

THE IMF CONDITIONALITY AND STAND-BY ARRANGEMENTS

Ümit HERGÜNER (*)

The International Monetary Fund (IMF) is an international organization constituted by the Articles of Agreement (IMF Articles) agreed at Bretton Woods in 1944 and since amended¹. The stand-by arrangement is developed by IMF as the main instrument through which the Fund would make its financial resources available to the member countries on a conditional basis². As long as the member countries meet the performance criteria indicated in the stand-by arrangements, they would be entitled to use the Fund's resources.

Referring to stand-by arrangements as agreements is a common practice often seen in the press or elsewhere. This practice is frequently a result of resembling stand-bys to ordinary credit agreements between lenders and borrowers on the international plane. However, such a resemblance is quite a misleading one.

This note will briefly deal with the principle of conditionality in the Fund and the legal characterization of IMF stand-by arrangements.

THE PRINCIPLE OF CONDITIONALITY³

One of the basic purposes of IMF is stated in its Articles of Agreement (IMF Articles) as follows:

(*) Special Counsel on Foreign Law in the Law Firm of *Reid and Priest*, New York - Washington, D.C.

1) Adopted at the United Nations Monetary and Financial Conference, Bretton Woods, New Hampshire, July 22, 1944. Entered into force December 27, 1945. Amended effective July 28, 1969 (First Amendment) and effective April 1, 1978 (Second Amendment).

2) M. GUITIAN, *FUND CONDITIONALITY: EVOLUTION OF PRINCIPLES AND PRACTICES*, 38 IMF PAMPHLET SERIES 14 (1981).

3) For a detailed discussion of the principle of conditionality, see J. GOLD, *CONDITIONALITY*, 31 IMF PAMPHLET SERIES (1979) and M. GUITIAN, *supra* note 2.

To give confidence to members by making the general resources of the Fund temporarily available to them under adequate safeguards, thus providing them with opportunity to correct maladjustments in their balance of payments without resorting to measures destructive of national or international prosperity⁴.

In order to fulfill this purpose, the Fund must adopt policies on the use of its general resources - including policies on stand-by or similar arrangements - that will assist members to solve their balance of payments problems in a manner consistent with the provisions of its Articles of Agreement⁵. Hence, conditionality in the Fund refers to the policies that IMF members are expected to follow when using Fund resources in order to be able to cope with their balance of payments problems⁶. However, not all of the Fund resources are made available on a conditional basis.

Drawings from the Fund resources are realized under two broad categories, namely «reserve tranche» and «credit tranche» drawings⁷. A member's reserve tranche^{7a} is the excess of its quota over the Fund's holdings of its currency in the General Resources Account, excluding holdings arising out of purchases under all IMF policies and facilities⁸. Within the reserve tranche, an IMF member is entitled for an unconditional use of the Fund resources provided that its purchase of the currencies of other members from the Fund in exchange for an equivalent amount of its own currency would not cause the Fund's holdings of the purchasing member's currency to exceed two hundred percent of its quota⁹.

Drawings beyond the reserve tranche fall within the credit tranche¹⁰. The credit tranche drawings are often regarded as IMF's

4) IMF Articles, Art. I (v).

5) *Id.* at Art. V Section 3(a).

6) J. GOLD, *supra* note 3, at 2.

7) *See*, THE INTERNATIONAL MONETARY FUND: ITS EVOLUTION, ORGANIZATION, AND ACTIVITIES, 37 IMF PAMPHLET SERIES 42-45 (D. O. Driscoll, ed. 1984).

7a) «Tranche» is a French word used in referring to slices of credit available from Fund's resources.

8) *See supra* note 7, at 44.

9) *See*, IMF Articles, Art. V Section 3(b). Also *see*, J. Gold, Balance of Payments Transactions of the International Monetary Fund, in INTERNATIONAL FINANCIAL LAW, LENDING, CAPITAL TRANSFERS AND INSTITUTIONS 242 (R. S. Rendell ed. 1980).

10) *See*, V. E. Marmorstein, Responding to the Call For Order in International Finance: Cooperation Between the International Monetary Fund and Commercial Banks, 18 VA.J. INT'L L. 451 (1978).

basic lending policy. Under this policy credit is made available in four tranches, each tranche being the equivalent of 25 percent of a member's quota¹¹. Under the credit tranche policy fund resources are always made available on a conditional basis. The conditionality for purchases in the first credit tranche is intended to be mild¹² whereas the conditionality for the upper credit tranches «calls for a sound program aimed at establishing or maintaining the enduring stability of the member's currency at a realistic rate of exchange»¹³.

A credit tranche purchase from the Fund may be made outright or under a special policy, but purchases are typically made through stand-by arrangements¹⁴. Stand-by arrangements enable members to make drawings upon the Fund resources up to a specified amount during a certain period without any further review of their policies, as long as the members have observed the performance criteria included in the arrangements¹⁵.

PERFORMANCE CRITERIA

Performance criteria are the provisions of stand-by arrangements that have to be observed in order to ensure continued access to Fund resources¹⁶. These criteria serve as a checklist to see if a member is following the adjustment program it has adopted for purposes of securing lines of credit from IMF. Any failure to observe these criteria serves as a signal that the member's program of action - and the stand-by arrangement which links a member's use of Fund resources to its adoption of a program - should be reviewed¹⁷. A catalog of performance criteria is not included in the IMF Articles since their number and content may vary because of the diversity of problems and institutional arrangements of members¹⁸. Such criteria may be budgetary and credit ceilings, appropriate exchange and interest rate actions, avoidance of

11) See *supra* note 7, at 44.

12) See **SELECTED DECISIONS OF THE INTERNATIONAL MONETARY FUND** 26 (1983) [hereinafter cited as **SELECTED DECISIONS**]. Also see J. Gold, *supra* note 9, at 243.

13) J. Gold, *supra* note 9, at 243.

14) See V. E. Marmorstein, *supra* note 10, at 452 and A. G. CHANDAVARKAR, **THE INTERNATIONAL MONETARY FUND - ITS FINANCIAL ORGANIZATION AND ACTIVITIES**, 42 IMF PAMPHLET SERIES 44 (1984).

15) See *supra* note 7, at 45.

16) M. GUITIAN, *supra* note 2, at 15.

17) *Id.* at 14-15.

18) Paragraph 9 of Decision No. 6056-(79-38) in **SELECTED DECISIONS** at 22.

restrictions on current international payments and transfers, limits on amount and maturity of new short - and medium - term debt, or maintenance of a certain minimum level of net foreign exchange¹⁹.

STAND-BY ARRANGEMENTS

(A) IN GENERAL

Stand-by arrangements are not public documents. Hence, a discussion of stand-bys inevitably relies on secondary sources. Actually, mention of a stand-by arrangement first appeared in IMF Articles after the Second Amendment²¹. According to Article XXX (b), a stand-by arrangement is «a decision of the Fund by which a member is assured that it will be able to make purchases from the General Resources Account in accordance with the terms of the decision during a specified period and up to a specified amount.»

A stand-by arrangement is made up of two documents, the «letter of intent» of the member requesting a stand-by arrangement and the stand-by arrangement itself²². In the letter of intent, the member requesting a stand-by arrangement declares the cause of its financial difficulties, the amount of financing requested and the corrective measures - as indicated in the member's program of action - to be implemented. The stand-by arrangement itself incorporates some aspects of the letter of intent and sets forth the terms or performance criteria under which the member would be able to make purchases without further review of its policies by the Fund²³. Nevertheless, purchases beyond the first credit tranche would not be possible unless certain crucial and precisely defined policies are being observed²⁴.

Stand-by arrangements have traditionally been for a period of one year. Starting from 1979, as a result of the need for longer periods of

19) A. G. CHANDAVARKAR, *supra* note 14, at 44-45 and J. GOLD, THE LEGAL CHARACTER OF THE FUND'S STAND-BY ARRANGEMENTS AND WHY IT MATTERS, 35 IMF PAMPHLET SERIES 2 (1980).

20) See, P. WOOD, 2 LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL FINANCE 4-169 (1984).

21) See, J. Gold, The International Monetary Fund in II A LAWYER'S GUIDE TO INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS 32 (W. S. Surrey and D. Wallace, Jr. ed. 1979).

22) See P. WOOD, *supra* note 20, at 4-171.

23) J. Gold, *supra* note 21 and P. WOOD, *supra* note 20.

24) See *supra* the text accompanying note 13.

adjustment, IMF decided to allow arrangements up to a maximum of three years²⁵.

Although a stand-by arrangement has a binding effect on the Fund according to IMF Articles, the Fund has some adequate safeguards²⁶. On one hand, IMF's decision to grant an arrangement is contingent upon its satisfaction that the member's policies deserve the Fund's support. On the other hand, the use of resources is phased beyond the first credit tranche so that the member's fulfillment of the performance criteria can be observed²⁷.

(B) LEGAL NATURE OF STAND-BYS.

As mentioned earlier, a common practice is to refer to stand-by arrangements as «agreements». Although it is a flawed practice, such a practice is not completely without evidence. The language used by the Fund in its earlier stand-bys could lead one to the understanding that stand-by arrangements were agreements²⁸. Usage of words such as «consideration», «to agree», «binding conditions» - all of which are typical in contractual relations - and indicating that a stand-by arrangement is «entered into with» a member was merely using the technical terminology specific to agreements²⁹.

The IMF Executive Board put an end to this chaos through its decisions in 1968 and 1979 which clarified that stand-by arrangements are not agreements³⁰. These decisions emphasize that the Fund does not intend to enter into a contract with its members when signing a stand-by arrangement³¹. As the former General Counsel of the Fund indicates, it is not possible to argue that an agreement has been entered into where a party lacks the intention to sign a contract and makes its attitude clear to the other party³². Furthermore, a provision inserted in

25) *See supra* note 7, at 45.

26) *Generally see*, S. A. Silard, *Legal Aspects of Development Financing in the 1980's: The Role of the International Monetary Fund*, 32 *AM.U.L. REV.* 94-95 (1982).

27) *Id.* at 95.

28) *See* J. GOLD, *supra* note 19, at 2-3.

29) *Id.* at 4.

30) *Id.* at 2.

31) For excerpts from the decision of 1968 (Decision No. 2603-(68/32)) *see* J. GOLD, *supra* note 19, at 12. For the decision of 1979 (Decision No. 6050-(79-38)) *see* *SELECTED DECISIONS* at 20-23.

32) J. GOLD, *supra* note 19, at 12.

the IMF Articles during the Second Amendment, which became effective on April 1, 1978, states that the stand-by arrangements are decisions of the Fund³³.

There are a number of reasons considered by the Fund in coming up with the current legal characterization of stand-bys³⁴:

i — Characterizing stand-bys as agreements would make any nonobservance of the performance criteria a violation of international law. Neither the Fund nor its members wish to conduct their relations in a legalistic manner which would be inimical to the constantly changing nature of economic relations.

ii — Avoiding characterization of stand-bys as agreements would save the members from going through the lengthy procedure of «ratification of treaties».

iii — Non-legal understandings tend to be easier to modify.

iv — A legal suspension of the utilization of Fund resources through stand-bys would have negative repercussions on parallel financing by other financial institutions.

SÖZLEŞME İLE YABANCI MAHKEMELERİN YETKİLİ KILINMASI (*)

Prof. Dr. Baki KURU

Tarafların, belli bir dava (uyuşmazlık) için kanunen yetkili olmayan (aslında yetkisiz olan) bir mahkemeyi yetkili kılmak için yaptıkları sözleşmeye yetki sözleşmesi denir (HUMK m. 22). Bu iç hukuktaki düzenlemedir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanundan (MÖHUK) önce, sözleşme ile yabancı mahkemelerin yetkili kılınıp kılınma-

33) See IMF Articles, Art. XXX(b).

34) Generally see J. GOLD, *supra* note 19, at 36-43 and see also P. WOOD, *supra* note 20, at (4-171) - (4-173).

(*) Bu yazı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi Tartışmalı Konferans Programı dahilinde 27 Mart 1986 tarihinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde verilen konferansın teyp ile tespit edilebilen metnidir.

mayacağı hakkında hukukumuzda özel bir kanun hükmü yoktu. Fakat böyle bir yetki sözleşmesi, gerek Yargıtay gerek doktrin tarafından mümkün görülüyordu; ancak, böyle bir yetki sözleşmesinin etkisi tartışmalı idi¹.

Şimdi ise, MÖHUK m. 31 konuyu açıkça düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre, «Yer itibariyle yetkinin kamu düzeni veya münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı devlet mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde dava yetkili Türk Mahkemesinde görülür» (MÖHUK m. 31).

Meselâ, ikametgâhı İstanbul'da olan bir Türk, ikametgâhı Münih'te olan bir Almandan bir mal satın alsın ve yaptıkları satış sözleşmesine «bu satış sözleşmesinin uygulanmasından doğacak uyuşmazlıklar için Münih mahkemeleri yetkili olacaktır» diye bir madde (şart) koysalar, böyle bir yetki sözleşmesi (şartı) geçerlidir (MÖHUK m. 31). Ancak, MÖHUK m. 31 hükmünün uygulanması bazı sorunlar yaratmaktadır.

Önce şu hususu belirteyim: Türk mahkemelerinin uluslararası yetkiye sahip olmadığı (yani yetki sözleşmesi konusu dava hakkında Türkiye'de yetkili bir mahkemenin bulunmadığı) hallerde, tarafların yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemeyi yetkili kılıp kılamayacakları Türk hukukunu ilgilendirmez.

Buna karşılık, Türk mahkemelerinin uluslararası yetkiye sahip oldukları hallerde, tarafların sözleşme ile yabancı mahkemeyi yetkili kılmaları, Türk hukukunu ilgilendirir. Yukarıdaki misalde, satıcı Alman'ın alıcı Türk'e karşı açacağı dava için İstanbul mahkemesi yetkilidir; çünkü, davalının ikametgâhı İstanbul'dadır (HUMK m. 9). Bu halde de, dava yabancı mahkemede açılırsa (Türkiye'de de açılmadıkça), konu Türk hukukunu ilgilendirmez. Buna karşılık, dava Türkiye'de kanunen yetkili mahkemede, misalde İstanbul'da) açılırsa, o zaman yetki sözleşmesi Türk hukukunu ilgilendirir. Bu durumda, önce yabancı mahkemeyi yetkili kılan yetki sözleşmesinin etkisinin incelenmesi gerekir; çünkü:

Yabancı mahkemeyi yetkili kılan yetki sözleşmesi münhasır değil (kanunen yetkili Türk mahkemelerinin yetkisini kaldırmaz) denirse, Türk (misalde İstanbul) mahkemesinin, yetki sözleşmesini incelemesine gerek yoktur; çünkü, Türk (misalde İstanbul) mahkemesi kanunen yetkili (HUMK m. 9) olup, dava orada da açılabilir.

1) Bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt I, 1979 s. 417-423.

Buna karşılık, yabancı mahkemeyi yetkili kılan yetki sözleşmesi münhasır (yani Türk mahkemelerinin yetkisini kaldırır) denirse, o zaman (davalının yetki ilk itirazı üzerine) Türk mahkemesi, yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığını inceler; yetki sözleşmesi geçerli ise, yetkisizlik kararı verir.

Yukarıdaki nedenle, ilk önce, yabancı mahkemeyi yetkili kılan **yetki sözleşmesinin münhasır olup olmadığını** incelemek gerekir:

MÖHUK yürürlüğe girdiği 22.11.1982 tarihinden önceki dönemde, Yargıtay, yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kılan yetki sözleşmesinin, kanunen yetkili olan Türk mahkemelerinin yetkisini kaldırdığı, yani münhasır yetki sözleşmesi olduğu kanısında idi. Türk doktrinindeki çoğunluk görüşü de bu şekilde idi. Buna karşılık, Hukuk Muhakemeleri Usulü kitabımda, Yargıtayın (ve doktrinindeki çoğunluğun) görüşünü eleştirerek, yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kılan bir yetki sözleşmesinin, münhasır yetki sözleşmesi olmadığı, yani, yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kılan yetki sözleşmesinin kanunen yetkili olan Türk mahkemelerinin yetkisini kaldırmayacağı görüşünü savunmuşum². Fakat, MÖHUK m. 31 hükmü karşısında, artık bu görüşümü (olan hukuk bakımından)³ savunmak imkânı kalmamıştır.

Çünkü, MÖHUK m. 31 son (ikinci) cümle hükmüne göre, «Yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde dava yetkili Türk mahkemesinde görülür». Bu hükmün anlamı şudur: Yetki sözleşmesi ile yabancı bir devlet mahkemesinin yetkili kılınmış olması halinde, artık Türk mahkemelerinde (doğrudan doğruya) dava açılmaz; açılırsa, davalı Türk mahkemesinde yetki itirazında bulunabilir. Ancak yetki sözleşmesi ile yetkili kılınmış olan yabancı devlet mahkemesinin kendisini yetkisiz sayması (ve bu nedenle davaya bakmaması) halinde, dava yetkili Türk mahkemesinde açılabilir (görülebilir) (MÖHUK m. 31 son cümle). Bildiğime göre, Yargıtay'ın bu konu (MÖHUK m. 31) ile ilgili (yeni) bir kararı yoktur. Doktrinde de, MÖHUK m. 31 hükmü münhasır yetki sözleşmesi olarak anlaşılmaktadır⁴.

2) Bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt I s. 418-423.

3) Az önce anılan kitabımın (I. Cildin) 418-423. sayfalarında açıkladığım nedenlerden dolayı, olması gereken hukuk bakımından, böyle bir yetki sözleşmesinin münhasır yetki sözleşmesi sayılmaması gerektiği kanısındayım (bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, V. Cilt, 1986, s. 4366).

4) Bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, V. Cilt, 1986, s. 4366; Ergin Nomer, Devletler Hususî Hukuku, 3. bası, İstanbul 1984 s. 358-359; Saim Üstündağ, Medenî Yargılama Hukuku, cilt I, 3. bası, İstanbul 1984 s. 58-59; Metin Tuluay, Milletlerarası Usul Hukuku, Ankara Barosu Dergisi 1984/2 s. 262-263.

Bir yabancı devlet mahkemesini yetkili kılan yetki sözleşmesinin (MÖHUK m. 31 son cümle hükmü nedeniyle) münhasır yetki sözleşmesi olduğuna ilişkin yukarıdaki açıklamayı (görüşü), MÖHUK hazırlık çalışmaları da teyit etmektedir; şöyle ki:

Bilindiği gibi, MÖHUK Öntasarısı, İstanbul Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü tarafından hazırlanmıştır. Bugünkü MÖHUK m. 31 son (ikinci) cümle hükmü, Öntasarınının 28. maddesinin 2. cümlesinde aynen mevcut idi⁵. Adı geçen Enstitü tarafından 22-24 Kasım 1976 tarihlerinde düzenlenen MÖHUK Öntasarısı Sempozyumunda, Prof. Dr. Ergin Nomer, sözü geçen ikinci cümlenin neyi ifade ettiğini şu şekilde açıklamıştı: «Dış ülkenin bir mahkemesi yetkili kabul edilmişse, artık o münhasır yetki mahiyetini almıştır. Türk mahkemelerine müracaat ancak ve ancak o münhasır yetkili kabul edilen mahkemenin kendisini yetkisiz kabul etmesiyle mümkün olabilmektedir, ikinci cümle bunu ifade etmektedir»⁶.

Bu açıklama üzerine, Prof. Dr. Gülören Tekinalp, Öntasarınının 28. maddesinin ikinci (son) cümlesi (şimdi MÖHUK m. 31 son cümle) hükmüne katılmadığını bildirerek, bu hükmün (son cümlenin) değiştirilmesini teklif etmişti: «Bizim son cümlemiz zannederim bu yetkili mahkemenin münhasır yetkili mahkeme hüviyetini kazanmasına sebep oluyor. İşte ben buna iştirak edemiyorum... normal yetkili mahkemeyi ortadan kaldırmamız kanımca söz konusu olmamalıdır... Münakaşayı bu noktada üzerinde yapmalı ve son cümleyi değiştirmeliyiz»⁷. Fakat, bu değişiklik teklifi kabul edilmemiş (nazara alınmamış) ve Sempozyum'daki tartışmaların ışığı altında yeniden gözden geçirilen MÖHUK Öntasarısı'nın 29. maddesinin ikinci (son) cümlesinde, ilk Öntasarınının 28. maddesinin ikinci (son) cümlesi hükmü aynen muhafaza edilmiştir⁸. Bu hüküm, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 31. maddesinin ikinci (son) cümlesi olarak aynen kanunlaşmıştır.

Yukarıdaki açıklamaların gösterdiği gibi, MÖHUK m. 31 ikinci (son) cümle hükmü nedeniyle, yetki sözleşmesi ile bir yabancı devlet mahkemesinin yetkili kılınmış olması halinde, artık, Türk mahkemelerinde (doğrudan doğruya) dava açılmaz. Ancak yetki sözleşmesi ile yetkili kılınan yabancı devlet mahkemesinin kendisini yetkisiz sayması (ve bu

5) Bkz. aşa. dipnot 6'da anılan Sempozyum s. 23.

6) Bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, İstanbul 1978 s. 231.

7) Bkz. yuk. dipnot 6'da anılan Sempozyum s. 239.

8) Bkz. yuk. dipnot 6'da anılan Sempozyum s. 291-292.

nedenle davaya bakmaması) halinde, dava yetkili Türk mahkemesinde açılabilir (görülebilir) (HUMK m. 31 son cümle).

Böylece, yabancı bir mahkemeyi yetkili kılan yetki sözleşmesinin münhasır olduğu kanısına vardığımızı göre, bu yetki sözleşmesinin şartlarını da incelememiz gerekir. Çünkü, bu halde, Türk mahkemesinde dava açılırsa ve davalı yetki ilk itirazında bulunursa, Türk mahkemesi, yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığını (şartlarını) inceleyecek ve geçerli bulursa yetkisizlik kararı verecektir.

Yabancı bir mahkemeyi yetkili kılan yetki sözleşmesinin şartları şunlardır:

1 — Yetki sözleşmesi, yetkinin kamu düzeni veya münhasır (kesin) yetki esasına göre tâyin edilmediği hallerde mümkündür (MÖHUK m. 31).

2 — Yetki sözleşmesi, borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar için mümkündür (MÖHUK m. 31).

3 — Yetki sözleşmesi, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için mümkündür (MÖHUK m. 31).

4 — Uyuşmazlığın belirli olması gerekir. «Bundan böyle aramızda çıkacak bütün uyuşmazlıklar için Münih mahkemesi yetkili olacaktır.» şeklindeki sözleşmesi geçersizdir⁹.

5 — Yetkili kılınan yabancı mahkemenin belli olması gerekir¹⁰. «Alman mahkemeleri yetkili olacaktır» şeklindeki yetki sözleşmesi geçersizdir.

6 — Yetki sözleşmesinin şekli: Yabancı mahkemeyi yetkili kılan (münhasır) yetki sözleşmesi iki hususu kapsar:

a) Yabancı mahkemenin yetkili kılınması. Bu nedenle, şekil ve diğer şartlar bakımından (yabancı mahkemeyi yetkili kılan) yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığını, kendisine dava açılan yabancı mahkeme kendi hukukuna göre inceler.

b) Kanunen yetkili olan Türk mahkemesinin yetkisinin kaldırılması. Yetki sözleşmesine rağmen davanın Türk mahkemesinde açılmış ve davalının yetki ilk itirazında bulunmuş olması halinde, Türk mahkemesi, yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığını kendi (Türk) hukuku-

9) Bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, I. Cilt s. 361.

10) Bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, I. Cilt s. 362 vd.

na göre inceleyecektir. Bu nedenle, yabancı devlet mahkemesini yetkili kılan yetki sözleşmesinin de (Türk hukuku bakımından) yazılı şekilde yapılması gerektiği kanısındayım (HUMK m. 22).

Buna göre, bir uyuşmazlık (dava) hakkında yabancı bir devlet mahkemesini (başlangıçtaki misalde Münih Mahkemesini) yetkili kılan bir yetki sözleşmesi yapılmış olmasına rağmen, dava Türk (misalde İstanbul) Mahkemesinde açılırsa ve bu yetki sözleşmesi Türk Hukukuna göre geçerli ise, davalının yetki ilk itirazı üzerine, Türk (misalde İstanbul) Mahkemesi yetkisizlik kararı verir. Bunun üzerine, davacı davasını sözleşme ile yetkili kılınan yabancı devlet mahkemesinde (misalde Münih Mahkemesinde) açar ve yabancı mahkeme de kendisini yetkisiz sayarak yetkisizlik kararı verirse ne olacaktır? Bu sorunun cevabını MÖHUK m. 31 son cümle hükmü vermektedir. İşte o zaman (yani yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde) dava yetkili Türk Mahkemesinde görülür (MÖHUK m. 31 son cümle). Yani dava tekrar yetkili Türk (İstanbul) Mahkemesinde açılır. Bu ise usul ekonomisine aykırıdır. Bu nedenle, yetki sözleşmesine rağmen davanın Türk Mahkemesinde açılması halinde, **yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayacağı önceden belli ise**, Türk Mahkemesi davalının yetki ilk itirazını reddederek, davayı esastan incelemelidir.

Aynı nedenle, yetki sözleşmesi ile yetkili kılınan **yabancı mahkemenin vereceği karar Türkiye'de tenfiz edilemeyecekse** ve kararın yabancı memleketlerde de infaz edilmesi imkânı yoksa, Türk Mahkemesinin yetki itirazını reddederek, davayı esastan incelemesi gerekir kanısındayım.

Gene aynı nedenle, davalının Türk Mahkemesindeki **yetki itirazı hakkın kötüye kullanılması** (MK m. 2) **niteliğinde ise**, Türk Mahkemesinin yetki itirazını reddederek, davayı esastan incelemesi gerekir kanısındayım. Meselâ, başlangıçta verilen satış misalinde, satıcı Alman, davayı alıcı Türk'ün ikametgâhı olan İstanbul'da açmış ve davalı Türk (davanın yetki sözleşmesine göre Münih Mahkemesinde açılması gerektiğini bildirerek) yetki ilk itirazında bulunmuş ise, bu yetki itirazı hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Çünkü, davalı kendisini ikametgâhında (İstanbul'da) çok daha iyi savunabilir; davanın Münih Mahkemesinde görülmesini istemesinde, davalının korunmaya değer hiçbir hukukî yararı yoktur. Yargıtay da, iç hukuktaki yetki itirazı ile ilgili benzer bir olayda, borçlunun (aleyhine) kendi ikametgâhında yapılan icra takibine karşı yetki itirazında bulunmasını hakkın kötüye kullanılması niteliğinde görmüş ve yetki itirazının reddine ilişkin tetkik mercii kararını «yasaya uygun ve isabetli» bulmuştur¹¹.

11) Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 9.5.1984 gün ve 12/524-522 sayılı kararı (Yargıtay Kararları Dergisi 1985/7 s. 954-956; Yasa Hukuk Dergisi 1984/8 s. 1124-1125; İlmî ve Kazaf İctihatlar Dergisi 1985/293 s. 3379).