

YENİ KANUNA GÖRE YABANCI MAHKEME KARARLARININ TENFİZ ŞARTLARI

Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL*

1. — Genel Olarak

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)¹ 20.5.1982 tarihinde kabul edildi. Bu kanun, Osmanlı İmparatorluğu döneminde kapitülasyonların kaldırılması üzerine Türkiye'de bulunan yabancıların hak ve vazifelerini ve hukuki durumlarını düzenlemek üzere çıkarılan 20.2.1330 tarihli Muvakkat Kanun yerine geçmek ve HUMK'nun konu ile ilgili bazı maddelerinde değişiklik yapmak üzere çıkarılmıştır. 67 yıllık geçmişi olan bir hukuk düzeni, bugünkü ihtiyaçların gerisinde ve özellikle son yıllarda milletlerarası ilişkilerin gelişmesi, yabancı ülkelerde çok sayıda Türk vatandaşının yaşaması ve Türk ekonomisinin dışa açılması sonunda ortaya çıkan çeşitli özel hukukî ilişkilerini cevaplandırmaktan uzak bulunmakta idi.

Bu yazıda kanunun 34-43. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan ve HUMK bu konudaki hükümlerini önemli ölçüde değiştirmiş olan yabancı mahkeme kararlarının tenfizi konusu yalnız tenfiz şartları açısından eski hükümle karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

MÖHUK'den evvel konu, HUMK 537-545 maddeleri arasında düzenlenmiş bulunmaktaydı. İlgili maddeler yabancı mahkeme kararlarını tenfiz açısından ele almış tanıma konusunda herhangi bir hüküm getirmemişti. Yabancı Mahkeme Kararlarının tanınması zorunluluğu, Türk doktrini ve uygulama yolu ile tenfiz hakkındaki hükümlerle doldurulmakta idi. Yeni kanun tenfiz ve tanınmayı tenfiz ve tanınmanın şekli ve tabii olduğu şartlar bakımından ayrı ayrı düzenlemiştir. MÖHUK, tenfiz ve tanıma açısından eski hukuka nazaran yenilikler getirmektedir. Özellikle HUMK'ü 540/4'de yabancı ahkâmı şahsiye ve aile hukuku kararlarının tenfiz edilemeyeceği hakkındaki hüküm kaldırılmış, yerine

yalnız Türk vatandaşlarını ilgilendiren ve belirli şartlarla uygulanabilen bir hüküm getirilmiştir.

Yeni Kanun m. 42'de tanımanın, tenfizi düzenleyen hükümlere tabii olduğunu, yalnız maddenin (a) ve (d) bendlerinin tanıma için uygulanmayacağını bildirmektedir. Bu bakımdan inceleyeceğimiz tenfiz şartları aynı zamanda tanıma şartları olarak da geçerlidir.

2. — MÖHUK m. 38'e göre Tenfiz Şartları.

MÖHUK. m. 38 tenfiz kararının tespit ettiği 5 şarta bağlı olarak verilebileceğini kabul etmektedir.

"Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dahilinde verir.

- Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği Devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması,
- İlâmın Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması,
- Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması,
- O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyapta hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak ten-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1) Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 20.5.1982-2675, R.G.: 22.5.1982 - 17701.

fiz istemine karşı Türk Mahkemesine itiraz etmemiş olması,

- e) Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilâmda Türk kanunlar ihtilâfı kural-ları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmamış ve Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönden itiraz etmemiş olması.'

a — "Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği Devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması".

Bu hüküm ile kanun, anlaşmaya dayanan veya kanunî veya fiilî karşılıklılık esasını kabul etmiş bulunmaktadır. HUMK m. 540/1'de açıkça anlaşmanın bulunması aranırken yeni kanun buna kanun veya fiilî karşılıklı muamelenin bulunması hallerini de ekliyerek, anlaşma olmadığı hallerde kanunî veya fiilî olarak Türk Mahkemelerinin ilâmlarını tenfiz eden devlet mahkemelerinin verdiği ilâmların tenfizi imkânı tanınmıştır.

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi şartları arasında "mütekabiliyet" in aranması bu konuda bir tercih sebebidir. Bu esasın leh ve aleyhinde deliller gösterilebilir. Yargı hakkının kullanılması ve kararların icrası, hakimiyetin tezahür şekillerinden biridir. Bir devlet yabancı kararların tenfizini, kendi mahkeme kararlarını tenfiz eden devlet mahkemelerinin kararlarına tanımak hakkına sahiptir². Mütekabiliyetin esasında yabancı devletleri Türk ilâmlarını tenfize zorlama düşüncesi ana prensip olarak yoktur³. Bu düşüncenin varlığı, her devletin tenfiz konusunda ilk hareketi diğer devletlerden bekleme hakkı olduğu sonucunu doğuracaktır. Akdî veya kanunî karşılıklılık muamelede, böyle bir düşünce esasen varit değildir.

Yeni düzenlemede kanuni veya fiili karşılıklı muamelenin aranmasının bazı güçlükleri beraberinde getirdiğini söylemek mümkündür. Bu güçlük karşılıklılıktan ne anlaşılacağı ne yolda yorumlanacağı konusunda ortaya çıkmaktadır. Karşılıklı muamelenin gerçekleşmesi için yabancı kararın tenfiz edilecek ülkede, yabancı hukuktaki ağırlık nisbetinde usul ve şartlara tabi olarak tenfizi mi demek-

tir? Örneğin revision sistemini kabul etmiş olan Fransız mahkemesi kararlarının Türkiye'de tenfizi gerektiğinde, Türk Hukukunun kontrol sistemini kabul etmesi fiilî, özellikle kanunî karşılıklılığın gerçekleşmesi için yeterli olacaktır?

Kanunî karşılıklılık için Türk hukukunda mevcut usul ve şartların aynının aranması söz konusu değildir. İlgili yabancı mevzuata göre tenfizin mümkün olması ve Türkiye'de tenfizi söz konusu kararın türü ve hukuki niteliği açısından özel bir engelin olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Fiilî karşılıklı muamelede ise somut bir olayda aynı nitelikte bir Türk mahkemesi kararının tenfiz edildiğinin ispatı gerekir, örneğin hal ehliyet ve aile hukukuna ait bir kararın tenfizi söz konusu ise, aynı tür bir Türk mahkemesi kararının tenfiz edilebilmesi konusunda yabancı mevzuatta veya uygulamada bu engelin bulunmadığı ispat edilmelidir. O yabancı ülkede Borçlar Hukukuna ait bir karar tenfiz edilmişse, aile hukukuna ait yabancı bir kararın tenfizinde kanunen bu tür kararların tenfizi için bir engelin bulunup bulunmadı-

2) MÖK m. 34-43 hakkında, Kanunun hünüz tasarı halindeki hükümlerini nazara alarak bir kitap yazmış olan Sakmar, tasarının bugün kanunlaşmış bu hükümlerini eleştirmektedir. SAKMAR, Ata, Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul, 1982.

SAKMAR, 88 v.d.'da mütekabiliyete karşı çıkarken mütekabiliyet şartı için "aranmasının haklı gösterecek bir sebep bulunmayan bir esas niteliği taşımaktadır" dedikten sonra, müteakibliyetin Yabancılar Hukukunda dahi aranmasından büyük ölçüde vazgeçilmiş olduğunu bildirmektedir.

Kendisinin Yabancılar Hukukunda mütekabiliyetin siyasi bir mukabele tedbiri olduğu ve büyük ölçüde vazgeçilmiş bir uygulama olduğu görüşlerine katılmak mümkün değildir. Mukabele bilmisil ile mütekabiliyet arasında hukuki nitelik açısından fark vardır. Yazarın "kişilerin özel hukukla ilgili haklarının üçüncü devletler arasındaki siyasi ilişkilere dayanılarak kısıtlanması hukuk anlayışıyla bağdaşmaz" şeklindeki gerekçesi mütekabiliyetin aranmasındaki esas ile bağdaşmadığı kanısındayız.

3) Aksî görüş, SAKMAR (dn. 2), 88.

ğının araştırılması gerektiği şeklinde yorum yapılabilir.

Bir ülkede revision sisteminin kabul edilmesi o ülkede verilen yabancı kararların Türkiye'de tenfizine engel değildir. O ülkede aynı hukukî nitelikte olan bir kararın tenfizinde mevzuatta bir engelin bulunmaması veya daha önce aynı nitelikte bir kararın tenfiz edilmiş olması yeterlidir.

Karşılıklılığın kesin hükmün gerçekleşmesi anında değil fakat tenfizin talep edildiği anda var olması gerekir. Bu işlem, yalnız o devlet vatandaşları için değil, o devlet mahkemesinden verilen ilâmlar için söz konusudur.

b — "İlâmın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması."

Yabancı ilâmın yetkili mahkemeden verilmiş olması konusunda, Kanun, yukarıda belirttiğimiz hükmü getirmektedir. Bu konuda "İlâm selahiyettar olmayan bir mahkemeden verilmiş..." diyen HUMK'nunun eski m. 540/2'den fark vardır. Eski hükümdeki genel ifade ile, Türk mahkemelerin kamu düzeni veya münhasır yetki esasına göre yetkili olduğu haller ile bunun dışındaki durumlarda yabancı mahkemenin yetkisinin nasıl tayin edileceği konusu düzenlenmemiş bulunuyordu.

Yeni Kanun'a göre yabancı karar Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren konularda (HUMK m. 13) verilmişse yetkisiz mahkemeden verildiği için tenfiz edilmeyecektir. Bunun dışındaki konularda mahkemenin yetkisinin hangi devletin hukukuna tabi olacağı konusunda bir tereddüdün var olduğu görülmektedir⁴. İlk bakışta eksik bir düzenlemenin varlığı izlenimi uyanıyorsa da, biz böyle bir tereddüde mahal olmadığı görüşündeyiz.

Yabancı mahkemenin yetkisi, o mahkemenin milletlerarası yetki ve iç hukuka dayalı yetki sorunu ile dâvanın vazifeli mahkemede görülmesi sorununu da birlikte getirmektedir. İlk olarak şunu belirtmek gerekir ki yabancı ilâmların tenfizinde önemli olan kararı veren mahkemenin milletlerarası yetkisinin bulunmasıdır. Bu yetki, bir devletin, diğer devlet mahkemelerine nazaran bir dâvayı görebilme iktidarındır. Her devlet bu

yetkiyi kendi tayin eder. Milletlerarası yetkiyi haiz bir devlet mahkemesinin iç hukuk açısından yetkisizliğini, davalının duruşma sonunda belirli bir süre içinde yapacağı itiraz ile önleyebilme hakkı mevcuttur. Dâvalının bu itiraz imkânına sahip olduğu durumlarda sonuca kendisinin katlanması tabiidir. İç hukuka ait bu yetki sorununun, Milletlerarası yetkili mahkemenin bulunduğu olaylarda dikkate almağa gerek yoktur.

İşin madde ve kıymetine göre tayin edilen "vazife" de bir iç hukuk sorunudur. Verildiği ülkenin muhakeme usulü hukukuna tabidir.

Türk mahkemelerinin yetkileri kamu düzeni açısından düzenlenmiş olabildiği gibi, bazı konularda da münhasır yetki kuralı kabul edilmiştir. Kamu düzenini ilgilendiren her yetki kuralının münhasır yetki kuralı olması gerekmez. Buna karşılık münhasır yetki kurallarının temelinde kamu düzeni fikri hâkimdir. İç hukukta Türk mahkemelerinin kamu düzeni ve münhasır yetki kurallarının aynı zamanda milletlerarası yetki açısından da tam olarak geçerli olduğunu savunmak mümkün değildir. Gayrimenkullere müteallik dâvalarda yetkinin münhasır yetki kuralı olduğu hem iç hukukta hem Milletlerarası Özel Hukukta kabul edilmektedir. Ancak iç hukukta kamu düzeninden kabul edilen boşanma dâvalarındaki yetki kuralı, milletlerarası yetki açısından kamu düzeninden değildir. Şöyle ki iki Türk Milletlerarası yetkiyi haiz yabancı bir devlet mahkemesinden aldıkları boşanma kararının 38 inci maddenin şartlarına göre Türkiye'de tenfiz ettirebilirler.

Milletlerarası anlamda münhasır yetki, o dâvanın mutlak surette Türk mahkemelerinde görülmesi konusunda bir yetki kuralının bulunması halinde ortaya çıkar. Türkiyedeki gayrimenkuller için konulmuş olan yetki kuralının bu anlamda olduğunda tereddüt yoktur. MÖHUK m. 30'da miras dâvalarında ölenin "...son ikâmetgahının Türkiye'de olmaması halinde terekeye dahil malların bulunduğu

4) Aksi görüş, SAKMAR, (dn. 2), 96 v.d. bu konuda önemli bir eksikliğin var olduğunu belirtmekte, yabancı mahkemenin yetkisinin, Türk Kazai Yetki kurallarının iki yanlılaştırılması suretiyle tayin edilmesi şeklinde görüşünü bildirmektedir.

yer mahkemesinde görülür." hükmü de Türkiye'deki taşınmaz mallar için miras dâvalarının Türkiye'de görülmesi esası kabul edilmiştir. Terekeye ait taşınır mallar için de "malların bulunduğu yer mahkemesi" yetkili kabul edilerek aynı esas benimsenmiştir.

Miras dâvaları hakkında da m. 30, ölenin Türkiye'deki son ikâmetgahı mahkemesini yetkili görmüştür. Bu madde ile, mirasa ait dâvaların ölenin Türkiye'deki son ikâmetgahı mahkemesinde, son ikâmetgah Türkiye'de yoksa, terekeye dahil malların bulunduğu mahkemede görülmesi esası getirilmiştir. O halde madde, son ikâmetgah Türkiye'de ise dâvanın Türk mahkemesinde görülmesini kabul etmiş, son ikâmetgah Türkiye'de değilse Türkiye'deki mallar için bulunma yeri mahkemesini kabul ederek, kademeli olarak yetki kuralı getirmiştir. Ancak bu vasfı nedeniyle bu maddeyi bütünüyle münhasır bir yetki kuralı olarak kabul etmemek gerekir görüşünderiz. Son ikâmetgahı yabancı ülkede olan bir yabancı muris hakkında, yabancı ülkeden mirasa ilişkin karar alınmışsa, murisin Türkiye'de malları varsa bu mahkeme yetkili olmayacak ve ilâm bu açıdan tenfiz edilmeyecektir. Demek ki Türkiye'de son ikâmetgahı olmayanlar hakkında, malların bulunduğu yer mahkemesi münhasır yetkili mahkemedir. Buna karşılık son ikâmetgahı Türkiye'de, fakat malları yabancı bir ülkede olan muris hakkında, yabancı mahkeme milletlerarası yetkili olarak karar vermişse tenfize yetki açısından itiraz edilememek gerekir. Çünkü bu yetki münhasır bir yetki değildir. 1330 tarihli Yabancı Anonim ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Şirketler hakkındaki Kanun'un 10 uncu maddesinde yer alan yetki kuralı da, şubenin Türkiye'deki müşterilerini korumak için kamu düzeni açısından konulmuş bir yetki kuralıdır. Ancak bu yetki de münhasır yetki değildir. Tarafların MÖHUK m. 31'e dayanarak bu konuda yetki anlaşması ile yabancı mahkemeleri yetkili kılmaları mümkündür. Yetki anlaşması bulursa dahi dâvalı şube aleyhine Türk mahkemesinde dâva açılabilir. Yine HUMK m. 19 Sigorta Şirketleri için konulmuş olan yetki kuralı sigortalıyı korumak amacını taşımaktadır. Sigortacı açısından kamu düzeninden bir yetki kuralı, sigortalı açısından ise kamu dü-

zeninden olmadığı kabul edilmektedir. Maddedeki "dahi" kelimesi ile yetki anlaşmasına rağmen sigortalının Türkiye'de dâva açma hakkı vardır. Sigortacı ise dâvasını mutlak olarak maddede gösterilmiş olan bu mahkemelerde açmak zorundadır. Şu halde taraflar 1330 tarihli EŞHK m. 10 ve HUMK m. 19'a girer konularda yetki anlaşması yapsalar dahi Türk mahkemeleri yetkili olacak, dâva Türkiye'de görülebilecektir. Ancak mühasır yetki sözkonusu değildir.

Yeni kanun, yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisinin kendi hukukuna göre tayin edileceği esastan hareket ederek bu konuda özel bir hüküm getirmemiş, yalnız kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu konularda verilmesi halinde, yabancı mahkemenin yetkisiz olacağı hükmünü getirmiştir. Bunun dışındaki konularda kararı veren mahkemenin milletlerarası yetkiye sahip olması yeterli görülmüştür.

c — "Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması"

HUMK m. 540/3'de "hükmün kamu hukuku kuralları ve amme intizamına aykırı olması veya Türk Esas Kanunlarına aykırı bir hüküm taşıması" şeklinde, içeriği tartışmalı ve tam olarak anlaşılamayan bir hüküm yer almaktaydı. Yeni hüküm, yalnız kamu düzenine aykırılığa yer vermiştir. Bu kavram, yabancı ilâmın tenfizinin Türkiye ve Türk toplumu için doğuracağı mahzurları içine alacak bir genişliğe sahip bulunmaktadır.

Yabancı kararın verilmesinde uygulanan kanunun değil, fakat kararın Türkiye'de tenfizinin Türk kamu düzenine aykırılığı söz konusudur. Kanun bu aykırılığın "açıkça" olmasını atamakla son yıllarda kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere uygun bir hüküm getirmiştir.

Dâvalıya MÖHUK m. 38/d'deki haller dışında savunma haklarının yeterince tanınmamış olması, haksız fiil dâvalarında uygulanmış hukukta dâvacının müterafik kusurunun nazara alınmamış olması kamu düzeni engellemesine örnek olması düşünülebilir⁵.

5) Yabancı kararın tenfizinin kamu düzenine aykırı olabileceği konular hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SAKMAR, (dn. 2) 77-81, 116-120.

Dâvacının müterafik kusurunun nazara alınmamış olması, dâvanın esasını inceleme sonucunu doğurabilecektir. Tenfiz kararının verilmesinde "kontrol" sistemini kabul etmiş olan hukukumuz bakımından böyle bir incelemenin yapılabilip yapılamaması üzerinde durulmak gerekir.

Yabancı kararın tenfizinin Türk ekonomisine veya Türk kamu kurumlarına tahammülü güç bir mâli yük getirmiş olmasının da bazı şartlar altında kamu düzeni kavramı içerisinde incelenebilir kanısındayız.

Kamu düzeninin müdahale edebileceği haller olarak, hâkimin davaya bakmaktan men edilmesi gereken durumlar, örneğin hâkimin, dâvanın mevzuu olan şey ile alâkalı olması veya taraflardan biri ile yakın hısımlılığının bulunması hallerinde, karar verilmiş olması da düşünülebilir. Bunun yanında lehine karar verilen tarafın hileli muamelelerinden dolayı bir yazılı delil veya senedin sonradan ele geçmesi, bilirkişinin kasden hakikate aykırı karar vermesi gibi "iade muhakeme" sebepleri içerisinde giren hallerde de, tenfizin kamu düzenine aykırı olduğuna karar verilebilir⁶.

d — "O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyapta hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk Mahkemesine itiraz etmemiş olması".

HUMK m. 540/2'de yer alan esasî daha açık olarak ifade eden yeni hüküm, aşağıdaki şartlar içerisinde uygulanacaktır.

a) kendisine karşı tenfiz istenen kişinin kararı veren mahkemeye, o yer kanunlarına uygun olarak çağırılmamış olması, veya;

b) söz konusu kişinin usulüne uygun dâvetin yapılmaması nedeniyle mahkemede temsil edilmemiş olması, veya;

c) hükmün mahkemenin bağlı olduğu kanunlara aykırı olarak gıyapta verilmiş olması, ve

d) bu kişinin tenfiz talebine karşı yukarıdaki hususlardan birine dayanan bir itirazda bulunmaması.

Maddede kendisine karşı tenfiz istenen kişinin yabancı mahkemeye, o yer kanunlarına uygun olarak çağırılıp, temsil edilmesi ve usulsüz olarak gıyapta karar verilmesi hâli düzenlenmiştir. Ancak bunların dışında, genel olarak savunma haklarının teminat altına alınması da yabancı ilâmda aranması gereken hususlardır. Yeni metinde de savunma haklarının ihlâli konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konunun haklı olarak kamu düzeni kavramı içerisinde incelenmesi teklif edilmektedir⁷.

e — "Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilâmda Türk kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmamış ve Türk vatandaşı olan dâvalının tenfize bu yönden itiraz etmemiş olması."

Yeni kanunda, HUMK m. 540/4'deki yabancı ahkâmı şahsiye ve aile hukukuna ait ilâmların tenfiz edilmeyeceğine dair hüküm kaldırılmış, m. 38/e'de değişik bir hüküm getirilmiştir. Eski hükmün doğurduğu güçlükler, özellikle son yıllarda çok sayıda Türk vatandaşının yabancı ülkelerde yaşamaları nedeniyle daha da ciddi şekilde kendini göstermiştir. Hangi amaçla kabul edildiği anlaşılmayan bu hükmün kaldırılması gerekliydi.

MÖHUK 38/e'de kabul edilen yeni hükme göre tenfiz kararı verilebilmesi için,

a) Türklerin kişi hallerine ilişkin bir ilâm söz konusu olacak;

b) Bu hükmün verilmesinde Türk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili olan

6) Bu sebepler Anglo-Amerikan Hukukunda "yabancı kararın hile ile elde edilmiş olması esasî içinde incelenmektedir. bkz. Graveson, *The Conflict of Laws*, 6 th ed., 1969, 674. Türkiye'nin İtalya (m. 21) ve Avusturya (m. 19) ile olan tenfiz anlaşmalarında da aynı hususlar tenfizin red sebepleri olarak verilmektedir.

7) SAKMAR (dn. 2), 114-116. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü öntasarısında "Davalının, mahkemede savunma haklarına uyulmadığı yolunda, Türk mahkemesinde itirazda bulunmamış olması" şeklinde bir hüküm yer almaktaydı, Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu, Öntasarı Sempozyumu, İst. 1976.

hukuk uygulanmamış olacak ve Türk vatandaşı olan dâvalı tenfize bu yönden itiraz etmemiş olacak.

Bu hüküm, yabancı mahkemelerden kişi hallerine ilişkin kararlara karşı dâvalı durumda olan Türk vatandaşlarını korumak için konulmuştur MÖHUK m. 38/e, Türklerin yabancı mahkemelerden aldıkları kişi hallerine ilişkin kararları kapsamamakta, ancak Türk vatandaşının dâvalı durumunda olduğu ve itiraz etmesi şartına bağlı olarak uygulanabilen bir hüküm niteliğini taşımaktadır. Davalı Türk vatandaşı itiraz etmediği takdirde tenfize engel yoktur.

Dâvalı Türk vatandaşına itiraz hakkı tanınmış olan husus, kişi hallerine ilişkin kararda "Türk Kanunlar İhtilâfı Kurallarına göre yetkili olan kanunun uygulanmamış" olmasıdır. Eğer Türk Kanunlar İhtilâfı Kurallarına uygun olan kanun uygulanarak karar verilmişse, esasen itiraz imkânı yoktur.

Yabancı mahkemenin uyguladığı kanunun tenfiz edilecek ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre değerlendirilmesi Fransa ve o hukukun etkisi altında kalan hukuk sistemlerinde de kabul edilmiştir. Türkiye'nin 1975' de katıldığı Kişi Halleri Komisyonunun "Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme"de aynı esas kabul etmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin üçüncü maddesine göre; kararın dermeyeran edildiği devlet tarafından uygulanan Devletler Hususî Hukukunca saptanan kanundan başka bir kanun uygulayan yabancı kararın tanınması, ancak her iki eş veya eşlerden yalnız birinin bu devletin vatandaşı olması, ve kararın dermeyeran edildiği devletin Devletler Hususî Hukukunca saptanan Kanunun uygulanması ile hasil olacak neticeye aykırı bir sonuca varılması halinde red edilebilir⁸. MÖHUK m. 38/e, evlilik bağına ilişkin kararların tanınması hakkındaki sözleşmede yer alan esas ile de uyumludur. Şu farkla ki sözleşme tenfizin reddi için dâvalının itirazını aramamış, yalnız eşlerden biri veya her ikisinin kararın dermeyeran edileceği devletin vatandaşı olmasını yeterli görmüştür. Sözleşmeye göre, dermeyeran yerinin Devletler Hususî Hukukunca yetkili olan kanun uygulanmamış, fakat uygulanmış olan kanun ile aynı sonuca varılmışsa, tenfiz red

edilmeyecektir (m. 3/2). m. 38/e'nin de amaç uygun olarak sözleşmedeki hüküm gibi yorumlanması uygun olacaktır.

HUMK'daki bu tür kararlar için tanıma ve tenfizi imkânsız kılan hükmün kaldırılmasından sonra, yeni Kanunda, uygulaması güç görünen yeni bir şartın konulması gereksiz görülebilir⁹. Hemen belirtelim ki güçlük tenfiz kararını verecek olan hâkimden ziyade, bu hükümden yararlanmak isteyen ve itirazda bulunmak hakkına sahip tarafa ait olacaktır. Hükmün konulmasındaki amaç, daha evvel de belirttiğimiz gibi Türk vatandaşı dâvalıyı, bu tür kararları vermeğe müsait yabancı mahkemelerden alınan kararlara karşı, korumaktır. Amaç, tenfiz imkânının o'madığı bir sistemden, tenfiz imkânını getiren bir sisteme geçerken orta yolu bulmak olabilir.

3. — Tenfiz Kararı ve Diğer Tenfiz Şartları

a) Kanun'a göre yabancı mahkemelerden hukuk dâvalarına ilişkin olarak verilmiş kararların tenfiz edilebilmesi için bu konuda yetkili Türk mahkemelerinden tenfiz kararı alınması gereklidir. (m. 34/1) Bu konuda HUMK'nun eski hükmü ile yeni hüküm arasında esas itibariyle fark yoktur. Ancak 34 üncü maddede kararın kesinliği açısından bir fark getirilmiştir. Şöyle ki, HUMK m. 537/1'de tenfiz edilecek kararlar için "nihai olma ve kesin hüküm teşkil etme" şartları birlikte aranmakta iken yeni kanun m. 34/1'de sadece "kesinleşmiş" terimini kullanmaktadır. MÖHUK m. 34 şöyledir:

"Yabancı mahkemelerden hukuk dâvalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk Mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır. Yabancı mahkemelerin ceza ilâmlarında yer alan

8) R.G.: 14.9.1975, Sayı: 15356.

9) SAKMAR, (dn. 2), 94-95, Yazar MÖHUK m. 38/e yi eleştirirken, "tamamen anlamsız bir hüküm", "maddenin hangi amaçla kabul edildiğinin tutarlı bir şekilde açıklamak mümkün değildir" gibi kesin ifadeler kullanmaktadır. Maddenin gerekçesi, hangi amaçla kabul edildiğini açıkça ifade etmektedir.

kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı istenebilir."

Yeni kanunda sadece kararın kesinleşmiş olmasının aranması, verildikleri yer hukukuna göre maddî manada kesinleşmeyen fakat şeklî manada kesinleşen kararlara da tenfiz edilme imkânını vermektedir. İhtilâflı yargıda kural olarak şekli manada kesinleşen her karar aynı zamanda maddî manada da kesinleşmiştir. Şeklî ve maddî kesinlik özellikle ihtilâfsız kaza kararları için önem taşır. Bu hüküm ile maddî manada kesinleşmeyen fakat şeklî kesinlik taşıyan ihtilâfsız kaza kararlarının tenfizi ve tanınmasına hukukî gerekçe sağlanmıştır. İnşai mahiyetteki ihtilâfsız kaza kararlarının değiştirilmesinin ancak, yeni ve verildikten sonra meydana gelen olaylar nedeniyle mümkün olabileceği Yargıtay Kararları¹⁰ ile belirlendiğine göre vasi tayini, gaiblik kararı, ismin değiştirilmesi, kazai rüşt gibi yabancı kararların tenfiz edilmelerinde bir sakınca olmadığı sonucuna varılabilecektir. Mahiyeti itibariyle kesin hüküm teşkil etmeyen mirasçılık belgelerinin ise, doğru olmadığına ispatı her zaman istenebileceğine göre kesinleşemeyen bu kararların tenfizi mümkün olmamak gerekir¹².

Kanunda sadece "kesinleşmiş" olmasının aranması yeterli olmakla beraber, ilâveten "nihai olma" vasfını da arayan eski hükmü isabetsiz kabul etmek doğru değildir. Kanunda açıkça ifade edildiği gibi, ilâmın kesinleşmiş olma vasfı, verildiği memleket kanunlarına göre aranacaktır. Türk hukukuna göre kesin hüküm teşkil eden her karar aynı zamanda "nihai" olduğu için Türk hukuku açısından ayrıca nihailik vasfının aranmasına gerek yoktur. Ancak yabancı hukuklarda da aynı esasın yer aldığını kabul etmek için ihtiyatlı olmak gerekir¹². Bu nedenle eski hükmün ge-

nel bir ifade taşıması açısından daha yerinde olduğunu kabul etmek gerekir.

b) Yeni Kanun, eski HUMK m. 537'de arandığı gibi kararın "hukuk dâvalarına ilişkin olarak verilmesi" şartını aramaktadır. Yeni düzenleme ceza ilâmlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında tenfiz kararı verilebileceğini kabul ederek bir yenilik getirmiştir. (m. 34/2).

c) Yeni Kanun, HUMK m. 540/1'de "Mahkeme-i Asliye tenfiz kararını ancak kanaati dairesinde verir" hükmüne yer vermemekle bir yenilik getirmektedir. Hâkimin tenfiz şartlarının yerine getirilmiş olup olmadığı inceleme yetkisine sahip olduğu kabul edilmiş, hâkimin ayrıca kanaatine göre tenfizi red imkânı ortadan kaldırılmıştır. Tenfiz şartlarının yerine getirilmesinden sonra, hâkimin takdirine bağlı olarak tenfizi red etmesinin doğuracağı mahzurlar doktrinde de eleştirilmiş, Türk sisteminin revision değil kontrol sistemi olduğu hükmün, bu kanaatin tenfiz şartları çerçevesinde kullanılması şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir¹³.

- 10) HGK 25.6.1967, E. 1966/2-1491 K. bkz. ÜS-TÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt, I, İst. 1977, 27 v.d.; KURU, Baki, Nizasız, Kaza, Ankara 1961.
- 11) "Veraset ilâmları ihtilâfsız kaza yoluyla verilmiş vesikalardan ibaret olup bunların gerçek ilâmlar gibi muhkem kaziye teşkil etmeleri asla söz konusu olamaz" Y. 4HD, 10.3.1958, E. 8431/K. 1275, AD. 1959, Sayı: 2, 218 ve HGK, 19.9.1970, RKD, 1970, Sayı: 8 10, 132, Aynı sonuç için Bkz, NOMER Devletler Hususi Hukuku 2. bası, 1982, 362.
- 12) SAKMAR, 55 vd. de aksi fikri savunarak yabancı ilâmda her iki vasfın birlikte aranmasını "isabetsiz" bulmaktadır.
- 13) ÇELİKEL, Aysel, Ahkâmı Şahsiye, Konusunda Yabancı Mahkeme Kararlarının tanınması, İst. 1963, SAKMAR (dn. 2), 59 vd.