER.,E., age 398.

⁶ Bkz NOMER., E., age 398.

ilkesinden hareket etmektedir. Bu sebeple Türk hukukunun yorumunda hatanın tenfiz hakimince irdelenemeyeceğini ifade etmektedir. İşte bu sebeple “revision” sisteminin ne olduğunu tespitinde yarar vardır.

B. “REVISION AU FOUND” SİSTEMİ

Revision sistemi Fransız hukukunda bulunan bir sistemdir. Bu sistemde Fransız hakimi önüne getirilen, yabancı mahkeme ilamına konu olan “*olay*” *esastan* yeniden incelenir. Hakim olayın hukukî incelemesini, bütün deliller ve maddi vakıalar da dahil olmak üzere yapar ve kendisi yeni bir hüküm verir.⁷

Ancak revision sistemi Fransız hukukunda da Fransız Yargıtay’ının 1964 tarihinde verdiği bir Kararla kaldırılmıştır. Bu Karara göre; Fransız tenfiz hakimi, bundan böyle, sadece Fransız Kanunlar İhtilafı Kurallarına, göre yetkili olan hukukun uygulanmış olup olmadığını inceleyecektir. Ancak Yargıtay bu kararında; Fransız Kanunlar İhtilafı Kuralları’nın gösterdiği hukukun “denatüre” edilmesine seyirci kalmamıyacağını da belirtmiştir.⁸

Hukukun “denatüre” edilmesi demek, hukukun tağyir edilerek, tabii halinden çıkarılarak, olduğundan başka türlü uygulanması ve bozulması demektir.⁹

Demek ki, Fransız hakimi Fransız Kanunlar İhtilafı Kurallarının gösterdiği hukukun yabancı hakim tarafından olduğundan başka türlü uygulanıp uygulanmadığını, daha açık bir anlatımla yanlış uygulanıp uygulanmadığını tetkik edecektir. Bu işlem, aynı Kararda “revision au found” olarak kabul edilmemiştir.

Usul Hukuku’ nun en önemli ilkelerinin yer aldığı İspat Prosedürün’de izlenen yol delillerin ve vakıaların birbirini doğrulamasıdır. Bunun neticesinde hakim delillerle ispatlanmış maddi vakıaları bir hukukî statü içine koyacaktır. Bu hakim in re’sen yapması gerektir. Çün-

⁷ Revision hakkında bilgi için ÖZBALCAN, I., Tür Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Ankara 1987) 52-57. Ayrıca, ERDEM, B., agm (M. Belik’e Armağan), 120-122.

⁸ Karar için bkz ERDEM, B., a.g.m, (M. Belik’e Armağan) 120 dn 28.

⁹ Bkz. SARAÇ, T., Büyük Fransızca Türkçe Sözlük, (Türk Dil Kurumu 2. Basım İstanbul, 1989)

kü, hukuku bilen ve doğru uygulayan Türk hukuku sistemine göre hakimdir. (2675 S. K; 2.md)

İşte bu hukukun yorumunda hata yapılması iç hukukumuzda bir temyiz nedenidir. Ayrıca bu hukukun yorumunda hata yapılması 38 (e) md' si gereğince tenfiz engeli olarak da kabul edilebilir.

Zira burada hukukun "denatüre" edilmesi söz konusudur. Bunun göz önüne alınması ise "revision au found" olarak kabul edilmemiştir.

Ancak, maddi vakıaların yeniden gözden geçirilmesi yeni delillerin gündeme gelmesi veya o vakıları ispatlayan delillerin tekrar tetkik edilmesi "revision" sistemi olarak kabul edilecektir.

II. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı

Kararda da belirtildiği üzere "Uyuşmazlık; Türk Hukukunun uygulanması ve yasa maddesinin yorumunda yabancı mahkemenin hata edip etmediğinin diğer bir anlatımla, yabancı mahkemenin eksik araştırmaya dayalı hüküm verip vermediğinin yine yabancı mahkemenin kabul ettiği sabit vakıaların hukuki normla karşılaştırmasını ve uygun norm tespitini doğru bir şekilde gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin Türk Mahkemesince doğrudan denetlenip denetlenmeyeceğinin aydınlığa kavuşturulmasında toplanmaktadır..."

Bu meyanda; yabancı hakim, olaya uygulanması gereken hukuku doğru tespit etmiş, ancak hukuku yanlış uygulamış olacaktır.

Olayda söz konusu olan hukuk tarafların müşterek milli hukuku olan Türk hukukudur. Yabancı hakim Türk Medeni Kanununun boşanmaya ilişkin hükümlerini uygularken yanlış bir uygulamaya yönelmiştir. Bu noktada Usul Hukukunun temel ögesi olan Hukuk, Vakıa, Delil zincirindeki birlik bozulmuştur. Bir önceki başlık altında "revision au found" sisteminin ne olduğunu irdelerken "kavramı" tanımlayan bazı esasları belirlemiştik.

Buna göre; Tenfiz hakiminin hükmün alındığı mahkemenin vakıa tespitine delil incelemesine karışması "revision" olarak kabul edilmekteydi. Revision sistemini kaldıran Fransız Yargıtayı tenfiz hakiminin vakıa ve delilleri tetkik etmeden hukuk ve vakıa uyumuna bakmasının hukukun denatüre olmasına müdahale babında kabul edileceğini karara bağlamıştı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Fransız Yargıtayının kararında yapmış olduğu ayırma yer vermeden; vakıaların delillerle uyumu ve vakıaların hukuk ile birbirini karşılama hata yapılmasını uygulanan hukukun yorumunda hata olarak kabul etmektedir.

Ancak şunu da Kararda görmekteyiz, uygulanan usul kurallarının tenfiz hakimince tekrar gözden geçirelemeyeceği usul kurallarına "lex fori" prensibinin hakim olmasında çözümlenmiştir.

"...Sorunun çözümünde belirlenmesi gereken öncelikli diğer bir yönde; yabancı mahkemenin yargılamada uygulayacağı usul hukukunun da Türk hukuku olup olmayacağının belirlenmesidir."

"...., öğreti de hakim yargısal işlevini yerine getirirken uyacağı usul kurallarının (Lex fori) hakim kuralları olduğu yönünde duraksama yoktur. Şu halde, ispat vasıtalarının nevi, ileri sürülme ve toplanma biçimi, delilin kabul edilebilirliği, hakim usul kanunu çerçevesinde belirlenecektir..." demektedir.

Ayrıca şunu da eklemektedir; "... Şu halde bir boşanma kararı oluşturulurken hakim, hangi vakıaları sabit kabul edileceğini kendi usul kuralları çerçevesinde topladığı delile göre taktir edecek ve açıklayacaktır. Böyle olunca Besigheim (Almanya) hakiminin yeterli delil toplayıp toplamadığını Türk Usul Hukuku çerçevesinde değerlendirmek mümkün değildir.

".....Gerek Yabancı kararda uygulanmış olan usul gerekse kararda yer alan maddi ve hukukî tespitler tanıma ve tenfiz hükmünün inceleme konusu dışındadır. Bu sistem "revision au found" yasağı olarak ifade edilir.

İspat vasıtalarının nevi, ileri sürülme biçimi toplanma biçimi ve ispat gücü bu hususlar ispat hukuku içinde yer alan ayrı ayrı konulardır."

İspat vasıtalarının nevi: "senet, tanık, bilirkişi, yemin" gibi delil çeşitlerinin tasnifidir. Bu tasnif içinde yer alan senet delilinin nevi ve niteliğinin lex fori' den başka lex causae veya LRA ile de çözümlenebileceği tartışılmıştır.¹⁰ İspat vasıtalarının ileri sürülme ve toplanma bi-

¹⁰ BATIFFOL/LAGARDE., *Revue Critique de Droit International Prive*, (1983), 542. SZASZY, I., *International Civil Procedure*, (1967), 260-261. ERDENER, N., *Türk Devletler Hususî Hukuk Sisteminde (LRA) Kaidesinin Tatbiki* (1958), 96.

çimi hiç şüphesiz *lex fori*'nin hakimiyeti altındadır. Buna mukabil ispat gücü daha net bir anlatımla delilin ağırlığının hakim tarafından değerlendirilmesi senet delili için tartışma götürebilir. Buna mukabil takdiri delillerde hakim deliller üzerinde takdir hakkını kullanması *lex fori*'nin idaresi altında olmalıdır.

Demek oluyor ki vakıalarla delilleri inceleyecek olan hakim bunu genel olarak kendi usul kurallarına göre yapacaktır. Neticede belirlenen vakıanın hukukî kalıba konulmasında bir hatanın denetimi olabilir. İşte bunun bir önceki adımdan ayrılması gerekir.

Hakim sunulan delillerle vakıayı karşılaştıracaktır. Bunu yaparken kendi usul sisteminin gösterdiği prosedürü izleyecektir. Bu meyanda delil kabul edecek dinleyecek ve değerlendirecektir. Bunun sonunda tespit ettiği hukuku vakıa ile değerlendirirken bir hata yapmışsa bunun denetimi birinci aşamadan artık farklı tutulmalıdır. Ancak YHG'nun da ifade ettiği üzere; bu iki aşama birbiri ile bağlantılı tutulmuştur. Bu anlamda Fransız Yargıtay'ının kararında belirttiği gibi; tarafların getirmiş olduğu vakıa ve delilleri neticelendirmede hata yapılması ile tarafların getirmiş olduğu vakıalar ile hakim uygulayacağı hukukun neticelendirilmesinde hata yapılmasının ayrı tutulması her zaman kolay ve hatta çoğu zaman da olası mıdır? Bunun belirlenmesinde yarar görmekteyiz. Çünkü; Fransız Yargıtayı birinci duruma revision derken ikinci durumu revision dışında tutmuştur.

O halde Tür hakimi hukukun yorumunda hata yapılmış olmasını delilleri gözönüne almadan sadece sunulan vakıayı hukuk ile irdeleyerek tetkik edebilirmi?

III. Hukuk Genel Kurulu Kararının Revision ve Denatüre Sistemleri Dahilinde Ele Alınması

"Revision" sisteminin ilga edildiği Fransa'da Fransız Yargıtayı hukukun "denatüre" edilmesine her halükârda göz yumulamayacağını söylüyor. Bunu yaparken de vakıa ve hukuk ilişkisinde olası hatanın göz önüne alınması gerektiğini ifade ediyor. Ancak deliller ve vakıa ilişkisinde olabilecek hataların gözönüne alınmayacağını da aynı Kararda ifade ediyor. Aynı Kararda delil vakıa ilişkisinin tenfiz hakimince gözden geçirilmesi revision olarak değerlendiriliyor.

Bu anlamda önemli sorun vakıa delil vakıa ve hukuk üçgenini bu kadar net ayırabilme'nin mümkün olup olmadığına yatmaktadır.

Hukuk Genel Kurulu'nun kararına konu olan olayın karşılandığı hukukî sebep MK 134. md' dir. MK 134 md' ye baktığımızda bu üçgenin hiç de o kadar kolay ayrılabilmediğini görmemekteyiz.

MK 134/III md gereği;

“Evlilik en az bir yıl sürmüşse, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilmesi için, hakim bizzat *tarafları dinleyerek iradelerin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi* ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır.....”

Görüldüğü üzere hakim 134 md' yi uygularken vakıa delil ve hukuk üçgenini birbirinden ayıramaz zira hakim tarafların getirdiği vakıalardan onların ifadelerini de dinleyerek vicdani kanaatini kullanarak değerlendirecektir. 134. md' nin uygulanması vakıayı nitelendiren ispat vasıtalarının takdiri ile olabilecektir. Dolayısıyla sadece hukuk ve vakıa ikilisinin uygunsuzluğunu denetlemek yeterli gözükmemektedir. Hukukun yorumunda hata yapılıp yapılmadığını kontrol için getirilen delillerin takdirinde hata yapılıp yapılmadığını da denetlemek gerekecektir. (MK 150. Md) Bu sebeple Fransız Yargıtayının yapmış olduğu ayırımı uygulamak pek gerçekçi gözükmemektedir. Kânaatimizce hukukun yorumunda hata, delil vakıa ve hukuk üçgeninin tümünde hata yapılmasını kapsar. Bu meyanda delillerin takdirinde de hata yapılmasını kapsar.

Dolayısıyla; hukukun yorumunda hatayı tenfiz hakimi irdeleyecekse! Tümü ile vakıa ve delil ilişkisindeki hatayı da inceleyecektir.

IV. MÖHUK 38 Md (E) Bendi “Hukukun Yorumunda Hata” Yapılmasını Kapsar Nitelikte Bir Madde midir?

Bu meyanda doktrinde iki görüş olduğunu vurgulamıştık. Birinci görüşe göre; 38 (e) md' si hukukun yorumunda hata yapılmasını kapsamamaktadır. Ancak hukukun yanlış seçiminde hata yapılmasını kap-

samaktadır. Zira bu görüşe göre birinci durum kararın verildiği mahkemenin üstünde yer alan merciilerin kontrolünü gerektiren bir durumdur. Ancak davalı tarafça yapılmış temyiz itirazının göz önüne alınmamış olması durumunda, tenfiz hakimince kamu düzeni gerekçesi ile göz önüne alınmalıdır.

Bu görüş HGK' nun bu kararına da büyük ölçüde ışık tutmuştur.

“.....Bilindiği gibi bir mahkemede, hukukun yanlış uygulanması, o mahkeme veya üst mahkemelere yapılacak bir itiraza konu teşkil eder. Bu konu tamamen karar veren mahkemenin usul hukukuna tabi bir konudur. Ancak davalı Türk vatandaşı bu konuyu yabancı ülkede her derecedeki yargı organı önünde ortaya koymuş gerekli itirazları yapmış olduğu halde dinletememiş olduğunu ispat ederse ve bu halde Türk kanunlarının esas gayesine, başka bir anlatımla kamu düzenine aykırılık (2675 S.K. 38/c md) söz konusu olabilir.”

İkinci görüşe göre 38 (e) md' si; uygulanan Türk maddi hukukun yorumunda hata yapılmasını da kapsar niteliktedir. Bu tenfiz hakimi vakıaları ve delilleri tekrar göz önüne alabileceği gibi yeni delilleri de irdeleyebilir. Bu revision sistemidir. Ancak 38 (e) md' si bu sistemi getirmiştir. 38 (e) md' sinin sağlamak istediği amaç ancak bu şekilde gerçekleştirilebilir.

Olması gereken Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda benimsediği yaklaşımdır. Zira Revision sisteminin doğurabileceği en vahim sonuç kişi hallerine ilişkin davalarda Türk hakiminin doğuracağı neticelere bakmadan Türk maddi hukukunu her halükarda uygulaması halidir.

Bu meyanda HGK' nun kararında yer alan bir diğer husus da önemlidir. Bu da “Kamu Düzeni” olgusunun 38 (e) ile karşılaştırılması meselesidir. Kamu düzeni kavramının HGK kararında ele alındığı şekilde 38 (e) md' si ile karşılaştırılması, kamu düzeni kavramının içeriğini nasıl etkiler bunun belirlenmesinde fayda vardır. Zira kararda; Kamu düzeni hem yetkili mahkemenin belirlenmesi hem de kararın kamu düzenine aykırılığı başlıklarında birbirine pekiştirilerek irdelenmiştir. Bu nedenle “Kamu Düzeni” kavramının belirlenmesinde ve 38 (e)' nin bununla ilişkisinin ayrıştırılmasında yarar vardır.

A. KAMU DÜZENİ VE 38 (E) MADDESİ

Hukuk Genel Kurulunun Kararı şu şekilde bir anlatıma yer vermiştir:

“Boşanma yönünden Türk Hukukunda en önemli ve reform niteliğinde değişiklik Medeni Kanun’ la kabul edilmiştir. Mutlak bir kamu düzeni anlayışı sebebi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’ nun 540. Maddesi ile yabancı ülkeler mahkemelerince oluşturulan boşanma kararlarının tenfizi yasaklanmış iken, aynı Kanun’un 9. md’ si ile Medeni Kanununun 136. maddesinde de benimsenmiş olan mutlak yetki kuralı 07.06.1971’ de yürürlüğe giren değişikliklerle terk edilmiş, seçimlik yetkili mahkeme kuralı getirilmiş, 2675 sayılı Kanun’ la ve açıkça yabancı ülke mahkemelerinde oluşan boşanma ilamlarının tanınması ya da tenfize imkan tanınarak, ülke yönünden münhasır yetki kuralı terk edilmiştir. Dahası 3444 sayılı Kanun’ la Medeni Kanun’un 134. Maddesinde yapılan değişikliklerle de eşlerin anlaşarak boşanmalarına imkân tanınmıştır...” O nedenle ve özellikle 2675 sayılı Kanun’ un 38/e maddesindeki düzenleme biçimi ile 38 (c) maddede yer alan “ kamu düzenine açıkça aykırı bulunmama” kuralı benimsenmiştir. Şu halde bir hükmün tanınması isteminin reddi için hükmün yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde kamu düzenine açıkça aykırı olduğunun belirlenmesi gerekir...”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 38 (e) md’ si gereğince Türk hukukunun yanlış uygulanmasının hükmün verildiği mahkemenin üst mercilerince temyiz yolu ile tetkik edileceğini, bunun itiraza rağmen yapılmamış olmasının 2675 sayılı Kanununun 38 (c) md’ si gereğince tenfizin red nedeni teşkil edeceğini kararında ifade etmiştir.

Bu çerçevede Kamu Düzeni kavramının iki değişik kategori içinde ele alındığını görmekteyiz.

1. Kategori; Yetkili mahkemenin belirlenmesidir.
2. Kategori ise; Tarafın savunma hakkının ihlali neticesinde hükmün kamu düzenine aykırılık teşkil etmesidir.

Her iki durumda da kamu düzeni kavramının 38 (e) ile bağdaştırılması mümkün müdür?

Mahkemenin kamu düzeninden olması 38 (e) md’ sinin yorumunu genişletir miydi? Daha açık bir ifadeyle Türklerin kişi hallerine ilişkin

davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olması Türk maddi hukukunun uygulanmasındaki hatayı da tetkik mecburiyetine bizi götürür müydü?

MÖHUK' dan önceki sistem belki bizi bu sonuca götürebilirdi. Ancak bu günkü sistem gereği iki hususunda birbirinden farklı değerlendirilmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

Eğer Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin yetkisi kamu düzeninden olsaydı ve hatta münhasır olsaydı. Türkiye' de davanın açılmamış olması 2675 S.K' un 38 (b) md' si gereği münhasır ve kamu düzeninden olan yetkiye uyulmamış olması gerekçesiyle ayrı bir tenfiz engeli oluşturacaktı. Madde gereği tenfiz hakimi bunu re' sen göz önüne alacaktı. Bu öylesine farklı bir safhaydı ki *davanın esasına girilmeden hakim davayı usul yönünden red*, edecekti. O halde tenfiz davasının esası ile bağlantılı olan 38 (e) md' sinin içeriği ile boşanma davalarında kabul edilen kamu düzenine dayalı yetki gerekçesinin bağdaştırılması mümkün değildir.

Bu sebeple HGK' nun "... mutlak yetki kuralı... terk edilmiş, seçimlik yetkili mahkeme kuralı getirilmiş..." gerekçesi 38 (e) ile bağdaştırılmaz. Kararda bu gerekçenin 38 (c)'de belirtilen kamu düzeni olgusunu ifade etmede yardımcı olacağına vurgulandığı da gözlemlenmektedir. Devam eden satırlarda "...Dahası 3444 sayılı Kanun' la Medeni Kanun' un 134. maddesinde yapılan değişikliklerle de eşlerin anlaşarak boşanmalarına imkân tanınmıştır...Böylece boşanma kararlarının kamu düzenine mutlak etkisi önemli ölçüde yumuşatılmıştır. O nedenle ve özellikle 2675 sayılı Kanun' un 38 (e) maddesindeki düzenleme biçimi ile 38 (c) maddede yer alan "kamu düzenine aykırı bulunmama" kuralı benimsenmiştir..."

38 (e) maddesi ile bağdaştırılan "kamu düzeni" ne aykırılık hali, davalı tarafın uygulanan hukukta hata yapılmış olduğu itirazını temyiz merciilerine götürememesi ve hatta dinletememesi durumudur. Bu bir yerde davalı tarafın savunma hakkının ihlalidir. Savunma hakkının ihlali hükmün kamu düzenine aykırı hale gelmesine bir sebep teşkil eder ve 38 (c) md' si uyarınca tenfiz engeli teşkil eder. Bu konuda, Türk doktrini' de ittifak halindedir.¹¹

¹¹ NOMER, E., Devletler Hususi Hukuku, 395. ÇELİKEL, A., Milletlerarası Özel Hukuk, 401

Ancak 38 (e) md' sinin kamu düzeni tenfiz engeli ile bu anlamda bağdaştırılması 38 (e) md' sine tanınmış olan kapsama göre değişecektir. 38 (e) md' si uygulanan hukukun doğruluğunu dahi tetkik etmeyi gerektirecek genişlikte uygulanırsa, bu meyanda "kamu düzeni" müdahalesinin bir anlamı kalmaz.

Çünkü bu durumda; Tenfiz hakimi, uygulanan hukuk, bilhassa Türk hukuku ise bunun doğru uygulanıp uygulanmadığını da denetleyecektir. Hatta delil ve vakıa tetkiki dahi yapacaktır. Bu esaslar dahilinde ihtilaf konusunun bu haliyle temyize konu olup olmaması 38 (e) md' sinin uygulama alanını etkilemeyecektir. Belki bu durum başlı başına bir tenfiz engeli teşkil edecektir. Daha açık bir ifade ile 38 (c) md' si birbirinden farklı alanlara hizmet eden maddelerdir ve kesişmeleri mümkün değildir.

38 (e) md' sinin uygulama alanını bu denli geniş tutmanın revision sistemini davet etmek olduğunu savunan yaklaşımlar; 38 (e) md' sinin kapsamını bu kadar geniş yorumlamamışlardır. Bu kararda Hukuk Genel Kurulu' nun varmak istediği sonuç da budur. Öyle ki bu yaklaşım savunucularına ve Hukuk Genel Kurulu' nun kararına göre tenfiz hakimi Türk kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukukun yanlış seçimini tetkik eder, yoksa onun doğru uygulanıp uygulanmadığını değil, tenfiz hakimi bu hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını ancak 38 (c) md' si gereğince kamu düzeni engeli ile tetkik eder. Şöyle ki; Davalı taraf hukukun yanlış uygulandığını temyize konu etmiş olmasına rağmen bu itirazı dinlenmemişse, Tenfiz hakimi bu yanlışlığı 38 (c) maddesi uyarınca denetler.

B. TÜRK KANUNLAR İHTİLAFI KURALININ GÖSTERDİĞİ MADDE HUKUKUN TEMYİZ MAHKEMESİ' NİN HUKUKU VEYA YABANCI HUKUK OLMASI HALİNDE HUKUK GENEL KURULU KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Davanın görüldüğü hükmün alındığı yerin temyiz mahkemelerinin üstlenmiş oldukları göreve göre sorun çözülecektir. Temyiz mahkemesi bidayet mahkemesince uygulanan hukukun doğru tatbik edilmiş olup olmadığını tetkike görevli midir? Yoksa bu görevi yapan başka bir merci i var mıdır? Hiç şüphesiz bu görevi yerine getiren bidayetin üstünde yer alan mahkemelerdir. Hukuk sistemlerinin benimsediği

sistem içinde istinaf ve temyiz veya sadece temyiz merciilerince tetkik yapılacaktır. Bu tetkikin içeriği ve kapsamı o ülkenin hukuk usulü sistemince benimsenen kurallara göre belirlenecektir. Dolayısıyla üst merciin maddi hukukun doğruluğunu tetkik etmesi kararın verildiği ülkenin yargı teşkilatı ve onun görevi ile bağlantılı olacaktır.

Hukuk sistemimizde bidayet mahkemesinin üstünde yer alan tek üst mahkeme olan temyiz mahkemesinin görevi hukuk birliğinin sağlanmasına ve vakıa hakkaniyeti' ne hizmet olduğu belirtilmiştir.¹² Bu meyanda; Temyiz mahkemesinin önüne gelen hukuk, mahkemenin kendi hukuku ise temyiz merciinin görevi çerçevesinde bunun tetkiki yapılabilecektir. Ancak yabancı üst mahkemenin tetkik etmesi için önünü gelen hukuk yabancı bir hukuksa, olayımızda olduğu gibi Türk hukuku ise *bunu tetkik edebilecek midir?* "Temyiz merciinin hukuk politikası bakımından birinci temel görevi hukukun tatbikinde birliği temin etmektir. Bu görev ülkede hukukun tatbikinde birliği temin etmek suretiyle mahalli hukukun inkişafını da temin ve gözetim gayesine yöneliktir. Eğer temyiz mercii yalnız bu göreve sahip ise yabancı hukukun temyiz kontrolü dışında kalacağı iddia edilebilir."¹³ Bu meyanda yabancı temyiz mercii Türk maddi hukukunun doğru uygulanıp uygulanmadığını tetkike mezun değildir.

Ancak; temyiz mercii olarak tarafın itirazını hiç göz önüne almamış olması, dinlememesi, 38 (c) anlamında kamu düzenine aykırılık teşkil edebilecektir.

O halde uygulanan hukukun Türk maddi hukuku olması ihtimalinde bidayetin yanlış uygulamasını temyiz mahkemesi tetkik edemeyecektir. Ancak bu yönde itirazları göz önünde bulunduracaktır. Fakat itirazları göz önünde bulundurması sadece usuli açıdan mümkün olacaktır. Zira esasa girip yanlış uygulamayı kontrol etmesi olası gözükmemektedir.

İşte bu sebeple de MÖHUK 38 (e) md' sinin 38 (c) ile bağlantısını kurabilmek mümkün değildir.

Bu bağlantı ancak uygulanan maddi hukukun hükmün verildiği mah-

¹² NOMER, E., Devletler Hususi Hukuku, age, 173. NOMER. E., Davada Yabancı Kanun 132 vd. KURU, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü (1974) 702 dn 19 ve 19 (a), POSTACIOĞLU 724 vd.

¹³ Naklen NOMER. E, Devletler Hususi Hukuku , 172.

kemenin hukuku olması halinde kurulabilir gözükmektedir. Bu durumda tenfiz hakiminin uygulanan hukuku tetkik etmekten kaçınması 38 (c) anlamında bir tenfiz engeli teşkil edecektir.

SONUÇ

Hukuk Genel Kurulu' nun bu kararında varmış olduğu neticeleri bazı yönleri ile eleştirmek mümkündür. Bu meyanda problemler;

38 (e)' nin kapsamını dar tutmanın onun ulaşmak istediği amaca ters düşüp düşmeyeceğidir. Dahası 38 (e)' nin kapsamının daraltılması diğer tenfiz engellerinin devreye sokulmasını zorlamak olur mu? Bu zorlama kararda yapılmıştır.

İncelememizde de belirttiğimiz üzere 38 (c) ve 38 (b) md' leri farklı tenfiz engellerini düzenlemektedir. Ancak Kararda, bu tenfiz engelleri, 38 (e)' nin kapsamını dar tutan yaklaşım içinde (e) bendi ile bağlantılı, ona gerekçe olarak gösterilmiştir.

38 (e) maddesinin kapsamını geniş tutmak Türk hakiminin Türk maddi hukukunu her halükarda uygulaması neticesine bizi götürebilir mi?

Revision sisteminin bu madde kabul edilmesi bu neticeyi her zaman doğurabilir mi?

Uygulanan hukukun yanlış uygulanmasının tetkiki gereklidir. 38 (e)' nin korumak istediği de budur. Peki bu revision mudur? Revision sisteminin tarifi neticesinde bunun revision olmadığı savunulabilir. Ancak tenfiz hakiminin vakıa ve delil tetkikine de yönelmesi revision sisteminin kabulü anlamına gelir.

Başta da ifade ettiğimiz üzere vakıa delil ve hukuk üçgenini her zaman net olarak ayırmak mümkün gözükmemektedir. İnceleme konumuzu teşkil eden 134. md' nin içeriğine de baktığımızda bu ayırımın hiç de kolay olmadığını görmekteyiz. Demek oluyor ki 38 (e)' nin kapsamını geniş tuttuğumuzda revision sistemini ister istemez kabul etmiş oluyoruz. Revision sisteminin sadece 38 (e) maddesi için kabulü mümkündür. Ancak kişi hallerine ilişkin davalarda Türk maddi hukukunun davalı Türk vatandaşının itirazı halinde uygulanması, her zaman Türk vatandaşlarının menfaatini korumayabilir. Yabancı haki-

min uyguladığı yabancı kanun netice itibariyle tarafların menfaatlerini daha iyi koruyor olabilir. Bu meyanda 38 (e) maddesinin korumak istediği esas gaye de tartışılabilir.

İşte bu sebeple Hukuk Genel Kurulu' nun kararına varmış olduğu netice açısından katılmaktayız. Bu sebeplerden ötürü Türk tenfiz haki mi Türk maddi hukukunun doğru uygulanıp uygulanmadığını tetkik etmemelidir. Bu meyanda hükmün verildiği mahkemece temyiz itirazının hiç göz önüne alınmaması 38 (c) md' si çerçevesinde bir tenfiz engeli teşkil eder. Ancak bunun 38 (e) ile bağlantısı kabul edilemez. Çünkü;

- 38 (e) davalının itirazı ile göz önüne alınan bir tenfiz engeli iken 38 (c) re' sen tenfiz hakimince incelenen bir tenfiz engelidir.

- 38 (e)' nin düzenlediği alan spesifik bir alandır ve farklı bir konudur. 38 (c) ise hükmün etkilenebileceği kamu düzeni sebeplerini kapsar niteliktedir.

- Son olarak; savunma hakkının ihlali neticesini doğuracak temyiz itirazının göz önüne hiç alınmamış olmasıdır. Bu itirazın temyizde tetkiki ve irdelenmesi 38 (e) md' si ile bağlantılı olmaktadır. Bu durum ise temyiz mahkemesinin görevini aşar gözükmektedir.

Netice itibariyle; Revision sisteminin doğuracağı neticeleri göz önüne alarak 38 (e) maddesinin Hukuk Genel Kurulu' nun varmış olduğu netice bağlamında göz önüne alınmasını uygun görmekteyiz.