

YABANCI MEMLEKET MAHKEMELERİNDEN VERİLEN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ

Yazan: O. Işık NAZIKIOĞLU

G İ R İ Ő

Yabancı mahkeme ilâmlarının tanınması ve infazını zarurî kılan sebepler:

Bir devletin hakimiyeti teşriî, idarî ve kazâî olmak üzere üç sahada tecellî eder. Hakimiyet devletin üzerinde büyük tî'izlik'e durulan hayati bir unsurdur. Bu itibar'a hiç bir devlet d'ğerinin hakimiyetinin kendi hudutlarına sınavet etmesine göz vumamaz. Kazâî hakimiyet adli otoriteler tarafından temsil edilir. Bunlar kanunlara hürmeti ve onların tatbikini sağlamakla vazifelidirler. Kazâî o'oriteve sahip olan bir makam önüne getirilen mes'e'evi hal ve bir karara bağlariken devletin kazâî hakimiyeti adına hareket eder. Karar halledilen hadiseve mahkemenin mutavassıt iradesi ile tatbik edilen bir kanundur. Prensiî itibariyle kanunların tatbik sahası hakimiyet gibi, devletin siyasi hudutları ile tahdit edilmiştir. Daha doğrusu hükümlerlik haklarına avni derecede haîlı olan diğere devle'lerin rızası olmadan bu hudutlar har'inde bir hüküm ifade etmez'er. ve binnetice bir devlet mahkemesinin kararları diğere bir devletin hükümler olduğu sahalarda hiçbir netice husule getiremez.

Fakat beynelmûlel münasebetlerin artması, yabancı devlet tebeası ile temasın iktisadi bir zaruret haline gelmesi devletlerin kendi iclerine çekilmelerini imkânsızlaştırmıştır. Doğrusu tekâmülü ve neticeleri başka başka memleketlerde husule gelen beynelmûlel hukukî münasebetleri tanzim etmek zarureti ile beraber kanunlar ihtilâfı ve salâhiyet mes'e'eleri doğmuş, eski sert prensipler terk edilerek, karşılıklı riayete dayanan bir devletler hususî hukuku meydana gelmiştir. Bu hukukun doğumunu intae eden avni mucip sebepler, diğere devlet kanunlarının tanınmaları nisbetinde bu kanunlar dairesinde yabancı memleketlerce verilen hükümlerin de tanınmasını icap ettirirler.

En ziyade devlet'er arası ticaretin artması ve umumiyetle her türlü beynelmûlel münasebetlerin çoğalması ile yabancı ilâmların tanınması

zarureti kendini göstermiştir. Mahkemelerin vazifeleri fertler arasında çıkması her zaman ihtimal dahilinde olan ihtilâfları haletmektedir. Ancak münasebetlerin inkişafı neticesi bugün artık sermaye bir memleket hudutları ile çevrili olmayıp, ticarî şirketlerde bir örneğini görebileceğimiz gibi, muhtelif memleketlere dağılmıştır. Bu bakımdan ihtilâfın mevzuunu teşkil eden unsurlar mutlaka bir devlet hudutları içinde bulunmayacaklar ve haklarında verilen kararların bir kıymet ifadesi edebilmesi için isdar edildikleri memleket haricinde de tesir husule getirebilmeleri icap edecektir.

2 — Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve icrası zarureti bugün her yerde kabul edilmişse de devletlerin bu hususta tatbik ettikleri sistemler değişiktir. Bunları dört gurup etrafında toplamak mümkündür.

a — İlâmı keenlemyekûn addeden sistem

Bu sistem Hollanda, şimali Avrupa memleketleri ile Anglosakson memleketlerinde tatbik edilmektedir. Bu memleketler ecnebî bir ilâmı büsbütün kıymesiz addetmekle beraber teşkili tarafeyn edip bir beyyine saymaktadırlar.

b — Révision sistemi.

Bu sistemde ilâm yeniden gözden geçiriliyor. Bu sistem bazan davanın tekrar görülmesini mucip olmaktadır.

c — Hudutsuz kontrol sistemi.

Bu sisteme göre ilâm en ince teferruatına kadar gözden geçirilmektedir.

d — Mahdut kontrol sistemi.

Bu sistem Neuchâtel ve Türk kanunları tarafından kabul edilmiştir. Bu sistemde mahkemelerce yabancı ilâmın bazı muayyen noktaları tetkik edilmekte muvafık bulunduğu takdirde ilâm tenfiz olunmaktadır. (1).

Biz etüdümüzde yabancı memleketlerden hukuk ve ticaret davalarına dair verilen kararların tanınması ve infazı mes'elesine tatbik edilecek umumî prensipleri ve memleketimizdeki mevzuatı tetkik etmeğe çalışacağız.

YABANCI MAHKEME KARARLARININ TESİRLERİ

1 — Kararlar, verildikleri memleket dahilinde başlıca şu netice'eri husule getirirler. Bir kerre bunlar taraflar arasındaki çekişmenin mevzuunu teşkil eden hususlarda kanunî ve kat'î delil olurlar, yani kaziyei muhkeme teşkil ederler. Kaziyei muhkeme teşkil etmiş kesinleşmiş bir

(1) Dr. Osman F. Berki, Devletler Hususî Hukuku s. 413-414, 1949.

hükme karşı adı yola gidilemez, bunlar ancak muhakemenin iadesi gibi fevkalâde yollarla kaldırılabilir. Taraflar hükümle kesin bir şekilde hal ve tesbit edilmiş olan hususun bir daha tetkikini isteyemezler. Kaziyei muhkeme, defî zamanında ileri sürülebilir. Res judicata pro veritate habetur (1) kaidesi içtimai bir zaruretin ifadesidir. Ne kadar haksız olursa, ne kadar hatalı olursa onun hüküm tam bir hakikat olarak kabul edilir. Fertler arasındaki münazaaların bir nihayete bağlanabilmesi ancak bu suretle mümkündür. Kararların bu bakımdan tesirleri mücerret ve menfidir. (2).

2 — Mahkeme kararlarına tamman diğer kuvvet bunların zorla kabili icra olmasıdır. Müşahhas ve müsbet mahiyette olan bu netice devle kuvvetlerini lehine karar verilmiş olan tarafın emrine verir. Hakim emrettiği şey amme kuvvetleri ile temin olunur. Hemen bütün kanunlar ilâmlar hakkında bu iki neticeyi kabulde tereddüt etmemişlerdir. Fransız hukukunda bunlara ilâveten bir de hypothèque judiciaire (kazai rehni akar) denen bir netice daha tanınır. Fakat bizi daha ziyade kendi mevzuatımız ilgilendirdiği cihetle bunun üzerinde ısrarla durmıyacağız.

3 — Burada bahis mevzuu olan mes'ele yabancı kararların tanınması ve infazıdır. Başka bir deyişle verildiği memleket dahilinde husule getirdiği neticeleri bu karar, yabancı memleketlerde de meydana getirecek midir, yoksa verildiği memleketin hudutları haricinde hiçbir kıymeti olmayan birer vesika haline mi girecektir?

Bu hususu, kararların neticeleri ayrı ayrı nazarı itibare alınarak incelemek icap eder. Yani evvelâ kararın icra kuvvetinin yabancı memleketlere sirayeti, sonra da kaziyei muhkeme kuvvetinin tetkiki faydalı olur.

4 — *İcra kuvvetinin sirayeti.* Umumiyetle bir devlet mahkemesinden verilen kararların bir muahede olmadıkça ecnebi memleketler de kendiliğinden icra kabiliyeti olmayacağı kabul edilir. Bu nokta üzerinde ittifak vardır. Hükümün icra kuvveti, isdar edildiği devlet hudutları ile sıkıca tahdit edilmiştir. Bu, hakimiyet prensibinin mantıkî bir neticesidir. Infaz, amme kuvvetlerinin hareketlerini icap ettirir. Bir devletin umumî kuvvetlerini harekete getirmek, o devletin hakimiyet hakkına teallük eden bir husustur. Bir devlet adliyesi, diğer devlet memurlarına emir vermek, onun umumî kuvvetlerini harekete getirmek salâ-

(1) Kesin hüküm hakikatın ifadesidir.

(2) Max Petitpierre, La Reconnaissance et l'exécution des jugements civils étrangers en suisse. Thèse. 1924 s. 164.

hiyetini haiz olamaz. Devletlerin, istiklâli, biri tarafından verilen emirlerin diğerinin ülkesinde zorla tatbikine manidir. Her devletin umumi kuvveti, yalnız kendi salâhiyetli makamlarının emri üzerine harekete geçebilir. (3).

5 — Ancak bu prensibin sert bir şekilde tatbiki çok mahzurlu neticeler doğuracaktır. Yabancı memlekette lehine hüküm verilmiş olan alacaklı, borçlunun başka bir memleketteki ve yegâne teminatını teşkil eden malları üzerinde hükmün infazını talep edemeyecektir; Müktesep haklar tanınmamış olacak, her millet komşusundan uzaklaşacak, mislî memleket hareketlerine vesile olacak, devletler arası münasebetler bozulacaktır. (4).

Hak sahiplerinin aldıkları hükmü ecebi memleketlerde icra ettirememeleri, aynen ne hukum aynığı kimseye karşı muhtemelen memleketlere muhtemelen tatbikata mecbur kalmaları her birinin tedbiri karşılık olarak zarara sokacak, bundan haksızlar istifade edecektir. Binaenaleyh biraz mütedül davranmak, prensibe bir elastikiyet vermek icap edecektir.

6 — Bu ihlâl ihtiyacı, bütün devletler tarafından kabul edilmiştir. Mevcudiyetlerini idame ettirebilmek için etraftaki devletlere daimi münasebet halinde bulunma zarureti devletleri bazı şartların tahakkukunda yabancı ilâmların kendi topraklarında cebren infazını kabule sevk etmiştir. Devlet menfaatının ihlâl bahis mevzuu olmayan halde yabancı ilâmların tenfizi bir takım muamelelere veya kanunlarla veyahut taahhüt ile temin edilmiştir.

Hakimiyet fikri, bir devlet mahkemelerinin diğer devlet memurlarına doğrudan doğruya emir vermesine manidir. Bunun için infazi istenen ilâm infaz edecek devletin salâhiyetli makamı tarafından tetkik edildikten sonra tenfizine karar verilir. Bu suretle hakimiyet prensibi ihlâl edilmemiş olur: memur kendi hükûmetinin salâhiyetli makamının emrine uymaktadır. (5).

7 — *Kaziyei muhkeme kuvvetinin sirayeti.* Bir hükmün yabancı memlekette kendiliğinden kaziyei muhkeme teşkil edip etmeyeceği münaakaşalıdır.

Bazı müelliflere göre, kararlar verdikleri memleketler haricinde de kendiliklerinden - hiç bir muameleye ihtiyaç göstermeksizin - kaziyei muhkeme teşkil ederler. Bir memleket salâhiyettar makamının meşru

(3) Mustafa Reşit Belgesay, Devletler Hususî Hukukunda adliye. 1938 s: 13.

(4) A. Weiss, Traité de droit international privé. Tome: 6 p. 4

(5) A. Weiss, adı geçen eser. s. 6.

surette verdiği hükümlerin taraflardan birinin keyfine tâbi olarak diğer bir memlekette yeniden münakaşaya mevzu teşkil etmesi madelete muhalif, kavaidi akliyye ve beyne-milel münasebetlerde menfaati ameliyyeye mugayir görülür. Hem de Von Bar'ın dediği gibi katiyet kesbetmiş hükümlerin muhtelif memleketlerde yeni yeni münakaşalara mevzu teşkil etmesi dolayısıyla meseleyi bir daireyi faside içine sokabilir ve beyne-milel münasebetlerde hukuki emniyetin harabisini mucip olabilir. Bu sebeplerle yabancı ilâmlara kaziyei muhkeme kuvvetinin tanınması icap eder (6) Bu fikre iştirak eden müellifler tezlerini şu esaslara istinat ettirirler.

8 — *Kazai mukavele fikri.* Bu telâkkiye göre kaziyei muhkeme kuvveti mahalli devletin hakimiyetine değil, tarafların anlaşmasına bağlıdır. Bu anlaşma kazai bir şib.h akittir ki, bununla taraflar davayı kaybedenin hükümdeki neticeye boyun eğeceği hususunda uyusurlar. Bu mukavele yapıldığı memleket haricinde de kendiliğinden tesirlerini gösterir.

Cebri icra kuvveti ile kaziyei muhkeme kuvveti birbirlerinden tamamen ayrı şeylerdir. Bir karar icra kuvvetini namına verilmiş olduğu hakimiyetin iradesinden alır. Onun için bu iradenin hakim olduğu, hürmet edildiği sahalarda ancak ilâmların bu kuvvetle mücehhez olması tabiidir.

Kaziyei muhkeme kuvveti ise tarafların iradesine dayanır. Zira taraflar ihtilâflarının halini bir mahkemeye tevdi etmekte hiç olmazsa zımnen onun kararına riayet etmeyi ve hükme bağlayacağı meseleyi tekrar bah.s mevzuu etmemeyi karşılıklı olarak taahhüt etmiş olurlar; Kaziyei muhkeme böylece vücut bulan bir kazai şibih mukavele olduğu için kendisine mesnet olan mukavele gibi beynelmilel kıymeti haiz olmalıdır.

9 — Kararların lex spécialis olarak telâkki edilmesi. Bir kararın yabancı memleketlerde kendiliğinden kaziyei muhkeme teşkil edeceğini iddia edenlerin ve bu meyanda Von Bar'ın ileri sürdüğü bu fikre göre karar münferit hadiselerle tabik edilen hususî bir kanun olarak telâkki edilmelidir. (7) O, muayyen bir ihtilâfa umumî bir kanunun yabancı mahkeme tarafından tatbikidir. Mahkemenin mutavassıt iradesi ile taraflarca kabul edilmiş olan bu hususî kanun onların arasındaki münasebetleri tanzim etmek maksat ve neticelerini temin eder. Böylece karar bir kanun hükmünde olunca, yabancı ilâmların tanınması, bu kararlar-

(6) Muammer Raşit Seviğ. T.C. Kanunlar ihtilâfı kaideleri sentezi. s. 91.

(7) Jules Valery, Manuel de droit international privé. p. 779 No: 1.

da tatbik edilmiş olan yabancı kanunların tanınması ile aynı kaidelere tabi olması icap eder.

10 — Müktesep hak fikri. Yabancı kararların kendiliğinden kaziyei muhkeme teşkil etmesi icap edeceği fikrinde olanlar bir de müktesep haklara riayet prensibini ileri sürerler: yabancı bir memlekette davasını kazanmış olan şahıs, bu ilâmdaki hakikatin her yerde kabul edileceğini tazammun eden bir hak iktisap etmiş olacaktır. Bu bakımdan kararların tesiri beynelmilel olmalıdır derler.

Her ne kadar bu esaslara istinaden, kararlara kaziyei muhkeme teşkil etmeleri bakımından beynelmilel bir kıymet izafe edilmek istenilmişse de bu fikir bir çok müellifler tarafından reddedilmiş ve istinat ettiği deliller aşağıda izah edileceği veçhile tenkit edilmişlerdir.

11 — Kararların kaziyei muhkeme kuvvetini mahalli devletin hakimiyetinden değil de tarafların iradesinden aldığı iddiası şöyle reddedilir: adalet tarafların iradesine değil, devlet tarafından cebren kabul ettirilmiş ve onun esaslı gayelerinden biri olan amme hizmeti mefhumuna istinat eder. Kararın bir mukaveleye istinat ettiği kabul edilseydi, bu, tarafların reddedemeyeceği acayip bir mukavele olurdu. (8).

Tarafların gıyabında verilmiş olan kararlar hakkında bu tez ileri sürülemeyecektir. Muhakeme esnasında salâhiyetsizlik iddiasında bulunmuş olan bir davayı neticelendiren veya tarafların gıyabında verilen bir kararda, bu hükme uymak hususunda alakalıların zımî taahhüdünden, bir kazâî mukavele veya şibih akitten nasıl bahsedilebilir? (9). Bu müşahede kaziyei muhkeme kudretinin başka bir esasa istinat ettiğini gösterir. Adalet tevzii ile tanzim edilmiş olan mahkemelerin nihâî şekilde halletmiş oldukları meselelerin tekrardan münakaşaya mevzu teşkil etmesine mani olmak isteği hükümranın iradesinde mündemictir. Zira aksi halde umumî asayiş ve kazâî kudrete bağlılık ihlâl edilmiş olur (10).

12 — Kararın *lex spècialis* olduğu ve binaenaleyh yabancı bir kanun gibi tanınması icap edeceği iddiasını şöyle tenkit ederler: Bir mahkeme kararını kanuna benzetmek doğru bir mülâhaza olamaz, bu iki mefhum arasında bariz farklar mevcuttur

a — Kanun umumiyetle tanzim ettiği hadiselerle takaddüm eder. Bilâkis karar geçmiş bir hadîseye bağlıdır, ferdileşmiş vak'aların takdiri neticesinde meydana gelir.

b — Kanun bir ihtar olduğu halde karar bir müeyyidedir.

(8) Répertoire de droit international privé. Tome: V, p. 361.

(9) Max Petitpierre, adı geçen tez. p. 166 - 167.

(10) Jules Valéry, adı geçen eser. p. 779-780.

c — Kanun bir kerre isdar edildikten ve meriyet mevkiine girdikten sonra artık şekil bakımından tamdır ve tefsirinden başka hiçbir mesele mevzuu bahis olmaz. Halbuki bir kararda muhtevası ve hükümleri haricinde bazı meseleler ortaya çıkabilir, - usu ü muhakeme,, kazai saâhiyet v.s. gibi- Tabii bunlar devletler arası münasebetlere taallük edecektir, zira dahili hukuk bakımından bu meselelerin nihai bir kararda tamamen halledilmiş olacağı farz edilir. (11).

d — Yabancı bir kanunun tatbiki ile ilâmın tanınması arasında da fark vardır. Bir hakim yabancı kanunu tatbik ederken onu kanunlar ihtilâfında millî kanunlarının emrettiği şekilde mevzuu bahis davaya kendi kanunu olarak tatbik eder. Bilâkis yabancı bir ilâma tenfiz kararı verirken onu kendi malı yapamaz. Tenfizden sonra dahi yabancı karar hususî karakter ve neticelerini muhafaza eder.

e — Yabancı kanun ancak mahallî kanun tarafından tevkil edildiği hallerde tatbik edilebilir. Yabancı hakim kendi memleketinde karar verirken, hükmün infaz edileceği mahal kanunlarından böyle bir vekâlete istinaden hareket ettiği tasavvur edilemez.

f — Yabancı kanunu tatbik ederken hakim kararı kendisi verir. Halbuki bir yabancı ilâmın tenfize karar verirken yabancı hakimnin faaliyetine iştirak eder. (12).

Bu farklar kararların kanuna kıyasındaki isabetsizliği tebarüz ettirmek maksadı ile ileri sürülmüştür. Bir an için karara lex spécialis vasfı tanınmış olsa bile bu, prensip itibariyle kanunların memleket haricinde tesirleri olmadığına, bir devlet kanunu sadece o devletin ülkesinde tatbik edileceğine göre kaziyei muhkeme kuvvetinin sirayet edeceği fikrine bir mesnet olamaz (13).

13 — Müktesep hak fikrinin tenkidi: Yabancı bir memlekette kazanılan bir dava ile bu ilâmı ancak verildiği yerde zikretmek hakkı iktisap edilmiş olur. Fakat bu, aynı hakka her yerde sahip olmak demek değildir. A. Pillet; müktesep hak teorisi'ne çok fazla ehemmiyet verdiği halde bu sahada bir müktesep hak kabul etmiyor. (14).

14 — Yabancı mahkeme kararlarının ancak evve'ce haklarında tenfiz kararı verilmiş olması şartı ile kaziyei muhkeme teşkil etmesi icap edeceği fikrini müdafaa eden müelliflere göre: Kaziyei muhkeme ve icra kuvveti tefriki kararların beynelmilel tesiri bakımından yersiz bir tef-

(11) Max Petitpierre, adı geçen tez. p. 166 - 167.

(12) Répertoire de droit int. privé, Tome: V p. 361 - 362.

(13) Jules Valery, adı geçen eser. p. 779, 83, No: 1.

(14) Répertoire de droit int. privé, Tome: V, p. 362.

riktir. Prensip itibariyle ikisi de tenfiz kararına bağlıdır. Bunun için biri nazari diğeri amelî olan iki sebep vardır.

Nazari sebep : Bir devlet hakimi o devletin hakimiyeti dolayısı ile adalet tevzi edebilir, haklı veya haksız söyleyebilir. Impérium (hükümlerlik) gibi hakkı kaza (La juridictio) da bu hakimiyetin bir imtiyazıdır. Bu hakimiyet hudutları dışında ne juridictio ve ne de impérium bir kıymet ifade etmezler. Her iki halde de diğerk devletin, tenfiz kararı gektinde, kabulü lâzımdır.

Amelî sebep: Kaziyei muhkeme ile cebri icra kuvveti arasındaki ye-gâne fark birinin müdafaa veya defî zımnında ileri sürülmesi, diğerkinin ise kararda kazanan tarafın yeni bir faaliyetini icap ettirmesidir. Fakat netice itibariyle faydalanılmak istenilen daima aynı karardır. Bunun defî veya icra tatebi (action) şekinde yapılmasının ehemmiyeti yoktur. (15). Binaenaleyh bir memleket mahkemesinin kararı, eenebi memlekette cebren icra olunamadığı gibi kaziyei muhkeme teşkil ederek mes'e.en.n yeniden mevzuu ban.s edimes.ne de mani olamaz. Bir memleket mahkemesinde usulen arz edilmiş bir davanın, bu dava eenebi mahkemesine hukme bağlandığı için haleedumemesi o hükmün cebren icra edilmiş olmasını, bu devlet mahkemelerinin hükmü veren devlet mahkemesinden emir ammalarını ıktıza ettirir. Bu hal ise devletin hükümlerlik ve ıstiklali ile kabulü tenfiz kararıdır. Şu halde yabancı kararların kaziyei muhkeme teşkil etmesi için tenfiz kararına zaruret vardır.

15 — Müfrit bir telâkkiye göre haklarında tenfiz kararı verilmiş olan yabancı kararların hiçbir kıymeti hukukiyeleri olmamak icap eder. Bu kabul edilemeyecek bir düşünce tarzıdır. Zira bunlara yabancı bir kazanın kararları olmak hasebiyle hiç olmazsa yabancı memleketlerde yapılan muameleler gibi nazari itibara alınmaları lâzımdır. Zaten tenfiz kararından bahsederken yabancı ilâmın mevcudiyetini kabul etmiş bulunuyoruz. Hakikaten Brillou'nun yazdığı gibi "ancak kendisinde bir ilâm karakter ve kuvveti olanlar hakkında tenfiz kararı verilebilir". Yabancı bir karara hiç bir hukukî kıymet tanımamak doğru olmaz.

16 — Mutavassıt telâkki: Bu fikri kabul eden müelliflere göre kararlar her ne kadar kaziyei muhkeme teşkil etmezlerse de onların ispat kuvvetini inkâr etmemek doğru olur. Yani kararların ifadeleri de resmî senetler gibi itiraz edilmediğı müddetçe muteberdir.er. (16) (16,b) Bu nazariye taraftarlarının ve bu meyanda Max Petitpierre'in ileri sürdükleri deliller şunlardır:

(15) Répertoire de droit int. privé, Tome: V, p. 362.

(16) Jules Vallery, adı geçen eser. p. 778.

Kaziyei muhkeme kuvveti karara bağı olan ve hallettiği davanın bahis mevzuu edilip yeni bir mes'ele teşkil etmesine mani olan mücerret ve menfi bir kuvvettir. Bazı kararlar tamdır ve kesbi kat'iyet etmekle kendihklerinden, davayı kazanmış olan tarafın ileri sürdüğü iddiayı tahakkuk ettirirler: karardaki esas kesbi hüküm şeklinde teyit ve tesbit edilmiştir. Ancak mahkeme kararlarının sadece bir esasın tesbiti için aranması nadirattandır. Lehine karar verilmiş olan taraf hükmün ihtiva ettiği esasın ameli neticelerinden istifade etmek ister. Karar neticeye tekaddüm eder ve onun menşeidir. Elde edilmesi kararın mevcudiyetine bağlıdır. Şu halde her karar, doğrudan doğruya kabili icra olmayanlar dahil, muayyen bir zamanı maaddi neticeler doğurur, veya böyle bir netice meydana getirmek tehdidini taşır. Bu hususla onun davada def'i zımnında zıkkredilmek hali olacaktır.

Diğer taraftan maddi icraya kabiliyetli olan kararların icra kuvveti, kazanan davacıya, kararın tanıdığı hakları davadaki diğer tarafa karşı ameli bir şekilde kıymetlendirmek imkânını, eğer vebesini yapmak istemezse şahsına veya mallarına karşı devletin yardımı ile hareket etmek hakkını verir. İcra kuvveti umumiyetle ancak nihai kararara bağlanacağı cihetle kaziyei muhkeme kuvvetinin maddi tesiridir. İstisnaen kesbi kat'iyet etmemiş bir kararın icra kuvveti olabilir, (kabili temyiz kararlar, ihtiyati tedbir kararları gibi) fakat bu hallerde icra kuvveti geçici mahiyettedir, nihai olması esas kararın kesbi kat'iyet etmesine veya temyiz mahkemesinin kararına bağlıdır. İşaret edilen bu istisna; icra kuvveti kaziyei muhkemenin maddi ve mantıki neticesidir kaidelerini ihlâl etmez.

18 — Kaziyei muhkeme ve icra kuvveti ikisi de devlet organları üzerine tesir yaparlar:

Birincisinin müsbet veya menfi bir tesiri vardır. Şayet karar idari cihazın bir faaliyetini tahrik ederse müsbet (boşanma kararı veya babalık hükmüne istinaden nüfus kütüğünde yapılan tadilat) ve şayet devletin hukuk cihazının evvelce halledilmiş bir davayı görmesine mani olursa menfidir. Kaziyei muhkeme kuvveti bu neticeleri doğurmaya kifayet eder. Bunlar onu davayı kaybeden tarafa müteveccih olmadıkları cihetle icra kuvvetinden tefrik ederler.

İkincisi devleti pozitif bir faaliyete mecbur eder. Devlet, borçlunun borcunu ödemesini alacaklıya temin eden vasıttadır. Devletin faa-

(16,b) Henry de Cock, kararların isbat kuvveti, kaziyei muhkeme kuvveti ve icra kuvveti olmak üzere üç kuvvete sahip olduklarını ve bunlardan ancak ispat kuvvetine beynelmül tesirler tanınmanın doğru olacağını yazar (Recueil des Cours, 1924 - V - p. 437 et s.).

liyeti mahkûm tarafa tevcih edilmiştir.

19 — Simdi devletlerarası bakımdan mütalâa edilirse yabancı ilâm-
ların neticelerinin biri veya diğerinin tanınmasının tâbi olacağı şartlar
bakımından kazivei muhkeme ve icra kuvveti arasında bariz bir farkın
hakkı görülemeyeceği kabul edilir.

Birinde de ötekindeki gibi, karar devletin hudutları dahilinde bir
tesir husule getirmektedir. Devlet, hakimiyetinde yabancı karar levhine
bazı tadilat varılmaktadır. Onun için ister sadece bu kararı tanımak ol-
sun ister onu icra etmek olsun her iki halinde aynı teminatla çevrili bu-
lunması ve aynı formalitelere tâbi olması icap eder.

Bu görüş tarzı şu hâdise ile de tevit edilmektedir: Yabancı ilâma - in-
fazdahi merasime tâbi tutmadan - fiilen (Inso facto) kazivei muhkeme
kuvvetini tanımakla mantıkan su neticeye varılır: Kazanmış olan müd-
dehin tenfiz talebi reddedilebilir, fakat diğer taraftan bu tenfiz talebinin
reddedildiği memlekette yeni bir dâva ile haklarını tanıtmıyacaktır.
Çünkü bu takdirde karşı taraf kazivei muhkeme def'i dermevan edecek-
tir (17). Buna mukabil, dâvalı tarafından veniden açılan bir dâvada
alevhine verilmiş olan ilâmı def'i saddedinde ileri sürerek müddei, bunun
infazını bilvasıta elde edecektir. Veyahutta bunu bir takas dermeyanı
suretinde yapabilecektir.

Şu halde tanıma ve icra sıkıca birbirine bağlı iki mefhumdur ve hev-
nelmiş tesir bakımından onları deñişik şartlara tâbi tutarak veya birini
sert merasime tâbi kılarken, diğerini hiçbir şarta tâbi tutmamak bir ha-
tâdır. Bütün yabancı ilâmın bir devlet topraklarında tanınması veya
icra edilmesi başka bir deñişle ister maddî hukuk, ister usul hukuku ba-
kımından bir tesir husule getirebilmeleri için devletin kabulü lâzımdır.
Bu da tenfiz kararı ile tezahür eder.

20 — Ancak ahvali şahsive ve ehliyete taallük eden kararlar hakkın-
da, bir istisna kabul edilebilir. Eğer neticelerini husule getirecekleri mem-
leketlerin kanunları lex patriae'yi kabul edivorsa tarafların kendi mem-
leketleri mahkemelerinden verilen kararlar tenfiz kararı olmaksızın ta-
nınmalıdır. Hakikaten bir şahsın ahvali şahsivesi mevzu bahis olduğu
zaman dâima millî kanununa tâbi olacağı prensibi umumiyetle kabul edil-
miştir. Binaenalevh bu mevzulara taallük eden kararları kanunî ve ka-

(17) Ancak kanaatimize göre, def'i zamanında rikredilen yabancı karar mahal-
li mahkemenin tetkikine tâbi olup, onun aksine bir kararı mevcut olmadıkça netice
husule getirebileceği, ve hakkında tenfiz talebi reddedilen bir karar mahalli mah-
kemece aranan şartları ihtiva etmeyeceği cihetle müteber bir def'i olarakta kabul
edilenecektir. Bu bakımdan ileri sürülen ihtimâli vacit değildir.

zaî salâhiyetler münhasıran kendisinde bulunan bir devletin mahkemelelerinden verildikleri zaman, hiçbir tetkike tâbi tutmadan tanımamak için sebep yoktur. (18).

Ancak bu kararların neticeleri mahallî hukuk prensiplerine yabancı (medenî ölüm gibi) ve âmme intizamına aykırı olmamak icap eder (19).

Eöylece bu müelliflerin vardıkları neticeler şunlardır:

— Bir ilâm verildiği memleket hudutları dışında tenfiz kararı olmadan hiçbir netice husule getiremez.

— Fakat böyle bir karar bütün hukukî kıymetlerden mahrum değildir. Resmî bir senet gibi ispat kuvvetini muhafaza edip, isdar edildiği mahkeme tarafından tesbit edilmiş olan hususlar hakkında tam ve kat'î bir kanaat verir.

— Ahvali şahsiye ve aile hukukuna taallük edenler hakkında, âmme intizamına mugayir olmamak kavdı ile bir istisna kabul edilmiştir.

21 — Kanaatimizce, yabancı bir memleket mahkemesinden sâdir olan bir kararın kazîyei muhkeme vasfını reddetmekle beraber - bu yabancı bir memleket kazasının kararı olduğu için mevcudiyetini inkâr etmenin doğru olmayacağı düşüncesi ile - resmî bir senet gibi isbat kuvvetine haiz olacağını kabul etmek yerinde bir iddia değildir. Zira kesbi kat'iyet etini irkâr etmek olur.

Hüküm bir işin kazaen hal'edilerek kat'î bir karara bağlandığınınmış bir hükmün kazîyei muhkeme kuvvetini reddetmek onun mevcudiyefadesidir. Hilâfı isbat edilemez. Kanunî bir faraziye olarak kabul edilir. N'hai ve kat'î bir hükümün bütün bu vasıfları kazîyei muhkeme mefhumu içinde hülâsa edilmektedir. Kazîyei muhkeme kuvveti hükümden avrı mütalea edilemez ve kazîyei muhkeme vasfı reddedilen bir hüküm bütün vasf ve karakterini kaybetmiştir. Bunun için M. Raşit Seviğ'in dediği gibi bir hükmü kendisine bağlı olarak kazîyei muhkeme kuvveti ile birlikte kabul etmek onun hukukî mevcudiyetine riayetın şartıdır (20).

22 — Yabancı bir memlekette iktisap edilmiş olan haklara diğer memleketlerde hürmet edilmek devletler hususî hukukunun temel kaidelerindendir. A. Weiss'in dediği gibi buna aykırı hareket Devletler Husu-

(18) Diğer kararların, de plano, tesir husule getirmeleri halinde ileri sürülen hakimiyetin ihlâli müllâhazası ahvali şahsiye ve aile hukukuna ait kararlar hakkında da varit olmalıdır. Bir kimsenin ahvali şahsiyesine taallük eden meselelerde ancak millî kanununun selâhiyetli olduğu gereksesi ile bu sahada bir istisna kabul edildikten sonra, yabancı bir mahkemenin selâhiyeti dahilinde ve selâhiyetli kanunu tatbik ederek verdiği kararların tanınmaması için sebep yoktur.

(19) Max Petitpierre, adı geçen tez. p. 173.

(20) M. Raşit Seviğ, T.C. Kanunlar ihtilâfı kaideleri sentezi, s. 92.

si Hukukunun inkârı demek olur. Yabancı devlet mahkemelerine muayyen işlerde kazaî salâhiyetler tanındıktan sonra bu otoritelerin usuüne uygun olarak vermiş oldukları kararların - icraî muamelelere müncer olmadıkça - hukukî kıymetini inkâr etmek ciddi bir muhakeme tarzı değildir. Salâhiyetli bir mahkeme tarafından verilmiş bir karara kaziyei muhkeme kudretinin tanınmasında hiçbir teorik mahsur yoktur. Bu hâkimiyet fikrine de aykırı değildir. Zira bu karar her hangi bir şekilde zikredildiği zaman hâkim tetkikatı neticesinde kanaatlerine uygun olarak hükmetmekte serbest olacaktır. Mahallî mahkemenin yabancı kazanın emri altında hareket etmesi mevzuu bahis değildir. Hâkim def'i zımında ileri sürülen bir kararı kendi kanunlarına ve âmme intizamına mugayir olduğu hallerde red ve ikâme edilmiş dâvaya bakmaya devam edecektir.

Thomas H. Healy yabancı kararların tesirleri mevzuu bahis olduğu zaman temel prensip şudur ki demektir, eğer taraflar bir mes'eleyi bu ise bakmaya salâhiyetli olan medenî bir memleket mahkemesine tevdi etmişerse aynı mes'ele hakkında diğer bir memleket mahkemesinde karar verilmemelidir (21).

Hukuk Usulü Kanunumuz yabancı kararların ancak infazı için tenfiz kararına lüzum olduğunu ve bunların kaziyei muhkeme kudretini kendiliklerinden haiz olduğunu kabul etmiştir. Zira, mahkeme kararlarının kaziyei muhkeme teşkil edeceğini mübeyyin maddesi yabancı ve millî mahkeme tefriki yapmadan mutlak surette mahkeme kararlarından bahsetmiştir. Aynı kanunun 296 ncı maddesi, ecnebi memleketlerde resmen tanzim edilmiş mukavelelerin aynı şekilde Türkiye'de tanzim edilmiş mukaveleler gibi netice husule geçireceğini kabul etmesi de fikrimizi teyid eder mahiyettedir. M. R. Belgesay'ın dediği gibi, her ne kadar mukavele ve hüküm arasında fark varsa da netice itibariyle mukavele gibi hükümde taraflara kat'î bir hak vermekte olduğundan bizi alâkadar eden noktalardan bunları birbirinden ayırt etmek doğru görülmez (22).

Binaenaleyh yabancı kararlar, icraî muamelelere müncer olmamak kaydı ile (23) Türkiye'de kaziyei muhkeme teşkil eder ve meşelâ bir dâvada def'i zımında ileri sürülebilir (24).

(21) Thomas H. Healy, Recueil des cours. 1925 Tome: IV, p. 502 "Théorie générale de l'ordre public".

(22) M. R. Belgesay adı geçen eser. s. 215 - 216.

(23) Ecnebi ilâm yalnız icra kabiliyeti bakımından değil, hatta icra tedbirlerini muhik gösteren kaziyei muhkeme kuvveti bakımından da ancak mahallî kanunun onu usule ve kanuna uygunluğu noktasından hakka ve madelete müstenit bir hüküm olarak kabul ettiği derecede kıymeti haizdir. M. R. Seviğ, adı geçen eser. s. 92.

(24) M. R. Belgesay bu hususu kabul etmekle beraber dâvanın ecnebi memle-

23 — Yabancı mahkeme kararlarının tenfize muhtaç olmadan Türkiye'de netice husule getirebilmeleri için Türk âmme intizamının ihlâl edilmemesi, o ilâmın umumî ve hususî salâhiyet'lerle mücehhez bir mahkeme tarafından, müdafaa hukukuna riayet edilerek usulüne uygun olarak verilmesi lâzımdır. Bundan başka karar Türk hukukunun esas prensiplerine aykırı veva dinî, millî hisler saikasıyla verilmiş olmamalıdır.

24 — Yabancı ilâmların tenfize lüzum olmadan kaziyel mahkeme teşkil edebilme'leri için, bir takım şartlar aranmaktadır. Ve bu hususta mahallî mahkemenin aksine bir kararın bulunmaması lâzımdır. Bu bakımdan yabancı ilâm mahallî mahkemenin tetkikine tâbi olup onun kararına ihtivaç vardır. Ancak bu tetkik ve kararların Türkiye'de netice husule getirip getirmeyeceğine karar vermek ile tenfiz kararı aynı şeyler değildir.

— Ecnebi mahkemesi kararı tenfiz edilmedikçe icra edilemez, tenfiz kararı icraya tekaddüm eder. Halbuki ecnebi mahkemesi kararı mahkemenin aksine bir kararı olmadıkça Türkiye'de netice husule getirir.

— Ecnebi mahkemesi kararının tenfizine ancak, hükmü veren mahkeme ile Türkiye arasında bir mukave'e varsa karar verilebilir. Bilâkis ecnebi mahkemesi kararının Türkiye'de netice husule getirebileceğine karar vermek için muahedeye ihtiyac yoktur.

— Ahkâmı şahsiyye ve dair ecnebi mahkemesi kararları tenfiz edilemez. Fakat bunların Türkiye'de netice hâsıl etmesine mâni yoktur (25).

II

YABANCI KARARLARIN TENFİZİ

25 — Bir kararla iktisap edilen hak, bu hakkı zorla istihsal edebilmek hakkından ayrıdır. İlâmın icrası zımında devlet kuvvetlerinin yardımını talep etmek âmme haklarından olduğu cihetle her devletin dahili mevzuatına göre iktisap olunmak lâzımdır. Fertlerin bir devlet mahkemesinden leyhlerine verilmiş kararı icra ettirmek hakları yalnız o devlete bairdir. Bu bakımdan yabancı kararlar kendiliklerinden kabili icra değildirler. Bunların bir memlekette icra edilebilmeleri oradaki hâkimiyetin bu husustaki bir emrine başka bir deyişle salâhiyetli mahkemenin

kette görülmüş olmasının yeniden tetkikne mâni teşkil etmeyeceği fikrindedir: "Lehine karar verilmiş olan taraf bu kararın tenfizi yerine yeniden dava ikame edip hükmü verilmesini istevebilir. Ecnebi mahkemeden verilen kararın Türkiye'de kendiliğinden kaziyel mahkeme teşkil etmesinin neticesi usul kanununa göre yeniden tetkikine mani olmak değil, yalnız mevzu olan hususa kat'i ve kanuni bir delil teşkil etmesidir" adı geçen eser, s. 230. Kaziyel mahkeme davada taraf olanların her ikisine de aynı derecede bair olup her ikisi tarafından da aynı mevzuda açılacak olan davaların rü'yetine mâni teşkil edeceği cihetle bu fikir kabul edilemez.

tenfiz kararına vabestedir.

Tenfiz - éxequatür - A. Weiss tarafından şöyle tarif edilir: Tenfiz öyle bir karardır ki, onunla salâhiyettar mahkeme ecnebi ilâmını tenfizini mutazammın bir ifade ile tevşih ve kazasının cari olduğu ülkede kanunun ve mahallî memurların yardımını temin eder (26).

Tenfiz keyfiyetinde mahallî hâkimiyetin icapları ve müktesep haklara riayet kaziyesi telife çalışıldığı cihetle her devlette ecnebi ilâmların tenfizi değişik hükümlere tâbidir.

26 — Hukuk Usulü Muhakemeleri kanunumuz 537 inci maddesinde "ecnebi mahkemelerinden hukuk ve ticaret dâvalarına dair verilen nihâî hükümleri mutazammın olup kaziyei muhkeme teşkil etmiş ilâmların Türkiye'de icra olunabilmesi ancak salâhiyettar olan Türk mahkemesi tarafından lüzumu tenfizi hakkında bir karar verilmesi ile kabildir" denilmektedir. Buna nazaran tenfizden bahsedebilmek için:

- a) Verilmiş bir kararın bulunması,
- b) Bunun hukuk ve ticaret dâvalarına dair olması,
- c) Yabancı bir mahkeme tarafından verilmesi,
- d) Ve icraî muamelelere müncer olabilmesi lâzımdır.

27 — Tenfiz bir kararın mevcudiyetini muktazidir. Hakkı söyleyen ve âmme kuvvetine kararını icra ettiren bir âmme iktidarı muamelesi olarak tarif edebileceğimiz bir ilâm ne zaman hakikaten mevcuttur?

Evvelemirdé yabancı hâkim tarafından isdar edilen kararda bir ilâmın harici görünüşünün bulunması icap eder.

Ancak bu kifayet etmiyecektir. Bundan başka kararın zikredildiği memleket kanunlarının ona bir ilâm karakterini tanımaları da lâzımdır. Burada vasıf ihtilâfı kaidelerinin tatbiki ile karşılaşılr. Bazı memleket mahkemeleri yabancı kararlarını bir ilâm gibi kabul etmezler. Meselâ Hollanda yabancı kararlara kaziyei muhkeme kuvveti tanımadığı ve tenfiz usulü de mevcut olmadığı için Hollanda mahkemeleri böyle kararları tesirli bir vaziyete sokabilmek için mümkün oldukça bunları mukavelelerin devamı olarak telâkki ederler (27).

28 — Bir karar ne zaman yabancı mahkeme tarafından verilmiştir.

Kanunumuzun yabancı mahkeme kararından maksadı ülke haricinde verilmiş olanlar değil, yabancı bir hâkimiyet namına isdar edilenlerdir. Bu bakımdan Türk ulusu adına verilen kararlar Türkiye'de tenfiz muamelesinden muaftırlar.

(25) M. R. Belgesay, adı geçen eser s. 217.

(26) M. R. Sovig, adı geçen eser s. 61.

(27) Répertoire de droit int. privé, Tome: V p. 354.

29 — Konsoloslar tarafından verilen kararlar.

Her ne kadar bunlar devlet hudutları haricinde isdar edilmişlerse de yabancı bir otoriteyi temsilen verilmedikleri cihetle yabancı mahkeme kararı olarak telâkki edilmemek lâzımdır. Merkezin hiçbir müdahalesi olmaksızın kendiliklerinden bütün hüküm ve neticeleri husule getirebilmelidirler.

Bir konsolosun yabancı memlekette yabancı bir devletten bu devlet vatandaşlarından birini muhakeme için aldığı vekâlete istinaden verdiği kararlar yabancı ilâmı telâkki edilmelidir (29).

30 — Kanunumuz yabancı mahkeme kararlarından bahsettiği cihetle ecnebi idarî makamlarından veya usulen ve resmen mahkeme olarak teşkil edilmemiş makamlardan meselâ kiliseden verilen kararlar tenfiz edilemez. (30).

31 — Askerî işgal altındaki topraklardan verilen kararlar.

Askerî işgal, işgal edilmiş topraklar üzerindeki hâkimiyeti işgal altındaki devlete bırakan muvakkat mahiyette bir haldir. Eğer bu devletin mahkemeleri onun namına icrayı kazaya devam ederlerse kararları ecnebi mahiyetini muhafaza eder.

Yok eğer işgal kuvvetleri işgal edilmiş devlet namına mahkemelerin karar verme'lerine mâni olursa veya mahkemeler faaliyetlerini durdurur veyahutta kararları kısmî işgal altındaki devletin serbest topraklarında hiçbir kıymet ifade etmezse bunlar o devlete yabancı kararlardır.

32 — İşgal altındaki devlet mahkemeleri tarafından o devlet namına verilen kararlar işgal eden devlet tarafından ilhaktan sonra dahi yabancı kararı olarak telâkki edilir.

İşgal edilmiş topraklarda işgal eden devletin kendi mahkemelerini kurarak hüküm vermesi halinde bu kararların işgal altındaki devlet nezdinde ne gibi bir kıymet ifade edeceği muahedelerle halledilir. Muahedelerin sübût ettikleri ahvâlde işgal altındaki devlet bu kararları hiç isdar edilmemiş gibi kabul etmek hakkını haizdir. Zira bunlar işgal edilen topraklarda kendisinin tanımadığı bir hâkimiyet namına verilmiştir (31).

33 — Terk ve ilhakın kararlara tesiri.

Arazi terk ve ilhakı bir devlete ait toprağın o devlet'in hâkimiyetinden çıkacak başka bir devletin hâkimiyeti altına girmesi (31, b) demek olduğuna göre bittabi terk ve ilhaktan sonra terk eden devlet mahkemelerinden verilen kararlar bu arazide ancak bir tenfiz kararı ile infaz oluna-

(29) Répertoire de droit int. privé, p. 357 Tome: V.

(30) M. R. Belgesay, adı geçen eser, s. 219.

(31) Répertoire de droit int. privé, Tome: V, p. 359 - 360.

(31,b) Dr. Osman Fazıl Berki, adı geçen eser, s. 78.

bilecektir. Buna mukabil ilhak eden devlet mahkemelerinin kararları - de plano - bütün neticeleri husule getirecektir. Ancak terk ve ilhaktan evvelki kararlar hakkında nasıl bir neticeye varmak doğru olur?

34 — A. Weiss'a göre bu hususta şu esas fikirden hareket etmek doğrudur: "Bir arazinin terk ve ilhakını tanzim eden muahede makale şâmil değildir ve müktesep hakları hiçbir surette ihlâl edemez." (Weiss adı geçen eser Tome: VI. P. 24) Böylece, bir karar almış olan dâvacı bu kararı, kaziyel muhkeme teşkil ettiği gün terk eden devlete ait olan topraklarda tenfiz muamelesine lüzum olmaksızın infaz ettirebilmek hakkını iktisap etmiştir. Bundan sonra o toprakların ilhak edilmesi dâvacının tenfiz kararı olmadan, sadece bu topraklarda değil terk eden devletin bütün arazisinde icrayı takip etmesine mâni teşkil etmez. Bu terk eden devlet için millî bir karardır.

35 — Bilâkis ilhak eden devlet için, terk edilen arazi mahkemelerinden verilmiş ve fakat ilhaktan evvel kesbi kat'iyet etmiş hükümler yabancı ilâm mahiyetinde olduğu cihetle onun topraklarında bu kararların icrası tenfiz kararını icap ettirecektir. Bu hususta kaybeden tarafın bir hakkı müktesebi vardır. (32).

Bu telâkkiye göre ilhak eden devlet mahkemeleri tarafından ilhaktan evvel verilmiş olan kararların ilhak edilen arazide infazı da tenfiz kararını iktiza ederse de, bu vaziyette kararı veren aynı devletin bir diğer mahkemesi tarafından (ilhak edilen arazide tesis edilecek mahkeme) tenfize karar vermesi lâzım geleceği ve tenfizin ancak yabancı kararlar hakkında mevzu bahis olacağı göz önünde tutularak tatbikatta bu kararları - de plano - lâzımülcra olacağı kabul edilmiştir.

36 — İlhak kat'i şekilde neticelendiği zaman evvelce verilmiş olan karar henüz kesbi kat'iyet etmemişse dâvacının müktesep hakkı yoktur. Bu vaziyette iki ihtimal karşımıza çıkabilir:

1 - İlhaka kadar karara karşı hiçbir itiraz yapılmamıştır. Bu halde ilhak eden devletin tesis edeceği mahkemelerden kararın temvizi istenecektir. Ve bu suretle verilecek karar da ilhak eden devletin millî kararı olarak bütün bu arazide icra edilecektir.

2 - İlhak tekemmül etmeden evvel karar temyiz edilmiştir. Burada da bir tefrik yapmak lâzımdır:

(32) Tem. 4. H. 27/6/941 3713 sayılı kanunun 3 üncü maddesine göre Hatay devletinin teşekkülünden evvel İskenderun'da sâdir olmuş ve Fransız devletine izafeten verilmiş olan hukuk ve ticaret dâvalarına mütedair kesbi kat'iyet eden ilâmlar hakkında usulün 537 inci maddesi hükmünün tatbik olunacağı ve tenfiz kararında bu kanunun bu hususa dair vazettiği diğer şartların aranmayacağı yazılı olmasına ve bütün tenfiz masraflarının mahkûmünaleyhe aldiyetinin tabii bulunmasına.

a) İtiraz sonradan terk edilen arazi'deki bir mahkemeye yapılmışsa karar seyrini takip ederek ilhak eden devlet namına verilmiş bir hükümle kat'iyet kesbedecektir. Ve bu suretle devletin millî kararı olacağı cihetle eski ve yeni arazisinde kendiliğinden icra edilebilecektir.

b) Eğer itiraz terk edilen arazi'de ki bir mahkemeye deşilde terk eden devletin topraklarındaki bir makama varılmışsa dâva o devlet namına görülecek ve nihavetleneyecektir. Bövlece karar terk muamelesinin tel'emmülünden sonra bu arazi'de yabancı bir kararın tâbi olacağı formalliteye uvarak icra kabiliyetini iktisan edecektir. Zira bu karar ilhak eden devlet için yabancı mahkemededen verilmiş bir karardır.

Kararın nakzı halinde de dâva terk eden devletin diğer mahkemelerine gönderileceği cihetle bu halde de verilecek karar ilhak edilen topraklarda yabancı ilâm mahiyetinde olacaktır.

37 — Ecnabi ceza mahkemelerinden sâdir olan kararlar.

Kanunumuz hukuk ve ticaret dâvalarına ait kararların tenfizinden bahsetmektedir. Bu bakımdan yabancı kararların verildikleri mahkemenin nev'i itibariyle bir tefrik yaparak meselâ ceza mahkemelerinden verilen kararların tenfizini kabul etmemek mi icap edecektir?

Kanunumuzun maksadına göre kararı veren mahkemenin nev'i değil dâvanın taallûk ettiği münasebetlerin nev'i bu hususta kıstas olmalıdır. Bir ceza mahkemesinin kararı vermiş olması haizi ehemmiyet değildir. Dâvada hususî bir menfaatin bulunması lâzım ve kâfidir. (33). Ceza kanununun mülkiliği prensibi bir âmme dâvası z'mnında verilmiş olan bir ceza mahkûmiyetin diğer memleketlerde tesir husule getirmesine mâni olur. Fakat ceza mahkemesi âmme dâvalarından başka, bir tazminatın mevzuu bahis olduğu zamanlar hukuk dâvalarına da bakabilir. Bu gibi hallerde her ne kadar bir ceza mercii tarafından sâdir olmuşa da karar hukukîdir. Binaenaleyh yabancı ceza mahkemelerinden verilmiş olsa dahi hukuku şahsiyeye, tazminata dair kararlar hukuk mahkemelerinden verilen kararların tâbi olduğu şartlar ve usûller dairesinde tenfiz olunmak icap eder.

Kanunumuzun 545 inci maddesindeki sarahat de fikri teyid etmektedir: "İlâmâtı cezaiyedeki hukuku şahsiye hükümleri hakkında bu fasıl mucibince tenfiz kararı istihsal olunabilir."

38 — Kararın icrafı muamelelere müncer olabilmesi.

Tenfiz muamelesine ancak infazı mevzuu bahis olan kararlar tâbi olacakları için éxequat'ur'e arz edilecek olan kararların icraf kabiliyetlerinin bulunması yani maddî bir muameleye müncer olabilmeleri icap eder. Bu

(33) Niboyet, manuel 21ème ed. No: 817.

bakımdan münazaasız yargıya taallük eden yabancı kararları tenfiz muamelesinden varestede tutmak doğru olacak mıdır?

Birçok hukuk sistemlerinde münazaalı (çekişmeli veya dâvalı) yargı - Jurisdiction contentieuse - ve münazaasız (çekişmesiz yahut dâvasız) yargı - Jurisdiction non contentieuse, Jurisdiction volontaire, jurisdiction gracieuse - tefriki yapılır. Hukuk muhakemeleri kanunumuzun aslı olan Neuchâtel kanunu bizim dokuzuncu bap karşılığı olan aynı babına Jurisdiction non contentieuse başlığını koymuştur. (34). Yani bu bap içindeki işler çekişmesiz yargı işlerindedir.

Münazaalı yargının mevzuu, ihtilâflı işlerin tetkiki halli ve kararların infazı olduğu halde dâvasız yargının mevzuu hiçbir ihtilâf arz etmeyen, karşılıklı menfaatlerin çekişmediği, bir halin tesbitine veya muayyen bir iznin verilmesine inhisar eden işlerdir.

39 — A. Weiss'in müdafaa ettiği ve bize de makûl görünen bir fikre göre (Weiss, adı geçen eser. Tome: VI. P. 38) bu yargı sahasına giren kararların tenfizine iüzum yoktur. Zira bunlar hakikatte karardan ziyade yabancı hâkimin resmî bir memur rolü oynadığı hukukî muamelelerdir. Mahiyetleri itibariyle idarî ve önleyici olan işlerdendir. (35). Yabancı kararların kaziyel muhkeme kuvvetini tanıdığımızı göre hiçbir icraî muameleyi icap ettirmeyecek olan bu kararların hukukî kıymetini inkâr etmemek lâzımdır. (36).

40 — Münazaasız yargı alanına giren işler pek çeşitlidir. Vasi tâyini, vesayete itiraz, terekenin yazılması, şirketlerin sicille kaydedilmesi, mirasçılara miras vesikası verilmesi, bir san'at ve meslek icrası için kârıya izin verilmesi, nesebin tashihi, (M. K. 249, 250 fıkra I, 251) evlât edinmede yargıcın tasdiki gibi. Bu kategoriden olan muameleler ancak maddî icraya esas teşkil ettikleri nisbette tenfize tâbi tutulmalıdırlar. Bir vasi'nin tâyini mahallî memurların yardımını istemeden normal vazifesini yapması bu formaliteye zaruret gösteren icraî muamelelerden olarak telâkki edilmemek icap eder.

Malların satılmasını âmir bir yabancı karar bu mallar mahallî mahkeme marifetiyle satılmak istenirse tenfize tâbi olmalıdır. (37).

41 — Hakem kararları.

(34) Şabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri. s. 18.

(35) Bazı memleketlerde idarî makamların salâhiyeti dahilindedir. S. Ş. Ansay, aynı eser. s. 16.

(36) S. Ş. Ansay'a göre bu hasada kesin hüküm hali olamaz, kural olarak yeni icaplar altında yeni bir karar alınabilir.

(37) Répertoire de droit int. privé. Tome: V. p. 355.

Yabancı bir memlekette verilen hakem kararlarının infaz edilebilmeleri için evvelden tenfiz kararı almaya ihtiyaç olacak mıdır? Bu hususun halledilmesi için hakem kararlarının hukukî mahiyetini tesbit etmek lâzımdır. (38).

Bazı müellifler hakem kararlarını kazaî mahiyette görürler. Şöyle ki: Hakemler kendilerini tâyin eden tarafın vekili olmayıp onlar tarafından azledilemedikleri gibi onların menfaatlerini korumakla da mükellef değildirler. Kararlarında tıpkı bir hâkim gibi hukukî esaslara riayet ve kanaatlerine uygun hareket etmeleri icap eder. Fertler arasındaki ihtilâfları tıpkı bir mahkeme kararı gibi kat'î ve nihai bir şekilde hallederler. Mahkeme kalemine tevdi edildikten sonra taraflara tebliğ edilirler ve salâhiyetli mahkeme tarafından tasdik edildikten sonra da lâzımülcra olurlar.

42 — Diğerleri ise bunlarda mukavelevî bir karakter görmektedirler. Hakemler bir hâkim gibi kanun hükmünden olarak mecburen değil, tarafların akdettikleri mukavele icabı olarak karar verirler. Bu kararlar tahkim mukavelesine merbut ve onun mütemmimidirler. Her ne kadar hakemler tarafların ayrı ayrı vekili değilse de müşterek vekilleridirler. Ve taraflar onlar vasıtası ile aralarındaki ihtilâfın hal şeklini tesbit ederler.

43 — Mutavassıt bir fikre göre ise hakem kararlarının hukukî mahiyetini tâyin edebilmek için bir tefrik yapmak zarureti vardır.

Eğer, hakem mahkeme tarafından mecburi olarak tâyin edilmişse, başka bir deyimle mecburî tahkim mevacehesinde bulunuluyorsa karar kazaî mahiyette addedilmelidir. Eğer, tahkim ihtiyarî ise karar mukavelevî mahiyette sayılmalıdır.

Birinci halde yabancı memlekette verilen hakem kararlarının tenfizinde ecebî mahkemelerden verilen ilâmlar hakkındaki usûl hükümleri tatbik olunur.

İkinci halde ise tenfiz kararına lüzum yoktur (39).

Yargıtay Ticaret Dairesi hakem kararlarının kazaî mahiyette olup icra edilebilmeleri için tenfiz kararına lüzum olduğu fikrindedir (40).

(38) H. M. U. kanununun 516 ve müteakip maddeleri.

(39) Osman F. Berki, adı geçen eser. 1949 s. 421.

(40) Yargıtay Ticaret Dairesinin 24. 4. 949 gün ve E. 1948/4733 K. 2042 sayılı kararı. - Yaşayan Hukuk Dergisi Yıl: I, s. 4.

III

TENFİZ KARARININ VERİLEBİLMESİ İÇİN YABANCI İLÂMIN
İHTİVA ETMESİ İCAP EDEN ŞARTLAR

44 — Bundan evvelki bahiste tenfizden bahsedebilmek için yabancı bir mahkeme tarafından ticaret ve hukuk dâvalarına dair verilmiş, icraf muamelelere müncer olabilecek mahiyette bir kararın mevcudiyeti lüzumu üzerinde durulmuştu, burada böyle bir yabancı ilâm hakkında tenfiz kararı verilebilmesinin mütevakkıf olduğu şartlar incelenecektir.

Hukuk Usuiü kanunumuzun 537 inci maddesine göre: "Hüküm bu hükmü veren mahkemenin kanununa göre hakikaten mevcut, kat'i ve nihai olması" ve 540 inci maddesine göre de:

— Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmi ita eden devlet beyninde mukabeleleibilmisil esasına müstenit mukavele veya muahede bulunması,

— İlâmın salâhiyettar olmayan bir mahkeme tarafından verilmemiş veya iki taraf usulen dave edilerek muhakeme gayaplarında veya kanunî vekil ve mümessilleri huzurunda cereyan etmiş olması,

— Hükümün hukuku âmme kaidelerine mugayir veya intizamı umumînin icabatına muhalif bulunmaması veyahut ilâmın Türk kavaidi esasiyeyi kanuniyesine muhalif hükmü ihtiva etmemesi,

— İlâmın ahkâmı şahsiyeye veya aile hukukuna mütedair bir dâvaya ait bulunmaması, lâzımdır.

45 — Kararın kat'i ve nihai olması.

Bir karar yabancı memleketlerde ancak verildiği yerdeki kanunlara göre ve orada husule getireceği neticeleri hasil edip fazlasını hasil edemez. Binaenaleyh her şeyden evvel kararın kaziyeyi muhkeme kudretini iktisap etmiş olması icap eder. Zira isdar edildiği memlekette bir tesir husule getirebilmesi için bu kudrenin tanınmış olması zaruridir. Aksi halde ise henüz kesbi kat'iyet iktisap etmemiş bir hüküm, prensip itibariyle icraf muamelelere müncer olamayacağı cihetle bunlar hakkında tenfiz kararı verilemez. Kararın verildiği memleket kanununa göre nihai ve kat'i olması icap eder, bu hususun tesbitinde bir güçlük olmayacaktır. 539 uncu madde fıkra 2 deki vesikalar kararın kat'iyeti hakkında yeter derecede bir kanaat verecektir. (42).

46 — Verildiği memlekette daha fazla bir tesir tanımak mantıkî olmayacağı cihetle acaba kararın isdar edildiği memlekette icra kuvvetine malik olması icap edecek midir? Katiyet kesbetmiş nihai bir karar

(42) "...Hükümü veren ecnebi mahkeme kalemi tarafından musaddak ve hükümün kaziyeyi muhkeme teşkil etmiş olduğunu mübeyyin vesika veya şerh ile bunların musaddak tercümelere."

normal olarak kaziyei mahkeme kuvvetini ve icra kuvvetini haizdir. Ancak bazı memleketlerde kararların infaz edilebilmesi için ilâmda vacibül icra olduğunu mübeyyin bir ibare aranmaktadır (43). Böyle bir memlekette verilmiş olan kararın tenfizi mevzu bahis olduğu zaman acaba bu husus nazarı itibara alınacak mıdır? Tamamen idarî mahiyette olan bu tarz bir formülün hükme raptedilmesi veya edilmemesi hükmün karakterini değiştirmeyecektir. Zaten onun vacibül icra olup olmadığına karar vermek kendisinden tenfiz talep edilen memleket kanunu ve mahkemesinin selâhiyeti dahilinde bir meseledir. Binaenaleyh katiyet kesbetmiş bir hüküm bulunduktan sonra bunun verildiği memlekette icra kuvvetini haiz olup olmadığı hususu ehemmiyetsizdir (44).

47 — Bazı kararlar nihai olmadıkları halde verildikleri memlekette kabili icradırlar. İhtiyatî tedbir kararları gibi muvakkat kararlarla temyiz müddeti henüz geçmemiş olan nihai kararlar böyledirler (45). Nihai olmadıkları için bunlar hakkında tenfiz kararı verilmeyecek midir?

Kararların beynelmilel icrasını icap ettiren sebepler muvakkat kararların muvakkaten icrasında da mevcuttur. Verildikleri memlekette kabili icra bir hale geldikten sonra bunlar hakkında tenfiz kararı vermek için hiç bir sebep yoktur. Zaten bu kararların bütün kıymeti hemen icra edilebilmesindedir. Aksi takdirde böyle bir tedbire tevessül etmenin faidesi kalmıyacaktır. İcra edilemeyecek olduktan sonra münazaalı seyin muhafazası için lâzım gelen her türlü tedbirin ittihazında veya tedbiri ihtiyatî mahiyetinde bir nafaka kararının alınmasında ne gibi bir faidei ameliye olacaktır? Muvakkat bir zaman için kati bir hüküm kuvvetinde olan bu kararlarında tenfizi mümkün olmalıdır. Kaanatimizce bu 537 inci maddenin isdarında esas olan prensibe aykırı değildir. Her ne kadar madde sarahaten kati ve nihai hükümlerin tenfiz edilebileceğini mübeyyin isede böyle bir hükmün bütün neticelerini muvakkat bir zaman için doğuran bu kararları da maddenin ruhuna aykırı olmayan bir istisna olarak kabul edip, aynı muameleye tabi tutmak ve tenfizine karar

(43) Almanyada hakem kararları hakkında mahkemenin tasdiki lâzımdır. Hukuk usulü mahkemeleri kanunumuzun 536 inci maddesi de aynı lüzuma işaret eder.

(44) Fransada gıyabî kararlar verildiklerinden itibaren altı ay içinde icra takibinde bulunulmazsa bu müddetin hitamında hiç isdar edilmemiş gibi telâkki edilir. Binaenaleyh onların bir kıymet ifade etmeleri bu mehil içindeki icraya bağlıdır. Federal mahkeme icrai muamelelere Fransada tevessül edilmesi şart olmayıp kararın nihai addedilmesi için muayyen müddet içinde İsviçrede takip edilmesinin kifayet edeceğine karar vermiştir. (Max Petitpierre, adı geçen tez. p. 178, No. 2).

(45) Prensip itibariyle temyiz icrayı durdurmaz, böyle bir karar infisahi bir şartla - temyiz mahkemesi tarafından naksedilmemek şartıyla kabili icradır.

vermek doğru olur. Muvakkat bir kararın verildiği memlekette bir zaman sonra değişebileceği ileri sürülürse de, bu ihtimal nihai kararlar hakkında da - iadei muhakeme gibi fevkalâde yollara muracaat edilmesi halinde - daima mevcuttur (46). Fransız mahkeme içtihatları bu merkezdedir (47).

48 — Kararın selâhiyetli bir mahkeme tarafından verilmiş olması.

Yabancı memlekette verilmiş olan bir kararın tanınması ve tenfizi bu memleket mahkemesinin selâhiyetli olmasına mütevakkıftır.

Selâhiyet iki kısma ayrılır: Umumî selâhiyet ve hususî selâhiyet.

Umumî selâhiyet beynelmînel bir mahiyet arzeder. Muhtelif devletlere mensup mahkemelerin birbirine nisbetle muayyen bir dâvayı görmek hususundaki selâhiyetleri demektir.

Hususî selâhiyet bir devlet mahkemelerinden birinin bir dâvayı görmek hususundaki selâhiyetidir (48). Bu dahilî bir meseledir ve tayini kararı veren mahkemenin mensup olduğu devlet kanununa bağlıdır. Bu kanuna göre zati madde itibariyle veya yer bakımından hangi mahkeme selâhiyetli ise dâvayı o rüyet eder. Ancak bu selâhiyet kaidesine riayet edilmeksizin verilmiş olan bir karar, orada kesbi katiyet ettikten sonra artık selâhiyet itirazı ileri sürülemeyeceği cihetle kabili icra bir hale gelecek ve diğer memleketlerde de tenfiz edilebilecektir. Bu bakımdan burada hususî selâhiyet değil umumî selâhiyet mühimdir (49).

Umumî selâhiyetin tayini için iki gurup sistem ileri sürülmüştür:

Birinciye nazaran selâhiyet ihtilâf mevzuunun nevine göre değişen objektif kaidelerle yani devletler hukukunun bir kısmını teşkil eden umumî kaidelerle tayin edilir.

İkinciye nazaran ise selâhiyeti tayin hususî bir kanuna bırakılmıştır (50).

49 — Birinci gurupta bilhassa iki karakteristik sistem vardır:

a) Bu sistemde sadece ihtilâflı hakkın nevi selâhiyetin tayininde kıstas olur. Bir ihtilâfî halletmeğe selâhiyetli olan mahkeme, kanunları

(46) Répertoire de droit int. privé, Tome: V, p. 373.

(47) M. R. Belgesay'a göre: Yabancı mahkemeden verilip mahalli kanunlara göre icrası kabil olan ve fakat muvakkat veya tadil ve tashih edilebilen kararlar, adi yollar ve fevkalâde yollarla tashihi kabil olan kararlar tenfiz edilemezler. Fevkalâde yollarla tashihi kabil kararlar bu yollar halen açık bulunmadıkça tenfiz edilebilir. (D. H. H. unda adliye s. 218).

(48) Dr. Osman F. Berki, adı geçen eser. s. 394.

(49) M. R. Belgesay aynı fikirdedir. (Adı geçen eser, s. 221).

Aksi fikir M. R. Seviğ, adı geçen eser. s. 85.

(50) Max Petitpierre, tez. p. 180 et suivant.

o meseleye tatbik edilecek olan devlet mahkemesidir prensibi mümkün olduğu kadar tatbik edilerek teşriî selâhiyet ile kazai selâhiyet birleştirilmeğe çalışılır (51). Böylece bazıları ahvali şahsiye hakkında diğerleri aynı haklar, miras hukuku veya mukaveleler hakkında tanınan bir sıra beynelmilel selâhiyetler doğacaktır.

b) İkinci sistemde ise inşai dâvalarla eda dâvaları arasında bir tefrik yapılır.

Inşai dâvalarda esas netice medenî hukuk bakımından olduğu cihetle teşriî selâhiyetin kazai selâhiyeti tayin etmesi prensibi tatbik edilir. Zira bir hakkı değiştirmek düşürmek yok etmek selâhiyeti bu hak-
kım tabi olduğu kanun ve devlete aittir.

Fakat eda dâvaları mevzuu bahis olduğu zaman her ne kadar bunlar da maddî hukuk bakımından tesir husule getirebilecek kararlarla neticelenebilirlerse de bilhassa usul bakımından husule getirdikleri tesirler çok daha mühimdir. İhtilâflı iddianın vacibülcra olmasını temin ederler. Bu bakımdan dâvacının, usul hukuku bakımından neticeler hangi memlekette husule gelecekse oradan karar almasında daha fazla menfaat vardır. Binaenaleyh selâhiyetli mahkeme bu memleket mahkemesi olacaktır. Ancak bu vaziyette verilen kararın maddî hukuk bakımından olan neticelerini diğer memleket tanımayacaktır. Zira mahkeme bu bakımdan selâhiyetsizdir.

Görülüyor ki bu iki sistemde de selâhiyet meselesi umumî bir prensiple objektif kaidelerle halledilmeğe çalışılmaktadır. Ancak bu sahada doktrinde henüz bir anlaşmaya varılmamış olması ve prensiplerin bütün devletler tarafından umumî bir şekilde kabul edilmemesi sebebiyle bunun bugün için kabiliyeti tatbikiyesi yoktur.

50 — İkinci gurupta üç sistem mümkündür:

a) Bu sisteme göre selâhiyet kararın verildiği memleketin kanununa göre tayin edilir. Böylece yabancı kanun vazı başka memleketlerde doğan tekemmül eden ve neticeler husule getiren münacebetlere taalluk eden ihtilâfları kendi mahkeme'lerinin selâhiyetine tabi tutabilir. Bu sistem kabul edilirse istisnai mahiyeti olan ve yabancılar aleyhine vatandaşı iltizam eden selâhiyet kaide'eri tanınmış olur. Bundan başka bu sistem selâhiyet şartının tetkikini boş bir formalite haline sokar, zira bir mah-

(51) Bir mahkemenin adli selâhiyeti ile teşriî selâhiyet prensip itibariyle birbirinden ayrı ve müstakil mefhumlardır. Bir devlet kanununun bir ihtilâfı hal hususundaki selâhiyeti o devlet mahkemelerinin selâhiyettar olmasını tazammun etmez. (Dr. O. F. Berki a, g, e. s. 393 - 394). Bu bakımdan ileri sürülen fikir doğru değildir.

kenne ancak kendi kanununun selâhiyet verdiği hallerde bir dâvaya bakabilecektir. Aksi halde ise reddeder.

b) İkinci sisteme göre selâhiyet tenfiz kararının verildiği memleket kanununa göre tayin edilecektir. Bu, bir devletin kendisinin de kabul ettiği bir şeyi diğer devletlere reddedemeyeceği esası üzerine müessesdir.

Bu sistem kabul edilirse tenfiz talebinin reddedilmesinin önüne geçilmesi imkânsız olacaktır. Bir devlet mahkemelerinden kendi selâhiyetlerini yabancı bir kanuna göre tayin etmeleri istenemez ve bu mahkemeye verdiği kararın yabancı memleketlerde tesir husule getirip getirmeyeceğini de araştırmaya mecbur değildir. Zaten isdar edilen bir kararın hangi memleketlerde infaz edileceği bilinmeyeceği cihetle selâhiyetin hangi kanuna tâbi olacağı evvelden kestirilemeyecektir. Bu bakımdan lehine bir karar almış olan taraf, bu kararı veren mahkemenin beynelmilel selâhiyetinden daima şüphe edecektir.

c) Üçüncü sisteme göre kararı veren mahkeme hem kendi kanununa göre ve hem de tenfiz kararı verecek olan mahkemenin tabi olduğu devlet kanununa göre selâhiyetli olacaktır. Bir mahkeme ancak kendi kanununa göre selâhiyetli olduğu dâvalara bakacağı cihetle bu sistemde netice itibariyle ikinci sistemden farksız olacaktır.

51 — Bütün bu üç sistemde de selâhiyetin tayini hususunda umumî prensiplerden ayrılıp, devletlerin dahili mevzuatının kabul ettiği Fransız usul k. 14 ve 15 inci maddeleri gibi istisnai mahiyette bazı selâhiyet kaidelerinin tatbiki kabul edilmiştir (52). Devletlerin kazaf hâkimiyet arzularını tatmin eden dahili mevzuatlarının bu meseleye tatbikinca yabancıların zararına vatandaşın menfaatlerini iltizam etmek gibi bir mahsur vardır. Bu bakımdan objektif prensiplerle meselenin halli daha âdil olacaktır. Ancak yukarıda işaret edildiği gibi tatbik edilebilmeleri için bütün devletler tarafından kabul edilmiş olmaları icap eder.

Mahzurlarına rağmen en makul sistem beynelmilel selâhiyetin, tenfiz kararını verecek olan memleket kanununa göre tayin edileceğini kabul eden sistemdir. Her devletin teşrii selâhiyet ihtilâflarında olduğu gibi kazaf selâhiyet ihtilâflarının halli hususunda da kabul ettiği bir sistem var-

(52) Fransız hukuk usulü kanunu madde 14.

"Fransada sakin dahi olmayan yabancı Fransada bir Fransız ile akd (iltizam) etmiş olduğu borçların ifası için (ifasından dolayı) Fransız mahkemeleri huzurunda celb edilebilir. Keza böyle bir yabancı Fransızlara karşı yabancı memlekette deruhte etmiş olduğu borçlardan dolayı Fransız mahkemeleri huzuruna davet okunabilir".

Madde 15:

"Bir Fransız yabancı bir memlekette hatta bir yabancıya karşı deruhte etmiş olduğu borçlardan dolayı bir Fransız mahkemesi huzurunda celbedilebilir".

dır. Ve o devlet hakimi bir mahkemenin beynelmilel selâhiyeti mevzu bahis olduğu zaman meseleyi bu sisteme göre halleder. Binaenaleyh yabancı bir ilâm hakkında tenfiz kararı vermek mevkiinde bulunan Türk hâkimi de kararı vermiş olan mahkemenin beynelmilel selâhiyetini Türk hukukuna göre tayin edecektir.

52 — Böylece Türk hukukunun kabul ettiği kaidelere göre mahkeme selâhiyettar bulunuyorsa artık o mahkeme umumî selâhiyeti haizdir, ve ilâm selâhiyetli bir mahkemedir sâdir olmak itibarıyla muteberdir. Aksi takdirde ilâm selâhiyettar olmayan bir mahkeme tarafından verilmiş olacağından tenfiz talebi reddolunur.

Türk kanununun hasren Türk mahkemelerine selâhiyet verdiği işlerde yabancı mahkeme beynelmilel selâhiyeti haiz olamaz.

Bir Fransız mahkemesi usul kanununun 14 üncü maddesine binaen kendi umumî selâhiyetini tesbit ederek Fransada sâkin olmayan yabancı aleyhine mahza bir Fransızla muamele yaptığından dolayı dâvayı kabul etmiş ise bizim kaidelerimize göre Fransız mahkemesi yabancının tabii hakimi olamayacağından umumî selâhiyeti gayri makul görülecek ve ilâm selâhiyetsiz mahkeme tarafından verilmiş addolunacaktır (53).

53 — İtalya ile aktedilen muahedenin 15 inci maddesine göre selâhiyet devletler hukuku esaslarına ve hükmün verildiği memleket kanununa göre tayin edilir.

Avusturya ile olan muahedenin 18 inci maddesine göre ise bu hususta tenfiz kararı verecek mahkemenin kanunu kıtas olacaktır.

54 — Müdafaa hakkına riayet edilmiş olması.

Bir mahkemede aleyhine dâva ikame edilmiş olan şahsa hakkını müdafaa imkânının verilmesi bütün medenî devletler tarafından kabul edilmiş bir prensiptir. Binaenaleyh hakkı müdafaa ihlâl edilerek hükmedilen bir mahkûmiyet kararı devletler hukuku prensiplerine ve adalet duygusuna mugayir olacağı için tenfiz edilemez.

Dâvanın müdafaaasını yapabilmesi, mukabil delillerini serdedebilmesi için her şeyden evvel o dâva zımında mahkemeye davet edilmiş olması veya yazılı usulü muhakemeye tâbi bir işse cevap lâyihası için müsaait bir mühletin verilmesi icap eder.

Hukuk usulü muhakemeleri kafunumuzun 540 inci maddesi 2 No. daki hükme göre müdafaa hukukuna riayet edilmiş olmak için: "iki taraf usulen davet olunarak gelmemişlerse gıyaplarında veya usulen davet edilmemiş olsalar bile kendileri makbul bir surette temsil edilmiş-

(53) M. R. Seviğ, adı geçen eser. s. 86.
M. R. Belgesay, adı geçen eser. s. 222.

lerse vicahlarında muhakeme cereyan ederek hükmün verilmiş olması lâzımdır. Aksi halde ise yani davet edilmemiş bir tarafın gıyabında veya makbul bir surette temsil edilmeyen tarafın vicahinde aleyhine hükmedilmesi müdafaa hukukunu ihlâl eder. Ve böyle bir hüküm tenfiz edilemez.

55 — Davet ne zaman usulüne uygun ve muteber olacaktır?

Davet bir usul meselesi olması ve her mahkemenin kendi usul kanununa riayeti esas bulunması sebebiyle lex fori'ye uygun bir davet muteber addedilmelidir. Bu kanunda ki şekil ve mühletlere riayet edilmeden yapılan davet usulsüzdür.

Fakat yabancı bir memlekette ikamet eden alâkadarlara davetnamenin tebliği mevzuu bahis olduğu zaman, bunun ora makamlarını istinabe suretiyle yapılması doğru olur. Zira, ancak mahallî selâhiyetli makamlar tarafından yapılan bir tebliğat muteberdir.

Davet usulsüz yapılmış olsa bile, dâvalı dâvadan haberdar olup kendisini temsil ettirmiş veya müdafaaasını yapmışsa, bilâhara tenfiz safhasında davetin usulsüz yapılmış olduğu iddiasını serdedemez (54).

Eğer kanuna uygun olarak çağırılmış olmakla beraber mahkemeye gelmek imkânı temin edilmemişse, - davetnamenin duruşma tarihinden sonra gelmesi veya kendisini temsil ettirmek, mahkemeye çıkabilmek için yetecek kadar erken gelmemesi halleri gibi - tenfiz sırasında müdafaa hukukuna riayet edilmemiş olduğu hususu ileri sürülebilir (55).

56 — Temsilin makbul olup olmadığı hangi kanuna göre tayin edilir? Bazı müellifler temsilin makbul bir surette yapılmış olması için alâkalının millî kanununa uygun olması icap edeceği mütalâasındadırlar.

İtalya ve Avusturya ile yapılan muahedelerde temsilin hükmün verildiği memleket kanununa göre yapılması kabul edilir.

57 — Usulüne uygun olarak davet edilmiş olmakla beraber mahkemeye gelmiyen taraf hakkında gıyap kararı verilebilir. Bu dâvanın görülmemekte olduğu mahkeme kanununa uygun olmalıdır (56) ve o kanunun icabatına riayet edilmelidir. Meselâ: O kanuna göre gıyap kararının alâkalı tarafa tebliği ile muayyen bir günde mahkemeye daveti icap ediyorsa bu hususlar nazarı itibara alınmadan dâvaya devam edilerek hükmün verilmesi tenfiz talebinin reddine sebep olmalıdır.

58 — Yabancı mahkemenin selâhiyeti veya müdafaa hukukunun ihlâl edilip edilmediği tenfize karar verecek mahkeme tarafından resen nazarı itibara alınmayıp tarafların bu hususta itirazları lâzımdır.

(54) Max Petitpierre, adı geçen tez. p. 190.

(55) Max Petitpierre, adı geçen tez. p. 190.

59 — Mütakabiliyet şartı.

Hukuk usulü kanunumuzun 540 mcr maddesinin 1 No. su tenfiz kararı verebilmek için Türkiye ile ilâmi ita eden devlet beyninde mukabelebilmisî esasına müstenit mukavele veya muahede bulunması lüzumunu mübeyyindir. Şu halde bizimle bu hususta bir mukavele veya muahedesini bulunmayan devlet mahkemelerinden sâdir olan ilâmlar hiçbir surette icra mevkiine konamaz. Avukat Salem'in dediği gibi maddenin sarahati karşısında başka türlü bir tefsire imkân yoktur (57) ve tatbikatta da mahkemelerimiz tarafından böyle bir muahede aranmaktadır.

60 — Fakat bu madde hükmü kanunumuzun ruhuna ve Türk devletler hukuku prensiplerine aykırı yersiz bir hükümdür. Böyle bir şart mukabil hareketleri tahrik edecek ve Türk mahkemelerinden verilen kararların beynelmilel icrası imkânsızlaşacaktır. Bir devlet hâkimiyetinin tatbik sınırlarını değiştirmek yabancı bir hakimiyete bağlanamayacağı cihetle mütakabiliyet şartını aramak doğru olmaz (58). Almanya, Romanya, Mısır gibi bazı memleketlerde bu şart kabul edilmiş olmakla beraber aranan ahdi değil fiili bir mütakabiliyettir bu husus isbat edilince tenfize karar verilir.

Filhakika Neuchâtel kanununda ahdi bir mütakabiliyet aranmaktadır, fakat bu bizde olduğu gibi tenfizin bir şartı değil tenfiz kararı olmaksızın hükmün Federal kanunlara göre icra edilebilmesinin bir şartıdır.

Prof. M. R. Belgesay'ın dediği gibi Türkiyenin beynelmilel münasebetlerinde devletler hukuku esaslarından ayrılmayıp bütün kanunlarında bu kaideleri gözetmekte olduğu nazarı itibara alınırsa bu maddenin Türk hukuk sistemine ne kadar aykırı olduğu tebarüz eder. Bu bakımdan hükmün değiştirilmesi veya fiili mütakabiliyetle yetinecek bir içtihadın teessüsü temenni edilir.

61 — Mütakabiliyet esası üzerine yapılan muahedenin şümulü. Bir devlet ile mütakabiliyet esası üzerine muahedemiz mevcut ise bu muahedenin hükmü yalnız âkitlerin tebaasına mı ve mutlaka âkitlerin tebaasına mı taalluk eder?

Yalnız âkitlerin tebaasına inhisar etmez. Binaenaleyh her iki devlet mahkemelerinden herhangi bir devlet tebaası hakkında sâdir olup diğer devlet ülkesinde tenfiz edilecek olan ilâmlar bu muahedenin hükmünden istifade eder.

(56) Max Petitpierre, adı geçen tez. p. 190.

(57) Répertoire de droit int. privé. Tome: VII, p. 278.

(58) Fransada mütakabiliyet aranmaz, (Rép. de dr. int. privé. Tome: V, p. 383).

Mutlâka âkitlerin tebaasına taalluk etmez, yani âkit devletlerin tebaasının herhangi memlekette istihsal edecekleri ilâmın tenfizini istihdaf etmez. Âkit devletlerin mahkemelerinden sâdir olan ilâmlara taalluk eder. Şu halde bilfarz İtalya ile münakit böyle bir muahedemiz olduğuna göre exequatur vereceğimiz ilâmlar İtalyanları alâkadar eden herhangi memleket ilâmları değildir, keza münhasıran İtalyanlara ait olarak İtalya mahkemelerinden sâdir olan hükümlerde değildir. İtalya mahkemelerinden gerek İtalyanlara gerek İtalyanlardan madasına ait olmak üzere verilen muayyen vasıftaki bütün ilâmlar muahedenin şümulüne girer (59).

62 — Hükümün, tenfiz kararını veren memleket amme intizamına ve kavaidi esasîyesine mugayir olmaması.

Kararların tanınması ve icra edilmesi yabancı memlekette iktisap edilmiş bir hakkın kullanılmasını temine matuf olup, ferdî menfaate taalluk eder. Umumun menfaatini tehdit ettikleri nisbette ferdî menfaatlardan feragat edilmek icap edeceği cihetle yabancı kararlar mahallî amme kaidelerine ve esas hukuk prensiplerine mugayir oldukları takdirde tenfiz edilmemeleri icap eder.

Âmme intizamı dahilî ve beynelmilel olmak üzere iki bakımdan mütalâa edilir:

Dahilî âmme intizamından olan hükümler o memleket hudutları dahilinde meydana gelen ve tesirlerini husule getiren münasebetlere ve yalnız tebaa hakkında uygulananlardır.

Beynelmilel âmme intizamından olan hükümler, memleketin umumî menfaati namına mecburî addolunanlardır. Bunların yabancılar hakkında da tatbiki lâzımdır. İşte bu hükümleri ihlâl edecek olan kararlar tenfiz edilemez. Beynelmilel âmme intizamının bu sahadaki tesiri sadece menfidir.

63 — Türkiyede bir hakkın tenfiz edilebilmesi için:

a) Türk âmme hukuku kaidelerine ve âmme intizamının icaplarına mugayir olmaması ve;

b) Türk hukukunun esaslı kaidelerine uygun olması lâzımdır.

Yabancı kararın şu hallerde âmme intizamını ve Türk kavaidi esasîyesini ihlâl ettiği kabul edilir:

1 — Âmme hukukuna dair bir işte verilmişse,

2 — Kanunun umumî ahlâk insanî duygular itibariyle mecburî adettiği hükümlere aykırı olarak verilmişse,

3 — Kaziyei muhkemeye dair Türk hukukunun esas kaidelerine muhalif bulunması itibariyle Türk mahkemesinden verilmiş bir karar ile zıt olarak verilmişse,

4 — Ecnebi mahkemesi açıkça Türkiye hâkimlerinin kabul edebileceği bir adaleti yapmamış veya hal ve vaziyetin ilcasıyla yapamamış ise, (bir taraf aleyhine adalete yabancı olan unsurlar nazara alınarak yahut diğer tarafın başvurduğu hileli muameleler neticesinde verilmiş olan hükmün Türk hukukunun esas kaidelerine uymaz).

5 — Türk hukukuna göre Türk kanununun tatbiki icap eden bir işte ecnebi kanunu tatbik edilmişse. (Türkiyedeki g. m. ait miras işlerinde ecnebi kanun tatbik edilerek verilen karar tenfiz edilemez) (60).

64 — Ecnebi mahkemelerin kendi memleketlerinde cari olan hukuku tatbik ederek verdikleri karar Türk hukukuna uygun olmasa bile tatbiki Türkiye âme intizamını ihlâl etmedikçe tenfiz edilmek lâzımdır. İsviçre federal mahkemesi 9 K. Evvel 1932 tarihli bir kararında (semaine judiciaire, 1933. p. 191) Fransada verilmiş iflâsa benzer netice'ler husule getiren - Liquidation judiciaire - kararının İsviçrede icra olunabileceğini kabul etmiştir. Bizim kanunumuz da İsviçre kanunu gibi bu müesseseyi kabul etmemiştir. Fakat bu karar Türk esas hukuk prensiplerine aykırı değildir (61).

65 — İlâmın ahkâmı şahsiyeye veya aile hukukuna ait bir dâvaya mütedair bulunmaması.

Hukuk usulü kanunumuzun 540 inci maddesinin 4 No. suna göre: Yabancı ilâmın tenfiz edilebilmesi için ahkâmı şahsiyeye veya aile hukukuna ait bir dâvaya mütedair bulunmaması lâzımdır.

Usulün 18 inci maddesi mucibince Türklerin ahkâmı şahsiye dâvalarına bakmaya münhasıran Türk mahkemeleri selâhiyetli olduklarına göre bu hususta yabancı mahkemesinden verilecek kararlar zaten selâhiyet bakımından gayrı kabili tenfizdirler. Bu bakımdan burada mevzu bahis olan kararlar ecnebilerin ahkâmı şahsiye ve aile hukukuna ait kararlar olmak icap eder. Ancak bu hükmün hangi mülâhazalarla vazedildiği meçhuldür. Yabancıların ahkâmı şahsiye dâvalarında millî mahkeme'leri selâhiyetli addedildikten sonra bunların istihsal ettikleri ilâmları tenfiz etmemenin mantıksızlığı açıktır. Bundan başka bu hükmün mevcudiyeti yabancı memleketleri Türk mahkemeleri tarafından Türkler hakkında verilen ve ahkâmı şahsiyeye taalluk eden ilâmları tenfiz etme-

(60) M. R. Belgesay, adı geçen eser. s. 225.

(61) M. R. Belgesay, adı geçen eser. s. 226.

meye sevk edebilir. Bu itibarla bu memnuiyetin kaldırılmasında isabet olacağı kanaatindeyiz (62).

Bu şart kanunumuzun me hazları olan Alman ve Neuchâtel kanunlarında yoktur. M. R. Be.gesay'ın dediği gibi, belki, ecnebilerin ahkâmı şahsiye ve aile hukukuna dair işlerde Türk mahkemelerinin selâhiyetli olmadığı ve umumiyetle ecnebi mahkemesi kararlarının tenfize hacet olmadan hukukî neticeler husule getireceğini ve ahkâmı şahsiyeye dair işlerde icraf tedbirlere müracaat çokluk mevzuu bahis olmayacağı düşünmüş olabilir. Her halde yersiz bir hükümdür.

66 — Yabancı kararlar Türkiyede kendiliğinden kaziyei muhkeme teşkil ettiğine ve ahkâmı şahsiyeye müteallik kararlar tenfiz edilemeyeceğine göre:

a) Ecnebi mahkemesinden Türklerin ahkâmı şahsiyesini ve aile münasebetini tanzim etmek üzere verilen kararlar hiç bir surette tenfiz edilemez. Bu dâvaların görülmesi hasren Türk mahkemelerinin selâhiyeti içindedir.

b) Ecnebi mahkemesinden ecnebilerin ahkâmı şahsiyesine aile hukukuna müteallik bir meseleye dair verilen kararlar Türk mahkemeleri tarafından tenfiz edilmeğe hacet olmadan Türkiyede netice husule getirir. Bu karara müsteniden vasi vesayeti altındaki kimselere ait işleri görür, ecnebi memlekette boşanmış olan karı veya koca Türkiye'de yeniden evlenebilir. Hülâsa, ecnebi mahkemesinin ahkâmı şahsiyeye aile hukukuna dair verdiği karar esas tutularak diğer, türlü muameleler yapılabilir.

c) Ecnebi mahkemesinden verilmiş olan ahkâmı şahsiyeye ve aile hukukuna dair kararlar Türkiyede tenfiz edilemezse de bu meselelere dair verilmiş kararların teferruatı veya icabatı olarak ittihaz edilmiş malî münasebete dair kararların tenfizine hiç bir mani yoktur. Ezcümle ecnebi mahkemesi boşanmaya ve kabahatli tarafın bir miktar tazminat vermesine karar vermiş ise bu kararın malî cihetleri Türkiyede tenfiz olunabilir.

d) Ecnebi mahkemesi ahkâmı şahsiye münasebetlerini tanzim ederken bazı tedbirlere, meselâ çocukların baba veya anaya tevdiine karının kocasına itaat etmesine de karar vermiş ise bu kararlar Türkiyede cehren icra edilmek üzere tenfiz edilemez. Yalnız bu tedbirlerin alınmasında Türkiye âmme intizamı alâkadar ise (63) Türkiye mahkemelerinde doğ-

(62) Dr. Osman F. Berki, D. H. H. s. 419.

(63) Amme intizamını alâkadar eden davalar:

Türkiye amme intizamı icap ettirdiği takdirde ahkâmı şahsiye ve aile hukuku münasebetlerinde de Türk mahkemelerinin selâhiyeti kabul edilmek icap eder.

rudan doğruya veya yeniden dâva ikame edilebilir (64).

IV TENFİZ USULÜ

67 — Tenfiz kararı vermeğe selâhiyetli olan mahkeme, mahkûm edilen tarafın Türkiyedeki ikametgâhı asliye mahkemesidir. Türkiyede ikametgâhı yoksa sakın olduğu yer mahkemesi sakinde değilse Ankara veya İstanbul asliye mahkemesi selâhiyetlidir.

Sulh mahkemeleri selâhiyetleri içinde olan işlere dair verilmiş ecnebi mahkemesi kararlarını bu karar ecnebi sulh mahkemesinden verilmiş olsa bile tenfize selâhiyetli değildirler.

Asliye mahkemesi muhtelif dairelere ayrılmış olduğu takdirde tenfiz kararı, iş ticarî mahiyette yahut ecnebi ticaret mahkemesinden verilmiş olsa bile asliye mahkemelerinin hukuk işlerini görmeye mezun kılınmış olan dairesi tarafından verilir (65).

68 — Usulü muhakeme.

Tenfiz kararına müteallik muamele temyiz şeklinde cereyan eder.

539 uncu madde mucibince: “Tenfize karar verilmesini talep eden taraf vereceği arzuhale aşağıdaki vesikalari rapteder:

1 — Hükmü veren ecnebi mahkeme tarafından usulen tasdik edilmiş olan ilâmın aslı ve musaddak tercümesi,

2 — Hükmü veren ecnebi mahkeme kalemî tarafından musaddak ve hükmün kaziyei muhkeme teşkil etmiş olduğunu mübeyyin vesika veya şerh ile bunların musaddak tercümeleri”.

541 inci madde mucibince: “Tenfiz kararı talebini havi arzuhalin mahkemeye verilmesini müteakip iki taraf mahkemeye usulen davet olunur. Mahkemede iki taraf hasren bu bahiste zikrolunan şeraitin mevcut olup olmadığı ve tarihi hükümden sonra hükmün tamamen veya kısmen tenfiz edilmiş ve tenfizine mani bir sebep tahaddüs etmiş olup olmadığı hakkında beyanatta bulunabilirler.

Tenfiz talebini tetkike mahsus celsede mahkûmunaleyh hazır bulunmazsa gıyabında karar verilir (M. 544).

542 inci maddeye göre: “Mahkeme neticesinde mahkeme ilâmın tenfizine veya talebin reddine karar verir. Bu karar ilâm üzerine yazılır ve mahkeme heyeti tarafından tasdik olunur. Bir sureti de mahkûmunaleyhe tebliğ olunur. Red kararı talep vukuunda iki tarafa tebliğ olunur”.

544 üncü madde mucibince tenfiz talebi hakkında verilen kararların

(64) M. R. Belgesay, adı geçen eser, s. 227 - 228.

(65) M. R. Belgesay, adı geçen eser, s. 231.

temyizi umumî kaidelere tâbidir.

Dâvanın temyiz olunması icranın tehirini müstelzimidir (66).

V

TÜRK HÂKİMİNİN YABANCI MAHKEMESİ İLÂMINI TETKİK VE TADİL SELÂHIYETİ

69 — Usul kanunumuzun 540 ıncı maddesinin birinci fıkrasında "mahkemei asliye tenfiz kararını ancak kanaati dairesinde verir, şu kadar ki aşağıdaki hallerde talebi reddetmeğe mecburdur" denmektedir. O halde maddede sayılan hususların ilâmda bulunması halinde asliye mahkemesi tenfiz talebini reddetmiye mecbur olacak ve tenfize mani olmayan hallerde ise takdiri dairesinde karar verecektir. M. R. Belgesay kanunun bu tarz tefsirinin maksadına uygun olmayacağı mütalâası ile bu maddeyi Almanya ve Neuchâtelde olduğu gibi; kanunda tayin edilen tenfize mani sebepler varsa mahkemenin kanaati dairesinde, yoksa mecburen tenfiz kararı vermesi icap edeceği şeklinde anlamak lâzımdır demektedir (67).

70 — Filhakika Neuchâtel de bu mealde bir içtihat hâkimidir. Ancak bu, böyle bir tefsire müsait olan eski usul kanununun meriyette olduğu zamanlar teessüs etmiş bir içtihatdır. Bu kanunun yabancı ilâmların tenfizi ile alâkahlı olan 864 - 872 inci maddelerinde hâkimi tenfiz kararı vermeğe icbar eden bir hüküm olmayıp, ancak muayyen şartların tahakkukunda tenfiz kararı verilmesi zarurî görülmüştür. Bu bakımdan şartlar mevcut olmadığı zaman hâkimin takdiri dairesinde hareketi bu madde hükmüne aykırı değildir.

Halbuki, 1906 tarihli Neuchâtel usul kanununun 544 üncü maddesi gibi, bizim kanunumuz tenfiz kararı verebilmek için zarurî olan asgarî şartları tesbit ettikten sonra asliye mahkemesini kanaati dairesinde harekette serbest bırakmıştır (68). 540 ıncı maddede sıralanan hususlar tenfiz kararının verilebilmesi için zarurî şartlar olup bu hallere rağmen tenfiz kararı verilmesi hukuken imkânsızdır. Binaenaleyh mahkeme tenfize mani hususlar bulunmadığı takdirde kanaati dairesinde karar verecektir.

71 — Ancak E. R. Salem'in dediği gibi bu madde hükmünü, mademki hâkim kanaati dairesinde kararını verecektir o halde Türk mahkemesi eğer hâkim münasip görürse yabancı memlekette karara bağlanmış olan

(66) M. R. Seviğ, sentez, s. 82.

(67) M. R. Belgesay, adı geçen eser, s. 230.

(68) Max Petitpierre, adı geçen tez, p. 62 - 63.

dâvayı yeniden tetkik eder ve haklı bulursa tenfiz kararı verir, şeklinde de tefsir etmek doğru olmaz.

538 inci madde tenfiz talebinin temyiz şeklinde yapılacağını ve o şekilde tetkik edileceğini mübeyyin olduğuna ve temyizde de muhakeme cereyan etmeyeceğine göre (69) ve 541 inci maddede, tarafların hükmün doğruluğu ve hukuka ve kanuna uygunluğu aleyhine bir iddia ve müdafaada bulunamayacağı, sadece hükmün kesinliği, hükümden sonra onun tamamında veya bir kesiminde icra edilmiş olduğu veya icrasına mani bir sebep bulunduğu ve başka müruru zaman, itfa gibi bir hal vukubulduğu hakkında itirazlar ileri sürebileceği beyan edildiğine göre: Tarafların iddiaları ile mukayyet olan hâkim bu gibi halleri ve bir de 540 inci maddede ki dört hali araştırabilecek, hükmün adalete, nasafete kanuna aykırı olup olmadığı hakkında bir tahkike girişmeyecektir. Kanunumuzun asıl maksadı budur (70).

Bu bakımdan Türk hukukunu mahdut kontrol sistemine dahil etmek doğru olur.

(69) M. R. Belgesay, s. 230.

(70) S. Şakir Ansay, adı geçen eser, 1947. s. 276.