

SEÇİLEN MAHKEMEDE ADİL YARGILAMA YAPIL(A)MAYACAĞI ŞÜPHESİ YETKİ ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİNİ ETKİLER Mİ?

*Yrd. Doç. Dr. Cemile DEMİR GÖKYAYLA**

I. GİRİŞ

Yetki anlaşmasıyla yabancı mahkemenin yetkilendirilmesi Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bertaraf eder. Diğer bir ifadeyle, söz konusu uyuşmazlık hakkında milletlerarası yetkiye sahip bir Türk mahkemesi olsa bile davalının yetki itirazında bulunması hâlinde, Türk mahkemelerinin yetkisizlik kararı vermesi ve davayı usulden reddetmesi gerekir. Bu çalışmada, yetki anlaşması ile seçilen devletin mahkemelerinde adil yargılama yapılmayacağına şüphesi bulunan hallerde Türk mahkemelerinin davalının yetki anlaşmasına dayanan yetki itirazını kabul etmelerinin ve yetkisizlik kararı vermelerinin, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'un 47. maddesi hükmü doğrultusunda mümkün olup olmadığı üzerinde durulacaktır.

II. YETKİ ANLAŞMALARININ TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

MÖHUK'un 47. maddesi milletlerarası yetki anlaşmasını ve sınırlarını düzenlemektedir. Bu madde uyarınca yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülür.

Madde metninde açıkça ifade edildiği üzere, taraflar, MÖHUK'un 47. maddesinde aranan koşulları taşıyan bir yetki anlaşması ile yabancı bir mahkemeyi yetkilendirilmelerine rağmen davacı milletlerarası yetkiye sahip Türk mahkemelerinde dava açarsa, davalının yetki itirazında bulunması hâlinde Türk mahkemesinin yetkisizlik kararı vermesi gerekir. Bu sebeple, yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmaları, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bertaraf eder¹.

III. YETKİ ANLAŞMASI İLE SEÇİLEN MAHKEMENİN ADİL BİR YARGILAMA YAP(A)MAMA ŞÜPHESİNİN YETKİ ANLAŞMASINA ETKİSİ

Bazı durumlarda, yetki anlaşması ile yetkilendirilen yabancı mahkemede âdil yargılanma yapılacağı şüpheli olabilir. Örneğin, New York mahkemesi, Liberya mahkemelerinden verilen bir kararın tenfizini, yargılama yapan Liberya mahkemelerinin içinde bulunduğu koşullar nedeniyle adil bir yargılama yapılmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile reddetmiştir. Tenfizi talep edilen kararın verildiği sırada Liberya'da bir iç savaş çıkmış ve 1986 tarihli Liberya Anayasası askıya alınmıştır. Söz konusu iç savaşta 200 bin sivil hayatını kaybetmiş, bir milyondan fazla kişi evsiz kalmış ve 750 bin kişi başka ülkelere kaçmıştır. New-York mahkemesi böyle bir ortamda ülkedeki adli sistemin düzgün, adil ve tarafsız işlediğinin şüpheli olduğuna değinmiştir. Tenfiz davasında, Anayasa'nın askıya alındığı ve yargılama usulüne ilişkin hükümlerin uygulanmadığı, bunun sonucu olarak da hakimlerin iç savaşın taraflarının liderlerinin ve resmi görevlilerin politik ve sosyal

¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Ekşi**, N.: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. B., İstanbul 2000, s. 185; **Şanlı**, C.: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 4. B., İstanbul 2011, s. 93; **Nomer**, E.: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2011, s. 468; **Çelikel/Erdem**: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2010, s. 546; **Akıncı**, Z.: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara 2002, s. 71.

etkileri altında karar verdikleri sonucuna varılmıştır. Liberya mahkemelerinin bağımsız davranmadıkları, rüşvet ve yolsuzluğun yaygın olduğu, adil yargılanma hakkının gereklerinin yerine getirilmediği sonucuna varılarak Liberya mahkemelerinden verilen kararın Amerika’da tenfizi reddedilmiştir².

İşte bu çalışmada ele alınmak istenen problem, yukarıdaki örnekte olduğu gibi tarafların yabancı bir devlet mahkemesini kararlaştırmalarına rağmen, kararlaştırılan mahkemede adil bir yargılama yapılamayacak olması nedeniyle başka bir devlet mahkemesinde dava açılıp açılmayacağıdır. Belirtmek gerekir ki, seçilen mahkemede adil bir yargılanma yapılamayacağı şüphesinin bulunması için koşulların örnekte zikredilen Liberya’daki kadar ağır olması gerekmediği kanaatindeyiz.

Bu çalışmanın konusunu teşkil eden sorun uygulamada özellikle, yabancı bir devlet veya devlet teşebbüsü ile Türk taraflar arasında yapılan sözleşmelerde, yabancı devletin kendi devlet mahkemelerinin yetkisini kararlaştırması hâlinde ortaya çıkmaktadır. Yargının, yürütmeden yeterince bağımsız olamadığı ülkelerde, yabancılar ile devlet veya devlet teşebbüsleri arasında çıkan özel hukuk uyuşmazlıklarında, davacı yabancıların, ev sahibi devletin mahkemelerinde adil bir yargılamadan istifade edebilmesi her zaman mümkün olmayabilir. Taraflardan bir tanesinin devlet olmadığı durumlarda da benzer durumlar ortaya çıkabilir. Özellikle, yargının hukuk ve adalet gibi temel değerler dışındaki durumlardan da etkilenebildiği hallerde davacının adil yargılanmayacağına ilişkin şüphesi, bulunabilir; hatta benzer konuda veya aynı kişiye karşı daha önce verilen mahkeme kararları bu şüphenin doğruluğunu kanıtlayabilir. Bu gibi durumlarda, davacının haklarını koruyabilmek için Türk mahkemelerinde dava açmak isteyebilir. Böyle bir durumda davalı Türk mahkemelerinde MÖHUK’un 47. maddesine dayanarak yetki itirazında bulunursa, davalının bu itirazı kabul edilecek midir? Hukukumuzda yetki anlaşmasında belirlenen mahkemenin tarafsız ve adil bir yargılama sonucunda adil bir karar verecek durumda olması gerektiği; seçilen mahkemede davacının haklarının adil bir şekilde ve tarafsız bir

² Karar hakkında bkz.: **Aygül, M.**: “*Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri*”, MHB, Y. 31, S. 2/2011 s. 83-121, s. 101 dn. 58.

yargılamaya tabi olamayacağına dair bir delil bulunuyorsa yetki anlaşmasının dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir³. Buna göre, seçilen mahkeme, ırk, din, vatandaşlık gibi nedenlerle tarafsız davranmayacak ve adil bir karar vermeyecek ise, yetki anlaşmasına dayanarak yapılan yetki itirazı reddedilmelidir⁴.

Aynı yöndeki bir diğer görüşe göre de davacının hukuki veya fiili sebeplerle, yetkili kılınan yabancı mahkemede açıkça hakkını elde edememe tehlikesi varsa, davalının yetki anlaşmasına dayanarak yapacağı yetki itirazının reddedilmesi gerekir. Bu gibi durumlarda, Türk mahkemesinin davayı görme yetkisi ortadan kalkmamalıdır⁵.

A. ADİL YARGILAMA YAPILAMAYACAĞI SEBEBİYLE YETKİ ANLAŞMASININ DİKKATE ALINMADIĞI BAZI KARARLAR

Kanada Yüksek Mahkemesi, 2003 tarihli *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.* kararında⁶ yetki sözleşmesi uyarınca yetkilendirilen yabancı mahkemenin, adil ve tarafsız bir yargılama gerçekleştiremeyeceğinin anlaşıldığı hallerde, yetki anlaşmasının dikkate alınmaması gerektiğini kabul etmiştir. Kanada Ontorio Mahkemesi, 2010 tarihli *Expedition Helicopters Inc. v. Honeywell Inc.*, kararında⁷, yetkilendirilen yabancı mahkemenin adil bir yargılama yapamayacak olması ihtimali karşısında yabancı mahkemeyi münhasıran yetkilendiren yetki anlaşmasının sınırlandırılması gerektiği sonucuna varmıştır.

Yabancı mahkemede adil yargılanma hakkından mahrum bırakılacağına dair iddialar bakımından Kanada mahkemeleri, açık ve ikna edici delillerin varlığını aramaktadır⁸.

³ **Sargın**, F.: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996, s. 76.

⁴ **Sargın**, s. 182.

⁵ **Nomer**, İstanbul 2011, s. 469.

⁶ Court Supreme of Canada, 01.05.2003, [2003], 1. S.C.R., 450.

⁷ Court of Appeal for Ontorio, 14.05.2010, [2010], ONCA 351.

⁸ Manolis/Vermette/Hungerford, “*The Doctrine of Forum Non Convenience: Canada and the United States Compared*”, s. 9 dn 20. (FDCC Quarterly/Fall 2009).

1969 tarihli “*The Eleftheria*”⁹ kararında, İngiliz mahkemesi, yetkilendirilen mahkemenin adil ve tarafsız bir karar veremeyecek olması durumunda yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasının dikkate alınmayacağını belirtmiştir. 2000 tarihli *Lubbe v Cape Plc.* kararı¹⁰ ile 1987 tarihli *Spiliada Maritime Corporation v Cansulex Ltd.* kararında¹¹, yine İngiliz mahkemeleri, yabancı mahkemede gerçekleşecek yargılanmanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşme’nin 6. maddesinde belirtilen âdil yargılanma haklarının ihlaline neden olacak olması durumunda, yetki anlaşmasına rağmen İngiliz mahkemelerinin yetkili olacağına karar vermiştir¹².

1955 yılında verilen bir Amerikan mahkeme kararına konu olan uyuşmazlıkta taraflar Uruguay mahkemelerini yetkilendirmişlerdir. Dava Amerikan mahkemelerinde açılmıştır ve davalı Uruguay devletine ait bir kamu tüzel kişisidir. Amerikan mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmuştur. Mahkeme, yetki anlaşmasına geçerlilik tanındığı takdirde, Uruguay mahkemelerinin davalı gemi maliklerinin Uruguay devletine ait bir kamu tüzel kişisi olması nedeniyle tarafsız davranamayacağı sonucuna varmış ve yetki itirazını reddetmiştir¹³.

İran-ABD krizi sırasında, Amerikan mahkemeleri İran mahkemelerini yetkilendiren anlaşmalara itibar etmemiştir. Amerikan mahkemeleri, İran mahkemelerinin politik kriz nedeniyle, Amerikan vatandaşlarına tarafsız davranmayacakları sonucuna ulaşmıştır¹⁴.

İsrail Yüksek Mahkemesi, Irak mahkemelerini yetkili kılan bir anlaşmayı, Irak mahkemelerinde adil yargılama yapılmayacağı gerekçesiyle geçersiz saymıştır¹⁵.

⁹ [1969] 1 Lloyd’s Rep. 23 (Adm. Div.).

¹⁰ [2000] 1 WLR 1545.

¹¹ [1987] A.C. 460.

¹² İngiliz mahkemelerinden verilen kararların yorumu için bkz.: JJ Fawcett, “*The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law*” [ICLQ vol 56, January 2007 pp 1.48], <http://journals.cambridge.org> (Erişim Tarihi 14 Mart 2011), s. 10-11.

¹³ *Sociedade Brasileira v. SS Punta Del Este Kararı*, karar için bkz.: Sargın, s. 76-77.

¹⁴ Sargın, s. 77 dn. 192.

¹⁵ Sargın, s. 77 dn. 193.

Yukarıda zikredilen mahkeme kararlarında, yetki anlaşması ile yetkilendirilen devlet mahkemesinde adil yargılama yapılamayacağı yönünde bir kanaat olması durumunda, davalının yetki anlaşmasına dayanan yetki itirazı reddedilmiştir. Bu durumda, seçilen mahkemenin adil yargılama yapmama ihtimalinin, yetki anlaşmasına dayanarak yetki itirazında bulunulması hâlinde yetki itirazının reddine sebep olduğu ve seçilen mahkemenin münhasır yetkisini bertaraf ettiği sonucuna varılmıştır. Görüldüğü gibi, bu sorunla daha önce karşılaşan İngiliz, Amerikan, Kanada ve İsrail mahkemeleri yetki anlaşmasına itibar etmemiş ve yetkisizlik kararı vermemiştir. Türk doktrinin de Prof. Sargın bu durumda yetki anlaşmasına dayanarak yetkisizlik kararı verilemeyeceği görüşündedir. Prof. Nomer de hakkın elde edilememesi riski bulunan hallerde yetki anlaşmasına itibar edilemeyeceğini belirterek dolaylı olarak bu gibi durumlarda yetkisizlik kararı verilmesine gerek olmadığına işaret etmektedir.

B. DAVACININ SEÇİLEN MAHKEMEDE YARGILANMAYA ZORLANMASININ İNSAN HAKLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinin birinci fıkrası uyarınca "Her şahıs (...) kanuni müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının (...) dinlenmesini istemek hakkını haizdir." Yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkeme tarafından yargılanma hakkı, adil yargılanma ve savunma hakkının temelini oluşturur. Bağımsız ve tarafsız mahkeme tarafından yargılanma hakkı, yasayla kurulmuş, her türlü organ kurum ve kişiden bağımsız, davanın taraflarına karşı nesnel, yargılama usulü güvencesine sahip bir yargı yerini ifade etmektedir¹⁶.

Mahkemelerin bağımsızlığı, başka herhangi bir kişi, kurum veya organdan emir almamak, yasamanın, yürütmenin ve ekonomik ve sosyal gruplar dahil diğer dış etkenlerin baskısı altında olmamak, başka bir ifade ile özgür olmak olarak tanımlanmaktadır. AİHS'nin 6/1 maddesinin anlamında tarafsızlık, mahkemenin davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, taraf-

¹⁶ **İnceoğlu, S.:** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3. Baskı, İstanbul 2008, s. 158.

girlik ve menfaatinin olmaması, taraflara karşı onların leh ve aleyhinde bir duygu veya çıkara sahip olmaması anlamına gelmektedir¹⁷.

Mahkemelerin tarafsızlığı ise hakimin yargılamada taraf tutmaması, taraflara karşı nesnel olması ve kişiliğinden sıyrılabilmesi olarak tanımlanmaktadır¹⁸.

1982 Anayasası'nın 138. maddesi mahkemelerin bağımsızlığını, 139 ve 140. maddeleri hakimlerin bağımsızlığın teminat altına almaktadır. Anayasa'da sadece bağımsızlık düzenlemiş ve teminat altına alınmış olsa da, tarafsızlık da bu teminat kapsamındadır ve bu iki kavram iç içe geçmiştir. Bağımsızlık ve tarafsızlık kavramları birbirleri ile yakından ilgilidir. Yürütmeden bağımsız olmayan bir mahkeme yürütmenin taraf olduğu davalarda tarafsızlık koşulunu da yerine getiremez. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de bu iki kavramı birlikte kullanabilmektedir¹⁹.

AİHM, yargılama yapan organın bağımsız olup olmadığına karar verirken şu kriterleri kullanmaktadır²⁰: mahkeme üyelerinin niteliği, atanma ve görevden alınma şekli, görev süresi, mahkeme üyelerine emir verme yetkisine sahip bir makam bulunup bulunmaması, mahkeme üyelerinin dışarıdan gelecek müdahalelere karşı sahip olduğu güvenceler, mahkemelerin bağımsız bir görüntü verip vermedikleri.

Mahkemelerin bağımsız görüntü vermeleri kriteri açısından önemli olan, demokratik toplumlarda mahkemelerin halka yargılama sürecine ilişkin olarak vermesi gereken güven duygusudur. Mahkeme üyeleri, bağımsızlık konusunda görev süreleri, görevden alınamamaları, kendilerine emir verilememesi gibi yeterli güvencelere sahip olmalarına rağmen, bağımsız görüntü vermiyorsa bağımsız ve tarafsız mahkeme ilkesi ihlâl edilmiş olacaktır²¹. AİHM, *nesnel* tarafsızlık konusunda inceleme yaparken, mahkemenin hak arayanlara güven veren tarafsız bir görünümüne sahip olmasını,

¹⁷ **İnceoğlu**, s. 166 ve 188.

¹⁸ **İnceoğlu**, s. 166.

¹⁹ **İnceoğlu**, s. 166 ve 188.

²⁰ **İnceoğlu**, s. 168.

²¹ **İnceoğlu**, s. 178.

tarafsızlığın sağlanması için alınmış tedbirlerin mahkemenin tarafsızlığı konusunda makul her türlü kuşkuyu ortadan kaldırmaya yetecek nitelikte olmasını aramaktadır²².

AİHM kararlarına göre, mahkemenin görünüm açısından bağımsız ve/veya tarafsız olmadığına karar verilebilmesi için ilgilide uyanan kuşkuların belli ölçülerde objektif olarak doğrulanabilmesi ve bu kuşkuların makul olduğunu gösteren belirtilerin varlığı gerekmektedir²³.

Kanımızca, yetkilendirilen yabancı mahkemenin, davacıda bağımsız ve tarafsız bir yargılama yapılacağı konusunda güven duygusu uyandırmaması, Türk mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilip edilemeyeceği konusunda özel bir öneme sahip olmalıdır. Yabancı bir mahkemeyi yetkilendiren yetki sözleşmesine rağmen, bu mahkemede bağımsız ve tarafsız yargılama yapılamayacağı yönünde objektif ve makul kuşkuları olan kişi Türk mahkemelerinde dava açabilmelidir. Aksinin kabulü ve Türk mahkemelerinin yetki anlaşması nedeniyle yetkisizlik kararı vermesi hâlinde, ilgili, bağımsız ve tarafsız yargılanma hakkından mahrum edilmiş olacaktır. Bu da ilgilinin adil yargılanma hakkının, dolayısıyla insan haklarının ihlali anlamına gelecektir. Bir insan hakkı ihlali ortaya çıkacağını bilerek Türk mahkemelerinin yetkisizlik kararı vermesi, Anayasa'nın 36. maddesinin ikinci fıkrası anlamında hak arama hürriyetinden mahrumiyete neden olabilir. Türkiye Cumhuriyeti'nin AİHS'den doğan yükümlülükleri ve Anayasa'nın 36. maddesi bir arada düşünüldüğünde, seçilen mahkemede adil yargılama yapılamayacağına dair makul ve objektif şüphenin bulunması hâlinde Türk mahkemelerinin seçilen mahkeme lehine yetkisizlik kararı vermemeleri gerektiği sonucuna varılması gerekir.

Sonuç olarak, bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından yargılanma hakkı adil yargılanma hakkının ve dolayısıyla insan haklarının bir gereğidir. Yargılamayı yapacak mahkemenin bağımsız ve tarafsız bir yargılama yapmayacağına dair haklı kuşkular bulunmasına rağmen davacının bu

²² **İnceoğlu**, s. 188.

²³ **İnceoğlu**, s. 178 ve 190. Bkz.: *Incal v. Turkey*, 09/06/1998 para. 71 (**İnceoğlu**, s. 181 dn. 317)

mahkemede yargılanmaya zorlanması adil yargılanma hakkının ihlalidir. Yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmiş olmasına rağmen Türk mahkemelerinde dava açılması hâlinde, davacının yabancı mahkemede bağımsız ve tarafsız yargılanmayacağına ilişkin haklı şüpheleri varsa, Türk mahkemesinin yetkisizlik kararı vermesi, adil yargılanma hakkının ihlaline neden olur. Aynı zamanda Anayasal bir hak olan hak arama hürriyeti de bu suretle ihlal edilmiş olur. Türk mahkemeleri, bir insan hakkı ihlaline neden olma tehlikesi karşısında yetkisizlik kararı vermemeli ve yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasına rağmen davayı görmelidir.

C. YETKİ ANLAŞMASININ AHLÂKA AYKIRILIK TEŞKİL ETMESİ

Yetki anlaşmasının geçerli olması için, taraf iradelerinin özgürce ve eşit şartlar altında oluşmuş ve beyan edilmiş olması gerekir. Yetki anlaşması, eşit olmayan pazarlık gücünün baskın kullanımı ya da bir tarafın sahip olduğu nüfuzun kötüye kullanılması ile yapılmışsa yetki anlaşması ahlâka aykırıdır ve geçersizdir. Konu özellikle genel işlem şartları, iltihaki sözleşmeler bakımından önemlidir²⁴. Ahlâka aykırı yetki anlaşması BK.m.27 uyarınca geçersiz sayılabilir.

Adil yargılama yapmama riski olan mahkemeleri yetkilendiren yetki anlaşması, özellikle mahkemesi yetkilendirilen devletin bizzat kendisinin, bir kamu kurumunun veya o ülkenin mensubu bir özel hukuk kişinin baskın durumunu kötüye kullanılarak kabul edilmişse ve bu yetkilendirilen mahkemenin bağımsız ve tarafsız bir yargılama yapacağı şüpheli ise, yetki anlaşması ahlâka aykırı mütalaa edilebilir ve geçersiz sayılabilir.

D. YETKİ ANLAŞMASINA DAİR LAHEY SÖZLEŞMESİ UYARINCA ADİL YARGILAMA HAKKININ İHLALİNİN YETKİ ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ

Lahey Devletler Hususi Hukuku Konferansı bünyesinde 30 Haziran 2005 tarihli “*Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi*”²⁵ (Sözleşme) hazır-

²⁴ Sargın, s. 49, 166; Nomer, İstanbul 2011, s. 466; Şanlı, s. 107..

²⁵ <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt37en.pdf> (Erişim tarihi 17/7/2012).

lanmıştır²⁶. Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri, 2009 yılında Sözleşme'yi imzalamıştır ancak henüz onaylamamışlardır. Sözleşme, yeterli sayıda devlet tarafından onaylanmadığı için henüz yürürlüğe girmemiştir (Sözleşme.md.31). Türkiye Sözleşme'yi imzalamamıştır²⁷.

Sözleşme milletlerarası münhasır yetki anlaşmalarını ve bu yetki anlaşmaları uyarınca verilen mahkeme kararlarının âkit devlet mahkemelerinde tanınması ve tenfizini düzenlemektedir. Sözleşme üç temel prensip üzerine kurulmuştur: tarafların seçtikleri mahkeme kendisini yetkili saymalıdır; yetki anlaşmasına rağmen diğer âkit devlet mahkemelerinde dava açılması hâlinde bu mahkemeler yetkisizlik kararı vermelidir ve yetkilendirilen mahkemeden verilen karar diğer âkit devletlerde tanınıp-tenfiz edilmelidir²⁸.

Sözleşme'nin tanımına uygun bir yetki anlaşması, taraflar aksini kararlaştırmadıkça diğer mahkemelerinin yetkisini bertaraf edecek, diğer bir ifade ile seçilen mahkeme lehine münhasır bir yetki tesis edecektir. Taraflar, seçilen mahkemenin münhasır yetkili mahkeme olmadığını ancak açıkça kararlaştırabilirler²⁹. Seçilen mahkeme, başka bir devlet mahkemesi tara-

²⁶ Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Tanrıbilir**, F.: “30 Haziran 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa. 1-2, Y. 2007, s. 321-354; **Alibaba**, A.: “Yetki Sözleşmelerine İlişkin La Haye Konvansiyonu” ve “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü” nede Yetki Sözleşmesi”, MHB Y. 29 S. 1-2/2009, s. 1-20.

²⁷ http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=98 (Erişim tarihi 28/10/2012)

²⁸ **Armas O./Pieper T.**: “New Era for Choice of Court Agreements”, New York Law Journal, April 13, 2009 (http://www.chadbourne.com/files/Publication/66086aa4-2314-42ca-b337-4489409ae7d2/Presentation/PublicationAttachment/6f020b81-a52a-4e16-82d6-49627dc1321f/Armas_Pieper-NYLJ_0409.pdf, Erişim tarihi 28.10.2012)

²⁹ **Alibaba**, s. 10; **Daniel/Laguarda/Stefani Falge/Franceschi**, “The Hague Convention on Choice of Court Agreements a Discussion of Foreign and Domestic Points”, The United States law Week, 80 U.S.L.W 1903, 06/26/2012 s. 2 (<http://www.shearman.com/files/News/cf352d8c-a182-4a49-94b9-8470ae439f24/Presentation/NewsAttachment/69b968dc-3480-41e6-8957->

findan karar verilmesi gerektiği, “*forum non-convenience*” doktrini veya davanın başka bir mahkemede görülmekte olduğu (milletlerarası derdestlik) gerekçeleriyle yetkisizlik kararı veremez (Sözleşme md.5). Ancak, şekil kuralları hariç, seçilen mahkemenin hukukuna göre geçersiz bir yetki anlaşması varsa seçilen mahkeme yetkisizlik kararı vererek davayı reddedebilir³⁰.

Sözleşme'nin 6/c maddesi uyarınca, milletlerarası yetki anlaşmasına etki tanımanın, açıkça bir haksızlığa neden olacağı veya yetki itirazında bulunulan devlet mahkemesinin kamu düzenine açıkça aykırı olacağı hallerde³¹, davanın açıldığı devlet mahkemesi, davalının yetki anlaşmasına dayanarak yetki itirazında bulunması hâlinde yetki itirazını reddedecektir.

Bu hükümdeki “açık haksızlık” halleri, yetkilendirilen yabancı mahkemenin, yolsuzluk, önyargı veya belirli diğer sebeplerle adil bir yargılama yapamayacağının anlaşıldığı halleri kapsamaktadır³². Hükümdeki “kamu düzenine açıkça aykırılık” hâli ise, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin, davanın açıldığı mahkemenin kamu düzenine ilişkin değerlere aykırı bir yargılama yapacak olmasını ifade etmektedir³³.

[8607d58fd231/Laguardia-falge-franceschi-article-Hague-Convention-on-choice-of-court-agreements-LT-071612.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd25e.pdf), Erişim tarihi 28.10.2012)

³⁰ Daniel/Laguarda/Stefani Falge/Franceschi, s. 2.

³¹ Burada hem “açıkça haksızlık” hem de “kamu düzeni” ifadelerinin bir arada kullanılmasının nedeni, bazı devlet hukuklarında kamu düzeninin kamu menfaatleriyle sınırlı olması ve bireysel menfaatleri kapsamamasıdır. Bu ayrımın yapıldığı devletlerin de sözleşmeye taraf olmalarının sağlanması için Sözleşme’de her iki ifade bir arada kullanılmıştır. Bkz.: Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, Explanatory Report No 25 March 2004, **Masato Dagauchi/Trevor C. Hartley**, paragraf 95. (http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd25e.pdf) (Erişim Tarihi 18/7/2012) Türk hukuku bakımından kamu düzenine aykırılık, aynı zamanda kişilerin bireysel haklarının ağır ihlallerini de kapsayacak şekilde anlaşılmakta olduğu söylenebilir.

³² Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, Explanatory Report, **Masato Dagauchi/Trevor C. Hartley**, paragraf 96; **Tarıbilir**, s. 337-338; **Alibaba**, s. 12 dn. 33.

³³ Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, Explanatory Report, **Masato Dagauchi/Trevor C. Hartley**, s. paragraf 97.

Görüldüğü gibi, Sözleşme, milletlerarası yetki anlaşması ile yetkilendirilen mahkemenin yetkisinin münhasır olduğu esasını benimsemiş (Sözleşme.m.3(b)) ancak yetkilendirilen mahkemenin adil yargılama yapmayacağı hallerde davanın açıldığı mahkemenin yetki itirazını kabul etmemesini ve yargılamaya devam etmesini öngörmüştür (Sözleşme.m.6(c)). Sözleşme, henüz yürürlüğe girmemiş olmakla beraber yakın tarihli olması sebebiyle milletlerarası özel hukuktaki güncel eğilimleri yansıtması bakımından konumuz açısından önemlidir.

***E. 1998 TARİHLİ YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI
UYARINCA KAMU DÜZENİNE AYKIRI YETKİ
ANLAŞMALARININ GEÇERSİZLİĞİ***

1982 tarihli 2675 sayılı mülga Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 31. maddesiyle, milletlerarası yetki sözleşmeleri ilk defa yasal bir düzenlemeye kavuşmuştur. Mülga MÖHUK'un 31. maddesi uyarınca, yabancı bir mahkemeyi yetkilendiren bir yetki sözleşmesinin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bertaraf ettiği ve yetkilendirilen yabancı mahkemenin yetkisinin münhasır olduğu doktrinde genel kabul görmesine rağmen Yargıtayımız bu görüşü uzun bir süre, yaklaşık 16 yıl, benimsememiştir. Bilâkis, yabancı bir mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasının Türk mahkemesinin yetkisinin bertaraf ettiğini kabul etmenin Türk mahkemelerine güvensizlik beslenmesi sonucunu doğuracak olması nedeniyle Türk kamu düzenine aykırı olduğunu içtihat etmiştir³⁴. Yargıtayımız, 1998 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda bu

³⁴ “Yukarıda açıklanan hukuki esaslar burada da geçerli olup, 2675 sayılı Yasanın 31 inci maddesinin öngördüğü biçimde yapılmış bir yetki sözleşmesi Türk Mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmaz. Başka bir anlatımla 31 inci madde uyarınca yapılan bir yetki sözleşmesi maddenin getirdiği sistem içerisinde münhasır bir yetki sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Usulün 22 nci maddesine ilişkin olarak yapılan açıklamalarda olduğu gibi, 2675 sayılı Yasanın 31 inci maddesi uyarınca yapılan yetki sözleşmesi ile, esasen yetkili bulunan Türk Mahkemesinin yetkisinin kaldırılabilceğinin kabulü Türk Mahkemelerine güvensizlik beslenmesi sonucunu doğurur ki bu da doğrudan doğruya kamu düzenine ters düşer. Bu nedenlerle mahkemece yetki itirazının reddi isabetli görülmekle bu yöne ilişkin direnme

görüşünden dönmüş ve bunu da kararında açıkça belirtmiştir. Söz konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda milletlerarası yetki sözleşmeleri ile ilgili diğer prensiplere de temas edilmiştir³⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1998 tarihli kararında Türk kamu düzenine aykırı yetki anlaşmalarının geçersiz olduğu ve Türk mahkemelerinde yetkisizlik kararı verilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Hukuk Genel Kurulu kararının ilgili kısmı aşağıda aynen aktarılmıştır:

31. maddenin uygulama alanının ve koşullarının belirlenmesinde yarar vardır.

(...)

3- (...)

Yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kılan yetki anlaşmalarının geçerliliği, mahkemesi yetkili kılanın devletin hukuk düzenine göre saptanır. O nedenle ancak Türk hukukuna göre de geçerli olan, bir sözleşme (veya yetki şartı) ile yabancı bir devlet mahkemesi yetkili kılınabilir (Bkz. Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 1993. sh.417).

(...)

b- Yetki anlaşması kamu düzenine açıkça aykırı olmamalı ülkenin kamu düzenini bozmamalıdır. Ahlak ve dürüstlük kurallarına, toplumun, hukukun, temel ilke ve değer yargularını, adaleti, ahlak anlayışım, Anayasada yer alan temel hakları, ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlal eden olgulardır.

uygun bulunduğundan işin esası incelenmek üzere dosya Özel Daireye gönderilmelidir." Y.HGK, 15.6.1988 t. E. 1988/11-246 K. 1988/476 (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

"Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.6.1988 gün 1988/11-26 esas ve 1988/76 sayılı kararında da vurgulandığı gibi; taraflar arasında yapıldığı savunulan bu tür bir yetki sözleşmesinin Türk mahkemelerinin yetkisini kaldırabileceğinin kabulü Türk mahkemelerine güvensizlik beslenmesi sonucunu doğurur ki bu da doğrudan doğruya kamu düzenine ters düşer."Y. 19.HD. 12.11.1995 t., E. 1632 K. 915 (Şanlı, s. 97 dn. 99)

³⁵ YHGK, 6.5.1998 t. E. 1998/12-287 K. 1998/325 (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1998 yılında verdiği ve yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmalarını ayrıntılı bir şekilde ele aldığı kararının incelenmesinden çıkan sonuca göre, yabancı mahkemeyi yetkilendiren bir yetki anlaşmasının Türk mahkemelerinin yetkisini bertaraf etmesi için Türk hukukuna göre geçerli olması gerekir. Yetki anlaşması Türk kamu düzenine aykırı ise Türk hukukuna göre geçersizdir (Borçlar K.m.27) ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bertaraf etmez. Hukuk Genel Kurulu, böylece, yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasının Türk mahkemelerinin yetkisini bertaraf etmesi için Türk kamu düzenine aykırı olmaması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır. Buna göre, Türk kamu düzenini bozan/ihlal eden bir yetki anlaşması varsa bu yetki anlaşması geçerli değildir. Türk mahkemelerinin bu yetki anlaşmasına dayanan yetki itirazını reddetmeleri ve davayı esastan incelemeleri gerekir.

Karara göre, ahlaka ve dürüstlük kurallarına, toplumun, hukukun temel ilke ve değer yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasa'da yer alan temel hakları, ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan yetki anlaşması Türk kamu düzenine aykırıdır. Bu sebeple, yetki anlaşması sonucunda, taraflardan birisinin Anayasa'da yer alan temel hakları ihlâl edilirse, yetki anlaşması Türk kamu düzenine aykırıdır ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bertaraf etmez.

Adil yargılanma hakkı temel bir insan hakkıdır (İnsan Hakları Sözleşmesi m.6; Anayasa m. 36). Yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki sözleşmesi nedeniyle yargılamanın yetkilendirilen devlet mahkemesinde yapılması, davacının adil yargılanma hakkının ihlâlüne neden olacaksa temel bir insan hakkı ihlal edilecektir. Adil yargılanma hakkının ihlaline neden olan bir yetki anlaşmasının Türk kamu düzenine aykırı ve geçersizdir. Bu durumda, yetkisine itiraz edilen Türk mahkemesi yetki itirazını, geçersiz bir yetki anlaşmasına dayanılarak yapıldığı gerekçesi ile reddetmelidir.

F. DÜRÜSTLÜK KURALI VE YETKİ ANLAŞMASININ GEÇERSİZLİĞİ

Yargıtayımız bazı kararlarında yabancı bir mahkemeyi yetkilendiren bir yetki anlaşmasına rağmen davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava

açılmasına davalının itiraz etmesini Medeni Kanun'un ikinci maddesinde yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bulmuş ve yetki itirazının reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1992 tarihli bir kararında, davalının Alman mahkemelerini yetkili kılan yetki anlaşmasına dayanan yetki itirazı, “*yabancı olan davacının kendi aleyhine olarak yabancı mahkemenin yetkisinden vazgeçerek Türk mahkemesinin yetkisini kabul edip dava açmış bulunması nedeniyle*” dürüstlük kuralları ile bağdaşmayacağı için reddedilmiştir³⁶.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2009 yılında verdiği başka bir kararında daha milletlerarası yetki itirazının, hakkın kötüye kullanılması (dürüstlük kuralına aykırılık) teşkil ettiği hallerde reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır³⁷.

Yargıtayımızın bu kararları doktrinde eleştirilmiştir. Zira kararlara konu olan vakıalarda yabancı mahkemede davanın görülmesi hâlinde adil yargılama hakkının ihlal edilip edilmeyeceği hususu tartışılmamaktadır. Davalılar, Türkiye’de mukimdir ve kendi yerleşim yerlerinde dava açılmasına rağmen yetki itirazında bulunmaktadırlar. Yargıtayımız davalıların kendi yerleşim yeri mahkemelerinde kendilerini daha iyi savunacak durumda olmalarına rağmen yabancı mahkeme lehine yetki itirazında bulunmalarını dürüstlük

³⁶ Y. 11. HD., 3.12.1992 t., E. 5676, K. 11055, **Akıncı**, s. 82

³⁷ “... münhasır yetki ve kamu düzeninin söz konusu olmadığı hallerde yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda yabancı bir devlet mahkemesinin yetkili kılınması ve böyle bir halde kural olarak davanın yetkili kılınan yabancı devlet mahkemesinde açılması gerekir ise de; yine örneği dosya içerisinde bulunan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1982/12-524 E., 1984/522 K ve 9.5.1984 tarihli ilamında belirtildiği üzere iyiniyet kuralları yetki konusunda da uygulama yeri bulur. Somut olaysa yabancı devlet mahkemesini yetkilendiren yetki sözleşmesine rağmen yabancı uyruklu taşıyan Türk uyruklu bulunan davalının ikametgah mahkemesinde dava açtığından ve kendi ikametgah mahkemesinde kendini daha iyi savunabilecek olan davalının davaya bakmaya Bremen mahkemelerinin yetkili bulunduğu yolundaki yetki itirazı MK’nın 2. maddesi hükümleri ile bağdaşmaz. (...) “Y. 11. HD., 6.3.2009 t. E. 2008/5454, K. 2009/2604 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

kurallarına aykırı bulmaktadır. Doktrinde ise davalının yetki itirazında bulunmasının dürüstlük kurallarına aykırı olmayıp bilâkis davalının önceki davranış ve yetki anlaşması yapma iradesi ile tutarlı olduğu ifade edilmektedir³⁸. Bu durumdaki bir davalının yetki itirazında bulunmasının dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edip etmediği bu çalışmanın doğrudan konusunu ilgilendirmemektedir. Burada çalışmasının konusu için önemli olan, yabancı mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmalarından doğan hakların dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılması gerektiğinin hem Yargıtayımız hem de doktrin tarafından ifade edilmiş olmasıdır³⁹. Gerçekten davacı bir usulü yetki olan yetkili mahkemeyi seçme hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanmalıdır⁴⁰.

Görüldüğü gibi, yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasına dayanılarak yetki itirazında bulunulması hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa diğer bir ifade ile dürüstlük kurallarına aykırı ise yetki anlaşmasına dayanan yetki itirazı reddedilebilir. Davalı, kendi mahkemelerinde davacının adil yargılanma haklarına riayet edilmeyebileceğinden, kendi ülkesindeki gücü nedeniyle kendi lehine bir karar alabilecek olmasına güvenerek yetki anlaşmasına dayalı yetki itirazında bulunuyorsa burada hakkın dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde kullanılması söz konusudur. Bu durumda yetki itirazının Medeni Kanun'un ikinci maddesine dayanılarak reddedilmesi uygun olur.

IV. SEÇİLEN YABANCI MAHKEMEDE ADİL YARGILAMA YAPIL(A)MAYACAĞINA İLİŞKİN İSPAT YÜKÜ VE İSPAT DERECESİ

Medeni Kanunumuzun 6. maddesinde yer alan genel ispat yükü kuralı uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat ile yükümlüdür. Bu genel ispat yükü kuralından hareketle yetkilendirilen mahkemede adil yargılanma

³⁸ Şanlı, s. 101.

³⁹ Şanlı, s. 101.

⁴⁰ Krş. Aslan, R.: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 83.

hakkının ihlal edilebileceğini iddia eden tarafın (Türk mahkemelerinde dava açan davacının) bu iddiasını dayandırdığı olguları da ispat yükünü taşıdığı kanaatindeyiz.

Delil ikame yükü⁴¹ açısından ise her iki tarafın da kendi iddialarını ispatlayabilmek için delil göstermeleri mümkündür. Bu itibarla yetki itirazında bulunan davalı da yetkilendirilen mahkemede adil bir yargılama yapılmasına engel durumların bulunmadığına dair deliller gösterebilir (HMK.m.318).

Türk hukukunda serbest delil sistemi geçerli olduğu için⁴² yetkilendirilen mahkemede adil yargılama yapılmayacağına dair iddiaların her türlü delille ispatının mümkün olması gerekir. Zira burada kesin delille ispatı gereken bir hukuki işlem söz konusu değildir. Davacı, tanık delili dahil her türlü delille iddiasını ispatlayabilmelidir.

Hukukumuzda ispat ölçüsü, tam ispat ve yaklaşık ispat olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Yaklaşık ispat, bir vakıa iddiasının kuvvetle muhtemel olduğunun ortaya koyulmasıdır. Tam ispat ise hakimin iddia edilen olayın vuku bulup bulmadığına tam olarak inanması, bu konuda makul ve kabul edilebilir bir şüphesinin bulunmaması gerekir. Hakim vicdanen tam bir kanaate ulaşmalıdır. Ancak istisnai hallerde yaklaşık ispat ile yetinilebilir. Yaklaşık ispat ile yetinilmesi mümkün olan haller acele karar verilmesi gereken haller (geçici koruma tedbirleri hakkında karar verilmesi gibi) veya tam ispatın beklenemeyeceği hallerdir⁴³.

Kanımızca, yetkilendirilen yabancı mahkemede adil bir yargılama yapılamayacak olmasının tam olarak ispatı mümkün değildir. Davacı, yabancı mahkemede dava açması hâlinde neler olacağını tam olarak bilemez ancak adil yargılama hakkından mahrum bırakılacağına dair haklı şüpheleri olabilir. Ancak bu şüphelerin haklı ve makul olması gerekir. Seçilen

⁴¹ Bilgi için bkz.: **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2008, s. 404 vd.

⁴² **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ankara 2008, s. 427.

⁴³ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ankara 2008, s. 411-413.

mahkemede adil yargılanma hakkının ihlal edileceği konusunda hakimde yaklaşık bir kanaat yaratılması ile yetinilmesi gerekir.

AİHM kararlarında ifade edildiği gibi, mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olmalarını sağlayan hukuk kurallarının ve teminatların bulunması mahkemelerinde bağımsız ve tarafsız kabul edilmesi için yeterli değildir. Burada mahkemelerin bağımsız ve tarafsız bir görünüme sahip olup olmadıklarının da incelenmesi gerekir⁴⁴. AİHM kararlarına göre, mahkemenin görünüm açısından bağımsız ve/veya tarafsız olmadığına karar verilebilmesi için ilgilide uyanan kuşkuların belli ölçülerde objektif olarak doğrulanabilmesi ve bu kuşkuların makul olduğunu gösteren belirtilerin varlığı gerekmektedir⁴⁵. Bu ifadeden AİHM'nin de tam ispat derecesi aramadığı sonucuna varılabileceği kanaatindeyiz.

V. SONUÇ

MÖHUK'un 47. maddesinde sayılan şartları taşıyan bir yetki anlaşmasıyla yabancı mahkeme yetkilendirilmişse bu yetki anlaşması Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bertaraf eder. Davalı yetki anlaşmasına dayanarak yetki itirazında bulunabilir. Bu durumda Türk mahkemesinin yetkisizlik kararı vermesi ve davayı usulden reddetmesi gerekir.

Kural bu olmakla beraber, yetkilendirilen yabancı mahkemenin adil bir yargılama yap(a)mayacağına dair haklı şüpheler varsa yetki anlaşmasına rağmen Türk mahkemelerinde dava açılması hâlinde Türk mahkemesi davalının yetki anlaşmasına dayanan yetki itirazını reddetmelidir. Zira öncelikle Türk kamu düzenine aykırı bir yetki anlaşması geçersizdir. Tarafların adil yargılanma hakkından yararlanamayacak olmaları Türk anayasal temel değerlerini ve insan haklarını ihlal eder. Adil yargılanma hakkı ihlal edilerek bir karar verilecek olması/verilmesi Türk kamu düzenine aykırılık yaratır ve yetki anlaşmasını geçersiz kılar. Taraflardan birisinin kendi üstün konumundan istifade ederek esasında haklı olmamasına rağmen kendi lehine

⁴⁴ Bkz.: yuk. II. C.

⁴⁵ **İnceoğlu**, s. 178 ve 190. Bkz.: *Incal v. Turkey*, 09/06/1998 para. 71 (**İnceoğlu**, s. 181 dn. 317)

karar elde etmesi ahlaka da aykırıdır. Bu nedenle bu tür bir yetki sözleşmesi ahlaka aykırı olduğu için de geçersizdir. Davalının, haklı olmadığını bilmesine rağmen sırf kendi gücü nedeniyle yetkilendirilen mahkemeden lehine karar almak istemesi nedeniyle yetki itirazında bulunması dürüstlük kuralına da aykırıdır ve hakkın kötüye kullanılması teşkil eden yetki itirazı dinlenemez. Adil yargılama yapılamayacağıının öngörülmesi nedeniyle yabancı mahkemeyi yetkilendiren bir yetki anlaşmasına rağmen başka bir devlet mahkemesinde dava açılması hâlinde davalının yetki itirazını reddilmesi gerektiği doktrinde ve emsal teşkil eden yabancı mahkeme kararlarında da ifade edilmiştir. En güncel milletlerarası özel hukuk prensiplerini yansıtmaması beklenen Yetki Anlaşmasına Dair La Haye Sözleşmesi de seçilen mahkemede adil yargılama yapılamayacak olmasını yetki anlaşmasına dayanan yetki itirazının reddi için haklı bir sebep olarak kabul etmektedir.

Yabancı mahkemede adil yargılama yapılamayacak olmasına ilişkin objektif ve haklı şüphelerin varlığı yeterlidir. Adil yargılama yapılamayacak olmasının yaklaşık ispat ölçüsünde ispatı ile yetinilmelidir. Bu husus her türlü delille ispatlanabilmelidir.

