

## MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK ALANINDA YETKİ ANLAŞMASININ AYRICALIĞI

Vedat Raşit SEVİĞ\*

### 1- Genel Bilgi

Bilindiği üzere tarafların bir mahkeme heyetini kurmak üzere anlaşması usulünün özellikle dış ticaret alanında faydası vardır, çünkü bu sayede taraflardan her biri öbür tarafın "forum shopping" denilen manevralarına karşı bir derece kadar korunmuş olur.

Yine bilindiği üzere *forum shopping* milletlerarası özel hukuk alanında kullanılan bir terimdir. Bu terim davacının bir dava konusunda - iki veya üç ülkede bu dava için başvurabileceği yetkili mahkemeler varsa, örneğin Amerika'da davalının ikametgahı mahkemesi, Türkiye'de davalının menkul malının bulunduğu yer mahkemesi, Almanya'da da alış verişi akti ile ilgili ifanın yerine getirileceği yer mahkemesi söz konusu ise ve bu yerlerin her birinde o alış verişi için başka kanun yetkili sayılıyorsa - davacının bu değişik kanunlardan hangisi işine daha çok geliyorsa onun uygulanmasını sağlamak için davayı bu elverişli yerde açmasını anlatır. Davacının başvurduğu ülke mahkemesi yetkili ise dava orada görülür, orada konu için yetkili sayılan kanun uygulanır ve davacı bu yoldan önceden davalının aklına gelmemiş olan bir sonucu ortaya çıkarır.

İşte böyle bir manevraya karşı, taraflar önceden, hangi mahkemenin münhasıran yetkili olacağını kararlaştırırlarsa öbür yetkili sayılabilecek mahkemeler böylece etkisizleştirilmiş olursa yani yapılan mahkeme seçiminin "*derogatoire*" yetkisi olursa bu seçim amacına ulaşmış sayılır. (Olursa diyoruz çünkü her ülke bu yetkiyi kabul etmeyebi-

\* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi

lır, o bakımdan 1958 New York Konvansiyonu m.2/3 sayesinde tahkim daha etkili olabilir).

Bu faydasına karşılık yetki anlaşmasının iç ticaret ilişkilerinde sakıncası vardır. O da şudur: Ekonomik açıdan güçlü olan taraf, karşısındakini savunmasız bırakmak amacıyla ulaşılabilmesi masraflı olan bir ülkedeki mahkemeye yetki vermek konusunda alışverişin başında onu ikna edebilir. Bunu bazen de zayıf tarafa arka yüzünde ufak puntolarla uzak yerdeki mahkemenin yetkili sayılacağı yazılı olan bir sipariş pusulasını imzalatılarak yapar.

İşte bu durumda zayıf tarafı korumak için genelde doktrin ve jürisprüdans şunu kabul etmiştir ki bu yoldan bir haksızlığa uğramış olduğunu düşünen taraf bir tercih hakkına sahiptir, dilerse seçilmiş sayılan mahkemeye dilerse normal olarak yetkili olan mahkemeye başvurabilir.<sup>(1)</sup>

Genelde gerek XIX. yüzyılda gerekse XX. yüzyılın başında her ülkede ve özellikle Osmanlı Devleti gibi kapitülasyonlara tabi bu ülkelerde yabancılar bu baskıyı yapıyorlardı. Kapitülasyonlar kalkınca da buna tepki olarakda ülkede şube veya acentelik açan yabancıların yerel mahkemeye tabi olacağı esası konmuştur. Bu yoldan yetki aşamasının yaratmış olduğu tehlike bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Onun için merkezi yabancı ülkede olan işletmelerin Türkiye'deki acetleri veya şubelerini Türkiye'de giriştikleri borç ilişkileri konusunda Türk Mahkemelerinin yetkili olacağı esası kabul olunmuştur.

1914 de Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasim Şirketlerle Ecnebi Sigorta Şirketlerinin Şube ve Acentehaneleri hakkındaki 30 Teşrinsani 1330 (1914) tarihli Kanunu Mukavvat (ileride Yabancı Şirketler Kanunu olarak geçecektir) 10. maddesi ile bu esası kabul etmiştir.<sup>(2)</sup> O yıl kapitülasyonların Osmanlı Hükümeti tarafından tek yanlı olarak kaldırılması girişiminde bulunulduğunda kabul edilmiş bulunan ve el'an yürürlükte olan bu geçici kanunun 10. maddesine göre söz konusu şube ve acentelikler Türkiye'de buldukları yerde yerleşik sayılırlar ve o yerin mahkemesi, davaların "mercii rüyeti" yani görüleceği yerdir.

Tabiatile bu maddeden şu anlaşılmalıdır ki söz konusu şubenin Türkiye'nin iç ticaretine ait ilişkilerinde yerel mahkemenin genel yetkisi vardır. Fakat bu hükme rağmen merkezin taraf olduğu işlemlerde başka ülkelerdeki mahkemeler yetkili olabilir. Bu madde 29.6.1956 tarihli Ticaret Kanununun 42. maddesinin 5'inci paragrafıyla mahfuz tutulmuştur. 1959 yılında çıkmış olan 7397 sayılı Sigorta Şirketlerinin Tefdiş ve Mürakabesi hakkındaki kanunun 64'ncü maddesi Tic. K. m. 42'nin 5'inci paragrafını ilga edince Yabancı Şirketler Kanununun 10'uncu maddesinin mahfuz sayılması durumu kalkmış olmakla birlikte ve sigorta şirketleri konusunda mülga sayılabilmekle birlikte sigorta ile iştilal etmeyen yabancı şirketlerin Türkiye'deki şubeleri konusunda gene yürürlükte sayılması

1 Bakınız aşağıda not 3

2 Çelikel, A., Şanlı, C., *Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı*, İstanbul 1983 sah. 327

gerekir, meğer ki 1959'dan sonra onun hükmünü ortadan kaldıran bir kanun çıkmış olsun. O da yoktur. O halde yabancı şirketlerin Türkiye'deki şubesi, ikametgah sayılmalıdır.

### I - İç Ticaretle İlgili Olarak Hukukumuzdaki Durum.

Ekonomik açıdan güçlü olan tarafın baskısına karşı güçsüz olan tarafı korumak için mahkemelerin yer itibariyle yetkileri alanında hukukumuzun birçok önlem almış olduğu bilinen bir gerçektir.

Örneğin 1927 de yürürlüğe girmiş olan Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunumuz (bundan sonra HUMK diye geçecektir) 9.uncu maddesinde davalının ikamet ettiği yer mahkemesine genel bir yetki vermektedir. Buna karşılık aynı kanunun 22.'nci maddesi der ki: "Mahkemenin yer itibariyle yetkisi kamu düzenine göre saptanmış değilse, taraflar yer itibariyle yetkili olmayan bir mahkemede belirli bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarının görülebilmesi konusunda sözleşebilirler. O durumda seçilen mahkeme davaya bakmaktan imtina edemez".

Tabidir ki bu hükmün ikinci cümlesi Türk mahkemeleri ile ilgilidir çünkü hiçbir ülke yabancı bir ülke mahkemesine davaya bakma emri veremez.

Bu iki madde yani 9 ve 22 maddeler karşılaştırılırsa tarafların seçimin etki kapsamının sorunu ortaya çıkar. Dava yalnızca seçilmiş olan mahkemede mi bakılabilecek yoksa davacı isterse madde 9'a göre davalının ikamet ettiği yer mahkemesine başvurabilecek midir? Yani böyle bir başvuru karşısında davalı ilk itiraz olarak HUMK 187 bend 2'ye göre ikamet yeri mahkemesinin yetkisiz kılınmış olduğunu ileri sürebilecek midir?

Davalının bu itirazı kabul edilirse mahkeme seçiminin iki etkisi kabul edilmiş olur: Hem seçilen mahkemeyi yetkilendirici (yani *prorogatif*) etkisi hem de öbür tüm mahkemeleri yetkisizlendirici (yani *derogatoire*) etkisi. Böylece seçilmiş mahkemeye münhasır bir yetki sağlanmış olur. Derhal şunu belirtelim ki Türk doktrini ve Yargıtay içtihadı böyle bir sonucu reddeder ve bu arada şimdiden kaydedelim ki Prof. Dr. Baki Kuru, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununun 31. maddesi dolayısı ile bu sonucun reddedilmesinin ancak iç hukuk alanında söz konusu olduğunu beyan eder<sup>(3)</sup>.

Bilindiği üzere 1956 tarihli Ticaret Kanunumuzun 42 maddesi parag. 4, merkezi dışarıda olan ticari işletmelerin Türkiye'deki şubeleri hakkında ikametgahı Türkiye'de olan tam yetkili bir temsilci bulundurma zorunluluğu getirmektedir. Bu hüküm ile

3 Ansuy, Sabri Şakir: *Hukuk Yargılama Usulleri*, 6 bası Ankara 1957 sah. 99

Postacioğlu, İlhan: *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul 1959 sah. 105 vd

Bilge, Necip: (*teksir*) Ankara 1961-62, sah. 120

Kuru, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara 1964 sah. 133

Üstündağ, Saim : *Medeni Yargılama Hukuku C.I 3*, bası İstanbul 1984 sah. 58 vd.

Baki Kuru, Arslan, R., Yılmaz E.: *Medeni Usul Hukuku* 1989 sah. 99 (Bu eserde sözkonusu çözümün ancak iç hukukta geçerli olacağı MÖHUK çerçevesine giren davalarda ise yetki anlaşması *derogatoire* bir etkisi olacağı haklı olarak belirtiliyor).

HUMK m.9 ve 22 hakkındaki görüş ve uygulamayı bir arada gözönünde bulundurulunca Yabancı Şirketler Kanununun 10. maddesinin anlamı, maddenin emredici edasına rağmen, şu oluyor: Şubenin Türkiye'de bulunduğu yer, ikametgahı sayılır ve şubenin Türkiye'deki işlemleriyle ilgili davalar konusunda davacı isterse o yer mahkemesini tercih edebilir aksine bir yetki anlaması olsa bile. Fakat bu demek değildir ki şubenin merkezle olan uyuşmazlığı konusunda veya şubenin Türkiye dışındaki bir işlemi dolayısıyla maruz kalabileceği davalar başka bir yerde görülemez ve hatta bu demek değildir ki şubenin Türkiye'deki işlemleriyle ilgili bir konuda davacı bir yetki anlaşması uygun olarak başka bir mahkemeye başvuramaz.

Şimdiden şunu belirtelim ki üstteki satırlarda Yabancı Şirketler Kanununun 10. maddesi ile ilgili görüşünüz konu ile ilgili eski yazılarımızdaki değildir. Eskiden 10. maddeyi bir münhasır yetki maddesi olarak karşıladık, şimdi Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku kanununun 31 maddesinin getirmiş olduğu esaslar çerçevesinde -ki onları ilerideki bölümde incelemeye çalışacağız - davacının elinde Türk iç ticareti alanında davalının ikametgahı mahkemesini herhangi bir yetki anlaşmasına rağmen tercih etmek olanağı bulduktan sonra ifadesi amirhane fakat muğlak olan sözü geçen 10. maddenin daha liberal bir görüşle yorumlamanın mümkün olduğu kanısına vardım. Bu açıdan sayın Baki Kuru'nun yine MÖHUK madde 31. dolayısıyla fakat değişik bir noktada görüş değiştirmiş olması paralelindeyim<sup>(4)</sup>.

Yine yetki anlaşması alanında zayıf tarafı korumaya yönelik olan Türkiye'nin iç ekonomisi çevresindeki hükümlerden bazısını zikredelim:

Sigorta konusunda HUMK madde 19; iş akdi konusunda İş Mahkemeleri Kanunu madde 5; acenteliklerde iş gören müşteri konusunda Ticaret Kanunu madde 119 bu maddede yerli işletmelerin de acentelikleri söz konusudur, yani önlem yalnızca yabancıya karşı değildir. Zaten sigorta ve iş akti konusunda da durum aynıdır. Ve dikkate değer nokta şu ki bu maddelerde sigortalıya, işçiye veya müşteriye kolaylık olması için gösterilen mahkemelerin bir yetki anlaşması ile yetkisiz bırakılmıyacağını belirtilmektedir. Bununla beraber sigortalıya, işçiye ve müşteriye dilerse anlaşma ile tayin edilmiş olan mahkemeye davacı olarak başvurma özgürlüğü tanınmaktadır. Memleket içerisinde tek bir hukuk cari olduğuna göre bu alanda *forum shopping* tehlikesine karşı tarafları anlaşmaya derogatoire etki tanıyarak korumaya gerek yoktur. Bilindiği üzere bu gerek ancak milletlerarası ticari ilişkiler alanında sözkonusu olur.

Sonuçta kabul olunun esaslar şunlardır: Amaç iç ticaret alanında zayıf tarafın korunması, dış ticaret alanında ise *forum shopping* oyunlarına karşı iki tarafı da koruma.

4 Kuru, Baki: "Sözleşme ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması" İst. Üniv. Hukuk Fak. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, sayı 2 yıl 6 1986 sah. 142. Burada yazar der ki "MÖHUK yürürlüğe girmeden önce yabancı bir devletin mahkemesini yetkili kılan yetki sözleşmesinin kanunen yetkili olan Türk mahkemelerinin yetkisini kaldırmayacağı görüşünü savunmuştum, fakat MÖHUK madde 31. hükmü karşısında artık bu görüşümü (olan hukuk bakımından) savunmak imkanı kalmamıştır."

dolayısı ile iç ticaretteki koruma yetki anlaşmasına yalnızca prorogatif etki tanımakla yani korunması düşünülen davacıya tercih olanağı tanımakla, dış ticarete ise yetki anlaşmasına *derogatoire* yani seçilen dışındaki mahkemelerin yetkisini kaldırıcı bir etki tanıyarak sağlanır.

## II - Konunun Milletlerarası Özel Hukuk Açısından İncelenmesi.

Bu bağlamda ilk olarak gözönünde bulundurulanan sorun Türk mahkemelerinin yabancılık unsuru konularda ne zaman yetkili sayılacaklardır.

MÖHUK. bu soruyu 27. ve devamı maddeleri ile yanıtlar: 27. madde der ki: "Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini iç hukukun yer itibari ile yetki kuralları tayin eder" Bu ifadeye göre iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları yetki vermiyorsa o Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi yoktur.

MÖHUK'un 27. maddeyi izliyen 28'den 33'e kadar olan maddeleri, iç hukukun yer itibarı ile yetki kurallarının çözümleyemediği bazı önemli noktalarda tamamlayıcı hükümler getirmiştir. Tabiatıyla, iç hukuka ait yer itibarı ile yetki kurallarımızın bir çoğu yeterli olduğu için onlar değiştirilmemiştir. Onlara ilaveler yapılmamıştır. Örneğin HUMK m.9. konuda yabancılık unsuru olsa da yani taraflardan biri veya ikisi yabancı olsa da veya davalı Türkiye'de mukim olup da geçici olarak yurt dışına gitmiş olsa da veya borç ilişkisi yurt dışındaki bir mal bir hizmet ve ika edilen bir zarar ile ilgili olsa bile yine davalının Türkiye'deki ikametgahı mahkemesinde dava açılabilir. Bunun gibi taraflar yabancı olsalar bile bir sözleşmenin Türkiye'de icra edileceği yer mahkemesi yetkilidir. Ve daha bir çok durumda iç hukukumuzun yer itibariyle yetki kuralları yeterlidir.

Yalnız bazı konularda MÖHUK tamamlayıcı hükümler getirmiştir. Örneğin m.28 "Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda eğer bu Türkler Türkiye'de ikamet etmiyorlarsa ve ikamet ettikleri yabancı ülkede dava açılmadığı veya açılmadığı, Türkiye'de de yer itibariyle yetkili mahkeme yoksa ilgilinin sakin olduğu yer, Türkiye'de sakin değilse, Türkiye'deki son ikametgahı mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde dava görülür" der.

Bunun gibi MÖHUK madde 29 der ki: "Türkiyede ikametgahı bulunmayan yabancı hakkında vesayet, kayyımlık, hacir gaiplik ve ölmüş sayılma kararları ilgilinin Türkiye'de sakin olduğu yer, sakin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilir" MÖHUK madde 30'da der ki: " Mirasa ilişkin davalar ölenin Türkiye'deki son ikametgahı mahkemesinde, son ikametgahının Türkiye'de olmaması halinde terekeye dahil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür"

Şimdi, MÖHUK. un 31. maddesini incelemeden önce hemen belirtelim ki hiç bir ülke başka ülkelerdeki mahkemelere yetki kullanmayı emredemez. Fakat buna karşılık bir yabancı ilamın tanınması veya tenfizi aşamasında takdirini kullanabilir. Türkiye bu

konuda liberal davranıp yabancı mahkemelerin yetkisini Türk yetki kıstaslarına tabi tutmamaktadır.

MÖHUK. madde 38b hükmüne göre yalnızca dava konusunun Türk mahkemesinin münhasır yetkisine girmemesi şartına dikkat edilmelidir.

Bunu belirttikten sonra yetki anlaşması konusunda 31. maddenin ifadesine bakalım. Madde der ki: "Yer itibariyle yetkinin kamu düzeni veya münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar aralarındaki yabancılık unsurunu taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde dava yetkili Türk mahkemesinde görülür".

Bu madde ikinci cümlesinde davanın Türk yetkili mahkemesinde görüleceğini belirtmektedir. Bu noktada akla gelen soru şudur. Bunu belirtmeye gerek var mıydı? Zaten Türk doktrin ve mahkeme içtihatlarına göre iç hukuk kurallarımızda bir yetki anlaşmasının varlığına rağmen davacı yetkili olan Türk mahkemesine götürebilmektedir.<sup>(5)</sup> Hatta daha ileri giderek bu maddeye hiç gerek olmadığı düşünülebilir çünkü zaten yabancı bir ülke mahkemesinin ne zaman yetkili olacağını biz tayin edemeyiz. Fakat taraflar o yabancı mahkemeyi anlaşmaları ile yetkili olarak tanırlar ve o mahkeme yetkiyi kabul ederse ayrı bir kanun hükmünü getirmemize gerek yoktur.

O halde 31. maddenin anlamı nedir?

Milletlerarası ticarete ilişkin davalarda tarafların mahkeme seçebilmesi usulü aslında davalıya bir güvence sağlamağa yöneliktir. Bu da tek bir mahkemeye, münhasır bir yetkinin verilmesi suretiyle olur. Ancak bu yolda *forum shopping* denilen davranışta bulunulması önlenemez. Bu davranış genel bilgi kısmında anlattığımız üzere davayı yetkili sayılabilecek birkaç ülkenin mahkemesinden kendisine en elverişli olanına davacının başvurmasıdır. Gerçekten de ülkelerin birbirlerinkinden farklı mevzuata sahip olmaları, kanunlar çatışması kurallarının da değişik olması hatta bunun ötesinde niteleme sistemlerinin ve kamu düzeni konusundaki görüşlerinin değişik olması başvurulan mahkemeye göre değişik sonuç alınması olmağını sağlar. Bu durum bir güvensizlik ortamı yaratır. Yetkinin tarafların ortak iradeleri ile tek bir mahkemeye bağlanması bu güvensizliği ortadan kaldırır.

Eğer MÖHUK m.31, milletlerarası davalarda bu amacı güdüyor ve sağlıyorsa, işte o zaman maddenin MÖHUK'ta yer almış olmasının bir anlamı olur<sup>(6)</sup>.

Kanımızca maddenin bu anlamı vardır ve biz bu konuda *Prof. Ergin Nomer*'in haklı olarak belirtmiş olduğu iki noktaya değinmeyi yararlı görüyoruz.

5 Bakınız Not (3)

6 Sakmar, Ata, *Le Nouveau Droit International Privé Turc*, Recueil des Cours tome 223 (1990/IV) sah.391

Prof. Nomer açıkca bildirir ki "Türk hukukunda derdestlik bir iptidai itiraz sebebi teşkil eder (HUMK m.187)" ve ilave eder ki "yabancı derdestliğin iptidai itiraz olarak ileri sürülebilip sürülemeyeceği hususunda kanunlarımızda istinat edilecek genel bir hüküm mevcut değildir. Buna mukabil MÖHUK iki konuda yabancı derdestliği dikkate alan bir düzenlemeye sahiptir.

Birinci konu: Türklerin kişi hallerine ilişkin davalardır. Türkiye'de ikametgahi bulunmayan Türklerin kişi hallerine ilişkin davaların Türk mahkemelerinde görülebilmesi ikametgahların bulunduğu ülkede dava açılmamış olması şartına bağlanmıştır (MÖHUK m.28)

İkinci konu, yabancı bir devlet mahkemesinin yetki anlaşmasıyla yetkili kılınması halidir. Böyle bir durumda, yabancı devlet mahkemesinde dava ikame edilmişse Türk mahkemesinde açılacak bir dava yetki itirazı ile karşılaşacaktır<sup>(7)</sup>.

Yine Prof. Nomer, aynı eserinde<sup>(8)</sup> belirtir ki MÖHUK m.31'e dayalı bir yetki anlaşmasına rağmen daha yabancı mahkemeye başvurulmamışken Türk mahkemesinde dava ikame edilirse, yetki anlaşmasına dayanılarak yapılacak itiraz, iptidai itiraz niteliğindedir (HUMK 187/2).

Prof. Nomer'in işaret ettiği bu iki itiraz imkanı yabancı mahkeme lehine yapılacak yetki anlaşmasının eğer öbür şartlar mevcut ise, o mahkemeye münhasır bir yetki sağlayacağını ifade eder. Bu arada yabancı mahkeme bu yetkiyi kabul etmiş ise, yabancı mahkemede yoksa Türk yetkili mahkemesinde dava görülebilir.

İşte böylece 31. maddenin amacı ve anlamı ortaya çıkmaktadır: Milletlerarası ticari ilişkilerde seçilen mahkemeye *derogatoire*, münhasır bir yetki sağlayarak *forum shopping* manevralarını önlemek

Demek oluyor ki 31. madde Türk mahkemesinin yetkili olma ihtimalini kısıtlamış oluyor ve ancak koymuş olduğu şartlar gerçekleşmeyince bu yetkiyi Türk mahkemesine iade ediyor. Bu sonuçlar HUMK madde 22 ile sağlanamazdı.

#### Şartlar :

Bu maddenin amacını saptadıktan sonra sıra şartlarını belirtmeye geliyor. Bu konuda Prof. Baki Kuru'nun bizim araştırma merkezimizin çıkarmakta olduğu bir bültendeki yazısında saymış olduğu şartların göz önünde bulundurulması gerekir.

MÖHUK 31. maddesine dayanarak yapılmış bir yetki anlaşmasına rağmen davacı Türkiye'de normal olarak yetkili sayılan mahkemede dava açarsa davalı yetki itirazında bulunabilir. Fakat bu itirazın kabul edilebilmesi için yetki anlaşmasının geçerli olması

7 Nomer, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku* 2. bası İstanbul 1982 sah.332

8 Nomer, Ergin, op. cit. sah.350

gerekir. Yani Prof. Kuru'nun söz konusu yazısında<sup>(9)</sup> belirttiği şartlara uygun olması gerekir:

- a) Türk mahkemesi kamu düzeni veya münhasır yetki esasına göre yetkili sayılmamalıdır,
- b) Uyuşmazlık borç ilişkisinden doğmuş olmalıdır,
- c) Yabancılık unsuru bulunmalıdır,
- d) Belirli bir uyuşmazlık söz konusu olmalıdır,
- e) Yetkili kılınan yabancı mahkeme belli olmalıdır. Örneğin "Almanya'nın mahkemeleri yetkilidir" denilmeyip, "Münih mahkemesi yetkilidir" denilecek,
- f) Şekil şartına uygun olmalıdır<sup>(9a)</sup>, yani Türk hukuku açısından yazılı olmalıdır. Söz konusu yabancı ülkenin şekil şartına da uymalıdır.
- g) Yabancı mahkemenin yetkiyi red edeceği kanıtlanabilirse usul ekonomisi açısından yetki itirazı reddedilmelidir.

*Prof. Baki Kuru*, bu çok değerli yazısında bir şart daha ekliyor, o da yetki itirazının hakkının kötüye kullanılmasının Medeni Kanununun 2. maddesi tarafından yasaklanmış olan bir uygulaması olmaması şartını. Bu noktanın da gerçekten göz önünde bulundurulması gerektiği kanısındayız, fakat bu kötüye kullanma örneği olarak zikretmiş olduğu örnekte aynı görüşte olmadığımızı beyan etmek zorundayız şöyle ki *Prof. Baki Kuru* davacının yetkili Türk mahkemesine başvurduğu takdirde yetki itirazında bulunmanın hakkın kötüye kullanılması sayılabileceğini kabul etmektedir. Biz ise milletlerarası ticaret alanında yetki anlaşması usulünün amacı *forum shopping*'i önlemek olduğuna göre yetki itirazının yetki şartlarına rağmen başvuru mahkeme Türk mahkemesi olsa bile yine bir *forum shopping* olayı olduğu kanısındayız. Çünkü milletlerarası ticaret alanında yetki anlaşmasıyla birlikte bir de yetkili kanun ayrıca seçilmediyse fiilen taraflar yetkili kılınmış oldukları mahkemenin kendi ülkesinde uygulamak zorunda kaldığı bağlama kuralları uyarınca sözkonusu akdi ilişki için uygulayacağı kanuna peşin olarak razı olmuş durumdadır; her iki tarafın rızası olmadan başka mahkemeye başvurmak uygulanacağı beklenen kanun yerine başka bir kanunu uygulanmasına yol açar. O bakımdan *Prof. Baki Kuru*'nun vermiş olduğu örnek bize göre ancak taraflar hem bir mahkemeye yetki vermiş hem de uygulanacak kanunu belirtmişler ise söz konusu olur.

E.1988/11-26; K.1988/76

Yargıtay uygulaması:

MÖHUK'un 31. maddesine ters düşen 1988 tarihli bir Yargıtay kararına rastgelmektedir. <sup>(10)</sup> Bu karar MÖHUK madde 31'in öngördüğü yetki anlaşmasının *derogatoire* etkisi olacağını yani seçilen mahkemeye münhasır yetki tanıyacağını reddetmektedir.

9 Kuru, Baki, op. cit. not (4) sah.144-145

9a Aksi görüşte Nomer, op. cit. 1996, sah 373-374. Zımni seçim olabileceği görüşündedir.

10 (15.06.1988 tarihli T.C.Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı) Yargıtay Kararları Dergisi: c.XIV say 11 Kasım 1988 sah. 1486



Bu karar oy çokluğuyla verilmiş olup 8.H.D. Başkanı *Şükrü Özdemir*'in, 7. H. D. Başkanı *Cemil Sonbay*'ın, 11.H.D. üyesi *Gürcan Eriş*'in karşı oy yazıları vardır.

Bu karşı oy yazısını kaleme almış olanlar çok haklı olarak şunu belirtmişlerdir ki "gerçekten HUMK'nın 22. maddesinde görülen yetki sözleşmesi, genel yetkiyi ortadan kaldırmaz. Fakat bu kural yabancılık unsuru taşımayan yetki sözleşmeleri için geçerlidir. Usul Kanununa göre özel bir yasa olduğundan tartışma bulunmayan 2675 sayılı yasa ve bu yasanın 31. maddesinde öngörülen kural, emredici nitelikte bir istisna hükmü getirmiştir..." Ayrıca aynı karşı oy yazısında 2675 sayılı yasanın 31. maddesi Türk hukukunda "münhasır bir yetki kuralı" öngörmüş olduğu ve bu nedenle de artık yabancılık unsuru taşıyan yetki sözleşmelerine göre yetki bir yabancı mahkemeye verilmişse doğrudan doğruya Türk mahkemesinde davanın açılmayacağını belirtmektedir.

Öte yandan MÖHUK m.31'in münhasır yetki kuralı getirip getirmediği hususu öğretilerde tartışılmış ve bu yetkinin münhasır bir yetki olduğu kabul edilmiştir<sup>(11)</sup>.

### III - MÖHUK m.31'deki Yabancılık Unsuru Şartının Anlamı.

MÖHUK'un 31. maddesinin yetki anlaşması yapılması için konmuş olduğu şartlardan bir tanesi de yabancılık unsurunun varlığıdır.

Yine Prof. Nomer'in eserine başvurunca yabancılık unsuru konusunda şu ihtimalleri görüyoruz: taraflardan birinin veya ikisinin yabancı olması, aktin yapıldığı yerin veya icra yerinin yabancı ülke olması veya akit konusunun yabancı ülkede bulunması veya borç ilişkisinin yabancı ülkede doğması gibi durumlar<sup>(12)</sup>.

Kendi görüşümüze göre 31. maddede sözkonusu olan yabancılık unsurunu sınırının tespitinde ticari ilişki alanının milletlerarası ticari alan olup olmadığına dikkat etmeliyiz, çünkü kaçınılması amaçlanan *forum shopping* olayı o alanda sakıncalıdır ve 31. maddenin işte o alanda çare getirmek için düşünülmüş olması gerekir.

Gerçekten şu olgulara dikkat etmek gerekir ki;

a) kapitülasyonların ilgasından beri ülkemiz yabancı mahkemeye münhasır yetki vermek hususunda daima dikkatli davranmıştır.

b) Birçok ülkede sigortalının, işçinin ve tüketicinin korunmasını sağlamak için özel yetki kuralları konmuştur ve tarafların bu koruyucu imkanları düşüncesince ortadan kaldırma ihtimalleri önlenmiştir.

Gene bu bağlamda *Matter* içtihadını hatırlatmak gerekir. Bilindiği üzere Fransa'da Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra resmi paranın tedavül mecburiyetini korumak için

11 Nomer, Ergin: *Dev. Hus. Hukuku* 4.bası İstanbul 1984 sah.358

Üstündağ, Saim: *Med. Yarg. Huk. C.1* 3.bası İstanbul 1984 sah. 58 vd.

Tulunay, Metin: *Milletlerarası Usul Hukuku* Ankara Bar. Derg: 1984/2 sah. 257 vd.

Kuru, Baki: Bakınız not (9)

12 Nomer, Ergin: op. cit. not (7) sah. 348

alışverişlerde altın şartı yasaklanmıştı. Ne var ki milletlerarası ticari ilişkilerde bu altın şartına itibar edilmesine zarureti vardı. Bunun yasal açıdan mümkün olup olmayacağı Fransız Yargıtayı'nda tartışıldığı zaman yargıçlardan *Matter* milletlerarası ilişkilerin iç ticaretle ilgili iç hukuk kurallarından farklı düşünülmesi gerektiğini bu konuda maddi değerlerin mal hizmet gibi değerlerin ülkeler arasında bir gel git (med ve cezir) durumunda iseler ona göre olanları milletlerarası ticari ilişkiler olarak saymak gerektiğini belirtmiştir.

Bir de şunu görüyoruz ki aralarında ticari ilişkileri kolaylaştırmayı hedefleyen AET ülkeleri bile mahkeme seçimini ilişkinin konumu bakımından kısıtlamaktadır (1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu mahkeme yetkisi konusunda sigorta ve tüketici söz konusu olunca 12. ve 15. maddeleri ile yetki anlaşmasını kısıtlamaktadır).

O halde yabancılık unsuru olarak uyrukluk gözönünde bulundurulamaz. Örneğin Türkiye'de yaşayan ve kendi adına ticaretle işgal eden yabancı uyruklu bir taciri Türkiye'nin iç ticareti ile ilgili konuda uzak bir yabancı ülkedeki bir mahkemeye yetki verilmesi hususunda karşısındaki ikna etmesini 31. maddenin kapsamına alamayız.

Bunun gibi aktin yapıldığı yer borç ilişkisinin milletlerarası nitelikte olup olmadığı konusunda kesin bir kıstas sayılamaz. Bu iki ihtimal konusunda aynı görüş *Prof. Jean Schapiro*'nın "*Le Droit International des Affaires*" adlı eserinde vardır<sup>(13)</sup>.

Tabiatı ile MÖHUK'un 31. maddesinin yabancı mahkeme seçimi konusunda sağlamış olduğu imkanları sınırlayan bir öge olarak Türk mahkemelerinin yer itibariyle yetkisini kamu düzeni düşüncesine göre tayin edildiğini tayin eden ifadesi de gözönünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda ilgili mevzuatı şöyle sıralayabilir:

- 1) HUMK m.13 taşınmazlar hakkında tam anlamıyla münhasır yetki,
- 2) HUMK m.19 sigorta işlemleri için özel yetki imkanları ve bu imkandan vazgeçme yasağı,
- 3) İş Mahkemeleri Kanunu m.5 (aynı vazgeçme yasağı),
- 4) Ticaret Kanunu m.119 (aynı vazgeçme yasağı),

13 Schapiro, Jean, *Le Droit International des Affaires*, Paris, 1972, sah. 21-24 "Milletlerarası alandaki borç ilişkileri sözkonusu olunca yabancılık unsuru arasında seçim yapılmıştır. Örneğin bir devlet sınırının aşılması ve nakliye belgesinin tanzimi veya tarafların iki ayrı devlet ülkesinde yerleşik olması. Bunun gibi de bir poliçedeki imzalardan hiç değilse iki tanesinin yanında iki ayrı devleti belirten adreslerin bulunması ya da işletmelerin değişik devletler ülkesinde bulunması veya çıkış ülkesi ile varış ülkesinin ayrı devletlere ait olması gibi.

Her halükarda tarafların uyrukluğu başka konularda yabancılık unsuru sayıldığı halde burada asla etkili olmaz. Demek ki burada sözkonusu olan kriterler hem hukuksal hem de ekonomiktir (sah.21).

*Matter* Jürisprüdansı iç ekonomi düzeninden tam anlamıyla farklı gereksinimleri olan bir milletlerarası ekonomik düzenin var olduğu gerçeğini bize öğretiyor (sah. 23).

İş ilişkileri alanında ekonomik cepheyi unutulursa, hukukçular, geçerli hiçbir şey yapmamış olurlar (sah.24).

5) Ticaret Kanununun 42/4 maddesi, merkezi dışarıda bulunan işletmeye Türkiye'de şube açarken o şubenin başında Türkiye'de mukim tam yetkili temsilcinin bulundurulması zorunluluğunu yüklüyor. Dolayısı ile HUMK m.9'un genel yetki hükmü uygulanır,

6) HUMK m.17 şubeye dava ikame olunabilir diyor,

7) Yabancı Şirketler Kanunu m.10<sup>14</sup> şube Türkiye'de mukim sayılır ve oradaki mahkeme şube davalarının mercii rüyetidir.

Buna göre Türkiye'deki bir taşınmaz konusunda yabancı mahkemeye yetki verilemez. Böyle bir şart geçersizdir.

Sigorta konusunda sigortalı veya lehine sigorta yapılmış olan kişi davacı olarak ya sigorta şirketinin veya şubesinin bulunduğu yerde veya duruma göre taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde veya taşınırın bulunduğu yerde veya kazanın vuku bulduğu yerde veya da hayat sigortasında sigortalının ikametgahı mahkemesinde dava açabilir. Bu imkanlardan vazgeçilemez. Hatta bir görüşe göre başka mahkemeye de yetki verilemez<sup>15</sup>. Bize göre yetki anlaşması yapılabilir, *prorogatif* etkisi olur, *derogatoire* etkisi olmaz. Dikkat edilirse madde "ikame edilebilir" ifadesini kullanarak listesini verdiği mahkemelerden hiç birine münhasır bir yetki vermemiştir.

Aslında bu hükümler Türkiye'deki sigorta ilişkileri konusunda uygulanmak üzere kabul edilmiştir. Fakat MÖHUK m. 27'nin yollaması dolayısıyla milletlerarası alanda uygulanacak olsa, örneğin Türkiye'de ne merkezi olan ne de şubesi olan bir sigortalının malı Türkiye'de hasar görürse, sigortalı davasını isterse Türkiye'de hasar yeri mahkemesinde açar. İsterse de sigorta şirketine veya şubesine, oradaki mahkemeler kendilerini yetkili görürlerse, Türkiye dışında davasını açar. Ne var ki MÖHUK'un 31. maddesinin Türk mahkemesine yetkisizlendirici etkisi söz konusu olamaz. Çünkü Türkiye'deki hasar yeri mahkemesinin yetkisinden bir yetki anlaşması ile vazgeçme yasağını getirmiş olan HUMK m.19'un hükmü kamu düzenindedir, dolayısı ile MÖHUK m.31'den yararlanılamaz.

İş akdi konusunda aynı yere varmak gerekir bu da 31. maddenin kapsamına girmez, kamu düzeni hükmü niteliğinde bir vazgeçme yasağı mevcudiyeti dolayısıyla acentelik konusunda Ticaret. K.m.119'a göre aynı sonuca varmalıyız; MÖHUK m.31 uygulanamaz. Burada dikkat edilsin ki acentenin temsil ettiği işletmenin yurt içinde veya yurt dışında bulunması bir fark yaratmaz. O acentenin Türkiye iç ticaretine ilişkin konulardaki davaları için yabancı bir mahkemeye yetki veren bir anlaşma varsa bile bu anlaşma Türk mahkemesini yetkisizleştiremez.

Buraya kadar incelediğimiz koruyucu mevzuat iç ticaret alanımızdaki sigortalı, işçileri ve temsil ettiği işletme yerli veya yabancı olan acenteliklerle muhatap olan kişi-

14 Bkz. Not 2

15 Kuru B., Arslan R., Yılmaz E. p. cit. sah. 86.

16 Bakınız not (3).

leri koruyor. Fakat unutulmasın ki daha geniş kapsamlı bir koruma vardır, o da HUMK madde 9 ve 22 arasında ki ilişki konusundaki doktrin ve jürisprüdansımız<sup>(16)</sup> yani Türkiye'nin iç ticaret alanında bir yetki anlaşmasının davalının ikametgahı mahkemesinin yetkisini ortadan kaldırmayacağı görüşü. Bu görüşde kanımıza göre kamu düzeni açısından mahkeme yetkisini tayin eder.

Milletlerarası Özel Hukuk açısından karşımıza çıkan kesin sorun şudur:

MÖHUK madde 31'deki derogatoire etkili anlamda yetki anlaşmasını sınırlayan kamu düzeni kavramı ile bu etkideki anlaşmalara cevaz veren yabancılık unsurunun sınırları hangi kıstasa göre tesbit edilmelidir?

Burada yabancılık unsuru kavramının yalnızca bu maddenin açıklanmasına yönelik bir yorum yapmak zorundayız. Çünkü MÖHUK'un ilk maddelerinde yer alan yabancılık unsuru deyimini çok daha kapsamlı olup kişinin uyruklığı, akitlerin hazırlanma yeri gibi olayları kapsamaktadır. Bu olayların mahkeme yetkisi bakımından anlaşmanın etkisi için söz konusu olmayacağı yukarıdaki incelemelerden anlaşılmıştır.

O halde teleolojik, yani amaca yönelik bir yorum yapmalıyız. Böylece kanunun bu hükmü içermesindeki amacı belirtmeliyiz. Amaç açıktır: Bir yandan Türkiye'deki işlemlerde taraf olan kişileri mahkeme yetkisi konusunda korumak, bir yandan da milletlerarası ticaret alanında ilişkilere girişen tarafların her birine güvence sağlamak, herbirini karşısındakinin *forum shopping* manevralarından korumak. Milletlerarası alandaki bu koruma yetki anlaşmasına seçilen mahkemeye münhasır yetki tanımak yoluyla olacağına göre fakat iç ticaret alanımızda tarafın korumanın yolu tersine bir yetki anlaşmasına rağmen yetkili mahkemeye başvurmak imkanını tanımak olduğuna göre kıstasımız hem hukuki hem de ekonomik olmalıdır ve ticaret alanlarının tayininden ibaret olmalıdır.

İç ticaret ve milletlerarası ticaret kavramları birbirlerinin mehfumu muhalifi (zıt kavramı) olduğundan doktrinde en çok araştırılmış olan kavramın sınırını bulmak öbürünün sınırını sağlayacağına göre milletlerarası ticaret kavramının üzerinde durmamız gerekir.

Sonuç olarak MÖHUK madde 31'deki yabancılık unsuru kavramı, dava konusunun milletlerarası ticaretle ilgili olması anlamına gelmeyebilir. Milletlerarası ticaret kavramı ülkeler arasında ekonomik değerlerin teatisi (değiş tokuş) anlamına gelir<sup>(17)</sup>.

17 Akıncı, Ziya, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, Ankara 1994 sah. 26 not 81-82 ve orada zikredilen Société Impex c. Societes P:A:Z: *Malteria Adriatica et Malteria Terrana* (1972) Clunet 62; Y.Derains "Supplement on International Arbitration (France)" 1981 7 YBCA 5.